



Contratto e rimedi effettivi

Corso di Diritto Civile
A.A. 2014-2015

Prof. Giuseppe Vettori

CONTRATTO E RIMEDI EFFETTIVI

Capitolo primo

Il contratto senza numeri e aggettivi.

1. Diritto europeo e tutele contrattuali	p. 2
1.1 La metafora delle fonti e le tutele contrattuali	p. 2
1.2 La validità	p. 3
1.3 Norme di comportamento	p. 5
1.4 Problema e sistema	p. 8
2. Il diritto ad un rimedio effettivo	p. 10
2.1 L'individuazione di un diritto costituzionale ad un rimedio effettivo	p. 10
2.2 Il dialogo fra corti e il diritto ad un rimedio efficiente	p. 12
2.3 Rassegna delle Corti europee sul principio di effettività	p. 14
3. Le fonti	p. 20
4. I contratti dei consumatori e il codice del consumo.(Btc)	p. 21
4.1 L'iter di approvazione e le scelte compiute	p. 24
4.2 La struttura del codice	p. 25
4.2.1 La parte seconda. Educazione, informazione, pubblicità	p. 26
4.2.2 Le pratiche commerciali scorrette	p. 28
4.2.3 La parte terza. Il rapporto di consumo	p. 32
4.2.3.1 Art. 34. Accertamento della vessatorietà; Art. 35. Forma e interpretazione delle clausole	p. 34
4.2.3.2 Nullità di protezione	p. 39
4.2.3.3 Art. 37. Azione inibitoria	p. 41
4.2.3.4 Art. 38	p. 41
4.2.4 La parte quarta. Sicurezza e qualità	p. 42
4.2.5 La parte quinta e la parte sesta	p. 42
4.3 Il livello di protezione fra regole e principi	p. 43
4.4 I «diritti fondamentali dei consumatori»	p. 43
4.5 La direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori	p. 44
5. Oltre il consumatore	p. 46
6. Il diritto comunitario e la Proposta di un Regolamento europeo sulla vendita	p. 47
7. I contratti di impresa	p. 50
7.1 Contratto e concorrenza. Il rapporto fra le due discipline	p. 52
7.2 Il sorgere della legislazione antitrust in America	p. 55
7.3 Il dibattito in Italia dalla Assemblea Costituente agli anni ottanta del secolo scorso	p. 54
7.4 Le scelte del legislatore europeo	p. 60
7.5 La legge 10 ottobre 1990, n. 287	p. 63
7.5.1 La disciplina delle intese	p. 63
7.5.2 L'abuso di posizione dominante	p. 66
7.5.3 Le concentrazioni	p. 68
7.6 L'abuso di dipendenza economica	p. 71
7.6.1 Abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante	p. 71
7.6.2 La <i>ratio</i>	p. 73
7.6.3 Le conseguenze dell'abuso: i rimedi	p. 73
7.6.4 Ambito di applicazione	p. 77
7.7 I contratti di distribuzione e l'asimmetria di potere nei contratti di	p. 78

impresa	
7.7.1 I contratti di distribuzione e l'affiliazione commerciale	p. 78
7.7.2 Come si interviene? Con la disciplina della concorrenza, con il diritto dei contratti o con entrambe le discipline?.....	p. 79
7.7.3 La nuova legge sull'affiliazione commerciale (L. 6 maggio 2004, n. 129)	p. 81
7.7.4 Diritto dei contratti e regole di concorrenza	p. 83
7.8 La nuova disciplina sui termini di pagamento	p. 85
8. Diritti fondamentali e contratto	p. 87

Capitolo Secondo

Le regole di validità.

1. Efficacia e validità	p. 95
2. Le azioni previste nei Capi XI, XII, XIII, XIV del Quarto libro del Codice civile	p. 96
.....	
2.1. Qualche raffronto fra disciplina generale e di settore (nullità, annullabilità e “giustizia del contratto”)	p. 97
3. La nullità	p. 99
3.1. I casi di nullità previsti dal codice	p. 100
3.2. L'azione di nullità	p. 106
3.3. La conversione e la conferma	p. 109
3.4. La nullità parziale	p. 111
3.5. Gli effetti della nullità nei confronti delle parti e dei terzi	p. 113
3.6. L'evoluzione della nullità in Italia e in Europa	p. 113
3.7. Nullità speciali “di protezione”	p. 114
3.8. Una esemplificazione	p. 118
3.8.1. Nullità di protezione a tutela del “consumatore”	p. 118
3.9. In sintesi	p. 120
4. La causa	p. 121
4.1. Significato della causa: evoluzione storica	p. 121
4.2. La causa in concreto	p. 126
4.3. Qualche riflessione sulla causa nel diritto privato europeo	p. 129
5. L'oggetto	p. 132
5.1. La determinatezza o determinabilità dell'oggetto. Una vicenda giurisprudenziale	p. 135
5.2. La determinazione da parte del terzo	p. 137
6. il contratto illecito	p. 141
6.1. Norme imperative	p. 141
6.2. Violazione di norme tributarie	p. 142
6.3. Contratto contrario a norme penali	p. 145
6.4. Contrarietà a buona fede	p. 145
6.5. Ordine pubblico	p. 146
6.6. Buon costume	p. 146
6.7. La meritevolezza dell'interesse	p. 147
6.8. Motivo illecito	p. 147
6.9. Frode alla legge	p. 148
7. L'annullabilità	p. 153
7.1. Il giudizio di annullamento	p. 154

8. I vizi della volontà	p. 157
8.1. L'errore. La disciplina del codice civile	p. 157
8.1.1. Rilevanza dell'errore. Il requisito dell'essenzialità.....	p. 157
8.1.2. La riconoscibilità dell'errore	p. 161
8.2. Il dolo	p. 161
8.2.1. La disciplina del codice civile. I requisiti	p. 161
8.2.2. Il dolo omissivo	p. 162
8.2.3. Il c.d. <i>dolus bonus</i>	p. 165
8.2.4. Il dolo incidente	p. 166
8.2.5. Truffa e dolo negoziale	p. 167
8.2.6. Dolo del terzo	p. 168
8.3. La violenza	p. 168
8.3.1. La disciplina del Codice civile. Gli elementi: la minaccia di far valere un diritto	p. 168
8.3.2. Minaccia e timore	p. 169
8.3.3. Violenza di un terzo e violenza diretta contro terzi	p. 171
9. Della incapacità	p. 174
9.1. Dalla incapacità alla “protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia”	p. 174
9.2. L'annullabilità del contratto per incapacità legale	p. 177
9.2.1. L'amministrazione di sostegno	p. 177
9.2.2. L'annullabilità degli atti compiuti personalmente dal beneficiario dell'amministratore di sostegno e dall'incapace legale	p. 181
9.3. L'incapacità naturale e la circonvenzione di persone incapaci	p. 183
9.3.1. Le situazioni che determinano l'incapacità naturale	p. 183
9.3.2. L'annullabilità del contratto e la controversa <i>ratio</i> dell'art. 428 ...	p. 187
9.3.3. Il significato del grave pregiudizio e della malafede	p. 191
9.3.4. La disciplina dell'azione	p. 193
9.3.5. Il contratto concluso per effetto del reato di circonvenzione di persone incapaci: i rimedi applicabili	p. 195
10. La rescissione e il contratto ingiusto	p. 200
10.1. Dall'eguaglianza formale al rilievo della disparità di potere	p. 203
10.2. Il contratto usurario	p. 203
10.3. I contratti bancari ed il “problema dell'anatocismo”	p. 206
10.4. Qualche precisazione sulla giustizia contrattuale	p. 212
10.5. Giustizia e rilievo della disparità di potere	p. 213
10.6. Una corretta e concreta idea di giustizia contrattuale	p. 214
10.7. La rilevanza positiva della disparità e l'invalidità nelle fonti europee...	p. 216

Capito Terzo

Le regole di responsabilità

1. La Buona fede nella formazione e nella esecuzione del contratto	p. 219
1.1 La buona fede nel sistema italiano	p. 219
1.2 L'evoluzione della giurisprudenza italiana	p. 220
1.3 Sulla discrezionalità del giudice	p. 221
1.4 Sui contenuti della discrezionalità	p. 223
1.5 La buona fede nel diritto comunitario	p. 223
1.6 Le conseguenze della violazione	p. 228

1.7	La buona fede nella fase di conclusione e di trattative	p. 232
1.8	Responsabilità e contratto valido:la svolta giurisprudenziale	p. 236
1.8.1.	Regole di responsabilità e di validità	p. 236
1.8.2.	La coesistenza fra contratto valido e la responsabilità per la violazione della buona fede nelle trattative	p. 238
1.8.3.	Le asimmetrie informative e la regola di buona fede	p. 240
1.8.4.	L'obbligo di informazione fra fattispecie e comportamento	p. 241
1.9.	Tipologia della condotta	p. 243
1.10.	Natura della responsabilità precontrattuale	p. 243
1.11.	La buona fede nell'esecuzione del contratto	p. 246
2.	L'abuso di diritto	p. 248
2.8.	Clausole generali e giudizio di legittimità	p. 248
2.9.	Il segno dei tempi	p. 249
2.10.	Le sentenze di legittimità	p. 250
2.11.	L'abuso di diritto in Italia e in Europa	p. 252
2.12.	Abuso ed elusione tributaria	p. 254
2.13.	L'abuso della libertà contrattuale	p. 255
2.14.	Abuso e buona fede	p. 258
3.	Il rapporto e la risoluzione del contratto	p. 259
4.	Il diritto all'adempimento nel diritto privato europeo	p. 260
4.1.	Le soluzioni nazionali	p. 260
4.2.	La disciplina accolta nel DCFR	p. 262
4.3.	Diritto all'adempimento e modello europeo	p. 263
5.	Il recesso	p. 264
5.1.	Nozione e classificazioni del recesso. Recesso legale e recesso volontario (o convenzionale)	p. 264
5.2.	Il recesso nei contratti ad esecuzione istantanea e nei contratti di durata	p. 266
5.3.	Recesso determinativo, impugnativo, di pentimento	p. 267
5.4.	Disciplina dell'atto di recesso	p. 270
5.4.1.	Rapporto tra figura generale di recesso <i>ex art. 1373</i> e singoli tipi legali	p. 270
5.4.2.	Forma e perfezionamento del recesso	p. 271
5.4.3.	Determinabilità del contenuto dell'atto di recesso	p. 273
6.	I rimedi risolutivi	p. 275
6.1.	La risoluzione per inadempimento e la nozione di inadempimento. La responsabilità contrattuale dalla codificazione agli anni 70	p. 275
6.2.	L'interpretazione dell'art.1218 del codice nella dottrina e nella giurisprudenza	p. 278
6.3.	Inadempimento e colpa in Italia e negli ordinamenti europei	p. 282
6.4.	L'imputabilità dell'inadempimento nella giurisprudenza italiana	p. 283
6.5.	L'onere della prova	p. 285
6.6.	La gravità dell'inadempimento	p. 287
6.7.	L'eccezione di inadempimento	p. 288
6.7.1.	L'eccezione di inadempimento e il mutamento delle condizioni patrimoniali	p. 288
6.7.2.	L'eccezione di insicurezza	p. 289
6.7.3.	L'inadempimento anticipato	p. 292
6.8.	La risoluzione di diritto	p. 294
6.8.1.	La diffida ad adempiere	p. 294
6.8.2.	Clausola risolutiva espressa	p. 296
6.8.3.	Termine essenziale	p. 299

6.9.	La risoluzione per impossibilità sopravvenuta	p. 300
6.9.1.	La risoluzione per impossibilità sopravvenuta: effetti e campo di applicazione	p. 301
6.9.2.	L'impossibilità della prestazione e la causa non imputabile ...	p. 303
6.9.3.	Impossibilità parziale	p. 303
6.9.4.	Impossibilità nel contratto plurilaterale	p. 304
6.9.5.	Contratto con effetti traslativi o costitutivi	p. 305
6.10.	La risoluzione per eccessiva onerosità e il rilievo delle sopravvenienze	p. 307
6.10.1.	Le sopravvenienze e l'art. 1467 c.c.	p. 308
6.10.2.	La prassi negoziale (la rinegoziazione)	p. 310
6.10.3.	La presupposizione	p. 312

Capitolo Quarto

Illecito e contratto

1.	Le questioni aperte	p. 317
2.	Il contatto sociale	p. 319
2.1	La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e gli obblighi di protezione	p. 319
2.2	Le ipotesi di responsabilità da contatto sociale	p. 322
2.3	la responsabilità medica e la legge Balduzzi	p. 323
2.3.1	Il nuovo D.L. 13 settembre 2012, n. 158	p. 328
2.4	La responsabilità dell'insegnante	p. 332
2.5	La responsabilità della Banca	p. 333
2.6	La mediazione tipica	p. 335
2.7	La responsabilità del ex datore i lavoro	p. 336
2.8	Ulteriori ipotesi	p. 338
2.9	Profili sistematici	p. 339
3.	La responsabilità aquiliana a protezione del contratto delle relazioni familiari e del mercato. Ammissibilità e limiti	p. 341
3.1	La violazione del contratto da parte dei terzi	p. 341
3.2	La tutela aquiliana per "indebolimento della posizione contrattuale". Il caso CIR-Fininvest	p. 343
3.2.1	Il caso	p. 343
3.2.2	La sentenza di primo grado	p. 344
3.2.3	La sentenza della Corte d'Appello di Milano	p. 346
3.2.4	Le reazioni dottrinarie	p. 347
3.2.5	La sentenza della Corte di Cassazione	p. 350
3.2.6	Dal problema al sistema. Comportamenti e fattispecie ...	p. 352
3.2.7	La cumulabilità dei rimedi nel sistema interno e comunitario e il diritto ad un rimedio efficiente	p. 355
3.2.8	Cumulo dei rimedi e compatibilità. La responsabilità della Pubblica amministrazione	p. 356
3.3	La tutela risarcitoria in presenza di un contratto valido. Responsabilità precontrattuale, contrattuale <i>ex lege</i> o aquiliana ...	p. 358
3.3.1	Responsabilità precontrattuale e da contatto sociale	p. 358
3.3.2	Illecito e contratto oltre la trattativa	p. 360
3.4	Cumulo dei rimedi e danni endo-familiari	p. 362
3.5	Danni endofamiliari	p. 364

3.5.1	Sulla privatizzazione del diritto di famiglia	p. 364
3.5.2	Rapporto fra coniugi e diritti dei singoli	p. 365
3.5.3	Genitori e figli	p. 368
3.5.4	Diritti danni e comunità familiare	p. 372
3.6	Il risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust	p. 372

CAPITOLO 1 - LA DISCIPLINA GENERALE E LE DIVERSE TIPOLOGIE

1. Diritto europeo e tutele contrattuali.
 - 1.1 La metafora delle fonti e le tutele contrattuali
 - 1.2 La validità
 - 1.3 Norme di comportamento
 - 1.4 Problema e sistema
 2. Il diritto ad un rimedio effettivo.
 - 2.1 L'individuazione di un diritto costituzionale ad un rimedio effettivo
 - 2.2 Il dialogo fra corti e il diritto ad un rimedio efficiente.
 - 2.3 Rassegna delle Corti europee sul principio di effettività
 3. Le fonti
 - 3.1 La teoria generale del contratto.
 4. I contratti dei consumatori e il codice del consumo.(Btc)
 - 4.1 L'iter di approvazione e le scelte compiute
 - 4.2 La struttura del codice
 - 4.2.1 La parte seconda. Educazione, informazione, pubblicità
 - 4.2.2 Le pratiche commerciali scorrette.
 - 4.2.3 La parte terza. Il rapporto di consumo
 - 4.2.3.1 Art. 34. Accertamento della vessatorietà; Art. 35. Forma e interpretazione delle clausole.
 - 4.2.3.2 Nullità di protezione
 - 4.2.3.3 Art. 37. Azione inibitoria.
 - 4.2.3.4 Art. 38
 - 4.2.4 La parte quarta. Sicurezza e qualità
 - 4.2.5 La parte quinta e la parte sesta
 - 4.3 Il livello di protezione fra regole e principi
 - 4.4 I «diritti fondamentali dei consumatori»
 - 4.5 La direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori
 5. Oltre il consumatore
 6. Il diritto comunitario e la Proposta di un Regolamento europeo sulla vendita.
 7. I contratti di impresa
 - 7.1 Contratto e concorrenza. Il rapporto fra le due discipline
 - 7.2 Il sorgere della legislazione antitrust in America
 - 7.3 Il dibattito in Italia dalla Assemblea Costituente agli anni ottanta del secolo scorso
 - 7.4 Le scelte del legislatore europeo
 - 7.5 La legge 10 ottobre 1990, n. 287
 - 7.5.1 La disciplina delle intese
 - 7.5.2 L'abuso di posizione dominante
 - 7.5.3 Le concentrazioni
 - 7.6 L'abuso di dipendenza economica
 - 7.6.1 Abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante
 - 7.6.2 La *ratio*
 - 7.6.3 Le conseguenze dell'abuso: i rimedi
 - 7.6.4 Ambito di applicazione
 - 7.7 I contratti di distribuzione e l'asimmetria di potere nei contratti di impresa
 - 7.7.1 I contratti di distribuzione e l'affiliazione commerciale
 - 7.7.2 Come si interviene? Con la disciplina della concorrenza, con il diritto dei contratti o con entrambe le discipline?
 - 7.7.3 La nuova legge sull'affiliazione commerciale (L. 6 maggio 2004, n. 129)
 - 7.7.4 Diritto dei contratti e regole di concorrenza
 - 7.8 La nuova disciplina sui termini di pagamento
- Diritti fondamentali e contratto.

CAPITOLO 1 - LA DISCIPLINA GENERALE E LE DIVERSE TIPOLOGIE

1. Diritto europeo e tutele contrattuali

1.1 La metafora delle fonti e le tutele contrattuali

Le tutele contrattuali sono al centro dell'attenzione degli studiosi per un motivo chiaro.

Si manifestano sempre più le interferenze con le fonti comunitarie e con le trasformazioni di un contratto che si può definire pos-moderno, per segnalare che si sta lasciando alle nostre spalle “un terreno storico definito per inoltrarsi su un sentiero ancora non tracciato bene che attraversa, travolgendole, le fondamenta sociali, politiche e giuridiche del nostro ordine”¹.

Umberto Breccia ha fissato bene tutto ciò descrivendo, con una metafora, l'apporto di molteplici sorgenti “situate a livelli diversi capaci di creare vortici che soltanto uno sforzo paziente potrà riportare, fra mille ostacoli, entro un alveo fecondo per la vita collettiva”². Credo da sempre che questo sforzo dia maggiori risultati riflettendo, sulle tutele più che sulla fattispecie, sulla funzione più che sulla struttura degli atti e dei congegni. Niente di nuovo certo.

La scelta di Norberto Bobbio in tal senso si ha nel 1969, con il saggio sulla funzione promozionale del diritto e nel 1975 con la raccolta di scritti, con un titolo esplicito: dalla struttura alla funzione. L'intento era precisato subito.

Si poneva, in quegli scritti, a confronto la diversità radicale fra lo stato liberale (che tutela, garantisce e reprime) e lo Stato costituzionale che promuove (il lavoro, gli enti intermedi, la cooperazione), incoraggia (il risparmio), agevola (la famiglia), rimuove gli ostacoli per il pieno sviluppo di ogni personalità. La distinzione fra un ordinamento con funzione protettivo-repressiva e un ordine con funzione promozionale era tracciata benissimo. Al primo interessano soprattutto i comportamenti socialmente non desiderati che si reprimono, al secondo i congegni desiderati che si incoraggiano e promuovono³.

Riparto volentieri da quella traccia, dalla distinzione fra norme di organizzazione e norme di comportamento per esaminare come entrambe siano, oggi, la risultante di una pluralità di valutazioni espresse da regole, principi e clausole generali in un contesto da definire, ma altro e diverso dal passato. Cominciamo dalle prime.

¹ Così P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 3 ss.

² U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Pol.dir.*, 2006, 3, p. 380-381.

³ N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di filosofia del diritto. Prefazione di M.G. Losano*, Roma-Bari, 2007, p.3 ss.

1.2 La validità.

I vecchi dogmi, si sa, non furono capaci di risolvere il problema della giustizia e della razionalità del contratto perché unificarono nel concetto di causa ciò che non poteva essere compreso in una sola categoria⁴.

Per tutto il novecento si è andati alla ricerca in Europa di rimedi più efficienti, seguendo ideologie ed esigenze diverse⁵. Una lucida analisi storica ha posto in luce come la giustizia contrattuale “sia stata un nodo irrisolto del diritto privato italiano fra otto e novecento”, ed ha spiegato bene il perché. Nel volume si riproducono le decisioni di casi sulle clausole vessatorie, sui patti gravosi, gli interessi usurari e le sopravvenienze, tutte unite dall’intento di dare risposte alle istanze di equilibrio e di protezione in conflitto con i principi cardine dell’individualismo e della dottrina classica del contratto.⁶

Il problema era già allora chiaro. L’utilizzo insufficiente di tutele e istituti (vizi della volontà, rescissione) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e dell’intangibilità dell’accordo. Una prima risposta si tentò nel 1938 nella riforma del codice ove si riproduceva nell’art. 22 le scelte del Progetto italo-francese che aveva ipotizzato un rimedio di grande modernità, ripreso oggi sostanzialmente dei testi dei Principi europei. Dalla iniquità delle prestazioni era presunto un consenso non libero e si attribuiva al giudice il potere, su istanza di parte, di annullare o correggere il contenuto del contratto⁷.

“La reazione di Betti fu netta (contro giuristi come D’Amelio e Scialoja). La scelta era un corollario del famigerato dogma della volontà, tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed eredità del liberalismo. Di più. Espressione delle democrazie borghesi asservite al capitalismo non corporativo ispirato da suggestioni della mitologia socialista”. Il modello da seguire era, invece, tedesco e si optò come rimedio

⁴ v. U. BRECCIA, *Causa e consideration*, in G. Vettori (a cura di), *Remedies in contract*, Padova, 2008, p. 31ss; ed ivi, V. SCALISI, *Il diritto dei rimedi: invalidità e inefficacia*, p. 231 ss., E. NAVARRETTA, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, p. 161 ss, P. PERLINGIERI, *Rimedi e modello sociale europeo*, p. 203, V. ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il “terzo contratto”)?*, p. 207 ss; E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi: l’evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in *Studi in onore di Cesare Bianca*, III, Milano, 2006, p. 637 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, II, *Il Regolamento*, (a cura di) G. Vettori, Milano, 2006, p. 97 ss.

⁵ M.W. HESSELINK, *La dimensione politica di un codice civile europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, pp. 379 ss. e A. SOMMA (a cura di), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Torino, 2007.

⁶ G. CHIODI, *La Giustizia contrattuale. Itinerari della giurisprudenza italiana tra otto e novecento*, Milano, 2009, XI ss. Le risposte, diverse, che giudici e giuristi forniscono a quei problemi, in quel contesto storico, affrontano tutte, con diversi risultati e diversa sensibilità, il tema della eguaglianza e dell’equità nei contratti che può tradursi appunto nella formula della giustizia contrattuale che attesta l’esistenza di un problema. L’utilizzo, discusso e discorde, di tutele e istituti (vizi del consenso, rescissione, buona fede, causa, ordine pubblico e buon costume) in funzione di limite alla forza obbligatoria del contratto e alla intangibilità dell’accordo.

⁷ L’art. 22 di tale progetto precisava: “se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell’altro contraente, di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l’obbligazione”. U. BRECCIA (*Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni negli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I, (28), 1999, pp. 328-334 e 462-464) ricorda lucidamente il dibattito su questa norma. Alle opinioni favorevoli di D’Amelio e Scialoja Betti replicò che in tal modo si sarebbe solo codificato un quarto vizio della volontà in linea con “il famigerato dogma della volontà tipica manifestazione della concezione individualistica propria del diritto naturale ed ereditata dal liberalismo”. “E aggiungeva che la vittima del contratto ingiusto dev’essere difesa anche all’infuori di ogni pressione, poiché ... dovrebbe essere decisiva... unicamente la illiceità della causa... secondo il modello tedesco della nullità per contrarietà al buon costume”. Tale vicenda è stata ricordata, mirabilmente, da U. BRECCIA, *Causa e consideration*, cit, p. 31.

all'usura e allo squilibrio per l'illiceità della causa chiamata ad assolvere, appunto, funzioni molto diverse: fondare la giuridicità dell'atto e la giustizia del suo contenuto⁸.

A ciò contribuì non poco l'ideologia del tempo. Come si è osservato, in modo acuto “tendenze giacobine, hegeliane, fasciste e marxiste suggerirono di contrapporre l'interesse sociale e collettivo all'interesse individuale: l'invalidità fu graduata sui difetti della fattispecie, sicché la violazione dell'interesse collettivo fu considerato un disordine inaudito, mentre la violazione dell'interesse individuale un vizio più lieve”⁹.

Nella seconda metà del novecento in Francia¹⁰ e in Germania¹¹, la giustizia del contratto tornò all'attenzione della dottrina più autorevole e si prese progressivamente atto che la nullità è un rimedio (spesso di protezione) che oltrepassa la fattispecie e si frantuma in una pluralità di statuti che tagliano trasversalmente i modelli nazionali e i testi dei Principi. Sicché essa si “storicizza, si relativizza, si frantuma”¹².

Che cosa accade nei tentativi di uniformazione in Europa è noto.

L'abbandono della causa e il riconoscimento del nudo patto è accompagnato da un ruolo forte della buona fede cui è affidato anche il compito di controllo della disparità di potere e dell'equilibrio contrattuale. Scompare il concetto di causa ma non l'esigenza del controllo che ispirava in modo ambiguo quello strumento e l'ideologia sottostante è evidente¹³.

L'ordine giuridico del mercato ispira il nuovo diritto dei contratti tramite un sistema spontaneo “fatto di scelte contrattuali consapevoli e orientate, sentenze correttive fondate sulla buona fede, sfiducia in controlli demolitivi dell'assetto di interessi voluto dalle parti”¹⁴. Basta pensare che la Proposta di regolamento sul diritto comune della vendita in Europa non regola l'azione di nullità.

L'impressione diffusa è che tale visione debba essere ripensata per almeno due ordini di ragioni.

Le Istituzioni si sono mostrate impotenti nei confronti di un capitalismo finanziario globale che ha concentrato in poche reti invisibili le decisioni e il potere che incide sulle

⁸ U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato*, cit., p. 328, 462; ID., *Causa e consideration*, p. 50 ss., 55-56.

⁹ R. SACCO, *Il contratto*, II, a cura di R. Sacco-G. De Nova, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, Torino, 2004, p. 523; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto privato europeo*, Milano, 2011, p. 155 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 571ss.

¹⁰ J. GHESTIN, *L'utile e le juste dans le contracts*, in *Archiv. Phil.d.*, 1981, p. 35 ss.

¹¹ L. RAISER, *Il compito del diritto privato*, (1977) trad. it. di M. Graziadei, a cura di C.M. Mazzoni, Milano 1990, p. 98

mi permetto di richiamare, 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. 83ss.; ID., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 53ss, ma v. in particolare H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.; Il Manifesto intitolato “*Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un manifesto*”, pubblicato in G. Vettori (cura di), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, Cedam 2005, e in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss. e da ultimo V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in V. Scalisi, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2011, p.337 ed ivi un'ampia bibliografia. L'opera più ampia e completa sul diritto europeo si deve a C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, 2 ed., Milano, 2013.

¹² V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 421 ss.

¹³ U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 250 ss.; ID., *Causa e consideration*, cit., p. 36 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 411 ss.

¹⁴ M. LIBERTINI, *Il vincolo del diritto positivo per il giurista*, in Studi in onore di A. Falzea, Milano, Giuffrè, 1991; ID., *Le fonti private del diritto commerciale. Appunti per una discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 599 ss.; ID., *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011.

elementari regole di convivenza¹⁵. L'ordinamento europeo è oramai un assetto dotato di principi costituzionali che sollecitano strumenti preventivi di controllo sugli atti di autonomia privata. La Corte di Giustizia indica una strada ancora cauta e prudente sul tema delicatissimo del mancato rispetto da parte degli intermediari finanziari dell'obbligo di valutare l'adeguatezza dell'operazione proposta. Si rinvia all'ordinamento interno la "disciplina delle conseguenze delle violazioni di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività previsti dall'art.47 della carta di Nizza"¹⁶.

Le linee di sviluppo sono sostanzialmente due.

Sul piano interno l'uso giurisprudenziale della causa in concreto porta ad ammettere "un controllo dell'equità del contratto da parte del giudice, come variante nazionale domestica di una regola generale di controllo equitativo della giustizia degli scambi che si sta affermando in campo internazionale"¹⁷ con tale strumento le norme di organizzazione (di validità) hanno trovato la clausola generale che (sostituisce l'art.1374 e) incide sull'atto¹⁸.

Sul piano comunitario il diritto ad un rimedio effettivo serve da cornice per ripensare una tutela eliminativa degli effetti che consente, con l'aiuto delle Corti, di foggare interventi integrativi, correttivi, e/o sostitutivi coerenti, con la storicità dell'assetto di interessi, secondo un'attenzione estranea alle invalidità codicistiche e nazionali, ma tipiche, invece, delle strategie rimediali¹⁹.

1.3 Norme di comportamento.

Sulle norme di comportamento e sul loro rapporto con le norme di validità la dottrina si divide. Fra chi reputa che tali regole esprimano valori diversi e contrapposti e chi crede che la distinzione si fondi su criteri mobili capaci di sanzionare in modo più forte certi contegni o di far convivere le due tutele.

E' noto che la giurisprudenza di legittimità negli ultimi dieci anni afferma che la responsabilità (precontrattuale o aquiliana) non si arresta alle soglie del contratto, ma ne completa la tutela, correggendo con il risarcimento le condizioni sfavorevoli determinate da un contegno scorretto o illecito.

Il rimedio utilizza in pieno le clausole generali (di buona fede e sul danno ingiusto), potenzia l'azione risarcitoria (ai sensi degli art. 1337 e 2043), corregge il contenuto di un contratto valido in presenza di un comportamento riprovato, ed è alla ricerca di un'azione che

¹⁵ Mi permetto di richiamare G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, cit.

¹⁶ V. sull'ambiguità della Direttiva MIFID in ordine ai rimedi S. GRUNDMANN, *The Bankinter case on Mifid Regulation and contract law*, ERCL, 2013, 9(3) p. 267-280.

¹⁷ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011; con posizione diverse V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p.957 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1105; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Con. impr.*, 2012, p. 1190 ss. e A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 797 ss.

¹⁸ così M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, op. cit.

¹⁹ v. da ultimo le profonde e limpide analisi di S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012; ID., *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico-S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 67ss. ed ivi la rigorosissima analisi di G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, p. 213 ss.

concorre con le tutele contrattuali, frutto di diverse ricostruzioni della dottrina a seconda che si individui un “vizio incompleto del contratto”, un autonomo danno da scorrettezza, o l’indebolimento di una posizione contrattuale.

Il dialogo nella giurisprudenza teorica e pratica, è noto. Ne ricordo alcuni passaggi.

Si osserva che la legge riconosce la rilevanza della “debolezza” di una parte entro precisi limiti. Sicché l’utilizzo, in tal caso, degli articoli 1337 e 2043 sarebbe incompatibile con la tipicità e la *ratio* dei rimedi conosciuti e consentirebbe di aggirare i limiti e il fondamento degli istituti contrattuali. Ma la replica può essere altrettanto immediata.

Il rapporto fra illecito e contratto è da sempre al centro della riflessione della schiena giuridica privatistica in Europa. Se in Francia e in Germania si sono avute idee diverse sull’ammissibilità di un concorso fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in Italia la riflessione sul danno ingiusto inizia dagli anni sessanta. La sentenza annotata da Rodolfo Sacco in quel anno, ammette il concorso in caso di informazioni inesatte provenienti da un terzo. Negli anni ottanta la dottrina e la giurisprudenza utilizzano, entro certi limiti, l’azione aquiliana a protezione del contratto. Quanto all’autonomia fra regole di responsabilità e di validità l’ultima sentenza sul tema è chiara e condivisibile: non esistono ostacoli di sistema ad un’azione di risarcimento in presenza di un contratto viziato o anche del tutto valido, per una serie di motivi²⁰.

La sola impugnativa dell’atto può portare ad un risultato impossibile (la restituzione di ciò che non esiste più) o contrario all’interesse della parte. L’autonomia della tutela risarcitoria è oramai espressione di un principio espresso da una pluralità di fonti interne e comunitarie, a partire dall’art. 30 del Codice del processo amministrativo. La responsabilità (aquiliana e contrattuale) attiene alla dimensione funzionale del rapporto e alla valutazione dei contegni formativi ed esecutivi che hanno piena autonomia rispetto alla struttura dell’atto. In questa fase esistono doveri di comportamento la cui violazione legittima una correzione secondo buona fede della vicenda negoziale tramite un risarcimento e un rimedio di questo tipo non è in contrasto con le esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici perché la slealtà e l’illecito non possono non avere conseguenze sul piano risarcitorio di natura riparatoria e compensativa²¹.

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

L’art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l’art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli art. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un’invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli art. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell’acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all’art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica

²⁰ G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno resp.*, 2, 2014, p. 150 ss. ed ivi la diversa ricostruzione di A. PALMIERI, R. PARDOLESI e A. ROMANO, 191, o giù di lì, p. 164 ss.; G. LENER, *La “retta via per il risarcimento del danno?”*, p. 168 ss.; B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, p. 174 ss.; R. SIMONE, *Lodo Mondadori e risarcimento del danno: di contaminazione e (possibili) duplicazioni*, p. 186; P.G. MONATERI, *Revocazione ex art. 396 c.p.c. e azione risarcitoria: a government of the judges, by the judges and for the judges*, p. 189.

²¹ G. VETTORI, *op. cit.*, p. 155 e già ID., *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, ora in *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 271 ss.

l'applicazione dei rimedi previsti nell'art.42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto²².

La sentenza Courage²³ della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un'azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto cui lui stesso ha dato causa. Alla Corte era stato richiesto se osta con il diritto comunitario “il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell'assoggettamento della parte ad una clausola contrattuale in contrasto con l'art. 85 e ,di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento dei danni”. La risposta è netta. “Qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell'art. 85 n. 1 del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione”. “ La piena efficacia dell'art. 85 del Trattato e l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza”.

Dall'art. 3 e 24 della Costituzione si evince, con un sillogismo chiaro, il principio di effettività della tutela a fronte di diritti e interessi meritevoli. “ Il titolare del diritto deve (poter contare) su mezzi che gli consentano di reagire alla violazione”, e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e offesa arrecata. Sicché non è in armonia con l'art. 24 una tutela che si esprime in un risarcimento non pari al danno cagionato o al sacrificio subito²⁴.

L'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esprimono tutti un principio che si manifesta non solo come “ un diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale”, ma come “diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela”²⁵.

La costruzione di un rimedio risarcitorio efficiente a partire da tale principio è scandita benissimo, nel dialogo fra dottrina, Corti Supreme e legge sulla vicenda della responsabilità della Pubblica Amministrazione. Dalla sentenza 500 del 1999, che amplia la nozione di danno ingiusto sino a comprendere la lesione di un interesse giuridicamente protetto, alla delicatissima questione del rapporto fra tutela demolitoria e risarcitoria in presenza di un provvedimento illegittimo dell'Amministrazione. Il conflitto sulla pregiudizialità o meno della eliminazione dell'atto impegna, ai massimi livelli la Corte di Cassazione e il Consiglio di Stato ed è poi affrontata dalla legge nel Codice del processo amministrativo²⁶.

²² Così testualmente in G. VETTORI, *Validità responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit. p. 158.

²³ Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99

²⁴ Cass., sez.un., 23 dicembre 2008, n. 30254

²⁵ Cass. 27 giugno 2013, n. 21255

²⁶ v. G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, cit. ed ivi “Le sezioni unite della Cassazione hanno rafforzato, sul piano della tutela, la svolta sulla risarcibilità degli interessi legittimi affermando una regola che va ben oltre quella situazione soggettiva. «Se l'ordinamento protegge una situazione sostanziale, in presenza di condotte che ne implicano o non ne consentano la realizzazione, non può non essere negato al suo titolare almeno il risarcimento del danno, posto che ciò costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse, indipendentemente dal fatto che la protezione assicurata dall'ordinamento in vista della sua soddisfazione, sia quella propria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo». Ai sensi dunque degli artt. 24 e 113 Cost. «spetta al loro titolare l'azione e se a questa si aggiunge altra forma di tutela, spetta al titolare della situazione protetta, in linea di principio, scegliere a quale far ricorso in vista di ottenere ristoro al pregiudizio»²⁶ arrecato da una condotta altrui”.

1.4 Problema e sistema.

Tutto ciò che si è descritto in forma estremamente sintetica si può comporre in un quadro omogeneo.

Adolfo di Majo fa riferimento ad una nuova stagione delle tutele contrattuali ispirata dal diritto europeo attento a potenziare “strumenti flessibili commisurati ai bisogni più che agli elementi di una fattispecie”²⁷. Così l’adempimento specifico, il ruolo della buona fede, la nuova estensione del danno contrattuale, completano la disciplina dell’atto di autonomia in una direzione diversa da quella dell’inadempimento e il contratto può raggiungere pienamente il suo scopo²⁸.

Mi limito a integrare questa lucida riflessione con un’analisi di ciò che è mutato nel sistema delle fonti e nell’assetto istituzionale. Basta qualche cenno.

La forma democratica voluta dai costituenti è mutata sul piano formale ma è stata scossa anche da eventi epocali nel corso degli ultimi decenni. Le istituzioni non hanno saputo fronteggiare un capitalismo finanziario globale che ha imposto regole e strategie²⁹. Le risposte alla crisi economica hanno determinato mutamenti forti nelle forme giuridiche. Con il Fiscal Compact gli Stati hanno stabilito di rafforzare il pilastro economico dell’Unione, potenziando il coordinamento delle loro politiche economiche e l’art. 81 della nostra Costituzione prevede ora una profonda novità. Lo Stato deve assicurare, con il pareggio di bilancio, l’equilibrio economico e può ricorrere all’indebitamento, non finanziato dalle tasse, solo in casi eccezionali e con procedure speciali. Tutto ciò può incidere sul contenuto di molti diritti fondamentali³⁰.

L’autonomia fra azione di impugnazione e azione di danni risulta nel sistema e nel diritto civile dove si regola in più occasioni il «concorso tra le varie forme di protezione della situazione soggettiva». Nel diritto societario l’art. 2377 c.c. limita la impugnativa della delibera assembleare condizionandola al possesso di una soglia minima di partecipazione al capitale sociale, ma non impedisce il diritto al risarcimento dei danni. Nel diritto del lavoro la giurisprudenza non esclude l’azione di danni quando sia preclusa l’azione di impugnativa del licenziamento. L’art. 1440 del codice civile sancisce espressamente la coesistenza di un contratto valido e di un’azione di risarcimento, in presenza di un contegno illecito della controparte. Da ciò si trae la conclusione che «nei diversi settori dell’ordinamento, sia possibile chiedere il risarcimento senza aver prima ottenuto l’invalidazione dell’atto». Per un motivo chiaro: «l’atto annullabile produce provvisoriamente i propri effetti; l’atto nullo, anche se non produce effetti, lascia dietro di sé, in ogni caso, la traccia di un comportamento»²⁶ illecito che giustifica la reazione dell’ordinamento e legittima un’azione di danni

²⁷ A. DI MAJO, *Una New Age per le tutele contrattuali?*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, p. 5

²⁸ A. DI MAJO, op. cit., p. 5 ss.

²⁹ Mi permetto di rinviare a G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in *Cont. impr.*, 2012, 4-5, p. 1190 ss.

³⁰ G. VETTORI, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e Mercato*, 2013, 3, in www.personaemercato.it ed ivi le “fasi avverse e le fasi favorevoli del ciclo economico”, *l’equilibrio di bilancio* e le *limitazioni alla spesa pubblica*, sono entrati come principi ordinatori nei Trattati europei e nella costituzione nazionale. Resta da precisare l’impatto di tali scelte sul contenuto dei diritti perché tutto ciò pesa come un macigno e acuisce alcune critiche insidiose. Dall’idea che i diritti siano un lusso superfluo in un tempo di crisi, ove prevalgono l’esigenze della sicurezza e dell’economia, alla convinzione, mai sopita, che i diritti sociali non siano veri diritti o comunque siano subordinati ai rapporti di forza nella distribuzione della ricchezza, sino alla negazione di ogni loro rilievo nella dimensione del diritto”. Da qui alcune osservazioni forti. L’eccezionalità della spesa pubblica non interamente finanziata dalla tassazione è attaccato sia ideologicamente sia per il suo impatto attuale. Ciò perché è difficile, se non impossibile, ipotizzare schemi pubblici di protezione sociale in una situazione di pareggio di bilancio, specie in un momento in cui in Italia, e non solo, gli istituti del *Welfare* debbono essere disciplinati *ex novo* o ristrutturati con riforme costose non

D'altra parte anche nella tutela giurisdizionale di tali situazioni muta qualcosa. Nel nuovo dialogo fra le Corti la teoria dei controlimiti è superata o attenuata perché frutto, si dice, di una preoccupazione non più attuale. Dal momento che la tutela dei diritti deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme nazionali in potenziale conflitto. Sicché il bilanciamento con le norme CEDU e l'attuazione della carta di Nizza-Strasburgo, in tutti i giudizi delle Corti interne, non può essere volta "all'affermazione della primazia dell'ordinamento nazionale ma alla integrazione delle tutele"³¹.

Si capisce così come il principio di effettività divenga sempre più regola cardine del sistema costituzionale interno e comunitario³². Gli articoli 24 e 100 della Costituzione, l'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art.13 della CEDU e l'art. 47 della Carta di Nizza fanno riferimento al diritto, questi sì intangibile ad una tutela effettiva commisurata alla specifica situazione sostanziale protetta e attuata da strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse. Ed è questo il perno attorno cui ruota la dinamica delle tutele dei privati³³.

Il senso della contemporaneità che ha radici nella saggezza millenaria del diritto canonico³⁴ sta qui.

Nella rilevanza attribuita, dopo l'astrazione della modernità, ad ogni manifestazione concreta della soggettività e personalità di cittadini e migranti, di anziani minori e disabili, di

sostenibili, spesso, con un aumento della tassazione che ha raggiunto livelli assai elevati. A questo si aggiunge l'impatto di tale scelte in una situazione di medio periodo caratterizzata ancora da scarsa crescita o recessione.

³¹ V. Corte EDU 31 maggio 2011, *Maggio ed altri c. Italia*, in *Foro it.*, Rep. 2011, voce *Diritti politici e civili*, n.177; Corte. cost. 28 novembre 2012, n. 264, in *Foro it.*, 2013, I , con note di R. ROMBOLI e di G. AMOROSO, ed ivi, 788 con nota di E. SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la CEDU come parametro interposto di costituzionalità*, e di M. DE LUCA, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme CEDU*; Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, C-399/11 *Melloni-Ministero Fiscale* su cui v. il commento di A. RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, in www.diritticomparati.it; R. CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena irraggiata in absentia*, in *Corr. Giur.*, 4/2013,8; ID., *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurocomunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in www.europeanrights.eu.

³² E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, in www.cortedicassazione.it , osserva che (p.17) che la tesi dottrinale dei controlimiti "pare potersi ritenere ormai superata (o almeno attenuata) soprattutto in quanto fondata su preoccupazioni non più attuali nell'odierno assetto interordinamentale" ed ivi il richiamo a A. TIZZANO, *Dall'unità nazionale all'integrazione sopranazionale*, in *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2001, Milano, Giuffrè, p.9ss.*

³³ G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi. A proposito del caso Cîr-Fininvest*, in *Persona e mercato*, 2013,4, in www.personaemercato.it

³⁴ P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in *Quaderni fiorentini*, 3, 2003, p. 380-381: "la dialettica particolare/universale è fortissima nel diritto canonico e fortissima la valorizzazione del particolare: il peccato non può non essere il singolo peccato del singolo soggetto, e il diritto non può non consistere ne rimedio efficiente volto ad evitare, attenuare, sanzionare quello specifico peccato. Nel diritto della Chiesa, proprio per il suo carattere strumentale, non è il primato della norma generale che viene affermato, ma esattamente il contrario, la considerazione del particolare significa considerazione del re/peccatore che cerca la propria salvezza e in questa va aiutato." Paolo Grossi cita la Somma Teologica di Tommaso d'Aquino e la *Questio VII De circumstantiis humanorum actuum* la quale "verte sulle circostanze degli atti umani, età, stato, ignoranza, povertà, luogo, tempo, gravità del danno, conseguenze dell'atto. In altre parole, non basta che cosa si è compiuto e con quale volontà; è rilevante indagare chi sia l'agente, come l'abbia compiuto, dove, quando, in quali circostanze. E' quel contesto che il teologo/canonista deve approfondire, se si vuol conseguire pienamente l'ideale del giusto; che in un ordinamento sacro, non è al di là del diritto, ma nazi vi si mescola e con esso si fonde."v. anche ID., *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, ivi,14 1985; *Aequitas canonica*, ivi, 27 1998; *Valori e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, in *L'eredità giuridica di san Pio X*, a cura di A. Cattaneo, Venezia, 2006. Gli scritti sono ora raccolti in P. GROSSI, *Scritti canonistici*, a cura di C. Fantappiè, Milano, 2013).

consumatori ed operatori, di imprese grandi piccole e microscopiche. Tutte dotate di un grado giuridico e non di fatto che l'interprete deve individuare e ricostruire in termini di conseguenze e di risposte.

Questo nuovo ordine positivo e non certo spontaneo deve essere ancora in gran parte costruito ma il metodo è chiaro. Ermeneutica e diritto, legge e giudici sono gli archi portanti di una volta che sarà solida solo se è saldo l'equilibrio delle sue componenti.

La definizione di tutele efficienti è uno strumento primario di questo equilibrio e di questo nuovo ordinamento integrato che tutti siamo chiamati a edificare.

2. Il diritto ad un rimedio effettivo

2.1 L'individuazione di un diritto costituzionale ad un rimedio effettivo.

L'esistenza, i contenuti e l'evoluzione del principio sono stati esaminati con estremo rigore e chiarezza³⁵, negli ultimi anni dalla dottrina sul processo mentre il tema non ha avuto altrettanta attenzione negli studi di diritto sostanziale. La prassi giudiziaria, come spesso accade, ha richiamato l'attenzione e indotto a prendere posizione su questa questione essenziale.

Una recente sentenza della Corte di Cassazione utilizza il principio di effettività, qualificato esattamente come regola-cardine dell'ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto «ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella... unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato»³⁶.

Il che significa riconoscere la «facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato», in forza di «un itinerario di pensiero» indicato da precise norme. L'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea sui diritti umani e l'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali. Le quali indicano non solo un diritto di «accesso al giudizio», ma «un diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela»³⁷.

Durante il corso si tenterà di spiegare quale potenzialità esprimano queste norme nel ripensare contenuto e limiti degli istituti e delle tutele sostanziali.

E' noto che la Corte costituzionale non ha mai dato un'interpretazione univoca dell'art.24 della Costituzione e non è mai stato facile individuare «la portata concreta della copertura costituzionale, stabilendo se essa riguardi solo il diritto al «giusto processo».. o «anche quello all'effettiva tutela»³⁸ sostanziale. I punti di partenza sono due. La nozione di

³⁵ V. in particolare N.Trocker, La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il processo civile, in Riv.trim.dir.proc.civ.,2002,p. 1172 ss.; Id., Dal «Giusto Processo» all'effettività dei rimedi: l'«azione» nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, ivi, 2007,p.35ss. ora in Id, La formazione del processo civile europeo.... ,Torino, 2011.

³⁶ Cass. 27 giugno 2013, n. 21255.

³⁷ L'ampliamento della regola di buona fede è coerente con la responsabilità da contatto sociale riconosciuta prima come un'ipotesi affine a quella contrattuale e comunque distinta da quella extracontrattuale (Cass. 21 novembre 2011, n. 24438) e poi ricostruita in guisa di contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, caratterizzato da tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c. (Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648).

³⁸ I.Pagni, Tutela specifica e tutela per equivalente,Milano, 2004,p. 56

interesse giuridicamente protetto, nucleo primario della nozione di diritto soggettivo³⁹. Il significato della effettività delle tutele⁴⁰.

Iniziamo dalla prima.

La protezione di un interesse non può che aprire “tutte le vie della tutela giuridica, secondo il criterio universale dell’adeguamento degli effetti alla sostanza degli interessi espressi dal fatto giuridico”⁴¹. Su questo ha insistito la Cassazione nell’aprire la via alla risarcibilità degli interessi legittimi ma non solo. A questa conclusione conduce una corretta qualificazione della rilevanza giuridica e dei rimedi.

Sul primo aspetto. “Ciò che assume rilevanza per il diritto non è la situazione storica, che ha un rilievo diverso in base ai giudizi ed alle scelte che su di essa possono operarsi, ma è il fatto che risponde al criterio di individuazione definito e pensato secondo l’ordine delle valutazioni proprie del formalismo giuridico. Questa qualifica non è il fatto materiale né la conseguenza che da esso promana, è *l’essenza giuridica del fatto*, ossia la sua rilevanza per il diritto che va tenuta distinta dall’efficacia anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte”⁴². Sicché questa *essenza giuridica* orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva.

La nozione di effettività conferma questa conclusione.

Con essa si attribuisce “alla tutela sostanziale un’elasticità ... propria dei *remedies* di *common law*”⁴³ in base ad una lettura attenta dell’art.24 della Costituzione e delle fonti europee di pari rango.

Basta ricordare che l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali riproduce un principio generale del diritto comunitario, vigente da oltre un ventennio⁴⁴. Le norme e il principio che la Carta riafferma esigono che si dia attuazione, in Europa, alla pretesa di un rimedio effettivo, inteso come pretesa di adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell’interesse tutelato.

Questa ultima indicazione va precisata, per fugare l’incertezza che il termine rimedi assume troppo spesso⁴⁵. Per fare un minimo di chiarezza occorre ricordare che la riflessione sul tema presuppone l’esistenza di un interesse protetto⁴⁶, sicché l’approccio rimediale non incide sull’*an* della protezione, ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all’obbligo sostanziale ma intende fornire uno strumento di tutela adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare.

³⁹ A.Falzea, Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive, in Riv.dir.civ.,2000,p.683 ss.ma anche la notissima sentenza della Corte di Cassazione n.500 del 1999.

⁴⁰ L.P. Comoglio, Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, in Riv.trim.dir.e proc.civ.,1994,p.1076 ss. Citato da I.Pagni, Tutela specifica e tutela per equivalente,cit. p. 57.

⁴¹ I.Pagni, op. cit. p. 59.

⁴² V. sul punto per una sintesi G. Vettori, Contratto e rimedi, Padova, 2009, p. 378.

⁴³ L.P. Comoglio, Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, cit. p. 1076.

⁴⁴ Si veda sul punto il bel saggio di N. TROCKER, *L’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e l’evoluzione dell’ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta Europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2002, p. 381 ss. Ma soprattutto I.Pagni, Tutela specifica e tutela per equivalente, cit. p. 54 ss.

⁴⁵ V. U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105 ss.; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341 ss.; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, ivi, 2007, p. 2 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, ivi, 2005, p. 605 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006.

⁴⁶ U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, cit., p. 108.

Il metodo è anch'esso tracciato. Tale prospettiva di analisi si connota per un rifiuto del formalismo, per un'attenzione alla comparazione, e per la ricerca delle regole operazionali che si celano spesso dietro la retorica dei diritti. Si comprende, così, come tale tecnica si sia diffusa e sia utilizzata in fonti legislative come la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci, i Principi Lando e Unidroit.

Si capisce anche quali vantaggi essa comporti per l'interprete e il giudice.

L'attenzione ai rimedi⁴⁷ tende ad accorciare, “per così, dire le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e o al bene che si intende tutelare”⁴⁸. Ciò accade con un uso corretto delle clausole generali, ma non solo. Accade anche percependo in pieno l'evoluzione delle forme e degli istituti in tema di eliminazione degli effetti dell'invalidità e del riequilibrio negoziale.

2.2. Il dialogo fra le Corti e il diritto ad un rimedio efficiente.

Quarantasette paesi e 820 milioni di abitanti si riconoscono nella CEDU, ma il Consiglio d'Europa e la Corte di Strasburgo imputano all'Italia disfunzioni gravissime. Quattro Stati occupano il 55% del contenzioso e l'Italia (seconda in questo elenco) non ha fatto nulla per porre rimedio a questo stato. Il nostro paese ha un debito enorme accumulato per i rimborsi per eccessiva durata dei processi.

La classifica redatta dalla Banca Mondiale sull'efficienza del sistema giudiziario in materia contrattuale colloca l'Italia al 103° posto su 189. Con un miglioramento rispetto al passato (era al 169°) ma con una posizione di grande distanza dai paesi europei. Basta pensare che Francia, Germania e Austria sono fra i primi sette paesi, Spagna e Gran Bretagna intorno al 60° posto. Che cosa tutto ciò significhi in termini di competitività e di crescita è facile intuirlo.

Insomma problemi sostanziali e processuali premono per un profondo ripensamento culturale e non solo normativo del nostro sistema. E' necessario un cambio di mentalità con una visione sistemica, un centro e un metodo. Basta qualche cenno ad alcuni problemi e al rilievo alle fonti europee.

Nella giurisprudenza più recente si sta delineando un quadro sistematico generale grazie al dialogo fra le Corti, con alcuni caratteri.

La ricerca di un'unità nella diversità sostenibile. La tendenza della Corte di Giustizia e della Corte EDU ad esprimere principi generali fra i quali il diritto ad un rimedio efficiente acquista sempre più centralità⁴⁹.

E' evidente la tensione verso un sistema da costruire nel dialogo fra norme e giudici. Con una centralità del caso su cui è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo generale. Il che evoca l'importanza dell'interpretazione e delle tecniche applicative. Vediamo come.

a) La disapplicazione della norma interna incompatibile, pur riconosciuta anche da sentenze recenti, è delimitata con rigore⁵⁰. Una direttiva anche se chiara precisa e incondizionata e volta a conferire diritti e obblighi, non può essere applicata in una controversia fra privati di per sé. D'altra parte una norma che contenga un diritto o un

47 A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 4ª ed., Milano, 2003, p. 13 ss.; ID., *Il linguaggio dei rimedi*, op. cit., p. 342 ss.

48 A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., p. 355.

49 G. Vettori, *Il tempo dei diritti*, in *Persona e mercato*, 3/2013.

50 Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014 C-176/12, *Association de médiation sociale*

principio (che per produrre i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni interne e comunitarie) non può essere invocata ai fini della disapplicazione⁵¹.

b) Il rinvio pregiudiziale appare sempre un controllo diffuso nelle mani del giudice. Non è necessario se la soluzione è auto-evidente o se il problema è già stato risolto dalla Corte di Giustizia. Lo si deve esercitare negli altri casi e ciò comporta una conoscenza piena del diritto comunitario da parte delle Corti di merito e di legittimità⁵².

c) L'interpretazione conforme assume sempre più spessore e precisione. La norma interna deve essere applicata alla luce del testo e della finalità della Direttiva (o del principio) per giungere ad una soluzione (interpretativa) conforme all'obbiettivo perseguito da queste fonti. Da qui la ricostruzione di una regola tramite l'interpretazione⁵³.

d) Il controllo della Corte EDU sui diritti sociali e sui limiti di bilancio assumono un significato di grande rilievo orientativo e sul punto occorre soffermarsi.

Si è ritenuto legittima la riserva nazionale sulle proprie politiche sociali solo se priva di ogni profilo di discriminazione e in presenza di una espressa motivazione sulla proporzionalità fra la scelta nazionale e i mezzi impiegati dal legislatore nell'attuarla⁵⁴. Si è ribadito che i rimedi non devono essere "meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"⁵⁵. Da ultimo si è censurato il potere del Curatore fallimentare di sciogliere un contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 bis della Legge Fallimentare perché le Corti italiane erano legittimate "unicamente ad esaminare la legalità formale della misura contestata, senza potersi occupare delle sue necessità e proporzionalità alla luce dei principi enunciati nell'art.1 del Protocollo 1 della Convenzione. Sicché si reputa contrario all'art. 13 CEDU tale istituto "perché il sistema giuridico italiano non ha offerto alla ricorrente garanzie sufficienti contro l'arbitrio e l'interessata non ha avuto a sua disposizione un ricorso effettivo per far valere la sua doglianza a livello nazionale"⁵⁶

Ce ne è abbastanza per osservare che il principio della effettività delle tutele è uno strumento di ordine e di riduzione della complessità del diritto dei privati che richiede oggi, come alle origini, un'opera sapiente della legge e dei giudici capace di «integrare organicamente, in un unico quadro solido e applicabile»⁵⁷ vecchi *iura* e nuove *leges*, sì da fissare orientamenti condivisi nelle risposte alle esigenze sempre più articolate della vita di relazione.

⁵¹ Corte di Giustizia, 26 febbraio 2013, C- 617/10 e 15 gennaio 2014, cit.

⁵² CEDU 8 aprile 2014, Dhahbi-Italia.

⁵³ Corte di Giustizia, 15 gennaio 2014, cit.

⁵⁴ CEDU, 8 aprile 2014, cit. 53: "per quanto riguarda i "motivi di bilancio" adottati dal Governo, la Corte ammette che la tutela degli interessi di bilancio dello Stato costituisce motivo legittimo della distinzione in questione. Tale scopo tuttavia, non può d per sé giustificare la disparità di trattamento denunciata".

⁵⁵ Corte di Giustizia, Grande sez., 19 luglio 2012, Littlewoods v. Her Mjesty's Commissioners, punti 27,28,31 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, Wels, 19 settembre 2006C-392/04 e C-422/04.

⁵⁶ CEDU, 4 febbraio 2014 n.25376/06-Ceni c. Italia punti 98,99,100,101 e il richiamo a CEDU 6 giugno 2013 n.38450/05 Sabanchiyeva e altri contro Russia e a CEDU, 20 giugno 2002, n.50963/99 Al-Nashif c. Bulgaria.

⁵⁷ A. Schiavone, (Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 8) riferisce con tali parole l'opera di Giustiniano nel rigenerare un ordine giuridico. «Nulla di simile era stato fatto prima: E l'obbiettivo era alto: rimodellare il pensiero degli antichi maestri nella forma di un diritto codificato».

2.3. Rassegna delle Corti europee sul principio di effettività.

1) Il diritto a un rimedio effettivo.

A. L'articolo 13 della Convenzione per la salvaguarda dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (comunemente nota come Convenzione europea dei diritti dell'uomo, CEDU) prevede che "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali".

B. Questo diritto impone allo Stato membro di riconoscere all'individuo uno strumento che assicuri il rispetto delle libertà e dei diritti previsti dalla CEDU. Esso rientra nel più generale obbligo di **solidarietà** per cui ciascun Paese contraente si impegna a riconoscere "a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione".

C. La Cedu ha un proprio organo giudiziario che verifica il rispetto della Convenzione e a cui può rivolgersi ogni individuo (a determinate condizioni). Questo organo giudiziario si chiama Corte europea dei diritti dell'uomo e ha sede a Strasburgo.

D. Prima di presentare ricorso presso la Corte di Strasburgo, l'individuo, in virtù del diritto a un rimedio effettivo previsto dall'art. 13, Cedu, ha il diritto a che a livello domestico (nazionale) vi sia una istanza che gli permetta di ottenere giustizia rispetto ai diritti e alle libertà previste dalla Convenzioni.

E. Il rapporto tra l'istanza interna e la possibilità di ricorso alla Corte di Strasburgo è un rapporto di **sussidiarietà**. Solo dopo avere esaurito i ricorsi previsti (ex art. 13) a livello interno, l'individuo può presentare un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

F. Dal punto di vista dello Stato membro, questo diritto a un rimedio effettivo costituisce un obbligo a prevedere degli strumenti di tutela per posizioni di diritto sostanziali che lo Stato si limita a riconoscere senza avere partecipato alla loro definizione.

G. Dal punto di vista dell'individuo, l'obbligo per lo Stato di predisporre un rimedio effettivo interno gli consente di ottenere giustizia della posizione sostanziale a lui riconosciuta dalla Convenzione senza dover necessariamente rivolgersi al giudice europeo (Corte di Strasburgo).

Giurisprudenza

- (**solidarietà**) Nel caso *Kudla v. Poland* (26 ottobre 2000) la Corte europea ha riconosciuto che la responsabilità primaria di attuare e far rispettare i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione è affidata alle autorità nazionali in virtù dell'articolo 1, ("Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione").

- (**sussidiarietà**) Nel caso *Handyside v. the United Kingdom*, 07 dicembre 1976, §48, il giudice di Stasburgo ha sottolineato che il meccanismo di protezione stabilito dalla Convenzione affida ai sistemi nazionali la tutela dei diritti umani. La convenzione lascia a

ciascuno Stato contraente, in primo battuta, il compito di garantire i diritti e le libertà che sancisce. Le istituzioni create dalla Convenzione possono dare il proprio contributo alla tutela dei diritti, ma vengono coinvolte solo una volta che tutti i ricorsi interni siano stati esauriti.

Nel caso *Selmouni v. France* 28 luglio 1999, §74, la Corte ha ribadito il rapporto tra il requisito del previo esaurimento dei ricorsi interni e il diritto a un rimedio effettivo e ha affermato che il ricorso deve essere prima presentato all'organo nazionale del caso nel rispetto dei requisiti formali e dei termini previsti nel diritto interno.

- **(funzione del rimedio)** Nel caso *Kudla v. Poland* la Corte europea ha chiarito che l'articolo 13 della Convenzione garantisce la disponibilità a livello nazionale di un rimedio che assicuri la tutela dei diritti e delle libertà della Convenzione.

2. I tratti dell'obbligo per lo Stato di prevedere un rimedio effettivo.

A. La Convenzione impone allo Stato contraente il dovere di prevedere un obbligo, ma, in virtù della c.d. teoria del margine di apprezzamento, lascia a quest'ultimo la facoltà di determinare quale forma di protezione riconoscere per la violazione del diritto o della libertà che la Convenzione riconosce al singolo individuo.

B. La ragione di questa scelta risiede nella consapevolezza della diversità delle varie tradizioni giuridiche a cui appartengono i Paesi membri e della migliore capacità per il legislatore interno di definire un rimedio concretamente idoneo a tutelare il diritto e la libertà convenzionale.

C. Il testo della Convenzione prevede che ogni individuo abbia il diritto presentare un ricorso davanti all'istanza nazionale con cui ottenere un rimedio effettivo quando sia stata violato un diritto previsto dalla Convenzione.

D. Col tempo si è chiarito che non è necessario che vi sia una violazione accertata per poter avere il diritto al ricorso interno. E' sufficiente che il titolare della libertà prevista dalla Convenzione sia in grado di dimostrare la fondatezza della pretesa violazione ("arguable claim"). Pertanto, il diritto a un rimedio effettivo è **autonomo**.

E. Come altri diritti previsti dalla Convenzione, il diritto a un rimedio effettivo è accessorio a una delle libertà riconosciute al singolo individuo. A livello convenzionale, la pretesa ad un *effective remedy* accompagna tutti i diritti riconosciuti agli articoli 1-12 nonché dai vari Protocolli che, col passare degli anni, sono stati adottati e che integrano il testo originario della Convenzione.

- **(margine di apprezzamento)** Ancora nel recente caso *Poghosyan e Baghdasaryan v. Armenia* (12 giugno 2012) la Corte ha ribadito che la garanzia prevista dall'art. 13 (ossia la disponibilità di un rimedio a livello nazionale per far rispettare - e quindi a valere il mancato rispetto - la sostanza dei diritti della Convenzione e delle libertà) può essere fatta in qualsiasi forma nell'ordinamento giuridico interno. Peraltro, già in casi precedenti, era ricorrente l'affermazione per cui agli Stati membri è concessa una certa discrezionalità quanto al modo e alla forma di protezione interna del diritto e della libertà convenzionale (*Chahal v. the United Kingdom*, 15 novembre 1996, §145; *Iovchev v. Bulgaria*, 02 febbraio 2006, §142).

- Come chiarito nel caso *Scordino v. Italy*, 29 marzo 2006, §189, dietro questa scelta che lascia un ampio margine di apprezzamento allo Stato in ordine alla forma di protezione del diritto c'è anche la circostanza per cui così facendo si raggiunge una soluzione consona con il sistema nazionale e conforme a quella specifica tradizione giuridica.

Ad esempio con riferimento alla tutela risarcitoria, è più facile per i giudici nazionali fare riferimento agli importi assegnati a livello nazionale per altri tipi di danni - lesioni personali, danni in relazione alla morte di un parente o di danni in casi di diffamazione, per esempio.

- (**arguable claim**) Smentendo la propria precedente giurisprudenza che subordinava il diritto a un rimedio effettivo all'accertata violazione di un altro diritto, la fondamentale decisione *Klass and Others v. Germany* (06 settembre 1978) ha modificato l'interpretazione dell'articolo. Essa ha riconosciuto che la disposizione, se letta letteralmente, sembra dire che una persona ha diritto ad un rimedio nazionale solo se si è verificata una "violazione". Tuttavia, una persona non può stabilire una "violazione" davanti ad un'istanza nazionale, se non è prima in grado di presentare con tale autorità una denuncia in tal senso. Di conseguenza, che la convenzione sia effettivamente violata non può essere considerato un prerequisito per l'applicazione dell'articolo 13. A parere della Corte, l'articolo 13 prevede che, qualora un individuo considera di essere stato pregiudicato da una misura presumibilmente in violazione della Convenzione, egli deve avere un rimedio dinanzi ad un'autorità nazionale, al fine sia di avere la sua affermazione decisa e, se del caso, per ottenere un risarcimento. Così l'articolo 13 deve essere interpretato come garanzia di un "ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale" per chiunque sostiene che i suoi diritti e le libertà previsti dalla Convenzione siano stati violati.

- (**autonomia**) Tale lettura è stata confermata nella importante decisione *Silver and Others v. the United Kingdom* (25 marzo 1983 §113) – per cui quando un individuo ha la fondata pretesa di essere vittima di una violazione dei diritti enunciati nella Convenzione, lo stesso dovrebbe avere un rimedio dinanzi ad un'autorità nazionale, al fine sia di avere la sua affermazione decisa e, se del caso, per ottenere un risarcimento – e *Boyle and Rice v. the United Kingdom* (27 aprile 1988 §52) – che ha escluso che l'articolo 13 possa essere ragionevolmente interpretato in modo da richiedere un rimedio di diritto nazionale in relazione a qualsiasi rimostranza che un individuo può avere, non importa quanto infondata sua denuncia può essere; al contrario il reclamo deve essere uno fondato.

3. I caratteri del ricorso.

A. Per quanto sia riconosciuta allo Stato la facoltà di determinare la forma di protezione (il ricorso davanti l'istanza interna) per la presunta violazione, la Corte europea dei diritti dell'uomo è intervenuta a definire i tratti necessari del ricorso. Questa giurisprudenza è fondamentale per comprendere concretamente quale sia il contenuto del diritto dell'individuo e, corrispettivamente, dell'obbligo del Paese contraente.

- Innanzitutto, sin dal fondamentale caso *Golder vs United Kingdom* si è affermato che l'art. 13 nel riconoscere il diritto ad un ricorso parla di istanza nazionale (*before a "national authority"*) e non di "tribunale", "corte" o altro. Pertanto, lo Stato può soddisfare il proprio obbligo anche riconoscendo all'individuo un ricorso presso un organo non giurisdizionale.
- Ancorché non sia un organo giurisdizionale, lo Stato deve assicurare che l'istanza nazionale mantenga alcune garanzie come l'imparzialità e l'indipendenza dall'esecutivo e presenti sufficienti capacità di cognizione dei fatti oggetto del ricorso. Ad esempio, si è riconosciuto conforme all'art. 13 il ricorso presentato davanti il mediatore parlamentare svedese o il cancelliere di giustizia, atteso che si tratta di organi indipendenti, i cui pareri, pur non vincolanti sono seguiti nella prassi dal Governo (*Leander v. Sweden* 26 marzo 1987); al contrario, si è ritenuto non conforme all'art. 13 il ricorso presentato presso l'Autorità inglese che giudica il diniego della concessione del visto perché alla stessa era precluso una concreta valutazione dei fatti (*Abdulaziz, Cabales, Balkandali v. the United Kingdom*, 28.05.1985).
- Nel verificare se lo Stato contraente abbia soddisfatto la pretesa al rimedio, la Corte non considera il singolo ricorso, ma valuta il sistema interno nel suo complesso: anche se un rimedio può non soddisfare in tutto i requisiti di cui all'articolo 13, può farlo l'insieme delle misure correttive previste dal diritto interno (*Silver vs United Kingdom*).
- Peraltro, per verificare l'effettività del ricorso interno un ulteriore parametro della valutazione svolta dalla Corte europea è rappresentata dalla materia in cui si inserisce il ricorso nazionale (*Klass v. Germany*). Qui l'oggetto del ricorso riguardava l'assenza in un'azione giudiziaria con cui poter contestare le misure di controllo della corrispondenza anche prima della cessazione di queste. Riconoscendo la specificità e la legittimità di un "system of secret surveillance", la Corte ha respinto le doglianze e, per i cittadini interessati da queste misure di sorveglianza, ha ritenuto essere sufficiente la possibilità di adire un giudice dopo aver ricevuto la comunicazione sulla fine del controllo delle comunicazioni.

4. Il parametro dell'effettività.

A. Oltre che sui tratti del ricorso, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è concentrata sul carattere di effettività. Tale parametro è ricostruito secondo tre aspetti: accessibilità, efficacia e adeguatezza.

B. (**accessibilità**) La Corte europea ha ritenuto che il rimedio interno per essere valido (ovverosia sufficiente) debba essere *effective in practice as well as in law*.

- Così, nel caso *Iovchev v. Bulgaria*, la Corte ha dichiarato la lesione dell'art. 13, atteso che i tempi del procedimento e i costi previsti escludevano per il ricorrente una concreta effettività del rimedio.

C. (**efficacia**) Innanzitutto, la Corte di Strasburgo ha affermato che, per la determinazione dell'effettività del rimedio domestico, si debba prescindere dall'esito dello stesso: l'effettività del rimedio, ai fini dell'art. 13, prescinde dalla certezza di un esito favorevole.

- (*Soering v. the United Kingdom*, 07 luglio 1989, §122; *Pine Valley Developments LTD and others v. Ireland*, 29 novembre 1991, §66; *Costello Roberts v. the United Kingdom*, 25 marzo 1993, §40; *Lorsé v. the Netherlands*, 04 febbraio 2003, §96. Sul punto, già, *Swedish Engine Drivers' Union*, §50.)

D. (**efficacia**) In secondo luogo, la Corte ha chiarito che per essere effettivo il ricorso interno deve essere efficace, nel senso che deve essere una forma di tutela dotata della capacità di sospendere le possibili violazioni.

- Nella sentenza *Onka v. Belgium* (5 febbraio 2002) la Corte ha ritenuto che la nozione di un ricorso effettivo ai sensi dell'articolo 13 prevede che il rimedio può impedire l'esecuzione delle misure che siano in contrasto con la Convenzione, i cui effetti sono potenzialmente irreversibili.

- In tema si confronti anche il noto caso *Keenan v. the United Kingdom*, 03 aprile 2001, §123-127, in cui i giudici di Strasburgo hanno censurato l'ordinamento inglese. Questo, infatti, non prevedeva un rimedio che il ricorrente, detenuto in carcere con un passato di malattie mentali, avrebbe potuto tempestivamente esperire contro la decisione di tenerlo in isolamento per ancora altro tempo.

- In modo simile, la Corte ha dichiarato che costituisce violazione dell'art. 13 Cedu l'assenza di uno strumento che garantisca agli organizzatori di una manifestazione pubblica di ottenere una decisione definitiva sulla liceità del diniego opposto dalle autorità di pubblica sicurezza, prima del momento previsto per lo svolgimento della manifestazione (*Alekseyev v. Russia*, 21 ottobre 2010, §99).

- Per un'applicazione di questa lettura dell'effettività del rimedio nella delicata materia delle espulsioni si vedano *Jabari v. Turkey*, 11 luglio 2000 §50, *Josef c. Belgique*, 27 febbraio 2014 §106 e, con riferimento al nostro ordinamento nazionale, *Hirsi v. Italy*, 23 marzo 2012 §205. In quest'ultima decisione, la Corte ha censurato l'assenza di un ricorso con cui poter verificare la situazione personale di cittadini libici prima della loro espulsione in Libia.

E. (**adeguatezza**) Il terzo profilo è di straordinaria importanza. Per essere effettivo il ricorso interno deve essere adeguato, ossia di "prevenire la presunta violazione o la sua prosecuzione, o di fornire un adeguato risarcimento per qualsiasi violazione che si era già verificato" (*Kudla v. Poland*).

F. Innanzitutto, un rimedio adeguato vuole dire che quando un individuo contesta la violazione dell'art. 3, Cedu, (proibizione della tortura) il differente diritto a un effettivo rimedio interno impedisce di ritenere sufficiente il mero risarcimento e impone allo Stato lo svolgimento di indagini adeguate, ossia condurre all'identificazione e alla punizione dei responsabili. (*Kaya v. Turkey*, 19.02.1998 §107 e *Assenov v. Bulgaria*, 28.10.1998, §117) e il suo esercizio non deve essere ingiustificatamente ostacolato da atti o omissioni delle autorità dello Stato convenuto (*Aksoy v. Turkey*, 18.12.1996, §95; *Aydin v Turkey*, 25.09.1997, §103; *Ergi v. Turkey*, 28.07.1998, §96; *Orban v Turkey*, 18.06.2002, §383).

G. Inoltre, l'adeguatezza come parametro per la verifica dell'effettività del rimedio ha riguardato anche la configurazione di una tutela riparatoria, ossia uno strumento che obblighi il responsabile dell'illecito convenzionale a rimuovere ogni conseguenza dannosa (patrimoniale e non patrimoniale) dalla sfera giuridica della vittima della violazione. Sin dai casi *Klass* e *Silver*, la giurisprudenza ha affermato che l'articolo 13 riconosce al singolo il diritto a un rimedio dinanzi ad un'autorità nazionale, al fine sia di avere la sua affermazione decisa e, se del caso, per ottenere un risarcimento.

- La giurisprudenza successiva ha meglio chiarito tale aspetto e, di recente, ha censurato quegli ordinamenti nazionali che non prevedevano un risarcimento del danno patito dai ricorrenti per la violazione di un diritto convenzionale. In questo senso milita il caso *Z. and others v. United Kingdom* (10 maggio 2001), relativo a un caso di abusi familiari a danno di minori. Dinanzi alle giurisdizioni interne, la pretesa risarcitoria non aveva trovato accoglimento: come chiarito dall'*House of Lords*, nell'ordinamento inglese nessuna azione era prevista contro l'autorità locale per la negligenza o per la violazione di obblighi di legge concernente l'esercizio delle loro funzioni in materia di benessere dei bambini sotto i *Children Act* 1989 in materia di custodia dei bambini. Pertanto, i danneggiati avevano deciso di adire la Corte di Strasburgo, dove avevano lamentato la violazione dell'art. 13 per assenza di un provvedimento interno (*local*) con cui ottenere *appropriate redress*. I giudici di Strasburgo hanno accolto il ricorso: quando è in gioco un diritto fondamentale con un'importanza come il diritto alla vita e il divieto della tortura, trattamenti inumani e degradanti, il diritto a un rimedio effettivo va inteso come obbligo per le Parti Contraenti affinché, già a livello nazionale, sia a disposizione della vittima o la famiglia della vittima un meccanismo per stabilire eventuali responsabilità di funzionari dello Stato o di enti per atti od omissioni che comportano la violazione dei loro diritti ai sensi della Convenzione. In termini più generali, la Corte ha avuto modo di affermare che nel caso di una violazione degli articoli 2 e 3 della Convenzione, che si collocano come le disposizioni fondamentali della Convenzione, il risarcimento del danno non patrimoniale che sorge dalla violazione dovrebbe, in linea di principio, essere disponibile come parte della gamma di rimedi.

- In termini non dissimili, *T.P. and K.M. v. the United Kingdom*, 10 maggio 2001, §109, nonché *Kontrova v. Slovakia*, 31 maggio 2007 §62-65, in cui, pure, si è affermato che, per assicurare un rimedio effettivo nel caso di violazione del diritto alla vita, lo Stato deve prevedere non solo la possibilità per la vittima di richiedere un accertamento della responsabilità in sede giurisdizionale, ma anche quella di ottenere un indennizzo per i danni morali provocati dalla morte dei propri figli.

- Con riferimento al nostro ordinamento, la Corte (*Di Sarno et autres c. Italie*, 10 gennaio 2012, §118) ha avuto modo di censurare la mancanza di vie di ricorso utili ed effettive che permettano, a quanti abitano o lavorano in un comune della Campania in cui i rifiuti sono stati abbandonati per le strade, di sollevare, innanzi alle autorità nazionali, motivi attinenti alle conseguenze pregiudizievoli della cattiva gestione del servizio di raccolta, trattamento e smaltimento dei rifiuti.

H. Peraltro, sempre a proposito della forma di tutela risarcitoria e del parametro di effettività del rimedio, la Corte europea ha sanzionato l'ordinamento interno che aveva accordato una riparazione non adeguata.

- Ad esempio, con riferimento alla riparazione prevista per l'eccessiva durata dei procedimenti giurisdizionali, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il ristoro accordato dai giudici italiani non fosse sufficiente a riparare il pregiudizio subito dai ricorrenti (*Scordino v. Italy*, decisione di ricev., 27 marzo 2003). In quel caso, il giudice europeo ha verificato che non vi era alcuna giustificazione per spiegare la discrepanza tra l'ammontare riconosciuto dalla giurisprudenza di Strasburgo e quello accordato in applicazione della legge.

3. Le Fonti

Se nella storia si alternano periodi di grandi sintesi concettuali e fasi di dispersione⁵⁸ è sin troppo facile collocare il presente in uno dei due momenti. La dilatazione dei mercati e l'accentuarsi della complessità delle fonti hanno prodotto fenomeni simili in ogni ordinamento. Deperisce il ruolo e l'utilità delle tradizionali categorie, cresce il rilievo delle discipline speciali, proliferano in Francia e in Italia nuovi "codici" di contenuto incerto e circoscritto⁵⁹.

Da qui la domanda se a) la parte generale del contratto abbia ancora una capacità ordinante in presenza di discipline di settore che sembrano assumere un peso ed

⁵⁸ F. MACARIO-N. MILETTI, *Presentazione*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, a cura di F. Macario e N. Miletti, Milano, 2006, p. XIII. "La storia del diritto fra medioevo ed età moderna mostra come alle potenti sintesi concettuali si alternino, con relativa puntualità, fasi di dispersione. Così si formò la matrice dello *ius* comune così le sistematiche umanistiche risposero alla crisi delle grandi scuole italiane e reagirono alla frantumazione legislativa del primo Stato moderno. Così il sistema codice, che fu preziosa sintesi rispetto al caos giurisprudenziale del tardo diritto comune, si rivelò presto inadeguato a dominare i processi di industrializzazione. E così ancora, il panlogismo pandettistico ha retto solo temporaneamente alla dilatazione novecentesca dei mercati, che sembrano trovare – ma potrebbe rivelarsi soluzione anch'essa insoddisfacente – nell'empirismo caratteristico dell'ambiente di *common law* strumenti più duttili ed appropriati. Nuove generalizzazioni si profilano all'orizzonte... Si amplia la gamma delle clausole generali del contratto, crescono le normative di settore, si realizzano codificazioni di contenuto più circoscritto... Tutto ciò mentre la necessità di ripensare i problemi della contrattualistica su scala comunitaria o addirittura planetaria impone nuove sistemazioni tra le fonti e reclama il coordinamento della giurisprudenza".

⁵⁹ F. MACARIO-N. MILETTI, *Presentazione*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., p. XIII.

un'importanza capace di dissolvere il sistema dal suo interno; b) se sia possibile trarre da tali discipline principi di rilevanza generale o estendere il loro contenuto con l'analogia *legis et juris*; c) se si possa identificare un nucleo di regole generali uniformi a livello sopranazionale.

Occorre soffermarsi, in breve, su tutti e tre i quesiti.

Si deve premettere anzitutto che il rapporto fra parte generale e disciplina di settore ha oggi una valenza molto diversa dal passato. Non si tratta di costruire categorie rigide e distanti dai rapporti reali con un metodo (caro al giurista dei primi decenni del secolo XIX), che riconosce giuridicità solo alla norma statale. Formalismo, legalismo, astrazione non sono più i tratti del giurista di oggi, conscio che "la congiunzione fra giusnaturalismo e giuspositivismo", tipica della scienza giuridica del primo '900, non si adatta a comprendere la realtà attuale⁶⁰.

La complessità dei fatti che producono regole muta i termini del problema.

Le fonti si articolano in un ordine diverso dal passato ed assumono sempre più rilievo la Costituzione, la normativa comunitaria e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, le pronunzie delle Autorità Garanti e della Corte Costituzionale.

Sul piano culturale il momento della interpretazione e applicazione della norma è inteso sempre più come un "momento interno al processo di produzione della regola". Sicché "l'imperativo astratto enunciato nella legge diventa positivo ... cioè regola positiva di una comunità storicamente positiva, solo grazie all'incarnazione operata da maestri, giudici, operatori". Tutto ciò esige l'elaborazione "di principi, di ampie cornici ordinatrici, di robusti schemi teorici"⁶¹.

Resta da precisare il modo ed è necessaria una premessa.

4. I contratti dei consumatori e il codice del consumo.

La legge 29 luglio 2003 n. 229 consente di predisporre codici di settore al fine di semplificare la normativa con caratteri di novità rispetto al passato. Ciò perché si propone non solo di abrogare norme obsolete e di introdurre norme di coordinamento (come nei Testi Unici), ma anche di predisporre norme di ammodernamento conferendo al legislatore il potere di adattare e aggiornare la raccolta ai sensi e in conformità alla disciplina comunitaria⁶².

Tale *ratio* la si è giustificata in due modi diversi.

Si è sottolineato che il legislatore predispone in testi omogenei norme derogatorie al codice civile, il quale viene così a perdere la sua centralità nell'ambito delle fonti privatistiche come esito di un processo di decodificazione iniziato molti anni orsono e giunto ora al suo esito sistematico⁶³. Da qui l'idea che il codice di diritto comune sopravviva solo come disciplina residuale⁶⁴.

Altri formulano una conclusione del tutto diversa. Secondo questa visione i codici di settore non introducono deroghe eccezionali alla disciplina del codice di diritto comune ma disposizioni complementari a quel testo che anzi recupera una centralità ponendosi "al centro

⁶⁰ P. GROSSI, *Introduzione*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., p. 11 ss.

⁶¹ P. GROSSI, *op. cit.*, p. 17. Si prende atto, insomma, che i canoni statuali non esauriscono la giuridicità e si assiste sempre più spesso ad un confronto e ad un'osmosi fra il sistema di *civil law* e di *common law*. Come si è osservato, l'interpretazione di fronte alla complessità del sistema sarà cosa diversa dall'esegesi di un testo autorevole, sarà intermediazione fra forme e norme da un lato e valori e bisogni dall'altro, sarà anche definizione e categorizzazione di strumenti percepiti ed inventati dalla prassi bisognosa di consolidazioni teoriche.

⁶² G. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 351 ss.

⁶³ v. N. IRTI, *'Codici di settore': compimento della decodificazione*, in *Dir. soc.*, 2, 2005, p. 132 ss.; e G. ALPA, *op. cit.*, 354.

⁶⁴ N. IRTI, *op. cit.*, 133.

di un sistema stellare di cui ogni codice costituisce il satellite”⁶⁵. Il codice del consumo⁶⁶ conferma questa ultima ricostruzione in una pluralità di disposizioni. Tutte significative.

- L’art. 38 precisa che, per quanto non è previsto nella disciplina di settore, si applica il codice civile e la disposizione non è affatto superflua. Essa rafforza l’idea del valore innovativo delle leggi speciali e la convinzione del codice generale come tessuto connettivo fra di esse. Ma nello scarno dettato di tale articolo emerge qualcosa in più. Si sottolinea una contiguità tra “codice” e “codici” i quali, dove non esiste divergenza, debbono essere letti alla luce dei principi e delle regole della disciplina generale.

- L’art. 1469-*bis* del codice civile, dopo lo scorporo da tale testo della normativa sulle clausole vessatorie, contiene una disposizione che “rafforza la qualificazione del codice civile come regola fondamentale alla quale ricorrere quando non vi siano regole speciali derogatorie nel codice del consumo”.

- L’art. 143 del codice di consumo precisa che è nulla ogni disposizione in contrasto con quelle norme e che al consumatore devono essere riconosciute le condizioni minime di tutela previste in esse o in altre norme più favorevoli al consumatore, anche se le parti hanno scelto una legge diversa da quella italiana.

- L’art. 2 del codice di consumo fissa, come vedremo, alcuni diritti irrinunciabili per il consumatore tracciando una linea di inderogabilità forte che ha un preciso significato.

Sistema
coerente
di norme
speciali
protezione

Da queste norme si trae che esiste un sistema coerente di norme speciali (di protezione) idoneo a derogare alla disciplina generale del contratto. Sicché “ogni parte del codice civile (capacità, obbligazioni, diritto della circolazione) può subire una incisiva rielaborazione sistematica” e l’interprete dovrà in tale contesto (codice del consumo e leggi speciali contenenti disposizioni più favorevoli al consumatore v. art. 1469-*bis* c.c.) ricercare le norme applicabili in via diretta o analogica al caso. “Solo ove tale ricognizione dia esito positivo si potrà far luogo alla applicazione della generale disciplina codicistica”. La quale dovrà essere letta in una prospettiva evolutiva che tenga conto della presenza di regole speciali nel sistema generale⁶⁷.

D’altra parte l’ordine complessivo non può non tener conto della normativa Costituzionale per una serie di motivi.

- Gli art. 2 e 3 di quel testo sostituiscono i diritti e le pari opportunità alla meritevolezza corporativa e alla conformità sociale dell’atto di autonomia.

- L’art. 12 delle preleggi al codice civile, evocato come esempio di chiusura ingiustificata nell’elaborazione dei principi dal solo ordinamento positivo dello Stato, deve saldarsi con l’art. 11 della Costituzione. Il quale consente limitazioni di sovranità e ha con ciò legittimato il giudice nazionale alla disapplicazione del diritto nazionale contrario al diritto comunitario oltre a consentire riforme più intense dello stesso art. 138 Cost.

- L’art. 117 nel suo testo attuale ha confermato il primato costituzionale dell’ordinamento comunitario.

- L’art. 111 nell’affermare il fondamento costituzionale del giusto processo esige un sistema che assicuri un pieno equilibrio tra il principio di eguaglianza e la protezione

⁶⁵ G. ALPA, *op. cit.*, 355.

⁶⁶ G. ALPA, *op. loc. cit.*

⁶⁷ G. PASSAGNOLI, *Commento agli artt. 36-38*, in *Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2006, 370 ss., in particolare 386 ss.

giurisdizionale dei diritti, resa effettiva da una corretta ed efficace distribuzione dell'onere della prova.

Da tutto ciò emerge un nucleo precettivo espresso nel riconoscimento, indivisibilità e tutela dei diritti fondamentali, civili e sociali, previsti in tutte le Carte del novecento. Questo ordine è profondamente diverso dal passato perché non è finalistico ma anzi esclude ogni idea di conformità sociale di un atto ad un indirizzo prefissato; non vuole predeterminare il futuro “scegliendone uno perché ritenuto l'unico giusto”⁶⁸. Lascia al pluralismo politico e sociale il compito di individuare l'indirizzo più adeguato ai tempi, ma fissa con i diritti un limite di contenuto che non può non condizionare anche la libertà di contratto e la costruzione di nuovi rimedi.

Il tutto in coerenza con l'ordinamento comunitario ove il Parlamento e la Commissione invitano a concentrarsi su alcune priorità. La revisione dell'*acquis*, la selezione di regole flessibili applicabili a diverse tipologie, la rielaborazione del principio di libertà contrattuale alla luce del modello sociale europeo.

Ciò implica precise conseguenze.

Il consumatore pur nella centralità che assume nella disciplina comunitaria e interna non è affatto l'unica posizione⁶⁹ che appare meritevole di protezione specifica⁷⁰, mentre la semplice esistenza di un mercato concorrenziale non garantisce l'inesistenza di scorrettezze e abusi⁷¹ che richiedono una reazione della legge⁷² a prescindere dalla qualificazione sociale del soggetto leso⁷³.

Il problema insomma è ancora il confronto fra disciplina generale e discipline di settore in un sistema complesso di fonti ed occorre precisare subito un aspetto essenziale.

Le regole del codice di consumo sono estensibili solo in base all'analogia *legis* e non *iuris* (art.12 Disp. Prel. c.c.) perché le discipline speciali, per assumere valore generale, debbono imporsi nel sistema generale attraverso una osmosi che deve essere attentamente verificata attraverso le “strutture dogmatiche del discorso giuridico”. Né è consentito un passaggio di regole diretto fra diritti speciali, (ad esempio fra il diritto dei consumatori e i contratti di impresa), senza una “verifica di adeguatezza sulla base del diritto generale”⁷⁴.

⁶⁸ M. FIORAVANTI, *Alle radici della democrazia costituzionale*, in *Testimonianze*, 2007, 453-454.

⁶⁹ Il codice di consumo, emanato da appena tre anni, è già in parte superato da norme che tutelano il cittadino in una serie di rapporti asimmetrici. Nel primo decreto Bersani si individua una nuova regolazione del rapporto assicurativo (art. 1), dei contratti bancari (art. 10), e nel secondo decreto si prevedono provvedimenti che attengono alle reti di telecomunicazioni (art. 1), ai carburanti e alle reti autostradali, ai servizi aerei, assicurativi, bancari (art. 3 e 5). In tutti questi casi, si espande la protezione normativa oltre la categoria dei contratti fra un professionista e un consumatore e già si annuncia l'introduzione, anche nel nostro sistema, dell'azione collettiva. Tutto ciò è di estremo interesse nella tutela dei diritti di ogni cittadino consumatore o non consumatore e ci ricorda, casomai ce ne fosse bisogno, che il diritto è una scienza sociale che non procede per salti ma con necessari adattamenti sistematici fra il particolare e il generale.

⁷⁰ C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e dritti secondi*, in *Europa e dir. privato*, 2006, 397.

⁷¹ H. COLLINS, *The Law of Contract*, London, 1993, 263.

⁷² C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 416.

⁷³ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 413 e il richiamo di *Waterford v. Sanderson*, Court of Appeal 23.2.2001, in E. PEEL, *Note in Law Quart. Rev.*, 2001, 117, 551. Ma vedi sul punto G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 767 ss.

⁷⁴ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 421. La legislazione di derivazione comunitaria non può ridursi al modello di regole di tutela del c. d. contraente debole, estensibile di per sé in altri contesti attraverso il filtro della meritevolezza dell'interesse (art. 1322 c.c.), utilizzato come canone di giustizia contrattuale. Tale prospettiva è semplicistica e contraddetta dalla stessa disciplina positiva che non è affatto ispirata ad un criterio oggettivo di proporzionalità delle prestazioni, ma alla repressione di abusi e squilibri in presenza di una situazione di disagio di una parte. Le

D'altra parte non è consentita una generalizzazione né sulla base di un asserito generico concetto di giustizia contrattuale della quale singole misure di protezione sarebbero espressione⁷⁵, né sulla base di un principio di efficienza del mercato di cui consumatore e impresa debole risulterebbero solo agenti di razionalità e non destinatari di regole di specifica protezione⁷⁶. La prima affermazione è infatti del tutto immotivata e priva di dati oggettivi di riferimento⁷⁷, la seconda “inverte l'ordine dei valori nel momento in cui accredita la tutela dei consumatori come il falso scopo dell'obbiettivo vero che sarebbe costituito dalla salvaguardia del mercato”⁷⁸.

Tutto ciò esige una delicata attività interpretativa che iniziamo a compiere.

4.1. L'iter di approvazione e le scelte compiute

La scelta non è stata né facile né indolore. Il legislatore italiano non ha seguito il modello tedesco che ha inserito nel Codice di diritto comune le discipline di derivazione comunitaria, ma si è ispirato al modello francese che ha affiancato al *Code civil* un corpo unitario di regole speciali. Ma ciò è avvenuto con un'ambiguità che deve essere sottolineata.

È noto che la attuazione della Direttiva Europea sulle clausole abusive fu oggetto di un serrato (79) dibattito proprio sulla sua collocazione nel codice o in una legge speciale. Risolto ogni dubbio, nel primo senso, si discusse sulla modalità di questo inserimento e prevalse l'idea della collocazione nella disciplina generale del contratto, aggiungendo un nuovo Capo (il XIV-*bis*) al Titolo secondo del Quarto libro del codice civile.

La motivazione fu espressa in modo chiarissimo. Si volle introdurre quelle norme nel diritto comune dei contratti e non in una disciplina o in un contesto speciale, perché si trattava di regole attinenti alla tutela della persona che dovevano essere considerate e disciplinate nel corpo del codice che conosceva, molto prima di altre codificazioni, una norma sulle condizioni generali di contratto (1341) e che prevedeva già singole categorie di contratti, fra cui poteva essere inserita quella dei consumatori, non certo eccezionale rispetto al diritto comune.

Eguale consapevolezza fu la scelta sistematica: esclusa la Sezione prima, sull'accordo e quella del Titolo sesto, sulla disciplina delle attività professionali, si scelse di inserire il Capo XIV-*bis* in coda al Titolo secondo, sulla Disciplina generale del contratto, perché si ritenne di svincolare le nuove norme da qualsiasi elemento essenziale del contratto e di porle in una posizione di autonomia rispetto ai suoi elementi.

leggi di attuazione delle direttive prima ed il Codice di consumo poi, hanno seguito il diverso indirizzo di “una funzionalizzazione dell'agire del singolo”, sia esso consumatore od impresa debole, all'interesse più generale della “regolazione del mercato” (così G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, 801 ss.). Ciò ha determinato non solo un mutamento di singoli istituti, ma “l'ampliamento dello stesso orizzonte ermeneutico”, tenendo conto che non è la prospettiva del soggetto che orienta ma l'oggettività della regolazione di una serie di rapporti diseguali.

⁷⁵ v. G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 53 ss.

⁷⁶ S. MAZZAMUTO, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr. Europa*, 2005, 534; ID., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea*, in *Contratto e costituzione in Europa*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005, 93 ss.

⁷⁷ G. VETTORI, *op. ult. cit.*, 56-58.

⁷⁸ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 423.

(79) V. G. ALPA, in *Codice del consumo, Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 25.

Seguendo il parere del Consiglio di Stato e con forti perplessità da parte della stessa commissione che ha redatto il testo, si è scorporato l'intero capo XIV-*bis* che è ora incluso nel codice di settore. Ciò pone due problemi non secondari.

Il rapporto con la disciplina generale del contratto e l'individuazione del livello di protezione del consumatore nel confronto fra regole principi e diritti, collocati in diversi contesti.

Si può subito anticipare che il Codice crea *un diritto diseguale* che deve essere fissato nella definizione attenta delle posizioni soggettive e delle tutele, sulle quali si potrà prendere posizione solo dopo aver esaminato il suo contenuto che è diviso in sei Parti, suddivise in Titoli e Sezioni.

Iniziamo dalla prima.

4.2. La struttura del codice

La prima parte contiene l'enunciazione delle finalità, le definizioni e un analitico elenco di diritti.

Ciò ha indotto ad osservare che il Codice è stato « organizzato secondo la tecnica normativa delle esperienze continentali che dapprima istituiscono il diritto e di poi la tecnica per tutelarlo, cioè il rimedio, a differenza di quanto accade in *common law*, ove si pensa, si ragiona e si opera sulla base dei rimedi »⁽⁸⁰⁾.

Tale affermazione è vera solo in parte come si ricava dalla stessa lettera dell'art. 2 ove il *riconoscimento* e la *garanzia* dei diritti e degli interessi individuali e collettivi sono uniti alla *promozione della tutela* in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associata nonché alla volontà di *favorire le iniziative rivolte a perseguire tali finalità*. Tali indicazioni inducono a formulare una conclusione diversa, fonte di un'indicazione sistematica chiara⁽⁸¹⁾.

Si avverte l'influsso dell'art 47 della Carta dei diritti fondamentali che riproduce un principio generale del diritto comunitario vigente da oltre un ventennio e che ha pieno valore giuridico⁽⁸²⁾.

Sono diverse le versioni linguistiche: il testo italiano parla di un diritto ad un ricorso effettivo all'Autorità giudiziaria, mentre il testo inglese di un diritto ad un effettivo rimedio ed un'analoga espressione è contenuta nel diritto tedesco.

La differenza terminologica evoca un problema di sostanza. In Italia l'accento è posto sull'effettività del diritto di ricorrere alle Corti e la categoria di riferimento è l'azione in giudizio (*civil law*) « secondo un sistema che vede nell'azione e nel relativo diritto un elemento di raccordo fra diritto sostanziale e processo »⁽⁸³⁾. Le altre versioni sono più sensibili al principio (*ubi remedium ibi ius*) che mira a garantire « un procedimento di tutela consona alla natura delle situazioni dedotte in giudizio e alla violazione da queste subite »⁽⁸⁴⁾. Ed è questa nuova lettura che si consolida sulla base di un'interpretazione attenta delle norme che si trae

(80) G. ALPA, *op. cit.*, p. 18 e il richiamo a A. DI MAJO, *I rimedi*, in *Seminario di diritto privato europeo* (8 luglio 2005), a cura del Consiglio Nazionale Forense, Milano, 2005.

(81) V. sul punto G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 54 di cui si riportano le osservazioni contenute nel proseguito sull'art. II-107 del Trattato costituzionale.

(82) Si veda sul punto il bel saggio di N. TROCKER, *L'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Carta Europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 381 ss.

(83) N. TROCKER, *op. cit.*, p. 388.

(84) N. TROCKER, *op. cit.*, p. 388.

dall'emersione del principio nella elaborazione della Corte di Giustizia (che arricchisce le tradizioni costituzionali comuni e la CEDU) e dalle direttive che sempre più spesso finiscono per incidere sulla tutela processuale che « deve essere costruita in funzione dei bisogni di tutela e delle lesioni subite »⁽⁸⁵⁾.

Insomma le norme e il principio che essa riafferma esigono che si dia attuazione alla pretesa di un rimedio effettivo inteso come diritto ad adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato.

La legge tiene conto di tale indicazione.

C'è ne è una traccia sia nell'art. 140 che sanziona con il pagamento di una somma di denaro l'inosservanza dell'ordine giurisdizionale richiesto dalle associazioni dei consumatori, sia negli artt. 139 e 141 che, unitamente al 140, regolano le azioni inibitorie e l'accesso alla giustizia delle associazioni di categoria. Ma l'indicazione che ci proviene dal diritto comunitario è molto più ampia e non può essere trascurata nella interpretazione sistematica di tutto il codice di settore e nel ripensare la tecnica dei diritti, scandita nel diritto comunitario e interno in modo chiarissimo⁽⁸⁶⁾.

Il confronto fra diritti, principi e rimedi sarà dunque la linea di analisi di queste pagine.

4.2.1. La parte seconda. Educazione, informazione, pubblicità

In questa parte il Codice disciplina la fase anteriore alla conclusione del contratto con una scelta di fondo del tutto apprezzabile. Qui è contenuta la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, ingannevoli ed aggressive e si precisa per la prima volta un diritto all'educazione (art. 4), dai contenuti incerti. Si individuano precisi obblighi informativi (art. 5) e si dà attuazione ai « diritti fondamentali » ad un'adeguata informazione, a una corretta pubblicità e all'educazione al consumo, riconosciuti ai consumatori dall'art. 2 comma 2 lett. c) del Codice e dall'art. 12 e 169 TFUE⁽⁸⁷⁾.

Il contenuto delle norme è ancora diverso.

Nel titolo primo l'art. 4 esprime una finalità e individua il contenuto di un diritto fondamentale all'educazione (art. 2 comma 2 lett. d) che non fonda una situazione soggettiva direttamente applicabile, ma indica le linee che « soggetti pubblici o privati » dovranno seguire per esplicitare « le caratteristiche dei beni e servizi » e rendere chiaramente percepibili i benefici e i costi conseguenti alla scelta « dei consumatori, con particolare riguardo a coloro che sono « maggiormente vulnerabili ». Si tratta dunque di un diritto ad una prestazione da parte di soggetti pubblici e privati. Di tenore diverso è il diritto all'informazione.

Nel titolo secondo gli artt. da 5 a 17 occupano il primo capo sugli Obblighi di informazione (art. 5) cui segue un secondo capo sulle Indicazioni dei prodotti (artt. 6-12) e un terzo sulle Particolari modalità di informazione (artt. 13-17). Ne risulta una precisa regola su di un obbligo e un corrispondente diritto ad una diretta informazione sulla sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi, espressa in modo chiaro e comprensibile tenuto conto delle concrete condizioni del rapporto e del mezzo di comunicazione impiegato. La tutela dell'interesse è assicurata da un apparato sanzionatorio descritto in termini generali all'art. 17,

(85) N. TROCKER, *op. cit.*, p. 396 ss.

(86) V. le limpide pagine di G. ALPA, *op. cit.*, p. 18 ss.

(87) V. il commento all'intera II parte del Codice di G. TADDEI ELMI, in questo volume. A tale contributo si farà costante riferimento in queste pagine.

ma ancora una volta diverso a seconda del tipo di contratto e di rapporto. Per la violazione dell'obbligo di informazione in alcuni casi si prevede il diritto di recesso (art. 65 commi 3-4) in altri la nullità (art. 78), in molti altri ancora si tace sulla conseguenza, sicché ai sensi dell'art. 38 si deve ricorrere alle norme del codice civile e alla disciplina generale del contratto. Ove sono due le alternative ipotizzate: attribuire alle norme sulla informazione il carattere di precetti di ordine pubblico economico di protezione, con la conseguente nullità degli atti conclusi in loro violazione o riconoscere in esse norme di comportamento che possono incidere non sulla struttura ma sulla responsabilità delle parti ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c.

Una recente sentenza della Cassazione ⁽⁸⁸⁾ indica chiaramente questa ultima soluzione, distinguendo fra « elementi intrinseci della fattispecie negoziale che riguardano la struttura e il contenuto del contratto (art. 1418 comma 2) » e « comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto che rimangono estranei alla fattispecie negoziale ... la cui illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto ... a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore ». A ben vedere è possibile anche una terza e concorrente indicazione.

Gli obblighi di informazione possono integrare, ai sensi dell'art. 1337 c.c., le norme che valutano contegni e con ciò arricchire ipotesi generali (dolo, errore) o speciali (normativa sulla concorrenza) di invalidità del contratto ⁽⁸⁹⁾.

Tutto ciò rende evidente la necessità di coordinare l'obbligo e il diritto di informazione con i rimedi più efficienti utilizzabili, stante il contenuto dell'art. 5, non solo dal consumatore ma anche dalla « persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali ».

Nel titolo terzo si dettano regole per la pubblicità e le altre comunicazioni commerciali e le finalità sono chiare. Con esse si intende regolare l'uso di un mezzo che può orientare ma anche falsare le scelte del consumatore o della persona fisica o giuridica cui sono « dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze ». La tutela si estende dunque ad ogni soggetto ed è disciplinata in particolare la pubblicità ingannevole e comparativa (Capo II artt. 19-27) e la forma particolare delle televendite (Capo III artt. 28-32) ⁽⁹⁰⁾.

Il dato più significativo sta anche qui nell'ulteriore estensione della disciplina alle persone giuridiche e nella modalità di tutela che si arricchisce con il ricorso all'Autorità per la concorrenza ed il mercato (art. 26) e ad organismi volontari e autonomi di autodisciplina (art. 27). Il che fornisce utili ed efficienti strumenti processuali a tutela di un interesse specifico di reazione contro messaggi e comunicazioni scorrette e sleali e contro le modalità ancora più aggressive poste in essere con le televendite (artt. 28-32).

Centrale è la disciplina delle pratiche commerciali scorrette (art. 20) che il D.L. 24 gennaio 2012 estende ora alle microimprese. Con tale disciplina si regola, con analitica precisione, l'attività di influenza sui processi decisionali di rapporti economici e si impone un dovere generale di attenzione verso la "vulnerabilità decisionale" o meglio la autodeterminazione di persone e imprese che assume contorni sempre più precisi. Ciò si affianca al diritto dei consumatori ad un mercato concorrenziale e alla concorrenza leale fra imprese imponendo ai professionisti nuovi doveri e riconoscendo corrispondenti diritti che giustificano idonei rimedi.

(88) Cass., 29 settembre 2005 n. 19024, in *Danno e responsabilità*, 1, p. 25 con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

(89) G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.

(90) V. ancora l'ampia e limpida analisi di G. TADDEI ELMI, in questo volume.

4.2.2. Le pratiche commerciali scorrette.

Il Titolo terzo, come ricordato, è stato oggetto della profonda modifica intervenuta ad opera del d.lgs. 146/2007. Esso adesso non tratta più della pubblicità ingannevole e comparativa, ma detta compiutamente la disciplina delle *pratiche commerciali scorrette* nei rapporti tra imprese e consumatori, in attuazione della Direttiva CE 2005/29⁹¹.

La disciplina riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori. Essa intende tutelare direttamente gli interessi economici dei consumatori lesi dalle pratiche commerciali scorrette e solo indirettamente tutela le attività legittime delle imprese nei confronti di quelle dei loro concorrenti sleali (v. considerando 6, 7, e 8 della direttiva CE 2005/29). Sicché si può dire che essa protegga direttamente gli interessi dei consumatori e solo in via mediata il mercato e gli altri soggetti del mercato (quali le imprese concorrenti, alle quali è però dedicato, come detto, il d.lgs. 145/2007 sulla pubblicità ingannevole e comparativa).

La normativa in esame si applica alle pratiche commerciali tra professionisti e consumatori (art. 19 Cod. Cons.) – e cioè a “*qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale, ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori*” (art. 18, c. 1, lett. d) – poste in essere *prima, durante e dopo un’operazione commerciale* relativa a un prodotto e, dunque, prima, durante e dopo la stipula del contratto. Ma va notato che in realtà la maggior parte di tali pratiche si colloca inevitabilmente nella fase precontrattuale o di promozione del prodotto.

Il nucleo della disciplina si trova nell’art. 20 del Codice, che vieta le pratiche commerciali scorrette. Sono tali, ai sensi del c. 2 dell’art. 20, quelle pratiche *idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio* che esse raggiungono o al quale sono dirette.

La disciplina in esame è dunque innanzitutto finalizzata a far sì che il consumatore possa prendere una decisione consapevole, non alterata indebitamente dal comportamento scorretto delle imprese.

Il che è evidente se si tiene presente che le pratiche idonee a falsare il comportamento economico del consumatore sono quelle *pratiche idonee ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una scelta consapevole, inducendolo ad assumere una decisione che altrimenti non avrebbe preso* (art. 18, c. 1, lett. e), relativamente non solo a *se acquistare un prodotto, ma anche al modo in cui farlo e a quali condizioni* (art. 19, c. 1, lett. m).

In tal modo il legislatore vuole vietare ogni indebito condizionamento da parte delle imprese, e, cioè, ogni sfruttamento della posizione di potere rispetto al consumatore volto all’esercizio di una pressione che, anche senza il ricorso alla forza fisica o alla minaccia, limiti notevolmente la sua capacità di scelta (art. 18, c. 1, lett. l).

Si possono pertanto rintracciare anche in questa nuova disciplina i tratti caratteristici che segnano tutta la Parte II del Codice: tutela del consumatore nella fase precontrattuale, divieto di pratiche commerciali che creino o aumentino le asimmetrie informative tra le parti e divieto di alterare indebitamente le decisioni commerciali del consumatore, a protezione della sua libertà di scelta. Sicché pare opportuno il suo inserimento in questa sede.

idoneità a
falsare il
comportamento
economico del
consumatore

⁹¹ Sulla Direttiva CE 2005/29 v. AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007.

Nel dettaglio, la disciplina in esame distingue le pratiche scorrette in due categorie: *pratiche ingannevoli* e *pratiche aggressive* (art. 20 c. 4).

Le prime sono quelle che contengono *informazioni non vere* ovvero che, in qualsiasi modo, *sono idonee a indurre in errore il consumatore medio*, inducendolo a prendere una decisione che non avrebbe altrimenti preso (art. 21 c. 1)⁹². Esse possono consistere anche in omissioni ingannevoli, qualora siano omesse informazioni rilevanti di cui il consumatore ha bisogno per prendere una decisione consapevole (art. 22). È chiaro allora che le pubblicità ingannevoli, già oggetto di disciplina da parte del Codice e ora regolate nell'interesse delle imprese concorrenti dal d.lgs. 145/2007, rientrano in questa categoria: il che richiederà un delicato coordinamento nell'applicazione delle due normative.

Le *pratiche aggressive* sono invece quelle che *mediante molestie, coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limitino o siano idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio*, inducendolo ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso (art. 24).

In relazione ad entrambe le categorie di pratiche il Codice (artt. 23 e 26) fornisce un elenco tassativo di ipotesi da ritenersi in ogni caso vietate (c.d. lista nera); ma occorre tenere presente che sono altresì vietate tutte le pratiche che, seppur non presenti in tale elenco, siano ingannevoli o aggressive ai sensi delle definizioni contenute nei descritti artt. 21 e 24, o siano comunque scorrette ai sensi della clausola generale posta dall'art. 20 c. 2, che deve ritenersi una vera e propria norma di chiusura del sistema.

Il punto più delicato dell'intera disciplina è senza dubbio quello legato alla sua *applicazione* e ai *rimedi azionabili* a protezione dei consumatori.

Il Codice, oltre a prevedere un sistema di autodisciplina fondato sui codici di condotta che le associazioni professionali possono adottare e la cui applicazione è affidata agli appositi organismi di controllo previsti negli stessi codici (artt. 27-*bis* e 27-*ter*), attribuisce il potere di applicare le norme in esame all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 27).

L'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto interessato (e dunque, pare, anche delle imprese concorrenti, come risulta confermato da quanto dispone l'art. 27-*ter*), avvia un procedimento finalizzato all'accertamento della pratica scorretta e volto a inibire la diffusione o la continuazione della pratica, nonché a eliminarne gli effetti (art. 27 cc. 2 e 8). Inoltre, l'Autorità dispone a carico dell'impresa responsabile una sanzione amministrativa pecuniaria che tiene conto della gravità e della durata dell'infrazione (da un minimo di 5.000 euro a un massimo di 500.000 euro). Contro i provvedimenti dell'Autorità è ammesso solo il ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva.

In tal modo il legislatore ha predisposto un accurato sistema di sanzioni volto essenzialmente alla tutela del mercato e dei consumatori considerati collettivamente (e si noti che gli interessi collettivi dei consumatori sono altresì protetti anche tramite le azioni inibitorie che le associazioni di consumatori possono proporre ai sensi dell'art. 140 del Codice), nonché dei concorrenti danneggiati dalle pratiche scorrette.

Nulla si dice, però, in merito alla possibilità di invocare altri rimedi, che proteggano individualmente il singolo consumatore danneggiato dalla pratica scorretta⁹³.

⁹² v. Cass. S.U. 15.01.2009, in *De Jure*, Giuffré, la quale ha stabilito che: «L'apposizione, sulla confezione di un prodotto, di un messaggio pubblicitario considerato ingannevole (nella specie il segno distintivo "Light" sul pacchetto di sigarette) può essere considerato come fatto produttivo di danno ingiusto, obbligando colui che l'ha commesso al risarcimento del danno, indipendentemente dall'esistenza di una specifica disposizione o di un provvedimento che vieti l'espressione impiegata».

⁹³ V. sul tema dei rimedi, C. GRANELLI, *Le pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori: l'attuazione della*

La Direttiva CE 29/2005, in proposito, lasciava aperta la possibilità per il legislatore nazionale di prevedere una tutela anche individuale, di fronte al giudice ordinario, ma il Codice non si esprime: sicché la soluzione è rimessa al lavoro degli interpreti.

Sul punto il Codice detta solamente due norme estremamente generiche: da un lato prevede che è fatta salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale a norma dell'art. 2598 c.c. (art. 27 c. 15): il che, però, riguarda esclusivamente la tutela delle imprese concorrenti; e dall'altro dispone che le norme in tema di pratiche commerciali scorrette “*non pregiudicano l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto*” (art. 19, c. 2 lett. a), con un'apertura alla disciplina generale del codice civile in materia contrattuale, che tuttavia non aiuta a chiarire i rimedi a disposizione del consumatore.

Rapporti tra regole di validità e condotta
Rimane pertanto affidato all'interprete e alla giurisprudenza il compito di stabilire quali azioni possa esperire un consumatore che, per ipotesi, abbia stipulato un contratto che non avrebbe altrimenti concluso in assenza della pratica scorretta e dell'indebito condizionamento da parte dell'impresa.

Si tratta di compito non affatto facile, che tocca, fra l'altro, il delicato tema dei rapporti tra regole di validità e regole di condotta (o di responsabilità).

Diverse sono le soluzioni possibili.

Secondo una prima ricostruzione i contratti conclusi a seguito di una pratica scorretta sarebbero nulli, ai sensi dell'art. 1418 c. 1 c.c., per violazione di norma imperativa. Il divieto di pratiche commerciali scorrette posto dall'art. 20, c. 1, del Codice del consumo varrebbe infatti come norma imperativa la cui violazione implica la nullità dei contratti in tal modo stipulati dall'imprenditore.

Tale nullità, poi, secondo una tesi ancor più specifica, sarebbe da ricondursi alla categoria delle nullità di protezione, il cui modello paradigmatico è fornito dall'art. 36 dello stesso Codice del consumo. Il che sarebbe opportuno soprattutto in quelle ipotesi in cui il consumatore, in assenza della pratica scorretta, avrebbe stipulato comunque il contratto, ma lo avrebbe fatto a condizioni diverse, per lui più vantaggiose. Sicché, in tal caso, la nullità potrebbe essere azionata solo dal consumatore (nullità relativa) e investirebbe esclusivamente le clausole frutto del comportamento scorretto (nullità parziale).

Si ribatte però che la nullità dei contratti, salvo diverse previsioni di legge, non può derivare dalla violazione di una regola di comportamento – quale è quella consistente nel divieto di pratiche scorrette – commessa da uno dei contraenti nella fase precontrattuale⁹⁴. La nullità del contratto *ex art.* 1418 c. 1 c.c. potrebbe infatti sussistere, secondo questa tesi, esclusivamente quando il contenuto del negozio sia di per sé in contrasto con la norma imperativa, ma non quando tale contrasto riguardi solamente il comportamento precontrattuale delle parti. Tale soluzione è stata ora accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione⁹⁵, le quali, seppure non in riferimento alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, sono state chiamate a pronunciarsi proprio su tali tesi contrapposte.

direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo, in *Obbl. e contr.*, 2007, 10, 776 ss.

⁹⁴ Cfr. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105.

⁹⁵ v. Cass., sez. I, ord. n. 3683 del 16 febbraio 2007, che, non condividendo la soluzione che escludeva l'invocabilità della nullità, fatta propria invece da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105 n. Scoditti, ha chiesto la rimessione della questione alle Sezioni Unite, che si è pronunciata con sentenza del 19 dicembre 2007, n. 26725, commentata da G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., 1 ss. La Suprema Corte ha ritenuto che la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge,

Preferibile è dunque la forma del risarcimento per violazione di una norma di condotta che incide nella fase pre-contrattuale secondo il modello dell'art. 1337 c.c.

Secondo questa tesi ogni volta che la volontà negoziale di una parte è condizionata illecitamente dal comportamento della controparte si ha responsabilità di chi si è comportato in modo contrario a buona fede, indipendentemente dalla invalidità dello stesso contratto. Il che significa che anche in presenza di un contratto valido può sussistere una responsabilità precontrattuale della parte che, in modo scorretto, abbia indotto l'altra a stipulare a condizioni svantaggiose. Il che è quanto avviene del resto anche nell'ipotesi del dolo incidente *ex art. 1440 c.c.*

Aderendo a tale ricostruzione si può facilmente concludere che il professionista che ha posto in essere una pratica scorretta ai sensi dell'art. 20 Codice del consumo è responsabile *ex art. 1337 c.c.* ed è perciò tenuto al risarcimento dei danni consistenti nella differenza tra le condizioni alle quali è stato stipulato il contratto e quelle che si sarebbero fissate in assenza della pratica scorretta.

annullabilità

Altre soluzioni vengono proposte. Secondo una tesi⁹⁶ i contratti stipulati dal professionista che pone in essere una pratica scorretta sarebbero annullabili per dolo o violenza, a seconda dei casi, quando la pratica scorretta possa integrare gli estremi di tali vizi del consenso. E si sottolinea, a sostegno di ciò, che l'annullabilità è proprio predisposta alla repressione di condotte scorrette tenute nella fase prenegoziale. Non si può però non ricordare, in proposito, che l'ambito di operatività del rimedio dell'annullabilità non coincide affatto con quello dei rimedi collettivi previsti dalla disciplina del Codice del Consumo, in quanto rimangono comunque sensibili differenze tra i presupposti necessari per l'applicazione della disciplina del dolo o della violenza e quelli previsti dal Codice del consumo nella definizione delle pratiche scorrette (si pensi ad esempio che le pratiche scorrette sono tali anche se solo idonee a falsare il comportamento del consumatore o a ingannarlo, mentre il dolo o la violenza devono aver causalmente determinato la stipulazione, o alle differenze in punto di elemento soggettivo).

televendite

Il Titolo quarto della Parte II del Codice (artt. 28-32), non toccato dalla riforma dell'agosto 2007, predispone infine una specifica tutela in materia di *televendite*, che va ad aggiungersi a quella predisposta dalla disciplina in tema di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole. Si tratta di norme che ripetono sostanzialmente quanto già previsto in generale in tema di pubblicità, creando problemi di coordinamento fra le due discipline. Il che risulta ancor più evidente adesso che la disciplina della pubblicità ingannevole non è contenuta esclusivamente nel Codice, ma è dettata dal d.lgs. 145/07 e dagli artt. 18-27-*ter* del Codice sotto forma di disciplina delle pratiche commerciali ingannevoli. Le televendite infatti sono

non determina nullità ma responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto quando non siano correttamente adempiuti il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente. Secondo la Corte, infatti, «il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite». L'evoluzione della legislazione speciale non è di per sé sufficiente a dimostrare lo sradicamento del principio di distinzione tra norme di validità e norme di comportamento perché, del resto, «si tratta sempre di disposizioni particolari, che... nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano». La Suprema Corte utilizza la distinzione tra regole di validità e di comportamento, ma correggendola. La clausola contraria al divieto può essere considerata nulla ai sensi dell'art. 1418, comma 1, in base ad una valutazione da operare, caso per caso, conformando la *ratio* della norma con il risultato programmato dalle parti.

⁹⁶ v. G. GRANELLI, *op. cit.*, 781 ss.

definite come “offerte dirette al pubblico attraverso il mezzo televisivo o radiofonico allo scopo di fornire beni o servizi dietro pagamento di un corrispettivo” e pertanto sono ovviamente soggette anche alle discipline della pubblicità ingannevole e comparativa, nonché alle norme sulle pratiche commerciali scorrette. Gli artt. 18-32, in ogni caso, vietano in particolare ogni forma di sfruttamento della superstizione, della credulità o della paura, nonché le televendite che offendano la dignità umana.

Nel Titolo primo della Parte terza si riproduce, con qualche modifica, il capo XIV *bis* del codice civile (Dei contratti dei consumatori) sottratto alla sua originaria collocazione, ma il nuovo testo è a volte carente proprio dove ci si attendeva un chiarimento

4.2.3. La parte terza. Il rapporto di consumo

L'art. 33 del Codice del consumo riproduce il testo dell'art. 1469-*bis* del codice civile⁹⁷, con esclusione del secondo comma contenente la nozione di consumatore, oggi accolta dall'art. 3 che abbraccia tutte le definizioni rilevanti all'interno del nuovo Codice.

«Il primo comma dell'articolo in esame definisce come clausole vessatorie quelle che, nel contratto concluso tra il consumatore e il professionista, *malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.*

L'ambito di applicazione soggettivo della disciplina risulta delimitato ai contratti conclusi tra un professionista ed un consumatore, inteso quest'ultimo soltanto come «persona fisica, che agisce per scopi estranei rispetto all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta»⁹⁸.

Emblematico è il riferimento alla buona fede che conserva l'originaria versione sullo squilibrio “malgrado la buona fede”. Molti avevano segnalato l'errore di traduzione della Direttiva rispetto alle altre versioni nazionali, ove era chiara l'enunciazione di un significato oggettivo della clausola che doveva tradursi in una contrarietà alla buona fede. Mentre il termine *malgrado* lasciava intravedere un significato soggettivo riferito allo *status* psicologico del professionista.

Sia il Consiglio di Stato⁹⁹, nel suo parere, sia la Commissione¹⁰⁰ avevano espresso la volontà di correggere il testo, ma alla fine è prevalsa l'idea contraria per il timore, infondato, di violare la delega con una modifica al testo del codice civile. E nella relazione si motiva tale scelta in modo chiaro e non formale. “Il testo attuale offre un maggior livello di tutela al consumatore, permettendo di qualificare come abusive le clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni, in danno del consumatore, nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente, senza richiedere l'accertamento ulteriore della violazione delle regole della buona fede”.

⁹⁷ «Gli artt. 1469-*bis-sexies* facenti parte del capo XIV-*bis* (“Dei contratti del consumatore”) sono stati introdotti nel c.c. dall'art. 25, l. 6 febbraio 1996, n. 52, per dare attuazione alla direttiva 93/13/CEE. L'art. 142 del codice del consumo ha previsto che gli artt. 1469-*bis-sexies* siano sostituiti da un nuovo art. 1469-*bis* a norma del quale “Le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore”. V. il commento di F. LUCCHESI, *sub art. 33 co. 1*, in *Codice del consumo, Commentario* a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

⁹⁸ F. LUCCHESI, *sub art. 33, comma 1*, in *Codice del consumo*, cit. Per il significato delle definizioni di consumatore e professionista si veda il commento all'art. 3 del Codice del consumo.

⁹⁹ Consiglio di Stato, Sezione consultiva, n. 1160/04, Adunanza del 20 dicembre 2004.

¹⁰⁰ G. ALPA, *Codice del consumo*, cit., 25.

La verità è un'altra¹⁰¹. Tale scelta ci isola dagli altri ordinamenti e pone comunque un problema interpretativo e di armonizzazione che induce a propendere, ancora, per un significato oggettivo della buona fede come regola di condotta che integra la norma di validità sul significativo squilibrio. Con ciò non si aggrava affatto la posizione del consumatore, ma si rende coerente la disposizione nazionale con la ratio del legislatore comunitario che punisce uno squilibrio, non oggettivo ma determinato da un contegno del professionista ricavabile nel contesto concreto dell'operazione posta in essere dalle parti e agevolato da una serie di presunzioni legali¹⁰². Il contenuto dell'art. 39 rafforza ora tale lettura, come si dirà nel proseguo¹⁰³.

Art. 33, comma 2

Sulle clausole contenute nella seconda parte della norma sono opportune alcune brevi notazioni preliminari. Si tratta anzitutto non di presunzioni ma di un riparto dell'onere probatorio, diverso da quello previsto dall'art. 2697 c.c.¹⁰⁴, per la valutazione di clausole che possono essere classificate secondo una partizione ancora utile per sistemare un materiale assai ampio.

È possibile distinguere fra *clausole di squilibrio* che determinano, appunto, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto e *clausole di sorpresa* che “rendono l'esecuzione del contratto molto differente da quella che il consumatore legittimamente potrebbe aspettarsi”. Questa distinzione che era usata da una Proposta di Direttiva, antecedente a quella poi emanata nel 1993, può essere ancora utilizzata suddividendola in una serie di sottocategorie. Per quanto concerne lo squilibrio si possono raggruppare ipotesi che riguardano la disponibilità del vincolo, la responsabilità del consumatore, la responsabilità dell'impresa e, per quanto attiene alla sorpresa, si possono isolare aspetti attinenti alla prosecuzione del vincolo e alla determinazione del regolamento¹⁰⁵.

4.2.3.1. Art. 34. Accertamento della vessatorietà; Art. 35. Forma e interpretazione delle clausole.

L'art. 34¹⁰⁶ contiene i criteri per la determinazione della vessatorietà delle clausole e per l'applicazione del relativo regime di disciplina, individuando una serie di criteri e strumenti variamente graduati. Si elencano indici positivi di valutazione delle clausole negoziali,

Criteri
interpretativi

¹⁰¹ G. ALPA, *op. loc. cit.*, 25.

¹⁰² G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005.

¹⁰³ M. NUZZO, *sub art. 1469-ter commi 1 e 2*, in *Commentario al capo XIV-bis del codice civile*, a cura di C. M. Bianca e F. D. Busnelli, Padova, 1999, 727.

Sull'interpretazione da attribuire alla buona fede, la giurisprudenza è oscillante.

Il Tribunale di Torino (Trib. Torino, 12 aprile 2000, in *Giur. it.*, 2001, 505) ha ritenuto che la locuzione “malgrado la buona fede” debba «essere intesa e valutata in senso oggettivo e cioè quale lealtà e correttezza nella fase delle trattative» (conformemente anche: Trib. Torino, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, 299).

La Corte d'Appello di Roma (App. Roma, 24 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, 119) ha, invece, ritenuto che la locuzione “malgrado la buona fede” significhi «nonostante la buona fede», «pur sussistendo la buona fede».

¹⁰⁴ P. SIRENA, *Presunzione di vessatorietà*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, *Commentario* a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 2003, 207.

¹⁰⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 914 ss.

¹⁰⁶ Il testo relativo agli artt. 34 e 35 è tratto dal commento di S. MEUCCI, *sub art. 34-35*, in *Codice del consumo*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2007.

formulazioni negative volte a circoscrivere il sindacato giudiziale e circostanze che escludono il carattere abusivo.

Il primo comma dell'art. 34 richiede per il giudizio di vessatorietà l'esame di elementi contenuti nel contratto e di circostanze esterne esistenti al momento della stipulazione del contratto. Con riguardo anche alle clausole di un altro *contratto collegato o da cui il medesimo contratto dipenda*.

Il riferimento alla natura del bene o del servizio di cui al primo comma della norma deve essere analizzato in modo coordinato con la regolamentazione in concreto degli interessi delle parti e l'assetto dalle stesse predisposto (salve le previsioni dell'art. 33 che individuano una disciplina derogatoria per contratti aventi specifici oggetti); tale considerazione emerge dalla lettura del comma successivo ai sensi del quale *la determinazione dell'oggetto delle prestazioni contrattuali, se effettuata in modo chiaro e comprensibile, è irrilevante ai fini dell'iter di accertamento della vessatorietà in ossequio al principio di autonomia privata*.

L'ulteriore criterio positivo – rappresentato dalle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto – dà rilievo al contesto che ha determinato la manifestazione del consenso negoziale. Possono dunque rilevare, in via esemplificativa, le modalità con cui il consumatore è addivenuto alla stipulazione del contratto (se sia stata promossa di sua iniziativa ovvero se sia stato indotto da pressioni o condizionamenti), la situazione soggettiva del consumatore al momento della stipulazione negoziale (se si trovava in stato di urgenza o di bisogno), l'entità dello squilibrio (economico o culturale del consumatore) ed il rapporto di “forza” tra le parti¹⁰⁷.

Oltre alle circostanze esterne, l'interprete dovrà fare riferimento alle altre clausole del contratto, o alle clausole di contratti collegati o rispetto ai quali il contratto di riferimento si pone in posizione di dipendenza.

La norma fornisce, dunque, due parametri: l'interpretazione complessiva del contratto; e la valutazione di clausole di contratti collegati o dipendenti.

Quanto al primo aspetto, risulta chiaro come il giudizio di accertamento di vessatorietà «non possa prescindere dalla valutazione complessiva del rapporto contrattuale in cui la clausola stessa è contenuta e che va a comporre. La dimensione sistematica si pone in termini di pari rilevanza con quella letterale: il sospetto di vessatorietà deve essere vagliato alla luce del più ampio assetto predisposto dalle parti, per verificare se la sperequazione che essa determina (o che si presume sussistente) non sia compensata o comunque annullata da altra previsione a vantaggio del consumatore e che riporta in equilibrio l'asse negoziale»¹⁰⁸. La seconda dimensione di accertamento concerne le disposizioni di negozi collegati¹⁰⁹ o relazionati da nessi di dipendenza¹¹⁰, ampliando così la cognizione del giudice sino alla valutazione della complessa operazione economica avuta presente dalle parti.

¹⁰⁷ Quanto osservato è indicativo dello stretto rapporto che sussiste tra il criterio in oggetto e la nozione di buona fede oggettiva.

¹⁰⁸ S. MEUCCI, *sub artt. 34-35*, in *Codice del consumo*, cit.

¹⁰⁹ La nozione di collegamento contrattuale, nata dall'elaborazione dottrinale ed accolta dalla giurisprudenza, rinvia alla sussistenza di un rapporto di dipendenza funzionale tra fattispecie contrattuali strutturalmente autonome volte al raggiungimento di un risultato comune. In dottrina, in modo pressoché unanime, si pone a fondamento del collegamento negoziale l'art. 1322 comma 1 c. c., ovvero l'autonomia contrattuale delle parti, che consente di derogare allo schema tipico dando rilievo all'operazione economica unitaria sottostante.

¹¹⁰ In dottrina si è discusso circa il significato da attribuire a tale rapporto di “dipendenza” contrattuale. L'interpretazione più corretta è quella che riconduce tale nozione al più ampio *genus* del collegamento caratterizzata, più precisamente, da una relazione unilaterale tra contratti (ovvero: il contratto tra professionista e

Il comma successivo prevede due criteri “in negativo”, ovvero i parametri (determinazione dell’oggetto del contratto ed adeguatezza del corrispettivo di beni o servizi) cui l’interprete non dovrà fare riferimento nel valutare la vessatorietà di una clausola, purché gli stessi siano determinati in modo chiaro e comprensibile.

La norma esprime l’irrelevanza – ai fini del giudizio di vessatorietà – di un controllo di congruità dello scambio, in ossequio alla libertà delle parti di determinare in via autonoma le prestazioni: la vessatorietà di una clausola negoziale non può fondarsi in via esclusiva sulla inadeguatezza economica del sinallagma, quanto sulla distribuzione diseguale di posizioni giuridiche tra le parti. È dunque rilevante il solo squilibrio normativo i cui termini di comparazione sono le posizioni giuridiche delle parti dedotte in contratto, e non lo squilibrio meramente economico.

La formulazione della norma richiede alcune precisazioni.

Se risulta chiara l’esclusione dell’accertamento diretto dell’equilibrio economico ai fini del giudizio di vessatorietà, non vi è nella norma una preclusione generale del ricorso ai citati indici quali elementi funzionali al sindacato di vessatorietà di altre clausole negoziali. «Le clausole determinative dell’oggetto e del prezzo e l’eventuale sperequazione economica possono dunque essere utilizzate quale strumento di valutazione nel giudizio di altre pattuizioni»¹¹¹, ben potendo essere il profilo economico rilevante anche alla luce di quanto risulta dal diciannovesimo Considerando della Direttiva 93/13¹¹².

Le osservazioni svolte presuppongono la possibilità di individuare ed isolare mediante l’attività interpretativa le pattuizioni determinative dell’oggetto e relative all’adeguatezza del corrispettivo. Tale operazione ermeneutica non è tuttavia sempre agevole, come accade, per esempio, per quelle clausole che nel determinare l’oggetto si combinano con altre pattuizioni. Un esempio è fornito dal citato XIX° Considerando della Direttiva 93/13 con riferimento alle clausole di individuazione dell’oggetto nei contratti assicurativi le quali, frequentemente, celano, oltre al rischio assicurativo (oggetto del contratto), forme di limitazione o di esclusione di responsabilità del professionista, previsioni queste presuntivamente vessatorie¹¹³.

consumatore che dipende da un altro contratto) ove invece con “collegamento” negoziale si indica un fenomeno di interdipendenza di tipo bilaterale.

¹¹¹ S. MEUCCI, *sub artt. 34-35*, in *Codice del consumo*, cit.

¹¹² “Considerando che, ai fini della presente direttiva, la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l’oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; che, nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tener conto dell’oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo; che ne consegue, tra l’altro, che nel caso di contratti assicurativi, le clausole che definiscono o delimitano chiaramente il rischio assicurato e l’impegno dell’assicuratore non formano oggetto di siffatta valutazione qualora i limiti in questione siano presi in considerazione nel calcolo del premio pagato dal consumatore”.

¹¹³ V. App. Roma, 7 maggio 2002, in *Foro it.*, I, 2002, c. 2823 ss. nella quale è contenuto un elenco di alcune delle più comuni clausole volte a regolamentare contratti di assicurazione, ritenute non vessatorie in quanto attinenti all’oggetto del contratto; tra esse, via esemplificativa, si ricorda le clausole che elencano “beni non compresi nell’assicurazione contro il rischio di incendio” o, infine, quelle che individuano “i danni indennizzabili ed i criteri per la determinazione dell’indennizzo”. In senso analogo, V. Trib. Venezia, 24 maggio 2004, in *Danno e resp.*, 2005, p. 558 ad avviso del quale “la clausola che esclude la copertura assicurativa nel caso di veicolo guidato da persona in stato di ebbrezza delimita l’oggetto del contratto e, pertanto, non necessita di specifica approvazione per iscritto”.

Il riferimento ai contratti assicurativi è indicativo dell’importanza di distinguere il piano contenutistico della prestazione delle parti, dal profilo della responsabilità (limitata o esclusa) del professionista modulata nella stessa pattuizione.

Come accennato, la norma sottrae al sindacato giudiziale di vessatorietà le clausole relative alla determinazione dell'oggetto del contratto ed all'adeguatezza del corrispettivo, purché siano formulate in modo chiaro e comprensibile. L'ambiguità e l'assenza di chiarezza legittimano, in applicazione del principio di buona fede, un ampliamento del potere conoscitivo dell'interprete alla congruità economica del contratto.

Tale previsione intende fornire una tutela sostanziale alla parte debole espandendo il controllo giudiziale al cuore del negozio nel caso in cui vi sia il sospetto di un comportamento contrario a buona fede che si traduce nell'ambiguità della formulazione e nella difficoltà per il consumatore di comprendere il preciso significato del rapporto cui è vincolato¹¹⁴. La norma è quindi espressione di quell'obbligo di trasparenza nella redazione delle clausole contrattuali e nella loro prospettazione al consumatore sancito in via generale dal successivo articolo 35.

Il terzo comma dell'art. 34 esclude la vessatorietà delle clausole contrattuali riproduttive di disposizioni di legge o attuative di convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli stati membri dell'U.E. o l'U.E. ciò in quanto gli assetti negoziali che derivano dalla applicazione e riproduzione di tali disposizioni sono da considerarsi equilibrati e non possono contenere forme di vessatorietà.

La norma, identica alla formulazione precedente, non fa tuttavia riferimento alle disposizioni regolamentari a differenza della previsione della Direttiva 93/13 il cui art. 1 comma 2 testualmente disponeva che "le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva". Al riguardo si sono formati in dottrina due orientamenti, l'uno sostenitore di una interpretazione sostanziale della norma, l'altro più rispettoso della lettera e, pertanto, del riferimento alla "legge" in senso formale e ad atti equiparati; anche nella giurisprudenza di merito sono emersi tali orientamenti con differenti pronunce a favore dell'uno o dell'altro¹¹⁵. Quanto alla prima tesi, si è osservato come l'espressione "disposizioni di legge" debba essere intesa non in senso tecnico-giuridico, quanto nel senso di previsioni esterne alle parti, nel significato, dunque, di diritto obiettivo senza distinzione tra fonte legislativa e regolamentare. Appare tuttavia preferibile l'orientamento che, in ossequio alla lettera della norma, considerato che il legislatore italiano ben avrebbe potuto recepire la previsione della direttiva, sottopone alla valutazione giudiziale di vessatorietà clausole riproduttive di fonti secondarie.

Per quanto concerne il riferimento alle disposizioni attuative di convenzioni internazionali, si è rilevata la superfluità considerato che la ratifica e l'ordine di esecuzione assurgono al rango di disposizioni legislative e, pertanto, trova per esse applicazione il limite oggettivo sopra esposto.

Ai sensi del quarto comma dell'art. 34 sono escluse dal giudizio di vessatorietà le pattuizioni "oggetto di specifica trattativa individuale", espressione dell'autonomia privata delle parti ed applicazione del principio di autoresponsabilità, sempreché la trattativa presenti i requisiti della individualità (come espressamente disposto dal legislatore) e dell'effettività. Occorre dunque soffermarsi su detti requisiti e sul loro atteggiarsi agli effetti della previsione in oggetto, questione rilevante anche ai fini probatori.

¹¹⁴ V. al riguardo Trib. Firenze, 19 agosto 2004, in *Foro toscano*, 2005, p. 35 con nota di DI MARCO; Trib. Firenze, 4 febbraio 2003, in *Foro toscano*, 3003, p. 7, con nota di FERRI.

¹¹⁵ Nel senso di una interpretazione formale, Trib. Palermo, 8 marzo 1999, in *Danno e resp.*, 1999, p. 683 e Trib. Palermo, 22 ottobre 1997, *Giur. It.*, 1998, 1608; nel senso, invece, di una lettura più ampia, Trib. Roma, 2 agosto 1998, in *Foro it.*, 1997, I, 3010.

Requisito fondamentale è l'effettività della trattativa, elemento che impone un'indagine sul carattere sostanziale della negoziazione. Al consumatore deve essere attribuito un effettivo (e non meramente formale) potere di incidere in concreto sul contenuto del contratto; non sono infatti requisiti sufficienti la semplice conoscenza delle clausole, la loro accettazione o la pura e semplice modifica delle stesse: occorre una attività concorrente delle parti diretta a convenire il contenuto del contratto¹¹⁶.

La prescrizione legislativa in termini di individualità e, dunque, la necessità che il consumatore partecipi personalmente alla contrattazione, discutendo e ponendo in essere la trattativa col professionista, ha posto agli interpreti il problema della necessità di una trattativa individuale per ogni clausola contrattuale, ovvero, della sufficienza di una valutazione globale del contratto dalla quale risulti che lo stesso sia stato negoziato tra le parti, estendendo così la trattativa parziale (ed i suoi effetti) alla parte restante del contratto. Deve tuttavia ritenersi che oggetto della valutazione giudiziale in questo contesto non sia il contratto nel suo complesso, ma la singola clausola: la diversa lettura finirebbe per svuotare di significato il requisito della trattativa individuale, legittimando condotte abusive del professionista volte a fornire un'apparenza formale di negoziazione del contratto nel suo complesso.

Tale ricostruzione ha rilevanti effetti pratici, *in primis*, a livello probatorio: la prova dell'avvenuta negoziazione deve infatti riferirsi alle clausole in modo specifico, non essendo sufficiente la prova di una negoziazione complessiva del contratto, seppure relativa alle pattuizioni maggiormente rilevanti. L'esclusione della vessatorietà è dunque ammissibile solo per quelle clausole per le quali il professionista abbia dimostrato l'avvenuta negoziazione in termini di serietà ed effettività.

Individuata in questi termini la trattativa rilevante ai fini dell'art. 34, assume importante rilievo pratico il profilo dell'onere probatorio.

L'ultimo comma della norma pone a carico del professionista l'onere di provare – in caso di contratto concluso mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali – che le clausole, o gli elementi di clausola siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore. In tale modo il legislatore ha inteso rafforzare la funzione di protezione della disciplina con riferimento alle ipotesi più “rischiose” (i contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari).

Nonostante la norma faccia espresso riferimento ai contratti predisposti unilateralmente mediante moduli o formulari, deve ritenersi che l'onere probatorio della trattativa gravi “in positivo” in testa al professionista anche in tutte le altre ipotesi ove, cioè, il contratto sia stato specificamente predisposto per quella negoziazione. Tale conclusione, che si fonda altresì sul principio della vicinanza alla prova, è sorretta da esigenze di ragionevolezza, parità di trattamento e dalla ratio di tutela e protezione del consumatore, considerato che una diversa interpretazione ne aggraverebbe la posizione da un punto di vista probatorio¹¹⁷.

Il comma 1 dell'art. 35 prescrive a carico del professionista l'obbligo di chiarezza e di comprensibilità nel redigere e nel proporre (tutte od alcune) clausole contrattuali al

rezza e
rensibilità

clausole

¹⁶ Sono di per sé sole inidonee a fondare la prova della trattativa le circostanze per le quali le condizioni unilaterali siano state lette ad alta voce, ovvero illustrate o spiegate al consumatore, od ancora oggetto di doppia sottoscrizione.

Trib. Bologna, 14 giugno 2000, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 527 ss. (con nota di CONTI): “la dichiarazione che il consumatore renda in calce alle clausole abusive circa la loro preventiva negoziazione con il professionista, se espresse nell'ambito di contratti di massa, non è sufficiente a dimostrare che sia realmente intercorsa fra le parti una trattativa idonea a vincere la presunzione di vessatorietà di cui all'art. 1469-ter comma 4 c.c.”.

¹¹⁷ In questo senso Cass., 29 settembre 2004, n. 19591, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Contratto in genere* [1740], n. 383.

consumatore: la chiarezza nella redazione e la comprensibilità della terminologia utilizzata sono elementi funzionali alla effettiva comprensione del rapporto contrattuale.

“Chiarezza” e “comprensibilità” (riunite nella dizione ormai accolta di “obbligo di trasparenza”) non sono concetti sovrapponibili, seppure connessi: dalla prescrizione in termini di chiarezza emerge la necessità dell’utilizzo da parte del professionista di meccanismi redazionali semplici e leggibili nella presentazione del contratto (con riguardo, in via esemplificativa, alla dimensione dei caratteri tipografici); dal requisito della comprensibilità risulta il carattere accessibile della lingua e della terminologia utilizzata, la quale deve corrispondere ad un livello di tecnicità ragionevole che consenta una effettiva comprensione.

La violazione dell’obbligo di trasparenza da parte del professionista è indice di vessatorietà e ne configura elemento idoneo a fondare il relativo giudizio in quanto manifestazione di contrarietà a buona fede¹¹⁸.

*erpretatio
contra
oferentem*

Il secondo comma dell’art. 35 sancisce il criterio della c.d. *interpretatio contra proferentem* disponendo che, nel caso in cui il senso di una clausola sia ambiguo, prevalga l’interpretazione più favorevole al consumatore.

La norma contiene un precetto analogo a quello dell’art. 1370 c.c. in tema di interpretazione del contratto in generale, ma a differenza di questo, il suo ambito di applicazione non è limitato ai contratti conclusi sulla base di condizioni generali, di moduli o formulari, ma si estende a tutte le ipotesi di contratti stipulati tra consumatore e professionista.

«Analogamente alle problematiche sorte nell’ambito dell’interpretazione del contratto in generale circa il rapporto tra il principio dell’interpretazione contro l’autore della clausola (*ex* art. 1370 c.c.) ed il principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.), si è posta la questione di quale sia il criterio prevalente» nel caso in cui una stessa clausola possa, contestualmente, dar luogo ad un giudizio di vessatorietà o meno. Può infatti accadere che la medesima clausola che comporti un vantaggio per il predisponente ed uno svantaggio per il consumatore sia interpretata sia nel senso della validità che della vessatorietà: in questo caso l’interpretazione in concreto più favorevole per il consumatore sarebbe quella che conduce alla declaratoria di vessatorietà. In dottrina si è sottolineato come la soluzione alla problematica possa desumersi dall’ultimo comma dell’art. 35¹¹⁹ «a mente del quale il principio della *interpretatio contra proferentem* non si applica nei procedimenti inibitori instaurati ai sensi dell’articolo 37. A fondamento di tale norma vi è l’esigenza di evitare che il professionista, in sede di ricorso avverso clausole dallo stesso predisposte, possa evitare la declaratoria di vessatorietà sostenendo l’applicazione del criterio dell’interpretazione più favorevole al consumatore, garantendo in tal modo la “sopravvivenza” della clausola medesima e della situazione più vantaggiosa. Alla luce di tale previsione in tema di azione inibitoria e dell’esigenza di evitare usi pretestuosi, si è osservato come in caso di possibile, duplice interpretazione delle clausole ambigue, il criterio interpretativo sia quello di scegliere sulla base di una valutazione comparativa fra i diritti e gli obblighi che ciascuna interpretazione farebbe

¹¹⁸ In tal senso Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Foro it.*, 2000, I, 2045, con nota di A. PALMIERI, P. LAGHEZZA, in *Corr. giur.*, 2000, 496, con nota di A. ORESTANO, A. DI MAJO e in *Nuova giur. civ.*, 2000, I, 473, con nota di M. DE POLI, P. SIRENA, S. PATTI.

¹¹⁹ Norma introdotta dall’art. 25 della legge comunitaria 21 dicembre 1999 n. 526 a seguito delle indicazioni espresse dalla Commissione CE, in occasione di un procedimento di infrazione avviato contro lo Stato italiano per imperfezioni nel recepimento della Direttiva 93/13.

sorgere in capo al consumatore, anche se ciò possa condurre alla declaratoria di vessatorietà»¹²⁰.

4.2.3.2. Nullità di protezione.

La norma prevista dall'art. 36 è segnalata, nella stessa Relazione, come uno degli aspetti fondamentali della disciplina speciale e della scelta del codice di consumo. Il quale non segue, si osserva, il “concetto formale di eguaglianza” del codice di diritto comune ma un orientamento diverso. Basato su “meccanismi di riequilibrio”, nullità di protezione e “strumenti di tutela processuale a carattere associativo, capaci di sopperire alla debolezza economica e professionale del consumatore, visto come individuo singolo”¹²¹. Sicché si è sentita la necessità di “riportare detti principi speciali nell’ambito del codice di settore”, ove si sostituisce “il termine efficacia con quello, più tecnico di nullità” nell’art. 36, si è previsto la tutela inibitoria nell’art.37 e si sono richiamate nell’art. 38 le disposizioni del codice civile.

L’art. 36¹²², dunque, introduce un’importante svolta sistematica, perché al posto dell’inefficacia, che figurava nell’art. 1469-*quinquies*, prevede come conseguenza della vessatorietà delle clausole la “nullità di protezione”.

L’importanza del mutamento emerge se si considera che il codice del 1942 è stato concepito sulla base di una concezione della invalidità che ha, poi, costituito per decenni, lo “strumento interpretativo della disciplina della nullità”.

Le idee tradizionali in materia erano:

- la irrilevanza dell’atto nullo come tale inadatto ad una gradazione di trattamento;
- la natura “necessariamente pubblica” dell’interesse protetto contrapposto a quello individuale dei contraenti, sicché la figura non si prestava alla tutela di una sola parte contraente.

Da ciò discendeva «una ricostruzione in termini rigidamente bipolari delle invalidità negoziali»¹²³: la nullità, al cui fondamento era posto esclusivamente un interesse pubblico e perciò insanabile, imprescrittibile, assoluta e rilevabile con un’azione di natura dichiarativa; l’annullabilità espressa da un interesse di natura privata e perciò sanabile, prescrittibile, rilevabile soltanto dai soggetti individuati dalla legge. Al fine di graduare il trattamento del regolamento negoziale, si ricorreva, spesso, a forme di inefficacia parziali quanto all’oggetto, o relative rispetto all’ambito soggettivo della sua estensione.

Il quadro tradizionale delle invalidità è entrato definitivamente in crisi con l’influsso delle fonti europee che hanno introdotto le c.d. nullità di protezione, ovvero nullità che tutelano una delle parti del rapporto ritenuta portatrice di un interesse meritevole di un particolare rilievo.

Si tratta di ipotesi di nullità associata a forme di legittimazione relativa del solo contraente protetto, il quale è il solo a poter far valere la nullità (secondo uno schema già previsto nell’art. 1421 c.c.). Si prevedono anche forme di nullità necessariamente parziali, che non comportano mai la caducazione del contratto nella sua interezza, e che si affiancano al diverso criterio dell’art. 1419, primo comma, c.c.

¹²⁰ S. MEUCCI, *sub artt. 34-35*, in *Codice del consumo*, cit.

¹²¹ V. Relazione al d.lgs. al codice del consumo, a norma dell’art. 7 della legge 29 luglio 2003 n. 229.

¹²² Il testo relativo all’art. 36 è tratto dal commento di G. PASSAGNOLI, *sub art. 36*, in *Codice del consumo*, cit.

¹²³ G. PASSAGNOLI, *sub artt. 36, 38*, in *Codice del consumo*, cit.

Il primo comma dell'art. 36 prevede che in presenza di clausole vessatorie nulle il contratto “rimane valido per il resto”, a prescindere dall'intento delle parti (art. 1419, primo comma).

Il terzo comma dispone che la nullità operi “a solo vantaggio del consumatore”. Si tratta dunque di una nullità relativa che può essere annoverata all'interno delle nullità speciali di protezione, come indica espressamente la sua titolazione.

Il quarto comma riproduce il penultimo dell'art. 1469-*quinquies* c.c. sostituendo la “nullità” alla “inefficacia”, senza però mutare il precetto normativo, rispetto al quale è rimasto inalterato il dibattito interpretativo¹²⁴.

zione del
istributore

La norma, consente al contraente professionale (il grossista) di riversare sul fornitore (ad esempio il produttore), dante causa, le conseguenze della nullità di una o più clausole abusive¹²⁵. Della protezione del distributore beneficia, però, al contempo, anche lo stesso consumatore, perché evita che il venditore addossi al consumatore i propri rischi contrattuali, sotto forma di maggior corrispettivo del bene o dei servizi oggetto del contratto.

Il quinto comma dell'art. 36 riproduce il disposto dell'ultimo comma dell'art. 1469-*quinquies*, con la sola diversa previsione della nullità in luogo della inefficacia. La norma concerne l'ipotesi in cui si sia scelto di applicare la disciplina dettata da un Paese extracomunitario. Il contratto sarà nullo ove presenti un collegamento più stretto con il territorio di uno Stato dell'U. E. e la scelta abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurategli dalle norme poste dal “presente capo”¹²⁶ del Codice del consumo. La disciplina deve essere oggi coordinata con quanto disposto dall'art. 143 dello stesso Codice, secondo cui “I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili” ed è pertanto “nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice”.

Ne discende che le norme in commento sono di applicazione necessaria, perché, in base a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 143, al consumatore devono essere riconosciute le condizioni minime di tutela previste dal codice ove le parti abbiano scelto una legge applicabile diversa da quella italiana.

4.2.3.3. Art. 37 Azione inibitoria.

L'art. 37¹²⁷ del Codice del consumo riproduce l'art. 1469-*sexies* c.c., introducendo un nuovo quarto comma che rinvia all'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 140 “per quanto non previsto dal presente articolo”. Contiene un rinvio all'art. 137 al fine di determinare il requisito della rappresentatività delle associazioni dei consumatori.

¹²⁴ Per una ricognizione ed un convincente tentativo ricostruttivo, G. VETTORI, *Commento all'art. 1469-quinquies, comma 4*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, p. 191 ss.

¹²⁵ V. ancora G. VETTORI, *op. ult. cit.*, pp. 192-195; F. ROMEO, *Commento all'art. 1469-quinquies, 4 comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 2003, p. 1083 ss.

¹²⁶ Quest'ultima indicazione, riferita testualmente ad un “capo”, in mancanza di una suddivisione in “capi” del Titolo I della parte terza, deve intendersi ragionevolmente come riferita all'intero “Titolo”, cioè agli artt. da 33 a 38 del Codice.

¹²⁷ Il testo relativo all'art. 37 è tratto dal commento di F. LUCCHESI, *sub art. 37*, in *Codice del consumo, Commentario* a cura di G. VETTORI, Padova, 2007.

La tutela prevista dall'art. 37 è di tipo preventivo e collettivo e può essere esercitata con un'azione di carattere generale volta a richiedere all'autorità giudiziaria l'inibizione dell'uso delle condizioni di cui sia accertata la vessatorietà¹²⁸. Tale tipo di tutela può essere concessa a conclusione di un procedimento ordinario oppure in presenza di “giusti motivi d'urgenza” anche in sede cautelare.

La legittimazione attiva ad esperire l'azione inibitoria spetta oggi ai soggetti individuati nello stesso art. 37, ovvero le associazioni rappresentative dei consumatori di cui all'art. 137 del Codice del consumo, le associazioni dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura. Si deve, inoltre, ricordare che il decimo comma dell'art. 140 prevede che “per le associazioni di cui all'art. 139 l'azione inibitoria prevista dall'art. 37 in materia di clausole vessatorie nei contratti stipulati dai consumatori, si esercita ai sensi del presente articolo” e dunque sono legittimati ad esperire l'azione di cui all'art. 37 anche “gli organismi pubblici indipendenti nazionali e le organizzazioni riconosciute in altro stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee”, indicati al secondo comma dell'art. 139.

4.2.4. La parte quarta. Sicurezza e qualità

In tale parte, nel Titolo I (artt. 102-113) si recepiscono, con alcune modificazioni, le disposizioni della Direttiva 2001/95 e si dà concretezza al contenuto del diritto fondamentale di cui alla lett. *b*) dell'art. 2. Nel Titolo II sulla Responsabilità per danno da prodotti difettosi, (artt. 114-127) si riproducono le disposizioni contenute nel D.P.R. 24 maggio 1998 n. 224 modificate dal D.L. 2 febbraio 2001, n. 25. Nel Titolo III sulla Garanzia legale di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo, si inseriscono nel codice di settore gli artt. da 1519-*bis* a 1519-*octies* del codice civile, in tema di vendita di beni di consumo.

4.2.3.4. Art. 38.

L'art. 38¹²⁹ detta le regole che concernono i rapporti tra il Codice del consumo e la disciplina generale contenuta nel Codice Civile. Si prevede che le norme generali si applicano ai contratti dei consumatori solo per quanto non previsto dal Codice del consumo.

La norma deve essere letta unitamente all'art. 142 del Codice speciale che nell'abrogare gli artt. 1469 da *bis* a *sexies* c.c. del Codice civile, introduce, in quel testo, un nuovo art. 1469-*bis*:

“Le disposizioni del presente Titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal Codice del Consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore”.

In tal modo si istituisce un rapporto di specialità tra la fonte generale – cioè il Titolo II del libro IV del Codice civile, Dei contratti in generale – e le norme speciali contenute oltre che nel Codice del consumo anche in “*altre disposizioni più favorevoli al consumatore*”.

¹²⁸ E. PODDIGHE, *I contratti con i consumatori*, cit., 370.

¹²⁹ Il testo relativo all'art. 38 è tratto dal commento di G. PASSAGNOLI, *sub art. 38*, in *Codice del consumo*, cit.

Si viene, in tal modo, a creare un insieme coerente di norme speciali – connotate o dalla loro collocazione nel Codice del consumo o dalla loro *ratio* di protezione del consumatore ovunque siano collocate – contrapposte all'insieme delle norme generali del Codice Civile, con una conseguenza chiara.

In primo luogo l'interprete sarà tenuto a ricercare le norme più favorevoli al consumatore applicabili in via diretta o analogica al caso. Solo in caso di esito negativo si potrà applicare la disciplina del codice civile.

4.2.5. La parte quinta e la parte sesta

La parte finale del Codice detta regole per le soluzioni stragiudiziali e giudiziali delle controversie e prevede alcune disposizioni finali.

Le tre norme del capo quinto riproducono le disposizioni dell'art. 3 della legge n. 281 del 1998 e i relativi problemi applicativi, già esaminati dalla dottrina, senza arricchire o semplificare il quadro normativo precedente. Ne risulta un sistema di azioni e di tutele di grande interesse che rafforza la protezione individuale, formula un aspetto ancora incompiuto delle azioni collettive, munisce il provvedimento del giudice, in alcuni casi delimitati, di una misura di coercizione volta a rafforzare l'ordine coattivo ⁽¹³⁰⁾.

Nelle Disposizioni finali spicca (art. 142) il nuovo testo dell'art. 1469-*bis* del codice civile e l'art. 143 ove si prevede l'irrinunciabilità dei diritti del Codice di consumo.

Le due disposizioni hanno un preciso significato e segnano la riflessione teorica sull'intera disciplina. La prima instaura un nesso di specialità fra disciplina generale del contratto contenuta nel Secondo titolo del libro quarto e la disciplina dei contratti dei consumatori, la seconda potenzia i diritti con la negazione espressa della loro negoziabilità. Ne segue un contesto di regole processuali e sostanziali capaci di un orientamento forte che deve essere analizzato con grande attenzione nel proseguo del commento.

4.3. Il livello di protezione fra regole e principi

Come ho cercato di precisare nelle prime pagine di questo volume, il superamento del progetto borghese costruito sulla parità e sul modello dell'uomo medio esige di ripensare la diversità, senza la ricerca di false unità e nel rispetto di alcuni parametri essenziali ⁽¹³¹⁾.

La parità delle situazioni soggettive di fronte alla legge e al giudice, garantita, in Italia, espressamente da norme costituzionali (artt. 24 e 111). L'accertamento giudiziale della diversità mediante l'attuazione di una norma o l'uso di clausole generali. La qualificazione giuridica di un fatto che giustifichi il trattamento differenziato ⁽¹³²⁾. L'elaborazione di nuovi

(130) S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 156 ss.; ID., *Commento agli artt. 139, 140 e 141* in questo Quaderno. V. in particolare I. PAGNI, *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (Prime riflessioni sull'art. 3 L. 30 luglio 1998, n. 281)*, in *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di A. Barba, Napoli, 1999, p. 136 ss.

(131) V. sul punto il bel libro di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una Giustizia « non amministrativa »*, Milano, 2005, pp. 115, 116, 117-118, 121-122; e G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 59.

(132) A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 117.

(133) rimedi sulla base di queste nuove discipline giuridiche differenziate che esigono uno stretto rapporto fra situazioni sostanziali e processo (134).

Il fine dell'elevato livello di tutela dei consumatori che il Codice si propone va dunque valutato in relazione alle norme, ai diritti e ai principi.

4.4. I «diritti fondamentali dei consumatori»

L'emersione di posizioni fondamentali dei consumatori è stata da tempo segnalata e ricostruita in modo lucido e analitico ed è necessario solo un rinvio (135). Preme qui precisare il senso della enunciazione di quelle situazioni, richiamando un pensiero già espresso altrove.

I diritti non evocano, affatto, un'idea astratta di giustizia contrattuale, ma esprimono l'esigenza di una disparità di trattamento per assicurare una regolazione del mercato, attenta alla tutela di colui che è coinvolto in un rapporto di consumo. Ciò perché « Il consumatore è rappresentativo di una dimensione della persona » e di alcuni diritti, appunto, che costituiscono il limite all'attività di impresa » (136). Fra di essi esiste una gradualità che occorre fissare precisando il riferimento al carattere fondamentale e la distinzione fra diritti soggettivi e principi.

a) Occorre considerare anzitutto che l'art. 169 TFUE « impone alla comunità di « contribuire a tutelare la salute la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, mentre l'art. 12 TFUE prevede che « nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori ». D'altra parte l'art. 41 della Costituzione italiana tutela la libertà di iniziativa economica e vi pone dei limiti a tutela dell'utilità sociale che è attuata dalla legge a tutela della concorrenza e del mercato (137). Tanto che la Corte di Giustizia riconosce anche al consumatore la possibilità di richiedere il risarcimento del danno causato « da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza » (138). Da tale quadro di principi e dalle norme della legge italiana sulla concorrenza, emerge già un *diritto individuale e collettivo dei consumatori al mantenimento di un mercato concorrenziale* con una tutela, avanti all'Autorità Garante e al giudice ordinario competenti per le azioni di invalidità dei contratti, il risarcimento dei danni e l'inibitoria (139).

b) Nell'art. 2 del Codice del consumo si prevedono garanzie dei diritti, interessi e tutele per la protezione di posizioni individuali e collettive e ancora occorre distinguere fra diritti soggettivi e principi non direttamente applicabili. La qualifica di *fondamentali* non intende equiparare anzitutto tali situazioni ai « diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, ma sottolineare che questi sono i diritti di base garantiti a tutti i consumatori in quanto tali » (140).

(133) G. BENEDETTI, (*La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 336) parla di rimedi di terza generazione. V. anche A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, ivi, p. 341 ss.

(134) Richiamo testualmente qui quanto contenuto nel saggio (G. VETTORI), *Giustizia e rimedi nel diritto europeo ei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 1, p. 53 ss.

(135) G. ALPA, *Codice del consumo e del risparmio*, Milano, 1999; ID., *Codice del Consumo. Commentario* a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, *op. cit.*, p. 17 ss.

(136) G. ALPA, *Codice del consumo, op. cit.*, p. 21.

(137) V. legge n. 287 del 1990 e la sentenza della Cassazione a Sezioni unite n. 2207 del 2005.

(138) Corte di Giustizia 20 settembre 2002, C-453/99, (caso Courage) in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75 ss.

(139) Sulla tutela prevista dall'art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 v. ora I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 179 ss.

(140) G. ALPA, *Codice del consumo, op. cit.*, p. 31.

D'altra parte nella « graduatoria dei diritti e degli interessi si conferma la distinzione tra diritti che attengono alla persona e interessi economici che attengono al consumatore » (141) che hanno a loro volta una rilevanza diversa.

c) La *tutela della salute* (lett. a) è un *diritto fondamentale* garantito dall'art. 32 della Costituzione italiana mentre i diritti contenuti nelle lett. b), c), d), hanno un rilievo diverso.

d) In tali disposizioni si fa riferimento alla *sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi*, alla *adeguata informazione e alla corretta pubblicità*, *all'educazione al consumo*. Si tratta di principi che debbono essere tradotti in regole, sicché la posizione soggettiva del consumatore deve essere ricostruita, in tal caso, in base all'affermazione di valore e alla disciplina sostanziale e processuale che, in concreto, tutela tale aspetto nei singoli casi.

e) Particolare attenzione merita il *diritto alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali* previsto nella lett. e). Con tali situazioni si vuol indicare un contenuto concreto al diritto dei consumatori ad un mercato concorrenziale e si precisa la protezione con un rinvio, anche qui, a norme e tutele. Il diritto alla correttezza trova un preciso riferimento nell'art. 39 che impone al professionista un dovere di buona fede, correttezza e lealtà la cui violazione comporterà sempre una pretesa risarcitoria, oltre alle azioni possibili in relazione al particolare contesto. La *trasparenza* avrà anch'essa un contenuto più esplicito in altre norme che consentono di far valere anche la invalidità del contratto (v. artt. 33 e 34), ma la sua assenza determinerà comunque una pretesa risarcitoria di natura contrattuale a favore del consumatore. Il *diritto all'equità* nei rapporti contrattuali non instaura alcuna pretesa ad un'oggettiva proporzione delle prestazioni fra le parti, ma rafforza quelle disposizioni generali (art. 1374 c.c.) e speciali che attribuiscono al giudice di integrare il contenuto del contratto.

f) La *promozione e lo sviluppo dell'associazionismo* e *l'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza* (lett. f e g) indicano ancora principi e non diritti e sarà necessario rendere operativo il precetto con regole tratte dalla disciplina sostanziale e processuale.

4.5. La direttiva sui diritti fondamentali dei consumatori

Il D. lsg. 21/2014, attuativo della Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori del 2011, merita un'attenta considerazione. Vediamolo 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

(141) G. ALPA, *op. cit.*, pp. 22-23.

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 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)¹⁴²

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) 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 della 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

¹⁴² 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)

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.

5. Oltre il consumatore

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”¹⁴³. 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 consumo¹⁴⁴ e alla pretesa categoria del terzo contratto¹⁴⁵e dei contratti di impresa¹⁴⁶,si possa costruire un concetto di contratto asimmetrico¹⁴⁷.

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 doveri costituzionalmente garantiti, come limiti alla libertà di contratto. La buona fede come criterio di responsabilità nella

¹⁴³ 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.

¹⁴⁴ S. MAZZAMUTO, *La nuova Direttiva sui diritti del consumatore*, *op. cit.* ma v. da ultimo Id., *Il contratto di diritto europeo*, cit.

¹⁴⁵ G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

¹⁴⁶ V. da ultimo sul tema G. DE NOVA, *Contratti fra imprese*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011.

¹⁴⁷ 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.

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 singolare¹⁴⁸.

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

6. 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 europeo¹⁴⁹.

Nella prima¹⁵⁰ 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 PMI¹⁵¹. D'altra parte si stima che quasi la metà dei consumatori siano scoraggiati da acquistare in altri 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"¹⁵², 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

¹⁴⁸ G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit. p. 98 ss.

¹⁴⁹ C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di Regolamento 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.

¹⁵⁰ COM(2011) 636 del 11 ottobre 2011, in www.europa.eu.

¹⁵¹ La commissione stima in 26 miliardi di Euro ogni anno il giro d'affari a cui le imprese rinunziano per tali difficoltà, v. COM(2011) 636, p. 3.

¹⁵² 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 intensi rispetto agli scambi tra paesi privi di tale comunanza"

generalmente 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 Stato 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 stesso 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 europeo della vendita la possibilità di assurgere a modello per la definizione degli standard nelle transazioni internazionali nel settore dei contratti di vendita”¹⁵³.

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 lingua”¹⁵⁴.

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 negoziazioni 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 occasioni¹⁵⁵ e si dovrà pronunciare ancora.

7. I contratti di impresa.

Nella dottrina del tempo (1942) l’unificazione dei due codici, civile e di commercio, fu accolta con favore ponendo l’accento sull’arricchimento di tutto il libro quarto e della disciplina del contratto in particolare. Ma muovendo da alcune norme e da recentissime leggi di settore, riferibili al contratto dell’imprenditore o del professionista, è tornata d’attualità la questione di “riportare alla luce una categoria dei contratti commerciali”¹⁵⁶, individuata come una delle “nuove frontiere del diritto commerciale”¹⁵⁷ e, più in generale, come il sintomo che “non è più tempo di diritto privato generale e che quest’ultimo deve rassegnarsi alla frantumazione” dei diritti speciali la quale lo avrebbe definitivamente dissolto¹⁵⁸.

Torna ad affacciarsi l’idea¹⁵⁹ che “la partecipazione di un imprenditore ad un contratto e la circostanza che il contratto serva all’esercizio dell’attività d’impresa non possono essere

¹⁵³ COM(2011) 636 cit. p. 10

¹⁵⁴ COM(2011) 636 cit. p. 13

¹⁵⁵ v. Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, C-453/10 (Okresny sud Presov, Repubblica Slovacca c. Jana Perinikova, 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.

¹⁵⁶ P. RESCIGNO, *Tradizione e rinnovamento nell’unificazione dei codici in Italia*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit., p. 74.

¹⁵⁷ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Napoli, 2006, p. 70 ss.

¹⁵⁸ Riporta questa idea di L. Libertini, criticandola in modo del tutto convincente, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondari. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 2, p. 406.

¹⁵⁹ V. BUONOCORE, *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, cit., p. 17.

senza conseguenze sulla disciplina del contratto”. Le parole e il tono evocano un programma e una rivendicazione precisa.

L’impresa e l’imprenditore emergono nella formazione del contratto (1330 c.c.).

La parte generale del libro Quarto (artt. 1321 -1469) può apparire per la sua astrattezza non più adatta ai bisogni di una società complessa come l’attuale. Il codice specializza la regola quando il rapporto inerisce ad un’attività professionale, come indica l’art. 1176 c.c.

Da ciò si vuol trarre i primi spunti per la ridefinizione della categoria.

A ben vedere tale idea non convince affatto. Nessuno nega l’importanza delle discipline di settore e dei contratti di impresa in particolare. Ma occorre chiedersi anzitutto se la contrattazione fra imprese “porti a identificare effettivamente un autentico schema generale di contratto sottoposto ad una propria e differenziata disciplina giuridica” e una serie di argomenti porta a escludere tale conclusione¹⁶⁰. Vediamoli.

a) L’interesse dell’imprenditore non si traduce in una componente della causa del contratto¹⁶¹.

b) Solo in termini descrittivi quei contratti possono definirsi come una categoria. Essi pongono in luce un problema di disciplina che non è esclusivo dei contratti di impresa ma di ogni atto di autonomia che deve conciliarsi con i bisogni delle parti, le esigenze di regolazione del mercato e gli interessi della generalità¹⁶².

c) Se l’analisi si trasferisce dal diritto interno al “diritto europeo” il discorso non muta. I diritti nazionali percorrono strade diverse. Francia e Germania conservano la duplicazione dei codici civile e di commercio, l’Italia la Svizzera e i Paesi Bassi hanno unificato i corpi normativi, in “Inghilterra da circa tre secoli il diritto commerciale è rifluito nel sistema comune perdendo le proprie giurisdizioni separate, mentre negli Stati Uniti si fa capo ad un documento normativo che porta il nome di *Uniform Commercial Code*”¹⁶³.

Nelle raccolte di Principi non assume rilievo la nozione di imprenditore ma quella di professionista e le peculiarità più significative concernono non deroghe alla disciplina generale,

¹⁶⁰ A FALZEA, *Introduzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d’impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 4; Id. *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 1 ss.

¹⁶¹ La più recente giurisprudenza di legittimità sul *sale and lease-back* non individua affatto nella presenza di un’impresa l’elemento differenziale per la liceità o meno del contratto ma esige un’analisi attenta sugli elementi dell’affare in concreto realizzati dalle parti. Sarà necessario così che si analizzi l’esistenza o meno di un rapporto antecedente di debito-credito fra i due soggetti, e la proporzione fra il prezzo pattuito per la vendita il valore del bene e l’importo dei canoni e del corrispettivo per il riscatto. Tutto ciò per un controllo sulla liceità di un’operazione che prescinde da una causa tipica d’impresa, ma che trova nella vita aziendale un motivo di possibile utilità del fenomeno da verificare in concreto per evitare abusi e approfittamenti. Ancora. L’art. 9 della legge sulla subfornitura è stato oggetto di un’interpretazione oscillante nel riferire il divieto di abuso di dipendenza economica al solo contratto disciplinato o a tutti i contratti fra imprese. La giurisprudenza più attenta ha recepito l’opinione della dottrina prevalente che considera quella disposizione generale per volontà stessa del legislatore che ha ipotizzato, al di là del contesto specifico, l’ambito di estensione della regola a tutti i rapporti tra imprese. Il contenuto della norma è chiaro e di per sé esclude il ricorso improprio ad un concetto che non aggiunge alcunché al contenuto della regola. V. da ultimo Trib. di Bari, ordinanza (Giud. Scoditti), in *Foro it.* 2005, I, col. 1603 con nota di richiami di G. COLANGELO.

¹⁶² V. per tutte queste puntuali osservazioni G. OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, cit., p. 15 ss.

¹⁶³ V. la lucida e brillante analisi di A. GENTILI, *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti d’impresa*, cit., p. 95 ss.

quanto l'estensione ai contratti fra imprese delle normative di riequilibrio pensate per i rapporti fra professionista e consumatore.

Il diritto comunitario delle direttive, come vedremo, è una produzione abbondante che può assumere la funzione di base strutturale di un diritto comune europeo¹⁶⁴. Ma anche da esso non si individua affatto un *corpus* omogeneo di regole. Anzi i più significativi interventi diretti, come la norma sull'abuso di posizione dominante, la legge sui termini di pagamento nelle transazioni commerciali, e indiretti, come la normativa sull'abuso di dipendenza economica individuano un particolare settore di contratti fra imprese ove è necessario un riequilibrio a favore della parte più debole.

Emerge così la conclusione che nella prospettiva del diritto contrattuale europeo i "contratti di impresa" sono una delle componenti della tipologia della "contrattazione ineguale"¹⁶⁵, senza che la locuzione segnali alcun "aspetto comune che giustifichi una considerazione complessiva".

Si tratta, insomma, di un aspetto della diversificazione della disciplina del contratto che può atteggiarsi variamente a seconda che le parti siano un professionista e un consumatore (*B to c*), due professionisti (*B to B*), due soggetti che non operano professionalmente (*c to c*) o due professionisti dotati di eguale (*b to b*) o di diverso potere contrattuale (*B to b*)¹⁶⁶.

Si può concludere che gli elementi di qualificazione dei contratti fra imprese sono sostanzialmente due.

La disciplina del mercato dove si collocano, e le discipline speciali di settore da coordinare con la disciplina generale del contratto.

Su entrambi questi aspetti occorre soffermarsi.

7.1. Contratto e concorrenza. Il rapporto tra le due discipline.

La disciplina della concorrenza tracciata nel codice civile si rivolge ad una struttura di mercato già definita. Al centro del sistema c'è il soggetto di diritto, destinatario di regole eguali e astratte. Un uomo senza qualità, pensato per un ordine economico e giuridico che ha necessità di rapporti semplificati, compatibili con la logica degli scambi del tempo¹⁶⁷. Il Titolo decimo del quinto libro prevede limiti solo formali e spaziali per le restrizioni della libera gara,

¹⁶⁴ A. GENTILI, *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 99.

¹⁶⁵ A. GENTILI, *op. cit.*, p. 110 "sia la preponderanza che la debolezza hanno le loro ragioni. Le ragioni dell'utilità dell'impresa, della moltiplicazione della ricchezza globale, dell'efficienza dell'organizzazione della produzione e distribuzione, dal lato dell'imprenditore, soprattutto se in posizione forte. Le ragioni dell'effettiva soddisfazione dei bisogni, della proporzionata redistribuzione della ricchezza prodotta, della salvaguardia e i valori non solo economici, dall'altro".

¹⁶⁶ P. G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *I contratti di impresa e il diritto comune europeo*, cit., p. 73, 94.

¹⁶⁷ L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; F. GALGANO, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 189 ss.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, III, a cura di N. Lipari, 2^a ed., Padova, 2003, p. 3 ss.

obblighi di contrarre per il solo monopolista legale, una regola di correttezza per ogni operatore (artt. 2595-2601)¹⁶⁸.

È superfluo ricordare quanto quelle norme siano oramai lontane dai rapporti reali e per una diagnosi dell'attualità¹⁶⁹, serena e rigorosa, occorre ripercorrere il processo evolutivo delle disposizioni che si sono susseguite negli ultimi decenni e tentare di comprendere il senso di ciò che il presente ci riserva. Solo dopo un percorso a ritroso, schematico ed essenziale, è possibile un'analisi attenta dei rapporti fra il contratto e la concorrenza, fra due libertà in cerca, da sempre, di un contesto ordinato di garanzie e di limiti. Ciò per un motivo essenziale.

La legislazione posta "a tutela e protezione della concorrenza, costituisce uno straordinario terreno sul quale misurare la sostanziale unitarietà delle scienze sociali"¹⁷⁰. In essa vive il dilemma delle democrazie liberali, impegnate da un lato a fissare il limite oltre il quale il potere privato deve essere frenato, e dall'altro ad individuare una demarcazione del potere pubblico che può divenire oppressivo e dannoso¹⁷¹.

Forze e ideologie diverse si sono confrontate in ogni periodo, nel tracciare un crinale mobile come le esigenze degli uomini, una linea ove confluiscono intersecandosi il pensiero economico, il pensiero giuridico e le scelte politiche di ogni comunità, nazionale o globale. La sintesi, in questo contesto, non può che essere schematica, ma necessaria per ripercorrere con consapevolezza la storia delle idee che esige di separare almeno tre momenti di confronto: a) il sorgere della legislazione antitrust in America, b) il dibattito in Italia dalla Costituzione sino agli anni ottanta del secolo scorso, c) le scelte del legislatore europeo. Iniziamo dal primo.

7.2. Il sorgere della legislazione antitrust in America

Le regole di funzionamento dei mercati sono risposte diverse, in ogni epoca storica, alle imperfezioni della realtà ed è noto che sul finire dell'800, negli Stati Uniti, si dovette fronteggiare un tentativo delle imprese più efficienti di consolidare il loro potere mediante il ricorso al trust per fini anticoncorrenziali. Attraverso la concessione di deleghe fiduciarie di voto e lo scambio incrociato di partecipazione alle assemblee, "gli amministratori di più società concorrenti decidevano insieme le politiche di prezzo e di mercato, restando ciascuno sotto il controllo degli altri. Si creavano così dei veri e propri cartelli, mascherati sotto l'uso del trust"¹⁷².

Se la *common-law* proteggeva già la libertà di contratto delle parti e la libertà dei terzi contro le pratiche di boicottaggio, lo *Sherman act* nel 1890 si propose¹⁷³ di colpire ogni *contratto, combinazione o cospirazione* che limitasse il commercio fra i vari Stati ed ogni attività volta a creare o a tentare la creazione di una posizione di monopolio (*monopolization* o *attempt to monopolize* Sez.2). Le sanzioni erano di tre tipi: un'azione penale e un'azione civile, *munita di injunction*, da parte dello Stato federale; un'azione privata con effetti punitivi volta ad ottenere il triplo del danno subito promossa da chiunque fosse stato danneggiato.

¹⁶⁸ Per una sintesi V. FRANCESCHELLI, *Concorrenza e antitrust: profili generali*, in *Trattato di dir. amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 1997, I, p. 512 ss.

¹⁶⁹ Sull'esigenza di questo approccio iniziale in ogni attività di riflessione e di elaborazione, v. da ultimo P. BARCELLONA, *Diritto senza società. Dal disincanto all'indifferenza*, Bari, 2003, p. 9 ss.

¹⁷⁰ F. GOBBO, *Il Mercato e la tutela della Concorrenza*, Bologna, 1997, p. 24.

¹⁷¹ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 105 ss.

¹⁷² G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 14.

¹⁷³ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991, p. 38 ss.

Clayton act

Federal Trade Commission Act

Economic efficiency

Efficienza

Le successive disposizioni (il *Clayton act* del 1914) integrarono la disciplina con un duplice effetto. Le regole divennero analitiche ma più flessibili grazie al criterio di ragionevolezza recepito dalle Corti ed espresso da una formula che “presupponeva un apprezzamento obiettivo basato su considerazioni economiche” e un giudizio di discrezionalità “circa la portata più o meno sostanziale di certe pratiche limitative”¹⁷⁴. Il *Federal Trade Commission Act* dichiarò, sempre nel 1914, illegali “gli sleali metodi di concorrenza nel commercio” e nel 1938 la fattispecie fu modificata sino a reprimere “gli atti e le pratiche sleali e ingannevoli” aprendo la possibilità di tutela ai consumatori¹⁷⁵.

Gli sviluppi successivi sono scanditi da ulteriori disposizioni normative ma, soprattutto dall’attività delle Corti di Giustizia e della *Federal Trade Commission*. Un’attività difficile da ricostruire in un quadro organico e lineare di principi. Sono comunque sostanzialmente tre le linee di pensiero che si sono susseguite con maggiore frequenza: la *rule of reason* tesa a valorizzare le peculiarità del caso singolo con i possibili criteri dell’intento illecito di chi pone in essere l’accordo o dell’effetto che da esso deriva¹⁷⁶; la *per se condemnation* ispirata dalla necessità di reagire all’incertezza di soluzioni discrezionali, distinguendo oggettivamente le situazioni di legittimo potere da quelle di illecito predominio; la valutazione ispirata alla *economic efficiency* teorizzata dalla Scuola di Chicago che ancora anima il dibattito sulla legislazione antitrust in ogni parte del mondo.

Per decenni la giurisprudenza americana ha oscillato fra la protezione dei piccoli produttori e commercianti e la teoria economica neoclassica che reputava necessario colpire non tanto la libertà di contratto, ma l’intesa che “consenta al prezzo di collocarsi più in alto di quanto accadrebbe attraverso l’incontro non pregiudicato fra domanda e offerta”¹⁷⁷. Si sono distinte, nella repressione, le intese orizzontali, vietate per sé e le intese verticali¹⁷⁸, illecite solo quando si fosse pregiudicata la libertà del rivenditore, ma si è tornati sempre, seppur con oscillazioni continue, al desiderio di “proteggere la concorrenza” attraverso la tutela “di sane, piccole imprese locali” con un “ritorno, spesso, alle finalità originarie del Clayton act”¹⁷⁹.

D’altra parte la teoria dell’efficienza, elaborata sin dagli anni cinquanta ripensando su base casistica i principi dell’economia classica, ha determinato una svolta nel pensiero e nella giurisprudenza dominante che ancora una volta, però, non ha accolto in modo univoco tali insegnamenti.

Gli economisti di Chicago definiscono restrittiva in termini economici unicamente “la pratica, concertata o unilaterale, che restringe *ad libitum* di qualcuno la produzione di un bene o di un servizio con conseguente possibilità di incremento dei prezzi”¹⁸⁰. La concorrenza è assunta come valore in sé e si reputa che la sua disciplina debba essere depurata da ogni contaminazione, cercando altrove strumenti per realizzare la libertà di contratto e l’efficienza democratica. L’analisi economica del diritto rafforza questa convinzione. L’indicazione che tale metodo fornisce è quella di preferire tra le diverse possibili discipline o soluzioni

¹⁷⁴ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 46.

¹⁷⁵ G. BERNINI, *op. cit.*, p. 69.

¹⁷⁶ V. il caso *Mitchel v. Reynolds*, 1 P. Wms. 181, 24 Erg. Rep. 347 (K. B. 1711) citato da G. BERNINI, *op. cit.*, p. 92 ed ivi il contenuto della massima: “Tutti gli accordi contrattuali ove si riscontri una mera restrizione del commercio e niente di più, sono invalidi. Tuttavia questa presunzione è esclusa se circostanze specifiche mostrano che il contratto è ragionevole e proficuo per gli interessi della collettività”.

¹⁷⁷ A. MARSHALL, *Principi di economia*, Torino, 1972, trad. it. di *Principles of Economics*, London-NewYork, 1890, cit. da G. AMATO, *Il potere e l’antitrust*, cit., p. 22 v. a p. 17 la citazione nel testo.

¹⁷⁸ Mi permetto sul punto di richiamare il volume: G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 178 ss.

¹⁷⁹ G. AMATO, *op. cit.* p. 22.

¹⁸⁰ G. AMATO, *op. cit.*, p. 26.

interpretative quella più efficiente, idonea a massimizzare il benessere collettivo. Quando c'è un semplice trasferimento di ricchezza “in cui qualcuno perde quello che qualcuno guadagna” l'indicazione è di non intervenire¹⁸¹. Ciò per una ragione chiara. Non sarebbe efficiente la creazione di un apparato complesso e costoso come l'antitrust se il suo scopo si sostanziasse solo nel dare ad alcuni, i consumatori, quello che viene tolto ad altri, le imprese. Il suo compito è l'aumento delle utilità per tutti mentre la giustizia distributiva è un fine di altre forme giuridiche¹⁸².

percorso

Dopo le incertezze del caso Kodak¹⁸³, le tesi di Posner, nel successivo caso State Oil v. Khan¹⁸⁴, sono accolte dalla Corte suprema la quale muta orientamento e sottrae al divieto “per sé” la fissazione del prezzo massimo in un'intesa verticale che è, per lo più, giustificata “dalla migliore qualità del servizio reso ai clienti”¹⁸⁵, mentre le intese orizzontali mantengono una potenziale illiceità, non senza un certo scetticismo ispirato dal “costo che l'osservanza dei cartelli impone sempre ai suoi membri”¹⁸⁶.

Purtuttavia se il percorso dell'antitrust americano si è, in tal modo, allontanato dalle origini e se il dogma dell'efficienza è quello che più si adegua alle attuali tendenze della politica di mercato americano, non si può dimenticare che la Corte Suprema, le altre Corti ed il Congresso “hanno difeso l'antitrust” come un tronco vitale non soggetto all'identificazione con una prospettiva di economicismo esasperato¹⁸⁷.

Si sottolinea, in modo autorevole, che l'efficienza allocativa non è mai stata l'unica finalità della legge antitrust, che alcuni correttivi possono agevolare sviluppi creativi senza peccare di dirigismo economico¹⁸⁸, che l'analisi economica aiuta ad ampliare lo spettro delle soluzioni possibili ma non è affatto l'unico criterio di giudizio in una società complessa; fallisce dove l'applicazione dei modelli non basta a risolvere i conflitti fra valori diversi¹⁸⁹.

La conclusione, per alcuni, è che l'antitrust ha una pluralità di anime, anche in America, ed una finalità non riducibile ad un esercizio meccanico che “fa perdere quel contenuto politico che in una società democratica è la principale fonte di legittimazione di ogni regola”¹⁹⁰.

7.3. Il dibattito in Italia dalla Assemblea Costituente agli anni ottanta del secolo scorso

¹⁸¹ F. DENOZZA, *Norme efficienti*, Milano, 2003, p. 124.

¹⁸² F. DENOZZA, *op. cit.*

¹⁸³ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc., 112 S. Ct. 2072 1992 ove si restringe il mercato rilevante, sul quale valutare i comportamenti dell'impresa dominante, “alla vendita dei pezzi di ricambio e della riparazione di un determinato macchinario”, G. AMATO, *op. cit.*, p. 33.

¹⁸⁴ State Oil Company v. Khan, S. Ct. L. Ed. 2d 27 1997.

¹⁸⁵ V. il caso United States v. Arnold Schwinn & Co., 388 U. S. 365, 1967, ove la Corte dichiarò illegittime le restrizioni verticali che assoggettavano il distributore al produttore e il caso Continental TV Inc. v GTE Sylvania Inc., 433 U. S. 36, 1977, in cui fu ribaltato il precedente con una chiara adesione alle teorie della Scuola di Chicago. V. sul punto G. AMATO, *op. cit.*, p. 30 e G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., p. 180 ss.

¹⁸⁶ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 27.

¹⁸⁷ Così anche G. AMATO, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁸ J. E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002.

¹⁸⁹ H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, St. Paul, Minn., 1996, p. 68.

¹⁹⁰ G. ROSSI, *Le regole del mercato fra Europa ed America. Relazione introduttiva al Convegno “Antitrust e globalizzazione” del 19 settembre 2003*, pubblicato su *La Repubblica* del 20 settembre 2003, p. 15.

In Italia e in Europa si segue un percorso in parte diverso. Si è osservato che nel vecchio continente “il mantenimento della libera concorrenza ... si è posto in primo luogo, quale alternativa ad un intervento statale dell’economia”¹⁹¹; ma questo giudizio va chiarito.

I costituenti dovettero fronteggiare il problema del controllo dei monopoli e del coordinamento fra le attività private e gli obbiettivi dei pubblici poteri. Abbandonata subito ogni ipotesi di soluzione collettivistica¹⁹² si discusse a lungo sulle modalità di intervento nei confronti dei fallimenti del mercato.

Luigi Einaudi propose di recepire nella nuova Costituzione un’azione decisa contro i monopoli economici, sia naturali che creati per legge da “sottoporre a pubblico controllo a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta”¹⁹³, ma la proposta fu respinta eccependo che i controlli avrebbero assunto un carattere “antiliberista di squisita essenza interventista, con uffici, organi, burocrazia di vigilanza”¹⁹⁴.

Nella Commissione De Maria¹⁹⁵ si fronteggiarono ipotesi diverse. Alcuni pensavano ad un’azione di contrasto dei monopoli, nel rispetto dei canoni di un’economia di mercato, altri all’adozione di strumenti di nazionalizzazione, altri ancora ipotizzavano soluzioni già sperimentate negli Stati Uniti. Quest’ultima scelta fu esclusa con decisione, osservando che “una disciplina delle formazioni monopolistiche condotta con i criteri dello Sherman Act, non poteva condurre affatto a risultati soddisfacenti”¹⁹⁶. Il metodo seguito fu un altro.

Come è noto prevalse “il convincimento che l’impresa pubblica governata da una normativa speciale e dotata di poteri altrettanto speciali fosse il modo migliore di regolare l’economia e di contenere il potere delle imprese private”¹⁹⁷. Purtroppo come è stato di recente notato, acutamente, il caso italiano già nel corso degli anni Cinquanta esprimeva un dato che induce a riflettere con attenzione.

Lungi dal presentare “una antitesi radicale tra tutela della concorrenza ed interventismo” quell’esperienza “ci mostra una loro pacifica coesistenza e la ricerca di una possibile

¹⁹¹ G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 27.

¹⁹² V. lo stesso intervento di Palmiro Togliatti del 16 ottobre 1946 in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori all’assemblea costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1971, VI, p. 554 ss: “si sta scrivendo una Costituzione che non è una Costituzione socialista, ma è la Costituzione corrispondente ad un periodo transitorio di lotta per un regime economico di coesistenza di differenti forze economiche che tendono a soverchiarsi le une con le altre. In questo periodo è evidente che la lotta che si conduce non è diretta contro la libera iniziativa e la proprietà privata dei mezzi di produzione in generale, ma contro quelle particolari forme di proprietà privata che sopprimono l’iniziativa di vasti strati di produttori e, particolarmente, contro le forme di proprietà privata monopolistiche, specie nel campo dei servizi pubblici, che tendono a creare nella società dei concentramenti di ricchezze che vanno a danno della libertà della grande maggioranza dei cittadini, e quindi vanno a scapito dell’economia e della politica del paese”.

¹⁹³ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell’Assemblea Costituente*, cit., vol. II, p. 1666. “Il male più profondo della società presente non è la mancanza di programmi e di piani - che ne abbiamo avuti fin troppi - ma è invece l’esistenza di monopoli ... chiedo perciò che nella Costituzione sia sancito il principio che la legge non deve creare il monopolio e che quando i monopoli esistono, questi monopoli devono essere controllati”.

¹⁹⁴ Così si espresse Ruini, in risposta alla proposta di Einaudi, ottenendo un consenso esplicito di altri, tanto che l’idea fu accantonata. v. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori all’Assemblea Costituente*, cit., p. 1669. La citazione è ripresa da F. CAVAZZUTI, *Un confronto che viene da lontano*, in *Arel*, 2002, 2, p. 13 ss.

¹⁹⁵ Si tratta della Commissione istituita per svolgere studi e proposte da presentare all’Assemblea costituente v. *Rapporto della Commissione Economica presieduta dal Professore Giovanni De Maria*, presentato all’Assemblea costituente, Istituto Poligrafico dello Stato, 1947.

¹⁹⁶ *Rapporto della Commissione Economica presieduta dal Professore Giovanni De Maria*, presentato all’Assemblea Costituente, cit., II, p. 238-40.

¹⁹⁷ F. CAVAZZUTI, *Un confronto che viene da lontano*, cit., p. 14.

integrazione tra tecniche diverse, nell'incontro comune tra Ordinamento giuridico e processo economico"¹⁹⁸.

Se nell'assetto istituzionale ottocentesco codice e sistema coincidevano¹⁹⁹, sino a "costituzionalizzare una certa concezione della vita economica legata all'idea liberistica"²⁰⁰ il nuovo secolo ha allontanato, nelle percezioni dei giuristi ed economisti più avvertiti, l'idea di un ordine spontaneo del mercato capace di generare un equilibrio nei rapporti privati e pubblici. Apparve a molti, in modo sempre più evidente, che "regolazione e gestione sono le due facce di un interventismo economico, diverso nelle sue tecniche, ora indirette ora dirette, ma percepito in modo unitario nella forza travolgente di un'impronta statuale destinata a condizionare pesantemente gli equilibri dell'intera economia nazionale"²⁰¹.

art. 41 Cost.

Certo le opinioni erano e sono assai diversificate e l'art.41 Cost. resta, ora come allora, una norma dall'evidente contenuto anfibologico. A fianco di chi, in epoca coeva alla approvazione del testo, dava una lettura moderna ed evoluta²⁰² del criterio di utilità sociale, letto "in chiave di tutela dei consumatori e di pilastro che "richiede" un diritto della concorrenza"²⁰³, non mancarono letture opposte volte a sottolineare il forte dirigismo italiano destinato ad entrare in rotta di collisione con l'assetto istituzionale europeo²⁰⁴.

Del resto la storia economica italiana testimonia questa complessità. Il legislatore intervenne fra il 1931 e il 1933 per salvare gli Istituti di credito, che avevano partecipazioni in industrie strategiche, duramente colpiti dalla crisi del 1929. Nel 1933 fu creato l'I.R.I. Istituto per la Ricostruzione Industriale²⁰⁵ e, dopo il 1936 "lo Stato italiano possedeva una parte dell'industria proporzionalmente più ampia che ogni altro Stato europeo, a eccezione dell'Unione Sovietica"²⁰⁶.

D'altra parte il dibattito parlamentare sulla legislazione a tutela della concorrenza ha languito per decenni in varie commissioni e solo nel 1990 si è approvata una normativa antitrust, ultimi fra le potenze industriali, anticipando la Turchia²⁰⁷.

Solo a partire dagli anni ottanta del secolo passato è mutata la nostra Costituzione economica in virtù degli atti formali dell'Unione Europea e la legislazione di provenienza comunitaria, come si è già accennato, ha innovato profondamente la forma giuridica dei rapporti fra stato e privati. Con la legge 23 giugno 1993 n. 202 (Disposizioni urgenti per la

processo
privatizzazi
e

¹⁹⁸ Così B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del Mercato (In margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli)*, in *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, p. 345.

¹⁹⁹ V. R. NICCOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964, p. 904 ss.

²⁰⁰ M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.

²⁰¹ B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del Mercato*, cit., p. 348.

²⁰² T. ASCARELLI, *Ordine giuridico e processo economico*, in *Problemi giuridici*, Milano, 1959, I, p. 47.

²⁰³ B. SORDI (*op. cit.*, p. 353) sottolinea come Ascarelli sia "stato prontissimo a cogliere le novità competitive che la Scuola di Friburgo riesce a far filtrare nei primi trattati che avviano la Costituzione europea". Osserva che quell'opinione "è nata dallo spirito del tempo, dall'economia come oggetto da strutturare e non come ordine spontaneo...è maturata lontana dalle sponde del neo liberismo, in convegni che la battaglia antimonopolistica orientava verso l'intervento pubblico, si è sviluppata sull'onda di una precisa consapevolezza dei possibili abusi messi in atto dai poteri economici". La conclusione di Sordi è che "Libertà dell'interprete, diritto vivente e libera iniziativa economica s'innestano...in Ascarelli in un preciso ordine giuridico del mercato, ora in funzione delle integrazioni solidaristiche agli effetti del gioco economico, ora della tutela dei consumatori e della concorrenza, ora, infine, dell'esercizio pubblicistico, in riserva di caccia di determinate attività economiche", p. 351.

²⁰⁴ Si veda l'analisi retrospettiva di G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 8 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 23; A. QUADRIO CURZIO, *Tre Costituzioni economiche: italiana, europea, bicamerale*, in Id., *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigmi per l'Europa e per l'Italia*, Milano, p. 37 ss.

²⁰⁵ N. IRTI, *I cinquant'anni del codice civile*, Milano, 1992, p. 24.

²⁰⁶ R. ROMEO, *Breve storia della grande industria in Italia-1861-1961*, Bologna, s. d., p. 173.

²⁰⁷ Sulle fasi preparatorie della legge italiana v. G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, cit., p. 295 ss.

soppressione del Ministero delle partecipazioni statali e per il riordino di Iri, Eni, Imi ed Ina) si è dato avvio al processo di privatizzazione. Nel diritto privato scompare l'uomo senza qualità, il soggetto unico e astratto, mentre l'equilibrio negoziale è posto al centro dell'attenzione del legislatore che amplia la protezione dei consumatori, interviene con regole incisive nella disciplina dei contratti d'impresa, disciplina l'usura in ogni contratto²⁰⁸.

È difficile in tale esperienza storica separare con una cesura netta concorrenza e regolazione.

rapporti-

due metodi

Esiste certo chi contrappone nettamente i due metodi²⁰⁹. Il passaggio da uno Stato gestore ad uno Stato regolatore assieme alla netta svolta che si verifica con il necessario ritirarsi delle Istituzioni dal controllo diretto di settori vitali dell'economia, sono fatti storici che inducono a contrapporre dirigismo e mercato, economia mista e ordine spontaneo dei rapporti economici²¹⁰. Ciò può determinare, a volte, una semplificazione. Le Authority sono considerate espressione di uno Stato leggero di un controllo soft, espressione di un ritrovato liberismo che sostituisce lo Stato imprenditore. Ne segue, secondo questa linea di lettura del reale, che "le origini della concorrenza tendono a sottrarsi alla storia dell'interventismo pubblico, calandosi per intero nella (sola) cultura del mercato...mentre Stato gestore e Stato regolatore appaiono tipologie statuali alternative e proprie di epoche radicalmente contrapposte e non comunicabili"²¹¹.

In un'ottica diversa un'analisi attenta della storia italiana ed europea sul punto porta ad affermare che "gestione e regolazione, pur diverse nella struttura organizzativa, ... rappresentano capitoli diversi, ma contigui di un ordinamento giuridico" che disciplina, in modo diverso, le concentrazioni industriali e i poteri privati. Non si dubita che entrambe le modalità appartengono "al polo pubblicistico e si muovono stabilmente nello spazio dell'autorità politica" nazionale o sovranazionale e ciò significa aver piena consapevolezza che la concorrenza non è "prodotta spontaneamente dal mercato" non foss'altro perché le sue regole devono imporsi sulla libertà contrattuale dei privati.

matrice del
diritto della
concorrenza

Insomma, si precisa in modo chiarissimo un'acquisizione teorica di grande significato. "Il diritto della concorrenza ha, nella sua fase di incubazione e di nascita, una matrice eminentemente statale e politica e non può chiudersi esclusivamente all'interno della vicenda della storia del mercato; né sfuggire alla teoria e alla storia del potere pubblico, nel cui alveo...può trovare agevolmente una sua collocazione". Sicché una visione neoliberalista può spiegare "la fondazione teorica del diritto della concorrenza" ma "non è invece in grado di dare una spiegazione convincente alle origini storiche di questo ramo del diritto"²¹².

Ne sono prova le accuse di interventismo ed antiliberismo mosse, nel dibattito costituente ad Einaudi che aveva proposto di evitare la costituzione di monopoli per legge e di

²⁰⁸ Mi permetto di richiamare G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; ID. (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999; ID. (a cura di) *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002.

²⁰⁹ Per una panoramica delle varie posizioni G. TESAURO e M. D'ALBERTI, (a cura di) *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000;

²¹⁰ v. la lucida ed esemplare analisi di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 3 ss.; e il volume collettaneo, *Il dibattito sull'ordine pubblico del mercato*, Roma-Bari, 1999, p. 3 ss.

²¹¹ Per una limpida descrizione di queste due linee di pensiero si veda, ancora, B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del mercato*, cit., p. 339.

²¹² V. ancora B. SORDI, *op. cit.*, p. 340-342.

controllare le concentrazioni monopolistiche private²¹³, ma ne sono prova anche i forti contrasti nel mondo cattolico dopo l'approvazione della costituzione.

ira sottesa
alla Carta
ubblicana

Si è osservato che nella Carta repubblicana non “c'è la cultura del mercato, ma c'è la necessità di difenderlo dall'alternativa del regime comunista”. Domina, si continua, “un sentimento misto che va a posarsi sull'iniziativa economica privata – e sul suo titolare, l'imprenditore – con il duplice intento di difenderlo e di assoggettarlo, non alle regole della concorrenza, ma a programmi e controlli, impulsi, orientamenti pubblici”²¹⁴. Tale osservazione va rettificata.

È indubbio che il testo dell'art. 41 fu il prodotto dell'incontro della cultura cattolica con le istanze volte a imbrigliare “l'anarchia capitalista”, ma negli anni immediatamente seguenti emersero modi del tutto diversi, anche nella cultura cattolica, di porsi di fronte al problema del controllo del potere imprenditoriale e degli interventi da assumere in concreto²¹⁵.

Prevalse, come è noto, la linea (di Dossetti, Fanfani, La Pira) favorevole ad intervenire in salvataggio di alcune imprese, (in particolare a Firenze, le Industrie della Pignone)²¹⁶. Scelta che costituì una “pietra di inciampo nella quale andò ad urtare il liberismo imperante,...oramai lanciato verso il trionfo”. E fu a causa di quella pietra, e dei fatti successivi del 1954 (durante il governo Fanfani sempre a Firenze, con La Pira Sindaco), “che il liberismo, al contrario, iniziò a palesare il suo declino”²¹⁷.

Se ciò fu una “iattura per il mondo cattolico e la causa di anni di ritardo sulla strada di una sana politica per il nostro paese”²¹⁸ è molto discusso e discutibile. Certo è che iniziò in

²¹³ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori all'Assemblea costituente*, cit., II, p. 1669 ove sono riportati gli interventi di Ruini (“l'emendamento (di Einaudi) sottopone poi a controllo pubblico i monopoli a mezzo di amministrazione pubblica delegata o diretta. Ed è qui che si dispiega la macchina antiliberista dei controlli: controlli di squisita essenza interventista con uffici, organi, burocrazia di vigilanza”) e di Dominedò che condivise le critiche di Ruini tanto che la proposta di Einaudi non fu approvata.

²¹⁴ G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 1992, p. 12.

²¹⁵ G. LA PIRA, *L'attesa della povera gente*, LEF, Firenze, 1978; D. ANTISERI, *Cattolici e mercato. La grande polemica*, Roma, 1996; M. DE GIROLAMO, *Da Sturzo a Novak*, Edizioni Dehoniane, Roma, 1998; M. NOVAK, *L'etica cattolica e lo spirito del capitalismo*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999. Lo scontro fra La Pira e Angelo Costa scoppia nel 1954 in una Firenze inquieta per la grave crisi economica e per una serie di licenziamenti a catena. A Costa che imputava a La Pira di star perdendo il senso delle proporzioni, il Sindaco replica di parlare di cose concrete e di ottenere in risposta la “metafisica economica” di Adamo Smith. E di fronte al pericolo di disgregazione dell'economia produttiva della città tuona “Libera concorrenza; iniziativa privata; legge della domanda e dell'offerta e così via: in uno Stato come il nostro, nel quale la quasi totalità del sistema finanziario è statale e in cui i ¾ circa del sistema produttivo sono direttamente o indirettamente, statali! Me lo dica lei, con sincerità: è serio parlare di cose così importanti con tanta disinvoltura? Libera iniziativa: sì, di licenziare, di chiudere, di domandare; ma vediamo di andare oltre: come allora ci si ferma rapidamente!” (L. STURZO - G. LA PIRA, *Cattolici e Mercato, la grande polemica*, Ideazione, 1996, p. 28). Nella polemica interviene di lì a poco Luigi Sturzo, prendendo posizione contro lo statalismo che è “per definizione inabile a gestire una semplice bottega di ciabattino”. La Pira replica con la fotografia di una città in gravissime difficoltà (10.000 disoccupati, 950 licenziamenti, duemila sfratti, 17milla libretti di povertà, 37 mila persone assistite) e chiede “Che deve fare il Sindaco di una città che si trovi ad avere questa cartella clinica”. Ricorda il caso della Pignone “Se non fossi intervenuto e – non avessi avuto l'adesione intelligente di Mattei – (che acquisì al patrimonio dell'ENI la struttura in crisi) avremmo perduto una preziosa attrezzatura industriale che dà diretto lavoro a 2000 famiglie” “Intervento statalista? Lo chiami come vuole: le etichette contano poco: intervenire si deve, è la norma base di tutta la morale cristiana e umana” (*Cattolici e mercato*, cit., p. 56-57).

²¹⁶ Siamo nel 1951 e su quella vicenda si veda P. ROGGI, *I cattolici e la piena occupazione. L'attesa della povera gente di Giorgio La Pira*, Milano, 1987; e soprattutto, *Caro Giorgio ... caro Amintore. 25 anni di storia nel carteggio La Pira-Fanfani*, Polistampa, Firenze, 2003, p. 155 ss.

²¹⁷ P. ROGGI, *La Pignone nel carteggio La Pira-Fanfani*, in *Caro Giorgio ... Caro Amintore*, cit., p. 107.

²¹⁸ D. ANTISERI, *La Pira, Costa e Don Sturzo*, in *Sole 24ore* del 5 gennaio 2004, p. 6.

quegli anni, con le partecipazioni statali, un'idea nuova di politica economica che è difficile definire l'inizio dello statalismo. Il predominio dello Stato era iniziato molto prima. Prevalse, questo sì, l'intervento²¹⁹ sul libero gioco del mercato, di fronte ad una grave crisi economica.

Si comprende allora come sia difficile contrapporre, anche in questa vicenda italiana, concorrenza e intervento pubblico. Si trattò di una scelta di politica economica adeguata ai tempi, frutto di un agire mobile e vigile, non adatto ad essere racchiuso in schemi.

Il confronto con l'oggi può essere illuminante se solo si consideri il ruolo attuale delle Autorità di garanzia. Contro l'idea di una loro funzione arbitrale, espressione di un diritto e di un controllo soft, emerge la realtà di un intervento incisivo e penetrante sull'autonomia privata e la libertà di contratto, tanto da sollevare dubbi sulla rigida predeterminazione di molti contenuti contrattuali e sugli esiti di tali attività che sconfinano, per alcuni, in aspetti di vero e proprio neo-corporativismo²²⁰.

Se così è emerge un'ulteriore riprova del legame stretto fra intervento pubblico e tutela della concorrenza. Ciò che distingue le due ipotesi sono le modalità dell'intervento, diverso a seconda della diversità delle epoche storiche e dei problemi concreti da risolvere. Insomma una diversità derivata da scelte di politica economica che inducono ad una conclusione.

La tutela della libertà di concorrenza come la libertà di iniziativa economica e la libertà di contratto trovano il loro fondamento non in percezioni o teorie economiche o su di un ordine spontaneo del mercato ma in una cornice di regole, valori e principi che solo una Costituzione può fornire.

Il nostro ordinamento deve conciliare tre valori strettamente connessi: l'economicità, la giustizia sociale e la libertà individuale²²¹ e ciò esige un criterio di correttezza procedurale che costituisce la base di valutazione di atti e comportamenti in ogni settore di attività, compresa la protezione dell'assetto concorrenziale del mercato²²². La collocazione sistematica della legge 287 del 1990 ("Norme per la tutela della concorrenza e del mercato") è al riguardo essenziale. Una recente sentenza della Cassazione²²³ ha ritenuto che la normativa attui il solo primo comma dell'art. 41, ma tale lettura è in contrasto con un'interpretazione sistematica dell'ordinamento interno e comunitario, come ha chiarito una successiva sentenza a Sezioni Unite della Corte (Cass. 4 febbraio 2005 n. 2007).

La struttura della Costituzione italiana è coerente con il modello di Stato sociale di diritto recepito in molte Carte del novecento. L'utilità sociale riassume i limiti posti alla libertà di iniziativa economica e il mercato non è un fine, ma uno dei mezzi di realizzazione dell'"etica personalistica" insita nella disciplina formale²²⁴. D'altra parte, la normativa comunitaria, dall'Atto Unico del 1986 in poi, ha fatto sì che la libera concorrenza sia divenuta un "principio istituzionale centrale dell'ordinamento dell'economia" soggetto ad una

²¹⁹ P. ROGGI, *op. cit.*, p. 112.

²²⁰ V. G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 255 ss.; F. MACARIO, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, *ivi*, p. 295 ss.

²²¹ L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 11 ss.

²²² G. ROSSI, *Antitrust e teoria della giustizia*, *cit.*, p. 21 ss.

²²³ Cass. 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 1993, c. 1132 ss.

²²⁴ L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e Mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, p. 33 ss.

regolazione di cui la legge italiana del 1990 è una diretta espressione²²⁵. Essa attua i tre commi dell'art. 41 e in particolare l'utilità sociale della quale è "generale e principale garante"²²⁶.

Queste considerazioni, nel loro complesso, escludono un carattere autonomo solo pubblicistico e ispirato alla sola logica dell'efficienza delle fattispecie concorrenziali e consentono di identificare i destinatari di tali norme in ogni soggetto interessato al rispetto delle finalità espresse nei Trattati europei e nelle norme costituzionali interne²²⁷. I lavori preparatori della legge non smentiscono queste considerazioni. Per superare il contrasto fra chi sosteneva la centralità della tutela dei consumatori e chi anteponeva ad essa altri obiettivi, fu varata l'attuale disciplina approvata da tutti come soluzione compromissoria, ma coerente con le finalità generali del sistema nazionale, integrato in quello comunitario²²⁸.

È questa la peculiarità italiana ma soprattutto europea, se è vero che c'è un filo strettissimo fra il dirigismo di Monnet e le idee ordoliberali della Scuola di Friburgo che determinano il sorgere della normativa sulla concorrenza espressa prima nel Trattato CECA e poi nel Trattato di Roma. Ma questa osservazione ci induce a spostarsi dall'Italia al Unione nata con quell'Atto fondativo.

7.4. Le scelte del legislatore europeo

È noto che le peculiarità dell'antitrust europeo sono marcate dalla sua stessa funzione primaria di favorire e tutelare l'integrazione del mercato. La Comunità nasce per creare uno spazio comune, in passato occupato da aree economiche delimitate dalle legislazioni degli Stati nazionali. Ciò non accade negli Stati Uniti ove esisteva già, sin dai primi interventi, un mercato dotato di una sua operatività²²⁹.

Diversi sono gli strumenti di intervento. In Europa si è istituito un organo che ha poteri istruttori e decisorii, a fronte del sistema americano basato su Istituzioni (*Agencies* e *Dipartements*) che hanno poteri istruttori ma non decisorii, mentre sono i privati che possono attivare il procedimento di decisione. Sono diverse ancora la struttura e le finalità degli organi che emergono chiaramente nella casistica e nelle modalità di intervento sulle intese e le pratiche concordate.

Lo Sherman Act mira a reprimere pratiche illecite in sé o irragionevoli ma "quando una ragione c'è, l'intesa non è neppure ritenuta restrittiva"²³⁰.

Il divieto comunitario si rivolge, invece, ad ogni ipotesi che abbia per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza salvo il potere di esenzione della Commissione, oggetto di recenti modifiche. L'intervento politico prevale sulle considerazioni economiche e la trasformazione di tali categorie in argomenti giuridici incontra resistenze originarie. È il potere

²²⁵ L. MENGONI, *op. cit.*, p. 35 ss.

²²⁶ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella "tutela della concorrenza"*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 545 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., p. 440; F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 2001, p. 229.

²²⁷ Così Cass. 4 febbraio 2005 n. 2207, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 495.

²²⁸ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, cit., p. 159 ss.

²²⁹ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 47; F. GOBBO, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, cit., p. 169 ss.

²³⁰ G. AMATO, *op. cit.*, p. 49.

del principe che traccia, tenendo conto degli interessi in gioco, il confine fra potere antitrust e libertà di impresa, non lo fa la consistenza costituzionalmente riconosciuta, sul campo, alle specifiche libertà degli uni e degli altri²³¹. Ciò accade nelle intese orizzontali e più ancora nelle intese verticali ove la rigidità degli organi comunitari ha ancora il fine di evitare la frammentazione, tramite tali accordi, dei mercati contro l'obiettivo prioritario dell'integrazione.

Ma la diversità appare di tutta evidenza nella repressione dell'abuso di posizione dominante e nelle concentrazioni.

La prima disciplina è la più significativa e le opinioni su di essa le più distanti. L'imposizione di prezzi eccessivi e di condizioni non eque prevista nell'art. 82 del Trattato di Roma pare ad alcuno volta non al ripristino di condizioni concorrenziali, ma alla "regolazione bella e buona dell'impresa in posizione dominante"²³², una norma che protegge non la concorrenza ma "i contraenti attraverso meccanismi di regolazione dei prezzi"²³³. Una funzione estranea, si osserva, alla disciplina antitrust e decisamente contraria alle linee di condotta di oltreoceano²³⁴.

Non manca chi separa nettamente, nella legislazione europea, tale norma come "potenziale *passpartout* a disposizione del potere pubblico che consente di penetrare nei meccanismi più reconditi del funzionamento della grande impresa e correggere i risultati della sua azione, qualora questi si rilevino perversi"²³⁵.

La verità è che tale modalità di repressione dell'abuso non si presta ad essere catalogata fra ipotesi di norme concorrenziali o regolative ma attesta anzi la peculiarità della legislazione antitrust che tutela non solo l'astratta efficienza del mercato ma "il pluralismo delle imprese, la tutela della libertà di scelta dei consumatori, gli aspetti redistributivi delle pratiche monopolistiche"²³⁶.

Tutto ciò in una concezione dinamica²³⁷, coerente con le acquisizioni teoriche di una parte significativa della dottrina che ha ripensato, dopo la prima metà del novecento, il ruolo della concorrenza. La teoria classica, sino agli trenta, ha ritenuto che i prezzi tendano a riequilibrare il mercato in modo rapido e istantaneo quando, in una situazione di concorrenza perfetta, ogni operatore sappia come si comporterà l'altro nelle varie mutazioni di prezzo²³⁸.

Tale modello è stato ed è utile per molti aspetti ma le critiche più recenti pongono in luce la sua base non realistica rispetto al processo decisionale dei soggetti e agli atteggiamenti che consentono il raggiungimento dell'equilibrio. Non spiega, si osserva, come funzionano i mercati. Da qui la revisione dovuta alle riflessioni fondamentali di Mises, Hayeck e alla scuola austriaca con Kirzner in particolare²³⁹. Si pone in chiara luce che è lo squilibrio il carattere naturale del mercato. Su di esso domina la scoperta imprenditoriale che "vede il futuro nella

²³¹ ID., *op. cit.*, p. 55.

²³² Così G. AMATO, *op. cit.*, p. 33, ma v. nello stesso senso A. PERA, *Concorrenza ed antitrust*, Bologna, 1998, p. 101; A. FRIGNANI-M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CEE*, Torino, 1996, p. 519; F. DENOZZA, *Antitrust: Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA*, Bologna, 1988, p. 43; A. JONES-B. SUFRIN, *EC Competition Law*, Butterworths, 2001, p. 328.

²³³ v. la sintesi efficace di M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 33-34.

²³⁴ F. DENOZZA, *Antitrust*, cit., p. 43.

²³⁵ V. MELI, *Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante mediante imposizione di prezzi "non equi"*, Milano, 1989, p. 13.

²³⁶ V. G. ROSSI, Prefazione al volume di W. HUTTON, *Europa vs. Usa*, cit., p. 13.

²³⁷ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza*, cit., p. 440 ss.

²³⁸ Per una sintesi puntuale sul punto v. ora F. GOLFETTO, *La concorrenza nella prospettiva della nuova economia*, in S. PODESTÀ-F. GOLFETTO, *La nuova concorrenza*, Milano, 2000, p. 105 ss.

²³⁹ I. M. KIRZNER, *Come funzionano i mercati*, Roma, 2002, p. 23 ss.

nebbia dell'incertezza", con cui si diventa consapevoli di un guadagno disponibile senza costi o a costi minori.

Sono questi atti creativi, motivati dal profitto, che generano sul mercato un apprendimento reciproco e ne determinano il funzionamento. La scoperta, l'intuito, la scelta sono i veri motori del mercato come aspetti della libertà economica di cui si percepisce l'essenzialità in ogni schema analitico. La grande intuizione sta nell'aver dimostrato che "tutte le argomentazioni a sostegno della libertà intellettuale valgono anche per la libertà di azione". Il problema concerne la qualità e i fini delle regole che ne disciplinano l'esercizio e sul punto le idee sono molto diverse.

Insomma il "dilemma delle democrazie liberali"²⁴⁰ è risolto in Europa con assoluta peculiarità. La libertà di azione ha le stesse tutele della libertà di pensiero, ma deve sottostare ad analoghi limiti. Regole procedurali devono valere per l'una e per l'altra senza segnare una diversità netta fra la libertà di concorrenza, condizionata da logiche di efficienza, e la libertà di contratto protetta solo contro i vizi della volizione delle parti.

In alcuni casi la disciplina regolativa può agevolare e ripristinare la concorrenza. Comune alle due discipline, come la storia ci ha indicato, è la radice pubblica dell'intervento e una commistione fra due distinte modalità di tutela non può essere motivo di scandalo.

Ancora più evidente si è manifestata la diversa filosofia antitrust in tema di concentrazioni come il recente caso GE-Honeywell ha mostrato con chiarezza²⁴¹. Il favore per l'efficienza ha condotto gli organi americani ad approvare una concentrazione che è stata, invece, vietata nell'Unione Europea perché idonea a costituire e rafforzare una posizione dominante tramite l'integrazione tra produzione di componenti e acquisto di prodotti finiti. In particolare la Commissione motiva il diniego "in virtù della capacità dell'impresa risultante dall'operazione di offrire pacchetti di prodotti e servizi che non possono essere offerti congiuntamente dai rivali, così riducendo od eliminando la capacità competitiva di questi ultimi"²⁴².

Del tutto evidente come in tal modo si privilegi il mantenimento di una pluralità di imprese sull'efficienza allocativa dell'offerta dei prodotti sul mercato²⁴³ secondo un "patrimonio culturale dell'antitrust europeo che risulta dai Trattati e dal testo della Costituzione europea"²⁴⁴. Dagli articoli 2 e 3 del Trattato Ce, 138 co. 2 del Trattato UE sugli scopi dell'Unione, all'art. 3.2 e 3.3 del progetto, sino alle eccezioni al divieto di aiuti concessi dagli stati membri (art.56) e alla espressa prevalenza riconosciuta nel caso Albany, alle finalità sociali dei Mercati rispetto alla stessa normativa sulla concorrenza²⁴⁵.

7.5. La legge 10 ottobre 1990, n. 287

²⁴⁰ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, op. loc. cit.

²⁴¹ Comm. CE, 3 luglio 2001, n. 4064/89, in *Giur. comm.*, 2002, II, p. 285, ed ivi C. OSTI e R. PARDOLESI, *La decisione della Commissione CE sul caso General Electric/Honeywell*, p. 311 ss.

²⁴² Comm. CE, 3 luglio 2001, cit., p. 285.

²⁴³ Sul problema delle efficienze e su loro rilievo in America e nell'Unione Europea v. C. OSTI – R. PARDOLESI, *Falsi amici: le concentrazioni in Europa e negli Stati Uniti*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 153 ss.

²⁴⁴ G. ROSSI, Prefazione, in W. HUTTON, *Europa vs. America*, op. cit., p. 13 nel volume si osserva che "L'impegno a rispettare questa concezione allargata dei diritti di cittadinanza al servizio dell'interesse comune attraversa la civiltà europea come un filo rosso" e rappresenta il discrimine con la società americana.

²⁴⁵ V. sul punto S. GIUBBONI, *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.

La legge prevede l'istituzione di un Autorità Garante (art. 10) e dispone anche la competenza del Giudice ordinario (art. 33). Vediamo brevemente le figure più rilevanti

7.5.1. La disciplina delle intese

L'art. 2, l. 287/90, (così come l'art. 81 Tr. CE), vieta le intese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, falsare o restringere in maniera consistente il gioco della concorrenza nel mercato.

Nozione di
intesa

Tramite un'intesa alcune imprese, anziché farsi concorrenza sul prezzo e sulla qualità del bene o del servizio si accordano sulle strategie da tenere sul mercato in modo uniforme. Così facendo esse possono agire come un unico soggetto monopolista, capace di imporre prezzi eccessivi a danno dei consumatori.

La nozione di intesa è tale da comprendere ogni forma di accordo tra imprese che abbia per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza. Di conseguenza con tale termine si intende ogni accordo o pratica concordata nonché le deliberazioni di associazioni di imprese, idonee a predeterminare illecitamente il comportamento sul mercato (art. 2, c. 1).

La nozione è, perciò, molto ampia: nessun rilievo assumono la forma o la natura contrattuale dell'accordo, ben potendo costituire intesa qualsiasi incontro di volontà espresso in qualunque modo o anche meri comportamenti paralleli tacitamente concordati. Ciò che rileva è solamente il coordinamento delle condotte volto a sostituire il libero gioco della concorrenza.

Le intese, dunque, sono vietate se hanno per oggetto o per effetto di restringere la concorrenza. Ciò significa che l'effetto anticoncorrenziale di un accordo è sufficiente a renderlo illecito, anche se tale effetto non ne costituisce la finalità principale, e, viceversa, anche un'intesa che non produce effetti anticoncorrenziali è vietata se ha tale oggetto.

Le intese possono essere verticali o orizzontali: sono verticali quando intercorrono tra soggetti della catena distributiva (ad es. tra produttore e distributori), mentre sono orizzontali (e vengono definite anche come cartelli) quando intervengono tra concorrenti.

Il citato art. 2 elenca a titolo esemplificativo una serie di intese restrittive della concorrenza: esse possono avere ad oggetto la fissazione dei prezzi di vendita o delle quantità di beni prodotti; oppure possono consistere nel ripartire il mercato fra le imprese, ovvero nell'applicare condizioni diverse a contraenti diversi.

Aspetti
delle
intese
restrittive

Le intese restrittive (qualora siano stipulate in forma di contratto) sono nulle ad ogni effetto: si tratta di una nullità assoluta (che può essere fatta valere da chiunque) e integrale (colpisce l'intero accordo), per contrasto con norme imperative²⁴⁶.

Sulla disciplina delle intese è necessario un confronto attento²⁴⁷.

Aspetti
contrattuali

Anzitutto la nozione estesa alle pratiche concordate e alle deliberazioni non è affatto incompatibile con il contratto²⁴⁸. Il solo parallelismo dei comportamenti può non essere di per

²⁴⁶ G. TADDEI ELMI, *Concorrenza e mercato*, in *Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005.

²⁴⁷ Per un'analisi complessiva v. R. PARDOLESI, *Intese restrittive della libertà di concorrenza*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di A. Frignani, R. Pardolesi, A. Patroni, Griffi, L. C. Ubertaini, Bologna-Roma, 1993, I, p. 145 ss. e da ultimo B. LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*, nota a Cass. 1 febbraio 1999, n. 827, in *Giur. it.*, 1999, p. 1223 ss. e, sempre a commento di tale sentenza, L. DELLI PRISCOLI, *La dichiarazione di nullità dell'intesa anticoncorrenziale da parte del giudice ordinario*, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 223; G. AFFERNI, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?*, in *Giur. it.*, 2000, p. 939; M. MELI, *Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali*, Milano, 2001, p. 20 ss.

sé rilevante, ma è il contatto fra gli operatori che completa la fattispecie, secondo uno schema noto da tempo alla giurisprudenza teorica e pratica che attrae nell'area contrattuale molti fenomeni che erano un tempo esclusi²⁴⁹.

D'altra parte le ragioni della nullità hanno diviso la dottrina che fa riferimento alla illiceità dell'oggetto e della causa²⁵⁰ o al concreto effetto anticoncorrenziale delle intese che sono illecite se hanno per oggetto o per effetto la restrizione della concorrenza²⁵¹ ed è quest'ultima la ricostruzione più convincente. L'antigiuridicità che si vuol reprimere va oltre la funzione del contratto o la sua meritevolezza e si rivolge alle conseguenze dell'atto contrastante con la tutela della concorrenza e con l'utilità sociale espressa nell'art. 41 della Costituzione. La presenza, comunque, della norma che dispone il divieto ed il rimedio della nullità è sufficiente per comprendere la figura nella previsione ampia dell'art. 1418 c.c.²⁵².

È solo il caso di precisare che la previsione della nullità è accolta con favore dalla stessa analisi economica del fenomeno e che le caratteristiche dell'azione debbono essere ricostruite senza preconcetti dogmatici ma in piena aderenza con le novità profonde del sistema delle invalidità emerse nel nuovo sistema delle fonti.

Sul primo aspetto il teorema di Coase ci insegna che “le parti redigeranno un contratto perfetto quando i costi transattivi sono pari a zero”. In tal caso il contratto è “efficiente perché ogni diritto è attribuito alla parte che lo valuta di più e ogni rischio è addossato alla parte che lo può sopportare al costo più basso”. Al contrario “i contratti sono imperfetti quando le parti sono irrazionali o i costi transattivi sono positivi”²⁵³, come nel caso di conseguenze negative per i terzi estranei all'accordo. È evidente che il cartello o l'intesa restrittiva determina un effetto negativo sul mercato contrario all'ordine pubblico e ciò esige un rimedio radicale come la nullità.

Quanto ai caratteri dell'azione non si può trascurare che è mutata nel sistema delle fonti, come vedremo, la disciplina e la funzione delle invalidità, oggetto di un ripensamento attento nella dottrina recente²⁵⁴. Come si è osservato il codice civile conosce la nullità e la annullabilità, nel diritto privato europeo scompare l'annullabilità e trionfa la nullità, il diritto

mento
funzione
invalidità

²⁴⁸ v. già App. Milano, ord. 13 luglio 1998, in *Giur. it.*, 1999, p. 1897 con nota di S. DETTONI, *Attività di lobbyng e divieto delle intese restrittive della concorrenza: divagazioni sul tema*.

²⁴⁹ G. PALERMO, *Intese limitative della concorrenza ed effetti sul mercato. Relazione svolta nel corso di dottorato su “Consumatori e Mercato” presso l'Università di Roma Tre, il giorno 8 aprile 2003*; v. altresì di recente sulla c.d. responsabilità contrattuale da contatto Cass. Sez. un. 8 febbraio-27 giugno 2002, n. 9346, in *Guida al Diritto*, 2002, 28, p. 60 ss.; sul danno provocato dall'alunno a scuola Cass. 27 febbraio-11 giugno 2003, n. 9366, *ivi*, 2003, p. 54, confermata da Cass. 18 nov. 2005, n. 24456, in *Danno e Resp.*, 2006, 1081 ss. Sulla responsabilità della Banca: Cass. S.U. 26 giugno 2007, n. 14712, in *Banca borsa, tit. credito*, 2008, 567 ss. Sulla responsabilità del medico: Cass. 13 aprile 2007, n. 8826, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1824 ss. V. da ultimo Cass. S.U. 19 dicembre 2007, n. 26724 (che conferma Cass. 29 maggio 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 11055) con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitoria*, in *Obb. e contr.*, 2008. Sul regime comunitario v. A. FRIGNANI-M. WAELBROECK, *Disciplina della concorrenza nella CE*, Torino, 1996, p. 470.

²⁵⁰ Così M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, p. 433; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 1999 ss.; App. Torino 6 luglio 2000, in *Danno e Resp.*, p. 46; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 402.

²⁵¹ G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella “tutela della concorrenza”*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 546.

²⁵² v. per tutti V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 741.

²⁵³ *Il mercato delle regole*, a cura di R. Cooter, U. Mattei, P. G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, Bologna, 1999, p. 232.

²⁵⁴ V. G. FILANTI, *Inesistenza e nullità*, Napoli, 1983; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 67; P. M. PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002.

privato uniforme si disinteressa dell'una e dell'altra, nei Principi di diritto europeo dei contratti ricompare un'invalidità con tratti vicini all'annullabilità²⁵⁵.

Certo è che la figura si allontana definitivamente dall'idea di un vizio interno alla fattispecie. Si relativizza, si frantuma e ciò agevola la riflessione sull'art. 2 della legge italiana anche se non elimina i dubbi interpretativi.

Alcuno reputa che la rilevanza di principio della concorrenza tratto dall'art. 41, comma 2 della Costituzione consenta di affermare l'illiceità del contratto restrittivo anche al di là dei presupposti fissati dalla legge. La soglia merceologica e geografica, si osserva, giustifica l'avvio dell'azione amministrativa mentre al di sotto di tale limite potrebbe essere dichiarata la nullità per l'illiceità della causa del contratto che falsa o restringe la concorrenza²⁵⁶. Tale ricostruzione suscita perplessità perché il giudizio di invalidità di un atto di autonomia sarebbe rimesso alla semplice violazione del principio di libera concorrenza come attuazione dell'utilità sociale, con una perdita totale della fattispecie contenuta nella legge interna e comunitaria che sarebbero aggirate attribuendo al giudice un potere amplissimo che mal si concilia con un giudizio che elimina radicalmente gli effetti di un accordo.

Preferibile è la tesi di una rigorosa interpretazione della indicazione dell'art. 2 che richiede una restrizione "consistente" del gioco della concorrenza "all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante". Il dialogo sul punto è stato fruttuoso. L'area geografica è intesa come parte anche minima del mercato nazionale, purché costituisca un mercato separato e questo viene definito come un insieme di prodotti "abbastanza sostituibili" fra loro dal lato della domanda e dell'offerta. L'interprete non può che decidere sulla nullità dopo aver individuato e motivato tutti questi elementi²⁵⁷.

Il Regolamento comunitario n. 1 del 2003 ha mutato radicalmente i criteri per l'applicazione dei divieti comunitari. Si passa da un regime di autorizzazione ad un regime dichiarativo di eccezione legale per le restrizioni ammesse. Viene meno la necessaria notifica preventiva e le intese che integrano i requisiti del par. 3 dell'art. 81 sono considerate lecite *ab initio*. Ciò determina una necessità di coordinamento con l'art. 4 della legge del 1990 che parla ancora di autorizzazione in deroga e comporta non facili problemi di adattamento delle due discipline che operano, comunque, su ipotesi diverse.

Una recente
vicenda
sprudenzial

Utile è il richiamo ad una vicenda giurisprudenziale recente.

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha accertato che tutte le principali compagnie di assicurazione nel ramo della responsabilità per la circolazione dei veicoli, avevano posto in essere un'intesa orizzontale (cartello) consistente nello scambio sistematico di informazioni commerciali fra le imprese. Ciò aveva comportato una restrizione della concorrenza e un conseguente aumento dei prezzi assicurativi, ritenuto in cifre il 20% del prezzo delle polizze.

Da qui l'ordine alle imprese di astenersi dal continuare il contegno e la sanzione pecuniaria elevatissima. Il TAR e il Consiglio di Stato hanno confermato queste decisioni.

²⁵⁵ Così, testualmente, V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., p. 202 ss.

²⁵⁶ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., p. 444.

²⁵⁷ V. sul punto Cass. 1 febbraio 1999, n. 827 in *Giur. it.*, 1999, 1223 con nota di B. LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della Cassazione*; e in *Riv. dir. comm.* 1999, II, 183 con nota di G. GUIZZI, *A proposito della nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della l. 287/90*; e in *Danno e resp.*, 2000, p. 57 con nota di L. NIVARRA-S. BASTIANON, *"Interesse pubblico e antitrust: qualche osservazione"*.

Accertata la violazione della norma si era posto il problema della possibile tutela degli assicurati che avevano stipulato un contratto con una compagnia aderente al cartello.

Sono emersi due aspetti controversi:

a) Anzitutto la sorte dei contratti (a valle) individuali esecutivi dell'accordo illecito (a monte). Si è dovuto valutare se il giudizio di disvalore espresso sull'intesa vietata potesse travalicare tale fattispecie e colpire i singoli negozi a valle, e le soluzioni sono state diverse (nullità derivata; illiceità della causa e dell'oggetto; contrasto con norme imperative; nullità di protezione; risarcimento del danno).

b) Si è dovuto poi precisare la competenza giurisdizionale.

Si doveva stabilire se fosse competente il giudice di merito in base al valore (Giudice di Pace o Tribunale) o la Corte d'Appello ai sensi dell'art. 33 della legge che stiamo esaminando.

Si è così verificato un contrasto fra due sezioni della Cassazione.

Secondo Cass. 9.12.2002 n. 17475, la legge del '90 è rivolta alle imprese e non concerne direttamente i consumatori. Sicchè, i consumatori potrebbero trovare tutela davanti all'Autorità Garante o chiedere un risarcimento del danno in forza di uno specifico diritto soggettivo da far valere davanti al giudice competente.

Un'altra sezione della Cassazione (ord. 03.07.2003) ha ritenuto che la legge del '90 fissi la competenza funzionale della Corte d'Appello e si rivolga ad un'ampia categoria di soggetti e, dunque, tutti i concorrenti, i fornitori e i consumatori danneggiati da atti e fatti correlati alla legge. Ciò perché l'illecito concorrenziale è astrattamente idoneo a propagarsi secondo lo schema della reazione a catena, salvo le categorie generali della causalità e del danno.

Il conflitto è stato risolto dalla Cassazione a Sez. Unite con la sentenza del 4.02.2005 n. 2207, secondo la quale il diritto a chiedere il risarcimento da parte di ogni danneggiato è elemento essenziale della disciplina del mercato e tale orientamento è un criterio ermeneutico della nostra legge che rinvia ai principi dell'ordinamento comunitario in materia di disciplina della concorrenza. La sentenza precisa che la legge attua i tre commi dell'art. 41 Cost. e non ha un carattere solo pubblicistico. Destinatario è ogni soggetto interessato al rispetto delle finalità espresse nei Trattati europei e nelle norme costituzionali interne. La conclusione è netta.

ntenza
Corte di
izione a
ni Unite

Definizione

La legge del '90, si osserva, non è la *“legge degli imprenditori soltanto ma è la legge dei soggetti del mercato ovvero di chiunque abbia interesse formalmente rilevante alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”*²⁵⁸.

²⁵⁸Si riporta la massima della sentenza della Corte di Cassazione, sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207 (in *Foro Online*): “La legge antitrust 10 ottobre 1990 n. 287 detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere per effetto di un'intesa vietata, tenuto conto, da un lato, che, di fronte ad un'intesa restrittiva della libertà di concorrenza, il consumatore, acquirente finale del prodotto offerto dal mercato, vede eluso il proprio diritto ad una scelta effettiva tra prodotti in concorrenza, e, dall'altro, che il c. d. contratto «a valle» costituisce lo sbocco dell'intesa vietata, essenziale a realizzarne e ad attuarne gli effetti; pertanto, siccome la violazione di interessi riconosciuti rilevanti dall'ordinamento giuridico integra, almeno potenzialmente, il danno ingiusto ex art. 2043 c. c., il consumatore finale, che subisce danno da una contrattazione che non ammette alternative per l'effetto di una collusione «a monte», ha a propria disposizione, ancorché non sia partecipe di un rapporto di concorrenza con gli imprenditori autori della collusione, l'azione di accertamento della nullità dell'intesa e di risarcimento del danno di cui all'art. 33 l. n. 287 del 1990, azione la cui cognizione è rimessa da quest'ultima norma alla competenza esclusiva, in unico grado di merito, della corte d'appello (nella specie, dopo l'irrogazione da parte dell'autorità garante della concorrenza e del mercato a numerose compagnie di assicurazione di una sanzione per la partecipazione a un'intesa restrittiva della concorrenza, il consumatore finale aveva convenuto in giudizio, dinanzi al giudice di

7.5.2. L'abuso di posizione dominante

L'art. 3 l. 287/90, come l'art. 82 Tr. CE, vieta l'abuso di posizione dominante all'interno del mercato rilevante.

Per posizione dominante si intende quella posizione di forza economica che consente all'impresa che la detiene di tenere comportamenti indipendenti rispetto ai concorrenti e ai consumatori. Un'impresa in posizione dominante dispone infatti di un potere di mercato tale da essere in grado di fissare i prezzi di vendita senza temere di perdere clienti e cioè senza dover tener conto di quanto facciano eventuali concorrenti. La posizione dominante, pertanto, pur non coincidendo esattamente con il monopolio – che si ha quando nel mercato vi è un'impresa sola – si avvicina molto a questa figura, in quanto il mercato risulta caratterizzato dalla presenza di un'impresa dotata di un grande potere economico e da poche piccole imprese concorrenti.

Detenere una posizione dominante, tuttavia, non è vietato in sé ma solo il suo abuso è punito dalle norme antitrust.

Ratio

In tal modo si vuole evitare che l'impresa che abbia raggiunto – per meriti propri – tale posizione, ne possa abusare, tenendo comportamenti anticoncorrenziali a danno delle altre imprese e dei consumatori. In particolare risultano vietati i comportamenti volti a escludere le imprese concorrenti rimaste sfruttando la propria supremazia, e quelli volti a imporre ai consumatori prezzi di vendita eccessivi (perché monopolistici e non concorrenziali) o altre condizioni eccessivamente gravose.

Per ragioni analoghe sono vietate anche le concentrazioni tra imprese che possano creare una posizione dominante: le operazioni di concentrazione sono perciò soggette ad un controllo preventivo dell'AGCM, che ne valuta gli effetti, vietando quelle anticoncorrenziali²⁵⁹.

Presupposto della fattispecie è l'individuazione di un mercato rilevante.

C'è un'area delimitata dalla norma che si riferisce ad un mercato geografico e all'estensione del mercato nazionale o di una sua parte rilevante. Ma per determinare il mercato rilevante non è sufficiente l'indicazione spaziale. Occorre individuare il mercato del prodotto o del servizio offerto i quali devono essere beni o servizi non sostituibili con altri²⁶⁰.

pace, la propria compagnia di assicurazioni, chiedendo il rimborso di una parte - il venti per cento - del premio corrisposto per una polizza di r. c. auto, assumendo che l'ammontare del premio era stato abusivamente influenzato dalla partecipazione dell'impresa assicuratrice all'intesa vietata)".

²⁵⁹ G. TADDEI ELMI, *Concorrenza e mercato, Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di G. Vettori, Padova, 2005.

²⁶⁰ Cass., 13 febbraio 2009, n. 3638, in *Diritto e Giustizia*, 2009, ha precisato che «ai fini della delimitazione del mercato rilevante occorre prendere in considerazione l'estensione geografica in cui l'operazione denunciata si colloca o sortisce effetti (mercato geografico) e l'ambito del prodotto o del servizio che la medesima operazione investe (mercato del prodotto). In merito alla normativa antitrust, per la definizione del mercato rilevante occorre, comunque, fare riferimento sia alla "comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza (in G.U.C.E., C 372, del 9.12.1997) sia ai parametri individuati dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, vale a dire la sostituibilità sia dal lato della domanda che da quello dell'offerta».

V. anche la comunicazione della Commissione Europea del 9.02.2009, C (2009) 864 definitivo, relativa agli orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del Trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti. Il testo è reperibile al seguente link:

<http://ec.europa.eu/competition/consumers/index.it.html>.

<http://ec.europa.eu/competition/consumers/index.it.html>

L'AGCM ha individuato come criterio fondamentale ai fini della qualificazione del mercato rilevante la sostituibilità del prodotto dal lato della domanda²⁶¹ e questa delimitazione serve a individuare l'area in cui opera l'impresa.

Determinato il mercato si cercherà di individuare se una o più imprese detengono una posizione dominante e se esiste abuso che è esemplificato in una serie di casi. (art. 3):

a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi o gli accessi al mercato, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico, a danno dei consumatori;

c) applicare nei rapporti commerciali con altri contraenti condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti, così da determinare per essi ingiustificati svantaggi nella concorrenza;

d) subordinare la conclusione dei contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura e secondo gli usi commerciali, non abbiano alcuna connessione con l'oggetto dei contratti stessi.

Si tratta di comportamenti tipizzati, che sono l'esemplificazione più frequente nella prassi di un comportamento abusivo.

La definizione di impresa rilevante ai sensi della l. 287/90 non coincide con quella di imprenditore di cui all'art. 2082 c.c., perché riguarda ogni soggetto, che svolge attività economica, in grado di ridurre la concorrenza nel mercato (nozione di tipo funzionale).

Per quanto concerne l'applicazione della disciplina antitrust alle associazioni di imprese "non ha importanza se svolgono attività d'impresa o economica essendo sufficiente che operino quali enti esponenziali di imprese che operano sul mercato: infatti anche tale attività può avere come scopo o effetto di alterare la concorrenza sul mercato"²⁶².

Al fine di stabilire se sia assoggettabile alla legge antitrust il gruppo di impresa, è necessario capire se questo possa essere configurato come un solo soggetto o come una pluralità di soggetti distinti, perché soltanto in questa ultima ipotesi potrà trovare applicazione la normativa in commento

La Corte di Giustizia e la Commissione sostengono che le imprese dello stesso gruppo debbano essere considerate come unico soggetto. Anche la AGCM ritiene che il concetto di accordo restrittivo della concorrenza presupponga il concorso di due o più soggetti, non soltanto distinti dal punto di vista giuridico, ma anche in grado di operare in modo autonomo sul mercato.

Le disposizioni della legge si applicano sia alle imprese private che a quelle pubbliche o a prevalente partecipazione statale, mentre non si applicano alle imprese che, "per disposizioni di legge, esercitano la gestione di servizi di interesse economico generale ovvero operano in regime di monopolio sul mercato, per tutto quanto strettamente connesso all'adempimento degli specifici compiti loro affidati".

Nullità A differenza dell'art. 2 che dispone la nullità delle intese, nell'art. 3 non è indicata una sanzione specifica. Preferibile è l'idea che il contratto o le clausole strumento dell'abuso siano nulli ai sensi dell'art. 1418, comma 1. Salvo il risarcimento dei danni subiti dal concorrente o dal consumatore.

La legge antitrust ha adottato un modello misto che prevede un'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) e un'autorità giurisdizionale ordinaria.

²⁶¹ Cfr. : AGCM 25/96, 2793/95, 45/96 e G. TADDEI ELMI, *Concorrenza e mercato*, cit.

²⁶² T. A. R. Lazio, sez. I, 27 marzo 1996 n. 476, in T. A. R. 1996, I, 1193.

La legge istituisce un'Authority, organo collegiale che “opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione” (art. 10), attribuendogli poteri di accertamento di accordi e di intese, sanzionatori e inibitori. L'AGCM istruisce e, alla fine dell'*iter* procedimentale, emette sanzioni amministrative pecuniarie.

Contro le decisioni dell'Autorità garante si può ricorrere al TAR e al Consiglio di Stato (art. 33).

Vi è anche una competenza concorrente del Giudice ordinario a conoscere le azioni di nullità, risarcimento del danno e ad emettere provvedimenti d'urgenza in relazione alle violazioni delle disposizioni della legge. Si tratta di una competenza funzionale del Tribunale delle imprese.

7.5.3. Le concentrazioni

Definizione

Il termine concentrazione indica “il risultato economico che si ottiene quando si verifica una modifica duratura nella struttura delle imprese interessate, tale che un'impresa incrementa il proprio potere di mercato non già attraverso una crescita interna, ma attingendo a economie di terzi. Con la conseguenza che due o più imprese precedentemente indipendenti vengono poste sotto il controllo di un unico soggetto”²⁶³.

La disciplina delle concentrazioni pone in luce un ruolo peculiare del contratto.

In essa si “intrecciano ancora le ragioni non economiche della dispersione del potere economico, del pluralismo e della tutela dei piccoli imprenditori, con le ragioni economiche di efficienza”²⁶⁴ e si manifesta con chiarezza l'apparente paradosso dell'antitrust. La crescita naturale dell'impresa, sino all'acquisizione di una posizione dominante è lecita, mentre la concentrazione per aggregazione contrattuale restrittiva della libertà di concorrenza è vietata.

La ragione sta nell'esigenza di evitare le inefficienze tipiche del monopolio, ma dall'accordo fra le imprese possono derivare utilità produttive ed allocative²⁶⁵, sicché è evidente la necessità di coordinare due modalità di intervento opposte: “la politica dirigistica che vede nell'operare dell'Autorità di controllo un sistema di autorizzazioni e di divieti e la politica liberistica che si affida piuttosto alla ricerca di soluzioni concordate tra gli operatori e le Autorità, in cui gli atti di questa sono preceduti da trattative e seguiti da comportamenti negoziali delle parti con terzi, quali adempimenti delle direttive dell'Autorità”²⁶⁶.

Al di là degli schemi, l'utilità di una cooperazione fra intervento pubblico e comportamenti dei privati costituisce la base della disciplina comunitaria che privilegia “il ricorso ad atti e comportamenti riconducibili alla sfera degli accordi ... come comune ricerca delle soluzioni”²⁶⁷, e si affida “alle categorie del diritto privato, in particolare agli istituti dell'autonomia negoziale”. La disciplina è diversa nei singoli ordinamenti nazionali ed è oggetto di riesame anche a livello comunitario, mentre il diritto interno si caratterizza per alcuni aspetti significativi e per un'incertezza in ordine alla sorte delle operazioni vietate²⁶⁸.

²⁶³ G. TADDEI ELMI, *Concorrenza e mercato*, cit.

²⁶⁴ V. G. TADDEI ELMI, *op. ult. cit.*; C. OSTI, *Operazioni di concentrazione, il Diritto antitrust italiano*, cit., p. 543 ss.

²⁶⁵ M. MOTTA, *Fusioni orizzontali: analisi economica e disciplina comunitaria*, *Mercato conc. Reg.*, 2000, II, 211-243; ID., *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 137 ss.

²⁶⁶ Così G. ALPA, *Concentrazioni societarie e disciplina della Concorrenza. I rimedi e i limiti alla libertà contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 4, p. 696.

²⁶⁷ G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 696.

²⁶⁸ V. ancora G. ALPA, *op. ult. cit.*, p. 611 ss., ma anche M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto Italiano*, cit., p. 461-462.

Manca espressamente un'indicazione normativa sul ricorso ad una negoziazione nella fase anteriore all'accordo, ma l'interpretazione delle norme pone in luce un "modello convenzionale" di intervento. Nell'art. 18 comma L. 287/90 si dice che l'Autorità può autorizzare la concentrazione se le imprese provino di "aver eliminato dall'originario progetto di concentrazione gli elementi eventualmente distorsivi della concorrenza". Nel comma successivo si precisa che, in presenza di un accordo già raggiunto l'Autorità "può prescrivere le misure necessarie a ripristinare condizioni di concorrenza effettiva, eliminando gli effetti distorsivi". Tutto ciò in un procedimento che prevede obblighi di condotta per i privati e poteri autoritativi che evocano gli accordi amministrativi già disciplinati dalla legge²⁶⁹.

Quanto alla validità delle operazioni le opinioni sono diverse. Alcuni le reputa valide seppur soggette a sanzioni²⁷⁰, altri invalide per violazioni di norme imperative²⁷¹, altri ancora nulle solo in caso di divieto espresso dell'Autorità²⁷²; più convincente è l'idea che ravvisa in tal caso un'ipotesi di inefficacia "vera e propria ... che rispetta i consueti schemi e canoni applicativi"²⁷³.

La tesi è del tutto coerente al tipo di conflitto e di controllo predisposto dalla legge.

Gli accordi di concentrazione, come si è detto, possono essere utili ed efficienti o restringere la concorrenza; l'Autorità interviene con l'imposizione di obblighi e con provvedimenti volti a ripristinare l'interesse generale. Lo schema della *condicio juris* si presta a descrivere, nel modo più appropriato, il tipo di intervento sull'efficacia di accordi. Solo che occorre distinguere.

Le concentrazioni di rilevanza comunitaria sono soggette ad una "dichiarazione di compatibilità che sospende gli effetti (art. 7 reg. CEE 4064/1989)" mentre quelle di rilevanza interna richiedono un ordine dell'Autorità per la loro sospensione e sono sottoposte ad una *condicio juris* risolutiva²⁷⁴. Il rimedio dell'inefficacia è il più coerente con le finalità dell'intervento e con la sua incidenza sugli atti compiuti.

7.6. L'abuso di dipendenza economica

7.6.1. Abuso di dipendenza economica e abuso di posizione dominante

È necessario anzitutto un raffronto con l'abuso di posizione dominante e si deve chiarire subito che nell'abuso di dipendenza economica si dà rilievo non alla dominazione di un'impresa sul mercato, ma all'abuso e allo squilibrio nell'ambito di un rapporto negoziale.

Anche se le due normative in altri ordinamenti sono espressione di un ordine concettuale comune.

In Germania già nel 1973 è stata introdotta una novella (la seconda) alla legge del 1957 (GWB) per estendere il divieto di "iniquo impedimento" (*Unbillige Behinderung*) e di "differente

²⁶⁹ V. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, p. 479 ss. ; V. DONATIVI, *Poteri dell'Autorità in materia di divieto delle operazioni di concentrazione*, in *Diritto antitrust italiano*, a cura di Frignani-Pardolesi, Patroni Griffi Ubetazzi, Bologna, 1993, p. 1007; A. TALENTI, *Concorrenza e mercato*, a cura di Afferni, Padova, 1994, p. 405 ss. e ora G. ALPA, *op. cit.*, p. 708-711.

²⁷⁰ M. S. SPOLIDORO, *La disciplina antitrust in Italia*, in *Riv. soc.*, 1990, p. 1299.

²⁷¹ G. DALLE VEDOVE, *Concentrazioni e gruppi nel diritto antitrust*, Padova, 1999, p. 351 ss.

²⁷² M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, cit., p. 461-462.

²⁷³ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 493-494.

²⁷⁴ V. SCALISI, *op. cit.*, p. 494.

trattamento privo di causa obbiettiva” (*Ungleichbehandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund*) alle imprese che siano in rapporto con altre in situazioni di dipendenza economica e prive di alternative sufficienti sul mercato²⁷⁵. Il contratto posto in essere in violazione di tali disposizioni, pur non essendo affermato in modo espresso, è ritenuto nullo valutando i suoi fini ed effetti ai sensi del § 134 BGB²⁷⁶.

In Francia l’art. 420-1 e 2 del codice di commercio aveva recepito l’art. 8 dell’*ordonnance* del 1 dicembre 1986 e proibito, alle condizioni indicate, le posizioni dominanti, le situazioni di dipendenza economica e gli abusi anticoncorrenziali²⁷⁷, istituendo un ordine attuato dalla giurisprudenza attenta del *Conseil de la Concurrence* che è intervenuta a precisare le relative nozioni. La posizione dominante individuale e collettiva e l’abuso di dipendenza economica sono state precisate in ogni settore di riferimento con analitico esame delle pratiche ritenute illecite e imputabili a tali imprese in riferimento ai prezzi, ai rifiuti di vendita, alle pratiche discriminatorie, mentre altrettanta cura si è prestata ad un’esemplificazione delle pratiche che non sono state ritenute abusive²⁷⁸.

L’ultima evoluzione normativa è ancora più significativa. Se con l’*ordonnance* del 1986 la dipendenza economica era intesa in stretto riferimento alla nozione di dominazione concorrenziale, senza una menzione esplicita alla imposizione di condizioni inique, la legge del 1996 e la recente legge del 15 maggio 2001, n. 2001-420 (*Nouvelle régulation économique*) innovano profondamente il sistema. Il divieto di abuso della situazione di dipendenza è ritenuto rilevante a prescindere dalla lesione della concorrenza in sé. Scompare ogni riferimento alle possibilità per l’impresa dominata di poter ricorrere ad alternative equivalenti e l’abuso si ha quando si “sottomette il partner commerciale a condizioni ingiustificate”. Sicché pare ad alcuno che si sia manifestata chiaramente “un’ulteriore accentuazione della politica dirigistica volta a proteggere le piccole e medie imprese in quanto soggetti meglio in grado di garantire...la produzione francese”²⁷⁹.

In Italia si è discusso se collocare la norma nella disciplina antitrust o in quella contrattuale.

La fattispecie dell’abuso di dipendenza economica nei disegni originari avrebbe dovuto essere collocata nella L. 287/90 – in materia di concorrenza e mercato – come art. 3-*bis*, ad integrazione della tutela offerta dal divieto di abuso di posizione dominante (art. 3, L. 287/90). Tale soluzione sarebbe stata perfettamente in linea con quelle adottate da Germania e Francia.

L’esclusione della disciplina dalla legge antitrust è stata influenzata principalmente da un parere negativo dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che valutò impropria la collocazione della dipendenza economica all’interno della disciplina della concorrenza. Ciò perché, si disse, “le norme antitrust sono disposizioni generali dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all’assetto del mercato”, mentre la norma relativa alla dipendenza economica “costituisce una regola specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra

²⁷⁵ M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 47 e ss. ove si riferisce sul dibattito svoltosi in Germania sul punto. “La maggioranza della dottrina tedesca ha ritenuto che il riferimento alla “dipendenza economica” servisse solo ad estendere l’ambito di applicazione del divieto di discriminazione a situazioni che – pur in grado di porre ostacoli al corretto funzionamento del mercato – non avrebbero potuto essere ricondotte all’interno della posizione dominante, così come definita nel GWB, e pertanto ha ritenuto che tale introduzione non avesse in alcun modo modificato il tipo di interesse tutelato dalla norma”.

²⁷⁶ M. R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 60 ed il rinvio a Markert, sb §20, in *Immenga-Mestmacker, GWB. Kommentar*, Rn. 226, 858.

²⁷⁷ M. R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 67 ss.

²⁷⁸ V. i riferimenti giurisprudenziali contenuti nei siti www.conseil-concurrence.fr.

²⁷⁹ Così M. R. MAUGERI, *op. cit.*, p. 100.

le parti, con finalità che possono prescindere dall’impatto di tali rapporti sull’operare dei meccanismi concorrenziali”. Inoltre essa, si disse ancora, “affonda le radici nella tematica del riequilibrio contrattuale e più precisamente nella valutazione del rapporto negoziale tra le parti”. Sicché le patologie di questo rapporto trovano rimedio nel divieto, e conseguente invalidità, di clausole vessatorie “e nelle garanzie stabilite a favore della parte più debole e la loro disciplina va inquadrata, si conclude, nell’ambito delle norme civilistiche relative alle obbligazioni e ai contratti.”

È evidente che nelle parole dell’Autorità Garante traspare l’idea che l’interesse protetto dalla disciplina antitrust sia solo quello della efficienza del mercato e non il controllo dei rapporti individuali a cui sono ispirate le norme sul contratto.

Ma a ben vedere tale idea non è condivisibile perché si fonda sull’assunto, non dimostrato, che il diritto antitrust debba occuparsi soltanto del potere di mercato in senso classico²⁸⁰. Così la disciplina della concorrenza avrebbe di mira solo il benessere collettivo mentre il diritto dei contratti potrebbe perseguire una finalità di giustizia distributiva in ordine ad ogni singolo rapporto.

La rigidità di questa schematizzazione contrasta sia con la complessità e la molteplicità di funzioni che si sono storicamente ricondotte all’antitrust, sia con la perdita di benessere derivante dall’abuso di una posizione di dominio relativo, analoga a quella che scaturisce dall’esercizio di una posizione di tipo monopolistico.

L’evoluzione normativa della legge sulla subfornitura conferma queste perplessità.

Nella prima metà del 2000 la X Commissione (industria e turismo) del Senato constatò la sostanziale inattuazione dell’art. 9 della L. 192/98 e ciò si ritenne dovuto alla formulazione della norma che prevedeva la possibilità di agire esclusivamente in sede civile, ad iniziativa di parte, con l’esclusione di interventi d’ufficio da parte di un’ Autorità pubblica.

Al termine dell’indagine la Commissione ha approvato una risoluzione in cui si auspicava l’intervento dell’AGCM a tutela del corretto svolgimento dei rapporti economici e al fine di rendere efficace il sistema delle sanzioni e dei controlli.

La richiesta è stata accolta dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, recante disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati, il cui art. 11 ha modificato il terzo comma, attribuendo al giudice ordinario la competenza a conoscere tutte le controversie in materia di abuso di dominanza relativa, comprese le azioni inibitorie e risarcitorie; ha, anche, aggiunto il comma *3-bis*, che assegna all’AGCM una specifica competenza in materia.

Le vicissitudini che hanno accompagnato la genesi del nuovo istituto sono state alla base della nascita di una profonda ambiguità intorno al suo ambito di applicazione, che hanno reso l’art. 9 della l. 192/98 una norma “sospesa tra diritto civile e diritto antitrust”²⁸¹.

7.6.2. La *ratio*

La *ratio* della legge sulla subfornitura (l. 192/98) che contiene l’Istituto è chiara. La crisi della integrazione verticale determinata da un bisogno di flessibilità del mercato, induce a nuove strategie aziendali di produzione e di collaborazione esterne alla struttura

²⁸⁰ Ovvero in termini economici, come curva di domanda aggregata discendente, e quindi di una posizione di monopolio, e non di una curva di domanda discendente relativamente ad uno specifico produttore; così C. OSTI, *L’abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. regole*, 1999, I, p. 38.

²⁸¹ V. PINTO, *L’abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto tra diritto civile e diritto antitrust”*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 389.

imprenditoriale. Le imprese si svuotano e con il ricorso al contratto si decentrano settori sempre più ampi dell'azienda. Il sub-fornitore non produce per il mercato, ma per un committente che tramite il contratto può realizzare forti prevaricazioni. Di qui l'esigenza di una protezione che la legge realizza con tre tipi di intervento: l'esigenza formale, una disciplina dei termini di pagamento e la fattispecie dell'abuso.

La fattispecie dell'abuso di dipendenza economica è descritta nell'art. 9, precisando nel primo comma lo stato di dipendenza economica e nel secondo la nozione di abuso.

I requisiti della fattispecie in esame sono la dipendenza economica e l'abuso, giacché non è rilevante la dipendenza in sé, ma occorre l'abuso esercitato da un'impresa su un'altra.

Il primo requisito ispirato chiaramente dai modelli francese e tedesco, richiede che l'impresa dipendente non abbia "reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti" e che l'impresa dominante sia in grado di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi.

Proprio in relazione a questa locuzione si discute quale sia il ruolo che si deve riconoscerle nell'economia della fattispecie. L'utilizzo da parte del legislatore della congiunzione "anche", per indicare la rilevanza delle alternative soddisfacenti, ha determinato il dubbio se tali alternative debbano essere considerate un elemento della fattispecie. La soluzione preferibile, condivisa da giurisprudenza e dottrina, considera tale requisito essenziale.

Questa tesi è confermata dalla normativa tedesca e soprattutto francese²⁸², modelli ai quali fa esplicito riferimento anche la Relazione ai disegni di legge.

In Francia le pronunce del Consiglio della concorrenza, la magistratura e la dottrina hanno fornito criteri per individuare la dipendenza economica, distinguendo:

a) la dipendenza di un distributore nei confronti del fornitore.

In questa ipotesi si avrà riguardo: alla notorietà della marca; alla parte di mercato detenuta dal fornitore; alla parte che rappresentava il prodotto del fornitore nella cifra d'affari del distributore; all'assenza di soluzioni equivalenti.

b) La dipendenza economica esercitata da parte dei fornitori nei confronti dei distributori.

In questo caso si rende necessario verificare la presenza di alcuni fattori, quali: la cifra d'affari realizzata dal fornitore tramite il distributore; l'importanza del distributore nella commercializzazione dello specifico prodotto del fornitore; le ragioni che hanno determinato la concentrazione delle vendite del fornitore presso il distributore, al fine di accertare se si sia trattata o meno di una scelta obbligata; l'assenza di soluzioni equivalenti²⁸³ per il fornitore, ossia dell'effettiva accessibilità a canali distributivi alternativi, in termini di praticabilità economica. Una volta accertata la presenza di questi dati, è opportuno verificare anche se ricorrono ulteriori variabili, quali le risorse finanziarie del fornitore, la notorietà del marchio, la durata e la natura dei rapporti contrattuali intercorrenti tra la parti.

²⁸² Il requisito dell'assenza di alternative equivalenti formalmente eliminato dal legislatore, è stato reintrodotta dalla giurisprudenza: il *Conseil de la Concurrence*, seguito dalla *Court of Appeal* e da due sentenze della *Court de Cassation* hanno sancito che la dipendenza economica non possa che risultare dall'impossibilità nella quale si trovi una impresa di disporre di soluzioni tecnicamente ed economicamente equivalenti sul mercato.

²⁸³ M. R. Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 73.

L'abuso è descritto con il ricorso ad un elenco di ipotesi attinenti ad ogni fase contrattuale, dal rifiuto di contrarre, all'imposizione di condizioni ingiustamente gravose all'interruzione arbitraria dei rapporti²⁸⁴.

7.6.3. Le conseguenze dell'abuso: i rimedi

Gli ultimi due commi dell'art. 9 della L. 192/98, come modificati dall'art. 11 L. 57/01, sono dedicati al profilo rimediabile.

Il comma 3 sancisce la nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica, attribuendo al giudice ordinario la competenza a conoscere tutte le azioni in materia, comprese quelle inibitorie e risarcitorie. Nei casi in cui la violazione incida anche sul mercato o sulla concorrenza, il comma successivo fa salva l'applicazione dell'art. 3 della L. 287/90 e riconosce l'operatività dei poteri attribuiti dall'art. 15 della legge da ultimo citata, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il regime applicabile al contratto nullo per abuso di dipendenza economica è del tutto omogeneo alle "nullità speciali" introdotte da molte norme di settore: nullità parziale e necessaria, legittimazione ad agire riservata alla parte tutelata dalla legge²⁸⁵.

L'esigenza di garantire una tutela forte all'impresa dipendente giustifica una deroga all'art. 1419 c.c. e la nullità è "parziaria e necessaria" giacché l'eliminazione della parte colpita da nullità, pur non essendovi una espressa indicazione della norma, lascia valido il contratto per il resto. Ciò in quanto l'estensione della nullità all'intero contratto, finirebbe per vanificare la tutela introdotta dall'art. 9, volta a proteggere spesso un interesse anche alla conservazione del contratto.

La *ratio* della norma influenza anche la legittimazione ad agire del contratto nullo per abuso di dipendenza economica. Essendo la nullità disposta nell'interesse di una parte, è sottratta alla controparte e a chiunque altro la possibilità di scelta di decidere se mantenere o eliminare il contratto²⁸⁶.

Come accennato, nel 2001 il legislatore ha modificato l'art. 9 della legge 192/98²⁸⁷, sancendo la competenza del giudice ordinario anche per l'azione inibitoria.

Tale azione è uno strumento di tutela preventiva, rivolto al futuro, la cui peculiarità è quella di reagire ad un illecito già perpetratosi, o in corso, inibendone la reiterazione o la prosecuzione.

L'intervento del legislatore è stato opportuno, perché la tutela di carattere preventivo riveste un ruolo indispensabile, laddove i rimedi a carattere repressivo non siano sufficienti a "compensare" il danno arrecato al titolare di un diritto e ad assicurargli ciò che avrebbe conseguito in assenza del fatto antiggiuridico.

²⁸⁴ Si è precisato in giurisprudenza che "Né l'apposizione di un termine, né il diniego di stipulare un nuovo contratto possono, sia pure astrattamente, configurarsi come interruzione arbitraria delle relazioni commerciali" (Trib. Roma, 22-04-2009 in *Foro it.*, 2011, I, 256).

²⁸⁵ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 227.

²⁸⁶ Sul punto si veda M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 204, secondo la quale "se può avere un senso attribuire la legittimazione ad agire solo al contraente debole quando questi, presa coscienza (e conoscenza) dell'abuso subito possa comunque rivolgersi ad altri (abbia accesso al mercato) ne ha certo di meno quando il contraente si trovi in stato di dipendenza economica. In definitiva pare possa dirsi che la limitazione della legittimazione ad agire leda e non garantisca l'impresa dipendente (*rectius* che non è sul piano della legittimazione che si risolve il problema dell'effettività della tutela dell'interesse protetto dalla norma)".

²⁸⁷ Modifiche introdotte dall'art. 11 della L. 5 marzo 2001, n. 57.

L'utilizzo da parte del legislatore del termine plurale "inibitorie", rispecchia l'idea dei giuristi continentali, secondo cui il comando inibitorio può essere variamente articolato²⁸⁸ e modellato sul comportamento che è stato realizzato. Lo strumento inibitorio consente all'imprenditore vittima di un abuso di dipendenza economica di chiedere al giudice di vietare il comportamento abusivo e di eliminare l'abuso, qualora fosse ancora in atto (inibitoria negativa), o di emettere un ordine volto al raggiungimento di specifici obiettivi (inibitoria positiva)²⁸⁹.

L'art. 11 della legge 57/01 ha anche riconosciuto espressamente alla vittima dell'abuso di dipendenza economica, il diritto di ricorrere al giudice ordinario per ottenere il risarcimento dei danni subiti, senza, tuttavia, qualificare la natura (contrattuale, extracontrattuale o precontrattuale) della responsabilità in esame.

Sulla natura della responsabilità da abuso di dipendenza economica si è pronunciata di recente la Corte di Cassazione²⁹⁰, qualificandola di natura contrattuale. Secondo la Suprema Corte la società che invoca la violazione di un abuso di dipendenza economica fa valere necessariamente alcuni squilibri tra diritti e obblighi di una relazione commerciale e dunque di un rapporto regolato da contratto. Ciò perché l'espressione "controversie relative al contratto" è idonea a comprendere sia le controversie in cui il contratto assume la funzione di fonte della pretesa, sia le controversie in cui il contratto è solo un fatto costitutivo della pretesa, congiunto ad altri. Da ciò deriva che "*rientrano nelle controversie di natura contrattuale non solo quelle riguardanti il mancato adempimento di un obbligo di prestazione di fonte negoziale*", ma ogni controversia in cui l'attore lamenti la violazione di una "*regola di condotta legata ad una relazione liberamente assunta*" con la controparte.

D'altra parte la fattispecie in esame presuppone che i rapporti commerciali in cui si concretizza l'abuso siano regolati da contratto. L'art. 9 l. 192/98 fa infatti espresso riferimento alla nullità del "patto" che realizza l'abuso di dipendenza economica.

La legge 57/2001 ha, infine, introdotto nel corpo dell'art. 9 un nuovo comma (3-*bis*), che si riferisce alle ipotesi in cui l'abuso di dipendenza economica integra anche un abuso di abuso di posizione dominante²⁹¹.

Fatta salva l'applicabilità dell'art. 3 della L. 287/90, il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 9 prevede che l'AGCM possa procedere alle diffide e sanzioni previste dall'articolo 15 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso un abuso di dipendenza economica rilevante per la tutela della concorrenza e del mercato. L'AGCM può procedere "anche su segnalazione di terzi ed a seguito dell'attivazione dei propri poteri di indagine ed esperimento dell'istruttoria".

²⁸⁸ In merito al *petitum* della domanda inibitoria, in particolare di quella cautelare, è molto acceso il dibattito della dottrina processualcivile. Una tesi sostiene che il ricorso debba indicare la misura cautelare che il giudice dovrà adottare, poiché altrimenti si derogherebbe al principio della necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato, in questo senso: C. CONSOLO, *Il nuovo processo cautelare*, Torino, 1998, pp. 138-139; F. TOMMASEO, voce "*Provvedimenti d'urgenza*", in *Enc. dir.*, Milano, 1987, p. 870 ss. Un altro filone sostiene, invece, che sarebbe sufficiente, per la parte, precisare i fini dell'azione cautelare proposta, lasciando al giudice il compito di scegliere la misura che più ritiene opportuna, al fine di determinare in concreto il contenuto del provvedimento da emanare, così, per esempio: I. PAGNI, *Il petitum cautelare e l'inibitoria in materia antitrust*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 377.

²⁸⁹ M. R. MAUGERI, *Le recenti modifiche della disciplina sull'abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, in *Europa e dir. priv.*, 2002, pp. 506-507.

²⁹⁰ Cass. civ. s.u. ord. 25 novembre 2011 n. 24906.

²⁹¹ G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 3.

Qualora vi sia sovrapposizione delle fattispecie dell'abuso di posizione dominante e del divieto di dipendenza economica si pongono problemi di coordinamento fra le relative discipline. In particolare, si tratta di stabilire se il giudice competente per le azioni di nullità, risarcimento del danno e ricorsi cautelari, sia quello ordinario, come previsto dall'art. 9, l. 192/98 o la Corte d'Appello come sancito dall'art. 33 della legge antitrust.

Secondo un primo orientamento, in caso di sovrapposizione delle fattispecie, dovrebbe ritenersi prevalente la normativa antitrust, per cui la competenza non dovrebbe essere del giudice ordinario, ma della Corte d'Appello. Secondo un'altra interpretazione si dovrebbe ammettere il concorso fra le due normative, e attribuire all'impresa che subisce l'abuso, la possibilità di valutare se risulti per lei più conveniente rivolgersi ad altro giudice di grado diverso. Si ritiene, infatti, che la scelta dell'organo giurisdizionale da parte dell'impresa in stato di dipendenza economica, non possa, in alcun modo, frustare la *ratio*, rispondente ad esigenze di celerità, della norma che attribuisce alla Corte d'Appello la competenza a pronunciarsi sulle azioni di nullità e risarcimento del danno²⁹².

7.6.4. Ambito di applicazione

Se si ha riguardo al complesso di disposizioni in cui si viene ad inserire l'art. 9, sembra davvero difficile confutare la vocazione generale del suo ambito di applicazione²⁹³.

È proprio il tenore letterale della norma che ci fornisce il primo indice significativo: l'assenza nel testo di riferimenti alla subfornitura, presenti, invece, in tutti gli altri enunciati normativi del provvedimento, e il generico riferimento all'impresa "cliente" o "fornitrice", anziché alla "committente", come avviene nella restante parte della stessa disciplina, sono chiari segnali del fatto che, per quanto la disposizione sia collocata all'interno della legge sulla subfornitura, l'art. 9 delinea una fattispecie estranea al rimanente contenuto della legge.

Soprattutto sembra significativa l'indicazione, tra le possibili ipotesi di abuso, del "rifiuto di vendere o di comprare", che non si vede perché dovrebbe riguardare esclusivamente il rapporto di subfornitura, la cui causa soltanto in ipotesi particolari è destinata ad essere integrata dal contratto di compravendita.

Invero, la protezione del solo subfornitore condurrebbe ad un risultato inaccettabile, perché in aperto contrasto con il chiaro dato letterale della norma, che fa riferimento ad *ogni impresa*, e con la sua *ratio*.

Anche i lavori preparatori, d'altra parte, sembrano orientare in questo senso, visto che mentre gli articoli contenuti nelle prime proposte di legge erano palesemente legati alla subfornitura, ci si è progressivamente indirizzati verso un'estensione della fattispecie rilevante.

Né si può ragionevolmente obiettare che il mancato inserimento all'interno della normativa antitrust possa essere indicativo della volontà del legislatore di limitare l'ambito di applicazione dell'articolo in esame, perché l'evoluzione legislativa rende impraticabile una tale

²⁹² M. R. MAUGERI, *Le recenti modifiche sulla disciplina in materia di abuso di dipendenza economica in una prospettiva comparatistica*, cit., p. 507 ss.

²⁹³ In giurisprudenza cfr. tra gli altri: Trib. Roma, 30-11-2009 in *Foro it.*, 2011, I, 256: *La disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, ivi compreso l'appalto di servizi distributivi*". Anche con specifico riferimento alla disciplina del Franchising cfr. Trib. Bari, 22-10-2004, il quale ha precisato: che la disciplina dell'abuso di dipendenza economica si applica a tutti i rapporti contrattuali tra imprese, ivi compreso il franchising *Contra*: Trib. Roma (pronunce 05.05.2009; 24.09.2009; 19.02.2010 in *Foro it.*, 2011, I, 256; 17.03.2010 in *Foro it.*, 2011, I, 255) secondo cui: *"La disciplina dell'abuso di dipendenza economica non è applicabile a rapporti contrattuali differenti dalla subfornitura produttiva"*.

forzatura del dato letterale. La riforma ha previsto l'intervento dell'Autorità Garante e non sarebbe ragionevole pensare che solo gli squilibri eccessivi nei rapporti tra committenti e subfornitori possano costituire una minaccia paragonabile a quella propria dell'abuso di posizione dominante²⁹⁴.

Un ulteriore dato a conforto della tesi dell'ampia portata applicativa del precetto in esame, sembra potersi ricavare dalla circostanza che in tutti gli altri ordinamenti (cui il legislatore ha fatto riferimento nella redazione della norma) la figura della dipendenza economica non risulta in alcun modo circoscritta ai soli rapporti di subfornitura.

La portata generale della disposizione sembra trovare una decisiva conferma nel comma 3-*bis* aggiunto all'art. 9 ad opera dell'art. 11 della legge n. 57 del 2001, che ha previsto la possibilità per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ferma restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della L. 287/90, di procedere alle diffide e alle sanzioni di cui all'art. 15 di detta legge qualora l'abuso abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato. L'inserimento dell'abuso di dipendenza economica nell'ambito dell'illecito concorrenziale ne fa una figura di portata generale analoga all'abuso di posizione dominante, nel senso che, come questa, è potenzialmente idonea ad interferire nel funzionamento del mercato, qualunque sia lo specifico ambito di rapporti in cui l'abuso è attuato²⁹⁵.

Ne segue che l'art. 9 è una "clausola generale di valutazione del comportamento di un'impresa relativamente dominante rispetto ad un'altra da essa dipendente"²⁹⁶, applicabile a tutti i contratti tipici e atipici, in tutti i rapporti tra imprese caratterizzati da una dominanza relativa, purché consumata all'interno di un rapporto "business-to-business"²⁹⁷.

7.7. I contratti di distribuzione e l'asimmetria di potere nei contratti di impresa

7.7.1. I contratti di distribuzione e l'affiliazione commerciale.

I contratti di distribuzione rappresentano un punto di osservazione privilegiato per la disciplina europea delle relazioni fra imprese²⁹⁸.

Dalla stessa tipologia del fatto emerge una strutturale diversità di potere delle due parti. Ciò rende necessaria una serie di interventi giurisprudenziali e normativi, interni e comunitari, il cui interesse travalica i confini di tali rapporti. È evidente l'intreccio fra diritto dei contratti e

²⁹⁴A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: "dal caso limite" alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208.

²⁹⁵F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, p. 270.

²⁹⁶G. CERIDONO, *Legge 18 giugno 1998, n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, p. 429.

²⁹⁷Sull'ambito di applicazione della norma che pone il divieto di abuso di dipendenza economica significativa è l'ordinanza del Tribunale di Catania (ord. 5 gennaio 2004, pubblicata in *Foro it.*, 2004, I, 262), il quale non condividendo l'interpretazione restrittiva che "afferma apoditticamente che l'art. 9 si applichi ai soli rapporti di subfornitura", ha confermato che "l'istituto in esame sia di applicazione generalizzata a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale, sì da non porsi un problema di applicazione analogica o estensiva dello stesso". A sostegno di questa tesi il Tribunale ha anche riportato le argomentazioni principali con cui la dottrina ha suffragato l'orientamento estensivo.

²⁹⁸V. R. PARDOLESI, *I contratti distribuzione*, Napoli, 1979; ID., *Contratti di distribuzione*, *Enc. Giur.*, 1988; A. FRIGNANI, *Franchising*, in *Enc. Giur.*, 1988; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano 1983; e da ultimo, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004.

della concorrenza e si comprende come il rapporto sia un grande laboratorio per sperimentare le modalità di intervento sul potere, contrattuale e di mercato, dei contraenti.

È noto che la normativa di origine comunitaria (art. 1469-*bis*) sulle clausole vessatorie esclude i contratti fra imprese e che la Corte Costituzionale (sent. del 22 gennaio 2002 n. 469) ha giudicato infondata la questione di costituzionalità rinviando per la tutela di tali contratti agli articoli 1341 e 1342 c.c. Ma l'insufficienza di tale normativa si è avvertita in modo evidente nei contratti di distribuzione per un insieme di motivi che riassumo brevemente.

La fonte, in tal caso, è quasi sempre un atto unilaterale di concessione di un privilegio o di una facoltà altrimenti non esercitabile dal beneficiario (marchio, *Know-How*) cui segue l'atto bilaterale di regolazione del rapporto.

Esiste per lo più un atto di scambio e una disciplina (qualitativa e quantitativa) della distribuzione del bene o del servizio, articolata in una pluralità di figure caratterizzate da un "minimo di ingerenza dell'affiliante sino alla quasi subordinazione dell'affiliato".

Il rapporto²⁹⁹ compone interessi naturalmente antagonisti perché l'affiliato cercherà di giovare delle opportunità offerte dalla catena e di mantenere una propria libertà di manovra, l'affiliante tenderà a limitare quella libertà con precisi vincoli imposti dal contratto che è incompleto e lascia al *franchisor* un potere discrezionale quasi assoluto a fronte di numerosi obblighi assunti dal *franchisee*³⁰⁰.

Tre sono i momenti in cui emergono i più vivi conflitti: quando si stabilisce la regola, quando questa viene modificata, quando l'aderente è privato della sua posizione. Ciò perché tale soggetto ha investito nel rapporto ed è prigioniero del contratto. La semplice minaccia di modificazione o cessazione lo espone ad un potere di leva dell'affiliante "sicché la soggiogazione che non poteva presumersi al momento della costituzione del rapporto è cosa fatta con il contratto"³⁰¹.

Risulta allora chiaro perché tali contratti non tardano ad interessare l'antitrust europeo.

Con le regole che fissano le modalità di appartenenza alla catena e con la diversificazione dei prezzi si finisce per creare mercati diversi all'interno della Comunità, contro l'obiettivo primario di creare un Unico Mercato senza barriere interne. Da qui il Regolamento *ad hoc* e l'attenzione della Commissione e della Corte di Giustizia, volta al controllo delle clausole e del

²⁹⁹ Il contratto di franchising di cui alla l. 6 maggio 2004 n. 190 in giurisprudenza è stato descritto come il contratto che "realizza una forma di collaborazione tra imprese, in cui taluni soggetti, i franchisees, commerciano prodotti del franchisor, utilizzandone marchio e know-how, ma mediante una distinta organizzazione, rimanendo soggetti economicamente e giuridicamente distinti del franchisor; ne consegue che se in una gara di appalto il concorrente-franchisor dichiara che talune prestazioni saranno eseguite dai franchisees, non fa riferimento alla propria organizzazione, ma a soggetti terzi, giuridicamente ed economicamente distinti; pertanto, il franchising rientra nella nozione di sub-appalto ai sensi e per gli effetti dell'art. 18 l. n. 55 del 1990, e dei divieti di subappalto ove previsti dall'ordinamento (C. Stato, sez. VI, 09-02-2006, n. 518, in *Foro Amm. - Cons. Stato*, 2006, p. 516)". Oppure come il contratto con il quale "un produttore o rivenditore di beni od offerente di servizi (franchisor) ed un distributore (franchisee), al fine di allargare il proprio giro commerciale e di aumentare le proprie capacità di penetrazione nel mercato - creando una rete di distribuzione senza dover intervenire direttamente nelle realtà locali - concede, verso corrispettivo, di entrare a far parte della propria catena di produzione o rivendita di beni o di offerta di servizi ad un autonomo ed indipendente distributore (franchisee), che, con l'utilizzarne il marchio e nel giovare del suo prestigio ha modo di intraprendere un'attività commerciale e di inserirsi nel mercato con riduzione del rischio" (Cass. civ., sez. III, 15-01-2007, n. 647 in *Foro it.*, 2008, I, 920).

³⁰⁰ V. per tutti R. PARDOLESI, *Contratti distribuzione*, cit., p. 3 ss.

³⁰¹ Così R. PARDOLESI, *op. ult. cit.*

contenuto dei contratti³⁰² e da qui anche un interrogativo di fondo sulle modalità di regolazione di tali contratti.

7.7.2. Come si interviene? Con la disciplina della concorrenza, con il diritto dei contratti o con entrambe le discipline?

Nel dilemma (enunciato nel titolo) si sperimenta e si misura la sostanziale unità delle scienze sociali. Diritto, economia, Scienza dell'Amministrazione devono essere tenute presenti nel fissare le regole sull'efficienza e la giustizia delle pattuizioni e nel ricercare il punto di equilibrio fra potere privato e interventi correttivi.

Un'analisi retrospettiva attesta la complessità del problema in ogni ordinamento occidentale.

In America la dottrina classica appare inadatta a dettare regole per contratti incompleti, di lunga durata e complessità ove si genera spesso una dipendenza di una parte. La risposta si trova in una serie di eccezioni di illegalità, frode, errore, elaborate dalla dottrina e recepite poi nel codice di commercio. Ma il problema del contraente imprigionato dal contratto non sfugge all'antitrust che assume due atteggiamenti diversi nel tempo.

Nei primi decenni del '900 si mira a proteggere la concorrenza, ma anche la libertà di contratto di chi è inchiodato alla sua scelta per l'assenza di alternative. Più di recente, sulla scia delle teorie di Posner e del giudice Scalia si assume un atteggiamento diverso. La prigionia nel contratto è considerata irrilevante sin quando, al momento della sua conclusione, esisteva una possibilità di scelta dell'affiliato. Si esclude che l'antitrust debba intervenire nella disciplina di un singolo contratto a tutela di un contraente e si privilegia la tutela dell'efficienza (dell'offerta di prodotti sul mercato) rispetto ad ogni altro fine³⁰³.

In Europa la prospettiva è diversa.

Come accennato³⁰⁴, in Germania e in Francia si introduce nella legge sulla concorrenza una fattispecie che vieta l'abuso della dipendenza economica di un'impresa sull'altra. Si dà rilievo alla dominazione non sul mercato ma nell'ambito di un rapporto negoziale sicché libertà di contratto e libertà di concorrenza tornano ad intrecciarsi. In Germania si prevede sin dal 1973 e poi dal 1980 la protezione alle imprese in situazione di dipendenza economica che non abbiano alternative sufficienti sul mercato. In Francia nell'*ordonnance* del 1986 si protegge l'impresa che non disponga di soluzioni equivalenti, ma con la legge del 2001 si va oltre. Scompare tale requisito, si prescinde dalla possibilità di ricorso ad alternative equivalenti e si vieta l'abuso che sottomette il partner a condizioni ingiustificate con un chiaro intento dirigista volto a proteggere le piccole e medie imprese, come soggetti in grado di garantire meglio la produzione francese³⁰⁵.

³⁰² Su tale vicenda v. ora il bel libro di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 113 ss., e la utile ricostruzione di L. FALCIONI, *Il franchising nel diritto comunitario*, in V. CUFFARO (a cura di), *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005, p. 1 ss.

³⁰³ V. ancora G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 25 ss.

³⁰⁴ Si veda il paragrafo 3.6.1.

³⁰⁵ V. G. PARLÉANI-L. DE LEYSSAC, *Droit du marché*, Parigi, 2002, p. 922; E. CLAUDEL, *Abus de dépendance économique*, in *RTDcom*, 2003, p. 77; v. però nel senso che debba essere ancora provata l'assenza di alternative equivalenti come requisito della fattispecie: Cons. conc. déc. n. 2001, Soc. Sony, BOCCRF, 30 ottobre 2001; e Corte di Cassazione francese, 3 marzo 2004, in *Foro it.*, 2005, IV, 278 ss.; in dottrina v. M. R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 23 ss., e da ultimo R. NAPOLI, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, p. 33 ss.

Nell'antitrust europeo non esiste una disciplina specifica dell'abuso di dipendenza economica, ma l'indirizzo della Commissione e della Corte di Giustizia è del tutto peculiare. Si utilizza l'abuso di posizione dominante restringendo l'area del mercato rilevante (caso Kodak)³⁰⁶. Si dà rilievo alla posizione di grave inferiorità tale da compromettere la libertà di contratto, lasciando ai giudici nazionali il compito di individuare gli strumenti (caso Courage)³⁰⁷. Si sollecita (Reg. 1/2003) l'adozione di leggi nazionali che sanzionino un comportamento unilaterale illecito nei confronti di imprese economicamente dipendenti³⁰⁸.

Da tutto ciò emerge un dato positivo di grande rilievo. Dai diritti nazionali e dal diritto comunitario emerge una rilevanza della asimmetria di potere in piena discontinuità rispetto al principio dell'eguaglianza formale e al dogma del soggetto unico, anche nel settore dei contratti di impresa.

7.7.3. La nuova legge sull'affiliazione commerciale (L. 6 maggio 2004, n. 129)

Anche in Italia³⁰⁹ la diffusione del fenomeno dell'affiliazione e delle catene ha attirato l'attenzione del legislatore che ha emanato un provvedimento volto a riequilibrare la disparità di potere contrattuale nella fase di conclusione e di esecuzione del contratto, ma le scelte compiute, pur apprezzabili per alcuni profili, non hanno risolto affatto ogni problema³¹⁰. Vediamole da vicino.

La struttura del provvedimento pone in luce più che una disciplina minuta del contratto un intervento di protezione volto ad assicurare la trasparenza del contenuto contrattuale e la correttezza dei contegni delle parti, con l'intento di evitare truffe o comportamenti elusivi e di assicurare efficienza alla catena di distribuzione.

Si interviene sulla definizione e sull'ambito di applicazione dei contratti (art. 1 e 2), tipizzando il solo rapporto di *franchising* pur in presenza di un'articolatissima gamma di rapporti di distribuzione che restano privi di riferimenti specifici³¹¹.

Particolare attenzione è prestata alla fase di formazione con una disciplina minuta e rigorosa. Il contratto deve essere redatto per iscritto (art. 3.1). Almeno trenta giorni prima l'affiliante deve consegnare all'aspirante affiliato una copia completa del contratto corredato da una serie di allegati (art. 4.1). Il contratto ha un contenuto necessario e deve espressamente indicare una serie di elementi fra i quali: gli investimenti e le spese di ingresso, le modalità di calcolo delle *royalties* e l'indicazione di un incasso minimo, la presenza di un' esclusiva, il *know-how* fornito dall'affiliante e l'eventuale apporto su tale bene dell'affiliato, i servizi offerti

³⁰⁶ Eastman Kodak Co. V. Image Technical Service Inc. ove si restringe il mercato rilevante, sul quale valutare i comportamenti dell'impresa dominante "alla vendita dei pezzi di ricambio e delle riparazioni di un determinato macchinario"; v. la citazione e il commento critico in G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 33.

³⁰⁷ Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, p. 76 e il commento in G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea*, Milano, 2005, p. 163 ss.

³⁰⁸ V. G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 113 ss.

³⁰⁹ Per un'analisi delle analoghe leggi francese e spagnola v. G. DE NOVA-C. LEO-A. VENEZIA, *Il Franchising, Legge 6 maggio 2004, n. 129*, Ipsoa, Milano, 2004, p. 59 ss., p. 222, 225.

³¹⁰ V. la L. 6 maggio 2004, n. 129 e il commento di G. COLANGELO, *Prime note di commento alla nuova normativa in materia di franchising*, in *Corr. giur.*, 2004; G. DE NOVA-C. LEO-A. VENEZIA, *Il franchising*, cit., p. 59 ss., p. 222, 225; M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2004, V, p. 1154 ss.; V. CUFFARO, *L'affiliazione commerciale*, Torino, 2005.

³¹¹ M. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, cit., p. 1160-1161.

dall'affiliante e le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto (art. 3.4). Se una parte ha fornito false informazioni, l'altra può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'art.1439 c.c. e il risarcimento del danno (art. 8).

Analitico è anche l'intervento sull'oggetto del contratto e in particolare sulle prestazioni del *franchisor* e del *franchisee*.

Il *franchisor* deve aver sperimentato sul mercato la propria formula commerciale (art. 3.2) e deve fornire un effettivo ed efficace *know-how* (art.3.4 d). Indicare i marchi utilizzati nel sistema (art.4.1 b) Specificare gli elementi caratterizzanti dell'attività e il numero e la variazione annuale degli affiliati (art.4.1. c, d, e). Descrivere gli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali promossi nei confronti dell'affiliante in relazione all'esercizio della sua attività.

Il *franchisee* deve sostenere gli investimenti necessari e, in taluni casi, predeterminate spese di ingresso (art. 3.4.a), garantire delle *royalties* (art. 3.4 b), e deve rispettare la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale (art. 5.2). Non può trasferire la sede, indicata in contratto, senza il consenso dell'affiliante, salvo casi di forza maggiore (art. 5.1)

Quanto alla durata la norma è ambigua perché prevede, nel solo contratto a tempo determinato (art. 3.3), l'impegno per l'affiliante di garantire comunque all'affiliato un tempo minimo sufficiente all'ammortamento dell'investimento e comunque non inferiore a tre anni, salvo l'ipotesi di risoluzione anticipata per inadempienza di una delle parti.

Significativa è anche la norma sul tentativo di conciliazione facoltativo (art.7) e la disciplina transitoria che impone la formalizzazione e l'adeguamento dei contratti in corso, entro un anno dall'entrata in vigore della legge (art.9).

Di particolare interesse sono tre aspetti su cui si concentrerà l'attenzione: a) gli obblighi posti a carico dell'affiliante e le conseguenze della loro violazione, b) la disciplina della durata del contratto e della cessazione del rapporto, c) la fase pre-contrattuale con il relativo regime sanzionatorio. Cominciamo dal primo.

a) La legge, come accade sempre più spesso, pone obblighi di condotta e divieti ma non indica la conseguenza della loro violazione, sicché la soluzione più corretta è rimessa all'interprete che dovrà scegliere fra il solo risarcimento del danno, la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418 1° comma o la sanzione più efficiente, ricavabile dal contesto normativo.

Fra le indicazioni più impegnative c'è la necessità che l'affiliante abbia sperimentato sul mercato la propria formula commerciale. La *ratio* è chiara³¹². Per evitare l'uso truffaldino o disinvolto dell'affiliazione chi promuove l'ingresso in una catena dovrà essere in grado di dimostrare che la formula commerciale è stata utilizzata in modo efficace e proficuo. Resta da precisare che cosa accada in caso di violazione. L'art. 1418 c.c. prevede che siano nulli i contratti che, pur avendo una causa lecita, siano contrari a norme imperative, sempre che la legge non disponga diversamente. Si tratta pertanto di esaminare se l'art. 3.2 possa considerarsi norma imperativa e se la legge, nel suo contesto, preveda o meno una conseguenza diversa dalla nullità per la violazione dell'obbligo .

È noto che la imperatività si trae dalla protezione di un interesse pubblico o di una categoria di soggetti la cui tutela è assunta come effetto diretto della norma. Vi deve essere, insomma, congruenza fra "invalidità dell'atto e realizzazione degli interessi regolati dalla legge" e adeguatezza fra *ratio* della disposizione e la nullità del contenuto contrattuale che viola il

³¹² G. DE NOVA-C. LEO-A. VENEZIA, *Il franchising*, cit., p. 24-25; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 7ss.

precetto³¹³. Nel nostro caso la collocazione e il contenuto del precetto esprime a sufficienza “l’utilità generale o di interesse pubblico” relativa al riconoscimento di quelle sole catene di distribuzioni che siano e abbiano dimostrato di essere efficienti sul mercato. D’altra parte manca in modo espresso o implicito nel contesto della disciplina qualsiasi altra sanzione alternativa e ciò conferma l’ipotesi di una nullità che sarà relativa in conformità alla scopo della norma che la prevede³¹⁴.

Diversa può essere la soluzione in presenza di altri obblighi. Si pensi alla necessità di consegnare trenta giorni prima della conclusione una copia completa del contratto. Si dovrà anzitutto interpretare il richiamo alla completezza in modo conforme alla esigenza di riservatezza sugli elementi essenziali della catena, altrimenti facilmente elusi da una trattativa strumentale. Ma appare in questo caso eccessiva la conseguenza della nullità visto che si tratta, in tal caso, di tutelare la piena consapevolezza e l’eventuale ripensamento dell’affiliato, sicché appare più adeguata la possibilità di recesso e del risarcimento del danno, in caso di conclusione anticipata. Ciò in modo coerente con la normativa speciale con funzione di protezione della piena consapevolezza del contraente tutelato³¹⁵, salvi, in ogni caso, i rimedi attinenti al contenuto del contratto e ai contegni dell’affiliante.

b) Come si è precisato la posizione dell’affiliato, spesso prigioniero del contratto, è particolarmente delicata nel momento terminale del rapporto. Da qui la necessità di una disciplina della durata, decisa dalla norma in modo incompleto e ambiguo³¹⁶.

L’art. 3.3, fa riferimento *ad un contratto a tempo determinato* e prevede, in tal caso, una durata minima sufficiente all’ammortamento dell’investimento e comunque non inferiore a tre anni. In caso di violazione di tale requisito, stante la natura imperativa del comando, sembra ipotizzabile una ulteriore nullità parziale e relativa della clausola, con possibilità per il giudice di disporre la sostituzione della durata minima o del tempo necessario “all’affiliato per ammortizzare gli investimenti iniziali”³¹⁷. Il problema si pone per i contratti a tempo indeterminato. Pensare che in tal caso le parti siano libere di stabilire la durata contrasterebbe, in modo insanabile, con la disciplina precedente vanificando ogni forma di protezione. Sicché si è proposto, in modo coerente, un’interpretazione integrativa. Il diritto di recesso dovrà, in ogni caso, tener conto di un congruo preavviso idoneo a “garantire all’affiliato una durata minima sufficiente all’ammortamento dell’investimento e comunque non inferiore a tre anni”. “Un eventuale atto in contrasto con questa previsione sarebbe inefficace³¹⁸” e comporterebbe un inadempimento dell’affiliante. Trascorso tale periodo torna applicabile l’art.1373 c.c.³¹⁹.

c) Quanto alla tutela nella fase pre-contrattuale, il contenuto degli articoli 4, 6 e 8 introduce una serie di precetti apprezzabili, con un limite preciso. Nel disciplinare gli obblighi di informazione, essenziali in tali fattispecie, si prosegue l’utile commistione fra regole di validità e di responsabilità. Nell’art. 4 si prevede l’obbligo di consegnare copia del contratto e

³¹³ così in modo limpido G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 43.

³¹⁴ G. DE NOVA-C. LEO-A. VENEZIA, *op. cit.*, p. 26

³¹⁵ M. CIAN, *La nuova legge sull’affiliazione commerciale*, cit., p. 1171 ss.

³¹⁶ V. sul punto, nel corso del tempo, G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1994, p. 225; L. DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell’affiliato*, Milano, 2000, p. 96 ss.; G. ZUDDAS, *Somministrazione, concessione di vendita, Franchising*, in *Tratt. dir. comm.* a cura di V. Buonocore, XIII, Torino, 2003, p. 325 ss.

³¹⁷ Sul punto le osservazioni di G. DE NOVA - C. LEO - A. VENEZIA, *Il Franchising*, cit., p. 29; in particolare A. GENTILI, *Nullità, annullabilità efficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 205.

³¹⁸ G. DE NOVA - C. LEO - A. VENEZIA, *Il franchising*, cit., p. 34 e M. CIAN, *La nuova legge sull’affiliazione commerciale*, cit., p. 1166: “Tutta dedicata ai contratti a tempo determinatola disposizione, in realtà enuncia un principio più generale, suscettibile di operare anche in quelli a tempo indeterminato”.

³¹⁹ M. CIAN, *op. cit.*, p. 1167; G. DE NOVA - C. LEO - A. VENEZIA, *op. cit.*, p. 35.

di fornire una serie di notizie dall'affiliante all'affiliato, arricchendo il contenuto dell'art. 1337. Quando però si richiama la normativa sul dolo si dispone l'annullamento del contratto solo se il *franchisor* abbia fornito *false informazioni*. Niente si dice in caso di omissione o di carenza con un arretramento rispetto alla disciplina del codice che è interpretata dando rilievo, in certe ipotesi, anche alla reticenza.

Se, in conclusione, è positivo l'ampio spazio riservato dalla legge alla buona fede e alla nullità di protezione, l'intervento normativo è incompleto e spesso tecnicamente confuso, tanto da rafforzare la convinzione poc'anzi anticipata.

7.7.4. Diritto dei contratti e regole di concorrenza

I correttivi più efficienti alla diversità di potere esigono un confronto fra disciplina antitrust e diritto dei contratti e un dialogo proficuo fra gli studiosi delle due discipline. Dialogo non facile.

Si è cercato di mettere in luce, in estrema sintesi, l'intreccio di discipline nella valutazione dei contratti di distribuzione. Resta da chiedersi quale posizione abbiano assunto gli studiosi dell'antitrust e dell'analisi economica del diritto. La parte più consistente di loro ha considerato la separazione netta fra contratto e concorrenza un vero dogma³²⁰. Si è detto e ripetuto che l'antitrust è diretto a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato, mentre il diritto dei contratti detta regole specifiche ad un rapporto. Di talché le due discipline avrebbero finalità del tutto diverse. L'efficienza allocativa l'una, l'efficienza distributiva l'altra.

Da tutto ciò segue una distinzione netta fra potere contrattuale e potere di mercato, distinzione che ha ricadute importanti. Si critica la fattispecie dell'abuso di posizione dominante quando vieta la imposizione di prezzi iniqui e condizioni ingiustamente vantaggiose e Giuliano Amato è fermo nell'affermare che “questo non è antitrust ma regolazione, bella e buona, dell'impresa in posizione dominante” Una disposizione, si osserva, che “non è volta a ricreare meccanismi concorrenziali, ma a proteggere i contraenti attraverso interventi di regolazione dei prezzi”³²¹. Ma c'è di più. C'è l'adesione di molti alla tendenza efficientistica dell'ultima giurisprudenza americana, tendenza che sfiora anche la nostra Autorità Garante per la concorrenza, se è vero che essa giudica in modo positivo la sostanziale disapplicazione, da parte dei nostri giudici, della fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, con la motivazione che l'antitrust non deve occuparsi delle situazioni di squilibrio prevedibili e implicitamente accettate³²².

Questa posizione non è convincente e non è coerente con il diritto positivo. Si è già detto che il diritto comunitario (Reg. 1/2003) e il diritto nazionale in molti paesi d'Europa hanno disciplinato l'abuso di dipendenza economica e il potere congiunto del giudice ordinario e dell'Autorità, nel valutare le asimmetrie di potere. Su questo percorso “alla ricerca delle intersezioni fra disciplina dei contratti e della concorrenza”³²³ si stanno incamminando

³²⁰ R. PARDOLESI, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, relazione al convegno “Il contratto e le Autorità indipendenti”, svolta presso l'Università di Brescia il 22 e 23 novembre 2002.

³²¹ G. AMATO, *Il potere e l'antitrust*, cit., p. 54 ss.

³²² G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 93; v. ora S. BENUCCI, *Le prime pronunzie in tema di “abuso di dipendenza economica”*, in *Concorrenza e mercato* (a cura di G. Vettori), Padova, 2005, p. 415 ss., in part. p. 475 ss.

³²³ R. PARDOLESI, *LE lab. Newsletter*, 2/2004, p. 2.

anche autori sin ora scettici e riottosi. Il confronto va proseguito. Mi limito solo ad alcune indicazioni di metodo³²⁴.

La presa d'atto anzitutto che “le asimmetrie di potere sono frutto spesso delle imperfezioni del mercato che non offre alle imprese dipendenti, alternative per sottrarsi alla dominazione”. Sicché le strade dell'antitrust e del diritto dei contratti possono intrecciarsi dato che l'efficienza e la repressione degli abusi sono obbiettivi condivisi da entrambi³²⁵. Ciò non significa negare la rispettiva autonomia ma valorizzare le connessioni laddove siano evidenti e utili.

Come ci ha ricordato lo storico la concorrenza non è un prodotto spontaneo del mercato e le sue origini non sono sottratte alla storia dell'intervento pubblico. Tutela della libera gara e interventi correttivi sono entrambi espressione di un'Autorità Politica volta ad imporsi sulla libertà contrattuale³²⁶.

Occorre poi aver sempre presente un monito. Non basta evocare il mito della razionalità economica per fronteggiare la complessità dei problemi e non si può identificare giustizia ed efficienza non foss'altro perchè i termini sono entrambi polisensibili. Le varie scuole economiche si dividono proprio sul grado di esclusività affidato all'efficienza.

È indubbio, d'altra parte, che l'analisi economica è utilissima. Fornisce strumenti essenziali nello studio degli effetti delle norme sui contegni privati, nell'esame delle coerenze fra mezzi e fini della regolazione. È fondamentale come interpretazione orientata alle conseguenze che amplia gli elementi di valutazione per una decisione corretta. Ma tale modello, come ci ha insegnato Luigi Mengoni non è un procedimento di verifica, un dover essere il quale può essere tratto solo dal sistema³²⁷. Certo, nessuno ha in esclusiva le chiavi per accedere alle verità racchiuse in questo misterioso collante. La risposta giusta è sempre frutto di un dialogo e la scienza giuridica privatistica è pronta a svolgere il suo compito, insostituibile, anche nel settore dei contratti di impresa.

7.8. La nuova disciplina sui termini di pagamento.

Il d.lgs. 9 novembre 2012 n. 192 recepisce la direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

Rispetto al precedente d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, la nuova disciplina si caratterizza per i seguenti tratti innovatori:

- a. rimodulazione dei termini entro cui il debitore deve effettuare il pagamento;
- b. elevazione del tasso minimo degli interessi moratori;
- c. ulteriori limitazioni alla possibilità di derogare, in senso peggiorativo per il creditore, alle condizioni previste dal decreto.

Andando con ordine, la legge attua una direttiva comunitaria ispirata da precisa *ratio*: colpire la prassi e gli accordi che impongono a imprenditori e professionisti di ricevere le somme loro dovute con ritardi notevoli e ingiustificati rispetto al momento in cui hanno eseguito le prestazioni.

³²⁴ Per un'analitica esposizione di tutte le azioni e tutele esperibili in questa sede si veda ora G. VETTORI (a cura di), *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005.

³²⁵ v. ancora G. COLANGELO, *op. cit.*, p. 151 ss., ma v. ora in particolare G. TADDEI ELMI, *Tutele civile e antitrust*, in *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori* (a cura di G. Vettori), cit., p. 60 ss.

³²⁶ B. SORDI, *Ordine e disordine giuridico del mercato* (in margine ad alcuni scritti di Tullio Ascarelli), in *Ordo Juris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, p. 319 ss.

³²⁷ L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermenutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 91 ss.

A tal fine, prima dell'intervento della novella del 2012, il d. lgs. 231/2002 riconosceva piena libertà di accordarsi sulle scadenze e determinare le conseguenze del ritardo, purché tale pattuizione non fosse gravemente iniqua per il creditore. In mancanza di accordo, era previsto un termine unico di trenta giorni.

La nuova disciplina, che si applica non solo ai contratti di vendita di merci o prestazione di servizi stipulati tra imprese ma anche a quelli tra pubblica amministrazione e imprese, mantiene sempre fermo il divieto di iniquità della pattuizione ma distingue³²⁸.

Relativamente ai contratti tra imprese, è stabilito che:

- a. il termine di pagamento è di trenta giorni, se le parti non prevedono un diverso termine nel contratto;
- b. il diverso termine, contrattualmente stabilito dalla parti, non può però essere comunque superiore a sessanta giorni ;
- c. le parti possono concordare un termine superiore a sessanta giorni , solo a condizione che tale termine sia espressamente pattuito per iscritto.

Per quanto riguarda i contratti tra imprese o pubbliche amministrazioni, il termine ordinario è di trenta giorni ma può essere esteso fino ad un massimo di sessanta qualora ciò sia richiesto dalla natura o dall'oggetto del contratto o dalle circostanze esistenti al momento della sua conclusione.

Il termine, invece, è *ex lege* di sessanta giorni qualora parte del contratto sia un'impresa pubblica tenuta al rispetto dei requisiti di trasparenza³²⁹; oppure un ente che fornisca assistenza sanitaria e che sia stato riconosciuto a tal fine.

Scaduto il termine entro il quale la prestazione doveva essere eseguita, il debitore cade automaticamente in mora senza bisogno che si renda necessaria alcuna apposita dichiarazione o il compimento di una qualsiasi formalità da parte del creditore: si tratta, quindi, di un'ipotesi di mora *ex re*.

Ne consegue che, a partire da questo momento, iniziano a decorrere gli interessi moratori che la legge determina in una misura significativamente superiore rispetto a quelli previsti dall'art. 1284 c.c.³³⁰

Come detto, la disciplina legale può essere derogata dalle parti ma sono vietati accordi sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo che siano gravemente iniqui in danno al creditore³³¹.

³²⁸ Essa si applica ad ogni pagamento effettuato a titolo di corrispettivo nelle transazioni commerciali, intendendosi tali i "contratti, comunque denominati, tra imprese ovvero tra imprese e pubbliche amministrazioni che comportano, in via esclusiva o prevalente, la vendita di merci o la prestazione di servizi contro il pagamento di un prezzo".

³²⁹ Trattasi di imprese che hanno relazioni finanziarie con poteri pubblici e per questo tenute al rispetto dei requisiti di trasparenza di cui al d. lgs. 11 novembre 2003, n. 333.

³³⁰ In particolare, analogamente a quanto stabilito per i termini di pagamento, la quantificazione degli interessi varia a seconda che si tratti di contratti tra imprese o contratti tra imprese e pubblica amministrazione.

a. nei contratti tra imprese, si prevede che, in caso di mancato pagamento entro i termini stabiliti, il debitore sia tenuto a corrispondere interessi di mora che sono (a) interessi legali di mora su base giornaliera ad un tasso che è pari al tasso di riferimento BCE maggiorato di otto punti percentuali o (b) interessi ad un tasso concordato tra le imprese;

b. nei contratti tra imprese e pubblica amministrazione, si prevede che, in caso di mancato pagamento entro i termini stabiliti, il debitore sia tenuto a corrispondere interessi ad un tasso che non può essere inferiore al tasso legale ossia al tasso BCE maggiorato dell'8%.

³³¹ L'art. 7 prevede espressamente ipotesi da cui si può presumere la grave iniquità ossia la presenza di una clausola che esclude l'applicazione degli interessi di mora o che esclude il risarcimento per i costi di recupero.

In caso di violazione di questo divieto, nel testo antecedente la riforma del 2012 il giudice poteva dichiarare d'ufficio la nullità dell'accordo e "applicare i termini legali ovvero ricondurre ad equità il contenuto dell'accordo medesimo".

Vale a dire, accertata la nullità dell'accordo, il giudice poteva ricostruire il regolamento contrattuale in due modi: o applicando i termini legali o riconducendo ad equità il contratto. La norma conferiva così all'autorità giudiziaria che avesse accertato la nullità dell'accordo, la facoltà di stabilire anche d'ufficio "una disciplina eventualmente diversa da quella prevista dal d.lgs. 231 del 2002, in materia di termini di pagamento e interessi moratori"³³².

La novella del 2012 mantiene ferma la sanzione della nullità in caso di accordo iniquo ed innova con due interventi: (a) introduce i parametri alla stregua dei quali accertare l'iniquità e (b) esclude il potere del giudice di modificare il contratto secondo criteri differenti da quelli legali.

Per quanto riguarda l'accertamento, bisogna prendere come riferimento "tutte le circostanze del caso, tra cui il grave scostamento dalla prassi commerciale in contrasto con il principio di buona fede e correttezza, la natura della merce o del servizio oggetto del contratto, l'esistenza di motivi oggettivi per derogare al saggio degli interessi legali di mora, ai termini di pagamento o all'importo forfettario dovuto a titolo di risarcimento per i costi di recupero".

La differenza rispetto al testo precedente è evidente³³³: manca l'espresso richiamo all'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore. Ciò, infatti, poteva porre maggiori problemi di accertamento.

Diversamente, si richiede di valutare se esiste uno iato tra la prassi commerciale e lo specifico accordo per successivamente valutare se ciò contrasti con il principio di buona fede e correttezza.

Passando dall'accertamento della nullità alle conseguenze, il giudice perde il potere correttivo. Sono richiamati gli articoli 1339 e 1419, II comma, escludendo implicitamente il primo comma dell'art. 1419 c.c.

Si può così ricostruire una disciplina sui ritardi di pagamento nei seguenti termini: il divieto di iniquità è norma imperativa; una clausola contrattuale che la violi determina la nullità di quest'ultima, senza la necessità di valutare se le parti avessero comunque concluso l'accordo con o senza quella clausola.

È così dettato un regime giuridico della nullità che si presenta derogatorio rispetto al tradizionale, molto più vicino alla nullità di protezione. Essa si realizza mediante un potere sostitutivo del giudice che eliminerà la clausola nulla sostituendola con la disciplina legale.

Con riferimento al previgente potere correttivo, questo non può essere introdotto neppure per via interpretativa.

Sebbene la *ratio* di tale potere fosse giustificata dall'esigenza di tutelare l'interesse pubblico economico, dato che accordi gravemente iniqui avrebbero potuto essere causa di insolvenza per imprese di piccola e media dimensione, con conseguente perdita di posti di lavoro³³⁴, la norma è rimasta nella prassi inapplicata e la previsione del solo potere sostitutivo non realizza di meno le esigenze che la norma intende proteggere.

³³² V. PANDOLFINI, *La nullità degli accordi "gravemente iniqui" nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 5, 2003, p. 511.

³³³ Si considera, in particolare, gravemente iniquo l'accordo che, senza essere giustificato da ragioni oggettive, abbia come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, ovvero l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale imponga ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi

³³⁴ S. MAZZAMUTO, *Autonomia negoziale e ruolo del giudice*, Relazione al II convegno SISDiC tenutosi a Capri il 18-19-20 aprile 2006, *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, secondo cui la correzione delle

Inoltre, nel silenzio della legge, non si può ritenere che il giudice sia legittimato a riscrivere il contenuto contrattuale tutte le volte in cui il contratto sia squilibrato.

L'art. 1374 c.c. individua fra le fonti di integrazione del contratto la legge, gli usi e in mancanza l'equità. Ma ciò non significa che l'iniurità sia ragione di invalidità al pari dell'illiceità del contratto. Significa solo che nei casi ammessi dalla legge il giudice può intervenire in via equitativa nel fissare un elemento o un aspetto del contenuto del contratto.

8. 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*³³⁵. 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 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 costituzionali³³⁶. 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 attività³³⁷.

D'altra parte la Carta di Nizza non assume un'indicazione chiara sul punto, limitandosi a disciplinare la libertà d'impresa³³⁸ e la Corte CEDU³³⁹ 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.

clausole che prevedono tassi esigui o dilazioni eccessive determinano un finanziamento commerciale celato a spese del creditore (contraente debole), e pertanto alterano la ragione economica del contratto con il quale il debitore (contraente forte) si procura beni e servizi. Conformemente v. A. GORGONI, *sub art. 33 co. 2 lett. m.*, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

³³⁵ 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*, EU Working Papers, Department of Law, 2010, disponibile in <http://cadmus.eui.eu/>.

³³⁶ V. da ultimo G. BENEDETTI, *Persona e contratto*, in *Obb. contr.*, 2012.

³³⁷ G. Benedetti, op. cit. ma vedi anche G. VETTORI, (a cura), *Contratto e costituzione in Europa*, Padova, 2005.

³³⁸ sul punto G. VETTORI (a cura), *Carta europea e diritti dei privati*, Padova, 2002.

³³⁹ Corte CEDU, *Streitch c. Regno Unito*, Sez. IV, 24.6.2003 n. 44277

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.³⁴⁰

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 locazione³⁴¹.

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 intersoggettivi³⁴²". 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 esplicazioni 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 protetto³⁴³, l'ambito e il fondamento del consenso informato in caso di trattamento sanitario³⁴⁴, il danno da demansionamento di un medico ospedaliero,³⁴⁵ 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.³⁴⁶

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 europea³⁴⁷ in

³⁴⁰ Così ancora G. BENEDETTI, op. cit.

³⁴¹ Cass. 19 giugno 2009, n. 14343 (est. D'Amico), in *Foro it. On-line*

³⁴² v. già sul punto: Cass., 15 luglio 2005, n.15022; Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827

³⁴³ 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.

³⁴⁴ 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.

³⁴⁵ Cass., 2 febbraio 2010, n. 2352, in *Foro it.*, 2010, 4, I, c. 1145.

³⁴⁶ v. ancora, M. MAURO, op. cit., p. 333

³⁴⁷ v. Cass., 25 ottobre 2010, n. 21799, in *Giust. civ.*, 2011, 3.

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 Cassazione³⁴⁸ 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 Corte³⁴⁹ 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.

Due ordinanze recenti della Corte costituzionale³⁵⁰, in piena sintonia con l'orientamento consolidato della Corte di Cassazione, potenziano il ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto.

L'occasione è fornita dalla disciplina della caparra confirmatoria di cui si eccepisce l'incostituzionalità nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma dovuta "in ipotesi di manifesta sproporzione". Ciò perché la norma (1385 c.c.) non lascerebbe spazio al giudice per alcun intervento idoneo a ripristinare l'equità oggettiva e il complessivo equilibrio contrattuale³⁵¹. Ad una tale eccezione la Corte risponde con due ordinanze di manifesta inammissibilità che sollecitano un'interpretazione costituzionale di grande incidenza e rilievo, ben oltre la questione della caparra. Basta leggere la motivazione. L'inammissibilità è disposta perché non si tiene conto "*dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte*". In tali casi si reputa che il giudice possa intervenire d'ufficio dichiarando "*la nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost., (sui dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa,*"³⁵².

L'autorevolezza di queste affermazioni indicano ad analizzare, punto per punto, la motivazione. I precedenti citati richiamano un indirizzo consolidato.

³⁴⁸ Cass., 6 agosto 2010, n. 18378, in *Giust. civ.*, 2011, 3, p. 680, commentata da M. MAURO, op. cit., p. 336

³⁴⁹ Cass. 7 febbraio 2011, n. 2945, citata in M. MAURO, op. cit., p. 337.

³⁵⁰ Corte cost. 24 ottobre 2013 n. 248 e Corte cost., 2 aprile 2014, n. 77

³⁵¹ Corte cost. 26 marzo 2014, cit.

³⁵² Si ribadisce il potere della norma costituzionale di funzionalizzare "il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato" e si ricordano alcuni precedenti Corte di cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a sezioni unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009.

a) *La penale eccessiva*. La prima sentenza ricordata³⁵³ affronta il tema della rilevanza d'ufficio della clausola penale, ma è l'occasione per ripensare il potere correttivo del giudice di fronte ad un atto o un comportamento dei privati non conforme all'ordine costituzionale vigente. Di più. La motivazione si propone espressamente di superare il formalismo della precedente giurisprudenza per rileggere gli istituti privatistici alla luce del carattere conformativo delle norme e dei principi costituzionali. Con un obiettivo preciso. Superare l'idea della centralità della volontà dei privati per far emergere l'interesse primario dell'ordinamento al controllo dell'autonomia tramite il ruolo del giudice, il quale deve tener conto di un bilanciamento di "valori" di pari rilevanza costituzionale che confluiscono nel regolamento negoziale. Si richiama l'art. 41 che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata e il concorrente dovere di solidarietà previsto dall'art. 2 che entra, si precisa, nella struttura del contratto come limite interno di ogni situazione soggettiva e transita tramite la buona fede nella valutazione dei comportamenti consentendo di dichiarare inesigibili certe pretese obbligatorie³⁵⁴ e di conformare in base a tale bilanciamento l'essenza stessa del rapporto obbligatorio³⁵⁵. Tutto ciò è la premessa logica per giustificare l'intervento d'ufficio del giudice come espressione di un potere-dovere volto non a proteggere uno dei contraenti, ma a realizzare un interesse oggettivo dell'ordinamento", che si specifica e si consolida nell'esigenza" di una "giustizia del caso concreto" che il processo deve assicurare"³⁵⁶ Tale orientamento non si è affermato certo con facilità. Molte pronunzie successive avevano ribadito la tesi tradizionale³⁵⁷ e da qui la pronunzia delle Sezioni Unite che conferma l'indirizzo innovativo in modo netto e analitico³⁵⁸ nel ribattere agli argomenti logico esegetici contrari e nell'affermare ambito e limiti del controllo giudiziale.

Si rileva che non sussiste alcun ostacolo nell'art.112 c.p.c. perché la norma sulla clausola penale (1384) non fa alcuna menzione della necessaria eccezione della parte, sicché la soluzione contraria può trarsi da una valutazione sistematica di altri casi analoghi (1526 e 1934 c.c.). Si ribadisce che l'intervento d'ufficio non è finalizzato alla protezione di una situazione soggettiva, ma di un interesse generale comune ad altri casi in cui l'intervento correttivo del giudice è previsto dalla legge (2058 e 1226 c.c.). Insomma si muove dal potere di autonomia e dai suoi limiti che giustificano un intervento correttivo del giudice. Vi sono casi ,si sostiene, in " cui la correzione della volontà delle parti" è prevista dalla legge che sostituisce la parte dell'atto non conforme. Ve ne sono altri in cui una inserzione automatica della disciplina legislativa non è possibile "perché non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti". In tali casi " la misura della prestazione è rimessa al giudice, per evitare che le parti utilizzino uno strumento legale per ottenere uno scopo che l'ordinamento non consente ovvero non ritiene meritevole di tutela, come nel caso appunto di una penale "manifestamente" eccessiva"³⁵⁹.

Il potere correttivo così serve ad un fine preciso. Ricondurre l'accordo, "frutto della volontà liberamente manifestata dalle parti, nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall'ordinamento". Il che è pienamente coerente con il potere di rilevare d'ufficio, appunto, la non conformità di una clausola alle fonti di un ordinamento integrato.

³⁵³ Cass. 24 settembre 1999, n.10511

³⁵⁴ Cass. n. 19 del 1994

³⁵⁵ Cass. n. 3362 del 1989, n. 2503 del 1991 (in tema di fideiussione omnibus), n. 6448 del 1994.

³⁵⁶ Cass. 24 settembre 1999, n. 10511 cit.

³⁵⁷ Cass. n. 5324 del 2003, Cass. 8813 del 2003, Cass. n. 5691 del 2002, Cass. 14172 del 2000.

³⁵⁸ Cass. sez.un. 13 settembre 2005, n. 18128.

³⁵⁹ Cass.sez,un, 13 settembre 2005, n. 18128.

b) *L'abuso di diritto*. L'ultima sentenza citata completa il quadro³⁶⁰ fissando il tema dell'abuso nel contesto della buona fede oggettiva. La quale, si ricorda, è concretizzata dal valore costituzionale di solidarietà sociale, opera nella fase di formazione ed esecuzione del contratto ed è per il giudice uno strumento di controllo modificativo od integrativo che consente di mantenere “ il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione”.

Da qui la prima conclusione. Deve essere rettificata la concezione rigidamente formalistica contenuta nella sentenza di merito impugnata. La quale nega il potere di controllo del giudice sull'atto di autonomia (nella specie sul recesso ad *nutum*), esclude che la buona fede crei obbligazioni autonome, esalta, in un economia di mercato, il ruolo dell'autonoma iniziativa dei privati non soggetta ad un giudizio di ragionevolezza. La presa di distanza rispetto a tutto ciò della Cassazione è netta.

L'abuso è un criterio rilevatore della mala fede e manifesta una “utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obbiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore”. Sicchè la condotta abusiva si ha quando “ nel collegamento tra il potere di autonomia.. ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obbiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede”. In tali casi l'ordinamento rifiuta tutela a diritti e interessi “esercitati con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva e impedisce che si conseguano e si conservino vantaggi derivanti da atti strumentalmente idonei, ma esercitati in modo da alterare la funzione e contrastare” con la correttezza.

Emerge così un principio che consente di esaminare gli atti e di valutare le condotte tutte le volte che si superino i limiti interni ed esterni al diritto. Anche il metodo da seguire è chiaro. Nel caso di contrapposti interessi è essenziale “ la proporzionalità dei mezzi usati” che esige” una procedimentalizzazione nell'esercizio del diritto”.

³⁶⁰ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106.

CAPITOLO 2 - LE REGOLE DI VALIDITÀ

1. Efficacia e validità
2. Le azioni previste nei Capi XI, XII, XIII, XIV del Quarto libro del Codice civile
 - 2.1. Qualche raffronto fra disciplina generale e di settore (nullità, annullabilità e “giustizia del contratto”)
3. La nullità
 - 3.1. I casi di nullità previsti dal codice
 - 3.2. L’azione di nullità
 - 3.3. La conversione e la conferma
 - 3.4. La nullità parziale
 - 3.5. Gli effetti della nullità nei confronti delle parti e dei terzi
 - 3.6. L’evoluzione della nullità in Italia e in Europa
 - 3.7. Nullità speciali “di protezione”
 - 3.8. Una esemplificazione
 - 3.8.1. Nullità di protezione a tutela del “consumatore”
 - 3.9. In sintesi
4. La causa
 - 4.1. Significato della causa: evoluzione storica
 - 4.2. La causa in concreto
 - 4.3. Qualche riflessione sulla causa nel diritto privato europeo
5. L’oggetto
 - 5.1. La determinatezza o determinabilità dell’oggetto. Una vicenda giurisprudenziale
 - 5.2. La determinazione da parte del terzo
6. il contratto illecito
 - 6.1. Norme imperative
 - 6.2. Violazione di norme tributarie
 - 6.3. Contratto contrario a norme penali
 - 6.4. Contrarietà a buona fede
 - 6.5. Ordine pubblico
 - 6.6. Buon costume
 - 6.7. La meritevolezza dell’interesse
 - 6.8. Motivo illecito
 - 6.9. Frode alla legge
7. L’annullabilità
 - 7.1. Il giudizio di annullamento
8. I vizi della volontà
 - 8.1. L’errore. La disciplina del codice civile
 - 8.1.1. Rilevanza dell’errore. Il requisito dell’essenzialità
 - 8.1.2. La riconoscibilità dell’errore
 - 8.2. Il dolo
 - 8.2.1. La disciplina del codice civile. I requisiti
 - 8.2.2. Il dolo omissivo
 - 8.2.3. Il c.d. *dolus bonus*
 - 8.2.4. Il dolo incidente
 - 8.2.5. Truffa e dolo negoziale
 - 8.2.6. Dolo del terzo
 - 8.3. La violenza
 - 8.3.1. La disciplina del Codice civile. Gli elementi: la minaccia di far valere un diritto
 - 8.3.2. Minaccia e timore
 - 8.3.3. Violenza di un terzo e violenza diretta contro terzi
9. Della incapacità
 - 9.1. Dalla incapacità alla “protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia”.
 - 9.2. L’annullabilità del contratto per incapacità legale
 - 9.2.1. L’amministrazione di sostegno

- 9.2.2. L'annullabilità degli atti compiuti personalmente dal beneficiario dell'amministratore di sostegno e dall'incapace legale.
 - 9.3. L'incapacità naturale e la circonvenzione di persone incapaci
 - 9.3.1. Le situazioni che determinano l'incapacità naturale
 - 9.3.2. L'annullabilità del contratto e la controversa *ratio* dell'art. 428
 - 9.3.3. Il significato del grave pregiudizio e della malafede
 - 9.3.4. La disciplina dell'azione
 - 9.3.5. Il contratto concluso per effetto del reato di circonvenzione di persone incapaci: i rimedi applicabili
 - 10. La rescissione e il contratto ingiusto.
 - 10.1. Dall'eguaglianza formale al rilievo della disparità di potere
 - 10.2. Il contratto usurario
 - 10.3. I contratti bancari ed il "problema dell'anatocismo"
 - 10.4. Qualche precisazione sulla giustizia contrattuale
 - 10.5. Giustizia e rilievo della disparità di potere
 - 10.6. Una corretta e concreta idea di giustizia contrattuale
- La rilevanza positiva della disparità e l'invalidità nelle fonti europee

CAPITOLO 2 - LE REGOLE DI VALIDITÀ

1. Efficacia e validità

Il concetto di inefficacia è più ampio di quello di invalidità che, vedremo, esprime un'imperfezione o un contrasto dell'atto di autonomia con esigenze poste dalla norma o dal sistema.

L'inefficacia comprende le ipotesi di mancanza di effetti dipendenti da invalidità e i casi di mancata produzione di effetti di una fattispecie rilevante e valida.

Si pensi al contratto sottoposto a condizione sospensiva (art. 1353 c.c.): la struttura del negozio è perfetta anche se le parti subordinano la sua efficacia al verificarsi di un avvenimento futuro e incerto. Solo nel caso in cui tale evento non potrà verificarsi per un'impossibilità fisica o giuridica il contratto sarà nullo (art. 1354 c.c.), dato che non avrebbe senso un riconoscimento di un atto che, pur valido strutturalmente, non può in alcun modo produrre i suoi effetti.

Per comprendere la distinzione fra validità ed efficacia, occorre considerare che in ogni contratto è utile distinguere due momenti: la manifestazione di volontà dei soggetti e la realizzazione di ciò che essi hanno programmato. Al riguardo, la norma opera una pluralità di valutazioni: una volta accertata l'adeguatezza della fattispecie allo schema normativo che richiede determinati elementi (art. 1325 c.c.) il contratto è rilevante e valido. Occorre, poi, una valutazione dinamica che concerne l'idoneità del fatto a realizzare l'interesse programmato. Quando l'ordinamento non fa seguire alla fattispecie le conseguenze giuridiche capaci di produrre quel risultato si ha inefficacia.

Si parla di inefficacia relativa quando la norma pone un limite all'attuazione dell'effetto per un'esigenza di protezione di certi terzi, titolari di una situazione incompatibile con gli effetti dell'atto o che, comunque, da esso ricevono pregiudizio. Si pensi al creditore, che può essere danneggiato da un atto di alienazione di un bene a terzi posta in essere dal suo debitore. Egli potrà esperire, in presenza dei presupposti di legge (art. 2901 c.c.), un'azione revocatoria, con la quale può domandare che siano dichiarati inefficaci, nei suoi confronti, gli atti di disposizione con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni.

Diversa dall'inefficacia è l'opponibilità del contratto nei confronti dei terzi.

Il contratto, specialmente quando determina la circolazione di un bene, può generare conflitti fra posizioni soggettive di terzi fra loro in contrasto. Si pensi ad un soggetto che alieni lo stesso bene a più persone, alla posizione dei creditori dell'alienante e dell'acquirente, a terzi in altro modo interessati al trasferimento del bene. La legge deve indicare dei criteri di soluzione dei conflitti fra chi vanta titoli o posizioni fra loro incompatibili e attribuire, di volta in volta, prevalenza ad un titolo rispetto ad un altro. Questo giudizio, che prescinde dalla natura del diritto trasmesso e dipende, invece, dalla rilevanza normativa del fatto costitutivo del diritto o del rapporto, si qualifica come opponibilità del contratto (v. l'art. 2644 c.c. sul conflitto fra più acquirenti di un immobile, ed altresì l'art. 1380 c.c. sul conflitto fra più diritti personali di godimento; l'art. 1265 c.c. per l'ipotesi di più cessioni del credito a

Inefficacia
relativa

Opponibilità

persone diverse; l'art. 1155 c.c. sull'alienazione di uno stesso bene mobile a più persone).

Non c'è dunque coincidenza tra negozio valido ed efficacia, ma le due nozioni si intrecciano. Il negozio può essere valido ma inefficace (ad esempio se è sottoposto a termine o a condizione sospensiva). Il negozio può essere valido ma revocabile con un'azione *ex art. 2901 c.c.*

La distinzione fra inefficacia e invalidità la si coglie ancora precisando che l'invalidità attiene al fatto, mentre l'inefficacia attiene all'effetto.

La legge in certi casi, anche in presenza di un negozio valido, opera una valutazione che non concerne l'assetto negoziale, ma la conseguenza che da esso deriva. In particolare, la legge prevede che l'effetto non possa realizzarsi quando i comportamenti sono ritenuti oggetto di una valutazione negativa o su di essi è operato un giudizio di prevalenza rispetto a interessi contrastanti.

Nell'art. 2901 c.c. l'interesse del creditore prevale su quello di tutti gli altri. Se il debitore pone in essere un atto lesivo in frode al creditore, l'atto non è nullo. Ciò perché in tal caso sarebbe legittimato chiunque all'impugnativa ed il giudice potrebbe intervenire d'ufficio. L'atto, invece, è valido, ma qualora i soggetti danneggiati facciano valere i loro interessi, questi sono ritenuti prevalenti.

Un altro esempio può trarsi dalla normativa sulla buona fede. La violazione di queste regole non comporta nullità ma il risarcimento a seconda della fase in cui si è verificata la violazione.

In certi casi un comportamento contrario all'art. 1375 c.c. attuativo di una clausola può determinare l'inesigibilità e, dunque, l'inefficacia relativa di quella pattuizione. Esempio emblematico è il caso della fideiussione *omnibus* e del comportamento della banca che abbia in mala fede concesso credito al debitore insolvente, sicura che il fideiussore avrebbe comunque garantito anche questa ulteriore concessione di credito. Il comportamento scorretto della banca rende inesigibile la clausola che avrebbe consentito di rivolgersi al fideiussore. Tale clausola è valida, ma inefficace relativamente ai soggetti nei cui confronti opera il comportamento in mala fede. Con l'inefficacia, dunque, si rende inesigibile un effetto (o si paralizza la possibile produzione di quella conseguenza), ma il negozio rimane valido (cap. 3°, par. 6.6).

2. Le azioni previste nei Capi XI, XII, XIII, XIV del Quarto libro del Codice civile

Il codice civile non definisce né disciplina in generale l'invalidità del contratto, ma prevede esplicitamente quattro figure che implicano, seppure in termini diversi, la mancata produzione di effetti: la nullità (art. 1418 ss. c.c.), l'annullabilità (art. 1425 ss. c.c.), la rescissione (art. 1447 ss. c.c.) e la risoluzione (art. 1453 ss. c.c.).

Questo ultimo rimedio si distingue nettamente dagli altri, giacché non incide sull'atto, ma sul rapporto che da esso sorge, attribuendo ad un contraente, in determinate circostanze sopravvenute, il potere di eliminare gli effetti dell'atto di autonomia.

La **rescissione** implica un vizio genetico del contratto, ma è dubbio, per la sua conformazione e le sue origini storiche, che essa possa essere inquadrata in una

categoria unitaria insieme alla nullità e all'annullabilità, le quali sono, invece, comprese tradizionalmente nel concetto di invalidità.

Per precisare il significato dell'**invalidità** occorre ricordare che la norma dispone la nullità e l'annullabilità del contratto per motivi diversi fra loro e che l'analisi degli effetti non è sempre di aiuto. Esistono negozi inefficaci che non sono invalidi (ad esempio, giova ripeterlo, il contratto sottoposto a condizione sospensiva) e negozi invalidi che producono effetti (seppure precari o provvisori: ad es., il negozio annullabile).

È possibile comunque ricondurre ad unità una serie di giudizi che l'ordinamento formula su di un atto di autonomia, che risulta inadeguato, imperfetto o viziato, perché manca o è difettoso un elemento del contratto, ovvero perché contrario ad un limite o ad un'esigenza posta dall'ordinamento.

In tal caso si può parlare di invalidità, graduata nel codice nelle due figure della nullità e dell'annullabilità.

Invalidità

2.1. Qualche raffronto fra disciplina generale e di settore (nullità, annullabilità e "giustizia del contratto")

a) Nel *Codice del 1942* la nullità e l'annullabilità esprimono bene le idee madri del tempo. Il contratto "giusto" è un contratto concluso da due soggetti, che hanno manifestato una volontà integra racchiusa in un accordo. Nessuna qualità soggettiva o asimmetria di potere è rilevante e le ragioni di fondo sono racchiuse in un'equivalenza: "il contratto di per sé esprime un assetto giusto"; la giustizia equivale ad un accordo integro, che è voluto dalle parti. Che questo accordo sia frutto di una diversa qualità soggettiva delle parti, di una disparità di potere è del tutto ininfluenza. Ciò che conta è l'uguaglianza formale e l'esistenza di un accordo sorretto da libertà di determinazione, integrità del consenso e piena capacità. Un contratto formato in base a questi requisiti è vincolante e inattaccabile.

a) Nel cod. ci del 1942

Il sistema della invalidità contenuta nel codice del 1942 è perfettamente coerente a queste linee di fondo. Può essere impugnato un contratto nullo ovvero affetto da un vizio del consenso o, ancora, da incapacità o che presenti le caratteristiche della fattispecie della rescissione.

b) Con la *legislazione speciale* di provenienza comunitaria emerge un nuovo problema: la necessità di dare rilievo alle qualità soggettive, alla diversità di potere e ad una diversa posizione contrattuale delle parti. Ciò avviene in base ad un presupposto enunciato, chiaramente nell'art. 3 della Costituzione.

b) Nella legislazione speciale

Nel primo comma si enuncia il principio dell'uguaglianza formale di "tutti i cittadini che hanno pari dignità sociale e sono uguali di fronte alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali".

Il secondo comma innesta sul tronco delle libertà e dei diritti fondamentali della società borghese un principio tipico degli Stati sociali di diritto affermati nella seconda metà del Novecento. Lo Stato non deve solo garantire l'uguaglianza formale, ma qualcosa di più e di diverso. A norma dell'art. 3, 2° comma Cost.: "È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, eliminando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori

all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". L'affermazione ha una potenzialità enorme. Cambia il volto di una società e il volto istituzionale della Repubblica che deve non solo garantire la libertà formale, ma anche intervenire per rimuovere le disparità, per far sì che si realizzi la pari opportunità. Tutto ciò, al fine di rimuovere quelle condizioni che invece non consentono la piena realizzazione della personalità e l'effettiva partecipazione di tutti all'organizzazione politica, ma anche economica e sociale del Paese.

Il contratto "giusto" non è più il contratto che è negoziato da due persone capaci che manifestano le loro intenzioni in base ad una volontà integra. Un controllo sull'assetto negoziale deve tener conto anche delle asimmetrie informative e di potere, della disparità, delle diverse situazioni soggettive che caratterizzano le parti prima della conclusione del contratto. Diventa centrale nel controllo e nella regolazione del contratto, oltre alla fattispecie, la fase che precede la conclusione del contratto.

c) Le nullità di protezione

c) Le *nullità di protezione* ribaltano la modalità di controllo sull'atto. Tengono conto non solo di un requisito strutturale o di una illiceità ma di uno squilibrio, di una diversità di potere, di una sproporzione che nel settore di attività in cui si interviene è riprovata dalla legge e sanzionata con la nullità, perché la riprovazione che l'ordinamento formula è forte.

Quando si tutela il consumatore e si prevede la nullità delle clausole vessatorie, si vuole intervenire su una diversità di potere nella fase di formazione del contratto e su un'asimmetria informativa fra i contraenti. La clausola vessatoria è squilibrata. Per tale motivo, l'art. 36, co. 3, cod. cons., prevede che la nullità operi "soltanto a vantaggio del consumatore" (non può essere il professionista a farla valere) e possa "essere rilevata anche d'ufficio dal giudice". Nullità, è bene ricordarlo, che colpisce solo "le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34", "mentre il contratto rimane valido per il resto" (art. 36, co. 1, cod. cons.). Si interviene chirurgicamente e non con la modalità flebile della doppia firma richiesta dall'art. 1341 c.c. La nullità interviene a proteggere non gli interessi di tutti, ma di una categoria negoziale o di un soggetto che si trovi nelle condizioni che la legge individua.

d) L'evoluzione dell'annullabilità

d) L'*evoluzione dell'annullabilità*. Incapacità, interdizione e inabilitazione sono forme di incapacità costruite con rigore. Il titolo dodicesimo del codice oggi cambia profondamente rispetto al passato e si parla di misure di protezione delle "persone che per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica" sono prive di autonomia. Questa modifica recente interviene su un regime di invalidità rigidamente costruito. Si parla di tutela, con la minore limitazione possibile della capacità di agire. Di persone prive in tutto o in parte di autonomia, ampliando notevolmente la disciplina del codice. Tutto ciò in un'ottica di piena attuazione della rilevanza giuridica della Persona (v. art. 404 c.c.).

e) L'insufficienza della rescissione

e) L'*insufficienza della rescissione*. In tale contesto si capisce come la sproporzione o lo squilibrio sia disciplinato, nel codice civile del 1942, in modo insufficiente. L'azione non è ammissibile se la lesione contrattuale non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al momento del contratto. Difficile, peraltro, è sempre stata la precisazione della sua natura come vizio della volontà o della causa. Le opinioni si sono sovrapposte senza riuscire a dare una spiegazione soddisfacente del rimedio che ha un'area di incidenza limitata dalla conformazione rigida della norma e dalla modalità con cui può essere fatta valere l'azione che si prescrive in un anno dal momento della conclusione del contratto.

f) Da tutto ciò emerge la *necessità di ripensare il sistema*. L'evoluzione della legislazione speciale di regolazione del mercato impone di rivedere le categorie in un sistema di fonti profondamente mutato. Quasi tutte le leggi che hanno modificato il diritto dei contratti dal 1990 in poi sono norme di attuazione del diritto comunitario. Si ispirano alla necessità, indotta dalla partecipazione al mercato unico e da un'unione politica che ha determinato, a fasi alterne, un rinnovamento totale del diritto interno e del diritto dei contratti in particolare. L'invalidità e il controllo sull'atto è un osservatorio tra i più significativi per cogliere il rapporto tra autonomia e ordinamento in una determinata fase storica. La vedremo analizzando le singole figure, con un confronto ancora fra disciplina generale e normativa di settore.

f) Un sistema da rivedere

3. La nullità

Il codice francese del 1804 e il codice italiano del 1865 conoscono l'unico rimedio della nullità, che viene diversamente disciplinato. Sorge ben presto l'esigenza di delimitare l'ambito dell'istituto rispetto ai casi in cui la fattispecie non presenta neppure i tratti riconoscibili di un contratto.

Nullità e inesistenza

Si ricorre, così, al concetto di inesistenza¹, che viene, da alcuni autori, delineato facendo ricorso a criteri puramente logici o filosofici.

Il codice civile del 1942 accoglie per il contratto (diverso è il regime della nullità matrimoniale) la distinzione, elaborata dalla dottrina tedesca, fra nullità e annullabilità e con ciò raggiunge il notevole pregio di offrire una giustificazione del giudizio di disfavore sull'atto di autonomia fondato sul diritto positivo, evitando ogni diversa suggestione.

L'opportunità di distinguere fra nullità e inesistenza non è stata, però, eliminata, se non altro perché tale distinzione prelude ad un diverso trattamento.

Solo il negozio nullo può produrre quegli effetti che, in certi casi, vengono ad esso ricollegati dalla legge; può essere convertito (art. 1424 c.c.); può essere oggetto di conferma (art. 590 c.c.).

La disciplina della nullità non si applica, invece, quando il contratto non esiste giuridicamente, ossia se manca una situazione socialmente qualificabile come tale. Si pensi ad una dichiarazione resa per gioco o per un fine esplicativo, ad una proposta e ad un'accettazione pienamente discordanti.

Il fatto, in questi ed altri casi, è privo di quel valore che giustifica l'esistenza di un atto di autonomia impegnativo, il quale è nullo, invece, quando il regolamento di interessi che le parti hanno inteso concludere è valutato negativamente dalla legge.

L'art. 1418 c.c. elenca una serie di imperfezioni riferibili a tutti gli elementi costitutivi del contratto, ma nell'ultimo comma precisa che il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

Di qui la complessità della nozione e la pluralità di significati che essa esprime.

Vediamo da vicino le singole ipotesi.

¹ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Milano, 1983, p. 16 ss.

3.1. I casi di nullità previsti dal codice

a) *Il primo comma dell'art.1418 e la nullità virtuale*

a) La nullità virtuale
Il primo comma dell'art. 1418 c.c. prevede che il contratto è nullo “quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”.

Il secondo comma riguarda le ipotesi di carenza strutturale del contratto: un difetto di struttura della fattispecie o un'illiceità che può derivare dalla causa, dall'oggetto o dai motivi.

Il terzo comma prevede un'apertura ad una serie di funzioni diverse (“il contratto è nullo negli altri casi stabiliti dalla legge”).

Si pone il problema di ordinare le diverse funzioni della nullità e si è distinto il contratto illecito, dal contratto con carenza strutturale definito illegale, da quello contrario al buon costume qualificabile come immorale².

Vedremo queste diverse qualificazioni dell'atto.

Per adesso occorre esaminare il primo comma dell'art. 1418 c.c., ove si dice che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Si pone subito il problema di precisare che cosa accade nel caso che la norma taccia sulle conseguenze della sua violazione.

L'invalidità si è detto, esprime la necessaria “inidoneità dell'atto” alla produzione di effetti stabili e permanenti. Mancando una esplicita indicazione nel precetto concreto, tale finalità deve essere tratta dalla *ratio* della singola disposizione normativa per accertare se l'interesse perseguito, nell'imporre gli obblighi violati nella fase “formativa o conformativa del regolamento”³, esiga la mancata produzione di effetti e quindi la nullità virtuale, come rimedio più efficiente nel caso di specie.

Si dovrà accertare, insomma, se la legge non dispone una diversa conseguenza per la violazione dell'obbligo (art. 1418, co. 1, c.c.), se questo rappresenta la finalità essenziale per la protezione dell'interesse e vi dovrà essere congruenza fra “invalidità dell'atto e realizzazione degli interessi regolati dalla legge”, nonché adeguatezza fra la *ratio* della disposizione e la nullità del contenuto contrattuale che viola il precetto⁴.

Sono due, quindi, i parametri da seguire: la *ratio* della singola norma e l'individuazione del rimedio più adatto ad attuarla nel caso di specie.

Una questione risolta di recente dalla Corte di Cassazione indica con esattezza quando la contrarietà a norme imperative determina la nullità virtuale del contratto. Si tratta della problematica relativa alle conseguenze sui contratti di investimento delle violazioni delle obbligazioni gravanti sugli intermediari finanziari previsti dal Testo Unico della Finanza (d. lgs. 58/1998) e dai regolamenti della Consob.

Per un primo orientamento, avendo queste regole natura imperativa, la loro eventuale violazione dovrebbe determinare la nullità virtuale del contratto. Invece, per un differente indirizzo, seguito dalla Corte di Cassazione, i confini della nullità non coincidono con quella della violazione delle norme imperative: per aversi la nullità virtuale è necessario che la contrarietà alle norme imperative riguardi elementi intrinseci al contratto, come il contenuto o la struttura dell'accordo (Cass., 29 settembre 2005, n. 19024). Con una sentenza a Sezioni Unite si è definitivamente

² M. NUZZO, *Negoziio illecito*, in *Enc. Giur.*, vol. XX, Roma, 1990.

³ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, p. 199 ss.

⁴ Così, in modo limpido, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano 1995, p. 43.

precisato che, in mancanza di un'espressa indicazione della legge, la violazione di un obbligo determina nullità se tale situazione incide sulla struttura e sugli elementi essenziali del contratto mentre genera responsabilità se l'obbligo incide su di un comportamento delle parti (Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724).

b) La carenza strutturale. Il contratto illegale.

Al comma secondo dell'art. 1418 c.c. si prevede la nullità per mancanza di uno dei requisiti indicati nell'art. 1325 c.c.: l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma. In tal caso, si ha una vera e propria incompletezza della fattispecie costitutiva del negozio.

b) Il contratto illegale

Esaminiamo le singole ipotesi.

- 1) Il difetto dell'accordo non deve consistere, per essere causa di nullità, in una semplice perturbazione della libertà del volere di un contraente (che è causa di annullabilità del negozio per incapacità o per vizio del consenso), ma nella più radicale esclusione del consenso. Si pensi, ad esempio, alla violenza fisica od assoluta, ove l'intensità della pressione esercitata e i mezzi impiegati sono tali da escludere la riferibilità della volontà al soggetto della dichiarazione; od ancora alle ipotesi di incapacità giuridica o di falsità del negozio.
- 2) Si ha, invece, mancanza della causa (per l'ipotesi in cui essa sia semplicemente viziata vedi, *infra, sub c)*) quando il negozio sia originariamente inidoneo a realizzare la propria funzione, come avviene nell'ipotesi di acquisto di cosa propria.
- 3) Si ha mancanza dell'oggetto quando il bene non esista o non possa essere individuato o il contenuto del contratto sia tanto indeterminato da non consentire l'individuazione delle prestazioni principali a carico delle parti, sicché il regolamento negoziale, in tali casi, non può essere realizzato.

Significativo esempio di tale specie di nullità è l'ipotesi di contratto preliminare di società mancante dell'indicazione del tipo societario.

- 4) Infine, nullità può aversi nell'ipotesi in cui le parti non rispettino un requisito di forma richiesto per la validità dell'atto (art. 1350 c.c.) e non solo per soddisfare esigenze probatorie (v., ad es., l'art. 1967 c.c.).

c) Il contratto illecito

c) Il contratto illecito

Sempre al comma secondo dell'art. 1418 c.c. trova disciplina l'ipotesi di illiceità della causa del contratto, intendendosi per tale, a norma dell'art. 1343 c.c., la causa che sia contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (v. Cap. III, p. 263 n. 4).

In questa ipotesi, diversamente da quanto previsto al comma primo del medesimo articolo 1418 c.c., la contrarietà a norme imperative comporta necessariamente la nullità del contratto, non essendo qui prevista la riserva di una diversa disposizione di legge.

L'ordine pubblico è volto a sanzionare la nullità dell'atto, che pur non connessa alla violazione di un'apposita norma proibitiva, sia in contrasto, tuttavia, con principi fondamentali dell'ordinamento e delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute. Si pensi agli artt. 2, 3 co. 3, 41, 42 della Costituzione, ma anche alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo proclamata dall'Assemblea generale

dell'ONU il 19 dicembre 1948, alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950 (CEDU), al Trattato di Roma del 25 marzo 1957, a tutte le fonti del Diritto Comunitario Europeo compresa la Carta dei diritti fondamentali.

d) Il contratto
immorale

d) Il contratto immorale

Il buon costume esprime valori inderogabili tratti dalla coscienza sociale ovvero dalla morale nella sua dimensione non etico-psicologica, bensì oggettivamente rilevabile in un determinato contesto storico-sociale.

La nozione comprende, oltre ai negozi che infrangono le regole del pudore sessuale e della decenza, anche quelli che urtano contro i principi e le esigenze etiche della coscienza collettiva, elevata a livello di morale sociale in un determinato momento ed ambiente.

Riassumendo, si può precisare quanto segue.

La violazione delle norme imperative e dell'ordine pubblico determina l'**illiceità** del contratto e la disciplina della nullità subisce alcune deroghe: si reputa che non sia possibile la sua conversione; il testamento e la donazione non sono, in tal caso, suscettibili di conferma ai sensi degli artt. 590 e 799 c.c. Lo stesso codice prevede una disciplina particolare per la transazione relativa a un contratto illecito (art. 1972 c.c.), per il contratto di lavoro la "cui nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa" (art. 2126 c.c.) e per la simulazione quando la domanda è diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato (art. 1417 c.c.).

Si ha negozio **immorale** quando le parti si propongono uno scopo che costituisce offesa al buon costume e in tal caso il contraente non può richiedere quanto ha pagato se la prestazione eseguita costituisce, anche da parte sua, un'offesa al buon costume (art. 2035 c.c.).

Si definisce **illegale**, invece, il negozio che ha una semplice deficienza strutturale ed è quindi incompleto, ed al più irrilevante, ma non per questo illecito. Ad esso si applicherà per intero la disciplina della nullità.

e) La frode alla legge

Merita di essere ricordata, in particolare, la disposizione contenuta nell'art. 1344 c.c., su cui ci siamo già soffermati nel Capitolo 3. Secondo la norma si reputa illecita la causa quando il contratto costituisca "il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa" (v. Cap. III, p. 272 n. 4.9).

In tale ipotesi la nullità del contratto deriva dalla sua idoneità, specie tramite atti e negozi collegati, ad eludere l'applicazione della norma imperativa, realizzando, in contrasto con essa, un risultato analogo a quello vietato.

e) La frode
alla legge

f) I motivi illeciti

Sempre al comma secondo dell'art. 1418 c.c. si dà rilievo alla illiceità dei motivi (art. 1345 c.c.). Quando le parti si sono determinate alla conclusione del contratto esclusivamente per un motivo illecito ad esse comune, il contratto è nullo. E' illecito il motivo che si identifica con una finalità che risulta essere vietata dall'ordinamento, poiché contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon

f) I motivi
illeciti

costume, ovvero poiché diretta ad eludere, mediante detta stipulazione, una norma imperativa⁵.

Disposizione questa che trova riscontro anche in materia testamentaria (art. 626 c.c.) e per il contratto di donazione (art. 788 c.c.), ove si prescrive la nullità del negozio in presenza di un motivo espresso nell'atto dal testatore o dal donante che risulti essere l'unico ad aver determinato il disponente al suo compimento.

g) I requisiti dell'oggetto

È sempre il comma secondo a prevedere come causa di nullità la mancanza nell'oggetto contrattuale di uno dei requisiti prescritti dall'art. 1346 c.c., ovvero della possibilità, liceità e determinabilità del medesimo.

g) I requisiti dell'oggetto

Il profilo della possibilità dell'oggetto del contratto non rileva che al momento di produzione degli effetti del contratto: come afferma l'art. 1347 c.c., il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine.

Si usa distinguere tra impossibilità materiale e impossibilità giuridica. La prima ipotesi si verifica quando l'oggetto del contratto è una prestazione irrealizzabile o un bene inesistente. Il profilo dell'impossibilità giuridica dell'oggetto ricomprende invece tutte le ipotesi in cui il contratto ha ad oggetto beni o attività che non possono essere dedotti in un rapporto giuridico. Ad esempio, è nullo il contratto di vendita tra privati avente ad oggetto un terreno incluso nel demanio di uso civico⁶.

Per quanto riguarda, invece, il requisito della liceità dell'oggetto del contratto, si può fare riferimento a un contratto di appalto contratto di appalto per la costruzione di un immobile senza concessione edilizia. In questo caso, il contratto è nullo e l'appaltatore non può pretendere il corrispettivo dovuto.

Fino a qualche tempo fa, parte della giurisprudenza di merito e della dottrina includevano tra le fattispecie di negozio nullo per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto, la cosiddetta fideiussione *omnibus* (fideiussione generale o fideiussione passiva bancaria). L'ampia formula contenuta nel modello predisposto dall'Associazione Bancaria Italiana non consentiva al fideiussore di prevedere, nel momento in cui concludeva il contratto, l'entità del debito garantito, sicché era impossibile, talvolta, determinare con precisione l'obbligazione assunta. Una nuova disposizione legislativa in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari (L. 17 febbraio 1992, n. 154) ha risolto il problema, stabilendo che l'oggetto della fideiussione futura deve essere determinato con la previsione di un importo massimo garantito (art. 1938 c.c.) (v. Cap. III, p. 256).

Di recente, la disciplina codicistica sulla determinabilità dell'oggetto del contratto è stata impiegata in tema di multiproprietà immobiliare. Questo contratto si caratterizza per il diritto di godimento turnario di un medesimo bene da parte di una pluralità di soggetti e richiede che sia indicata la quota di ciascuno comproprietario come effettiva entità della partecipazione al godimento dell'alloggio, non risultando sufficiente la previsione del solo periodo di godimento dell'immobile riservato all'acquirente. Poiché il contratto preliminare deve contenere tutti gli elementi essenziali del futuro contratto definitivo, la Cassazione ha

⁵ Cass., 09 luglio 2009, n. 1630, in *Obbl. e Contr.*, 2009, 12, p. 1008.

⁶ Cass., 03 febbraio 2004, n. 1940, in *Notariato*, 2005, 2, p. 135.

affermato che è nullo per indeterminatezza e indeterminabilità dell'oggetto un contratto preliminare di multiproprietà che sia privo dell'indicazione della quota di ciascun comproprietario o dei criteri per la sua determinazione millesimale⁷.

h) Gli altri casi stabiliti dalla legge

Dispone infine l'art. 1418, co. 3, c.c., che il contratto "è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge".

h) Gli altri
casi stabiliti
dalla legge

Si tratta di ipotesi di nullità diffuse nel codice ed oramai di largo impiego nella legislazione speciale.

In particolare, nel codice civile possono ricordarsi, tra le tante significative disposizioni, quelle contenute negli artt. 1471 c.c. (divieti speciali di comprare), 1815 c.c. (nullità della pattuizione di interessi usurari), 1939 c.c. (validità della fideiussione), 1972 c.c. (transazione su titolo nullo), alcune delle quali dispongono trattamenti affatto peculiari dell'atto nullo. Come avviene, tra l'altro, in materia di nullità del contratto di lavoro e di quello di società per azioni (si vedano gli artt. 2126 e 2332 c.c.).

Nella legislazione speciale, tra le numerose ipotesi, possono ricordarsi la nullità dei contratti relativi ad unità immobiliari edificate in mancanza di concessione (art. 15, L. 28 gennaio 1977, n. 10; artt. 17 e 18, L. 28 febbraio 1985, n. 47) o dei patti diretti a limitare la durata legale del contratto di locazione ed in genere ad attribuire al locatore un canone maggiorato od altro vantaggio contrario alla legge (art. 79, L. 27 luglio 1978, n. 392) oppure la legge sulla tutela della concorrenza e del mercato (L. 10 ottobre 1990, n. 287).

In questo articolato quadro normativo può cogliersi anche una possibile qualificazione della nullità come "sanzione".

Si pensi alla legge 28 febbraio 1985, n. 47, sul condono edilizio. In particolare, all'art. 18 si prevede che i contratti traslativi o che costituiscono o sciolgono la comunione di diritti reali relativi a terreni sono nulli ove agli atti non sia allegato il certificato di destinazione urbanistica, contenente tutte le prescrizioni urbanistiche riguardanti l'area interessata. La norma opera nel quadro dei provvedimenti volti a colpire le lottizzazioni abusive dei terreni ed aggiunge agli altri strumenti (pagamento di una multa, demolizione di edifici) una ulteriore sanzione: la nullità del contratto, rifiutando ad esso la propria protezione.

Giurisprudenza

"In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta

⁷ Cass., 16 marzo 2010, n. 6352, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, 10, p. 1070.

esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base all'art. 6 l. n. 1 del 1991) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso" (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12).

“La violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto, giacché l'art. 1418, primo comma, cod. civ., con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", impone all'interprete di accertare se il legislatore, anche in caso di inosservanza del precetto, abbia del pari consentito la validità del negozio, predisponendo un meccanismo idoneo a realizzare gli effetti voluti dalla norma. Pertanto, la vendita di un fondo, compiuta senza il rispetto delle norme sul diritto di prelazione di cui agli artt. 8 della legge n. 590 del 1965 e 7 della legge n. 817 del 1971, non è nulla, né ai sensi dell'art. 1418 cod. civ. né ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., comportando quella violazione non l'invalidità della vendita bensì l'eventuale esercizio del diritto di riscatto del fondo che, se controverso, instaura un giudizio di accertamento circa l'appartenenza del diritto di proprietà dell'immobile e può produrre la sostituzione "ex tunc" del titolare pretermesso nella stessa posizione del terzo acquirente nel negozio concluso. Ne consegue che l'eventuale esperimento di altre azioni - di nullità, inefficacia o simulazione del contratto di vendita in violazione di quel diritto -, pur potendo essere contemporaneo, se funzionalmente collegate all'esercizio del diritto di riscatto, non è tuttavia implicito nell'esperimento dell'azione posta a tutela del diritto di riscatto e, quindi, per poter procedere al relativo esame deve, comunque, essere stato rispettato il principio della domanda” (Cass. 25 luglio 2008, n. 20428, in *Mass. Giur. It.*, 2008).

“l'eventuale violazione di regole di comportamento da parte di un contraente - al di fuori delle ipotesi di annullabilità del contratto per vizi del volere, che qui non è nemmeno adombrata può implicare solo conseguenze sul piano risolutorio e risarcitorio, ma non di certo la nullità del contratto medesimo” (Cass. 03 giugno 2010, n. 13477, in <http://www.italgiure.giustizia.it/>).

“(…) ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità” (Cass. 14 dicembre 2010, n. 25222, in <http://www.italgiure.giustizia.it/>).

3.2. L'azione di nullità

La valutazione negativa che l'ordinamento opera sul contratto nullo implica una serie di conseguenze che il codice civile descrive negli articoli 1421, 1422, 1423 e 1424.

L'atto di autonomia, si è detto, non può produrre i suoi effetti, perché contrario all'interesse superiore ad un ordinato svolgimento del traffico giuridico e ciò comporta peculiari caratteri dell'azione volta a dichiarare la nullità.

La sentenza del giudice che accoglie la domanda ha natura dichiarativa, giacché, a differenza del contratto annullabile, l'atto non può produrre effetti e il giudice si limita a constatare tale sua inidoneità.

Si può discutere se si tratti di una mera azione di accertamento che mira a rimuovere l'incertezza in ordine alla validità del contratto o se invece essa sia volta a eliminare ogni giuridica rilevanza dell'atto.

Certo è che la sentenza sarà necessaria per rimuovere il titolo costitutivo di eventuali diritti o pretese e per eliminare il pregiudizio che esso è idoneo a produrre fra le parti e nei confronti dei terzi.

Si pensi ad un atto di compravendita nullo che sia trascritto nei registri immobiliari: sarà necessaria la proposizione della domanda di nullità e la sua trascrizione se si vuol evitare che terzi, che hanno acquistato in base all'atto nullo, possano, nel caso previsto dall'art. 2652 n. 6 c.c., fare salvo il loro diritto.

L'art. 1421 prevede che la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere anche rilevata d'ufficio dal giudice.

Dunque, chiunque sia pregiudicato dal contratto può richiedere la pronuncia del giudice: in primo luogo gli autori del negozio⁸, ma anche tutti coloro che sono titolari di una situazione giuridica dipendente dal titolo (si pensi al creditore di una parte; a chi ha prestato garanzia in suo favore; ma anche ai terzi a cui sarebbe opponibile il contratto nullo).

Sia chiaro che la legittimazione generale all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 c.c., deve essere letta in armonia con i principi generali del processo: l'attore deve dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire (art. 100, c.p.c.), non potendo tale azione essere proposta sotto la specie di un fine generale di attuazione della legge. Pertanto, l'attore ha l'onere di dovere dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire. In mancanza della prova della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto e il conseguente danno alla propria sfera giuridica, l'azione stessa non è proponibile.

In considerazione dell'interesse superiore che è alla base di questa azione, il giudice stesso può dichiarare, senza che alcuno lo richieda, la nullità dell'atto.

Occorre ricordare, però, che la giurisprudenza reputa necessario coordinare tale potere del giudice con i principi generali del processo. Così, ad esempio, la possibilità per il giudice di legittimità di rilevare d'ufficio la nullità non legittima la possibilità di dedurre per la prima volta con il ricorso per cassazione una ragione di nullità che implichi nuove indagini di fatto non consentite nel giudizio in Cassazione. Pertanto, in questo grado del procedimento, la rilevanza d'ufficio

La natura dichiarativa della sentenza che accoglie la domanda.

La legittimazione attiva a proporre la domanda.

La rilevanza d'ufficio della nullità.

⁸ Cass., 27 luglio 1994, n. 7017, in *Mass. Giur. It.*, 1994.

opera solo nell'ipotesi in cui la nullità medesima derivi da elementi già acquisiti in causa e risultanti dalla sentenza impugnata.

Tra gli altri principi processuali rileva quello del giudicato. Sebbene la nullità del contratto sia rilevabile in ogni stato e grado del giudizio, qualora in primo grado sia stata dichiarata la validità del contratto e la sentenza non sia impugnata per questo capo, il giudicato interno impedisce il riesame della stessa questione⁹.

Inoltre, il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità va coordinato con il principio della domanda: solo se "sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice può rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto". In omaggio a tale principio, si ritiene pacificamente che il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità quando la parte abbia richiesto l'esatto adempimento.

Più controversa, almeno sino alla pronuncia delle Sezioni Unite, era invece la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la nullità anche qualora la parte avesse chiesto non la nullità, ma la risoluzione del contratto. A prevalere era l'indirizzo contrario¹⁰, che, a ben vedere, era criticabile se si considera che oggetto del processo è non solo il fatto estintivo ma il rapporto su cui rileva il fatto estintivo. Con una importante sentenza del 2012, si è aperto a questa eventualità e si è riconosciuto che la nullità del contratto sia un evento impeditivo logicamente presupposto all'azione di risoluzione. Oggi dunque, il giudice ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti "ex actis", ogni forma di nullità (che non sia soggetta a regime speciale) e, provocato il contraddittorio sulla questione, ha il potere di rigettare la domanda di risoluzione¹¹.

Sempre l'art. 1421, nel prevedere l'ampia legittimazione all'esercizio dell'azione, fa salva l'esistenza di "diverse disposizioni di legge", che limitano a certi soggetti la proponibilità dell'azione.

In tal caso, si parla di una nullità relativa contrapposta alla absolutezza dei "normali" casi di nullità; ma la relatività dell'azione non è eccezionale, perché trova il suo fondamento positivo nella norma che disciplina la legittimazione (art. 1421 c.c.).

Di conseguenza, l'atto sarà disciplinato come ogni figura di nullità, anche se il vizio potrà essere fatto valere solo da uno o più soggetti che la legge indica.

L'azione di nullità è imprescrittibile e può, teoricamente, essere fatta valere senza limiti di tempo.

L'art. 1422 c.c. precisa, però, che la situazione sorta da un titolo nullo può consolidarsi per altre vicende connesse al decorso del tempo.

Si pensi ad un contratto di vendita nullo in esecuzione del quale il bene è consegnato all'acquirente: qualora tale soggetto permanga nel possesso della cosa per il tempo necessario all'usucapione (art. 1158 c.c.), ne acquisterà la proprietà. Sicché l'eventuale azione di nullità del contratto non può influire su di un acquisto maturato ad altro titolo.

Allo stesso principio è ispirata l'ulteriore ipotesi contenuta nella norma.

⁹ Cass., 20 agosto 2009, n. 18540.

¹⁰ Cass., 11 marzo 1988, n. 2398, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1936.

¹¹ Cass. Sez. Un., 04 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, 11, p. 869 nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevanza officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: eppur si muove?*.

Proposta l'azione di nullità ed ottenuta la sentenza del giudice, la parte potrà richiedere la restituzione di quanto ha pagato in adempimento del contratto (art. 2032 c.c.), ma l'azione è soggetta all'ordinario termine di prescrizione di dieci anni (art. 2946 c.c.), trascorso il quale il diritto alla restituzione si estingue.

Giurisprudenza

“La legittimazione generale all'azione di nullità, prevista dall'art. 1421 cod. civ., non esime l'attore dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse, a norma dell'art. 100 cod. proc. civ., non potendo tale azione essere esercitata per un fine collettivo di attuazione della legge. (Nella specie, in applicazione del principio, la S.C. ha dichiarato improponibile la domanda di un cittadino che, promossa una raccolta di firme contro la vendita di un edificio comunale, aveva chiesto di invalidarla ai sensi dell'art. 1471, n. 1, cod. civ.)” (Cass., 04 febbraio 2014, n. 2447).

“Il potere officioso del giudice di rilevare la nullità in materia di contratti sussiste tutte le volte in cui l'esame della loro validità costituisca una, sia pure implicita, questione pregiudiziale rispetto alla domanda, come nella ipotesi in cui sia chiesto l'adempimento del contratto, non potendosi prescindere dall'accertamento, appunto, della validità ed efficacia del negozio posto a fondamento della pretesa. (Nella specie, la S.C., sulla scorta dell'enunciato principio, ha confermato la sentenza impugnata con la quale, a fronte dell'esercizio di un'azione *ex art.* 2932 c.c., era stata accertata e dichiarata d'ufficio l'invalidità del contratto preliminare di compravendita immobiliare, sia per la genericità dell'indicazione dei beni che per il rinvio espresso ad ulteriori verifiche a farsi, con conseguente inesistenza di alcuni requisiti essenziali per la validità di detto contratto)” ([Cass., 28 maggio 2007, n. 12398](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5).

“Il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto dev'essere coordinato con il principio della domanda, sancito dagli art. 99 e 112 c.p.c., sicché, quando sia la parte a chiedere la dichiarazione di invalidità di un atto pregiudizievole, la pronuncia del giudice deve essere circoscritta alle ragioni di illegittimità denunciate dall'interessato, senza potersi fondare su elementi rilevati d'ufficio o tardivamente indicati. (Nella specie, riferita a domanda di risoluzione di un contratto di compravendita di un terreno, acquistato a scopo edificatorio e rivelatosi inedificabile per insufficienza della superficie minima, la S.C. ha cassato la sentenza d'appello, che aveva dichiarato la nullità del contratto, per mancanza originaria della relativa causa, sulla base di una *causa petendi* e di una situazione di fatto non dedotte dalla parte interessata)” ([Cass., 17 maggio 2007, n. 11550](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 5).

“Alla luce del ruolo che l'ordinamento affida alla nullità contrattuale, quale sanzione del disvalore dell'assetto negoziale e atteso che la risoluzione contrattuale è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, il giudice di merito, investito della domanda di risoluzione del contratto, ha il potere-dovere di rilevare dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti "ex actis", una volta provocato il contraddittorio sulla questione, ogni forma di nullità del contratto stesso, purché non soggetta a regime speciale (escluse, quindi, le nullità di protezione, il cui rilievo è espressamente rimesso alla volontà della parte protetta); il giudice di merito,

peraltro, accerta la nullità "incidenter tantum" senza effetto di giudicato, a meno che sia stata proposta la relativa domanda, anche a seguito di rimessione in termini, disponendo in ogni caso le pertinenti restituzioni, se richieste" (Cass. Sez. Un., 04.09.2012, in <http://www.italgiure.giustizia.it/>).

3.3. La conversione e la conferma

Il contratto nullo non può essere convalidato se la legge non dispone diversamente e non può produrre, quindi, i suoi effetti tipici (art. 1423 c.c.).

Le norme che prevedono un'apparente sanatoria dell'anomalia o del vizio esprimono, a ben vedere, una logica diversa anche se molto controversa.

L'art. 590 c.c. afferma che la nullità della disposizione testamentaria, da qualunque causa dipenda, non può essere fatta valere da chi, conoscendo la causa di nullità, ha, dopo la morte del testatore, confermato o dato esecuzione alla disposizione testamentaria.

E l'art. 799 c.c. ripete che gli eredi e gli aventi causa dal donante non possono far valere la nullità se conoscendone la causa, hanno, dopo la morte del donante, confermato o dato esecuzione alla donazione.

La conferma e l'esecuzione volontaria producono l'unico effetto della perdita (per chi confermi o esegua) della possibilità di far valere la nullità, e le conseguenze che si producono dal testamento e dalla donazione non dipendono né da quegli atti che restano invalidi, né dalla conferma o dall'esecuzione, ma direttamente dalla legge.

Il contratto nullo può, invece, essere oggetto di conversione.

Anche in tal caso non produce i suoi effetti, ma quelli di un contratto diverso, se ricorrono le condizioni indicate nell'art. 1424 c.c.

Occorre tener ben presente che le parti, in tal caso, non eliminano il vizio né conservano gli elementi "sani" della fattispecie.

Tutto si produce sul piano degli effetti.

La legge prevede che il negozio nullo possa produrre gli effetti di un negozio diverso, qualora la fattispecie contenga i requisiti di sostanza e di forma di quel negozio e quando, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, in base ad un giudizio obbiettivo ed equilibrato, si possa ritenere che esse avrebbero voluto il negozio diverso se avessero conosciuto la nullità dell'atto che in realtà hanno concluso.

Si parla di conversione formale quando l'atto posto in essere dalle parti sia affetto da un vizio, ma contenga in sé gli elementi di una fattispecie che le parti possono concludere in una forma diversa.

L'atto pubblico può essere ricevuto da un pubblico ufficiale non competente. In tal caso, l'atto è nullo, ma se è sottoscritto dalle parti varrà come scrittura privata.

In questi casi si prescinde, ovviamente, da un'analisi sulla volontà dei contraenti.

Del tutto diversa è invece l'ipotesi di rinnovazione del contratto, che si ha allorché le parti decidono di concludere un nuovo contratto che sostituirà quello affetto da nullità.

Non si ha qui né eliminazione del vizio né conversione, ma solo conclusione di un diverso e nuovo contratto, che produrrà i suoi effetti dal momento della stipulazione.

La rinnovazione
del contratto.

I contraenti potranno anche prevedere la sua retroattività sino alla data di conclusione del primo accordo, ma senza pregiudicare i diritti dei terzi.

Giurisprudenza

“L’art. 1424 c.c. sulla conversione dei contratti nulli si applica, in virtù del richiamo operato dall’art. 1324 c.c., anche ai negozi unilaterali, a condizione che l’atto contenga i requisiti di sostanza e di forma dell’atto diverso e che l’atto convertito risponda allo scopo perseguito con quello nullo. Ne consegue che il diniego di rinnovazione della locazione ex art. 29 legge n. 392 del 1978, nullo in relazione alla prima scadenza, ben può convertirsi in una disdetta cosiddetta «semplice» o a regime «libero» (non essendo richiesto che sia motivata) valida per la seconda scadenza contrattuale, recando il contenuto inequivocabile della manifestazione di volontà contraria alla prosecuzione o alla rinnovazione del rapporto” (Cass. 7 gennaio 2011, n. 263, in <http://www.italgiure.giustizia.it/>)

“Ai sensi dell’art. 122 della legge n. 633 del 1941 sul diritto di autore, il contratto di edizione, pur nella varietà di contenuto che può assumere nei singoli casi, rientra in due fondamentali fattispecie: la prima, "contratto di edizione per edizione", in cui la durata del rapporto è legislativamente fissata (venti anni), ed è predeterminato dalle parti il numero delle edizioni e degli esemplari, stabilendosi, peraltro, che in mancanza delle indicazioni richieste o di altre speciali pattuizioni sostitutive, il contratto si intende stipulato per una sola edizione e per il numero massimo di duemila esemplari; la seconda, "contratto di edizione a termine", in cui, nel termine fissato dalle parti, che non può comunque eccedere i venti anni, è conferito all’editore un ampio potere dispositivo in ordine allo sfruttamento dell’opera, con il diritto di eseguire quel numero di edizioni e per il numero di esemplari per edizione che reputi necessario a sua discrezione, stabilendosi, tuttavia, in considerazione della posizione egemonica dell’editore medesimo ed a tutela del contraente più debole, che sia almeno indicato, a pena di nullità del contratto, il numero minimo di esemplari per ogni edizione. Tuttavia nell’ipotesi in cui il contratto di edizione a termine contenga solo l’indicazione della prima edizione con il numero di copie, non può prodursi la conversione del predetto contratto, carente delle indicazioni richieste a pena di nullità, con il contratto di edizione per edizione in quanto caratterizzato da un oggetto diverso e non rientrante per continenza nel primo mentre, in applicazione dell’art. 122, quarto comma legge n. 633 del 1941 il contratto di edizione a termine deve intendersi stipulato per una sola edizione ed un massimo di duemila esemplari” (Cass., 23 luglio 2010, n. 17279, in <http://www.italgiure.giustizia.it/>).

“Per decidere se ricorra la possibilità di conversione del contratto nullo, ai sensi dell’articolo 1424 cod. civ., deve procedersi ad una duplice indagine, l’una rivolta ad accertare la obiettiva sussistenza di un rapporto di continenza tra il negozio nullo e quello che dovrebbe sostituirlo e l’altra implicante un apprezzamento di fatto sull’intento negoziale dei contraenti, riservato al giudice di merito, diretta a stabilire se la volontà che indusse le parti a stipulare il contratto nullo possa ritenersi orientata anche verso gli effetti del contratto diverso. (Nella fattispecie, riguardante

la cessione in uso perpetuo di posti auto all'interno di un condominio, convenuta tra due società di capitali, la S.C. ha ritenuto difettare di motivazione la sentenza di appello, per avere affermato che la durata del diritto d'uso andava ricondotta a quella massima di trent'anni dell'usufrutto a favore di persona giuridica, senza porsi il problema se le parti avessero o meno voluto tale diverso contratto)” (Cass. 05 marzo 2008, n. 6004, in *Contratti*, 2008, 8-9, 827).

“L’esecuzione spontanea del contratto da parte dei contraenti non ne sana la nullità (nella specie derivante dall’essere il negozio il risultato di un accordo criminoso tra le persone fisiche incaricate di esprimere la volontà degli enti stipulanti); tale nullità, pertanto, nel giudizio in cui sia fatta valere una pretesa fondata sul predetto contratto, deve essere rilevata, anche d’ufficio e contro la volontà delle parti, dal giudice, nel suo potere - dovere di accertare, indipendentemente dall’attività delle parti, l’esistenza dei fatti costitutivi del diritto dell’attore” (Cass., 05 giugno 2003, n. 8993, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 6).

3.4. La nullità parziale

La nullità, oltre a colpire l’intero negozio può incidere su di una sua parte o su una clausola isolata o isolabile.

In tal caso, l’art. 1419 c.c. prevede che sia nullo l’intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

Tale giudizio dovrà tener conto, in primo luogo, della situazione che il negozio voleva regolare e delle finalità che le parti intendevano perseguire.

La nullità non si estenderà, pertanto, all’intero negozio se la pattuizione viziata non è essenziale nell’ambito dell’operazione complessiva e se questa, priva della clausola o della parte nulla, possa egualmente perseguire gli interessi che le parti si proponevano di realizzare. Peraltro, avendo l’effetto estensivo della nullità della singola clausola all’intero contratto un carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, la parte che assume l’estensione ha l’onere di provare l’interdipendenza del resto del contratto dalla clausola inficiata da nullità.

Il secondo comma dell’art. 1419 c.c. introduce, però, un principio diverso per il caso in cui le clausole nulle siano sostituite di diritto da norme imperative. Opera qui il principio (già approfondito), previsto dall’art. 1339 c.c., secondo cui le clausole imposte dalla legge sono di diritto inserite nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi previste dalle parti.

La legge limita in tal caso il potere di autonomia dei contraenti e si comprende come il meccanismo di sostituzione legale del contenuto contrattuale non possa incidere sulla nullità del contratto.

Se la nullità della clausola sostituita potesse provocare la nullità dell’intero contratto, ai sensi del primo comma dell’art. 1419 c.c., sarebbe elusa del tutto la funzione che la norma vuole realizzare nel limitare la libertà delle parti. Si pensi all’ipotesi in cui i contraenti abbiano pattuito un canone di locazione per un immobile adibito ad uso abitativo superiore all’equo canone. Se la nullità della clausola potesse provocare la nullità dell’intero contratto si vanificherebbe la protezione legale del conduttore che ha interesse all’abitazione.

Si comprende, quindi, come tale contratto resti valido e la clausola relativa al canone nullo sia sostituita di diritto da quella legale.

Nullità parziale si ha anche nell'ipotesi in cui il contratto concluso da più parti, sia volto al perseguimento di uno scopo comune (si pensi al contratto di società o di associazione) e il vizio colpisca il vincolo di una sola delle parti.

Il contratto sarà del tutto o solo parzialmente invalido a seconda che la partecipazione viziata sia da considerare o meno essenziale (art. 1420 c.c.).

Giurisprudenza

“Nella vendita "in blocco" di più unità immobiliari per un unico corrispettivo, l'invalidità della cessione di uno solo dei beni ceduti determina la nullità parziale del negozio ex art. 1419 cod. civ., a meno che non sia provato che le parti non avrebbero concluso il contratto senza il trasferimento invalido, non potendo desumersi l'invalidità del contratto neanche dalla quantificazione unitaria del corrispettivo, da ritenersi comunque determinata o determinabile anche all'esito della complessiva entità del trasferimento immobiliare. (Nella specie, la S.C. ha riformato la sentenza di merito, ritenendo che l'esclusione di uno dei beni - un maso chiuso alienato senza la preventiva autorizzazione amministrativa - non determinasse l'invalidità dell'intero)” (Cass., 26 maggio 2008, n. 1356, in *Mass. Giur. It.*, 2008).

“Mentre l'effetto estensivo della nullità della singola clausola o del singolo patto all'intero contratto, avendo carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, non può essere dichiarato d'ufficio dal giudice con la conseguenza che incombe alla parte che assuma l'estensione l'onere di provare l'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dal patto inficiato da nullità, non è vero il contrario, poiché mentre nel primo caso il giudice che pronunci la nullità dell'intero contratto senza essere stato investito della relativa domanda viola il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, nel secondo caso egli pronuncia pur sempre nei limiti della domanda della parte, accogliendola solo parzialmente.” (Cass., 13 giugno 2008, n. 16017 in *Mass. Giur. It.*, 2008).

“In materia di contratti, agli effetti dell'interpretazione della disposizione contenuta nell'art. 1419 c.c., vige la regola secondo cui la nullità parziale non si estende all'intero contenuto della disciplina negoziale se permane l'utilità del contratto in relazione agli interessi con esso perseguiti, secondo quanto emerge dall'attività ermeneutica svolta dal giudice; per converso, l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità parziale costituisce eccezione che deve essere provata dalla parte interessata” ([Cass., 21 maggio 2007, n. 11673](#), in *Giust. civ. Mass.*, in 2007, 5).

3.5. Gli effetti della nullità nei confronti delle parti e dei terzi

La legge in taluni casi (vedi, ad es., gli artt. 127, 139, 590, 799, 2126, 2652 n. 6, 2332, 2377 c.c.) fa seguire ad un contratto nullo determinate conseguenze, ma al di là di tali ipotesi, esso non produce effetti.

L'atto di autonomia, riprovato dall'ordinamento, si trova in una situazione di originaria e definitiva inefficacia; le prestazioni eseguite saranno ripetibili (vedi, però, l'art. 2035 c.c.) e viene a mancare il titolo per il trasferimento di beni con esso realizzato.

Certo l'atto non è irrilevante: se le parti hanno eseguito la loro prestazione (ad es., l'acquirente ha pagato il prezzo), in fatto si è realizzato uno spostamento di ricchezza di cui si può chiedere la restituzione. Ma ciò è possibile nel termine indicato dalla legge, trascorso il quale tale possibilità è preclusa (art. 1422 c.c.).

Altre volte il contratto nullo può essere preso in considerazione come semplice fatto da cui la legge fa derivare alcune conseguenze in presenza di determinati presupposti.

Resta fermo, comunque, che il difetto o l'anomalia causa di nullità, preclude al regolamento di interessi, programmato dalle parti, di realizzare i suoi effetti tipici.

Questa totale e definitiva inefficacia implica che la nullità è opponibile ai terzi e si applica in pieno il principio in base al quale, eliminando il diritto del titolare, cadono anche le posizioni di coloro che da esso dipendono.

Un'eccezione si ha nel caso si tratti di mobili registrati o di beni immobili e l'atto nullo sia trascritto nei registri immobiliari.

Una eccezione:
art. 2652, n. 6
c.c.

L'art. 2652, n. 6, c.c. prevede che, se la domanda di nullità è trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti di chi ha acquistato in buona fede, in base ad un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda. Si parla, in tal caso, di pubblicità sanante della trascrizione, ma impropriamente, perché non è sufficiente tale mezzo per sanare l'atto, che resta invalido e non produce, anche qui, i suoi effetti. La fattispecie richiede la buona fede di chi ha acquistato in base ad un titolo nullo e mira a proteggere l'apparenza creata, per i terzi di buona fede, appunto, dal sistema di pubblicità degli atti.

3.6. L'evoluzione della nullità in Italia e in Europa

L'invalidità è configurata nei vari ordinamenti e nelle fonti post-codicistiche in modo molto diverso.

Nei codici dell'ottocento e del novecento, si è detto, esistono tre configurazioni diverse: in Francia c'è una categoria unitaria di nullità; in Germania si diversificano le figure; in Italia si segue tale modello e si disciplina l'annullabilità e la nullità.

Nelle fonti successive mutano ancora molte cose. Nel sistema del diritto privato comunitario (l'insieme delle direttive recepite dai vari ordinamenti) domina la nullità.

Nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci tra professionisti, si rinuncia a dettare una disciplina delle invalidità, perché si reputa difficile trovare una regola che tenga conto di tutte le diversità nazionali.

Nei Principi (Principi Lando e Principi Unidroit) l'invalidità è strutturata in una forma unitaria che richiama i tratti fondamentali delle ipotesi di annullabilità.

Il quadro è dunque articolato. Esistono soluzioni diverse nei vari ordinamenti e nelle ipotesi di uniformazione su cui non c'è un consenso generale. La materia è in una fase di ripensamento. Si può solo indicare che cosa muta rispetto al passato e quali sono i cambiamenti più rilevanti.

- a) La *concezione classica di invalidità* si basa su due tratti precisi. Il rimedio attiene al fatto e individua un difetto originario o una mancanza di un requisito essenziale della fattispecie. Esprime incompletezza, imperfezione, contrarietà ad un fine o ad un risultato vietato dal sistema. a) Concezione classica di invalidità
- b) *L'evoluzione*. Muta l'assetto economico, gli interessi, i bisogni; muta in modo radicale la disciplina dei rapporti tra privati che si svolgono nel mercato e muta la disciplina stessa del mercato come istituzione giuridica. Ciò comporta la necessità di disciplinare nuovi interessi, di valutare la conformità dell'assetto negoziale rispetto ai nuovi valori. Vi sono nuove ipotesi di conformazione delle posizioni soggettive, si disciplinano categorie di contraenti che necessitano di discipline differenziate e muta anche profondamente la funzione dell'invalidità e il modo di concepirla. Nelle fonti successive al codice si deve tenere conto di questa evoluzione: l'invalidità non ha solo l'esigenza di valutare la conformità tra contratto posto in essere in concreto dalle parti e schema astratto di fattispecie prevista nel codice. La legislazione speciale si ripropone di conformare l'agire dei privati e l'assetto negoziale per realizzare certe finalità nella disciplina del mercato e nella tutela di operatori e consumatori. La disciplina dell'invalidità deve adattarsi a questo diverso atteggiamento della legge nei confronti dell'agire dei privati. b) L'evoluzione
- c) *Il superamento dell'alternativa tra interesse pubblico e privato*. La nullità del codice presuppone la violazione di un interesse pubblico, esprime l'idea di impedire che l'assetto privato sia contrario ad un assetto generale, mentre l'annullabilità è azione che fa emergere una posizione soggettiva, un difetto di capacità, di volontà. Le nuove nullità di protezione sono, invece, ipotesi che proteggono una parte che appartiene ad una pluralità di soggetti destinatari di una normativa di protezione. La nullità serve, dunque, a proteggere anche interessi di categoria e non soltanto interessi pubblici. c) Il superamento dell'alternativa tra interesse pubblico e privato
- d) *Dal giudizio ex ante al giudizio ex post*. Il giudizio che dà luogo alla nullità in passato poteva farsi *a priori*, confrontando la fattispecie astratta con quella concreta prima della conclusione del contratto. Si trattava di un giudizio in grado di individuare *a priori* se il contratto fosse in contrasto con la fattispecie astratta. Nelle nullità speciali, invece, il giudizio può compiersi spesso solo con riguardo alla natura degli interessi coinvolti, dunque *ex post*, quando il contratto è concluso, tenendo conto di quale è la posizione delle parti, di come sono stati disciplinati gli interessi. La novità è significativa ed è chiaro a cosa conduce questa evoluzione. È difficile ricostruire una nozione unitaria di invalidità e di nullità. d) Dal giudizio ex ante a quello ex post
- e) *La invalidità si storicizza, relativizza, e atomizza*¹². Si storicizza perché segue l'evoluzione dei tempi. Mutando il trattamento di una serie di rapporti, non può non mutare la disciplina giuridica che quei fenomeni deve regolare. Si relativizza perché è difficile ricondurre ad unità le varie figure. Si frantuma in tanti modelli e in tanti statuti normativi. e) Nullità che si storicizza, relativizza e atomizza

¹² V. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 199 ss.

- f) *La nullità fra codice e discipline speciali.* La disciplina delle nullità speciali non è affatto incompatibile con la struttura fondamentale del codice. In almeno due norme sulla nullità si trova già un'apertura verso modelli diversi rispetto a quelli disciplinati nel libro IV del codice. Nell'art. 1418 sono comprese valutazioni diverse: dal difetto strutturale della fattispecie, alla illiceità, alla carenza di un elemento essenziale fino al terzo comma che dispone che il contratto è nullo quando la legge lo prevede. Sicché è la legge che può attecchire quella forma di nullità come lo reputa opportuno. Nell'art. 1421 c.c. si disciplina la legittimazione e si apre a diverse figure di nullità con l'espressione "salvo che la legge preveda diversamente".
- g) *Il dato comune*
- h) *Sintesi*
-) *Il dato comune.* La nullità si modella sulla rilevanza dell'interesse perseguito, sulle figure e le forme di assetto dell'atto di autonomia con un dato concettuale comune: gli atti invalidi sono inidonei a produrre effetti stabili e permanenti. Potrà mutare la valutazione in ordine alla legittimazione, ma in fondo all'azione di invalidità c'è sempre un problema da risolvere: **colpire un atto che non può per l'ordinamento produrre effetti stabili e permanenti. Il dato comune è la inidoneità dell'atto invalido a produrre gli effetti.**
- h) *Una visione di sintesi a cavallo di due secoli.* Nella disciplina dell'invalidità il diritto positivo è in netta contraddizione con il passato. Nella prima parte del '900 tendenze giacobine, hegeliane, fasciste e marxiste hanno suggerito di contrapporre l'interesse sociale o collettivo all'interesse individuale; l'invalidità è graduata sui difetti delle fattispecie e la violazione dell'interesse collettivo è un disordine inaudito, mentre la violazione dell'interesse individuale un vizio più lieve¹³. La tendenza oggi è tutt'altra. La cultura giuridica europea ha oramai compreso appieno che la nullità è un rimedio¹⁴ che oltrepassa la fattispecie e *conforma il regolamento in funzione di un fine preciso*; si frantuma in una pluralità di statuti che tagliano trasversalmente i vari modelli nazionali e i testi dei Principi¹⁵.

3.7. Nullità speciali "di protezione"

- a) *Nullità di protezione*
- a) Sono definite *nullità di protezione* per il carattere intrinseco che hanno, cioè per il fatto che sono poste a protezione non di un interesse generale ma di un

¹³ Così R. SACCO, *Il contratto*, II, a cura di G. De Nova-R. Sacco, in *Trattato di Diritto Civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2004, p. 523: "L'ingegneria sistematica approntava così il suo capolavoro. L'invalidità del contratto è gestita dal Giudice. Organo dello Stato, portatore di valori che trascendono le parti in causa, mosso e guidato da interessi a carattere collettivo e perciò pubblico".

¹⁴ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, cit., p. 199 ss.; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, p. 2002 ss.; ma v. anche il bel libro di G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, pp. 6 ss., 54 s., e per un'attenta ricostruzione anche storica I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998.

¹⁵ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit. p. 202: "Il codice ... disciplina le due *species* più rilevanti: nullità e annullabilità. La invalidità invece perde la sua tradizionale connotazione dicotomica nella normativa post-codice, per risolversi nella nullità o identificarsi con la annullabilità. Nel diritto privato comunitario scompare l'annullabilità e campeggia la solitaria figura della nullità. Il diritto privato uniforme non ritiene neppure di prenderla in considerazione ... lasciandola nel dominio dei diritti nazionali ... L'invalidità torna ad essere espressamente, e anzi minuziosamente, regolata dai Principi Unidroit" e dai Principi Lando e in entrambi "l'invalidità prevista raggruppa, fondamentalmente, ipotesi di annullabilità".

soggetto individuato, di una categoria ristretta. Il consumatore, il cliente di una banca, il cliente che contratta con un intermediario finanziario o l'impresa in stato di dipendenza economica; si tratta in ogni caso di una nullità che è riferita e che individua come destinatario della regola di protezione non la generalità dei soggetti, ma quel soggetto destinatario della regola.

b) *Nullità parziali*
b) *Nullità parziali*
b) *Sono nullità parziali*. Tendono a colpire clausole o parti del contratto in deroga parziale alla disciplina dell'art 1419 c.c.: si parla di *una nullità parziaria necessaria*. Se operasse per intero la disciplina dell'art. 1419 c.c., la funzione di protezione sarebbe incompleta. Ai sensi dell'art. 1419, "la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto", qualora si dimostri che l'altra parte non l'avrebbe concluso se avesse conosciuto la causa di nullità. Ciò determina un danno per la parte protetta, che molto spesso ha interesse alla conservazione del contratto depurato da quella clausola nulla e allora è essenziale che la nullità parziale riguardi solo una parte del tutto. Un esempio di nullità di protezione parziaria si ha nelle clausole vessatorie. L'art. 36 del Codice del consumo (e già prima l'art. 1469-*quinquies* c.c. che, però, parlava di inefficacia) dispone che "le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto". C'è una diversità rispetto all'art. 1419, la nullità riguarda la clausola e solo quella clausola ed il contratto rimane valido per il resto.

c) *Nullità relative*
c) *Nullità relative*
c) Le *nullità* di protezione sono *relative*, perché possono essere fatte valere non da chiunque vi abbia interesse ma solo dalla parte svantaggiata. Resta da precisare se queste nullità di protezione siano o meno rilevabili d'ufficio. Nel caso di contratti dei consumatori la legge lo prevede espressamente. In molti altri casi, la legge non dispone alcunché. Si pone allora un problema interpretativo che si risolve, in molti casi, riconoscendo la possibilità dell'intervento diretto del giudice perché, quando la legge prevede la nullità e lo fa indicando un soggetto destinatario del rimedio, intende proteggere un interesse che non è disponibile anche se è un interesse che non appartiene alla generalità, ma ad una categoria di soggetti o di alcune persone individuate dalla legge. Tale interesse è in tal caso assunto come interesse generale alla protezione di una categoria di soggetti e dunque rende quella situazione soggettiva indisponibile.

In questo senso milita anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, con sentenze vincolanti l'interprete, ha affermato che il rilievo d'ufficio da parte del giudice è necessario a garantire l'effettiva tutela del consumatore (ossia l'obiettivo primario della direttiva) e ha così riconosciuto al giudice nazionale la facoltà di pronunciarsi *ex officio* sul carattere abusivo delle clausole del contratto. Sempre con riferimento alla nullità e ai poteri del giudice, la stessa Corte di Giustizia ha chiarito che questi non deve disapplicare la clausola abusiva, qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante. Inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, al giudice europeo è concesso unicamente la facoltà di disapplicare la clausola abusiva senza poter procedere ad una sostituzione del contenuto della medesima.

In definitiva, la giurisprudenza oggi riconosce che la nullità di una clausola vessatoria di un contratto in cui una delle parti è un consumatore può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, opera solo a vantaggio del consumatore e

non travolge l'intero rapporto contrattuale limitandosi solo a rendere inefficace quella clausola (Cass., 21 marzo 2014, n. 6784).

Giurisprudenza

Tra la giurisprudenza europea, in materia di rilevanza d'ufficio rileva la sentenza *Océano* (27 giugno 2000, C-240/98), che è la prima decisione con la quale la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla disciplina delle clausole vessatorie. La Corte era stata interrogata da un giudice spagnolo con questa domanda pregiudiziale: “se la tutela assicurata al consumatore dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/Cee, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, consenta al giudice nazionale di pronunciarsi ex officio sul carattere abusivo di una di dette clausole in sede di valutazione dell'ammissibilità di un'istanza proposta dinanzi ai giudici ordinari”.

La Corte di Giustizia ha rilevato che la finalità della direttiva consiste nel perseguimento della difesa del consumatore e ha considerato che il rilievo d'ufficio della vessatorietà della clausola da parte del giudice rappresenta un mezzo indispensabile per la realizzazione di tale finalità. In tal senso ha affermato che “l'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole vessatorie non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi la illiceità di tali clausole” e che “la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7 [che prevede l'azione inibitoria collettiva], dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori”.

Nella pronuncia *Cofidis* (21 novembre 2002, causa C-473/00), la Corte afferma di nuovo che il rilievo d'ufficio da parte del giudice è necessario a garantire l'effettiva tutela del consumatore (nel caso di specie, la Corte decide che un termine di decadenza eccessivamente breve previsto da una legge nazionale per la contestazione della vessatorietà di una clausola avrebbe il significato di un divieto per il giudice nazionale di rilevare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola).

Questo indirizzo è confermato anche nella decisione *Mostaza Claro* (26 ottobre 2006, causa C-168/05). Qui il giudice europeo riconosce che la tutela dei consumatori di fronte alle clausole vessatorie “non potrebbe essere raggiunt[a] qualora il giudice investito dell'impugnazione di un lodo arbitrale non potesse valutare la nullità di tale decisione per il solo motivo che il consumatore non ha fatto valere la nullità della clausola compromissoria nell'ambito del procedimento arbitrale. Questa facoltà riconosciuta al giudice è stata ritenuta necessaria per garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto in particolare del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà per esercitarli”.

Infine, con la pronuncia *Pannon* (4 giugno 2009, causa C-243/08), si consolida ulteriormente questo principio: “il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva. Di conseguenza, il

ruolo così attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, incluso il caso in cui deve pronunciarsi sulla propria competenza territoriale”.

Sempre con riferimento ai poteri del giudice, la sentenza *Pannon* ha affermato il principio per cui il giudice nazionale, che è tenuto ad esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale, «non deve, tuttavia, in forza della direttiva, disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante».

Questo profilo è ripreso nella sentenza *Banfiş Plus Bank* (21 febbraio 2013, C-472/11). Qui si afferma che “il giudice nazionale, nell'ipotesi in cui, dopo aver stabilito, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispone, o che gli sono stati comunicati in seguito alle misure istruttorie che ha adottato d'ufficio a tal fine, che una clausola rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, constati, al termine di una valutazione cui ha proceduto d'ufficio, che tale clausola presenta carattere abusivo, esso deve, di norma, informarne le parti della controversia e invitarle a discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali.” (§ 31)

Oltre al rilievo d'ufficio e all'obbligo di realizzare un contraddittorio sul profilo di nullità, la Corte di Giustizia si è pronunciata anche con riferimento alla possibilità per il giudice di procedere d'ufficio alla sostituzione della clausola abusiva. Nella sentenza *Banco Español de Crédito* (14 giugno 2012, C-618/10) si è così affermato che “(...) i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto contratto deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile”.

3.8. Una esemplificazione

3.8.1. Nullità di protezione a tutela del “consumatore”

- a) *Contratti del consumatore* – Nei contratti stipulati tra un consumatore e un professionista le clausole vessatorie sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto (nullità parziale). La nullità opera a vantaggio solo del consumatore (nullità relativa: art. 36, co. 1 e 3, cod. cons., già art. 1469-*quinquies* c.c.). L'art. 36 del Codice del consumo definisce esplicitamente tale nullità come nullità di protezione.
- b) *Vendita di beni di consumo* – Nei contratti di vendita di beni di consumo è nullo ogni patto volto ad escludere o limitare i diritti riconosciuti al consumatore dalle norme relative a tale vendita in tema di garanzie di conformità. La nullità può

essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice (art. 134 cod. cons., già art. 1519-*octies* c.c.: nullità parziale e relativa).

- c) *Contratti bancari e di credito al consumo* – I contratti bancari che non sono redatti per iscritto sono nulli (art. 117, co. 3, d.lgs. 385/93, TUB-Testo Unico Bancario). Nei contratti bancari sono nulle le clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo o condizione, e le clausole che prevedono condizioni più sfavorevoli per il cliente rispetto a quelle pubblicizzate (art. 117, co. 6, TUB: nullità parziale).

Per la disciplina dei contratti di credito al consumo il Codice del Consumo rinvia alle norme del TUB (art. 43 cod. cons.).

I contratti di credito al consumo che non sono redatti per iscritto sono nulli (art. 124, co. 1, TUB).

Nei contratti di credito al consumo le clausole di rinvio agli usi per la determinazione delle condizioni economiche sono nulle (art. 124, co. 4, TUB: nullità parziale).

Tali nullità possono esser fatte valere solo dal cliente (art. 127, co. 2, TUB: nullità relativa).

- d) *Contratti di intermediazione finanziaria* – I contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento che non sono redatti per scritto sono nulli (art. 23, co. 1, d.lgs. 58/98 TUF-Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria). In tali contratti è nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente (art. 23 c. 2 TUF: nullità parziale).

La nullità può esser fatta valere solo dal cliente (art. 23 c. 3 TUF: nullità relativa).

Nei contratti relativi al servizio di gestione di portafogli di investimento sono nulli i patti contrari alle disposizioni dell'art. 24 TUF e tale nullità può esser fatta valere solo dal cliente (nullità parziale e relativa: art. 24, co. 2, TUF).

- e) *Contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili (multiproprietà)* – È nullo il contratto di vendita di multiproprietà che non sia redatto per iscritto (art. 71 cod. cons.) e che non faccia espressa menzione della fideiussione che il venditore deve procurare al consumatore (art. 76 cod. cons.).

È nullo anche ogni patto di rinuncia ai diritti, garantita dalle norme del Codice del consumo (art. 78 cod. cons.: nullità parziale).

- f) *Responsabilità per danni da prodotti difettosi* – È nullo ogni patto di esclusione della responsabilità (art. 124 cod. cons.: nullità parziale).

- g) *Contratti di trasferimento di immobili da costruire* – Qualora il costruttore non procuri il rilascio e non consegni all'acquirente la fideiussione prevista dalla legge, il contratto di trasferimento della proprietà di un immobile da costruire è nullo. La nullità può esser fatta valere unicamente dall'acquirente (art. 2, d.lgs. 122/05: nullità relativa).

3.8.2. Nullità di protezione a tutela della “impresa debole”

- a) *Abuso di dipendenza economica* – Il patto con il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica è nullo (art. 9, L. 192/98).

- b) *Usura*

Se sono convenuti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi (art. 1815, co. 2, c.c.: nullità parziale).

3.9. In sintesi

Nullità speciali

Alla luce di queste norme emerge un modello speciale di nullità (“di protezione”) finalizzato a proteggere uno dei contraenti.

In tutte queste ipotesi si prende atto della asimmetria di potere economico e contrattuale esistente tra le parti (impresa/consumatori o impresa forte/impresa debole). Ne segue che in molte ipotesi richiamate, le nullità di protezione sono dirette a tutelare non solo l’interesse del contraente, ma anche, seppure in via mediata e indiretta, interessi generali. Esse, infatti, mirano a garantire l’uguaglianza sostanziale dei contraenti e il buon funzionamento del mercato in termini di efficienza ed equità. Ciò perché intervenendo sui contratti, e limitando la libertà negoziale della parte più forte, si mira anche a regolare il mercato, costituito dagli scambi economici realizzati tramite i contratti. L’analisi economica ha dimostrato in proposito che gli scambi caratterizzati da asimmetrie di potere e di informazioni tra le parti portano a risultati inefficienti e ostacolano il regolare funzionamento del mercato. Limitando la libertà contrattuale del contraente più forte, pertanto, si vuol limitare l’autonomia d’impresa, per perseguire l’utilità sociale (art. 41, co. 2, Cost.).

Alla luce di tali considerazioni, si può ritenere che tale modello di nullità abbia assunto ormai natura speciale, e non eccezionale. Ciò comporta che in taluni casi esso possa essere applicato in via analogica tutte le volte che ricorra in una legge la stessa *ratio* di protezione¹⁶.

Esempi – I contratti che realizzano un abuso di posizione dominante ai sensi dell’art. 3, L. 287/90, pur in assenza di una espressa indicazione normativa possono essere considerati nulli. E tale nullità dovrebbe essere relativa e parziale. La nullità dei contratti di multiproprietà per mancanza della forma scritta o della menzione della fideiussione (art. 76 Cod. consumo) dovrebbe essere considerata relativa. Nei contratti di acquisto di pacchetti turistici la mancanza della forma prescritta (art. 85, Cod. cons.) o la mancanza/diformità degli elementi indicati dagli artt. 86 e 87, Cod. cons., dovrebbe comportare la nullità parziale e relativa.

È evidente che la dichiarazione di nullità di protezione consente al giudice di intervenire sul contratto in modo penetrante, modificando il contenuto negoziale voluto dalle parti. Il carattere parziale della nullità, soprattutto, comporta un intervento che incide sul regolamento contrattuale stipulato dalle parti, alterandolo in modo anche significativo.

Tuttavia, non si deve ritenere che in tal modo sia attribuito al giudice un potere di controllo sul contratto e di modifica secondo equità del suo contenuto. Le nullità di protezione sono previste espressamente dalla legge e si giustificano sempre sulla base di uno squilibrio (economico o contrattuale) esistente tra le parti. A tale squilibrio è sempre dato rilievo dalla norma. Talvolta alla base della nullità si trova una asimmetria informativa tra le parti o un abuso dell’altro contraente.

¹⁶ V. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.

4. La causa

Il procedimento volto alla conclusione del contratto indica le varie sequenze e le regole di condotta che esistono in questa fase ove il termine accordo ha il significato di “mettersi d'accordo”.

Ma l'art.1325 richiede la presenza di altri elementi di struttura necessari perché il contratto sia vincolante e abbia forza di legge (art. 1372). Primo fra tutti, la causa. Il ruolo di questa figura è da sempre discusso, tanto che nei progetti di uniformazione europea se ne propone l'abbandono e il Codice Olandese del 1994 non la disciplina proprio.

Causa come strumento di valutazione dell'atto di autonomia

L'idea che la causa esprima la **funzione economica e sociale del contratto** è contenuta non solo nei manuali, ma anche nelle relazioni governative e nei testi ufficiali. Vedremo subito i limiti di tale nozione. Si può solo premettere che tale elemento ha un preciso scopo. Serve a **valutare l'atto di autonomia**. È questa la sostanza della causa, qualsiasi significato le si possa attribuire. Essa risponde sempre a una esigenza di **controllo** delle conseguenze che i contraenti intendono realizzare.

La storia ci ricorda spesso che l'accordo non è sufficiente a rendere vincolante il contratto. Il nudo patto, la sola volontà delle parti non è sufficiente a creare un vincolo giuridico che abbia forza di legge e che l'ordinamento riconosca come atto idoneo a modificare la sfera giuridica altrui e il mondo circostante. La semplice volontà non basta: occorre qualcosa di più. Questo “qualcosa di più”, da sempre, si individua nella causa, un elemento di giustificazione del sacrificio che subisce una parte per effetto del contratto o del sacrificio che entrambe subiscono per realizzare il programma negoziale. E questo *vestimentum* è diverso a seconda che ci sia un contratto gratuito o oneroso, o una promessa, o un atto unilaterale.

Nei contratti corrispettivi dove ad una prestazione corrisponde un'altra prestazione, è chiaro che la giustificazione sta nello scambio, nell'esistenza di una controprestazione che giustifica la precedente. Nei contratti gratuiti non c'è una controprestazione, ma si richiede un elemento ulteriore rispetto all'accordo. Nel comodato, per esempio, è richiesta la consegna perché è un contratto essenzialmente gratuito e, come tale, produce effetto non soltanto per il consenso prestato dalle parti, ma attraverso una formalità che richiama e fissa la giuridicità dell'atto. Nella donazione (atto di liberalità) il vincolo nasce dal consenso e da una formalità solenne, l'atto pubblico o la consegna (per i beni mobili). In caso di atto unilaterale gratuito, occorrerà l'elemento in più dell'affidamento creato nell'altra parte. Insomma la giustificazione si articola diversamente ed ha un significato diverso nella storia.

4.1. Significato della causa: evoluzione storica

Il diritto è una scienza sociale: la regolazione giuridica non è mai neutra, ma è anzi strettamente dipendente dalla cultura, dalle esigenze e dalle ideologie del tempo. Ciò accade in particolare per un elemento essenziale come la causa.

Significato
soggettivo

Per i giuristi francesi dell'800 essa ha un significato soggettivo, è lo scopo che induce ciascuno ad assumere il vincolo. Idea recepita per lo più nel *Code Napoleon* e poi riprodotta nel Codice civile italiano del 1865 in piena aderenza con le idee del tempo: la forza della volontà, l'individuo, sono idee dominanti che non possono non influenzare il controllo dell'atto di autonomia.

Questa soluzione ha un forte aspetto di debolezza nella valutazione dei contratti volti al trasferimento dei beni. Ed è evidente perché. La causa riferita al momento soggettivo rende partecipe l'atto dei relativi vizi dello scopo o finalità individuale perseguita, con la conseguente nullità del contratto nel caso in cui manchi questo elemento soggettivo.

L'incidenza sulla circolazione di tale impostazione è evidente. Il trasferimento è nullo nel caso in cui manchi la causa, che è rimessa a un fattore individuale e non oggettivabile.

Tutto ciò determina l'insicurezza della circolazione, che deve essere invece tutelata e resa certa, sicché si comincia a ripensare il ruolo e il significato della causa, e inizia nei primi anni del XX secolo un processo di **elaborazione dogmatica** (riflessione teorica) e un processo **normativo** (serie di norme) attraverso i quali si giunge a formulare un **significato oggettivo** della causa secondo i seguenti passaggi logici¹⁷.

Significato
oggettivo

Lo spostamento di ricchezza trova causa nel negozio e non può che essere valutato dall'ordinamento. In questa valutazione, la causa esprime la "*ratio*", la giustificazione dello spostamento di ricchezza. Non è quindi il motivo, l'impulso, lo scopo: è il perché, la ragione, il titolo, il fondamento dell'atto di autonomia.

La distinzione fra causa e motivi è netta e individuata con precisione: una cosa è la motivazione individuale, lo scopo, altro è la ragione, il fondamento, la giustificazione del trasferimento, della concessione di un prestito e così via.

Questo processo di oggettivazione produce un'ulteriore conseguenza. La causa, oltre alla giustificazione dello spostamento di ricchezza, viene identificata e serve a distinguere i vari **tipi negoziali** predisposti dal legislatore: ne segue che la causa giustifica lo spostamento dei beni e caratterizza i singoli tipi. La vendita, la locazione, il mutuo, che hanno appunto funzioni diverse.

Alla fine di questo percorso teorico la causa svolge **due attività** fondamentali:

- il **controllo** dello spostamento di ricchezza realizzato con l'atto di autonomia.
- l'**individuazione** dei **tipi** legali.

Sicché ogni contratto disciplinato dalla legge ha una causa che esprime appunto la giustificazione di quella produzione di effetti.

Di questa nozione oggettiva si impossessa, nei primi decenni del novecento, la politica e l'ideologia del tempo e lo Stato, in un momento della sua storia, si serve di questo concetto per realizzare i suoi obiettivi sociali.

La riflessione dogmatica sulla causa

Alla nozione oggettiva di causa sono destinati studi importantissimi della prima

La riflessione
di Emilio Betti

Funzione di
controllo e di
individuazione
dei tipi legali

¹⁷ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968.

e seconda metà del '900. Emilio Betti, che maggiormente influenza la dottrina del tempo, ha un'idea precisa:

a) in ogni contratto si deve realizzare un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile che ne costituisce la funzione;

b) la funzione presuppone una configurazione per tipi, opera del legislatore o di attività ripetute con continuità nella prassi sociale.

Di questo significato si appropria il legislatore per attuare quei fini solidaristici propri dell'ideologia del tempo espressa chiaramente nella Relazione: "in ogni contratto si deve realizzare un interesse sociale, oggettivo e socialmente controllato, che ne costituisce la funzione".

Appare un termine, la funzione¹⁸, che si ripete stancamente per decenni. Ma torniamo alla Relazione. "In ogni contratto si deve realizzare un interesse sociale e oggettivo": il contratto non è più il mondo della libertà e della volontà. Siamo lontanissimi dall'800, anche se sono passati pochi decenni dalla fine del secolo. Il contratto non è più l'affermazione dell'individuo e della sua volontà sovrana: deve invece realizzare un interesse "sociale e oggettivo", "socialmente controllato", che ne "costituisce la funzione".

Il contratto diventa funzione di un interesse non individuale ma sociale: deve essere allineato e conforme a un interesse sociale.

La consacrazione di tale idea si trova nell'art. 1322, 2° comma "Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico."

Il motivo si comprende se si ricorda quanto accade in Italia e in Europa in quel periodo.

Il legislatore del 1942 opera all'interno di un progetto politico che ha lo scopo di realizzare una struttura corporativa all'interno della quale si perseguono gli interessi di categoria, dove l'interesse individuale è e deve essere finalizzato a un ordine comunitario che definisce e caratterizza l'assetto istituzionale.

La relazione al Codice è chiarissima nello spiegare perché la causa è stata inserita come elemento essenziale del contratto, e a quale significato corrisponda quell'elemento: "nonostante gli equivoci e le critiche a cui il requisito della causa ha dato luogo ... si è stimato necessario conservarlo e anzi, conferirgli massima efficienza". È uno strumento di cui la politica si vuole servire per disciplinare i rapporti tra privati, anzi "conferirgli massima efficienza, non solo e non tanto in omaggio alla secolare tradizione del nostro diritto comune, quanto e soprattutto perché un Codice fascista ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorare la nozione senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto".

Dunque la causa è, in quel tempo, strumento per attuare un valore dell'ordinamento. Il contenuto "socialmente utile" del contratto che deve essere valutato attraverso la causa cui si deve attribuire massima efficienza. Nei passi successivi della Relazione ciò è espresso senza infingimenti.

¹⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1960, p. 170 ss., ritiene che «i diritti soggettivi» e «i poteri di autonomia» non debbano «essere esercitati in contrasto con la funzione sociale cui essi sono destinati», con la conseguenza che la causa deve essere definita come «funzione di interesse sociale dell'autonomia privata».

“Bisogna tener fermo, contro il pregiudizio incline a identificare la causa con lo scopo pratico individuale (presa di distanza dallo Stato ottocentesco e liberale) che la causa richiesta dal diritto non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto, ma la funzione economico-sociale (qui appare nella sua pienezza questa definizione) che il diritto riconosce quale garante dei suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata. Funzione pertanto che deve essere non solo conforme ai precetti di legge (ordine pubblico e buon costume) ma anche rispondente ad una finalità socialmente apprezzabile e come tale meritevole della tutela giuridica”.

È facile rintracciare le radici di questo preciso indirizzo ideologico. Muta il rapporto fra Stato e cittadino rispetto alla codificazione francese. Emerge lo Stato corporativo, accentratore e dirigista in economia. Lo Stato fissa le finalità da raggiungere. È tutelata la libertà di iniziativa privata, ma il suo ruolo primario è quello di strumento per il perseguimento delle finalità generali, prima che strumento portatore di finalità particolari. L'autonomia è uno strumento per il perseguimento della finalità generale, prima che strumento per la finalità particolare dei contraenti.

Tanto è vero che l'autonomia deve perseguire uno scopo socialmente apprezzabile, deve essere finalizzata al perseguimento di un interesse perfettamente in linea con l'interesse generale, in un ordine all'interno del quale l'atto di autonomia e il contratto sono strumenti di un tutto.

Si comprende quindi cosa significa funzione: non è affermazione della libertà, è mezzo per realizzare un interesse generale e predefinito nel quale l'atto di autonomia deve inserirsi.

Causa come controllo

Alla causa viene attribuito un ruolo di controllo per stabilire se i fini e gli interessi privati dei contraenti siano coerenti con quelli generali fissati dall'ordinamento corporativo. Nell'ambito delle corporazioni, ciascuno era inserito in una comunità. In quell'ordine comunitario, si esprimeva un interesse collettivo, con il quale doveva essere coerente l'interesse individuale e così via, in un ordine articolato con passaggi e con una chiusura molto decisa.

La causa emerge come giudizio che esprime non tanto il punto di vista dei contraenti quanto quello dell'ordinamento, in un senso particolare. L'agire dei contraenti è lecito, non solo se non è contrario all'ordinamento pubblico, buon costume, norme imperative, ma anche se si faccia portatore di finalità generali fissate dall'ordinamento giuridico divenendo elemento della realizzazione di queste.

Si consolida anche in giurisprudenza una massima: “la causa è la funzione essenziale che il diritto riconosce rilevante ai suoi fini e che sola giustifica la tutela dell'autonomia privata, ha fondamento oggettivo, caratterizza i negozi giuridici e ne differenzia ciascun tipo”.

La formula ha avuto un'enorme fortuna perché serve a distinguere la causa dai motivi individuali irrilevanti e perché pone l'esigenza di una giustificazione dello spostamento di ricchezza.

L'evoluzione politico istituzionale

Questo assetto politico, istituzionale e economico cade con la caduta del regime. Appena sei anni dopo si instaura un nuovo ordine completamente diverso. La Carta Costituzionale ridisegna i rapporti tra individuo e Stato, tra libertà e ordine sociale, tra contratto e legge, tra iniziativa economica privata e controlli.

Il nuovo ordine disegnato dalla Costituzione

Sarebbe ultroneo ripercorrere le tappe di questa evoluzione, basta rimarcare la profonda diversità che emerge subito dalla lettura di alcuni articoli:

- Gli artt. 2 e 3 sostituiscono i diritti, i doveri, le pari opportunità alla conformità sociale dell'atto di autonomia all'ordine corporativo. Il nuovo Stato si fonda su diritti e doveri inviolabili e "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali", che hanno un ruolo importante nell'assetto istituzionale pluralistico che si basa, però, sui diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo;
- L'art. 12 delle Disposizioni preliminari al Codice civile, limita la analogia *iuris* e i principi entro l'ordine positivo dello Stato ma deve coordinarsi con l'art. 11 della Costituzione che consente limitazioni di sovranità. La norma, nata dal ripudio della guerra, guardando più alle Nazioni Unite che all'Europa, ha legittimato, fra l'altro, il giudice nazionale a disapplicare il diritto nazionale contrario al diritto europeo ed è stata uno strumento di riforma più intenso dell'art. 138 della Carta Costituzionale.
- L'art. 117 della Costituzione nel testo modificato di recente, ha confermato dopo cinquanta anni dai Trattati di Roma, un primato costituzionale dell'Ordinamento comunitario.
- L'art. 111 esige un sistema che assicuri un pieno equilibrio tra il principio di eguaglianza e la protezione giurisdizionale dei diritti, resa effettiva dalla distribuzione dell'onere della prova.
- Le norme fondamentali sui rapporti economici (artt. 41 e 42), disciplinano l'iniziativa economica privata e la proprietà. All'art. 41 **si legge che**: "*l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*". Nel precetto costituzionale si parla di **contrasto**: non c'è l'idea di funzione. La necessaria coerenza tra l'interesse individuale e quello sociale. L'interesse individuale non deve contrastare con l'utilità sociale ma non c'è affatto una finalizzazione dell'interesse privato all'interesse sociale. L'ordine si capovolge.

Da tutto ciò emerge un nucleo precettivo espresso nel riconoscimento, indivisibilità e tutela dei diritti fondamentali che non è finalistico, non vuole predeterminare il futuro «sciogliendone uno perché ritenuto l'unico giusto»¹⁹. Questo nuovo ordine lascia al pluralismo di individuare l'indirizzo politico più adeguato ai tempi e fissa con i diritti un limite di contenuto che non può non condizionare anche la libertà di contratto e la costruzione di nuovi rimedi.

Muta dunque completamente il quadro di riferimento, muta il modo di intendere il rapporto tra Stato e individuo, tra contratto e legge. E ciò influisce sulla nozione e il ruolo della causa che la giurisprudenza e la dottrina più consapevole hanno ripensato, identificandolo con **una funzione non sociale ma individuale** e con l'idea di una **causa non astratta ma in concreto**²⁰.

Causa come
funzione
individuale e
in concreto

¹⁹ M. FIORAVANTI, *Alle radici della democrazia costituzionale*, in *Testimonianze*, 2007, n. 454-453, p. 57 ss.

²⁰ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 205 ss.; M. GIORGIANNI, voce "Causa" (*diz. Priv.*), in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.

L'evoluzione del concetto di causa nella seconda metà del 1900

La Costituzione Repubblicana si fonda sui diritti inviolabili e le libertà. Tra le libertà, c'è la libertà personale e quella economica, che è una libertà al pari delle altre. L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto, prima di tutto, con l'utilità sociale, la sicurezza e la dignità della persona.

In questo ordine deve essere riletta la vincolatività del contratto e il controllo del suo contenuto espresso dalla causa. La quale non è tanto la funzione del contratto. È l'elemento che giustifica il sacrificio di uno e dell'altro contraente.

La causa manca quando il negozio sia originariamente inidoneo a realizzare ciò che è stato programmato: ad esempio, acquisto di cose proprie, contratto con prestazioni corrispettive in cui faccia difetto una controprestazione, contenuto assurdo come quello di un «contratto per la protezione astrale soddisfatto dalla consegna di un amuleto in cambio di un ingente somma di denaro»²¹.

La giurisprudenza si è occupata anche del trasferimento di proprietà che tace sulla causa. A ben vedere, una causa in astratto esiste perché il trasferimento di un immobile è una funzione lecita.

Ma la giurisprudenza è ferma nello stabilire la nullità per difetto di causa perché, si osserva, nessuna promessa è autosufficiente se non è accompagnata da un elemento che ne spiega la ragione e la giustifica. Una dichiarazione di volontà, un accordo, che persegue anche un fine lecito, non è autosufficiente. Nessuna promessa è autosufficiente. Nessuna dichiarazione di alienazione è autosufficiente: il nudo patto non vincola. Occorre un elemento che spieghi la ragione del vincolo e giustifichi la produzione dell'effetto. Senza di questo, la dichiarazione di volontà rasenterebbe l'arbitrio: qualsiasi effetto sarebbe possibile senza alcuna possibilità di controllo. Si arriverebbe all'assoluto ottocentesco della volontà come unico elemento dominante, mentre essa vincola se esiste una ragione che la giustifichi, e che giustifichi appunto la produzione dell'effetto.

Dunque «La causa è l'elemento che giustifica il sacrificio dell'uno e dell'altro contraente. Giustificandolo, rende possibile l'effetto, e rende questo effetto irreversibile»²².

Una volta che la promessa è sorretta da una causa manifesta e lecita, l'effetto è irreversibile. Resta da precisare in che modo la causa assolva a questo controllo di liceità.

Causa come giustificazione del sacrificio dei contraenti

4.2. La causa in concreto

La giurisprudenza teorica e pratica inizia anzitutto a considerare che la giustificazione dei negozi non deve rimanere nel limbo dell'astrattezza;

- a) si arriva a fondare un concetto più esteso di causa, intesa come funzione concreta del singolo negozio, indispensabile per il raggiungimento di quello scopo concreto voluto dalle parti;

²¹ U. BRECCIA, *Causa e consideration*, in *Remedies in contract. The common rules for a european law*, a cura di G. Vettori, Padova, 2008.

²² R. SACCO, *La causa*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Sacco, *Il contratto* di SACCO - DE NOVA, Torino, 2004, 3^a ed., p. 777 e ss.

- b) il giudice, quindi, nel valutare un dato contratto, al fine di stabilire la liceità, deve esaminarlo nel suo complesso, secondo la funzione concreta ad esso attribuita dalle parti;
- c) si estende dunque la funzione di controllo al confronto fra risultato vietato e risultato programmato dalle parti (art. 1345 c.c.).

La nozione di
causa in
concreto

Ciò significa passare da una **nozione astratta** e unitaria di causa a una nozione di causa **in concreto**²³. Vediamo da vicino questo passaggio.

L'idea che esista una causa unitaria e astratta, una funzione, appunto, di ogni contratto, porta a trascurare quella realtà viva degli interessi e dei bisogni che sono regolati dal contratto. La causa della vendita è lo scambio, ma c'è una causa di scambio in ogni contratto di compravendita, e dunque dove esiste lo scambio, esiste la causa. Se ci limitassimo a ciò dovremmo riconoscere che qualsiasi negozio di compravendita è lecito. Ma tale conclusione esaurisce il giudizio e il controllo in un profilo astratto del tutto insufficiente: che si venda un paio di buoi o un chilo di eroina è la stessa cosa, c'è sempre uno scambio.

D'altra parte l'idea di una causa astratta e unitaria come elemento immutabile riferito a ciascun tipo, non agevola affatto il controllo della giustificazione concreta del singolo concreto negozio. Ed ecco allora il passaggio successivo della dottrina e della giurisprudenza.

Si inizia a considerare che la funzione del negozio non deve rimanere in un'aurea astratta. Si arriva a fondare un concetto più esteso di causa, intesa come **concreta funzione** del singolo negozio.

Anche nella compravendita occorre individuare quali sono gli interessi delle parti oggettivati nell'affare. Non ogni vendita è uguale a se stessa, anzi ogni vendita è diversa dall'altra, perché ogni vendita è caratterizzata da un interesse delle parti oggettivato nell'atto. Distinguendo sempre i motivi per cui si vende o scambia una cosa, esiste una serie di interessi oggettivati nell'affare, che caratterizzano quel particolare negozio di compravendita, ed è rispetto a quell'interesse concreto delle parti speso nel negozio che si deve indirizzare il giudizio di controllo sulla giustificazione dell'affare.

Insomma, il giudice o l'interprete, nel valutare il contratto e per stabilirne la liceità, deve esaminarlo nel suo complesso, nella struttura globale e nella finalità concreta che ad esso hanno attribuito le parti.

Solo in questo modo, passando da una idea astratta di causa, di funzione, ad un controllo sulla giustificazione concreta del negozio, si riesce poi a realizzare la finalità ultima della valutazione causale, che è un'esigenza di valutazione che rende insufficiente il nudo patto e richiede la presenza di una ragione giustificatrice di quella prestazione, di quello scambio, di quella negoziazione.

²³ M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme generali e principi fondamentali nel diritto commerciale. Riflessioni introduttive*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2011; con posizione diverse V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, p.957 ss.; A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, p. 1105; G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Con. impr.*, 2012, p. 1190 ss. e A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 797 ss.

L'esito finale è quello di controllare se il risultato che si sono proposte le parti contrasta con un limite posto dall'ordinamento e la causa è un elemento di valutazione, che è espresso da un giudizio in concreto sul singolo contratto.

Nella vendita, le parti hanno voluto realizzare un determinato assetto che è funzionale ai loro interessi: la *causa in concreto* deve valutare questo interesse che si è realizzato attraverso la compravendita, in concreto. Il giudice non si deve fermare a valutare l'esistenza di un tipo legale, ma deve analizzare in concreto gli interessi che le parti hanno voluto realizzare con quel particolare tipo, che sia vendita o altro atto negoziale.

Giurisprudenza

Molto chiara è la definizione di causa in concreto contenuta nella recente sentenza Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, nota Rolfi:

“Causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. (Nel formulare il suindicato principio la S.C. ha considerato privo di causa, e conseguentemente viziato di nullità, un contratto concernente un'attività di consulenza avente ad oggetto la valutazione di progetti industriali e di acquisizione di azienda intercorso tra una società di consulenza, che ne aveva contrattualmente assunto l'incarico, e un soggetto che la stessa attività "già simmetricamente e specularmente" svolgeva in adempimento delle proprie incombenze di amministratore della medesima società conferente)”.

La giurisprudenza ha fatto ricorso alla causa in concreto in varie occasioni, come, ad esempio, con riguardo ai contratti di investimento e di viaggio.

“È nullo, per difetto di causa in concreto, il contratto di interest rate swap concluso con finalità di copertura quando si dimostri strutturalmente inidoneo a svolgere alla funzione per la quale è stato sottoscritto” (Corte App. Trento, 03 giugno 2013, in *Giurisprudenza Commerciale* 2014, 1, II, p. 62).

“È nullo, perché privo del requisito della causa in concreto, il contratto derivato "over the counter", che sia frutto di rinegoziazione, costruito non già con una funzione di copertura, di arbitraggio, o speculativa, ma con la squisita funzione di assicurare al cliente, tramite l'"up front", la copertura della perdita, ed all'intermediario quantomeno il recupero, non aleatorio ma certo - dell'"up front"” (*Banca borsa tit. cred.*, 2012, 3, II, p. 386).

“La causa del contratto va ravvisata non nella astratta funzione economico-sociale cui lo schema contrattuale assolve, quanto piuttosto nella sintesi degli interessi concreti e reali che l'intera operazione contrattuale, nel suo dinamico svolgimento, è volta a realizzare (nel contratto di viaggio vacanza «tutto compreso», sono essenziali tutte le attività necessarie per il perseguimento dello scopo vacanziero, tra le quali la sussistenza di tutte le condizioni oggettive che permettano

il benessere psico-fisico strumentale al pieno godimento della vacanza, nel quale si concretizza tale scopo). (...) La finalità turistica, concretizzando la causa in concreto del contratto di viaggio vacanza tutto compreso (c.d.«pacchetto turistico» o package) vale non solo a qualificarlo, determinando l'essenzialità di tutte le attività ed i servizi strumentali alla realizzazione del preminente scopo vacanziero, e cioè il benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza come occasione di svago e di riposo è volto a realizzare, ma assume anche rilievo quale criterio di adeguamento dello stesso in relazione alla sorte della vicenda contrattuale, in ragione di eventi sopravvenuti che si ripercuotono sullo svolgimento del rapporto, quali ad esempio l'impossibilità o l'aggravio della prestazione, l'inadempimento, ecc. (...) L'impossibilità di utilizzazione della prestazione da parte del creditore, pur se normativamente non specificamente prevista, costituisce - analogamente all'impossibilità di esecuzione della prestazione - un'autonoma causa di estinzione dell'obbligazione. (Nella specie, è stato risolto il contratto di viaggio vacanza tutto compreso in cui il consumatore non poteva perseguire la finalità turistica per la presenza di un'epidemia nel luogo dove doveva svolgersi la vacanza)” (Cass., 24 luglio 2007, n. 16135, in Giur. it., 2008, 5, p. 1133).

4.3. Qualche riflessione sulla causa nel diritto privato europeo

Sempre più spesso si parla di declino della causa. Codificazioni recenti come quella olandese non inseriscono tale elemento tra quelli essenziali del contratto. Nei Principi elaborati dalla Commissione Lando e nel DCFR non compare la causa. Il perché lo si enuncia chiaramente. La difficoltà e a volte l'oscurità di questo requisito, che assume nella sua evoluzione aspetti e contorni diversi.

Certo l'eliminazione della causa non comporta l'abbandono della sua funzione.

Nei progetti di uniformazione si è spostato il controllo dell'atto di autonomia, da un requisito di struttura della fattispecie al contenuto. La valutazione che la causa esercitava come requisito intrinseco della struttura negoziale, è stato affidato ad altri istituti fra le quali la buona fede²⁴. La verità è che siamo ancora in una fase di sperimentazione.

Sarà la prassi e l'applicazione giurisprudenziale. Saranno le fonti europee che daranno una risposta sull'effettività della causa o di altri strumenti di controllo. Resta il problema di fondo che l'atto di autonomia è conformato dalla legge e deve svolgersi secondo limiti posti dall'ordinamento. D'altra parte, occorre ricordare che il nudo patto secondo la tradizione dogmatica non obbliga e che l'accordo e la circolazione di ricchezza devono essere giustificati.

In entrambi i casi la causa esprime una valutazione difficile da precisare. Come si è osservato, tale requisito reca «dietro di sé un lascito di problemi». Per fare un minimo di chiarezza si deve rovesciare la linea di ricerca. Si deve muovere dall'effettività dei problemi e porsi una serie ragionata di domande e risposte²⁵.

²⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *La dimensione problematica di una categoria concettuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, *Il regolamento*, vol. II, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, 104, osserva che «i Principi Unidroit e i Principles contengono previsioni che sembrano accreditare un sindacato sui termini dello scambio contrattuale assai più penetrante di quello che lo strumento della causa avrebbe consentito».

²⁵ Così U. BRECCIA, *Causa e consideration*, cit.

a) Sulla sufficienza dell'accordo e del nudo patto.

Intanto, la percezione e la disciplina della causa negli ordinamenti europei è molto diversa dall'uno all'altro.

La
consideration
nel mondo
anglosassone

Il diritto anglosassone fa riferimento alla nozione di *consideration*, che è simile alla causa, ma disciplina i soli contratti onerosi. Il mondo **anglosassone** è legato a un'idea di bilanciamento di interessi, di sacrificio reciproco o comunque di esistenza di una giustificazione concreta della prestazione che si esegue. Se ci limitassimo a definire e a valutare il problema causale in ordine a questo tipo di rapporti (corrispettivi onerosi), causa e *consideration* finirebbero per avvicinarsi, ma la nostra nozione di causa si spinge oltre, perché il diritto dei contratti e la disciplina degli atti di autonomia in Italia e in Francia (cioè nei paesi di derivazione francese) abbracciano non solamente rapporti di tipo oneroso, ma anche gratuito. Di più. L'esigenza causale si estende anche ai sensi dell'articolo 1324 c.c. a coprire gli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale ed è allora difficile farla coincidere con il riferimento alla *consideration*.

Il diritto
tedesco

Il diritto tedesco consente l'astrazione della causa anche se tale carenza dà luogo ad una azione di ripetizione. Esiste un negozio obbligatorio dove le parti si impegnano a vendere o comprare, e poi un negozio traslativo, che è negozio astratto, non causale. Anche se poi le parti possono chiedere la restituzione del bene se difetta la giustificazione del negozio obbligatorio. La scelta è evidente. Si è voluta agevolare al massimo la circolazione dei beni. Il BGB è stato il Codice che ha avuto più cura della sicurezza e certezza dei negozi traslativi, tanto è vero che la proprietà si trasferisce, in quel regime giuridico (in Germania e nei paesi Altoatesini a diritto germanico, Trento, Bolzano e Alto Adige, che sono soggetti a quella disciplina), con il consenso e la consegna se si tratta di una cosa mobile, con l'*intavolazione*, cioè un sistema di pubblicità nei registri immobiliari, se si tratta di una cosa immobile.

Ciò in netto contrasto con il principio consensualistico che vige in Francia e in Italia, ove è sufficiente il **consenso legittimamente manifestato**. La trascrizione non è elemento costitutivo del trasferimento della proprietà: è elemento che rende opponibile il trasferimento, ma esso è già operante tra le parti per effetto del consenso legittimamente manifestato. Si comprende così come in questi due ambienti si dia particolare rilievo alla causa che giustifichi l'effetto traslativo.

Il diritto
italiano e
francese

Nel diritto europeo in formazione, si è detto, il mero accordo è sufficiente a concludere il contratto. Ciò risulta da tutti i testi dei principi ma non dal progetto di riforma (*avant-projet*) del *code civil* francese presentato il 22 settembre 2005.

Esiste una consapevolezza, nei Principi Lando, Unidroit e nel DCFR, che la causa può essere sostituita da altri strumenti di controllo. Quali in particolare i rimedi restitutori e la valutazione del contegno delle parti. Il punto va chiarito ricorrendo ancora ad un quesito relativo alle risposte da fornire in presenza di una grave disparità di potere fra le parti.

b) Disparità di potere.

In presenza di uno scambio il controllo dell'operazione può essere effettuato in base a un elemento di struttura, la causa, o in base a una norma che valuti il

Valutazione
del
comportamen
delle parti

comportamento delle parti. Il controllo e la valutazione dell'ordinamento, attraverso la causa, ha di mira l'equilibrio e la giustificazione dell'operazione. Oppure può essere effettuato tramite un controllo che assicuri la restituzione di pagamenti effettuati senza titolo e consenta di valutare con attenzione i comportamenti delle parti nella fase formativa del contratto. Con una **norma sui comportamenti.** È questa la linea seguita dal processo di uniformazione ed elaborazione dei principi. Si dà rilievo ad una valutazione della posizione delle parti durante la conclusione dell'affare. Se una di esse si trova in una situazione di grave difficoltà economica, o se una parte aveva una forza contrattuale assolutamente prevalente, se c'era una grande disparità tra le parti nel momento di conclusione dell'accordo, quella situazione può essere *valutata* e disciplinata con una norma sui comportamenti che consenta alla parte svantaggiata dalla disparità di impugnare il contratto. Si dà rilievo insomma alla "*gross disparity*", cioè alla grave disparità di potere tra le parti e assume una grande importanza la buona fede e il controllo dei comportamenti mediante di essa.

Nei singoli ordinamenti non si ipotizza una norma generale ma piuttosto singole discipline specifiche a tutela dei consumatori²⁶ e delle imprese in stato di dipendenza economica.

c) Sulla razionalità dello scambio e sullo scambio «assurdo, incongruo, simbolico»²⁷.

Il diritto europeo in formazione propende per non esprimere una valutazione in proposito, ma nel caso vi sia prevaricazione di un contraente, è attento alla previsione «quasi sempre presunta dei vizi del consenso»²⁸ e di una nullità relativa o di una annullabilità. Per Francia e Italia l'atto è mancante di causa e si rinvia in un caso alla nullità relativa, nell'altro alla nullità assoluta.

Presupposizione

d) Accordo che ha una «base negoziale presupposta ma inespressa e sia accertato il difetto totale originario»²⁹ (presupposizione).

Sia nel diritto uniforme che nei diritti nazionali «i rimedi sono delegati alla prassi giudiziale e oscillano dalla nullità assoluta alla nullità relativa»³⁰.

e) Garanzie autonome o escussioni a prima richiesta.

Garanzia autonoma

Prassi diffusissime nel mondo degli affari che comportano la separazione della garanzia dal «sottostante fondamento giuridico» del contratto. In tali casi il problema della causa e della sua possibile astrazione in virtù dell'utilità di tali strumenti si è posto in ogni ordinamento. Il diritto in via di uniformazione ma anche i diritti nazionali concordano per la loro ammissibilità. Nel caso si accerti che «la

²⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *La dimensione problematica di una categoria concettuale*, cit., p. 94, ritiene che «la possibile rilevanza del problema della causa nella novella del 1996 sui contratti del consumatore sembra affidata esclusivamente al tentativo dottrinale di costruire un concetto di contratto con causa di consumo, dove tuttavia la nozione di causa non costituisce altro che il criterio di individuazione dell'area assoggettata alla disciplina di legge».

²⁷ U. BRECCIA, *Causa e consideration*, cit.

²⁸ ID., *op. loc. cit.*

²⁹ ID., *op. loc. cit.*

³⁰ U. BRECCIA, *Causa e consideration*, cit.

causa dello spostamento patrimoniale sia illecita o manchi del tutto»³¹ si ammette l'eccezione generale di dolo e la ripetizione dell'indebitato.

In conclusione

Il giudizio causale è sempre più eroso nella legislazione e nella elaborazione dottrinale in Europa. Questa è una tendenza che occorre attentamente considerare. Per il momento, pur nella complessità del problema, è opportuno rileggere la limpida definizione di Sacco³²:

«La causa è l'elemento che giustifica il sacrificio dell'uno e dell'altro contraente. È una giustificazione dell'esistenza del vincolo, e questa giustificazione è quello che rende possibile la vincolatività e la irreversibilità».

5. L'oggetto

Anche la nozione di oggetto del contratto è regolata da poche norme che elencano una serie di requisiti in ordine alla sua determinazione e determinabilità.

Secondo l'art. 1346 del codice civile, l'oggetto deve essere possibile, lecito, determinato e determinabile. Si dice che la prestazione di cosa futura può essere dedotta in contratto, che una cosa non esistente può essere oggetto di una determinazione contrattuale e nell'art. 1349 c.c. si descrive la determinazione dell'oggetto che può essere deferita ad un terzo, con particolarità circa le modalità con cui avviene e della sorte del contratto in presenza di una determinazione da parte del terzo che non risponde a certe caratteristiche fissate dalla legge.

L'oggetto è un elemento di struttura, senza il quale il contratto non esiste. In presenza di un oggetto che non abbia i requisiti indicati, il contratto può essere dichiarato illecito, impossibile o indeterminato. In tutti questi casi il contratto è nullo. Non facile è la identificazione di questo requisito.

Il codice indica una serie di elementi diversi. L'oggetto deve essere possibile, lecito, determinato, determinabile (1346) e ciò fa riferimento ad una prestazione, perchè non avrebbe senso definire una *res* lecita o illecita, possibile o impossibile. Anche l'art. 1349 fa riferimento alla prestazione, perchè occorre che sia determinata o determinabile la prestazione.

Altre volte, il codice fa riferimento ad un bene, ad una cosa materiale anche futura (1348).

Molte altre volte si fa riferimento non ad un bene ma ad un fatto.

Per oggetto il codice civile intende, dunque, la prestazione, un bene materiale, un fatto. Elementi questi molto diversi tra loro.

I requisiti
dell'oggetto

³¹ U. BRECCIA, *Causa e consideration*, cit.

³² R. SACCO, *La causa*, cit.

Le opinioni prevalenti in dottrina

Oggetto con prestazione

Secondo taluno, l'oggetto deve identificarsi con le prestazioni dedotte in contratto ma il riferimento alla prestazione non copre tutta l'area dei contratti, lascia fuori i contratti ad effetti reali, in cui la proprietà si trasferisce per effetto del consenso legittimamente manifestato (art. 1376)³³. In tal caso l'oggetto del contratto richiama un trasferimento ideale della proprietà che avviene nel momento del consenso espresso nelle forme legittime. Quindi, il riferimento alla prestazione lascerebbe fuori i contratti che trasferiscono o costituiscono i diritti sulle cose.

...come bene

Secondo altri, l'oggetto del contratto deve essere individuato nel bene³⁴, ma anche questa nozione non è conciliabile con quella di una valutazione che va al di là della materialità di una *res* sicché anche questa ricostruzione non coglie per intero tutte le espressioni con cui tale elemento deve essere inteso.

...come contenuto del contratto

Questa difficoltà di fissare l'oggetto nelle prestazioni o nel bene materiale, ha portato altri autori a identificare questo elemento con il contenuto del contratto³⁵. Oggetto e contenuto sarebbero due facce della stessa realtà che vuol indicare nella sua interezza tutto ciò che le parti hanno voluto regolare, modificare o estinguere. In tal modo il problema si semplifica senza incorrere nelle difficoltà di definizione viste prima, e si costruisce il concetto in termini più raffinati.

L'oggetto è il termine di riferimento esterno della volontà delle parti, il quale non può essere né solo una prestazione né solo un bene materiale ma un'entità da definire con un espediente tipico della costruzione teorica. Si smaterializza l'elemento trasformandolo in un'idea che si identifica con la previsione volitiva delle parti ed è così un riferimento esterno della loro volontà da ricostruire con un meccanismo di interpretazione ed analisi della volontà. L'oggetto è il programma negoziale che le parti intendono realizzare. Che esse si sono date.

La ricostruzione è convincente ma poco concreta, non fosse altro perché non sempre l'oggetto corrisponde al programma negoziale. Sempre più spesso non è così, perché la determinazione del contenuto non è solo rimessa alla volontà o alla rappresentazione delle parti ed influiscono, invece, sulla determinazione dell'oggetto molti altri fattori. La legge in primo luogo.

Abbandono di una nozione unitaria e astratta

La verità è che nella ricostruzione dell'oggetto, come per la causa, occorre abbandonare una nozione unitaria ed astratta. E individuare una pluralità di sensi, di significati più vicina all'assetto degli interessi, alla sostanza dell'operazione economica. Ed è facile comprendere il perché.

L'oggetto nei contratti dei consumatori

Se consideriamo l'oggetto un programma negoziale, nelle contrattazioni tra privati soggette quasi per intero alla volontà delle parti (es. vendite immobiliari tra persone fisiche), la rappresentazione delle parti del programma negoziale coincide con l'oggetto. Ma se prendiamo ad esempio i contratti dei consumatori, l'oggetto è del tutto peculiare. La legge interviene a disciplinare i contegni e la validità di questi

³³ G. DE NOVA, *L'oggetto del «contratto informatico»: considerazioni di metodo*, in *Dir. informazione e informatica*, 1986, p. 804, osserva che la tesi che identifica l'oggetto del contratto con la prestazione non copre i contratti ad effetti reali, a patto di non attribuire al termine "prestazione" il significato di "risultato dedotto".

³⁴ V. tra gli altri: MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1986, p. 138; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1367, nota 2.

³⁵ N. IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *Noviss. Digesto. It.*, Torino, 1965, p. 799 ss.

rapporti ma prevede anche obblighi di informazione, indicazioni di una serie di modalità attinenti al bene prodotto, alle sue caratteristiche, al prezzo, alla qualità del bene, elementi di identificazione del bene che contribuiscono ad individuare un contenuto minimo di contratto. Per cui, se manca quel contenuto, il contratto è invalido perché manca dell'aspetto minimo essenziale richiesto dalla legge per la sua validità. I contratti a distanza, i contratti turistici, il commercio elettronico sono tutti schemi di contratto che hanno una serie di elementi del contenuto prefissato secondo le indicazioni previste dalla legge. Questo significa che c'è un intervento sul contratto che non dipende né da una previsione volitiva delle parti, né dal loro programma negoziale. Significa anche che c'è una necessaria determinazione dell'oggetto del contratto che esclude, per volontà della legge, la determinabilità.

Qualcosa di non molto diverso accade nei contratti d'impresa, dove si è al di fuori dal rapporto tra professionista e consumatore. In queste ipotesi, quando manca un'espressa indicazione del prezzo, per esempio, la legge prevede la possibilità di determinarlo ricorrendo a fonti indicate dalla legge o di natura extracontrattuale. Nella vendita (art. 1474) ci sono una serie di elementi per determinare il corrispettivo, così come per altri contratti conclusi o con un'impresa o tra imprese (non tra professionista e consumatore) è prevista la possibilità di determinare il prezzo in base ad elementi o prefissati o indicati o esterni al contratto. Per esempio nella somministrazione (1561), nell'appalto, nella spedizione. Nell'appalto se le parti non hanno determinato la misura del prezzo, né hanno stabilito il modo di determinarla, essa è calcolata in base alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice. Tuttavia, anche per questi contratti si moltiplicano interventi normativi che fissano il contenuto di alcune prestazioni e prevedono (come nei contratti dei consumatori) un riequilibrio delle previsioni contrattuali. Esempio chiarissimo è la disciplina dei termini di pagamento. Ma non solo. Nei contratti che si inseriscono nei mercati regolati, per esempio nelle telecomunicazioni, l'accesso al mezzo telematico o televisivo è regolamentato da una legge e da un'Autorità Garante che controlla e vigila sul mercato e che ha un potere di regolazione e di intervento sui contratti che concernono beni e servizi offerti con quel contratto.

In definitiva la nozione di oggetto (come quella di causa³⁶) si può intendere meglio se al di là di una nozione astratta e unitaria, si fa riferimento alla modalità concreta del contenuto in relazione al singolo assetto di interessi realizzato e all'intervento normativo che su quel tipo di contratto la legge prevede³⁷.

³⁶ Si tratta di un approccio analogo a quello adottato con riferimento alla causa da G. GORLA, *Problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, p. 263.

³⁷ G. GITTI, *Oggetto, contenuto del contratto e autonomia contrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. ROPPO, *Il Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, p. 11, osserva come sia necessario distinguere i contratti a contenuto obbligatorio, per i quali l'oggetto indica «il diritto alla prestazione» o «la prestazione tout court», dai contratti a contenuto dispositivo, per i quali l'oggetto «si identifica con il diritto sulla cosa o con la cosa tout court ovvero con il rapporto giuridico preesistente». Ciò, osserva l'A., trova ragione «in termini di giustificazione empirica e pertanto relativa».

5.1. La determinatezza o determinabilità dell'oggetto. Una vicenda giurisprudenziale

L'art. 1346 dispone che l'oggetto deve essere determinato o determinabile ed è chiara la sua *ratio*. Se l'oggetto non è determinato o determinabile, il vincolo è generico e contrario all'interesse delle parti. L'esigenza di determinatezza o determinabilità mira alla delimitazione preventiva ed esatta dell'impegno derivante dal vincolo.

Per meglio comprendere i problemi relativi alla determinatezza, determinabilità e all'intervento della legge sull'oggetto del contratto è utile un richiamo alla vicenda della fideiussione.

Nel concedere finanziamenti le Banche devono esigere garanzie adeguate. Spesso è richiesta una garanzia reale, un'ipoteca sul bene se si tratta di un acquisto di un immobile; ma se il finanziamento è richiesto da chi vuole iniziare o potenziare un'attività economica, viene spesso richiesta una garanzia personale per un preciso motivo. Se si crea una società a responsabilità limitata o altra piccola società per cui è necessario un capitale minimo l'istituto di credito richiede garanzie personali a soggetti che si obbligano a garantire il pagamento dei debiti e la restituzione del finanziamento concesso alla società.

Il debito principale nei confronti dell'istituto di credito è identificato ma può lievitare nel corso degli anni mediante una liquidità che la Banca fornisce a seconda dell'affidabilità e delle richieste dell'impresa.

Fideiussione
omnibus

Per regolare tale aspetto l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) aveva predisposto un modello di fideiussione, cosiddetto *omnibus*, per cui il fideiussore si obbligava a garantire non solo il pagamento di una somma di denaro prefissata, ma si obbligava a garantire qualsiasi altra obbligazione che il debitore principale si trovava ad avere verso la banca in relazione ad operazioni consentite all'impresa. Quindi il fideiussore si obbligava a garantire l'obbligazione assunta e tutte le altre che il debitore avesse assunto in relazione al rapporto di finanziamento che si era instaurato. Ciò comportava in molti casi un fenomeno di estrema gravità, diffuso in Italia e in Europa. Spesso coloro che prestavano questa fideiussione indeterminata nel suo ammontare non erano consapevoli di assumere un impegno così oneroso e, soprattutto, credevano inizialmente di dover rispondere per una somma e potevano trovarsi in qualsiasi momento, nel corso del rapporto, a dover versare alla banca un importo molto maggiore, se nel frattempo l'operazione fosse lievitata in base a quanto il rapporto comportava. La società debitrice era sovente di dimensioni familiari, sorretta con la fideiussione di un parente individuato in una cerchia ristretta, che si trovava a dover rispondere anche di enormi somme.

Si è discusso a lungo, nella giurisprudenza teorica e pratica, di questa fattispecie proprio in relazione all'oggetto del contratto di fideiussione, perché la legge prevedeva che la l'obbligazione potesse riguardare anche debiti futuri: quindi l'importo garantito era vago. Nella giurisprudenza di merito dei Tribunali e delle Corti di appello, si erano avute sentenze di diversa valutazione del fenomeno così come in dottrina.

Secondo alcuni, la fideiussione omnibus per tutti i debiti che il debitore avesse assunto con la Banca, non era carente di un oggetto determinabile, perché il debito del fideiussore era ricavabile in ogni momento in base al debito che aveva assunto il

debitore principale nei confronti dell'istituto di credito. Quindi, si escludeva la possibilità di dichiarare nullo il contratto in presenza di elementi certi e oggettivi, esterni al rapporto, ma sempre determinabili.

Altre opinioni e sentenze facevano leva sulla necessità di un controllo del contratto in ordine proprio alla effettiva consapevolezza da parte del fideiussore dell'impegno assunto. Ma non era affatto semplice giungere ad una soluzione unica e appagante.

La Corte di Cassazione si è orientata infine in un modo preciso.

Si è ritenuto di non poter affermare la nullità del contratto per l'indeterminabilità dell'oggetto perchè la disciplina della fideiussione prevede la possibilità di garantire un debito futuro e nel caso di rapporto tra debitore principale e la banca tale debito è indirettamente determinabile. Da qui l'idea di un controllo sul regolamento da effettuare diversamente. Valutando il comportamento della Banca.

Può accadere che il debito del debitore principale sia aumentato in base ad un comportamento scorretto dell'Istituto di credito che consenta in modo ingiustificato di aumentare l'esposizione del debitore principale e tale contegno si è ritenuto contrario a buona fede. Con una precisa conseguenza: l'inefficacia, ai sensi dell'art. 1375, della pattuizione per quanto attiene a tale eccedenza nei confronti del fideiussore³⁸. Il correttivo indicato dalla Corte di Cassazione è stato utile ma non è stato idoneo a risolvere in radice il fenomeno.

Sicché è dovuta intervenire la legge modificando una norma in tema di fideiussione e rendendo, per effetto del suo intervento, maggiormente determinato l'oggetto del contratto di fideiussione, con un'aggiunta di alcune parole all'art. 1938 c.c.. La norma stabiliva che "La fideiussione può essere prestata anche per un'obbligazione condizionale o futura". La legge del '92 ha inserito altre parole: "Nel caso di obbligazione futura deve essere indicato l'importo massimo garantito". Se questa previsione dell'importo massimo garantito non c'è, l'oggetto non è determinabile, quindi il contratto è nullo. Dunque la legge interviene sul problema di determinabilità dell'oggetto, fissando in via imperativa, la necessità che in caso di obbligazione futura, il contratto di fideiussione debba contenere un limite massimo, oltre il quale il fideiussore non debba più rispondere³⁹.

La pronuncia
della Corte di
Cassazione

La modifica
dell'art.
1938 c.c.

Giurisprudenza

"In tema di fideiussioni ed in relazione alla situazione normativa esistente prima dell'entrata in vigore dell'art. 10 l. 17 febbraio 1992 n. 154, l'operatività della garanzia prevista dall'art. 1948 c.c. – che disciplina l'obbligazione del fideiussore e che rappresenta una specificazione della c.d. fideiussione omnibus – rimane esclusa, pur quando il contratto sia considerato valido sotto il profilo della determinabilità

³⁸ Cass., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3610. V. ora Cass., 4 marzo 2005, n. 4754, nota di A. TOMASETTI, *Fideiussione per obbligazione futura: obblighi di correttezza e buona fede del creditore*, in *Obb. cont.*, 2006, 1, p. 15 ss.

³⁹ Sui requisiti dell'oggetto si segnalano le seguenti sentenze: Cass., sez. un., 7 marzo 2005, n. 4806, in *Foro it.*, 2006, 10, 2902; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1432, in *Contratti*, 2004, 892, nota SCATTARELLA; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3638, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 2; Cass., 24 dicembre 2004, n. 23618, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; Cass., sez. II, 13 settembre 2004, n. 18361, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 9.

dell'oggetto e della deroga a quanto stabilito dall'art. 1956 c.c., ogni qualvolta il comportamento della banca beneficiaria della garanzia non sia improntato, nei confronti del fideiussore, al rispetto dei principi di correttezza e di buona fede, ai quali sia il debitore che il creditore sono tenuti ad uniformare il rispettivo comportamento, secondo quanto stabilito dagli art. 1175 e 1375 c.c.” (Cass., sez. I, 24 febbraio 2004, n. 3610, cit.).

5.2. La determinazione da parte del terzo

Arbitraggio e perizia contrattuale

Arbitraggio

Si ha arbitraggio allorché «il contratto per *relationem* indica nella valutazione di un terzo, appositamente incaricato, l'elemento che renderà determinato l'oggetto attualmente solo determinabile»⁴⁰. Le parti possono affidare all'arbitratore l'incarico di svolgere la sua valutazione in base all'equo apprezzamento oppure al mero arbitrio.

In mancanza di espressa pattuizione tra le parti, il terzo deve procedere con equo apprezzamento, cioè secondo criteri obiettivi, controllabili in base alla motivazione che l'arbitratore deve esplicitare. Le parti possono anche stabilire che il terzo proceda secondo mero arbitrio. Questa scelta autorizza l'arbitratore a decidere anche con valutazioni che non seguono un percorso logico e razionale⁴¹

Per quanto concerne il regime delle impugnazioni, si distinguono le ipotesi in cui il terzo deve procedere con equo apprezzamento da quelle in cui deve decidere con mero arbitrio. Nel primo caso la determinazione può dar luogo a impugnazione qualora sia manifestamente iniqua o erronea. Nel secondo, qualora vi sia la mala fede del terzo.

Nel caso in cui venga a mancare la determinazione, questa viene fatta dal giudice se il terzo doveva procedere con equo apprezzamento. Se l'arbitratore era stato autorizzato a decidere secondo mero arbitrio, le parti devono accordarsi per sostituirlo e in assenza di accordo la clausola è nulla.

Discussa è la natura giuridica dell'atto di arbitraggio. Sembra preferibile la tesi secondo cui l'atto di arbitraggio non è un negozio ma un atto giuridico. In tal modo si spiega come l'incarico al terzo sia configurabile come mandato e che il regime di impugnazione sia diverso rispetto a quello previsto per i negozi. D'altra parte, la tesi dell'atto negoziale non pare accoglibile se non altro perché il terzo non si sostituisce alle parti nella creazione del vincolo contrattuale. Sembra da escludere anche la tesi opposta che ritiene che l'atto rilevi come un mero fatto o comportamento del terzo, perché mal si concilia con la prevista possibilità di impugnare l'atto⁴².

Arbitraggio:
natura
giuridica

La giurisprudenza dominante distingue la perizia contrattuale dall'arbitraggio. L'autonomia della figura risiede nel fatto che il perito “non compie valutazioni discrezionali ispirate a criteri equitativi, ma si limita ad applicare norme tecniche, ad utilizzare criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel

Perizia
contrattuale

⁴⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 352.

⁴¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 353 ss

⁴² V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 353 ss.

cui ambito si iscrive la constatazione, l'accertamento, la valutazione che è stato incaricato di compiere". L'arbitratore, invece, nell'espletare il proprio incarico "deve procedere con equo apprezzamento [...]. La determinazione della prestazione con equo apprezzamento da parte dell'arbitratore è volta ad assicurare, nel momento del completamento del contenuto del contratto, l'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte, la perequazione degli interessi economici in gioco. L'equo apprezzamento (in contrapposizione al mero arbitrio) non si risolve in valutazioni discrezionali, in quanto tali insindacabili, bensì in valutazioni che sia pur scontando un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obbiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive"⁴³.

Si fonda, dunque, la distinzione tra perizia e arbitraggio sui criteri di valutazione ai quali devono attenersi rispettivamente il perito e l'arbitratore.

Configurazione
autonoma
delle due
figure

Dalla configurazione autonoma delle due figure ne discende che alle determinazioni del perito e dell'arbitratore siano applicabili regimi di impugnabilità diversi, ovvero si esclude "nel caso di perizia contrattuale, l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349", secondo il quale la determinazione dell'arbitratore può essere impugnata se manifestamente iniqua o erronea. Secondo la lettura datane dalla giurisprudenza, alla determinazione dell'arbitratore-perito possono essere applicate esclusivamente "le regole generali del codice civile che determinano le cause di invalidità dei negozi giuridici. La perizia contrattuale potrà quindi essere impugnata soltanto nel caso di errore, dolo o violenza".

La dottrina dominante è molto critica nei confronti della posizione assunta dalla giurisprudenza.

Le critiche
della dottrina

Si ritiene, infatti, che non sia possibile identificare la perizia contrattuale come figura autonoma. Il carattere tecnico dell'operazione che deve essere espletata dal terzo non esclude che l'atto vada a determinare il rapporto contrattuale altrui oppure a comporre una controversia. Ne discende che in ogni caso la perizia o integra un elemento del contratto, ed allora è arbitraggio, oppure risolve una controversia, ed allora è arbitrato irrituale⁴⁴. Ciò soprattutto ove si consideri le ipotesi in cui le parti abbiano stabilito in via preventiva di impegnarsi ad accettare che l'importo di un indennizzo debba essere determinato da un collegio di esperti. L'accettazione in via preventiva fa risaltare come l'atto del perito incida sul rapporto contrattuale, integrandolo⁴⁵.

Sempre al fine di contrastare l'orientamento giurisprudenziale si è, altresì, osservato come sia difficile ritenere che la determinazione del terzo possa essere del tutto scevra da valutazioni discrezionali o giudizi soggettivi. Ciò soprattutto se si considera la fase in cui, dopo aver studiato la questione con la propria specifica competenza tecnica, il terzo debba applicare alla fattispecie concreta i risultati dello studio condotto. Inoltre, la scelta delle parti di rimettere ad un terzo la decisione di integrare un elemento del contratto fa perdere a quest'ultima il carattere di mera dichiarazione di scienza e conseguentemente assumere quello decisionale⁴⁶.

⁴³ Cass., 30 giugno 2005, n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, c. 482.

⁴⁴ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 330 ss. Cfr. anche V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 352-353.

⁴⁵ C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit.

⁴⁶ G. CRISCUOLO, *Arbitraggio e perizia contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Aggiorn., 2000, p. 60.

Si dubita, pertanto, che sia possibile riconoscere alla perizia un'autentica autonomia sul piano strutturale e funzionale. In tal senso si è rilevato come il riferimento alla natura tecnica dei criteri di valutazione adottati non sembra poter costituire un criterio sufficiente a distinguere la c.d. perizia contrattuale dall'arbitrato e dall'arbitraggio⁴⁷.

In primo luogo si osserva che il riferimento all'equità, contenuto nell'art. 1349 c.c., non è tale da distinguere arbitratore e perito, perché la determinazione equitativa dell'arbitratore si caratterizza proprio per la sua natura di *relatio* e per la necessità di una rispondenza della scelta operata dal terzo ai criteri di valutazione fissati dalle parti che hanno conferito preventivamente l'incarico⁴⁸. La determinazione del terzo è dunque espressione del suo equo apprezzamento, ispirato pur sempre a parametri oggettivi⁴⁹, qualora "sia vincolata a criteri tecnici di comune accezione"⁵⁰. E questa interpretazione è ritenuta la migliore.

Giurisprudenza

“Con la clausola di arbitraggio, inserita in un negozio incompleto in uno dei suoi elementi, le parti demandano ad un terzo arbitratore la determinazione della prestazione, impegnandosi ad accettarla; il terzo arbitratore, a meno che le parti si siano affidate al suo «mero arbitrio», deve procedere con equo apprezzamento alla determinazione della prestazione, adottando cioè un criterio di valutazione ispirato all'equità contrattuale, che in questo caso svolge una funzione di ricerca in via preventiva dell'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte e di perequazione degli interessi economici in gioco; pertanto l'equo apprezzamento si risolve in valutazioni che, pur ammettendo un certo margine di soggettività, sono ancorate a criteri obiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive, in quanto tali suscettibili di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione nel caso in cui la determinazione dell'arbitro sia viziata da iniquità o erroneità manifesta, il che si verifica quando sia ravvisabile una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l'attività dell'arbitratore; anche la perizia contrattuale, che ricorre quando le parti deferiscono ad uno o più soggetti, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un accertamento tecnico che esse preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale, costituisce fonte di integrazione del contratto, ma essa si distingue dall'arbitraggio perché l'arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico secondo un criterio di equità mercantile, ma deve attenersi a norme tecniche ed ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere; ne consegue che nel caso di perizia contrattuale va esclusa l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione

⁴⁷ G. GITTI, *La determinazione dell'oggetto*, cit., p. 353.

⁴⁸ G. CRISCUOLO, *Arbitraggio e perizia contrattuale*, cit., p. 70.

⁴⁹ Cass., 12 aprile 1956, n. 1082, e Cass., 2 febbraio 1999, n. 858, in *Foro it. Online* e in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, p. 229.

⁵⁰ E. GABRIELLI, *Il codice civile commentato, Commentario* a cura di Schelesinger, Milano, 2001, p. 233.

discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito". (Cass. 30 giugno 2005 n. 13954, in *Foro it.*, 2006, I, 482).

"L'oggetto del contratto per il quale è necessaria la forma scritta (nel caso, vendita di bene immobile futuro altrui) può considerarsi determinabile, benché non indicato specificamente, solo se sia con certezza individuabile in base agli elementi prestabiliti dalle parti nello stesso atto scritto senza necessità di fare ricorso al comportamento successivo delle parti, dovendosi escludere la possibilità di applicazione, per la determinazione dell'oggetto del contratto, della regola ermeneutica dell'art. 1362, comma 2, c.c., che consente di tener conto, nella ricerca della comune intenzione dei contraenti, del comportamento di questi successivo alla conclusione del contratto" (Cass. civ., 13 settembre 2004, n. 18361, cit.).

Fonti persuasive

Principi Unidroit

L'art. 1.1, rubricato "Libertà contrattuale", riconosce alle parti la possibilità di determinare liberamente il contenuto del contratto: "*Le parti sono libere di concludere un contratto e di determinarne il contenuto*".

Nel caso in cui le parti abbiano lasciato intenzionalmente delle clausole in bianco l'art. 2.14 stabilisce che:

(1) *Il fatto che le parti abbiano intenzionalmente lasciato la fissazione del contenuto di una determinata clausola a future negoziazioni o alla determinazione di un terzo non esclude la conclusione del contratto se le parti stesse avevano effettiva intenzione di concluderlo.*

del contratto.

(2) *L'esistenza del contratto non è compromessa dal fatto che successivamente*

(a) le parti non raggiungano alcun accordo sulla clausola; o

(b) il terzo non determini il contenuto della clausola,

a condizione che per definire quest'ultima esista un altro metodo ragionevole considerate tutte le circostanze, tenuto conto delle intenzioni delle parti.

Draft Common Frame of Reference

Principles, definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Interim Outline Edition, Sellier European Law publishers, München, 2009.

Book II Contracts and other judicial acts

Chapter 1: General Provisions

II – 1:102: Party autonomy

1. Parties are free to make a contract or other judicial act to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing and any other applicable mandatory rules.

2. Parties may exclude the applications of any of the following rules relating to contracts or other judicial acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided.

3.A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or vary its effect does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which the party is aware.

Book II Contracts and other juridical acts

Chapter 4: Formation

Section 1: General Provisions

II- 4 : 101 Requirements for the conclusion of a contract

The contract is concluded, without any further requirement, if the parties:

- a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect and
- b) reach a sufficient agreement.

6. Il contratto illecito

Il contratto è illecito quando è illecita la causa, l'oggetto, i motivi nell'ipotesi indicata nell'art. 1345 c.c., la condizione (art. 1418 c.c.) o il risultato comunque realizzato dalle parti (art. 1344 c.c.). Vediamo da vicino queste ipotesi.

Causa e oggetto sono illeciti se contrari a norme imperative, ordine pubblico e buon costume. Si tratta di precisare questi concetti. Spesso può non essere facile distinguere tra negozio illecito per illiceità della causa oppure dell'oggetto. Nella vendita di droga, sarà sicuramente illecito l'oggetto, il programma negoziale volto allo scambio di droga, ma sarà illecita anche la causa. Sul piano teorico, comunque, non esistono possibilità di confusione.

La **causa** esprime un **giudizio** in ordine alla finalità conseguita in concreto e al risultato raggiunto. L'**oggetto** riguarderà il **contenuto del contratto e il programma negoziale**.

Nella giurisprudenza più recente si considerano ipotesi di oggetto illecito:

- Una delibera condominiale con oggetto contrario all'ordine pubblico, alla morale o al buon costume⁵¹.
- Il contratto con cui si effettuano favori economici in cambio di "disponibilità" nell'esercizio delle funzioni pubbliche⁵².
- L'appalto per la costruzione di un immobile senza concessione edilizia in quanto il suo oggetto è illecito per violazione della norma imperativa in materia urbanistica⁵³.

6.1. Norme imperative

Si considera tale una regola concretamente posta dal legislatore che non può essere derogata dalle parti e che pone un comando o un divieto. In particolare, il

⁵¹ Cass., 7 marzo 2005, n. 4806, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2902.

⁵² Cass., 2 ottobre 2006, in *Rep. Foro it.*, 2007, *Corruzione* [1810], n. 8.

⁵³ Cass., 21 febbraio 2007, n. 4015, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2, ed in *Foro it. Online*.

divieto di conseguire con il contratto un risultato contrario agli interessi tutelati dalla norma. La quale peraltro può prevedere una conseguenza diversa dalla nullità (v.art. 1418 1° comma). Come vedremo subito la violazione di una norma penale, amministrativa o valutaria, può dar luogo non alla nullità del contratto ma ad una diversa sanzione penale, amministrativa o civile.

6.2. Violazione di norme tributarie

Violazione di
norme
tributarie

Le norme tributarie sono norme imperative, ma l'orientamento giurisprudenziale precedente escludeva l'invalidità dell'atto contrario a norme fiscali sul presupposto che esistono altre sanzioni in materia e che la nullità può essere di ostacolo, in tale vicenda, alla circolazione dei beni.

La Cassazione nella sentenza n. 11351 del 2001⁵⁴ riassume tale indirizzo precisando che “non è sufficiente che una norma sia inderogabile perché possa essere qualificata come imperativa, essendo a tal fine necessario che essa sia di carattere proibitivo e sia posta, altresì, a tutela di interessi generali che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico”; tali caratteri non sono ravvisabili nelle norme tributarie “poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e, in linea di massima, non pongono divieti, ma assumono un dato di fatto quale indice di capacità contributiva”.

Tre sentenze successive si sono pronunciate su ipotesi in cui si verificano una serie di cessioni poste in essere per evitare la tassazione sul dividendo che spetta all'azionista. Si tratta dei c.d. contratti di *dividend washing* e *dividend stripping*, fattispecie su cui la Cassazione si è pronunciata prima che fossero disciplinate da una norma. Siamo in presenza di un'operazione di collegamento evidentissima tra due contratti posti in essere a pochissima distanza di tempo l'uno dall'altro⁵⁵.

Nelle operazioni di *dividend washing* la società acquista il titolo da un fondo comune di investimento carico del dividendo non staccato e lo rivende ad un prezzo inferiore, dopo aver riscosso il dividendo. Il vantaggio è duplice: la società che ha acquistato il titolo ottiene un credito d'imposta per la riscossione del dividendo secondo quanto previsto dall'art. 14 del t.u.i.r. oggi abrogato dal d.lgs. 344/2003⁵⁶, e

⁵⁴ Cass., 3 settembre 2001, n. 11351, in *Giur. it.*, 2002, p. 1102.

⁵⁵ V. ora Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in *Foro it. On-line*.

⁵⁶ Art. 14. d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917: “1. Se alla formazione del reddito complessivo concorrono utili distribuiti in qualsiasi forma e sotto qualsiasi denominazione dalle società o dagli enti indicati alle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 87, al contribuente è attribuito un credito di imposta pari a nove sedicesimi dell'ammontare degli utili stessi. 2. Nel caso di distribuzione di utili in natura il credito di imposta è determinato in relazione al valore normale degli stessi alla data in cui sono stati posti in pagamento. 3. Relativamente agli utili percepiti dalle società, associazioni e imprese indicate nell'art. 5, il credito di imposta spetta ai singoli soci, associati o partecipanti nella proporzione ivi stabilita. 4. Ai fini della determinazione dell'imposta l'ammontare del credito di imposta è computato in aumento del reddito complessivo netto. 5. La detrazione del credito di imposta deve essere richiesta, a pena di decadenza, nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta in cui gli utili sono stati percepiti e non spetta in caso di omessa presentazione della dichiarazione o di omessa indicazione degli utili nella dichiarazione presentata. Se nella dichiarazione è stato omesso soltanto il computo del credito di imposta in aumento del reddito complessivo, l'ufficio delle imposte può procedere alla correzione anche in sede di liquidazione dell'imposta dovuta in base alla dichiarazione dei redditi. 6. Il credito di imposta spetta anche

ottiene una deduzione fiscale per la minusvalenza derivante dalla rivendita del titolo ad un prezzo inferiore rispetto a quello d'acquisto.

Il *dividend stripping* è, invece, un'operazione negoziale costituita dalla cessione di un diritto di usufrutto, a favore di un soggetto residente, su azioni possedute da una società non residente. Anche in questa operazione il vantaggio fiscale è evidente: la società residente usufruttuaria realizza un credito d'imposta sui dividendi e deduce il costo dell'usufrutto. La società non residente non subisce alcuna detrazione⁵⁷.

La Cassazione a sorpresa dichiara nulli questi contratti.

Nullità per
mancanza di
causa

Una prima sentenza⁵⁸ dichiara la nullità per difetto di causa poiché la ragione giustificatrice, si sostiene, non era lo scambio, ma solo lo scopo elusivo del il risparmio fiscale.

Simulazione
assoluta

Un'altra sentenza ritiene che la contrattazione elusiva celi una simulazione assoluta delle parti al fine di eludere e frodare la legge. Vi è un richiamo all'art. 53 della Costituzione che ha, si osserva, una precettività immediata nel disporre che: "tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità pubblica" secondo "criteri di progressività" ispirati a scaglioni diversi a seconda del reddito. La sentenza prende le distanze rispetto a quella del 2001 e riafferma che la norma tributaria è imperativa⁵⁹. Il collegio ritiene pertinente il richiamo all'art. 1344 perché le norme tributarie sono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso alle spese pubbliche e su questo dissente dalle argomentazioni della sentenza del 30 settembre 2001 n. 11351.

Causa
illecita

La terza sentenza si pone in linea con la precedente, riprendendola. In entrambe le ipotesi è centrale il riferimento alla causa: la frode alla legge colpisce una illiceità della causa che deriva non dal contratto, ma dal fatto di servirsi di un mezzo per eludere una norma imperativa. Vi è un riferimento alla causa in concreto per individuare l'assenza o l'esistenza della causa e si accerta che quel contratto è stato posto in essere con l'unica finalità dell'elusione fiscale⁶⁰.

Con tale orientamento la Corte di Cassazione sembra "aver trovato nella nullità del contratto per difetto di causa lo strumento antielusivo di portata generale di cui

quando gli utili percepiti sono tassati separatamente ai sensi dell'art. 16; in questo caso il suo ammontare è computato in aumento degli utili e si detrae dalla relativa imposta determinata a norma dell'art. 18. 7. Le disposizioni del presente articolo non si applicano per le partecipazioni agli utili spettanti ai promotori, ai soci fondatori, agli amministratori e ai dipendenti della società o dell'ente e per quelle spettanti in base ai contratti di associazione in partecipazione e ai contratti indicati nel primo comma dell'art. 2554 del codice civile, né per i compensi per prestazioni di lavoro corrisposti sotto forma di partecipazione agli utili e per gli utili di cui alla lettera g) del comma 1 dell'art. 41.

⁵⁷ Con questa operazione realizzava vantaggi fiscali anche il fondo il quale, cedendo le azioni, sostituiva una plusvalenza non imponibile, in base a quanto disposto dalla normativa vigente, alla percezione del dividendo, soggetto ad una ritenuta a titolo di imposta. Cfr. G. CORASANITI, *La nullità dei contratti come strumento di contrasto di operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Obb. contr.*, 2006, 4, p. 320 ss.

⁵⁸ Cass., 21 ottobre 2005, n. 20337, in *Giur. it.*, 2007, p. 358.

⁵⁹ Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816, in *Obb. contr.*, 2006, p. 309, con nota di G. CORASANITI.

⁶⁰ Cass., 14 novembre 2005, n. 22932, in *Obb. contr.*, 2006, 4, p. 302 ss., nota di G. CORASANITI, *La nullità dei contratti come strumento di contrasto di operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, cit.

l'ordinamento tributario si mostrava carente⁶¹. Non mancano però sentenze che richiamano il precedente orientamento⁶².

Fine: elusione
fiscale

L'aver affermato che le norme tributarie sono norme imperative non porta, però, automaticamente alla dichiarazione di nullità. Ciò accade se si accerta che l'unico fine è l'elusione fiscale e si possono applicare gli articoli 1343 e 1344 c.c. Diverso è il caso in cui il contratto abbia una propria causa lecita e, ad esempio, la pattuizione relativa al prezzo sia simulata per evitare una maggiore tassazione⁶³.

Giurisprudenza

“Le operazioni di *dividend washing*, poste in essere prima dell'entrata in vigore del D. L. 9 settembre 1992, n. 372 convertito con modificazioni nella L. 5 novembre 1992 n. 429, sono nulle per mancanza di causa (la cassazione ha rilevato che dallo scambio tra le prestazioni contrattuali attuato attraverso il collegamento negoziale dei due contratti tipici di acquisto e rivendita di azioni non consegue per le parti alcun vantaggio economico all'infuori del risparmio fiscale)” (Cass. civ., sez. trib., 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Dir. e giust.*, 2005, fasc. 43, 21, nota Placido).

“Nel merito, ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all'indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 10257/08, 25374/08), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano.

Ed in effetti, i principi di capacità contributiva (art. 53 Cost., comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost., comma 2) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi.

Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale” (Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in *Foro it. online*).

⁶¹ V. ora anche Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, cit. Così, G. CORASANITI, *op. cit.*, p. 303.

⁶² V. Cass., 28 febbraio 2007, n. 4785, in *Vita not.*, 2007, p. 815: «Le pattuizioni contenute in un contratto che siano dirette ad eludere, in tutto o in parte, la normativa fiscale non implicano di per sé la nullità del contratto stesso, trovando nel sistema tributario le relative sanzioni».

⁶³ C. BRUNI, *L'indifferenza del fisco rispetto alla pattuizione interna del prezzo*, in *Obb. cont.*, 2007, 4, p. 320 ss. Cfr. Cass., 22 dicembre 2005, n. 28421, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 12, ove si afferma che qualsiasi pattuizione delle parti in ordine al prezzo è ininfluenza per l'Erario che comminerà in caso di accertamento le proprie sanzioni.

6.3. Contratto contrario a norme penali

Non sempre la contrarietà ad una norma penale determina la nullità.

Se la norma penale vieta la realizzazione di uno scopo, la conseguenza è la nullità. Se, invece, la norma penale valuta il comportamento di una parte non deriva la nullità, ma la responsabilità civile o l'annullabilità.

Un tipico caso di norma penale la cui violazione determina la nullità del contratto è rappresentato dalla fattispecie incriminatrice della circonvenzione di incapace (art. 643 c.p.). Comunemente, lo scopo di questa norma penale è ravvisato, più che nella tutela dell'incapacità in sé considerata, nella tutela dell'autonomia privata e della libera esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica). Pertanto, il contratto stipulato per effetto diretto della circonvenzione di incapace deve essere dichiarato nullo per contrasto con norma imperativa.

Un esempio, invece, di contratto contrario ad una norma penale ma che non può essere considerato nullo è rappresentato dall'accordo tra due o più parti concluso per truffa. In questo caso, infatti, trattandosi di mero vizio di volontà⁶⁴, si può avere unicamente l'annullamento del contratto.

Reati
contratto
e reati in
contratto

A tal proposito, la dottrina penalistica distingue fra reati-contratto, ovvero contratti la cui stipulazione è reato e reati in contratto nei quali il legislatore penale incrimina le condotte poste in essere mediante violenza o frode nella fase precedente alla stipulazione del contratto⁶⁵. Come detto, nel primo caso si considera nullo il contratto, nella seconda ipotesi si applica la disciplina dell'annullabilità.

6.4. Contrarietà a buona fede

Secondo taluni la violazione della regola di buona fede può determinare la nullità del contratto (art. 1418 c.c.) o di una clausola (art. 1419 c.c.). L'argomento si basa sul seguente ragionamento: salvo che manchi una norma di legge che disponga diversamente, la violazione di una norma imperativa comporta la nullità, quale forma generale di invalidità *ex art. 1418 c.c.*

Preferibile è ritenere (come si dirà più avanti) che la violazione della buona fede, di per sé, non comporta nullità del contratto, ma risarcimento dei danni, come si evince dall'art. 1338 del Codice civile italiano⁶⁶ e da una recente sentenza della Cassazione⁶⁷. In essa si precisa che le norme di comportamento a carico di operatori

⁶⁴ Come spiega bene la sentenza della Corte di Cassazione 31 maggio 2011, n. 7468, "il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente diverso da quello che vizia il consenso negoziale, nemmeno dal punto di vista dell'intensità, risolvendosi entrambi in artifici e raggiri adoperati dall'agente e diretti ad indurre in errore, l'altra parte e quindi a viziare il consenso allo scopo di ottenere l'ingiusto profitto mediante il trasferimento della cosa contrattata."

⁶⁵ M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale, Contributo allo studio delle nullità*, Milano, 2000, p. 53 ss.; F. D'ARCANGELO, *Il contratto concluso in violazione di una norma penale*, in *Obb. cont.*, 2007, 6, p. 533.

⁶⁶ G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, 4, p. 915, e ora in G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005, p. 166 ss., p. 181 ss.

⁶⁷ v. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, con commento di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 892 ss. La sentenza è stata confermata oggi da Cass., s.u., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. contr.*, 2, 2008, p. 104.

del mercato possono avere natura di ordine pubblico, ma lo strumento di una loro ricezione non è la nullità virtuale. Per una ragione espressa in modo chiaro nella motivazione. L'art. 1418 1° comma "attiene ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardano la struttura e il contenuto del contratto (art.1418 2° comma)". Mentre "i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale... e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto...; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista del legislatore⁶⁸". Tutto ciò esclude il richiamo della nullità⁶⁹, la quale esprime sempre la necessaria "inidoneità dell'atto" alla produzione di effetti stabili e permanenti".

Diverso è il problema della possibile inefficacia di una clausola per effetto della inesigibilità di un contegno in mala fede. In tal caso, la clausola negoziale è improduttiva di effetti non in quanto tale, ma *ab-extrinseco*, per la violazione dell'art. 1375 c.c. Ciò perché "avuto riguardo alle circostanze del caso concreto è contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola".

6.5. Ordine pubblico

Vi sono contrapposte letture del principio.

- Secondo taluni l'ordine pubblico è una formula descrittiva e riassuntiva dei precetti già posti in modo autonomo dalle singole norme imperative.
- Secondo un'opinione più recente e preferibile, l'ordine pubblico è una clausola generale che consente un utilizzo giurisprudenziale del principio. Certo il suo contenuto non si può trarre dalla realtà sociale, giacché l'ordine pubblico è un criterio formale di validità del contenuto del contratto che dovrà esprimere i fondamenti etico-politici ed economici dell'ordinamento, ricavati in primo luogo dalle fonti di produzione giuridica.

Formula
descrittiva

Clausola
generale

Occorre quindi innanzitutto attingere orientamenti dalle norme imperative, dai precetti Costituzionali e da quelle leggi ordinarie che hanno un valore decisivo in vari settori.

Particolare rilievo può avere al riguardo l'esame di normative sopranazionali, fra le quali la Carta dei diritti fondamentali su cui si è detto nel Primo capitolo al quale si rinvia anche per la casistica riportata.

6.6. Buon costume

Il mutato rapporto tra morale e società assume un evidente rilievo ai nostri fini, in considerazione del carattere oggettivo che la regola morale deve avere per acquistare rilevanza per il diritto.

⁶⁸ Vedila in V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore*, cit., p. 910.

⁶⁹ V. SCALISI, *Invaldità e inefficacia: Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, p. 210.

La giurisprudenza ripete una massima costante⁷⁰: “Le pattuizioni considerate contrarie al buon costume non sono solo quelle contrarie alla regola del pudore sociale o della decenza, ma anche quelle lesive dei principi e delle esigenze appartenenti alla coscienza morale collettiva, cui la generalità delle persone uniforma il proprio comportamento in un determinato ambiente e momento storico” Sicché, ad esempio: “Il contratto con cui una parte assume l’impegno di procurare dietro corrispettivo un posto di lavoro ... utilizzando i favori indebiti di funzionari pubblici deve considerarsi.. contrario alle esigenze etiche della collettività”.

La particolare riprovazione per il negozio immorale si trae dall’art 2035 che esclude la ripetibilità di una prestazione eseguita per uno scopo che anche da parte dell’autore costituisca offesa al buon costume.

6.7. La meritevolezza dell’interesse

Meritevolezza
come liceità

L’orientamento prevalente in giurisprudenza considera tale valutazione coincidente con quella di liceità⁷¹.

Il riferimento al requisito indicato nell’art. 1322, 2° comma, potrebbe in astratto determinare una illiceità per una mancata coerenza del singolo contratto a fini sociali. Ma si è già detto che tale giudizio, presente al legislatore del 1942, non è compatibile con il nuovo assetto dei rapporti contrattuali disciplinato dal Codice, dalla Costituzione e dall’ordinamento comunitario (artt. 41, 42, 117 Costituzione). L’art. 41 della Costituzione “dopo aver sancito la libertà economica privata, e quindi dell’autonomia contrattuale che ne è strumento” dispone “che tale iniziativa non si svolga “in contrasto” con l’utilità sociale”. Se ne ricava che “il controllo consentito in sede giurisprudenziale, alla stregua di tale norma, è meramente negativo; il contratto non deve essere socialmente dannoso, mentre non è dato verificare se esso possa considerarsi meritevole di tutela perché socialmente utile”⁷².

6.8. Motivo illecito

Motivo:
comune
esclusivo
determinante

In base all’art. 1345 “*Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune a entrambe*”, per cui non ogni motivo illecito rileva, ma soltanto quello che sia comune, esclusivo e determinante. Il motivo deve incidere in modo esclusivo sulla determinazione delle parti.

L’art. 1345 contiene il riferimento ad altre due norme, ovvero all’art. 788 c.c. in tema di donazione e all’art. 626 c.c. in materia di testamento.

Secondo l’art. 788 il motivo illecito rende nulla la donazione “*quando risulta dall’atto ed è il solo che ha determinato il donante alla liberalità*”. Analogamente l’art. 626 c.c. prevede che, per rendere nulla la disposizione testamentaria, il motivo debba risultare *dal testamento* ed essere il “*solo che ha determinato il testatore a disporre*”. In entrambe le ipotesi il legislatore richiede che il motivo oltre ad essere determinante della liberalità del donante e della volontà del testatore, sia espresso, ovvero che risulti anche dall’atto.

Motivo
illecito nella
donazione
e nel
testamento

⁷⁰ Cass., 15 dicembre 2001, n. 7523, in *Dir. fallim.*, 2001, II, p. 1190.

⁷¹ V. da ultimo Cass., 6 febbraio 2004, n. 2288, in *Contr.*, 2004, p. 801.

⁷² G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 328.

La disciplina sui motivi si presenta molto rigida e gli interpreti, interrogatisi sulle ragioni che hanno determinato questa rigidità, hanno cercato le risposte nell'esigenza di tutelare l'affidamento di controparte. Vi è diffidenza nel dare rilievo ai motivi, per la necessità di non intralciare la circolazione con il rilievo di motivazioni che rimangono nella sfera soggettiva.

In caso di donazione e testamento il motivo deve essere espresso. In giurisprudenza si dice che non si integra questa ipotesi soltanto nel caso in cui il motivo illecito emerga chiaramente dall'atto, ma anche quando risulti da elementi desunti da circostanze esterne comunque collegate all'atto.

In ipotesi di contratto viziato per motivo illecito, ai sensi dell'art. 1345 c.c., può accadere che un contratto sia stipulato con un motivo illecito comune ed esclusivo, ma che le parti abbiano interesse anche al corrispettivo, ovvero a conseguire un ulteriore vantaggio oltre alla illiceità. Quasi sempre vi è una controprestazione che una delle parti si attende, ma ciò rientra nella causa, nella giustificazione del contratto. La motivazione è qualcosa di diverso. La norma, quando vuole reprimere i motivi, vuol colpire un'illiceità che va oltre la giustificazione dell'operazione e che attiene alla sfera psicologica delle parti. Si vuol dare rilievo alla motivazione inespressa delle parti, che ha unificato le prestazioni verso quella finalità illecita.

Si deve, pertanto, distinguere la causa concreta del contratto dalla motivazione che riguarda elementi non penetrati nel regolamento contrattuale, non perseguibili con la causa ma, appunto, con l'art. 1345 c.c.

Può accadere che la motivazione si atteggi come condizione. Nella condizione l'illiceità non attiene all'evento, ma all'intento che ha ispirato la volontà delle parti di introdurre il meccanismo condizionale. Da qui la repressione anche della **condizione illecita (art. 1354)**.

6.9. Frode alla legge

In base all'art. 1344 c.c. *“Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa”*.

Spesso il controllo sotteso all'art. 1344 c.c. si realizza già con la causa in concreto ma in molti casi il solo riferimento alla causa è insufficiente, come per le ipotesi di un collegamento fra più atti isolati che realizza la frode.

Un esempio è il contratto di *lease-back*. Un imprenditore proprietario di un immobile ha interesse a disporre di denaro contante, per cui cede il bene ad una società di finanziamento e stipula con la stessa un successivo contratto di leasing con cui gli viene concesso in godimento lo stesso bene che aveva ceduto. In tal modo si realizza l'interesse dell'impresa alla disponibilità del capitale e l'interesse del finanziatore ad una garanzia effettiva che si realizza con l'acquisto della proprietà. Il problema è quello di verificare se tale operazione viola il divieto del patto commissorio (art. 2744). A tal fine si devono individuare gli elementi di questa valutazione illecita e chiarire se la norma colpisce un intento o un risultato.

La giurisprudenza più risalente faceva riferimento all'intento delle parti. Più di recente si pone l'accento sull'esigenza di colpire un risultato vietato. Da ultimo si

analizzano i comportamenti e le circostanze concrete del singolo rapporto. L'evoluzione è significativa ed occorre soffermarsi ripercorrendo tale vicenda.

Patto di riscatto

Il divieto del patto commissorio

La norma che pone il divieto del patto commissorio è contenuta nell'art. 2744 c.c. che sanziona con la nullità *“il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno”*.

Con il divieto si colpisce una pattuizione con la quale il debitore conviene che la cosa ipotecata passi in proprietà al debitore in caso di mancato pagamento. Si vuole evitare che il creditore si soddisfi con un atto di autonomia e senza che si seguano le procedure legali di soddisfazione di tutti i creditori. Dunque si deve sottrarre il debitore alla vincolatività di un patto che l'ordinamento riprova.

Esistono, però, altre norme che lasciano pensare che l'ordinamento non giudichi sempre negativamente l'alienazione in garanzia. Vediamole.

Patto di riscatto

- L'art. 1500 c.c. sul “Patto di riscatto” prevede la possibilità per il venditore di riacquistare il bene con una dichiarazione.
- L'art. 1548 c.c. sul “Riparto”, nella vendita di titoli disciplina *“il contratto per il quale il riportato trasferisce in proprietà al riportatore titoli di credito di una data specie per un determinato prezzo, e il riportatore assume l'obbligo di trasferire al riportato, alla scadenza del termine stabilito, la proprietà di altrettanti titoli della stessa specie, verso rimborso del prezzo, che può essere aumentato o diminuito nella misura convenuta”*.
- Nell'art. 1851 c.c. sul “Pegno irregolare” si usa addirittura la parola garanzia: *“Se a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di denaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti”*.

Riparto

Pegno irregolare

C'è, dunque, un divieto generale del patto commissorio e schemi negoziali che sembrano non vietare in assoluto la finalità di garanzia ed occorre approfondire questa vicenda giurisprudenziale.

Fino agli anni ottanta si è seguita una interpretazione letterale dell'art. 1344.

Si sosteneva che nella vendita con patto di riscatto si fosse al di fuori dell'ipotesi prevista, perché l'inadempimento si verifica, in tal caso, dopo l'effetto traslativo. La stessa soluzione si propone in caso di vendita sottoposta a condizione risolutiva. Secondo questa impostazione si deve verificare se il trasferimento sia collegato all'inadempimento. L'orientamento si basa sull'esistenza o meno di un elemento strutturale. Occorre esaminare se il trasferimento è collegato all'inadempimento. Non si viola il divieto quando le parti non prevedono una corrispondenza automatica tra inadempimento e il trasferimento.

Interpretazione letterale dell'art. 1344 c.c.

La sentenza della Corte di Cassazione del 3 giugno 1983 n. 3800 supera il ragionamento imperniato sul divieto strutturale ritenendo che “più che la dichiarazione circa il momento dell'effetto traslativo della proprietà” rilevi “il comune intento delle parti di attribuire alla vendita funzione di garanzia e l'esistenza di un nesso teleologico e strumentale fra i due negozi”. Nella motivazione si osserva che le parti pongono in essere strumenti negoziali volti alla realizzazione del risultato vietato, e si ipotizza l'illiceità della causa “in quanto volta frodare il divieto del patto commissorio attraverso il ricorso ad un procedimento simulatorio”. In tal modo, però, si sovrappone la simulazione e la frode alla legge che non sempre coincidono.

La Cassazione riconduce la fattispecie al simulazione

Successivamente la Cassazione abbandona il riferimento alla simulazione e applica l'art. 1344 c.c. Così la sentenza della Suprema Corte a Sezioni Unite del 3 aprile 1989 n. 1611 pone in luce la *ratio* del divieto: la tutela legislativa interviene “in favore del debitore privato della libertà di contrattare” essendo “diretto ad impedire al creditore l'esercizio di una coazione morale sul debitore, spesso spinto alla ricerca di un mutuo da ristrettezze finanziarie, con facoltà di far proprio il bene oggetto di pegno, ipoteca o dato in anticresi, attraverso un meccanismo che gli permetta di sottrarsi alla fondamentale regola della *par condicio creditorum*” La Cassazione ragiona sulla carenza di causa, andando a ricercare nell'alienazione se ciò che le parti hanno realizzato integri una compravendita o manchi, invece, lo scambio ed emerga che le parti hanno voluto realizzare la funzione di garanzia.

Il contratto di
lease-back

Il recente orientamento sul contratto di *lease-back*⁷³ formula un nuovo criterio di valutazione.

Liceità
in astratto

Più elementi fanno dubitare della liceità dell'operazione. L'impresa vende l'immobile alla società finanziaria, ma rimane nella disponibilità del bene perché viene concesso in *leasing*. Vi è una somiglianza indubbia con l'alienazione in garanzia e c'è la possibilità che attraverso questa operazione si possa realizzare una frode, aggirando il divieto del patto commissorio. Al pari delle precedenti forme di alienazioni in garanzia pensate in passato, la nuova formula è sottoposta ad analisi da parte della Cassazione, la quale stabilisce che il contratto non è in astratto illecito ma anzi espressione di una prassi negoziale che si è affermata come utile. Sicché si tratta di accertare, caso per caso, l'assenza di elementi patologici, verificando se esista o meno l'intento fraudolento previsto dall'art. 1344 c.c.

Elementi
sintomatici
della frode

La Corte di Cassazione isola gli elementi sintomatici della frode e le circostanze in base alle quali è possibile evincerla. Si deve indagare se esistano, in particolare, tre aspetti:

Situazione di
debito-credito

- se esiste una situazione di debito-credito tra la società finanziaria che acquista il bene e l'impresa che lo vende. In caso affermativo, c'è una prima indicazione che le parti vogliono realizzare non una funzione esclusivamente di scambio, ma qualcosa di diverso, che si avvicina alla vendita con finalità di garanzia.
- Se l'impresa venditrice si trovava in una situazione di difficoltà economica che “legittima il sospetto di un approfittamento della condizione di debolezza”;
- Se esiste una sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente, “sproporzione che se esistente conferma anch'essa il sospetto di approfittamento di una situazione di debolezza”.

Difficoltà
economica
dell'impresa

Sproporzione
tra valore del
bene trasferito
e corrispettivo

La sentenza in termini chiari ed esplicativi dispone che solo attraverso una verifica in fatto di queste tre circostanze si può fondare la presunzione che il *lease-back*, “contratto d'impresa di per sé lecito”, sia stato in concreto impiegato per eludere il divieto del patto commissorio. Altre decisioni ripetono questa motivazione che diviene così un orientamento giurisprudenziale consolidato.

Attraverso questo ragionamento si cassa la sentenza della Corte d'Appello che aveva ritenuto nullo il contratto di specie. Il giudizio della Corte, si osserva, si è basato su indizi da cui non era possibile desumere la prova. Ha ritenuto rilevante il fatto che l'impresa venditrice fosse stata dichiarata fallita dopo due anni e non ha tenuto conto, invece, che al momento della conclusione del contratto l'impresa

Il giudizio
della Corte
d'Appello

⁷³ Cass., 14 marzo 2006, n. 5438, in *Dir. e giustizia*, 2006, fasc. 19, p. 22, nota GARUFI.

venditrice risultava una società non in stato di insolvenza e senza elementi certi che dimostrassero la sua incapacità di adempiere le proprie obbligazioni. Non si è accertata l'esistenza della difficoltà economica al momento della conclusione del contratto (primo vizio della motivazione) e non si è presa in esame (ecco un altro vizio della motivazione) l'esistenza di una sproporzione tra il valore del bene ed il corrispettivo versato, anzi era stata allegata agli atti una perizia tecnica d'ufficio che accertava che il valore di mercato del bene corrispondeva al valore corrisposto. La Cassazione annulla la sentenza della Corte di Appello e riafferma queste circostanze.

Occorre riflettere sull'evoluzione che c'è stata su questo contratto e più in generale sui criteri per accertare l'illiceità e la frode.

Il giudizio non si incentra su una valutazione strutturale, ma ripercorre la situazione concreta del fatto. L'indagare sulla situazione economica legittima una presunzione di debolezza e di approfittamento che va oltre ciò che è scritto nell'art. 1344 c.c. La giurisprudenza di legittimità trae questi criteri dalla *ratio* del divieto del patto commissorio, volto ad evitare che il debitore sia indotto o costretto ad accettare una vendita o un trasferimento legato strettamente all'adempimento di un debito nei confronti del creditore che diviene acquirente.

La *ratio* di protezione del debitore è evidente e da essa si trae la necessità di un giudizio in concreto sulle circostanze di fatto e i contegni. Elementi che possono in parte essere presunti una volta accertata la situazione di insolvenza o la presenza di fatti (la sproporzione) che individuano la difficoltà economica del debitore al momento della stipulazione del contratto.

La Cassazione utilizza una serie di argomenti che erano impensabili qualche anno fa e la distanza dal passato è netta nel prestare nuova attenzione al contegno delle parti e alla diversità di potere, secondo una tendenza costante della legislazione speciale. Da un confronto strutturale si passa ad una valutazione più attenta al contegno delle parti ⁷⁴.

Ogni tempo ha uno schema che si afferma e che è ritenuto più efficiente.

L'esame della sentenza ci fa capire che sempre più spesso l'analisi del giudice ha di mira il controllo del potere, la ricerca di asimmetrie che la norma impone di correggere secondo un metodo che avvicina spesso i nostri Tribunali ai giudici di *common law* nell'analisi di forme di scorrettezza procedurale.

Ciò avviene nel nostro caso con una continuità storica circolare. La *ratio* dell'art. 1344 sta nel proteggere la posizione del debitore; si isola una situazione in cui c'è una debolezza di una parte, una potenziale situazione di approfittamento dell'altra e si protegge la parte con la sanzione della nullità. Il fatto che il divieto del patto commissorio non debba essere automatico e che il giudizio debba essere attento alle situazioni soggettive delle parti e alle circostanze concrete, era già stato compreso nell'antica Roma. Ove si riteneva valido il "Patto Marciano" con cui si fosse prevista la stima di un perito sul valore del bene al momento del trasferimento. Se tale valore era superiore al valore del credito vi era il sospetto di invalidità e la somma non dovuta al creditore doveva essere rimborsata al debitore. In caso contrario, era esclusa la illiceità di un alienazione in garanzia.

Patto
Marciano

Giudizio in
concreto su
circostanze
fatto e
contegni

⁷⁴ Sullo stesso tema cfr. anche Cass., 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 700.

“Il contratto di *sale and lease back* – in forza del quale un’impresa vende un bene strumentale ad una società finanziaria, la quale ne paga il prezzo e contestualmente lo concede in locazione finanziaria alla stessa impresa venditrice, verso il pagamento di un canone e con possibilità di riacquisto del bene al termine del contratto per un prezzo normalmente molto inferiore al suo valore – configura un contratto d’impresa socialmente tipico che, come tale, è, in linea di massima, astrattamente valido, ferma la necessità di verificare, caso per caso, la presenza di elementi sintomatici atti ad evidenziare che la vendita è stata posta in essere in funzione di garanzia ed è volta, pertanto, ad aggirare il divieto del patto commissorio; a tal fine, l’operazione contrattuale può definirsi fraudolenta nel caso in cui si accerti, con una indagine che è tipicamente di fatto, sindacabile in sede di legittimità soltanto sotto il profilo della correttezza della motivazione, la compresenza delle seguenti circostanze: l’esistenza di una situazione di credito e debito tra la società finanziaria e l’impresa venditrice utilizzatrice, le difficoltà economiche di quest’ultima, la sproporzione tra il valore del bene trasferito ed il corrispettivo versato dall’acquirente” (Cass., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5438, in *Riv. not.*, 2006, 6, p. 1571, nota Clericò).

7. L'annullabilità

La valutazione negativa che l'ordinamento opera nei confronti di un contratto, può provocare oltre alla nullità, la sua annullabilità.

Tale categoria, sconosciuta al codice del '65, fu introdotta nel codice attuale dopo il capo relativo alla nullità, con l'intento di differenziare nettamente le due figure. Sennonché, all'apparente limpidezza della distinzione, non fa riscontro sempre altrettanta linearità, perché anche l'annullabilità, al pari della nullità, racchiude ipotesi diverse.

Per comprendere il suo fondamento è necessario riflettere su di un aspetto in particolare: a differenza del contratto nullo, il contratto annullabile produce effetti giuridici, anche se eliminabili, ed una corretta spiegazione di questa peculiarità è di aiuto allo studio del rimedio.

La necessità di dover contemperare la riconosciuta efficacia dell'atto con la sua invalidità, può indurre a formulare definizioni contraddittorie ed ambigue. Si parla, infatti, di nullità sospesa o di contratto valido ma eliminabile, sino a porre in dubbio, proprio osservando tale disciplina, la stessa categoria dell'invalidità, che mal tollererebbe al suo interno un contratto produttivo di effetti.

Tutto acquista chiarezza se si considera che l'ordinamento vuole risolvere non un problema di logica formale, ma un preciso conflitto tramite un rimedio che consente, in certi casi, ai contraenti di tutelare interessi presenti nel contenuto di un atto, che è stato già valutato dall'ordinamento come rilevante ed efficace.

Vediamo da vicino come può accadere.

Esistono norme che prevedono una disciplina generale del negozio e ad esso fanno seguire determinate conseguenze. Se il contratto è frutto di un accordo, ha una causa lecita, un oggetto lecito e determinato, la forma richiesta dalla legge, è in grado di produrre i suoi effetti.

Vi sono altre norme che valutano tale contratto in base a fatti che hanno inciso sulla determinazione del suo contenuto. Da questa diversa valutazione può sorgere un diritto del contraente all'annullamento del contratto o alla sua convalida, in determinate ipotesi elencate dalla legge. Si pensi a chi ha concluso il contratto in base ad una falsa rappresentazione determinata da errore spontaneo (art. 1428 c.c.) o provocato (art. 1439 c.c.) oppure a seguito di una minaccia (art. 1434 c.c.).

In sintesi, l'azione di annullamento dà rilievo a circostanze soggettive dei contraenti i quali potranno, in alcuni casi, chiedere che gli effetti del contratto siano eliminati.

Ipotesi
testuali

Le ipotesi di annullabilità, a differenza di quelle di nullità, sono testuali e cioè solo quelle espressamente previste dalla legge. Ed è facilmente comprensibile il perché. La nullità, si è detto, è conseguenza di una valutazione negativa di imperfezione o dannosità sociale dell'atto, il quale quindi sarà nullo tutte le volte che abbia quelle carenze che la legge in termini generali elenca. Nullo sarà il contratto contrario a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume e starà all'interprete valutare quando tale contrasto si verifica.

I casi di annullabilità sono, invece, solo quelli che risultano da apposite norme.

Negli artt. 1425 c.c. e seguenti si elencano, in due sezioni distinte, i seguenti casi di annullabilità.

a) *Vizi di capacità* – Il contratto è annullabile quando il soggetto è legalmente incapace perché minore (vedi, però, l'art. 1426 c.c.), interdetto o inabilitato (art.

427 c.c.), ovvero quando è incapace di intendere e di volere e ricorrono le condizioni stabilite dall'art. 428 c.c. o nei casi nuovi introdotti con la disciplina dell'amministrazione di sostegno (art. 412 c.c.).

- b) *Vizi della volontà (errore, dolo e violenza)* – In tali casi il negozio produce effetti sino al momento dell'annullamento, giacché tali fatti non escludono la perfezione della fattispecie, ma pongono in luce l'esigenza di tutelare la sfera soggettiva dei contraenti, attribuendo loro (e ad altri soggetti determinati) il potere di eliminare o conservare le conseguenze che il negozio produce o ha già realizzato.
- c) *Altri casi di annullabilità del contratto contenuti nel codice, secondo una logica difficilmente riconducibile ad un criterio unitario.* Si pensi all'abuso di potere del rappresentante (artt. 1394 e 1395 c.c.), al difetto di forma del testamento (art. 606 c.c.) o all'art. 1471 c.c. che, nel disporre alcuni divieti di alienazione, prevede la nullità o l'annullabilità, a seconda dei soggetti che acquistano in violazione del divieto.

L'unico aspetto comune a tutte le fattispecie è una diversa graduazione del giudizio che l'ordinamento opera sull'atto di autonomia, il quale è considerato nullo o annullabile dalla legge a seconda della valutazione del grado di tutela che si vuole attribuire o negare all'assetto di interessi realizzato dai contraenti.

Diversa, del resto, è la disciplina che la norma fa seguire all'uno o all'altro giudizio.

7.1. Il giudizio di annullamento

Dalle norme del codice si traggono numerosi elementi differenziali rispetto alla nullità.

- a) *Natura della sentenza* – La natura della sentenza che pronuncia l'annullamento non si limita a dichiarare l'inefficacia che dipende da un difetto originario della fattispecie (così come avviene per la nullità).

Il giudice, valutati quei fatti che consentono al contraente di far valere una propria posizione soggettiva, annulerà il titolo che era produttivo di effetti, con una sentenza non dichiarativa ma costitutiva.

Da essa, infatti, e non dalla fattispecie negoziale in sé, deriva l'inefficacia del regolamento di interessi concluso dai contraenti.

- b) *La legittimazione* – L'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge (art. 1441 c.c.).

È questo uno degli aspetti più significativi dell'azione, che, a differenza della nullità, non potrà essere rilevata d'ufficio dal giudice, ma solo da determinati soggetti e cioè dalla parte legalmente incapace di agire, dal suo rappresentante legale o dai suoi eredi o aventi causa (artt. 322, 377, 396, 427 c.c.); da chi è caduto o è stato indotto in errore o è stato vittima della violenza; dal rappresentato o dai suoi eredi, nell'ipotesi di cui agli artt. 1394 e 1395 c.c.; e dalla parte nel cui interesse è, appunto, prevista dalla legge la possibilità di impugnativa.

Vi sono, tuttavia, ipotesi di annullabilità assoluta, ove l'azione può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse. L'art. 1441 c.c., al secondo comma, prevede l'ipotesi del condannato in stato di interdizione legale. In tal caso, essendo il soggetto in uno stato di incapacità dovuto ad una sanzione accessoria, esiste un interesse generale di eliminazione dell'atto posto in essere in contrasto con lo stato del condannato.

Altre ipotesi di legittimazione assoluta sono previste per il matrimonio (ove, però, è peculiare il regime di invalidità; v. art. 117, co. 1, c.c.) e per il testamento (v. artt. 591, co. 3 e 624, co. 1, c.c.).

Tali ipotesi confermano che alla base dell'azione non vi è sempre un interesse particolare e che il giudizio negativo è graduato rispetto alla nullità, in modo non rigido ed unitario.

c) *Prescrizione dell'azione (l'imprescrittibilità dell'eccezione di annullamento)* – L'azione di annullamento si prescrive in cinque anni, che decorrono, in caso di vizio del consenso, dal momento in cui è cessata la violenza, è stato scoperto l'errore, il dolo e, in caso di incapacità legale, dal momento in cui è cessato lo stato di interdizione o di inabilitazione.

Nelle altre ipotesi previste dalla legge il termine decorre dal giorno della conclusione del contratto.

Cessato, dunque, il fatto o l'anomalia che ha inciso sulla posizione soggettiva di un contraente, questi può esperire l'azione entro il termine indicato; in mancanza, il contratto produrrà definitivamente i suoi effetti.

Solo se l'atto non è stato ancora eseguito si verificherà l'ipotesi indicata nell'ultimo comma dell'art. 1442 c.c.

Qualora il soggetto che potrebbe far valere l'annullamento sia convenuto in un giudizio, ove si pretenda l'attuazione dell'accordo annullabile, egli potrà eccepire l'annullabilità in perpetuo.

Si parla, in tal caso, di imprescrittibilità dell'eccezione di annullamento.

d) *La convalida e la rettifica* – Si è detto che, mentre la nullità comprime il potere di autonomia, l'annullabilità espande tale potere anche oltre la conclusione del contratto, consentendo al contraente nei cui interesse è prevista l'azione, di valutare l'opportunità di eliminare o meno gli effetti del contratto.

Quando il contraente reputi ancora conveniente o utile l'assetto di interessi viziato o anomalo, può convalidarlo mediante un atto o un comportamento.

Sarà espressa la convalida quando essa contenga la menzione del contratto, il motivo di annullabilità e la dichiarazione che si intende convalidarlo (art. 1444 c.c.).

Sarà tacita, se il contraente legittimato a proporre l'azione, conoscendo il motivo di annullabilità, vi abbia dato volontaria esecuzione.

In ogni caso, la convalida rende definitivo e, quindi, non più annullabile il contratto; sicché sarà necessario che colui che l'esegue possa concludere validamente il contratto.

L'art. 1432 c.c. prevede altresì la possibilità di rettifica, con la quale la parte non caduta in errore rende definitivamente efficace il contratto, modificandone il contenuto in conformità all'intento effettivo della controparte; il suo esercizio rende, quindi, il contratto definitivamente efficace e preclude l'annullamento.

Si discute se tale istituto, che trova il suo fondamento nel principio di conservazione del contratto e del rispetto delle regole di buona fede, trovi applicazione nella sola ipotesi di errore.

La lettera della legge sembra deporre in tal senso, ma alcuno reputa che, escluse le ipotesi di incapacità legale, la rettifica possa trovare applicazione tutte le volte in cui è possibile rimuovere l'alterazione di contenuto, provocata dal dolo o dalla violenza.

e) *L'annullabilità parziale* – Manca una norma corrispondente all'art. 1419 c.c. ed è dubbia, in dottrina, la possibilità di un'annullabilità parziale del contratto.

Peraltro l'art. 1446 c.c. prevede, per i contratti plurilaterali, l'annullabilità del vincolo di una sola parte, se la partecipazione non deve considerarsi essenziale. E l'art. 624 c.c. parla della possibile caducazione di singole disposizioni testamentarie viziate da errore, violenza e dolo.

Il codice, del resto, segue più volte il principio di una possibile parziale utilizzazione di atti difformi dal modello negoziale, di cui è espressione la stessa norma sulla nullità parziale.

D'altra parte è la necessità di una soluzione articolata che non ha consentito di provvedere, per l'annullabilità, un precetto simile all'art. 1419 c.c.

È difficile pensare ad un vizio di capacità, che incida solo su di una parte del contenuto negoziale, ma tale difficoltà non può estendersi ad altri casi, ove il giudizio di disvalore, che l'azione sottende, colpisce un comportamento. Si pensi agli artt. 1438 e 1439 c.c. e ad altri casi in cui sia possibile applicare analogicamente l'art. 1419 c.c. (v. Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935).

f) *Effetti dell'annullamento fra le parti e nei confronti dei terzi* – In caso di nullità, si è detto, manca sin dall'origine un titolo in base al quale il contraente possa disporre del bene acquistato o del rapporto instaurato.

Se il contratto è annullabile esiste, invece, un titolo sino al momento dell'annullamento, anche se tale pronuncia ha effetto retroattivo.

Fra le parti, quindi, la pronuncia di annullamento rende prive di causa e, di conseguenza, ripetibili anche le prestazioni già eseguite, con un limite. Se il contratto è annullato per incapacità di un contraente, questi non è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta, se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio (art. 1443 c.c.).

Per quanto attiene ai terzi (art. 1445 c.c.), occorre distinguere se l'annullamento derivi o meno da incapacità legale.

In caso affermativo, la sentenza è opponibile ai terzi; negli altri casi, il codice tratta diversamente i terzi che hanno acquistato a titolo oneroso in buona o mala fede, e a titolo gratuito.

Se l'acquisto è a titolo oneroso ed in buona fede, l'annullamento del contratto non può essere opposto al terzo, a meno che la domanda di annullamento sia trascritta prima della trascrizione del suo acquisto (art. 2652 c.c.).

Se l'acquisto è a titolo gratuito o a titolo oneroso, ma in mala fede, l'annullamento pregiudicherà i diritti del terzo.

Giurisprudenza

“La rinuncia a far valere i vizi di volontà che affliggono un contratto non può intervenire in via anticipata e preventiva, ma presuppone, alla stregua dell'art. 1444 c.c., che il negozio viziato sia già venuto ad esistenza al momento della rinuncia, che questa sia formalizzata con autonomo atto contenente la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e che l'intenzione di convalidare l'atto da parte del rinunziante sia espressamente manifestata. Ne consegue che non è neppure astrattamente configurabile una convalida preventiva e generalizzata rispetto a negozi futuri, i cui motivi di annullabilità non sono ancora venuti ad esistenza – e quindi non possono nemmeno essere conosciuti – al momento dell'accordo (principio affermato in tema di arbitrato libero, in sede di interpretazione della portata e della validità della

clausola che prevedeva l'inappellabilità dell'eventuale futuro lodo)" (Cass., 13 gennaio 2004, n. 272, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1).

8. I vizi della volontà

Il codice civile disciplina i vizi della volontà nella seconda sezione del Capo XII relativo all'annullabilità. Se ne descrive qui il contenuto con una attenzione esclusiva alla giurisprudenza più recente.

8.1. L'errore. La disciplina del codice civile

La sequenza degli articoli da 1428 a 1433 del codice civile delinea la disciplina positiva della figura.

L'errore è rilevante quando è essenziale e riconoscibile (artt. 1428, 1429, 1431, c.c.).

Il suo trattamento è identico sia nell'ipotesi di errore che si manifesta nella formazione della volontà (c.d. errore vizio o errore motivo) sia nell'ipotesi di errore nella manifestazione della dichiarazione (c.d. errore ostativo) (art. 1433 c.c.).

Errore vizio
ed errore
ostativo

L'errore di calcolo dà luogo solo a rettifica, tranne l'ipotesi di errore sulla quantità (art. 1431 c.c.).

La rettifica consente alla parte che non è caduta in errore di evitare l'annullamento, prima che all'altra possa derivarne pregiudizio, eseguendo il contratto in modo conforme al contenuto e alle modalità che quella intendeva concludere (art. 1432 c.c.).

Di tutti questi elementi occorre fornire una descrizione esplicita con l'aiuto della giurisprudenza più recente (indicata in calce) e con un confronto con le fonti persuasive.

8.1.1. Rilevanza dell'errore. Il requisito dell'essenzialità

La nuova disciplina innova rispetto alla codificazione precedente, delineando l'area di rilevanza giuridica dell'errore con riguardo ad elementi oggettivi.

Se prima si dava rilievo alla scusabilità della falsa rappresentazione della realtà, oggi assume valore *l'essenzialità* e la *riconoscibilità*⁷⁵ come manifestazioni di un principio di affidamento che esclude possa aver rilievo un errore rimasto nella sfera soggettiva dell'errante.

La scelta del legislatore è chiara.

Si vuol superare l'impostazione volontaristica del codice ottocentesco e dettare una normativa più attenta alla dimensione sociale del regolamento contrattuale. Il primo segnale di questo mutamento si ha nella equiparazione di due tipi diversi di errore.

⁷⁵ V. in proposito Cass., 2 febbraio 1998, n. 985 in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 1093: "La scusabilità dell'errore che abbia viziato la volontà di uno dei contraenti al momento della conclusione del contratto è irrilevante ai fini dell'azione di annullamento, dovendosi avere riguardo alla riconoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente".

Si era in passato ben attenti a separare l'errore ostativo dall'errore vizio o motivo. Il primo cade sulla dichiarazione (art. 1433 c.c.) del soggetto o della "persona o dell'ufficio che ne era incaricato", sicché la dichiarazione non corrisponde al volere del dichiarante e la volontà non è solo viziata, ma addirittura mancante. E si capisce come in passato si ravvisasse in tal caso un difetto assoluto di volontà e la conseguente nullità del contratto.

Il secondo tipo di errore incide sulla formazione della volontà che esiste ma si forma in modo errato rispetto al soggetto, l'oggetto o il contenuto. Per tale figura non si è mai negata la presenza della volontà e di un suo vizio.

Errore di fatto ed errore di diritto

Il codice del 1942 all'art. 1433 equipara le due forme e distingue fra un *errore di fatto*, che cade su un elemento materiale del regolamento e un *errore di diritto*, che concerne l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma imperativa o dispositiva.

L'errore è essenziale:

Tutte queste ipotesi sono considerate espressione di una *falsa rappresentazione o manifestazione della volontà*, che consentono la proposizione di una domanda di annullabilità del contratto quando l'errore sia essenziale e riconoscibile.

L'essenzialità è descritta nell'art. 1429 c.c., con il richiamo di quattro punti.

a) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto

a) *L'errore cade sulla natura o sull'oggetto del contratto* – Con tale espressione si è voluto distinguere la figura da altri fenomeni irrilevanti, come *l'errore sui motivi*, che concerne un difetto di previsione o fatti che "formano materia del rischio che ciascuno corre nel compiere atti impegnativi"⁷⁶.

L'errore per essere rilevante deve incidere sul contenuto del contratto, altrimenti concerne solo motivi irrilevanti. Non facile è precisare, però, ciò che attiene alla *natura* e all'*oggetto* del contratto. Un aiuto è fornito dalla giurisprudenza.

Si osserva in una pronunzia recente che "la parte che deduce di essere incorsa in un errore di fatto sulla natura di un contratto e ne chiede l'annullamento deve indicare quale altro contratto intendeva concludere. Essa inoltre ha l'onere di dimostrare l'essenzialità dell'errore e la sua riconoscibilità dalla controparte con l'uso dell'ordinaria diligenza"⁷⁷. Può dunque essere rilevante l'erronea scelta di un "modello contrattuale inidoneo a soddisfare l'interesse reale del contraente", ma ciò deve riguardare "gli effetti tipici del contratto o quei profili che sono integralmente plasmati dalle parti". Ciò perché non può essere rilevante l'errore sugli effetti che derivano dalla legge (art. 1374 c.c.) e non può trovare tutela "l'inconsapevolezza di determinati effetti legalmente derivanti dal contratto"⁷⁸.

Come si è esattamente osservato, non si potrà ottenere l'annullamento eccependo di aver ignorato gli effetti della vendita in tema di garanzie, ma si potrà provare che l'errore di fatto si è determinato su una clausola che prevede una condizione risolutiva.⁷⁹

In realtà, l'errore riguarda sempre una divergenza fra l'interesse reale e l'interesse regolato⁸⁰. L'errore sulla natura incide sul tipo di effetti che con l'atto si intende realizzare.

⁷⁶ E. DEL PRATO, *L'errore*, in *Rimedi - 1*, vol. IV, a cura di A. Gentili, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 246 ss.

⁷⁷ Cass., 8 giugno 2004, n. 10815, in *Giust. civ.*, 2005, 10, I, p. 2442.

⁷⁸ E. DEL PRATO, *op. ult. cit.*, p. 249.

⁷⁹ E. DEL PRATO, *op. ult. cit.*, p. 250.

⁸⁰ Sul punto si vedano le opere classiche di P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 55 ss.; ID., *Errore, Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 253.

L'errore sull'oggetto ha un diverso significato. Con l'oggetto si indica il contenuto del contratto nel suo complesso e così l'interesse che si è inteso perseguire o il conflitto che si è inteso risolvere, escludendo solo quelle previsioni che restano nella sfera ideale dei contraenti e non sono oggettivate nell'atto e nel regolamento che da esso deriva.

b) *L'errore cade sull'identità dell'oggetto della prestazione, ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso.*

b) quando ca
sull'identità
dell'oggetto
della
prestazione..

La norma ha qui riguardo al bene identificato dalle parti e alle sue qualità, precisando i criteri di rilevanza dell'errore. Per quanto concerne l'identità, è bene precisare che resta escluso da tale elemento il valore della cosa. Ciò perché "L'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto da parte di uno dei contraenti non cade sull'oggetto del contratto o su una qualità del medesimo", ma attiene "alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un determinato accordo". "Con la conseguenza che esso è irrilevante ai fini dell'annullamento del contratto". Ciò "perché non è riconosciuta dall'ordinamento tutela rispetto al cattivo uso dell'autonomia contrattuale, e all'errore sulle proprie, personali valutazioni, delle quali ciascuno dei contraenti assume il rischio"⁸¹.

... o sopra una
qualità dello
stesso
determinante
del consenso

Per quanto attiene alle qualità, si ha errore quando il dichiarante attribuisce "alla cosa qualità che non ha e non deve avere", perché se le qualità mancanti sono quelle essenziali per l'uso cui è destinata o quelle promesse dal venditore si avrà inadempimento e non invalidità⁸² (art. 1497 c.c.). Occorre, inoltre, che tale circostanza sia determinante del consenso⁸³.

Fra i casi più frequenti in giurisprudenza è il caso della destinazione urbanistica del bene e la Cassazione ha precisato che: "La falsa rappresentazione della realtà circa la natura (agricola o edificatoria) di un terreno, ricadendo direttamente su di una qualità dell'oggetto, integra l'ipotesi normativa dell'errore di fatto e non di diritto, poiché l'inesatta conoscenza della norma che ne preveda la destinazione urbanistica si risolve in una (altrettanto) inesatta conoscenza della circostanza della edificabilità o inedificabilità del suolo; di una circostanza, cioè, inerente ai caratteri reali del bene, differenziandosi un terreno non fabbricabile da un altro utilizzabile a scopi edilizi essenzialmente sotto il profilo dei relativi, possibili impieghi, così che le parti di una compravendita si determinano alla stipula del negozio proprio in relazione alle qualità del terreno ed alle utilità (ed utilizzazioni) da esso ricavabili, incorrendo in errore essenziale in caso di ignoranza della sua vera natura (errore che, per converso, non influirà sulla validità del contratto qualora verta esclusivamente sul valore, attenendo, in tal caso, ai motivi che possano aver indotto le parti alla

⁸¹ Cass., 3 aprile 2003, n. 5139, in *Riv. not.*, 2004, p. 187 (fattispecie relativa ad una transazione, impugnata successivamente da una delle parti perché il valore dei beni ottenuti a seguito della transazione stessa si era rivelato inferiore rispetto a quello che la parte si attendeva di conseguire). Si veda, però, Cass., 2 febbraio 1998, n. 985, *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 1093: "L'errore sul valore della cosa alienata è rilevante ai fini dell'invalidità del contratto quando sia conseguenza di un errore su una qualità essenziale della cosa medesima".

⁸² P. BARCELONA, *op. ult. cit.*, p. 7.

⁸³ V., in proposito, Cass., 25 marzo 1996, n. 2635, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 476: "L'errore sul prezzo della cosa oggetto della compravendita può dare luogo, se ne ricorrono i presupposti, all'azione di rescissione per lesione e non a quella di annullamento del contratto per vizi della volontà, salvo che ridondi in errore su qualità essenziale della cosa, determinante del consenso".

stipula e che, come tali, non spiegano una incidenza diretta sul processo formativo del volere negoziale)⁸⁴.

Altro esempio di errore di fatto sulle qualità essenziali dell'oggetto del contratto è dato dall'errore sull'autenticità di un'opera d'arte. In particolare, "in tema di vendita di opere d'arte, l'errore di uno o di entrambi i contraenti sull'autenticità dell'opera negoziata e sulla effettiva identità del relativo autore può dar luogo, ai sensi dell'art. 1428 c.c., alla caducazione del contratto, perché comporta che questo debba intendersi concluso per effetto di una falsa rappresentazione dell'identità e delle qualità essenziali del relativo oggetto, avuta da una o da entrambe le parti al momento della stipulazione dell'accordo"⁸⁵.

c) *L'errore cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso* – Viene qui in rilievo qualsiasi circostanza soggettiva del contraente che sia stata erroneamente valutata in modo riconoscibile e sia determinante del consenso.

c) quando cad sull'identità o qualità dell'altro contraente, determinante del consenso;

Si reputa che possa avere un significato la consistenza patrimoniale o il reddito, purché si provi la loro influenza determinante sulla formazione del consenso e la riconoscibilità dell'errore.⁸⁶

Quando il contraente deve avere una specifica abilitazione o titolo necessario al suo operare il difetto determina nullità del contratto e non solo errore.

d) *L'errore di diritto che sia stato la ragione unica o principale del contratto* – "L'annullabilità del contratto per errore di diritto ricorre quando il consenso di una parte sia determinato da falsa rappresentazione circa l'esistenza, l'applicabilità o la portata di una norma giuridica, imperativa o dispositiva, e tale vizio sia rilevabile dall'altro contraente con l'uso della normale diligenza"⁸⁷.

d) quando, trattandosi di errore di diritto sia stato la ragione unica determinante del consenso.

Giurisprudenza

"Qualora il contenuto del contratto, sì come risulta materialmente redatto, non corrisponda – quanto alle espressioni usate – alla comune, reale, volontà delle parti per erronea formulazione, redazione o trascrizione di elementi di fatto a esso afferenti, deve ritenersi, ancorché la discordanza non emerga "*prima facie*" dalle tavole negoziali, che tale situazione non integra alcuna delle fattispecie dell'errore ostativo (e che, di conseguenza, non trova applicazione la normativa dettata in tema di annullamento del contratto per tale vizio), vertendosi, viceversa, in tema di mero errore materiale, ricostruibile con ogni mezzo di prova, al di là della forma di volta in volta richiesta per il contratto cui afferisce, onde consentire al giudice la formazione di un corretto convincimento circa la reale ed effettiva volontà dei contraenti" (Cass., 9 aprile 2008, n. 9243, in *Guida al diritto*, 2008, 21, p. 44).

"La parte che chiede l'annullamento del contratto per errore essenziale sulle qualità del bene ha l'onere di dedurre e provare, in caso di contestazione, i fatti dai quali tale qualità risulta, nonché l'essentialità dell'errore e la sua riconoscibilità dalla controparte con l'uso dell'ordinaria diligenza, mentre la scusabilità dell'errore che abbia viziato la volontà del contraente al momento della conclusione del contratto è

⁸⁴ Cass., Sez. Un., 1 luglio 1997, n. 5900, in *Studium Juris*, 1997, p. 1219.

⁸⁵ Cass., 2 febbraio 1998, n. 985, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, p. 1093.

⁸⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 793.

⁸⁷ Cass., 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2438.

irrelevante ai fini dell'azione di annullamento, poiché deve aversi riguardo alla riconoscibilità dell'errore da parte dell'altro contraente” (Cass., 13 marzo 2006, n. 5429, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 3).

8.1.2. La riconoscibilità dell'errore

Riconoscibilità
e conoscenza

Per riconoscibilità dell'errore deve intendersi la “capacità di rilevazione di esso da parte di una persona di media diligenza, in relazione sia alle circostanze del contratto che alle qualità dei contraenti. A tale riconoscibilità è assimilabile la concreta ed effettiva conoscenza dell'errore da parte dell'altro contraente, attesa la *ratio* della norma di cui all'art. 1431 c.c., volta a tutelare il solo affidamento incolpevole del destinatario della dichiarazione negoziale viziata nel processo formativo della sottostante determinazione volitiva”⁸⁸.

Sicché “è riconoscibile, e perciò rilevante come causa di annullamento del contratto, solo l'errore che una persona di media avvedutezza sia in grado di rilevare come determinante, avuto riguardo alle circostanze della fattispecie”⁸⁹. “Non è richiesto che l'errore sia stato effettivamente riconosciuto, bensì soltanto l'astratta possibilità di tale riconoscimento, con l'uso della normale diligenza. Mentre non è richiesto “il requisito della scusabilità dell'errore – cioè l'impossibilità di rimuoverlo con l'uso della normale diligenza – per integrare lo stesso vizio del consenso, quale causa di annullamento del contratto”⁹⁰.

8.2. Il dolo

8.2.1. La disciplina del codice civile. I requisiti

Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati siano stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe prestato il proprio consenso per la conclusione del contratto, ossia quando, determinando la volontà del contraente, abbiano ingenerato nella vittima una rappresentazione alterata della realtà, provocando nel suo meccanismo volitivo un errore da considerarsi essenziale ai sensi dell'art. 1429 c.c.⁹¹.

Il dolo determinante, al pari dell'errore, dunque, è causa di annullamento del contratto soltanto nel caso in cui la falsa rappresentazione della realtà da esso generata sia stata essenziale ai fini della conclusione dell'atto⁹².

Ciò, sia nella ipotesi di dolo commissivo, che in quella di dolo omissivo, perché in entrambi i casi gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell'altra parte, per stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza. Ne segue che per l'annullamento del contratto non è sufficiente una qualunque influenza psicologica sull'altro contraente, ma sono necessari artifici o

⁸⁸ Cass., Sez. Un., 1 luglio 1997, n. 5900, cit.

⁸⁹ Cass., 1 ottobre 1993, n. 9777, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1536.

⁹⁰ Cass., 24 novembre 2004, n. 22169, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 5, p. 52.

⁹¹ Cass., 25 maggio 2006, n. 12424, in *Giust. civ.*, 2007, 6, p. 1446.

⁹² Cass., 20 marzo 2006, n. 6166, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 3.

raggiri, o anche semplici menzogne che abbiano avuto comunque un'efficienza causale sulla determinazione volitiva della controparte e, quindi, sul consenso di quest'ultima⁹³.

Giurisprudenza

“Le false o omesse indicazioni di fatti la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una corretta formazione della sua volontà contrattuale (nella specie, in una compravendita di automezzi, non era stato comunicato che gli stessi erano d'importazione e che godevano di una minore garanzia) possono comportare l'annullamento del contratto per dolo, nel caso in cui la controparte, qualora fosse stata a conoscenza delle circostanze maliziosamente taciute, non avrebbe concluso il contratto, o possono comportare l'obbligo per il contraente mendace o reticente di risarcire il danno, ove la controparte si sarebbe comunque determinata a concludere l'affare ma a condizioni diverse, salvo che il contraente mendace non provi che la controparte era comunque a conoscenza dei fatti da lui maliziosamente occultati o che avrebbe potuto conoscerli, usando la normale diligenza; l'accertamento se si versi in una ipotesi di dolo determinante o incidente costituisce valutazione di merito, non sindacabile in sede di legittimità ove adeguatamente motivata” ([Cass., 5 febbraio 2007, n. 2479](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2).

8.2.2. Il dolo omissivo

Si è posto all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza il problema di capire se il raggiri, quale causa di annullamento del contratto, possa essere costituito anche dalla semplice reticenza⁹⁴.

Raggiri e
reticenza

Gli
orientamenti
della dottrina...

La dottrina tradizionale considera irrilevante la semplice menzogna, non accompagnata da una condotta idonea ad ingannare, ai fini di integrare lo schema del dolo⁹⁵. Si traggono argomenti dall'art. 1426 c.c., il quale in materia di contratto stipulato dal minore, precisa che la mendace dichiarazione di essere maggiorenni non ostacola l'impugnazione del contratto, a meno che la minore età sia stata occultata con raggiri⁹⁶.

Altra parte della dottrina è, però, di diverso avviso. Si è sostenuto che il termine “raggiri” «può comprendere, anche sul piano letterale, ogni generico inganno». D'altra parte «qualsiasi comportamento umano, il quale induca altri in errore, può costituire l'elemento oggettivo del raggiri, purché l'errore non cada su elementi che il soggetto passivo non ha il diritto di conoscere. Solo in questa antidoverosità del

⁹³ Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 1.

⁹⁴ Occorre precisare che il problema relativo alla rilevanza della reticenza come causa di annullamento del contratto concerne le ipotesi in cui la disciplina dell'errore non sia «decisiva da sola», in quanto la falsa rappresentazione posta in essere da una parte non presenta i requisiti di cui all'art. 1428 c.c. Per questa precisazione cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 815-816.

⁹⁵ Si veda A. TRABUCCHI, *Dolo (diritto civile)*, in *Noviss. Digesto it.*, VI, Torino, 1960, p. 153.

⁹⁶ Alcuo (A. FEDELE, *L'inefficacia del contratto*, Torino, 1983), poi, reputa che al fine di valutare la rilevanza della reticenza, si debba considerare se l'autore dell'inganno sia persona in cui la vittima ripone la massima fiducia.

comportamento menzognero è ravvisabile la tipicità della condotta di cui all'art. 1439 c.c.»⁹⁷.

Si traggono argomenti dall'art. 1337 c.c., il quale impone un obbligo di comportarsi secondo buona fede, senza individuare aree in cui l'inganno costituito dalla violazione della clausola debba integrare anche un'ipotesi di raggirio. Con la conseguenza che il mendacio, in quanto contrario alla buona fede, assumerebbe le forme dell'antigiuridicità e del raggirio⁹⁸.

La clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. potrebbe pertanto costituire la fonte di un obbligo, che incombe sul contraente più informato, di comunicare le informazioni di cui sia in possesso al contraente che non abbia la possibilità di accedervi. E la violazione della buona fede, perpetrata attraverso l'omissione di informazioni rilevanti da parte di un contraente nei confronti dell'altro, costituirebbe fonte di responsabilità precontrattuale, e al contempo vizio della volontà rilevante ai sensi dell'art. 1439 c.c., il quale potrebbe essere fatto valere con domanda di annullamento proponibile cumulativamente e in via autonoma rispetto a quella di risarcimento del danno⁹⁹.

La giurisprudenza, pur nella varietà delle pronunce, tende a circondare il dolo omissivo «di molte cautele mosse dalla preoccupazione di evitare che una qualsiasi mancata informazione possa essere sfruttata dalla controparte, pentita del contratto concluso»¹⁰⁰. Appare, così, consolidata la massima secondo cui il dolo omissivo è causa di annullamento soltanto quando si inserisce «in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia od astuzia, a realizzare l'inganno perseguito determinando l'errore del *deceptus*»¹⁰¹. Nello stesso filone si inseriscono anche quelle pronunce in cui si afferma che la reticenza e il silenzio «non bastano a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze e al complesso del contegno che determina l'errore del *deceptus*, che devono essere tali da configurarsi quale malizia o astuzia volta a realizzare l'inganno perseguito»¹⁰².

Non mancano, tuttavia, pronunce di segno contrario, che riconoscono nella reticenza del contraente un «tipico fenomeno di dolo omissivo realizzato in palese violazione del principio generale di buona fede»¹⁰³.

... e della
giurisprudenz

⁹⁷ R. SACCO, *Il contratto*, in SACCO - DE NOVA, *Trattato di diritto civile*, cit., pp. 555-556.

⁹⁸ R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 555.

⁹⁹ R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali "ingannevoli"*, in E. BARGELLI - R. CALVO - A. CIATTI - G. DE CRISTOFARO - L. DI NELLA - R. DI RAIMO, *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori: la direttiva 2005/29/Ce e il diritto italiano*, Torino, 2007, p. 197. A sostegno della tesi l'A. menziona anche l'art. 1759 c.c., che impone al mediatore di «comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla ricorrenza dell'affare».

¹⁰⁰ F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1999, II, p. 346.

¹⁰¹ Cass., 20 aprile 2006, n. 9253, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1454: «Nella specie è stato escluso che potesse integrare il dolo omissivo in ordine alle effettive condizioni dell'immobile compravenduto la circostanza che l'alienante avesse taciuto all'acquirente la pendenza, al riguardo, di un'azione di danno temuto proposta da terzi». In senso conforme, Cass., 15 marzo 2005, n. 5549, in *Giust. civ.*, 2006, 3, p. 647; Cass., sez. lav., 12 febbraio 2003, n. 2104, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 318; Cass., 17 maggio 2001, n. 6757, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 729.

¹⁰² Cass. civ., sez. lav., 12 febbraio 2003, n. 2104, in *Notiziario giur. lav.*, 2003, p. 417; *Contra*, Cass., 14 ottobre 1991, n. 10779 in *Giur. it.*, 1993, 1, p. 190: «La reticenza del contraente si atteggia quale tipico fenomeno del dolo omissivo realizzato in violazione del principio generale di buona fede».

¹⁰³ Cass. civ., 14 ottobre 1991, n. 10779, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 190 e Cass., 7 agosto 2002, n. 11896, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 911 ss. la quale ha annullato per dolo un contratto di cessione «per

All'interno del quadro delineato, viene ad assumere una particolare rilevanza l'art. 22 del Codice di consumo, il quale, a seguito dell'intervento normativo¹⁰⁴ che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 2005/29/CE relativa alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori, disciplina le "omissioni ingannevoli"¹⁰⁵. La norma si inserisce all'interno della sezione I dedicata alle "pratiche commerciali ingannevoli" del capo I del titolo III "Pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali". Le fattispecie descritte dalla norma, che sono considerate in ogni caso scorrette e dunque vietate ai sensi dell'art. 20 del Codice di consumo, sono riconducibili alla mera reticenza¹⁰⁶ e dunque al dolo omissivo¹⁰⁷. La funzione che, pertanto, viene ad assumere l'art. 22 nel nostro ordinamento è quella "di semplificare il giudizio di rilevanza del comportamento omissivo che sia sussumibile all'interno dell'ambito di applicazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette tra imprese e consumatori. In questo contesto, infatti, l'omissione di informazioni indicate nell'art. 22 o

aver taciuto i cedenti una serie di fatti e circostanze decisive nella formazione del consenso dei cessionari".

¹⁰⁴ Si tratta del d.lgs. 146/2007 il quale ha recepito all'interno del Codice di consumo la direttiva 2005/29/CE in cui si disciplinano le pratiche commerciali scorrette poste in essere tra imprese e consumatori. Al di fuori del testo del Codice, invece, il d.lg. 147/2007 disciplina le pratiche rivolte non ai consumatori, ma ai professionisti. Sul tema cfr. *amplius* il secondo capitolo.

¹⁰⁵ Il primo comma dell'art. 22 prevede che debba considerarsi "ingannevole la pratica commerciale che ometta di fornire al consumatore medio le informazioni che in quel determinato contesto gli permettono di prendere una decisione consapevole di natura commerciale e induca o sia idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso, avuto riguardo alla fattispecie concreta, a tutte le caratteristiche e circostanze del caso, e ai limiti del mezzo di comunicazione impiegato. L'elenco di informazioni che completano la regola posta dal primo comma è contenuta nel quarto comma". All'interno dell'elenco delle omissioni ingannevoli si menziona, altresì, l'esistenza di un diritto di recesso o scioglimento del contratto per i prodotti e le operazioni commerciali che comportino tale diritto (lett. e).

"Sempre ai sensi del primo comma, il legislatore comunitario dà rilevanza agli obblighi di informazione, «previsti dal diritto comunitario, connessi alle comunicazioni commerciali, compresa la pubblicità o la commercializzazione del prodotto»".

Il terzo comma "detta un parametro cui occorre riferirsi per determinare se vi sia stata un'omissione di informazioni. In questi casi il legislatore prescrive che si debba tener conto di dette restrizioni e di qualunque misura adottata dal professionista per rendere disponibili le informazioni ai consumatori con altri mezzi".

"Infine, il secondo comma individua altre due fattispecie di pratiche costituenti omissioni ingannevoli. Si tratta dell'ipotesi in cui il professionista occulti o presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti ai sensi del comma 1, oppure non indichi l'intento commerciale della pratica stessa qualora non risultino già evidenti dal contesto; nonché quando, nell'uno o nell'altro caso, ciò induce o è idoneo a indurre il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso". V. F. LUCCHESI, *Commento sub artt. 20-23*, in *Codice del consumo*, Aggiornamento, *Pratiche Commerciali scorrette e azione collettiva*, a cura di G. Vettori, Padova, 2009, pp. 48-49.

¹⁰⁶ Con esclusione della pratica con cui il professionista occulti o presenti in modo oscuro, incomprensibile, ambiguo o intempestivo le informazioni rilevanti ai sensi del comma 1 dell'art. 22, la quale è, piuttosto, riconducibile ad una condotta di segno positivo.

¹⁰⁷ Così: R. CALVO, *Le pratiche commerciali sleali "ingannevoli"*, cit.; M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. Minervini - L. Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 235 ss.

l'attuazione di uno dei comportamenti inerti indicati dalla norma, dovranno considerarsi idonei di per sé ad alterare la scelta economica del consumatore”¹⁰⁸.

Giurisprudenza

“Il dolo omissivo, pur potendo viziare la volontà, è causa di annullamento, ai sensi dell’art. 1439 c.c., solo quando l’inerzia della parte si inserisca in un complesso comportamento, adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l’inganno perseguito, determinando l’errore del *deceptus*. Pertanto, il semplice silenzio, anche in ordine a situazioni di interesse della controparte, e la reticenza, non immutando la rappresentazione della realtà, ma limitandosi a non contrastare la percezione della realtà alla quale sia pervenuto l’altro contraente, non costituiscono di per sé causa invalidante del contratto. (Nella specie è stato escluso che potesse integrare il dolo omissivo in ordine alle effettive condizioni dell’immobile compravenduto la circostanza che l’alienante avesse taciuto all’acquirente la pendenza, al riguardo, di un’azione di danno temuto proposta da terzi)” (Cass. 20 aprile 2006, n. 9253, cit.).

“Il dolo che vizia la volontà e causa l’annullamento del contratto implica la conoscenza da parte dell’agente delle false rappresentazioni che si producono nella vittima ed il convincimento che sia possibile determinare con artifici, menzogne e raggiri, inducendola specificamente in inganno, la volontà altrui; pertanto la reticenza e il silenzio non bastano a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze e al complesso del contegno che determina l’errore del *deceptus*, che devono essere tali da configurarsi quale malizia o astuzia volta a realizzare l’inganno perseguito. (Nella specie la S.C. ha confermato, in quanto immune da vizi di motivazione, la sentenza di merito che aveva ritenuto legittimo il recesso del datore di lavoro dal contratto di formazione e lavoro per sopravvenuto accertamento di inidoneità alle mansioni, ma aveva escluso la sussistenza del dolo nel comportamento di un lavoratore, successivamente riconosciuto invalido, che aveva reso noto all’inizio della procedura di assunzione di essere stato esonerato dal servizio militare per un incidente, tacendo di aver presentato una domanda per il riconoscimento di invalidità civile)” (Cass., sez. lav., 12 febbraio 2003, n. 2104, cit.).

8.2.3. Il c.d. *dolus bonus*

Irrilevante è la figura di creazione dottrinale e giurisprudenziale del c.d. *dolus bonus* consistente in “accorgimenti, ancorché artificiosi, volti a stimolare la conclusione dei contratti”¹⁰⁹.

Ai fini della distinzione tra il *dolus bonus* (irrilevante) e il *dolus malus* (che rileva quale causa di annullabilità) soccorre il criterio giurisprudenziale (dominante) secondo cui l’attitudine dei raggiri a trarre in inganno deve essere valutata “in relazione alle particolari circostanze di fatto e alle qualità e condizioni soggettive dell’altra parte, onde stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale

*Dolus bonus
dolus malus*

¹⁰⁸ Cfr. F. LUCCHESI, *op. ult. cit.*, p. 51 che richiama M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, cit., p. 241. L’A. rileva come la norma produca anche una semplificazione dell’onere probatorio.

¹⁰⁹ E. DEL PRATO, *L’errore*, in *Rimedi - 1*, vol. IV, a cura di A. Gentili, cit., p. 268.

diligenza, giacché l'affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza”¹¹⁰.

Tale regola “fornisce un criterio utile a delineare la portata del *dolus bonus* nel senso di far coincidere quest’ultimo con quei raggiri inidonei a trarre in inganno una persona di normale diligenza”¹¹¹.

Giurisprudenza

“Non costituisce "*dolus bonus*", ma integra gli estremi di una truffa contrattuale il comportamento del mediatore immobiliare che, avendo preso contatto con una parte, prospetta falsamente la pronta vendita dell’immobile di cui costei è proprietaria, e la trae in errore al fine di indurla a stipulare” (Cass., 27 marzo 2001, n. 4441, in *Giur. it.*, 2002, p. 728).

8.2.4. Il dolo incidente

“La norma dell’art. 1440 c.c. costituisce applicazione del principio generale di buona fede contenuto nell’art. 1337 c.c. (responsabilità precontrattuale), che impone alla parte un dovere di correttezza nel corso della formazione del contratto”¹¹².

In tal caso, il contraente vittima del dolo, in assenza dei raggiri, avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse e ha diritto al risarcimento del danno ma il contratto resta valido¹¹³.

Il danno risarcibile nell’ipotesi del dolo incidente, prevista dall’art. 1440 c.c., non si esaurisce nelle diverse condizioni alle quali l’accordo viene concluso, bensì si estende alla totalità dei danni, valutati nel loro complesso, che risultino collegati da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto. Rilevano sia il danno emergente che il lucro cessante¹¹⁴.

“La reticenza del contraente si atteggia quale tipico fenomeno di dolo omissivo realizzato in palese violazione del principio generale di buona fede. Tale fenomeno, nella fattispecie l’aver i venditori tenuta nascosta la pendenza dell’azione di rivendica da parte del terzo sul bene oggetto di trasferimento, può fondare, tra gli altri rimedi concessi dalla legge, la domanda di responsabilità *ex art.* 1440 c.c. per il

¹¹⁰ Così [Cass., 27 ottobre 2004, n. 20792](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 1. Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza di merito secondo la quale l’inganno non poteva essere neutralizzato dall’ingannato con l’uso della normale diligenza, in quanto il carattere particolarmente subdolo dei raggiri utilizzati rendeva inutile la media diligenza, e l’errore poteva essere evitato solo con l’ausilio di competenze e tecniche straordinarie.

¹¹¹ E. DEL PRATO, *op. ult. cit.*, p. 269.

¹¹² Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, in *Giur. it.*, 2000, p. 1192.

¹¹³ Cass., 8 settembre 1999, n. 9523, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1928. In detta pronuncia la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza di merito, la quale, invece, aveva ritenuto che la domanda risarcitoria supponesse la proposizione della domanda di annullamento del contratto, che non era stata formulata.

¹¹⁴ Cass., 29 marzo 1999, n. 2956, cit., ai sensi della quale il venditore che aveva omesso di informare l’acquirente della sussistenza di un giudizio petitorio sul fondo oggetto di compravendita risponde anche dei danni derivanti dalla sospensione dei pagamenti da parte di terzi successivi acquirenti e dalla dazione di garanzie in loro favore.

caso di dolo incidente. La domanda ancorché non espressamente qualificata integrava una azione di responsabilità *ex art. 1440* su cui la corte ha omesso di pronunciarsi¹¹⁵.

“In tema di *dolus incidens* (art. 1440 c.c.), e con riguardo all’azione di risarcimento del conseguente danno, l’attore, una volta provata l’esistenza di un raggiro su un elemento non trascurabile del contratto, non è tenuto a provare altro ai fini dell’*an debeat*, in quanto opera la presunzione *iuris tantum* che senza la condotta illecita, le condizioni contrattuali sarebbero state diverse e quindi per lui più favorevoli¹¹⁶.”

Giurisprudenza

“La violazione dell’obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, benché assuma rilievo anche come dolo incidente, se il contratto concluso sia valido, ma resti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto, comporta che la parte che si ritenga lesa può agire per ottenere il risarcimento del danno che detta violazione gli abbia provocato, in quanto, in difetto, avrebbe concluso il contratto a condizioni diverse. Nel caso di dolo incidente, il contratto è dunque valido, in quanto l’attività ingannatrice ha un’incidenza minore, influenzando su modalità del negozio che la parte non avrebbe accettato, se non fosse stata fuorviata dal raggiro. Questa figura di dolo attiene dunque alla formazione del contratto e la sua eventuale esistenza non incide sulla possibilità di far valere i diritti sorti dal medesimo, ma comporta soltanto che il contraente in malafede è responsabile dei danni provocati dal suo comportamento illecito e i danni vanno commisurati al minor vantaggio o al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell’obbligo di buona fede, salvo che ne sia dimostrata l’esistenza di ulteriori, i quali risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto” (Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Guida al dir.*, 2007, 20, p. 64).

8.2.5. Truffa e dolo negoziale

“Il contratto concluso per effetto di truffa, penalmente accertata, di uno dei contraenti in danno dell’altro è non già radicalmente nullo (ex art. 1418 c.c., in correlazione all’art. 640 c.p.), sebbene annullabile ai sensi dell’art. 1439 c.c., atteso che il dolo costitutivo del delitto di truffa non è ontologicamente, né sotto il profilo intensivo, diverso da quello che vizia il consenso negoziale, entrambi risolvendosi in artifici o raggiri adoperati dall’agente e diretti ad indurre in errore l’altra parte e così a viziare il consenso. Pertanto, con riguardo alla vendita, il soggetto attivo che riceve la cosa, col consenso sia pur viziato dell’avente diritto, ne diviene effettivo proprietario, con il connesso potere di trasferirne il dominio al terzo e la conseguenza che, a sua volta, quest’ultimo ove acquisti in buona fede ed a titolo oneroso, resta al riparo degli effetti dell’azione di annullamento da parte del *deceptor*,

¹¹⁵ Cass., 14 ottobre 1991, n. 10779, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 190.

¹¹⁶ Cass., 16 agosto 1990, n. 8318, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, 8.

ai sensi e nei limiti di cui all'art. 1445 (in relazione agli artt. 2652 n. 6 e 2690 n. 3 c.c.)¹¹⁷.

8.2.6. Dolo del terzo

Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio. (1439, co. 2, c.c.)

“Questa regola, che intende temperare l'interesse del *deceptus* con quello dell'altro contraente, ferma restando la responsabilità extracontrattuale del terzo, non richiede espressamente, un danno per il raggio né un approfittamento da parte dell'altro contraente¹¹⁸.

“Poiché il vantaggio che a questi deriva dal dolo non è necessariamente il risvolto di un danno per il *deceptus*, si deve ritenere che, ai fini dell'art. 1439, co. 2, esso non si commisuri agli effetti del contratto, ma debba essere casualmente riferito ai raggiri del terzo, e perciò sia implicito nella conclusione del contratto¹¹⁹.

8.3. La violenza

8.3.1. La disciplina del Codice civile. Gli elementi: la minaccia di far valere un diritto

La violenza (morale) è il “motivo determinante del consenso del violentato”: “motivo che si fonda sul timore dovuto all'altrui minaccia”; “la violenza morale è, dunque, minaccia volta ad estorcere il consenso¹²⁰.”

In tema di violenza morale, perché la minaccia sia idonea ad invalidare il negozio ai sensi dell'art. 1427 c.c., deve essere specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione di uno dei contraenti, provenire dal comportamento posto in essere da una delle parti o da un terzo e risultare di natura tale da incidere, con efficienza causale, sulla scelta del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio.

Ne consegue che non costituisce minaccia rilevante, la mera rappresentazione interna di un pericolo, ancorché collegata a determinate circostanze oggettivamente esistenti¹²¹.

La minaccia di far valere un diritto assume i caratteri della violenza morale ai sensi dell'art. 1438 c.c., soltanto se è diretta a conseguire un vantaggio ingiusto. Ciò si verifica quando il fine ultimo perseguito consista nella realizzazione di un risultato che, oltre ad essere abnorme e diverso da quello conseguibile attraverso l'esercizio del diritto medesimo, sia anche esorbitante ed iniquo rispetto all'oggetto di

¹¹⁷ Cass., 10 dicembre 1986, n. 7322, in *Giust. civ. Mass.*, 1986, 12.

¹¹⁸ E. DEL PRATO, *op. ult. cit.*, p. 274.

¹¹⁹ ID., *op. loc. ult. cit.*

¹²⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 294.

¹²¹ Cass., 22 luglio 2004, n. 13644, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 7-8.

quest'ultimo, e non quando il vantaggio perseguito sia solo quello del soddisfacimento del diritto nei modi previsti dall'ordinamento¹²².

Con riguardo alle dimissioni del lavoratore rassegnate sotto minaccia di licenziamento per giusta causa, può aversi l'annullamento delle dimissioni perché viziate da violenza morale solo qualora venga accertata l'inesistenza del diritto del datore di lavoro di procedere al licenziamento, non sussistendo l'inadempimento addebitato al dipendente, in quanto in questo caso con la minaccia del licenziamento il datore di lavoro persegue un effetto non raggiungibile con il legittimo esercizio del proprio diritto di recesso¹²³.

8.3.2. Minaccia e timore

In tema di violenza morale, quale vizio del consenso invalidante, i requisiti previsti dall'art. 1435 c.c. possono variamente atteggiarsi, a seconda che la coazione si eserciti in modo esplicito, manifesto e diretto, o, viceversa, mediante un comportamento intimidatorio, oggettivamente ingiusto, ed anche ad opera od iniziativa di un terzo.

Requisito indefettibile è, tuttavia, che la minaccia sia stata specificamente diretta al fine di estorcere il consenso per il negozio del quale si deduce l'annullabilità e risulti di tale natura da incidere, con efficienza causale concreta, sulla libertà di volizione del soggetto passivo.

Conseguentemente la violenza si distingue dal timore e dalla rappresentazione interna di un pericolo di danno, anche se non conseguente ad un processo psicologico puramente interno e connessa, invece, a circostanze esterne, eventualmente riconducibili all'attività di terzi, che possono incidere sulla libertà di autodeterminazione¹²⁴.

La violenza, per assurgere a causa di invalidità del contratto, deve concretarsi nella minaccia attuale di un male futuro, dipendente in qualche modo dal comportamento dello stesso autore della *vis* compulsiva, in quanto se la rappresentazione di un pericolo di danno non deriva dal comportamento del minacciante, bensì dalla considerazione di altre circostanze che sfuggono al dominio del medesimo, tale semplice *metus ab intrinseco*, ove anche incida sul processo

¹²² Cass., 20 dicembre 2005, n. 28260, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 12; v. altresì Cass., 24 luglio 1993, n. 8290, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, p. 1227.

¹²³ Cass., 26 aprile 2003, n. 6577, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 4. Nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza del giudice di merito, il quale aveva rigettato la domanda di annullamento delle dimissioni per violenza morale, avendo accertato che la dipendente aveva commesso una mancanza idonea a giustificare il licenziamento per giusta causa, e per questo motivo, dopo essersi consigliata con i rappresentanti sindacali aziendali, aveva liberamente scelto di rassegnare le dimissioni, piuttosto che attendere di essere licenziata.

¹²⁴ Cass., 21 giugno 2000, n. 8430, in *Giust. civ. Mass.*, 2000, p. 1363. In detta pronuncia, la Corte ha confermato la decisione dei giudici di merito che avevano escluso la configurabilità di una ipotesi di violenza morale in una transazione, stipulata dal titolare di una ditta nei cui confronti pendevano numerose istanze di fallimento con le compagnie presso le quali lo stesso aveva assicurato il relativo rischio, in relazione al danno subito in occasione di un incendio verificatosi nel suo magazzino; transazione della quale l'imprenditore aveva chiesto l'annullamento, deducendo di essere stato costretto ad accettare l'offerta per lo stato di bisogno, noto alle predette compagnie, nel quale si era venuto a trovare a causa delle ricordate istanze di fallimento.

formativo della volontà negoziale, facendo venir meno quella libertà di determinazione cui ogni contrattazione deve essere informata, non è idoneo ad invalidare il negozio¹²⁵.

Giurisprudenza

“In materia di annullamento del contratto per vizi della volontà, si verifica l'ipotesi della violenza, invalidante il negozio giuridico qualora uno dei contraenti subisca una minaccia specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione del contratto, proveniente dal comportamento posto in essere dalla controparte o da un terzo e risultante di natura tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio. Ne consegue che non costituisce minaccia invalidante il negozio, ai sensi dell'art. 1434 ss. c.c., la mera rappresentazione interna di un pericolo, ancorché collegata a determinate circostanze oggettivamente esistenti. (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva accolto la domanda di annullamento per violenza di una serie di atti intervenuti tra due coniugi in prossimità della separazione personale, con cui la moglie trasferiva al marito la proprietà di una villa, la comproprietà di una barca e alcune quote di partecipazione societaria, sul presupposto che l'attrice si fosse determinata a compiere gli atti di trasferimento in quanto temeva che il marito, venuto a conoscenza della sua infedeltà coniugale, potesse chiedere la separazione con addebito ed ottenere l'affidamento del figlio minore, in assenza, tuttavia, di obiettivi elementi, dai quali risultasse il comportamento tenuto in concreto dal marito per indurre la moglie a cederli i beni, estorcendole il consenso al fine di realizzare un vantaggio ingiusto)” (Cass., 10 gennaio 2007, n. 235, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1)

“In tema di violenza morale, quale vizio invalidante del consenso, i requisiti previsti dall'art. 1435 c.c. possono variamente atteggiarsi, a seconda che la coazione si eserciti in modo esplicito, manifesto e diretto, o, viceversa, mediante un comportamento intimidatorio, oggettivamente ingiusto, anche ad opera di un terzo; è in ogni caso sempre necessario che la minaccia sia stata specificamente diretta al fine di estorcere la dichiarazione negoziale della quale si deduce l'annullabilità e risulti di tale natura da incidere, con efficacia causale concreta, sulla libertà di autodeterminazione dell'autore di essa. Per la configurabilità del dolo come vizio del consenso, nella previsione dell'art. 1439 c.c. è invece necessario che il raggio o l'inganno abbia agito come fattore determinante della volontà negoziale, ingenerando nella parte che lo subisce una rappresentazione alterata della realtà. L'apprezzamento del giudice di merito sulla esistenza della minaccia e sulla sua efficacia a coartare la volontà di una persona, come quello sulla rilevanza delle dichiarazioni e del comportamento dell'agente, si risolve in un giudizio di fatto, incensurabile in

¹²⁵ Cass., 15 luglio 1993, n. 7844, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1574; la Suprema Corte, nella fattispecie, ha ritenuto corretta la decisione con la quale era stata esclusa l'invalidità per preteso vizio del consenso nella minaccia di denuncia penale per illecito edilizio, perché la procedibilità *ex officio* dell'eventuale procedimento penale e, quindi, la sua inevitabilità escludevano l'esistenza di un *metus ab extrinseco* riconducibile all'art. 1435.

Cassazione se motivato in modo sufficiente e non contraddittorio” ([Cass., 15 febbraio 2007, n. 3388](#), in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 6, p. 549).

8.3.3. Violenza di un terzo e violenza diretta contro terzi

Occorre ricordare che la violenza è causa di annullamento del contratto anche se esercitata da un terzo (art. 1434 c.c.) “e ciò a prescindere dall’essere tale violenza nota o ignota al contraente che se ne giova”¹²⁶.

Si è osservato che la minaccia rileva non solo quando è “deliberatamente posta in essere come tale”, ma anche nel caso in cui sia “meramente colposa, non intenzionale”, perché “se la parte deve subire l’annullamento del contratto per una minaccia non sua e a lei perfino ignota, se ne ricava la perfetta indifferenza del suo atteggiamento soggettivo”¹²⁷.

Se, invece, la violenza è rivolta verso beni o soggetti terzi produce annullamento del contratto “anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni del coniuge del contraente o di discendente o un ascendente di lui” (art. 1436, co. 1, c.c.).

“Se il male minacciato riguarda altre persone, l’annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice” (art. 1436, co. 2, c.c.).

Ci si è chiesti se quest’ultima disposizione possa essere applicata nel caso in cui il male minacciato riguardi lo stesso violentatore. In proposito si è ritenuto che non richiedendo l’art. 1436, co. 2, c.c., “un evento sfavorevole per il minacciato”, non sarebbero ravvisabili “ostacoli” all’applicabilità della norma (con un’accentuata valutazione del nesso causale) “anche al caso in cui il minacciante prospetti di infliggere un male a se stesso”¹²⁸.

Fonti persuasive

Principles, Definitions and Model Rules of European Private law

Draft Common Frame of Reference

Interim Outline Edition

Book II, Chapter 7: *Ground of invalidity*

Section 2: *Vitiated consent or intention*

II. - 7:201: Mistake

(I) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:

(a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this: and

(b) the other party:

¹²⁶ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 834.

¹²⁷ V. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁸ E. DEL PRATO, *op. ult. cit.*, p. 298 ss.

(i) caused the mistake;
(ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing,

when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake:

(iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a precontractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors: or

(iv) made the same mistake.

(2) However a party may not avoid the contract for mistake if:

(a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or

(b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party.

II. - 7:202: Inaccuracy in communication may be treated as mistake

An inaccuracy in the expression or transmission of a statement is treated as a mistake of the person who made or sent the statement.

II. - 7:203: Adaptation of contract in case of mistake

(I) If a party is entitled to avoid the contract for mistake but the other party performs, or indicates a willingness to perform, the obligations under the contract as it was understood by the party entitled to avoid it, the contract is treated as having been concluded as that party understood it. This applies only if the other party performs, or indicates a willingness to perform, without undue delay after being informed of the manner in which the party entitled to avoid it understood the contract and before that party acts in reliance on any notice of avoidance.

(2) After such performance or indication the right to avoid is lost and earlier notice of avoidance is ineffective.

(3) Where both parties have made the same mistake, the court may at request of either party bring the contract into accordance with what might reasonably have been agreed had the mistake not occurred.

II. - 7:204: Liability for loss caused by reliance on incorrect information

(I) A party who has concluded a contract in reasonable reliance on incorrect information given by the other party in the course of negotiati has a right to damages for loss suffered as a result if the provider of information:

(a) believed the information to be incorrect or had no reasonable grounds for believing it to be correct; and

(b) knew or could reasonably be expected to have known that the recipient would rely on the information in deciding whether or not to conclude the contract on the agreed terms.

(2) This Article applies even if there is no right to avoid the contract.

II. - 7:205: Fraud

(I) A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by fraudulent misrepresentation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which good faith and fair dealing, or any pre-contractual information duty, required that party to disclose.

(2) A misrepresentation is fraudulent if it is made with knowledge or belief that the representation is false and is intended to induce the recipient to make a mistake. A non-disclosure is fraudulent if it is intended to induce the person from whom the information is withheld to make a mistake.

(3) In determining whether good faith and fair dealing required a party to disclose particular information, regard should be had to all the circumstances, including:

- (a) whether the party had special expertise;
- (b) the cost to the party of acquiring the relevant information;
- (c) whether the other party could reasonably acquire the information by other means; and
- (d) the apparent importance of the information to the other party.

II. -7:206: Coercion or threats

(1) A party may avoid a contract when the other party has induced the conclusion of the contract by coercion or by the threat of an imminent and serious harm which it is wrongful to inflict, or wrongful to use as a means to obtain the conclusion of the contract.

(2) A threat is not regarded as inducing the contract if in the circumstances the threatened party had a reasonable alternative.

II. - 7:207: Unfair exploitation

(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

(a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and

(b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage.

(2) Upon the request of the party entitled to avoidance a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.

(3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it.

II. - 7:208: Third persons

(1) Where a third person for whose acts a party is responsible or who with a party's assent is involved in the making of a contract:

(a) causes a mistake or knows of or could reasonably be expected to know of a mistake; or

(b) is guilty of fraud, coercion, threats or unfair exploitation, remedies under this Section are available as if the behaviour or knowledge had been that of the party.

(2) Where a third person for whose acts a party is not responsible and who does not have the party's assent to be involved in the making of a contract is guilty of fraud, coercion, threats or unfair exploitation, remedies under this Section are available if the party knew or could reasonably be expected to have known of the relevant facts, or at the time of avoidance has not acted in reliance on the contract.

9. Della incapacità

Il codice contiene due norme generali nella Sezione I del Capo XII sulla annullabilità del contratto per incapacità.

L'art. 1426 c.c. riguarda i raggiri usati dal minore. Si prevede che il contratto non è impugnabile se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età, ma si precisa che la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non è di ostacolo all'impugnativa del contratto. Nella regola si contempera la buona fede del contraente che contrae con il minore, ma si dà il giusto rilievo alla possibilità di ricavare la minore età con una semplice visura anagrafica. Sicché si reagisce contro il raggirio ma non si tutela il difetto di diligenza di chi è tenuto ad un onere di diligenza.

Nell'art 1425 c.c. si enumerano le ipotesi di incapacità e ciò richiede una nuova sistemazione a seguito delle novità normative relative alla amministrazione di sostegno.

9.1. Dalla incapacità alla “protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia”.

Le nuove norme innovano profondamente la disciplina e la funzione delle regole in tema di incapacità. Provo a spiegare perché.

Il Titolo XII del Libro Primo del Codice civile, dedicato al Soggetto, era intitolato, fino a pochi anni fa, all'Infermità di mente, all'Interdizione e all'Inabilitazione¹²⁹. Si diceva che dovevano essere interdetti coloro che si trovavano in condizione di *abituale infermità di mente* e che potevano essere inabilitati coloro che, per vari motivi, esponevano se e la propria famiglia a gravi pregiudizi. Si disciplinavano poi gli atti compiuti da chi si trovava in condizione di *incapacità di intendere e di volere* (art. 428 c.c.).

In tale contesto le situazioni soggettive di incapacità rilevanti erano l'*infermità e la carenza di intendere e di volere* come frutto di una precisa visione dell'uomo per il diritto che ha origine nella dottrina del seicento e il suo esito nelle codificazioni dell'ottocento e del novecento.

Alla base c'era l'idea Kantiana dell'individuo costruita sulla *ragione*, la *libertà morale* e la *decisione* su cui si costruisce il concetto moderno di soggetto di diritto, come valore che precede ogni fine e come entità dotata di capacità e di volontà.

Dominava l'astrazione e non esisteva alcuna gradualità.

Duemila anni di pensiero avevano portato ad identificare il soggetto con quei termini: ragione e volontà requisiti che costituivano la sua essenza, il suo valore, il suo connotato di normalità.

Tutto ciò creava confini rigidi alla rilevanza della condizione umana per il diritto non fosse altro perché *si escludeva il rilievo di emozioni, sentimenti, fragilità, debolezze*.

¹²⁹ La L. 9 gennaio 2004, n. 6, ha introdotto nel Libro Primo, Titolo XII, del Codice civile il Capo I relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e ha modificato la precedente disciplina.

Solo la testa e la sua integrità definiva l'io, ed è chiara l'utilità di questa semplificazione. Il diritto aveva bisogno di espellere il momento emotivo e la fragilità per privilegiare la certezza dell'atto e la stabilità dell'acquisto.

Il capovolgimento che avviene con la nuova disciplina è totale sin dalla intestazione del Titolo XII (artt. 404 e ss. c.c.). Non si parla più di infermità o incapacità ma di protezione delle persone (e non del soggetto) prive in tutto o in parte di autonomia.

L'esito è evidente.

Dal soggetto unico e astratto identificato con la pienezza della ragione e della volontà si passa al rilievo della *persona di carne*, con la sottolineatura delle numerose sfaccettature che possono incidere sulla propria autonomia, che può significare anche carenza di esperienza o di accortezza necessaria per manifestare un consenso o per contrattare.

Le nuove regole sono una tappa della transizione dall'idea e rilevanza del soggetto all'idea di persona secondo un itinerario che è scandito dalla Costituzione, dalla modifica delle codificazioni ottocentesche¹³⁰ sino alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, seguendo un percorso che indica i tratti di progressivo riconoscimento ai bisogni concreti¹³¹ e ai profili della diversità, della autodeterminazione, del corpo come valori che innovano e completano la struttura del nostro ordine giuridico.

Vediamo come.

Anzitutto il rapporto con il principio di dignità (articoli 3, 32, 36, 41) amplia il contenuto dell'art. 3 dalla sola dialettica fra eguaglianza formale e sostanziale ad un nuovo ordine fondato sulle prerogative della persona. In particolare il riferimento alla dignità sociale implica la “collocazione della persona all'interno del complessivo sistema di relazioni in cui si trova ad operare, dunque della sua stessa qualificazione giuridica”¹³² perché “fa emergere le condizioni materiali dell'esistenza delle persone concrete”. Tutto ciò completa e integra l'articolo 2 “nel quale l'alternativa e la separazione fra diritti e doveri sono superate (e inglobate nel) legame fra diritti inviolabili e principio di solidarietà”¹³³. L'art. 32 non prevede solo un diritto alla salute su cui si è costruito un baluardo del risarcimento civile dei danni ma esalta la decisione e la libertà sul corpo. Dispone che i trattamenti obbligatori siano previsti solo dalla legge e che in nessun caso “possono incidere sul rispetto della persona umana”, ma va oltre. In presenza di una scelta sulla esistenza stessa della persona prevede che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario”

¹³⁰ V. la prima sezione del BGB, dopo la modifica del 2002 che contiene nel Titolo I il riferimento alle “Persone fisiche, consumatori e imprenditori”. Qui l'ampliamento avviene sul solo profilo del solo *homo economicus*, ma nel nuovo art. 16 del *Code civil* francese appare, come riflesso delle leggi del 1994 sulla bioetica, una indicazione alla legge che “assicura il primato della persona, vieta ogni attentato alla sua dignità e garantisce il rispetto dell'essere umano fin dall'inizio della vita”. Nell'inciso successivo (16.1) si afferma il diritto al rispetto del proprio corpo e alla sua inviolabilità e il divieto di fare del corpo l'oggetto di un diritto patrimoniale.

¹³¹ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 21 e il richiamo di M.C. NAUSSBAUM, *Giustizia sociale e dignità umana. Da individui a persone*, trad. it. di E. Greblo, Bologna, il Mulino, 2002; H. ARENDT, *Vita activa* (1958), trad. it. di S. Finzi, Milano, Bompiani, 2004.

¹³² S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 28.

¹³³ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 30.

sicché “nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmemente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell’interessato”¹³⁴. Come si è osservato “il corpo intoccabile diviene presidio di una persona umana alla quale in nessun caso si può mancare di rispetto. Il sovrano democratico, un’assemblea costituente, rinnova la sua promessa di intoccabilità a tutti i cittadini. Anche il linguaggio esprime la singolarità della situazione, perché è la sola volta in cui la Costituzione qualifica un diritto come «fondamentale» abbandonando l’abituale riferimento all’invulnerabilità”¹³⁵.

La saldatura fra corpo e mente si completa con la tutela dinamica del “corpo elettronico” come insieme di “informazioni che ci riguardano, organizzate elettronicamente”. “La sovranità sul corpo si concreta (qui) nel diritto di accedere ai propri dati ovunque si trovino, di esigere un loro trattamento conforme ad alcuni principi (necessità, finalità, pertinenza, proporzionalità), di potere ottenere la rettifica, la cancellazione, l’integrazione”¹³⁶.

Ma le fratture della nozione unica di soggetto si sono manifestate non solo in testi di legge quanto anche nelle politiche re-distributive, “per l’evoluzione della scienza e della tecnologia, del pensiero delle donne”¹³⁷. E ancora Rodotà ci ricorda il perché. La selezione delle prestazioni assistenziali segue le “debolezze” del soggetto e si rivolge agli indigenti (art. 32), ai capaci e meritevoli privi di mezzi (art. 34), alla madre e al bambino (art. 37). L’astrazione della capacità giuridica era possibile pensando che la natura costituisse il fondamento delle prerogative essenziali del soggetto. Quando la vita e la morte dipendono oramai, in misura sempre crescente, da scelte tecniche “la protezione naturale viene meno e la tradizionale costruzione del soggetto deve fare i conti con una realtà profondamente mutata”. Il pensiero femminile fa emergere la differenza di genere come profonda rottura della nozione unitaria¹³⁸.

Finisce insomma la considerazione di un uomo senza qualità e la persona si caratterizza per il rilievo di aspetti particolari come la dignità e l’umanità, la materialità del corpo e l’intangibilità della sua scelta su aspetti sensibili (art. 32) e generali (art. 13).

Di tutto ciò è espressione significativa la disciplina dell’amministratore di sostegno e la nuova sistematica del Titolo XII del Primo Libro del Codice civile; e tale novità è tale da incidere su tutto il diritto dei privati che deve essere oggi aggiornato in presenza di nuove situazioni rilevanti.

Deve essere ripensata non solo la disciplina dell’incapacità, ma molte altre manifestazioni della autonomia dei privati, dalla rilevanza dei vizi della volontà, alla responsabilità di chi approfitta non solo di un’incapacità di intendere ma di una fragilità o debolezza che acquistano nuova rilevanza.

Il che incide sulla validità del vincolo negoziale e sulla sua possibile impugnazione o sui rimedi risarcitori concessi a chi subisce un pregiudizio.

¹³⁴ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 33.

¹³⁵ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 34.

¹³⁶ S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 36-37.

¹³⁷ S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 39.

¹³⁸ S. RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 42-46.

9.2. L'annullabilità del contratto per incapacità legale *

9.2.1. L'amministrazione di sostegno

I soggetti
incapaci
legali di
contrarre

L'art. 1425 comma 1 c.c. stabilisce che “il contratto è annullabile se una delle parti era *legalmente incapace* di contrarre”.

La capacità legale di contrarre è un profilo della capacità di agire¹³⁹, il cui presupposto è la capacità di intendere e di volere, ossia l'attitudine a comprendere il significato e gli effetti di un atto giuridico; in tale situazione, l'atto lecito è imputabile all'autore (c.d. *autoresponsabilità*)¹⁴⁰.

Il nostro codice fissa a diciotto anni l'età in cui si presume che la persona abbia acquisito quella maturità sociale necessaria per compiere gli atti giuridici, tra i quali i contratti. Prima di questo momento, il minore d'età necessita di protezione perché egli, secondo la legge, non è in grado di perseguire i propri interessi; qualora concluda un contratto senza l'osservanza delle prescrizioni legali – che esamineremo in seguito – il rimedio previsto è l'annullabilità.

Al pari del minore, anche l'interdetto giudiziale e legale si trovano – per ragioni diverse¹⁴¹ – nella condizione di incapacità legale assoluta, pertanto essi non possono validamente compiere, da soli, alcun atto di ordinaria né di straordinaria amministrazione, senza incorrere nell'annullabilità dell'atto¹⁴².

Nella situazione di incapacità legale, sia pur relativa, si trovano invece l'inabilitato e il minore emancipato, soggetti ritenuti dall'ordinamento non pienamente idonei a curare i propri interessi. Essi possono porre in essere, personalmente, soltanto gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per compiere quelli di straordinaria amministrazione occorre l'assistenza del curatore e l'autorizzazione giudiziale. Parimenti, qualora l'inabilitato o il minore emancipato concludano un contratto riconducibile ad un atto di straordinaria amministrazione in violazione delle prescrizioni di legge, il contratto risulta annullabile.

Nuovo sistema
di protezione
soggetti deboli

* Il paragrafo 9 è tratto dalla rassegna di A. GORGONI, *I nuovi rimedi a tutela delle persone prive di autonomia*, in *Obb. cont.*, 2008, n. 7, p. 630 ss.

¹³⁹ Secondo A. FALZEA, voce *Capacità (teoria gen.)*, in *Enc. del dir.*, 1960, p. 16, capace di agire “è il soggetto, per la possibilità che il diritto gli riconosce, di rivelare nel mondo giuridico e fare in esso valere interessi: perché, dunque, è in grado di determinare con i propri comportamenti, l'applicazione delle norme e l'insorgere degli effetti da esse predisposti”. La capacità d'agire è la dimensione dinamica della soggettività giuridica mediante la quale il soggetto, generando fattispecie giuridiche, persegue i propri interessi. Essa presuppone la capacità giuridica ossia l'idoneità del soggetto ad essere titolare di posizioni giuridiche (art. 1 c.c.). L'incapace di agire (ad es. il minore), tuttavia, conservando intatta la capacità giuridica, può acquistare diritti e assumere obblighi attraverso l'opera del rappresentante legale.

¹⁴⁰ A. FALZEA, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴¹ L'interdetto giudiziale è un soggetto che beneficia di una misura di protezione a causa della propria infermità mentale, mentre l'interdetto legale è colui che ha perduto la capacità d'agire a seguito di una condanna a pena reclusiva non inferiore a cinque anni (art. 32 c.p.). L'interdizione legale è, quindi, una pena accessoria, come dimostra anche l'art. 1441 co. 2 c.c., ma ha effetti più contenuti rispetto all'interdizione giudiziale: la prima riguarda solo gli atti patrimoniali, per compiere i quali valgono le stesse regole dell'interdizione giudiziale (art. 32 u.c. c.p.), non anche quelli personali e familiari (matrimonio, testamento), per effettuare i quali l'interdetto legale conserva la capacità d'agire.

¹⁴² L'annullamento ha funzione rimediabile per l'interdetto giudiziale e sanzionatoria per l'interdetto legale.

Prima di esaminare l'effettiva valenza applicativa dell'art. 1425 comma 1, a fronte di specifiche norme che già prevedono l'annullabilità degli atti compiuti dagli incapaci legali, si deve sottolineare il profondo cambiamento che l'introduzione, con la legge 9 gennaio 2004, n. 6, dell'istituto dell'amministrazione di sostegno ha determinato nel sistema di protezione dei soggetti deboli a causa di infermità o di menomazione fisica o psichica.

La novità legislativa ha radicalmente mutato – avvicinando l'Italia ad altri paesi come la Germania, l'Austria e la Francia – il modo di concepire l'intervento protettivo. Si è abbandonata la logica dell'interdizione e dell'inabilitazione incentrata sull'automatica equiparazione del malato di mente al totale o al parziale incapace di intendere e volere, logica che comporta l'eliminazione o la riduzione della capacità d'agire in misura predeterminata dalla legge.

Protezione caso
per caso

Diversamente, il principio cardine dell'amministrazione di sostegno consiste nel “tutelare, con la *minore limitazione possibile della capacità di agire*, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana” (art. 1 legge n. 6/2004). Il giudice tutelare, pertanto, dovrà ridurre solo quella “porzione” di capacità d'agire, esaminata con riferimento a determinati atti che se compiuti arrecherebbero un pregiudizio alla sfera patrimoniale dell'autore. A tal proposito sono centrali due articoli. Il 405 comma 5 nn. 3) e 4) stabilisce che il decreto di nomina dell'amministratore di sostegno deve contenere l'indicazione dell'oggetto dell'incarico, degli atti che l'amministratore ha il potere di compiere *nel nome e per conto* del beneficiario, nonché degli atti in relazione ai quali l'amministratore svolge solo la funzione di *assistente*. E l'art. 409 comma 1 c.c. secondo cui “il beneficiario conserva la capacità d'agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno”¹⁴³.

Protezione
caso per
caso

La possibilità, quindi, di graduare l'intensità dell'intervento protettivo, calibrandolo sulla specifica situazione del soggetto interessato, configura un *nuovo sistema* del diritto dei soggetti fragili in armonia con la scelta operata dalla Costituzione di porre all'apice della gerarchia dei valori la persona umana, in un'ottica non solo di difesa dalle aggressioni altrui (c.d. libertà negativa), ma soprattutto di promozione del pieno sviluppo della personalità (c.d. libertà positiva, art. 3 Cost.)¹⁴⁴. Novità ma anche funzionalità dell'amministrazione di sostegno – dimostrata dal copioso impiego dell'istituto – rispetto alle molte richieste di tutela provenienti dai soggetti deboli o dalle loro famiglie. Del resto proprio la rigidità degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, oggi attenuata dal nuovo articolo 427 comma 1, ne aveva disincentivato l'utilizzo, essendo, comunque, comprensibile come l'interessato e la sua famiglia rifuggissero da uno strumento che, non

¹⁴³ Chi è dichiarato interdetto, invece, perde anche la capacità di compiere alcuni atti di natura personale come il matrimonio, la donazione (atto vietato anche all'inabilitato) e il testamento, a prescindere da un'indagine sulla sussistenza in concreto della capacità di intenderne il significato; inoltre, all'interdetto e all'inabilitato si applicano norme che stabiliscono decadenze da diritti o da posizioni giuridiche e norme che incidono sugli effetti di certi atti; queste norme, in alcuni casi, possono arrecare un pregiudizio all'incapace (cfr. artt. 191 e 193 co. 1; 317; 591 n. 3; 1329-1330; 1626; 1722 n. 4 e 1728; 1833; 2293 a sua volta richiamato dal 2315).

¹⁴⁴ G. VETTORI, *Diritto dei contratti e “Costituzione europea”*, cit., pp. 55-56.

modulando l'intervento protettivo, rischiava di eliminare la capacità d'agire oltre lo stretto necessario per assicurare un'adeguata tutela¹⁴⁵.

L'amministrazione di sostegno supera i limiti degli istituti tradizionali ampliando la gamma delle situazioni di debolezza giuridicamente rilevanti¹⁴⁶ che legittimano la persona interessata a chiedere una *protezione specifica* – quanto alla riduzione della capacità d'agire – risultante dal peculiare rapporto intercorrente tra il tipo di malattia, malessere o infermità, anche solo fisica, e la conseguente “impossibilità, anche parziale e temporanea, di provvedere ai propri interessi”.

Si discute beneficiar sia un incapace legale

Il capovolgimento del sistema del diritto dei soggetti deboli, dove la capacità è la regola e l'incapacità l'eccezione, porta a domandarsi se abbia senso la perdurante vigenza degli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione e con essi della categoria dell'incapacità legale. La risposta può essere fornita chiedendosi preliminarmente se il beneficiario dell'amministrazione di sostegno debba essere considerato un soggetto incapace legale come il minore, l'interdetto e l'inabilitato.

Si discute se beneficiario un incapace legale

Quest'ultimo interrogativo pone un delicato problema perché un'eventuale risposta positiva comporta l'automatica estensione al beneficiario di tutte quelle norme, sparse nei vari libri del codice civile, che hanno il proprio referente nell'incapace legale; si pensi, ad esempio, a quelle disposizioni che prescrivono lo scioglimento da obblighi o da rapporti patrimoniali pendenti in ragione della sopravvenuta incapacità di una parte contrattuale o all'art 1445 che disciplina le conseguenze dell'annullamento nei confronti dei terzi¹⁴⁷. Si potrebbe concludere, frettolosamente, per l'incapacità, ma questa ricostruzione contrasta con il principio ispiratore dell'amministrazione di sostegno che attribuisce al giudice il potere di

¹⁴⁵ L'ordinamento, in sostanza, lasciava senza protezione coloro i quali non erano colpiti nella psiche a tal punto da poter essere interdetti o inabilitati: la massa dei c.d. *borderline* (cfr. P. CENDON, *Progetto di abrogazione dell'interdizione e dell'inabilitazione*, *Bozza* 2007, in www.personaedanno.it).

¹⁴⁶ Oltre all'infermità mentale, in forma grave (art. 414 c.c.) ovvero non talmente grave da far luogo all'interdizione (art. 415 co. 1 c.c.), e alle altre condizioni previste dall'art. 415 co. 2 e 3 c.c., sono apprezzabili, per effetto della formulazione del nuovo art. 404 c.c., anche l'“infermità” – non necessariamente mentale – e la “menomazione psichica o fisica” se determinano impossibilità, anche solo per compiere certi atti, di provvedere ai propri interessi (art. 404 c.c.). I concetti di “infermità” e di “menomazione fisica e psichica” giustificano la nomina dell'amministratore di sostegno a chi, ad esempio, è colpito da una malattia psichica consistente in un indebolimento delle facoltà intellettive, o è affetto dal morbo di Parkinson, agli anziani che a causa dell'età hanno perso la lucidità mentale, a chi soffre di epilessia, a chi è impossibilitato a parlare o a scrivere (afasico), a chi ha subito un ictus, al morente, al minorato fisico, a chi è affetto dalla sindrome di Down, all'autistico, al sordo, al sordomuto, al cieco, all'alcolista e al tossicodipendente. La maggior parte dei sofferenti psichici non sono affetti da malattie o da stati psichici che difficilmente possono regredire fino ad un recupero, anche solo parziale, della capacità di intendere e di volere dell'individuo come, invece, avviene in talune forme di oligofrenia o negli stati psicotici più gravi. P. CENDON, *Profili dell'infermità di mente nel diritto privato*, in *Un altro diritto per il malato di mente*, Napoli, 1988, pp. 42-43, rileva che la letteratura sulle malattie mentali è ricca di riferimenti alle “sindromi passeggere, ai malesseri intermittenti, ai quadri patologici *borderline* – o sospesi tra psicosi e nevrosi”.

¹⁴⁷ Cfr. i seguenti articoli: 1626 che prevede lo scioglimento dell'affitto; 1722 n. 4 che dispone l'estinzione del mandato per la sopravvenuta interdizione o inabilitazione del mandante o del mandatario; 1833 che attribuisce il diritto di recesso dal contratto di conto corrente a ciascuna parte sempre in caso di sopravvenuta interdizione o inabilitazione di una di esse; 2286 che consente l'esclusione del socio di una società semplice che sia stato interdetto o inabilitato; 2382 e 2399 co. 1 let. a) che prevedono rispettivamente la decadenza dall'ufficio di amministratore o di sindaco dell'interdetto e dell'inabilitato.

estendere al beneficiario singole norme dettate per l'interdetto o per l'inabilitato (art. 411, ult. co., c.c.). Tale norma risulterebbe inutile se al medesimo risultato potesse giungersi con un'automatica estensione o con l'applicazione in via analogica di norme riferite all'interdetto o all'inabilitato o, più in generale, all'incapace¹⁴⁸.

Questo ed altro induce a guardare con favore ad una riforma radicale volta ad abrogare gli istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione di cui la giurisprudenza delimita con fatica l'ambito applicativo rispetto all'amministrazione di sostegno¹⁴⁹. Sul punto¹⁵⁰ sono già stati presentati in Parlamento alcuni progetti di legge.

Giurisprudenza

Rapporti tra amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione.

Una complessa questione interpretativa è stata avvertita dai giudici di merito fin dalle prime applicazioni dell'amministrazione di sostegno. Il legislatore non ha fornito alcun criterio in forza del quale scegliere l'istituto applicabile al soggetto affetto da grave e abituale infermità di mente. Quest'ultimo potrebbe aver diritto, infatti, anche alla nomina dell'amministratore di sostegno stante l'ampiezza dei presupposti legittimanti l'applicazione del nuovo istituto (art. 404 c.c.) e la residualità dell'interdizione. Il problema si ripresenta anche in relazione al soggetto affetto da un'infermità mentale tale da integrare un caso di inabilitazione (art. 415 c.c.).

Il problema è sembrato grave a tal punto da spingere un tribunale a sollevare la questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli della nuova disciplina. È intervenuta la Corte Costituzionale (9 dicembre 2005, n. 440, in *Guida al dir.*, 2006, 3 p. 255) affermando che è “infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 404, 405, numeri 3 e 4, e 409 c.c. nella parte in cui non indicano chiari criteri selettivi per distinguere l'istituto dell'amministrazione di sostegno dai preesistenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, dando così luogo a tre fattispecie legali irragionevolmente coincidenti (...). In osservanza del *principio di gradualità* delle misure di protezione, il giudice deve preferire l'istituto che limita nel minor grado

¹⁴⁸ G. BONILINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2007, p. 293. Si consideri che qualora l'interessato soffra di una menomazione esclusivamente fisica, è possibile configurare – secondo l'opinione maggioritaria – la rappresentanza concorrente tra l'amministratore e il beneficiario. Il giudice attribuisce al primo il potere di sostituzione per il compimento di specifici atti senza correlativa diminuzione della capacità d'agire del secondo. È evidente che, non essendovi alcuna limitazione della capacità d'agire, non può parlarsi di incapace legale (sul punto cfr. così P. CENDON, *Un altro diritto per i soggetti deboli. L'amministrazione di sostegno e la vita di tutti i giorni*, in *L'amministrazione di sostegno*, a cura di G. Ferrando, Milano, 2005, pp. 63-67; *contra*, S. DELLE MONACHE, *Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 31 e pp. 38-40. In giurisprudenza cfr. in senso favorevole, Trib. Pinerolo, 4 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 10, c. 1839 ss.).

¹⁴⁹ Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 440, in *Fam. pers. e success.*, 2006, 2, p. 312 ss., con nota di S. PATTI, *Amministrazione di sostegno: la sentenza della Corte costituzionale*; Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Guida al dir.*, 2006, 27, p. 81 ss. È stato osservato che i criteri distintivi individuati dalla Cass. violano il principio di uguaglianza formale perché, a fronte del medesimo grado d'infermità mentale, essi orientano verso l'applicazione dell'uno o dell'altro istituto (così S. PATTI, *Amministrazione di sostegno e interdizione: interviene la Corte di Cassazione*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, p. 10 ss.).

¹⁵⁰ Cfr. artt. 414, 413 co. 4, 418 co. 3 e 429 co. 3, c.c. Da un'analisi di queste norme si trae la funzione residuale dell'interdizione e dell'inabilitazione.

possibile la capacità del soggetto; ove la scelta cada sull'amministrazione di sostegno, l'ambito dei poteri dell'amministratore deve essere puntualmente correlato alle caratteristiche del caso concreto. Solo se il giudice non ravvisi interventi di sostegno idonei ad assicurare all'incapace siffatta protezione, il giudice può ricorrere alle ben più invasive misure dell'inabilitazione o dell'interdizione, che attribuiscono uno "status" di incapacità, estesa per l'inabilitato fino agli atti di straordinaria amministrazione e per l'interdetto anche a quelli di amministrazione ordinaria. *In nessun caso i poteri dell'amministratore possono coincidere "integralmente" con quelli del tutore o del curatore*" (Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 440).

Secondo la Consulta, quindi, non si possono attribuire all'amministratore di sostegno i poteri del tutore (rappresentanza legale per tutti gli atti) né quelli del curatore (assistenza per tutti gli atti di straordinaria amministrazione); pertanto amministrazione di sostegno, interdizione e inabilitazione hanno *effetti diversi sulla capacità d'agire*. I tre istituti si differenziano in base all'intensità non del grado d'infermità del soggetto ma degli effetti di ciascun istituto.

La Cassazione, da parte sua, fa un passo ulteriore individuando alcuni criteri distintivi per delimitare in concreto l'ambito di applicazione dell'amministrazione di sostegno rispetto a quello dell'interdizione qualora il soggetto sia affetto da *grave e abituale infermità di mente*. In sintesi, essa ritiene preferibile l'amministrazione di sostegno tutte le volte in cui sussistano le seguenti condizioni: 1) scarsa consistenza del patrimonio; 2) semplicità delle operazioni da svolgere (es: gestione del solo reddito da pensione); 3) insussistenza di una vita minima di relazione che esponga l'infermo di mente a compiere atti a sé pregiudizievoli (Cass., 12 giugno 2006, n. 13584, in *Guida al dir.*, 2006, 27, p. 8 ss.).

9.2.2. L'annullabilità degli atti compiuti personalmente dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno e dall'incapace legale

a) Atti compiuti dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno

Art. 1425 c.c. e
altre norme sulla
annullabilità

L'art. 1425 comma 1 c.c. prevede il rimedio dell'annullabilità del contratto quando una parte era legalmente incapace di contrarre, ossia assolutamente o relativamente incapace di agire.

La norma, sebbene abbia una "vocazione generale", ha in realtà un'effettiva portata precettiva soltanto per i contratti conclusi personalmente dal minore d'età non emancipato, in quanto per quelli compiuti personalmente dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno (nell'ambito in cui è incapace di agire), dall'interdetto, dall'inabilitato e dal minore emancipato (limitatamente, come per l'inabilitato, agli atti di straordinaria amministrazione), essa costituisce una mera ripetizione degli artt. 396, 412 comma 2 c.c. e 427 commi 2 e 3 c.c.¹⁵¹.

Art. 412
co. 2 c.c.:
annullabilità
circoscritta a
specifici atti

Cominciamo col trattare dell'art. 412 comma 2 nella parte in cui prevede l'annullabilità degli atti compiuti personalmente dal beneficiario, in violazione delle disposizioni "contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno".

¹⁵¹ E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto* (di V. Roppo), *Rimedi-1*, vol. IV, Milano, 2006, a cura di A. Gentili, p. 214.

Dalla norma si ricava chiaramente che, in armonia con il principio informatore dell'amministrazione di sostegno (art. 1 legge n. 6/2004), l'annullamento non colpisce tutti gli atti appartenenti ad una categoria astratta (l'ordinaria e la straordinaria amministrazione), come accade per l'interdizione e l'inabilitazione, ma soltanto quelli per porre in essere i quali è stato nominato l'amministratore di sostegno. Così se il decreto stabilisce, ad esempio, che le alienazioni necessitano dell'assistenza dell'amministratore, la vendita conclusa personalmente dal beneficiario è annullabile, per violazione di una disposizione contenuta nel decreto. Se, invece, l'atto non rientra tra quelli indicati nel decreto di nomina dell'amministratore (art. 405 comma 5 nn. 3 e 4), il beneficiario può compierlo liberamente (art. 409 comma 1)¹⁵² senza possibilità di annullamento, salvo provare la sussistenza dei presupposti dell'incapacità naturale (art. 428 c.c.).

L'art. 412 comma 2 stabilisce l'annullabilità anche degli atti compiuti "in violazione delle disposizioni di legge". Non è chiaro se questa disposizione abbia una portata applicativa autonoma poiché è difficile individuare una norma la cui inosservanza non sia già sanzionata come nel caso dell'atto posto in essere senza l'autorizzazione giudiziale (art. 377 richiamato dall'art. 411 comma 1).

L'annullabilità può derivare anche dall'estensione, operata dal giudice tutelare ai sensi dell'art. 411 ultimo comma c.c., di limitazioni previste dall'ordinamento per l'interdetto. Così se il decreto stabilisce che il beneficiario, al pari dell'interdetto, non possa contrarre matrimonio, questo è annullabile, ai sensi dell'art. 119 c.c., ove ugualmente contratto¹⁵³.

Per individuare i casi di annullabilità occorre, quindi, conoscere il contenuto del decreto di nomina dell'amministratore di sostegno, perché l'ambito dell'incapacità d'agire è delineato da questo provvedimento e solo in relazione a tale specifico ambito opera la protezione.

b) atti compiuti dall'interdetto, dall'inabilitato e dal minore emancipato.

L'art. 427 comma 2 c.c. stabilisce che gli atti compiuti dall'interdetto "dopo la sentenza d'interdizione" possono essere annullati. Un'analogia disposizione è prevista per l'inabilitato (art. 427 comma 3 c.c.).

Art. 427 c.c.:
protezione
prima e dopo la
sentenza

Prima della pubblicazione della sentenza d'interdizione – momento in cui sorge l'incapacità legale (art. 421 c.c.) – gli atti effettuati dall'interdicendo (e dall'inabilitando) non sono invece annullabili perché il soggetto è ancora legalmente capace, salvo che ricorrano i presupposti dell'incapacità naturale (art. 427 u.c.). L'ordinamento, tuttavia, protegge l'interdicendo (e l'inabilitando) che ha compiuto un atto dopo la nomina del tutore (o curatore) provvisorio concedendo l'azione di annullamento se "alla nomina segua la sentenza d'interdizione" (o di inabilitazione)¹⁵⁴. Ma l'azione è improponibile prima dell'intervento della sentenza, fatto che rimuove

¹⁵² È annullabile, ad esempio, il contratto di compravendita compiuto dal beneficiario senza l'assistenza dell'amministratore di sostegno prevista dal decreto di nomina.

¹⁵³ In linea generale, le norme che limitano la capacità d'agire dell'interdetto e/o dell'inabilitato, collocate nei vari libri del codice civile, non sono applicabili al beneficiario dell'amministrazione di sostegno, salvo che il giudice le abbia espressamente estese al beneficiario (c.d. norme di applicazione eventuale).

¹⁵⁴ L'art. 776 comma 2 c.c. prevede che il curatore dell'inabilitato per prodigalità possa chiedere l'annullamento della donazione, "anche se fatta nei sei mesi anteriori all'inizio del giudizio d'inabilitazione".

l'incertezza sull'esito finale del procedimento in corso¹⁵⁵. Nell'intervallo tra l'avvenuta nomina dell'organo provvisorio e il provvedimento conclusivo del procedimento, gli atti negoziali in esame si trovano in uno "stato di pendenza" dovuta anche al fatto che il giudizio di interdizione può concludersi con una pronuncia di inabilitazione¹⁵⁶ o, più verosimilmente, di amministrazione di sostegno (art. 418 commi 1 e 3), con conseguente diverso grado di riduzione della capacità d'agire¹⁵⁷. Circostanza che – come già evidenziato – influisce sull'ambito dell'annullabilità.

Protezione del
minore d'età

Anche per la protezione del minore emancipato, soggetto che per effetto del matrimonio acquista una ridotta capacità d'agire generale¹⁵⁸ (artt. 84, 390 c.c.), l'art. 1425 comma 1 non trova applicazione. Difatti, l'art. 396, in combinato disposto con l'art. 394, stabilisce l'annullabilità degli atti di straordinaria amministrazione compiuti senza il consenso del curatore o senza l'autorizzazione giudiziale. Quanto al minore d'età non emancipato, invece, l'annullabilità degli atti da questo direttamente compiuti è disposta – come già rilevato – dall'art. 1425 comma 1, norma che, in tal caso trova specifica applicazione.

Protezione
del minore c

Legittimati
attivi, onere
della prova e
prescrizione

Legittimati attivi all'azione di annullamento sono il tutore, l'interdetto (per mezzo del tutore)¹⁵⁹ e i suoi eredi o aventi causa (art. 427 comma 2), il rappresentante legale del minore (genitori o tutore) o direttamente l'interessato raggiunta la maggiore età (art. 322), l'amministratore di sostegno, il beneficiario e i suoi eredi o aventi causa (art. 412 comma 1).

Il curatore, invece, non è contemplato dall'art. 427 comma 3 tra i soggetti legittimati a proporre l'azione di annullamento¹⁶⁰ degli atti di straordinaria amministrazione compiuti dall'inabilitato senza assistenza perché egli, diversamente dal tutore, come non ha il potere di iniziativa per il compimento di tali atti, così non può farne valere l'annullabilità. Neppure può agire il curatore dell'emancipato (art. 396). L'annullamento, rimedio volto a proteggere un interesse privato, è previsto

¹⁵⁵ Non sembra azzardato prospettare l'applicazione estensiva dell'art. 427 co. 2 e 3 al soggetto cui si riferisce il procedimento volto alla nomina dell'amministratore di sostegno, anche in considerazione del fatto che l'art. 405 co. 4 prevede la possibilità di nominare un amministratore provvisorio (G. BONILINI, *L'invalidità degli atti posti in essere in violazione di disposizioni di legge o del giudice*, in *L'amministrazione di sostegno*, cit., p. 254).

¹⁵⁶ P. FORCHIELLI, *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione*, Bologna, 1988, p. 49.

¹⁵⁷ Anche il giudizio d'inabilitazione davanti al tribunale collegiale può concludersi con la nomina dell'amministratore di sostegno da parte del giudice tutelare, ma occorre che vi sia la trasmissione a quest'ultimo del procedimento (art. 418 co. 3).

¹⁵⁸ L'emancipazione sottrae il minore alla rappresentanza del genitore o del tutore, attribuendogli piena capacità di agire per gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli di straordinaria amministrazione occorre l'intervento del curatore il quale non opera quale rappresentante legale, bensì come assistente limitandosi a fornire o meno il consenso all'atto da compiere. Di conseguenza l'atto è pur sempre compiuto dal minore restandovi estraneo il curatore. Il consenso è un'autorizzazione privata e si pone come "un requisito esterno di validità che rimuove il limite legale a carico dell'emancipato" (C. M. BIANCA, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, p. 246). In caso di rifiuto del consenso si applica l'art. 395 c.c.

¹⁵⁹ L'interdetto non ha, come il minore, la capacità di stare in giudizio (art. 75 c.p.c.). Le azioni giudiziali sono promosse dal tutore previa autorizzazione del giudice tutelare (art. 374 n. 5).

¹⁶⁰ C'è un'eccezione posta dall'art. 776 co. 2 a proposito della donazione fatta dall'inabilitato per prodigalità.

nell'esclusivo interesse dell'incapace, pertanto non può agire in giudizio la controparte¹⁶¹.

L'azione si prescrive in cinque anni dal giorno in cui è cessato lo stato d'interdizione o d'inabilitazione¹⁶², di amministrazione di sostegno ovvero il minore ha raggiunto la maggiore età (artt. 412 ult. co. e 1442 co. 2 c.c.).

9.3. L'incapacità naturale e la circonvenzione di persone incapaci

9.3.1. Le situazioni che determinano l'incapacità naturale

L'art. 428 c.c. protegge, attraverso il rimedio dell'annullabilità, il soggetto che, non sottoposto ad amministrazione di sostegno, interdizione o inabilitazione, compie un atto in stato di incapacità di intendere o di volere (c.d. incapacità naturale o di fatto).

Ampliamento
dei casi di
incapacità
naturale

La norma costituisce una novità rispetto al codice civile previgente in quanto l'incapacità di intendere o di volere non è più legata all'infermità mentale legittimante l'interdizione¹⁶³, ma può dipendere, come vedremo, da qualsiasi perturbamento psichico, finanche da eventi di natura non patologica incidenti sulla capacità di consentire o di valutare.

L'art. 428, sebbene non delimiti gli stati determinanti l'incapacità naturale, è stato interpretato restrittivamente fino alla fine degli anni cinquanta del secolo scorso, argomentando dalla locuzione "sebbene non interdetta", contenuta nel primo comma, nonché dall'art. 427 ultimo comma: l'incapace naturale doveva essere affetto da un'infermità di mente, non abituale ovvero abituale cui non era ancora seguita l'interdizione, che annullasse completamente le facoltà psichiche¹⁶⁴.

In epoca successiva, la giurisprudenza ha significativamente ampliato la gamma delle situazioni che, incidendo sulla capacità di intendere o di volere, impediscono una manifestazione consapevole del consenso e, dunque, l'esercizio dell'autonomia privata.

¹⁶¹ C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 236. Il fatto di trovarsi in stato d'incapacità legale rafforza la protezione facilitando l'onere della prova. Il soggetto legittimato attivo dovrà dimostrare soltanto l'esistenza del provvedimento giudiziale costitutivo della condizione d'incapacità legale e il compimento dell'atto in violazione delle prescrizioni legali. Il convenuto, da parte sua, non eviterà l'annullamento provando che l'atto è stato compiuto in un momento di lucido intervallo, ovvero che l'atto non ha arrecato alcun pregiudizio all'incapace

¹⁶² La Cass., 6 marzo 1993, n. 2725, in *Vita not.*, 1993, p. 2725 ss., ha affermato che l'art. 1442 co. 2 si riferisce non solo al caso in cui il contratto sia stato stipulato direttamente dall'incapace, ma anche a quello in cui il contratto sia stato concluso dal rappresentante legale senza le autorizzazioni prescritte dalla legge (vi era il dubbio che in tale ultima ipotesi il *dies a quo* decorresse dalla conclusione del contratto).

¹⁶³ Nel codice civile del 1865 mancava una "univoca disciplina generale ed espressa dell'incapacità naturale". L'art. 336 stabiliva che l'atto compiuto prima della sentenza di interdizione poteva essere annullato solo se al momento del suo compimento già esisteva *la causa di interdizione* ed inoltre se, per la qualità del contratto, per il grave pregiudizio derivato all'incapace, o altrimenti, risultava la mala fede della controparte. L'incapacità di intendere o di volere non aveva, quindi, rilevanza al di fuori dell'infermità psichica a causa della quale l'autore dell'atto era stato successivamente interdetto (cfr. P. FORCHIELLI, *Infermità di mente, interdizione e inabilitazione*, cit., p. 54-55, e R. SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, cit., p. 473-474).

¹⁶⁴ M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, cit., p. 137 e R. SACCO, *op. cit.*, p. 478.

Oggi, certamente, non si può dubitare della correttezza di questa giurisprudenza poiché l'istituto dell'amministrazione di sostegno ha attribuito rilievo anche a quei disturbi o malattie mentali non così gravi da giustificare l'interdizione o l'inabilitazione. Se l'art. 428 si pone quale norma di chiusura del sistema di protezione dei soggetti deboli, non sembra congruente con questa funzione negare tutela a chi avrebbe diritto alla nomina dell'amministratore di sostegno ma si trovava sprovvisto di tale istituto al momento del compimento dell'atto.

Dalla disamina delle sentenze della Suprema Corte sull'incapacità naturale emerge la rilevanza non soltanto dell'infermità mentale, di forme patologiche di disturbo della psiche, di malattie incidenti sulle facoltà cognitive, ma anche di certe altre malattie che *possono* influire sulle facoltà intellettive o volitive¹⁶⁵.

Assumono, inoltre, rilievo fatti che non hanno "apparentamenti obbligati con la patologia medica, né con l'alterazione psicologica di competenza del medico", ma che tuttavia determinano un perturbamento psichico grave tale da alterare, in maniera consistente, le capacità intellettive pur senza escluderle. Alcune risalenti sentenze hanno affermato che eventi di natura non patologica, come un tracollo economico, un impeto travolgente d'ira o un forte dolore possono cagionare uno squilibrio mentale sicché l'atto compiuto in tale stato è annullabile¹⁶⁶.

L'evoluzione giurisprudenziale mostra chiaramente come, ai fini dell'annullabilità, non sia richiesto uno stato di salute coincidente con quello che giustificerebbe l'interdizione o l'inabilitazione, ma sia sufficiente un perturbamento psichico, originato o meno da una patologia, incidente sulla capacità di intendere o

¹⁶⁵ È stato escluso che un tumore costituisca, di per sé, causa di incapacità naturale, tuttavia è possibile provare che una grave malattia abbia inciso sulla sfera intellettiva e volitiva in modo da impedire "una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio così da legittimare l'annullamento dell'atto (cfr. Cass., 10 febbraio 1995, n. 1484, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2500 ss. e Cass., 26 maggio 2000, n. 6999, in *Contratti*, 2001, p. 25 ss., con nota di M. AMBROSOLI). Parimenti, neppure dall'essere affetto da una forma di morbo di Alzheimer di grado medio si può inferire automaticamente l'incapacità di intendere o di volere al momento del perfezionamento dell'atto. Ai fini della relativa prova, non è sufficiente che la CTU prospetti l'incapacità naturale come meramente "ipotizzabile" al tempo dell'atto, ma occorre una prova rigorosa e specifica (Cass., 25 novembre 2003, n. 17915, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 878 ss.).

In un altro caso è stata dichiarata l'inefficacia delle dimissioni, in quanto la CTU ha ritenuto fortemente probabile la riduzione della capacità di intendere e di volere quando il soggetto ha posto in essere l'atto (Cass., sez. lav., 12 marzo 2004, n. 5159, in *Dir. e pratica lav.*, 2004, p. 1276 ss.).

Ancora, è stata ritenuta non sufficiente ad integrare l'incapacità naturale una depressione cronica (Cass., 27 gennaio 1977, n. 418, in *Foro it.*, *Rep.*, 1977, [365], voce *Interdizione*, n. 5) e un lieve torpore mentale in soggetto arteriosclerotico (Cass., 5 ottobre 1978, n. 4456, in *Riv. not.*, 1978, p. 1362 ss.).

¹⁶⁶ Cass., 6 ottobre 1978, n. 4463, in *Foro it.*, *Rep.*, 1978, voce *Interdizione*, n. 6 (sul tracollo economico); Cass., 7 ottobre 1959, n. 2702, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 112 (ira o dolore). L'incapacità può derivare anche nell'essere succube di un'altra persona (Cass., 21 febbraio 1961, n. 384, in *Foro it.*, *Rep.*, 1961, voce *Interdizione*, n. 5). Secondo Cass., 7 luglio 1978, n. 3411, in *Riv. not.*, 1979, p. 929, gli *stati passionali* rilevano solo se hanno prodotto al momento del compimento dell'atto un disordine mentale tale da privare il soggetto della capacità naturale.

Tra le altre cause di incapacità figurano il sordomutismo, l'essere sotto l'effetto di alcool (Cass., 12 luglio 1991, n. 7784, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, c. 878 ss.) o di stupefacenti, un trauma cranico, un'emorragia cerebrale (M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 152).

di volere¹⁶⁷, tale da *impedire o da ostacolare* una seria valutazione del contenuto e degli effetti del negozio¹⁶⁸.

Le situazioni di debolezza riconducibili all'art. 428 sono allora persino più ampie di quelle che giustificerebbero la nomina dell'amministratore di sostegno: si pensi alla rilevanza attribuita dalla giurisprudenza agli stati passionali, legati spesso ad un breve tempo o all'essere succube di una determinata persona. Fatti entrambi rilevanti solo se incidenti sulla capacità di determinarsi in modo cosciente, ma che difficilmente consentirebbero la nomina dell'amministratore di sostegno.

Giurisprudenza

Condizione che determina incapacità naturale.

“Al fine dell'annullamento del negozio per incapacità naturale non è necessaria l'incapacità totale ed assoluta del soggetto, ma è sufficiente che le sue facoltà intellettive o volitive risultino diminuite [o menomate Cass., 12 marzo 2004, n. 5159, in *Foro it. on line*] in modo da impedire od ostacolare una seria valutazione dell'atto e la formazione di una volontà cosciente” (Cass., 12 luglio 1991, n. 7784, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, c. 878 ss.).

Gravi malattie o stati passionali possono determinare incapacità di intendere e di volere.

L'incapacità di intendere e di volere può essere causata anche da malattie diverse da quelle proprie della mente ovvero da fatti che sconvolgono. “Per aversi incapacità naturale di uno dei contraenti al momento della conclusione del contratto, non è sufficiente che il normale processo di formazione e di estrinsecazione della volontà sia in qualunque modo alterato o turbato, come frequentemente avviene in caso di grave malattia, ma è necessario che lo stato psicologico del soggetto sia in quel momento tale da *sopprimere l'attitudine a determinarsi coscientemente e liberamente*”. Ciò può essere cagionato anche da una “grave malattia [come un tumore] tale comunque da impedire la capacità di cosciente e libera autodeterminazione del soggetto”. Ma “la sussistenza di uno stato di malattia non implica automaticamente una menomazione delle capacità volitive e intellettive del contraente, atta a determinare l'annullabilità dell'atto” (Cass., 10 febbraio 1995, n. 1484). Occorre una prova “rigorosa e specifica” (Cass., 26 maggio 2000, n. 6999, in *Foro it. on line*).

Gli stati passionali non costituiscono, di per sé, causa di riduzione della capacità psichica, ma producono incapacità solo se provocano nel soggetto un disordine psichico di tale intensità da privarlo, sia pure transitoriamente, della capacità di intendere o di volere (Cass., 7 luglio 1978, n. 3411).

¹⁶⁷ L'incapacità non deve necessariamente riguardare l'intendere e il volere ma può riguardare anche una soltanto di tali sfere. Intelletto e volontà individuano due sfere diverse della persona: il primo attiene alla comprensione e all'analisi di un fatto e la seconda inerisce alla capacità di assumere la decisione desiderata circa il fatto e i suoi effetti. Alcune sostanze stupefacenti, ad esempio, lasciano integra la capacità d'intendere ma impediscono un comportamento conseguente. Più in generale si osserva, però, la difficoltà di scindere la capacità di coscienza dalla capacità di volere.

¹⁶⁸ Cass., 10 marzo 1994, n. 2327, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2752, con nota di G. LENER; Cass., 11 settembre 1998, n. 9007, in *Giur. it.*, 1999, c. 1379; Cass., 26 maggio 2000, n. 6999, cit.; Cass., 28 marzo 2002, in *Riv. not.*, 2002, p. 1005 ss. e Cass., 12 marzo 2004, n. 5159, cit.

Nel diritto contrattuale europeo in formazione vi sono, quanto all'invalidità, disposizioni dal contenuto più ampio rispetto agli articoli 428 1434 e 1439 c.c. L'art. 4:108 (ingiusto profitto o vantaggio iniquo) dei *Principi di diritto europeo dei contratti* (PECL) stabilisce che "1. Una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso: a) fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrarre, e b) l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto. 2. Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza. 3. Il giudice può parimenti modificare su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per giusto profitto o vantaggio iniquo, purché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede della comunicazione". Analoga norma è contenuta nei principi UNIDROIT all'art. 3.10 (eccessivo squilibrio).

Nel DCFR, invece, il terreno dell'invalidità (*Chapter 7: grounds of invalidity*) sembra più circoscritto rispetto a quello configurato dai PECL e dall'UNIDROIT' (cfr. artt. 7:101 ss. ove si disciplina il *Mistake*, la *Fraud* e la *Coercion or threats*).

9.3.2. L'annullabilità del contratto e la controversa *ratio* dell'art. 428

La dottrina si è divisa sulle condizioni occorrenti per l'annullabilità del contratto compiuto dall'incapace naturale.

Secondo una prima impostazione¹⁶⁹, accolta dalla giurisprudenza quasi unanime¹⁷⁰, l'interpretazione del primo comma dell'art. 428 c.c. deve essere tenuta separata da quella del comma successivo distinguendo così, quanto ai presupposti, l'annullamento dell'atto unilaterale dall'annullamento del contratto.

Due tesi sull'annullabilità del contratto: 1) autonomia del co. 2 dal co. 1;

¹⁶⁹ Nella dottrina meno recente cfr: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, rist. 2002, p. 219-220; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 37-38; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 192. Inoltre cfr. F. GALLETTA, *Sull'annullamento del contratto stipulato dall'incapace di intendere e di volere*, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, c. 615; V. MAURINI, *op. cit.*, p. 71 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 142-143 e E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 229-230.

¹⁷⁰ *Ex multis*: Cass., 5 dicembre 1978, n. 5723, in *Giur. it.*, 1979, I, c. 1304; Cass., 11 febbraio 1978, n. 619, in *Giur. it.*, 1978, I, c. 1200; Cass., 12 luglio 1991, n. 7784, cit.; Cass., 26 febbraio 1992, n. 2374, in *Corr. giur.*, 1992, p. 511, con nota di V. CARBONE; Cass., 10 marzo 1993, n. 2858, in *Foro it., Rep.*, 1993, [1740], voce *Contratto in genere*, n. 420; Cass., 2 giugno 1998, n. 5402, in *Vita not.*, 1998, p. 1597; Cass., 11 ottobre 1998, n. 9007, cit.; Cass., 14 maggio 2003, n. 7403, in *Arch. civ.*, 2004, p. 388; Cass., 1 ottobre 2004, n. 19659, in *Foro it.*, 2006, I, c. 565 e Cass., 9 agosto 2007, n. 17583, in *Foro it., Rep.*, 2007, [3640], voce *Interdizione, inabilitazione e amministrazione di sostegno*, n. 62.

Nel primo caso occorre provare, secondo il tenore letterale della norma, l'incapacità di intendere e di volere al momento del compimento dell'atto e il grave pregiudizio derivato all'autore.

Nel secondo, invece, è sufficiente dimostrare, oltre all'incapacità, la mala fede del soggetto che contrae con l'incapace naturale, non costituendo il grave pregiudizio presupposto di annullabilità. A sostegno, si asserisce che il riferimento al pregiudizio (non grave), pur presente nel comma 2, appare quale indizio della mala fede della controparte e non come requisito ulteriore e autonomo. La presenza dell'avverbio "altrimenti" indica che la mala fede può essere dedotta anche da fatti diversi dal pregiudizio, dunque l'esistenza di quest'ultimo non sarebbe presupposto indefettibile per ottenere l'annullamento del contratto.

L'idea di prescindere dal grave pregiudizio – previsto dal primo comma – per annullare il contratto, consente alla tesi in esame di ricostruire la *ratio* dell'art. 428 quale norma volta a proteggere principalmente il soggetto debole¹⁷¹, salva soltanto la tutela dell'affidamento della controparte inconsapevole dell'incapacità. La norma tutelerebbe, quindi, principalmente, la volontà, la *capacità di autodeterminarsi in modo pienamente consapevole*¹⁷².

Secondo un'altra opinione, sostenuta da una parte autorevole della dottrina¹⁷³, il secondo comma deve essere letto congiuntamente al primo. Perciò per ottenere l'annullamento del contratto è necessario provare la mala fede (co. 2) e il grave pregiudizio (co. 1).

Si argomenta dalla lettera dell'art. 428 ove sia la rubrica che il primo comma, utilizzano la parola "atti" senza ulteriore specificazione, adoperando "una categoria che comprende anche i contratti"¹⁷⁴. Il primo comma, dunque, conterrebbe la disciplina generale dell'incapacità inclusiva anche dei contratti, mentre il secondo comma aggiungerebbe, in relazione all'ipotesi specifica del contratto, il requisito della mala fede.

La necessità del grave pregiudizio per l'annullamento del contratto indica, secondo taluno, che la "legge considera l'incapacità naturale non come fattore che altera la volontà, ma come *fattore di alterazione della causa* dell'atto o del contratto (...), che è annullabile solo se concluso, per effetto dell'incapacità della parte, a condizioni gravemente pregiudizievoli per essa"¹⁷⁵. Ne consegue che se il prezzo pattuito in una compravendita coincide con quello di mercato del bene, non essendovi alterazione nell'equilibrio causale del contratto, nel rapporto di equivalenza economica fra le

2) lettura
congiunta dei
commi 1 e 2

¹⁷¹ Così Cass., 11 settembre 1998, n. 9007, cit.

¹⁷² E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 229 e in giurisprudenza cfr. Cass., 11 settembre 1998, n. 9007, cit.

¹⁷³ P. RESCIGNO, *Incapacità naturale e adempimento*, Jovene, 1950, p. 35 ss.; ID., voce *Capacità d'agire*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, p. 865; V. PIETROBON, voce *Incapacità naturale*, in *Enc. giur.*, 1989, p. 5; P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 64; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 775; M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 158 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, p. 312; ID., *Il contratto*, Padova, 2007, p. 304 e R. SACCO, *op. cit.*, p. 482. *Contra*: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 142-143 ed E. DEL PRATO, *op. cit.*, p. 229-230.

¹⁷⁴ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 775.

¹⁷⁵ Così F. GALGANO, *op. loc. cit.* Chi sostiene la necessità del grave pregiudizio ritiene possibile l'applicazione analogica dell'art. 1432 c.c. (rettifica del contratto viziato da errore) ovvero, secondo un'altra prospettiva, dell'art. 1450 c.c. (riconduzione ad equità del contratto rescindibile).

prestazioni, il contratto non è annullabile anche se l'incapace, ove fosse stato in condizioni di capacità di intendere e di volere, non avrebbe venduto¹⁷⁶.

Obiezioni

L'opinione in esame, pur raffinata, si espone ad alcune obiezioni incentrate, da una parte, sulla lettera della norma e, dall'altra, sul coordinamento con la disciplina dei vizi del consenso e delle misure di protezione dei soggetti privi di autonomia.

a) Sotto il primo profilo, la Relazione al Re esplicita espressamente l'intento di dettare una disciplina distinta per l'annullabilità dei negozi giuridici bilaterali e per quelli unilaterali, differenziandone i presupposti. La giurisprudenza, inoltre, ha sottolineato l'incompatibilità logica tra la previsione del semplice pregiudizio come uno dei possibili indici rivelatori della mala fede della controparte e l'idea che il pregiudizio, connotato dalla gravità, costituisca anche un autonomo requisito per l'annullabilità del contratto. Non può sfuggire che il pregiudizio cui fa riferimento il secondo comma può essere anche non attuale ("possa derivare"). Infine, l'impiego del termine "autore" dell'atto, contenuto nel primo comma, pur idoneo a richiamare ciascuno dei soggetti che concludono il contratto è riferito, secondo il tenore della norma, al solo incapace. Ciò proverebbe che il legislatore, utilizzando il termine "autore", avrebbe avuto in mente soltanto gli atti unilaterali.

Inquadramento
sistematico
dell'art. 428 c.c.

Seguendo la teoria della lettura combinata del secondo e del primo comma, si dovrebbe ammettere la validità del contratto dal quale sia derivato un pregiudizio non grave all'incapace ma sufficiente a provare la mala fede. In tale ipotesi, infatti, mancando la gravità del pregiudizio, richiesta dal primo comma, il contratto non potrebbe essere impugnato con l'azione di annullamento¹⁷⁷; conseguenza, questa, discutibile in termini di coerenza logica delle norme.

b) Quanto al secondo profilo l'incapacità naturale può essere avvicinata sul piano sistematico non già alla rescissione¹⁷⁸ ma ai vizi del consenso.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Certo, la completa mancanza di volontà a contrarre farebbe propendere per la nullità per assenza di accordo (artt. 1418 co. 2 e 1325 n. 1, c.c.).

¹⁷⁷ La Cass., con la sent. 26 febbraio 1992, cit., ha reputato questa situazione "assurda", come pure ritenere valido un contratto "dal quale possa derivare (ma non sia ancora attuale) un grave pregiudizio per l'incapace".

¹⁷⁸ La considerazione determinante che impedisce di avvicinare l'incapacità naturale alla rescissione attinge non tanto dalla diversità di disciplina della rispettiva azione, volta a privare di efficacia il contratto, ma dal differente grado di consapevolezza del soggetto debole nell'un caso e nell'altro. Chi contrae in stato di pericolo o di bisogno, diversamente da chi contrae in stato di alterazione psichica, esprime una volontà cosciente anche se condizionata da fattori esterni. Tale individuo, quindi, è consapevole dell'iniquità delle condizioni contrattuali o della sproporzione esistente tra le prestazioni; egli ben intende il valore dell'atto e lo vuole. Al contrario, l'incapace naturale non è in grado di valutare – perché menomato nella psiche – in che modo fronteggiare il conflitto di interessi che sorge ogniqualvolta si intenda concludere un contratto. Dunque nella rescissione, seppur sussiste "sacrificio della libertà del volere" (P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 58), è pur vero che il soggetto in posizione di debolezza è consapevole di ciò che fa, è in grado di bilanciare gli interessi contrapposti (E. LECCESE, *Incapacità naturale e teoria dell'affidamento*, Napoli, 1999, pp. 30 e 94; V. MAURINI, *L'incapacità naturale*, Padova, 2002, p. 79), diversamente da chi agisce in stato d'incapacità naturale. Questa differenza sembra spiegare perché uno dei presupposti della rescissione sia, a seconda della fattispecie, l'iniquità delle condizioni o la lesione enorme, e non occorra il grave pregiudizio per annullare il contratto concluso dall'incapace di intendere o di volere.

¹⁷⁹ La dottrina si è interrogata sulla collocazione dell'incapace naturale tra i soggetti la cui volontà è viziata o tra i soggetti incapaci di agire in senso stretto quali gli interdetti o il minore d'età. La conclusione in un senso o nell'altro non sembra decisiva quanto al problema dell'applicabilità,

Ciò perché in entrambi i casi vi è un'alterazione della volontà la quale, nel suo manifestarsi, non è del tutto libera¹⁸⁰.

Questo punto di contatto consente di valorizzare il dato normativo secondo cui la lesione economica non è un elemento costitutivo di fattispecie quali l'errore, la violenza morale e il dolo, le quali si perfezionano se la condotta descritta dalle rispettive norme limiti la capacità di decidere liberamente e consapevolmente¹⁸¹. Se è così, ritenere necessario il grave pregiudizio per l'annullamento del contratto concluso da un incapace naturale darebbe luogo ad un'incomprensibile diversità di disciplina giuridica rispetto a quella dei vizi del consenso.

Giurisprudenza

Per l'annullamento del contratto è sufficiente provare la mala fede dell'altro contraente.

“Ai fini dell'annullamento del contratto concluso da un soggetto in stato d'incapacità naturale, è sufficiente la malafede dell'altro contraente, senza che sia richiesto un grave pregiudizio per l'incapace; laddove, in concreto, tale pregiudizio si sia verificato, esso tuttavia ben può costituire un sintomo rivelatore di detta malafede. Nella specie la Suprema Corte ha confermato la decisione del giudice di merito che ha ritenuto a maggior ragione provata la malafede dell'acquirente, dal momento che era stato accertato, mediante consulenza tecnica psichiatrica, espletata nel giudizio relativo all'interdizione dell'alienante, il suo stato di grave infermità psichica irreversibile da etilismo cronico” (Cass., 9 agosto 2007, n. 17583 in *Foro it. on line*).

Ratio dell'art. 428 co. 2.

La giurisprudenza risale alla *ratio* dell'art. 428 co. 2 c.c. traendo argomento dall'interpretazione che ritiene sufficiente la mala fede per annullare il contratto. Si afferma, infatti, in alcune pronunce, che “se è sufficiente la sola malafede, significa che l'art. 428 c.c. mira a proteggere soltanto il soggetto debole, senza altre condizioni, per l'annullamento del contratto” (Cass., 11 settembre 1998, n. 9007, in *Giur. It.*, 1999, c. 1379 ss).

anche all'incapace naturale, delle norme che utilizzano il termine “incapacità” senza specificare se legale o naturale (alcuni esempi: artt. 1993, 1939, 1945, 2039). Tali norme non sono, “in via di massima, applicabili all'incapace naturale”. Così R. SACCO, *op. cit.*, p. 476, il quale ritiene che il legislatore, con l'art. 428, ha inteso tutelare l'incapace naturale in misura inferiore non solo rispetto ai casi di incapacità legale ma anche a quelli in cui il contraente è caduto in errore o sia stato minacciato.

¹⁸⁰ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 143, sottolinea che l'incapacità naturale si configura come un vizio della volontà “almeno quando essa si manifesti come incapacità di volere più che di intendere la portata dell'atto”. Parimenti E. DEL PRATO, *op. loc. cit.* P. RESCIGNO, voce *Capacità di agire*, cit., p. 864-865, invece, pur collocando l'incapace naturale in un posto intermedio tra le categorie dell'incapacità legale e dei vizi del consenso, osserva che “nella disciplina legislativa, e specialmente nelle norme dettate a tutela dei vizi, incapacità naturale e vizi della volontà, sono accomunati nel trattamento e contrapposti all'incapacità dichiarata (v. artt. 1445, 2652 n. 6; diversamente nell'art. 1442, 2° e 3° comma)”.

¹⁸¹ L. MENGONI, “Metus causam dans” e “metus incidens”, in *Riv. dir. comm.*, 1952, 1, p. 25; C. COLOMBO, *Il dolo nei contratti: idoneità del mezzo fraudolento e rilevanza della condotta del deceptus*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, p. 376; G. D'AMICO, voce *Violenza*, in *Enc. dir.*, 1993, p. 859 ss. e A. GENTILI, voce *Dolo*, in *Enc. giur. Treccani.*, 1989, p. 3.

9.3.3. Il significato del grave pregiudizio e della mala fede

Pregiudizio
patrimoniale.
Gravità in
concreto

L'art. 428 comma 1 stabilisce che gli atti compiuti dalla persona incapace di intendere o di volere al momento in cui sono stati perfezionati possono essere annullati “se ne risulta un grave pregiudizio all'autore”.

Il requisito del grave pregiudizio deve intendersi in senso economico ossia come perdita eccessiva, gravemente negativa per il patrimonio dell'incapace, occorsa per effetto dell'atto di disposizione. Ciò accade quando l'affare determina un risultato che supera “ogni ragionevole e fisiologico limite di quel tanto di alea normale che inevitabilmente accompagna l'affare stesso anche se non definibile aleatorio”¹⁸².

La valutazione della gravità non deve essere necessariamente oggettiva, basata sui valori correnti di mercato, ma può tener conto altresì della concreta situazione economica dell'incapace, operando un confronto tra il valore del pregiudizio e il valore complessivo del patrimonio del soggetto che si ritiene danneggiato (c.d. gravità in concreto)¹⁸³.

La dottrina maggioritaria sostiene che, nel silenzio della norma, il pregiudizio possa comprendere anche la lesione di interessi non patrimoniali o morali¹⁸⁴. Questa opinione implica la possibilità di impugnare un atto unilaterale che, pur non determinando un pregiudizio economico, cagioni tuttavia un danno grave di natura non patrimoniale. Si pensi ai disagi, alla situazione d'insicurezza, alle reazioni negative a livello personale, familiare e sociale spesso determinate dalle dimissioni, rassegnate dall'incapace naturale¹⁸⁵, da un rapporto di lavoro subordinato.

Se concentriamo l'attenzione sui contratti, si può invece osservare che, in ordine all'annullabilità, è vano interrogarsi sulla natura del pregiudizio, in ragione dell'attuale orientamento giurisprudenziale che, come già constatato, non lo ritiene un elemento della fattispecie ma solo un indice della mala fede¹⁸⁶; la quale può risultare anche dalla consapevolezza di un pregiudizio non patrimoniale derivante dal compimento di un atto.

Il requisito della mala fede, da intendersi in linea di principio in senso soggettivo come conoscenza della menomazione intellettuale o volitiva della controparte¹⁸⁷, è previsto solo per l'annullamento del contratto; può dirsi, pertanto, che esso non

Pregiudizio
anche non
patrimoniale

Mala fede e
volontà di trarre
vantaggio

Mala fede e
volontà
di trarre
vantaggio

¹⁸² P. FORCHIELLI, *op. cit.*, p. 61.

¹⁸³ P. FORCHIELLI, *op. loc. cit.* e M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 155.

¹⁸⁴ La dottrina, invece, è concorde nel ritenere che l'art. 428 si applichi non solo ai diritti patrimoniali ma anche ai diritti non patrimoniali con la conseguenza però che nel matrimonio, nel divorzio, negli atti in vista dell'adozione, nel riconoscimento del figlio naturale, negli atti di disposizione del proprio corpo (art. 5 c.c.), e nell'atto di scelta dell'amministratore di sostegno (art. 408 co. 1 c.c.) “il grave pregiudizio dovrà essere inteso come la lesione alla formazione della propria personalità [(art. 2 Cost.)” M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 156].

¹⁸⁵ Cass., 5 novembre 1990, n. 10577, in *Foro it., Rep.*, 1990, [3640], voce *Interdizione*, n. 17.

¹⁸⁶ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 775, pur aderendo alla tesi della necessità del grave pregiudizio per l'annullabilità del contratto, tuttavia, ne attenua le conseguenze ritenendo rilevante anche il pregiudizio di natura non patrimoniale. Egli ammette, infatti, l'annullamento della vendita di un bene d'affezione a prezzo di mercato, vendita che l'incapace non avrebbe mai effettuato se fosse stato capace di intendere e di volere. Secondo l'A. “non si vede perché negare tutela in casi del genere” (*contra* V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 6, il quale ritiene che il pregiudizio possa essere solo di natura economica).

¹⁸⁷ Cass., 11 settembre 1998, n. 9007, cit.; Cass., 14 maggio 2003, n. 7403, cit. e Cass., 2 novembre 2004, n. 21050, in *Foro it.*, 2005, 1, c. 2090.

produca alcun effetto nella sfera patrimoniale del destinatario di un atto unilaterale recettizio, nell'ambito di un giudizio d'impugnazione dell'atto stesso¹⁸⁸. Così, ad esempio, in un giudizio di annullamento della remissione, è irrilevante che il debitore conosca l'incapacità del creditore, come pure che il datore di lavoro sappia dell'incapacità del proprio dipendente che si dimette. In questi casi occorre provare unicamente il grave pregiudizio e il convenuto, da parte sua, non potrà evitare l'annullamento dimostrando la propria buona fede ossia l'ignoranza dell'incapacità di intendere o di volere del dichiarante¹⁸⁹.

La mala fede tende, però, a spostarsi su un piano oggettivo perché l'art. 428 secondo comma desume la stessa da una serie di indici quali il pregiudizio, la qualità del contratto o altrimenti. Ciò rende plausibile l'opinione secondo cui deve essere considerato in mala fede anche chi ignora lo stato di incapacità colpevolmente, in quanto avrebbe dovuto conoscerlo adoperando l'ordinaria diligenza¹⁹⁰.

Sempre in relazione alla mala fede si discute se debba sussistere, oltre alla consapevolezza della menomazione dell'altrui sfera intellettuale, anche *l'intento di giovare di tale situazione per trarre vantaggio dalla contrattazione*. Naturalmente gli Autori che ritengono necessario il grave pregiudizio per l'annullamento del contratto rispondono positivamente, anche se tale intento è implicito nella gravità del pregiudizio.

La giurisprudenza, invece, considerando la mala fede quale unico requisito per l'annullamento del contratto, afferma che la "soggettiva certezza di avvantaggiarsi in danno di un contraente incapace (...) non è richiesta ai fini della prova della mala fede di cui all'art. 428 co. 2"¹⁹¹. Quest'orientamento è coerente con l'individuazione della *ratio* della norma nella protezione del soggetto debole.

Giurisprudenza

La mala fede e la volontà di trarre vantaggio.

La mala fede consiste "nella consapevolezza che un contraente abbia della menomazione dell'altro contraente nella sfera intellettuale o volitiva" (Cass., 2 novembre 2004, n. 21050, cit. in *Foro it.*, 2005, I, c. 2090 ss.). In tal caso il soggetto

¹⁸⁸ Così M. FRANZONI, *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁹ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 776, non esclude che il requisito della mala fede possa "trovare applicazione indiretta anche agli atti unilaterali, in forza del richiamo generale dell'art. 1324 c.c.". Non sarebbe così annullabile il recesso unilaterale se il destinatario in buona fede di tale atto abbia cominciato a riorganizzarsi confidando sull'avvenuto scioglimento del rapporto. La Cass., 18 marzo 2008, n. 7292, in tema di dimissioni del lavoratore incapace naturale, afferma che l'art. 428 co. 1, "letto attraverso l'art. 1324 c.c., costituisce la "diversa disposizione di legge" in presenza della quale la normativa sui contratti diventa inapplicabile agli atti unilaterali. Secondo la Cass., quindi, colui che ha presentato le dimissioni deve provare per ottenerne l'annullamento: 1) la menomazione delle facoltà intellettive tale da impedire la formazione di una volontà cosciente; 2) il grave pregiudizio (costituendo le dimissioni un atto unilaterale recettizio). Non è, invece, necessario che risulti la mala fede del destinatario dell'atto.

¹⁹⁰ Così V. ROPPO, *op. loc. cit.*; *contra* R. SACCO, *op. cit.*, p. 484, secondo cui "la protezione dell'incapace naturale opera per reprimere i casi limite di abuso cosciente, e non, invece, i casi normali di incuria o leggerezza. Per Sacco "è mala fede la generica coscienza della lesione arrecata alla controparte".

¹⁹¹ Cass., 2 novembre 2004, n. 21050, cit.

pienamente capace deve astenersi dal contrattare pena l'annullabilità del contratto (Cass., 11 settembre 1998, n. 9007, cit.).

La giurisprudenza si è interrogata se, oltre tale requisito, occorra anche, ai fini dell'annullamento del contratto, l'intento di giovare della menomazione intellettuale di un soggetto allo scopo di trarne vantaggio. Si afferma in una sentenza che "se il termine malafede può far pensare anche ad un inganno della controparte, le particolarità della fattispecie presa in considerazione dall'art. 428 c.c. e le esigenze di tutela che ne scaturiscono privano quest'ultimo elemento del carattere della essenzialità. L'affidamento del terzo costituisce la ragione, ma anche il limite, per far prevalere, attraverso l'annullamento del contratto, l'interesse di quest'ultimo sulla protezione dell'incapace, che appare altrimenti prioritaria. Una volta accertato che il terzo era consapevole dello stato di incapacità del contraente, non vi è motivo per l'ordinamento di non consentire l'annullamento del contratto, a prescindere dal fatto che il terzo si sia o meno avvantaggiato ovvero pensasse o meno di avvantaggiarsi" (Cass., 2 novembre 2004, n. 21050). In sostanza la Suprema Corte ritiene che in mancanza di affidamento della controparte – unica situazione preclusiva dell'annullamento – non vi sarebbe alcuna ragione per salvaguardare l'efficacia del contratto; dunque l'annullamento non può essere precluso richiedendo ulteriori presupposti quali l'intento lesivo o l'effettivo pregiudizio per l'incapace naturale. La Cass., peraltro, conosce – stante il richiamo in alcune pronunce – l'opinione dottrinale secondo cui per l'annullamento del contratto occorre anche il grave pregiudizio, ma non ne è persuasa.

Pregiudizio anche di natura non patrimoniale

La giurisprudenza ha ritenuto rilevante il pregiudizio anche di natura non patrimoniale. Quest'ultimo, tuttavia, non è in *re ipsa* ma deve essere specificamente provato, allegando fatti e circostanze da cui possa essere desunto (Cass., 5 novembre 1990, n. 10577, in *Foro it. on line*).

9.3.4. La disciplina dell'azione

a) Legittimati ad agire

Gli atti compiuti dall'incapace naturale possono essere annullati su istanza dell'incapace stesso dei suoi eredi o aventi causa, mentre la controparte non può né impugnare l'atto né opporre l'eccezione d'incapacità¹⁹².

Può considerarsi avente causa chi, ad esempio, abbia acquistato un bene immobile ma sia stato preceduto, nella trascrizione, da un secondo acquirente dal comune dante causa il quale ha venduto nuovamente in un momento di incapacità di intendere o di volere.

Non rientrano, invece, nel concetto tecnico di avente causa i creditori del soggetto che, in condizione d'incapacità, aliena propri beni; essi possono tutelare le proprie ragioni con altri strumenti¹⁹³.

Avente causa
dall'incapace

¹⁹² Cass., sez. lav., 30 gennaio 2003, n. 1475, in *Arch. civ.*, 2003, p. 1232 ss. e Cass., sez. lav., 28 ottobre 2003, n. 16223, in *Arch. civ.*, 2004, p. 970, in cui si afferma che il convenuto in giudizio non può opporre l'eccezione di annullabilità della procura alle liti per incapacità naturale.

¹⁹³ V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 8.

b) *Onere della prova*

L'attore, secondo il principio contenuto nell'art. 2697 c.c., deve provare l'incapacità naturale e, a tal fine, può avvalersi di ogni mezzo di prova¹⁹⁴. Quest'orientamento non è ostacolato dalla circostanza che la capacità di intendere e di volere sia stata affermata dal notaio stipulante, in quanto tale dichiarazione non fa piena prova fino a querela di falso¹⁹⁵.

Prova dell'incapacità e atto pubblico

Sulla prova la giurisprudenza è intervenuta prevedendo una presunzione d'incapacità giustificata dall'elevata probabilità. Qualora si dimostri l'incapacità in due distinti periodi di tempo prossimi tra loro, uno successivo e l'altro anteriore al compimento dell'atto, si determina una presunzione *iuris tantum* d'incapacità nel periodo intermedio. In relazione a quest'ultimo, di conseguenza, opera l'inversione dell'onere della prova; pertanto, spetta al convenuto dimostrare che l'attore ha agito in un momento di lucido intervallo¹⁹⁶, precludendo così l'annullamento.

Diversamente, nei casi d'incapacità legale e di amministrazione di sostegno non occorre provare che il soggetto sottoposto alla misura di protezione fosse incapace di intendere e di volere al momento del perfezionamento dell'atto; inoltre, non ha alcun rilievo l'eventuale prova, fornita dal convenuto, che l'incapace o il beneficiario abbia agito in un periodo di lucido intervallo.

c) *Prescrizione dell'azione*

L'azione di annullamento si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto (art. 428 comma 3)¹⁹⁷.

Il *dies a quo*

Questa disposizione, differente da quella vigente in tema d'incapacità legale – ove il termine decorre dal giorno di cessazione delle misure di protezione, così gli artt. 412 comma 3 e 1442 comma 2 – rafforza la tutela dell'affidamento e la certezza della circolazione affievolendo, in un equilibrato contemperamento di interessi, la protezione del soggetto incapace di intendere o di volere.

Testamento e matrimonio

In tema di incapacità di disporre per testamento per incapacità naturale, il termine quinquennale di prescrizione decorre dal giorno in cui sono state eseguite le disposizioni testamentarie (art. 591 u.c. c.c.)¹⁹⁸.

¹⁹⁴ Così Cass., 28 marzo 2002, n. 4539, cit. Il giudice può utilizzare gli accertamenti peritali effettuati nel processo penale di circonvizione di incapace (Cass., 10 marzo 1994, n. 2327, cit.), ovvero nel processo civile di interdizione (Cass., 28 marzo 2002, n. 4539, cit.), solo come elementi per corroborare l'accertamento dell'incapacità al momento del compimento dell'atto. L'avvenuta dichiarazione d'inabilitazione successiva all'atto di cui si chiede l'annullamento non equivale, quindi, alla dimostrazione dell'incapacità naturale (Cass., 11 febbraio 1994, n. 1388, in *Foro it., Rep.*, 1994, voce *Interdizione*, n. 12). L'intensità della patologia che colpisce la persona inabilitata è inferiore a quella occorrente per annullare l'atto dell'incapace naturale.

¹⁹⁵ Lo stato di capacità di intendere e di volere non è, infatti, riconducibile all'ambito di efficacia dell'atto pubblico oggetto della querela di falso (art. 2700 c.c.); cfr. V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 8.

¹⁹⁶ Tale principio è stato affermato dalla giurisprudenza sia con riferimento ad un caso d'incapacità totale (Cass., 28 marzo 2002, n. 4539, cit.) che parziale (Cass., sez. lav., 12 marzo 2004, n. 5159, cit.).

¹⁹⁷ Parimenti per l'annullamento della donazione: dal giorno in cui la donazione è stata fatta (art. 775 co. 2 c.c.).

¹⁹⁸ Per esecuzione deve intendersi "un'attività diretta alla concreta realizzazione della volontà del testatore come la consegna o l'impossessamento dei beni ereditari o la proposizione di azioni giudiziarie a questi preordinate". Non fanno, invece, decorrere il termine di prescrizione la pubblicazione del testamento olografo, atto meramente preparatorio all'esecuzione, né la

In ordine al matrimonio contratto dall'incapace di intendere e di volere (art. 120 c.c.), invece, la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza, nel silenzio della norma e sebbene la sezione VI sia intitolata "Della nullità del matrimonio", propendono per l'annullabilità¹⁹⁹. Si ritiene, però, concordemente applicabile la prescrizione ordinaria decennale (art. 2946 c.c.) e non quella abbreviata quinquennale prevista dall'art. 1442 in materia di contratto²⁰⁰. Si decade dall'azione se vi è stata coabitazione per almeno un anno dopo che l'incapace ha riacquisito la piena capacità di intendere e di volere (art. 120 u.c.).

9.3.5. Il contratto concluso per effetto del reato di circonvenzione di persone incapaci: i rimedi applicabili

L'art. 643 c.p. disciplina il reato di circonvenzione di persone incapaci punendo "Chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, (...) abusando dello *stato d'infermità* o *deficienza psichica* di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a *compiere un atto*, che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso".

Il dettato normativo, che attribuisce rilievo a situazioni di debolezza, porta a chiedersi quali siano i rimedi di diritto civile esperibili da parte del soggetto passivo del reato²⁰¹.

La risposta è delicata perché coinvolge temi delicati quali il significato e la portata applicativa della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, nonché l'ambito della nullità per violazione di norma imperativa (c.d. nullità virtuale).

La Cassazione, con un orientamento consolidato, afferma la nullità per violazione di norma penale imperativa del contratto concluso in conseguenza della condotta integrante circonvenzione di incapace (art. 643 c.p. e art. 1418 co. 1 c.c.)²⁰².

Si argomenta dal carattere, ritenuto pubblico, dell'interesse perseguito dalla norma incriminatrice, individuato "nella tutela dell'autonomia privata, della libera

Circonvenzi
e consequen
civili

Tesi della nullità
del contratto

Tesi della
nullità del
contratto

presentazione della denuncia di successione e il pagamento dell'imposta, perché atti dovuti (A. PALAZZO, *Le successioni*, Milano, 2000, p. 947).

¹⁹⁹ La dottrina ha ricostruito la disciplina dell'invalidità del matrimonio distinguendo tra ipotesi di nullità e di annullabilità (cfr. T. AULETTA, *Il diritto di famiglia*, Torino, 2007, p. 53 ss., spec. p. 60 e C. M. BIANCA, *La famiglia e le successioni*, Milano, 2005, p. 172).

²⁰⁰ F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 342-343 e T. AULETTA, *op. cit.*, p. 57, in relazione all'annullamento del matrimonio contratto dall'interdetto.

²⁰¹ La stessa problematica è emersa in relazione ai rimedi accessibili al singolo consumatore che, per effetto di una pratica commerciale scorretta, abbia concluso un contratto con il professionista. Sul tema cfr. C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29CE modifica il Codice del consumo*, in *Obblig. e contr.*, 2007, 10, p. 776 ss. I rimedi introdotti dal d. lgs. 2 agosto 2007, n. 146, emanato in attuazione della direttiva 2005/29 CE "relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori", tutelano gli interessi collettivi, e non individuali, di questi ultimi e, indirettamente, anche quelli dei concorrenti che operano correttamente nel mercato (artt. 27 - 27-quater Cod. del cons.).

²⁰² Cass., 20 settembre 1979, n. 4824, in *Giust. civ.*, 1980, 1, p. 943 ss.; Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, in *Corr. giur.*, 1995, 2, p. 217 ss., con nota di V. MARICONDA, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*; Cass., 27 gennaio 2004, n. 1427, in *Contratti*, 2004, 11, p. 997 ss., con nota di A. ALBANESE, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione* e Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, in *Società*, 2006, 9, p. 1105 ss.

esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica"²⁰³. Da ciò discende la natura imperativa della norma penale e, conseguentemente, la nullità del contratto quale esito della violazione del precetto normativo.

Obiezioni

Il ragionamento della Suprema Corte è stato criticato dalla dottrina sotto diversi profili. In primo luogo si è dubitato che l'art. 643 c.p. persegua un interesse pubblico²⁰⁴; piuttosto, emergerebbe la tutela di un interesse inerente esclusivamente alla sfera personale di uno dei contraenti, come comprovato, in chiave sistematica, dalla previsione del rimedio dell'annullabilità (e non della nullità) in caso di atti compiuti dall'incapace naturale o legale. L'ordinamento, si osserva, protegge i soggetti deboli, inidonei ad esercitare consapevolmente l'autonomia privata, attribuendo loro il rimedio disponibile dell'annullabilità e non quello indisponibile della nullità.

L'annullabilità consente, infatti, al soggetto titolare dell'azione di valutare la possibilità di non agire in giudizio, ove ritenga vantaggiosi o utili gli effetti del contratto i quali divengono definitivi con il decorso del termine di prescrizione o con la convalida. Situazioni queste ultime che, com'è noto, non si realizzano ove operi la nullità, in quanto il contratto nullo non produce effetti.

La critica dottrinale diviene più incisiva nell'isolare il fatto saliente che genera la nullità. Questa sussiste se vi è contrasto tra la proibizione legale e l'assetto d'interessi programmato dai contraenti²⁰⁵, come accade ove sia violato, ad esempio, il divieto dei patti successori, del patto commissorio e del testamento congiuntivo o reciproco o, più in generale, quando la causa, essendo illecita, contrasti con la legge. Ciò si ricava chiaramente dall'art. 1418 comma 1 c.c. il quale considera nullo il "contratto" contrario a norme imperative, e non già le semplici condotte che hanno portato alla sua conclusione²⁰⁶.

La nullità attiene dunque, come ha chiarito la Cassazione in un'importante sentenza²⁰⁷, confermata e rafforzata nella motivazione dalle Sezioni Unite²⁰⁸, ad "elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardino cioè la *struttura* o il *contenuto* del contratto (art. 1418 comma 2 c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative (...) rimangono *estranei* alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, *quale che sia la natura delle norme violate*, non può dar luogo alla nullità del contratto", salvo che ciò sia espressamente previsto

Nullità: vizio della struttura del contenuto del contratto

²⁰³ Così si esprimono le sentenze citate nella nota precedente.

²⁰⁴ A. ALBANESE, *op. loc. cit.* Recenti studi dottrinali evidenziano come la distinzione tra interessi privati e pubblici non costituisca un utile criterio per identificare la norma imperativa, il cui carattere distintivo essenziale sta nell'indisponibilità dell'interesse protetto.

²⁰⁵ R. SACCO, *op. cit.*, p. 476-477; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 147 ss.; V. PIETROBON, *op. cit.*, p. 8 e F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 144.

²⁰⁶ C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, vol. II, p. 343-344. Secondo C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 779, questa considerazione costituisce un "insuperabile argomento" a favore della tesi che nega la nullità del contratto tra consumatore e professionista concluso a seguito di una pratica commerciale scorretta.

²⁰⁷ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 1, p. 25 ss. con nota di V. ROPPO-G. AFFERNI e Cass., sez. un., 19.12.2007, n. 6724, in *Obbligaz. e contr.*, 2008, 2, p. 1 ss., con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede nelle trattative come rimedio risarcitorio*.

²⁰⁸ L'intervento della Cass. a Sezioni Unite, sent. 19.12.2007, n. 6725, cit., è stato sollecitato da Cass., ord., 16.2.2007, n. 3683, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2093 ss., con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle sezioni unite*.

dalla legge²⁰⁹. L'art. 643 c.p., a ben guardare, proibisce non l'atto come regolamento di interessi (reato-contratto) ma esclusivamente la condotta scorretta di una delle parti durante la trattativa (reato in contratto); ne consegue, se si accoglie l'impostazione sopra esposta, l'efficacia del contratto conseguente alla circonvenzione²¹⁰ o la sua annullabilità per dolo (art. 1439 c.c.).

Timori a base
della tesi della
nullità

Resta da capire perché la Corte di Cassazione, pur condividendo la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento²¹¹, ha ribadito, di recente²¹², la nullità del contratto concluso in conseguenza della circonvenzione di incapace²¹³.

²⁰⁹ Come nei casi previsti dagli artt. 9 l. n. 192/1998 sulla subfornitura, 7 d. lgs. n. 231/2002 sui ritardi di pagamento, 33, 34, 36 in combinato disposto e 52 co. 3 cod. del cons, nonché dall'art. 16 d.lgs. n. 190/2005 (commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori).

²¹⁰ La Cassazione, 10 dicembre 1986, n. 7322, in *Corriere giur.*, 1987, p. 208 ss., con nota di V. MARICONDA, *Truffa e contrarietà del contratto a norme imperative*, ha accolto questa ricostruzione in relazione al contratto concluso per effetto del reato di truffa (art. 640 c.p.), affermando che il contratto non è nullo per violazione di norma imperativa ma annullabile per dolo. La norma penale, difatti, proibisce solo la condotta tenuta dall'autore dei raggiri durante le trattative, prescindendo da ogni considerazione in ordine all'oggetto della pattuizione e al suo contenuto concreto. Questa pronuncia fa apparire incongruente l'orientamento giurisprudenziale sul regime di invalidità del contratto concluso per effetto di circonvenzione di incapace, in quanto anche per quest'ultimo reato la norma punisce un comportamento ma non vieta un contenuto.

Diversamente, si deve propendere per la nullità del contratto conseguente ai reati di corruzione propria (art. 319 c.p.) e impropria (art. 318 c.p.), in quanto le norme penali colpiscono proprio l'accordo (reato-contratto) con il quale il pubblico ufficiale riceve denaro o altra utilità o ne accetta la promessa per compiere od omettere un atto conforme o contrario ai doveri del proprio ufficio. Qui il comportamento penalmente rilevante delle parti "condiziona, attraverso le loro dichiarazioni, il regolamento contrattuale, determinandone gli elementi strutturali e funzionali rilevanti ai fini del giudizio di invalidità (così A. ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 149, che riprende il pensiero di M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 53 ss.

²¹¹ Cfr. la giurisprudenza sulla truffa, corruzione ed estorsione in cui si nega la nullità del contratto, nonché la sentenza, sopra citata, della Cass. n. 19024/2005.

²¹² Cass., 23 maggio 2006, n. 12126, cit.

²¹³ La Cassazione, con ordinanza del 16 febbraio 2007, n. 3683, cit., ha rimesso gli atti al Primo Presidente il quale ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, al fine di decidere se dalla violazione di una norma imperativa, che prescriva una regola di condotta, possa derivare la nullità del contratto sebbene non espressamente prevista. La Suprema Corte, nell'ordinanza, richiama, a sostegno della tesi positiva che mostra di condividere, oltre ad alcune norme, anche la giurisprudenza sulla nullità del contratto concluso a seguito di circonvenzione di incapace. Ma, come si è esposto nel testo, l'orientamento sulla circonvenzione è criticato in dottrina, proprio nel far discendere la nullità dalla violazione di una norma imperativa che prescriva una regola di condotta.

La dottrina si è divisa nel commentare l'ordinanza della Cassazione. Secondo G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbligaz. e contr.*, 2007, 10, p. 787-788, non si può escludere in assoluto, come invece ha sostenuto la Cass. con la sentenza n. 19024/2005, che dalla violazione di una norma di condotta possa discendere la nullità se la legge non l'ha espressamente prevista. La nullità, continua l'A., può essere dedotta dalla "ratio della singola norma" e dalla "individuazione del rimedio più adatto ad attuarla nel caso di specie". Applicando questi due parametri l'A. ritiene corretta la soluzione del risarcimento del danno (e non della nullità) in caso di violazione degli obblighi posti a carico degli intermediari finanziari. Ciò in virtù non del principio rigido posto dalla Cassazione con la sentenza n. 19024/2005 (secondo cui la nullità per violazione di regole di condotta vi può essere solo nei casi previsti dalla legge), ma di un processo ermeneutico rigoroso guidato dai predetti parametri.

Fortemente critico si mostra, invece, V. MARICONDA, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di remissione della questione alle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 635 ss., il quale rileva che l'ordinanza non ha sottoposto alle Sezioni Unite il vero contrasto giurisprudenziale, riguardante il regime del contratto ove siano violate norme civili e penali. Difatti,

Il Supremo Collegio teme, escludendo la nullità, che la vittima del reato resti senza tutela civile qualora non ricorrano i presupposti dell'art. 428 comma 2 c.c. o si sia prescritta l'azione di annullamento o non vi sia stato raggio.

Sul primo profilo, il timore nasce dal fatto che l'art. 643 c.p. attribuisce rilievo a situazioni di debolezza che non rientrerebbero nell'ambito applicativo dell'art. 428 c.c.. Difatti, si osserva, il concetto di "deficienza psichica", cui fa riferimento la norma penale, è stato esteso dalla giurisprudenza fino a comprendere qualsiasi menomazione del potere di critica anche *non dipendente da una minorazione della sfera volitiva o intellettuale*, tale da rendere il soggetto incapace di avere consapevolezza delle conseguenze dei propri atti. Ciò può accadere quando si è suggestionabili a tal punto da compiere un atto pregiudizievole, pur essendo capaci di intendere e di volere²¹⁴.

Si può replicare che l'ambito applicativo dell'art. 643 c.p. può non coincidere pienamente con quello dell'art. 428 c.c. ma, come si è già rilevato, il concetto di incapacità naturale è stato così esteso dalla giurisprudenza da ridurre notevolmente i casi di circonvenzione non rientranti anche nella previsione privatistica.

Ma c'è di più. La preoccupazione della Suprema Corte sarebbe fondata soltanto se i rimedi a disposizione dell'incapace, una volta esclusa la nullità, si riducessero effettivamente alla sola annullabilità per incapacità naturale. Questo scenario non è reale a fronte della possibile individuazione di due ulteriori rimedi.

Il soggetto passivo del reato di circonvenzione può chiedere *l'annullamento del contratto per dolo*, provando che il reo lo abbia maliziosamente indotto a contrarre sfruttando la sua particolare situazione di fragilità. La dottrina e qualche sentenza attribuiscono rilievo al raggio che, pur non essendo astrattamente idoneo a trarre in inganno una persona di normale avvedutezza, abbia tuttavia, in concreto, indotto in errore la controparte particolarmente vulnerabile²¹⁵.

Rimedi
alternativi:
annullabilità e
risarcimento e
danno

tra le varie sentenze richiamate nell'ordinanza, solo quella sulla circonvenzione di incapace è stata correttamente contrapposta alla sentenza n. 19024/2005. L'A. conclude rilevando che la tesi della nullità per violazione di norme di comportamento determinerebbe un grave disordine del sistema codicistico dell'invalidità e della responsabilità (cfr. p. 639-640).

Sull'ordinanza di rimessione alle sezioni unite, la Corte di cassazione si è pronunciata con sent. S.U. 19.12.2007, n. 6725, cit.

²¹⁴ Nella lite giunta in Cass., 29 ottobre 1994, n. 8948, cit., l'attore lamentava di aver venduto la propria casa di abitazione con i relativi terreni di pertinenza a causa dell'opera di suggestione, esercitata dalla controparte e dai propri familiari, la quale aveva determinato in lui il convincimento di una persecuzione (in realtà immaginaria) ad opera dei suoi creditori.

²¹⁵ Secondo R. SACCO, *op. cit.*, p. 570, ai fini dell'annullamento per dolo, è sufficiente la concreta induzione in errore. L'A. argomenta in base ad un'esigenza di simmetria con l'interpretazione della norma penale sulla truffa: per l'esistenza del reato non si richiede "l'astratta idoneità della menzogna o dell'artificio ad ingannare, purché sussista in concreto l'induzione in errore" e gli altri elementi della fattispecie. Sarebbe assurda la conclusione secondo cui "non sempre la truffa è raggio nel senso degli artt. 1439-1440". Conformemente V. ROPPO, *op. cit.*, p. 819, per il quale "conta solo che il destinatario, quale che sia il grado della sua accortezza, risulti *concretamente ingannato*", A. ALBANESE, *op. loc. cit.* e C. GRANELLI, *op. cit.*, p. 782, il quale rileva che, sotto questo profilo, i rimedi collettivi contro le pratiche commerciali scorrette, richiedendo l'obiettiva idoneità della condotta ad ingannare il "consumatore medio", hanno un ambito di applicazione più ristretto rispetto al rimedio individuale dell'annullabilità. Sotto altri profili, tuttavia, detti rimedi hanno, rispetto all'annullabilità per vizi del consenso un ambito di operatività più ampio. La novella, infatti, dà rilievo al dolo e alla minaccia colposi (art. 11 par. 2, dir. 2005/29 CE), alla reticenza e all'omissione (artt. 21 co. 3, 22 co. 2 e 4 cod. del cons.), al mendacio (art. 21 co. 1 cod. del cons.), all'errore incidente (art. 18 co. 1 lett. m cod. del cons.), oltre a ritenere sufficiente ad integrare la violenza la semplice "molestia" che può realizzarsi in vari modi (cfr. artt. 24, 26 co. 1 lett. c e 25 co.

Un altro rimedio esperibile dalla vittima della circonvenzione è il *risarcimento del danno a titolo di responsabilità precontrattuale* il cui ambito è stato esteso dalla giurisprudenza, oltre le tradizionali ipotesi del recesso ingiustificato dalle trattative e del contratto invalido, alla fattispecie del contratto valido ma pregiudizievole a causa di una condotta scorretta tenuta da una parte durante le trattative.

Secondo la Cassazione, come si ricorderà, l'art. 1337 “implica il dovere di trattare in modo leale, *astenersi da comportamenti maliziosi* anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto”, pena la risarcibilità del danno conseguente²¹⁶.

La Suprema Corte, con questa interpretazione, ha accolto una soluzione, già prospettata in dottrina²¹⁷, secondo cui la validità di un contratto non impedisce di indagare sulla legittimità dei comportamenti tenuti durante le trattative: indagine volta ad affermare non l'invalidità del contratto, bensì la risarcibilità del danno. Occorre quindi distinguere tra le regole di validità e l'accertamento, legittimo anche se il contratto è valido, della correttezza della condotta precontrattuale a fini risarcitori.

Si tratta di due piani distinti ciascuno con una propria specificità²¹⁸: uno coinvolge il giudizio di rilevanza e validità dell'atto, l'altro attiene alla verifica della liceità o illiceità della *condotta* posta in essere da uno dei contraenti.

Questa diversificazione fortemente radicata nel codice civile, esprime – affermano le Sezioni Unite²¹⁹ – l'idea di politica legislativa secondo cui “il dovere di

1, cod. del cons.). Infine, prevede un generale obbligo di informazione a carico del professionista (art. 22 co. 1 cod. del cons.). Da queste prescrizioni si può trarre argomento per giustificare l'annullamento del contratto concluso tra consumatore e professionista, nonché il risarcimento del danno, ai sensi rispettivamente degli artt. 1439 e 1337, 1440 c.c. E, in una prospettiva ancora più feconda, l'interprete è chiamato a verificare se la disciplina sull'annullabilità contenuta nel codice civile possa essere riletta alla luce delle novità introdotte dal recente provvedimento legislativo, in modo da appurare l'applicabilità di queste novità al contratto di diritto comune.

In giurisprudenza cfr. Cass., 1 aprile 1996, n. 3001, in *Contratti*, 1996, 4, p. 355 ss. e Cass., Sez. un., 11 marzo 1996, n. 1995, *ivi*, p. 354.

²¹⁶ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit. *Contra* Cass., 25 luglio 2006, n. 16937, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 2717, secondo la quale la responsabilità precontrattuale opera “solo se le trattative non sfocino nell'alveo di una successiva convenzione negoziale”. La prima sentenza, nella parte in cui estende l'ambito di applicazione dell'art. 1337 c.c., è stata accolta favorevolmente da: G. BENEDETTI, *La rescissione nell'orizzonte della fonte del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 2007, p. 27, il quale parla di “superamento del dogma dell'egemonia della fattispecie”, M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, 4, p. 299, che pone in luce come il risarcimento del danno corregga qualitativamente il contenuto dell'atto, G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 55 ss. Critico, invece, G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* (Roppo), I *Rimedi* - 2, vol. V, Milano, 2006, p. 1009-1010, nota 3.

²¹⁷ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 112 ss.; ID., *Diritto dei contratti e “Costituzione” europea. Regole e principi ordinanti*, cit., p. 176-178 e M. MANTOVANI, *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995.

²¹⁸ Afferma G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alla Sezioni Unite*, *op. cit.*, p. 2-3, che “Ogni assetto d'interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme di contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronuncia di responsabilità. Ciò perché la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità”.

²¹⁹ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.

buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo (...) legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza di rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”. Tali doveri rilevano, però, sul diverso piano risarcitorio qualora siano violati nella fase precontrattuale.

L’art. 1337 consentirebbe, dunque, al soggetto vulnerabile o suggestionabile di ottenere il risarcimento del danno sia nel caso in cui il contratto sia annullabile per dolo, ma anche qualora il giudice non ravvisi gli estremi del raggio pur sussistendo una condotta scorretta. Il risarcimento, naturalmente, nell’ipotesi di contratto valido, non può essere limitato al mero interesse negativo – spese sostenute e perdita di occasioni alternative di affari – bensì “deve essere ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti...”²²⁰.

In conclusione occorre rimeditare – peraltro su espresso invito delle Sezioni Unite²²¹ – l’orientamento giurisprudenziale della nullità del contratto concluso per effetto del reato di circonvenzione di persona incapace.

Giurisprudenza

Nullità del contratto concluso per effetto del reato di circonvenzione di incapaci.

“La fattispecie incriminatrice della circonvenzione d’incapace prevista all’art. 643 c.p. (il cui scopo va ravvisato, più che nella tutela dell’incapacità in sé e per sé considerata, nella tutela dell’autonomia privata e della libera esplicazione dell’attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica) deve annoverarsi tra le norme imperative la cui violazione comporta, ai sensi dell’art. 1418 c.c., oltre alla sanzione penale, la nullità del contratto concluso in spregio della medesima” (Cass., 23 maggio 2006, n. 12126).

Invito a ripensare l’orientamento della nullità.

La Cassazione a Sezioni Unite, nell’esaminare le sentenze richiamate dall’ordinanza della Cassazione n. 3683/2007, ha affermato che l’orientamento consolidato in tema di circonvenzione d’incapace andrebbe, forse, rimeditato. Segnatamente occorre verificare “se ed entro quali limiti l’illiceità penale della condotta basti a giustificare l’ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile” (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 ss.).

10. La rescissione e il “contratto giusto”

Le origini – Il rimedio doveva affrontare, per volontà stessa di Napoleone che intervenne sul testo del *Code civil* francese, una forma di impugnativa volta a colpire una iniquità del contratto, diversa dalle forme di invalidità. Da qui la sua ambiguità sistematica e la peculiarità dell’azione.

La disciplina del codice – È noto che il codice italiano del 1942 disciplina due ipotesi.

²²⁰ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.

²²¹ Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.

L'art. 1447 c.c., che disciplina un contratto *concluso a condizioni inique*: per la necessità nota alla controparte di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona.

L'art. 1448 c.c., che presuppone tre elementi: una sproporzione fra le prestazioni determinata da uno *stato di bisogno* di una parte del quale l'altra abbia *approfittato* per trarne vantaggi, e una *lesione che ecceda la metà del valore* che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto

Ricostruzioni
dell'istituto

Esistono diverse opinioni sulla ricostruzione della figura.

Per alcuno si tratta di un'ipotesi di invalidità, ove il difetto è determinato non dalla sproporzione in sé considerata, ma dalla iniquità risultante dall'approfittamento di una situazione di anomala esplicazione della libertà negoziale.

Per altri è un autonomo rimedio che dà rilievo alla iniquità o sproporzione in presenza di determinate cause di turbamento della normale decisione del soggetto.

Altri ancora prendono atto della sua controversa natura che ha reso difficoltosa ogni ricostruzione dottrinale e la sua inclusione nella categoria della invalidità²²².

Le radici storiche – Dopo la soppressione voluta dalla Rivoluzione francese, la figura è stata recuperata nel codice Napoleonico e successivamente introdotta nel codice italiano del 1865, spostandone il fulcro dall'aspetto soggettivo alla lesione *ultra dimidium*, recependo così l'idea del giusto prezzo che doveva mostrarsi immediatamente inadeguata a cogliere gli aspetti di una economia di mercato che ha il suo perno nella teoria dell'utile individuale.

Tendenze queste non seguite dal codice tedesco e dal progetto italo francese delle obbligazioni, ove si rivaluta l'aspetto del consenso, e accolte con sfavore da molti. Tanto che nel nostro ambiente giuridico si è ben presto colto che “la discussione sulla sussistenza o verosimiglianza di una lesione, ignorando i moventi particolari della vendita e dell'acquisto è quanto di più fastidioso possa immaginarsi”²²³.

Fastidio che non è fugato in dottrina anche di fronte all'attuale disciplina del codice del 1942, ove l'insistenza su un necessario presupposto di maggior rilievo di uno dei tre elementi richiesti per l'esperibilità del rimedio, ha fatto propendere alcuno per l'inconciliabilità dogmatica di tale istituto con il sistema del diritto privato del tempo²²⁴.

Maggiore consistenza teorica hanno le teorie che considerano centrale l'approfittamento della situazione di debolezza di una parte. Ma fra chi assume tale ipotesi costruttiva non vi è affatto convergenza di analisi: da un lato si osserva che il fatto sanzionato comporta una deficienza del contratto in uno dei suoi elementi essenziali, riproponendo in tal modo un'attenzione al momento causale, dall'altro si insiste ancora sul requisito autonomo dell'abuso, eludendo la collocazione dogmatica di tale elemento. Emerge infine da tale dialettica un'indubbia oscurità dogmatica dell'istituto e una conseguente sua scarsissima applicazione, dovuta certo alla rigida disciplina normativa ma facilitata anche da una incerta collocazione sistematica.

Certo è che – in entrambe le ipotesi previste dagli articoli 1447 e 1448 – esiste un *difetto genetico della fattispecie* che consente un'impugnativa costruita su:

²²² V. da ultimo il limpido e illuminante libro di G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2007.

²²³ MONTEL, voce *Lesione*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. VII, Torino, 1938, p. 773.

²²⁴ G. MIRABELLI, voce *Rescissione*, in *Nuoviss. Dig. It.*, vol. VII, Torino 1968, p. 580.

- la prescrizione breve di un anno per l'azione e l'eccezione (art. 1449 c.c.);
- l'offerta di modificazione per ricondurre ad equità il contratto (art. 1450 c.c.);
- l'inaffidabilità della convalida (art. 1451 c.c.);
- l'azione che non pregiudica i diritti dei terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di rescissione (art. 1452 c.c.).

A ben vedere l'istituto è espressione del problema antico della giustizia contrattuale, che ha avuto rilevanza e considerazione diversa nella storia di ogni ordinamento.

La tutela della volontà per assicurare libertà negoziale è funzionale e coerente con la cultura e l'economia liberale dell'800.

Per favorire gli scambi si reputa sufficiente eliminare ogni ostacolo ad una corretta formazione del volere. La giustizia contrattuale è intesa come garanzia e rafforzamento del libero incontro delle volontà. Da qui la famosa espressione: *Qui dit contractuel dit just*: **la clausola su cui si è formato l'accordo non può essere iniqua e la clausola su cui non si è formato l'accordo non ha forza obbligatoria.**

È chiara la filosofia sottesa a tale convincimento.

C'è un'imperfezione nel consenso della parte lesa.

Tale difetto può rilevare solo in ipotesi tassative (incapacità, errore, dolo, violenza, lesione enorme) perché la sicurezza e la libertà dei commerci esigono che non si possa tentare facilmente azioni contro il contratto; libertà contrattuale e autonomia privata, si osserva, coincidono con l'utile sociale e per favorire gli scambi è necessario limitare le ipotesi di impugnativa e il rilievo dello squilibrio.

Questa idea penetra nel *Code civil* francese ove ci sono già, però, nell'art. 6, i principi per una evoluzione che subordina la libertà contrattuale all'ordine pubblico e al buon costume e da tale norma prende avvio la revisione del dogma ottocentesco.

Vediamo più da vicino questa vicenda.

Giurisprudenza

“In tema di azione generale di rescissione per lesione, il requisito dello stato di bisogno richiesto dall'art. 1448 c.c., che costituisce uno degli elementi per l'ammissibilità dell'azione generale di rescissione, non coincide con l'assoluta indigenza o con una pressante esigenza di denaro, ma deve tuttavia intendersi come ricorrenza, anche se contingente, di una situazione di difficoltà economica riflettentesi non solo sulla situazione psicologica del contraente di modo da indurlo ad una meno avveduta cautela derivante da una minorata libertà di contrattazione, ma anche sul suo patrimonio, sì da determinare, in rapporto di causa ed effetto, una situazione di lesione ingiusta del medesimo in conseguenza della sproporzione tra la prestazione eseguita e quella ottenuta; il giudizio in oggetto costituisce una valutazione di fatto incensurabile in sede di legittimità” ([Cass., 15 febbraio 2007, n. 3388](#), in *Diritto & Giustizia*, 2007).

Figura che è espressione del problema della giustizia contrattuale

10.1. Dall'eguaglianza formale al rilievo delle disparità di potere

Nel corso del secolo precedente si è assunta progressivamente consapevolezza che una effettiva e tendenziale giustizia contrattuale si può affermare solo se si pone rimedio alle disuguaglianze delle posizioni delle parti (*inegalité naturelle*).

Non basta la tutela di una volontà libera e consapevole ma occorre un intervento del diritto positivo che dia rilievo alle asimmetrie di potere fra le parti e questo problema si pone in Europa, in termini sempre più penetranti, con l'approvazione delle Carte costituzionali nella seconda metà del novecento.

Per quanto attiene all'ordinamento italiano occorre ricordare alcune norme della Costituzione.

L'art. 3, 2 comma, Cost. impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli che di fatto impediscono il pieno sviluppo della personalità.

L'art. 24 Cost. precisa che: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" e da esso si trae che tutti i diritti e tutti gli interessi sono caratterizzati dalla regola della parità.

L'art. 111 Cost. dispone che: "La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge e che si svolge in un tempo ragionevole, nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo e imparziale".

Ne risulta un ordine basato sui seguenti elementi.

- La parità di ogni situazione soggettiva di fronte alla legge e al giudice, che deve essere terzo e imparziale.
- La rilevanza della disparità di fatto e della debolezza da accertare in presenza di una valutazione normativa, nell'applicazione di una clausola generale o di un principio.

Resta da precisare come tale ordine si è oggi attuato. Si possono citare due esempi uno legislativo e un giurisprudenziale: il contratto usurario e il problema dell'anatocismo.

10.2. Il contratto usurario

Al di là di rapporti fra parti qualificate soggettivamente, l'equità e la giustizia dei rapporti contrattuali hanno subito una profonda innovazione nella legge sull'usura che pone problemi di coordinamento con la disciplina della rescissione e della nullità per contrarietà a norme penali imperative.

La legge 7 marzo 1996, n. 108 ha eliminato il requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno (che diviene circostanza aggravante) e ha configurato due ipotesi di reato: una a carico di chi si fa dare o promettere interessi o vantaggi usurari, entro un limite fissato per legge, l'altra nei confronti di chi, al di sotto della soglia legale, si fa dare o promettere vantaggi o compensi che «risultano

Le norme costituzionali

La legge sull'usura

sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria»²²⁵.

Le nuove disposizioni non hanno avuto un'interpretazione univoca. Secondo taluni, al di là dell'espressa norma sul mutuo (art. 1815 c.c.), la rescissione sarebbe ancora l'unico rimedio nei confronti del contratto usurario, assieme, se del caso, al risarcimento dei danni²²⁶. Altri si interrogano sulla nullità di tale contratto alla luce delle nuove disposizioni di legge.

In passato, si escludeva tale forma di invalidità per una serie di motivazioni.

Da un lato si rifiutava ogni automatismo fra norma penale e invalidità del negozio, dall'altro era, per lo più, recepita la distinzione elaborata dalla dottrina penalistica fra *reato contratto*, che vieta il negozio e punisce il comportamento di entrambe le parti, e *reato in contratto* ove è sanzionato il contegno di una sola parte.

In questo ultimo caso la nullità non sarebbe stata affatto scontata dato che «esistono strumenti adeguati di tutela dell'altro contraente diversi da quella forma di invalidità». Secondo questa linea costruttiva il negozio usurario non poteva essere nullo perché era chiara l'intenzione della legge (anteriore) di colpire l'approfittamento di un soggetto, e perché la figura della rescissione era un chiaro indizio della volontà di apprestare all'iniquità un rimedio diverso dalla nullità²²⁷.

La nuova disciplina pone fortemente in dubbio tale conclusione per diversi aspetti.

Nel testo si elimina il requisito soggettivo dell'approfittamento e la protezione si rivolge direttamente all'alterazione della causa dello scambio o dell'attribuzione; sono punite non solo le richieste di interessi o di altri vantaggi usurari come corrispettivo di una concessione di credito ma la richiesta di vantaggi per ottenere altra utilità in presenza di una sproporzione e di una difficoltà economica o finanziaria della vittima.

In questa ultima ipotesi non è applicabile l'art. 1448 c.c., qualora difetti la lesione enorme e l'approfittamento, e si pone il problema dell'applicabilità dell'art. 1418 c.c.

La soluzione affermativa appare preferibile perché la norma penale non vieta solo un contegno di un contraente ma vuol impedire «sempre e comunque di realizzare un determinato assetto di interessi», sicché è difficile non ipotizzare una contrarietà del contratto usurario con la norma imperativa penale e una conseguente

²²⁵ V. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, in *I contratti*, 1996, p. 223 ss.; MERUZZI, *Usura*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 759 ss.; ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, 11, p. 181; QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 62 ss.; MASUCCI, *Disposizioni in materia di usura. La modifica del codice civile in tema di mutuo ad interesse*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1328 ss.; FERRONI, *La nuova disciplina civilistica del contratto di mutuo ad interessi usurari*, in *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 1997; R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, p. 465 ss.; GIOIA, *L'impatto della nuova normativa*, in *Corr. giur.*, 1998, 811 ss.; AL. PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: un meccanismo già usurato*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1609 ss.; CARBONE, *Il meccanismo di determinazione del tasso-medio e del tasso-soglia*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 435 ss.; GRASSI, *Il nuovo reato di usura: fattispecie e tutele civilistiche*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 231 ss.; COLLURA, *La nuova legge dell'usura e l'art. 1815 cc.*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 602 ss.

²²⁶ V. GRASSI, *op. ult. cit.*, p. 235 ss.

²²⁷ V. sul punto di recente G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, ivi 1999, I, p. 533 n.; B. INZITARI, *Il mutuo con riguardo al tasso "soglia" della disciplina antiusura e il divieto dell'anatocismo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, I, p. 237; G. COLLURA, *La nuova legge sull'usura e l'art. 1825 c.c.*, cit., p. 602 ss.; R. TETI, *Profili civilistici della nuova legge sull'usura*, cit., 1997, p. 465 n.; G. ALPA, *Usura: un problema millenario, questioni attuali*, cit., p. 191; G. BONILINI, *La sanzione civile dell'usura*, cit., p. 223.

nullità; la quale dipenderebbe ancora da una fattispecie che individua, tra l'altro, come presupposti il vantaggio usurario, la sproporzione e le difficoltà economiche e finanziarie della vittima.

Nei primi commenti dottrinari si era previsto che fosse questa la tesi «destinata a prevalere» e, di recente, autorevoli interpreti hanno individuato esattamente nella nullità relativa il rimedio contro la «sproporzione da usura» anche *infra dimidium* accettata a cagione delle difficoltà economiche e finanziarie della vittima²²⁸.

Affermato tale criterio si è dovuto analizzare il problema dei contratti conclusi prima della nuova disposizione con la previsione di un tasso di interesse che ha superato, nel corso del rapporto, il tasso oltre il quale scatta l'usura.

La Corte di Cassazione dopo alcune incertezze aveva affermato che il giudizio di validità deve essere condotto alla stregua della normativa in vigore al momento della conclusione del contratto, ma aveva assunto una posizione sulla sopravvenienza della norma imperativa che suscitò enormi problemi. Si era osservata l'impossibilità di ammettere, in un rapporto di durata, la liceità di pattuizioni di interessi moratori a tasso divenuto usurario a seguito della nuova legge n. 108/96, anche se il contratto era stato concluso in epoca antecedente all'entrata in vigore di essa²²⁹. Ciò perché "l'obbligazione degli interessi non si esaurisce in una sola prestazione" ma anzi il momento rilevante "è la dazione e non la stipula del contratto" sicché la usurarietà sopravvenuta non può che "comportare la sostituzione di un tasso diverso a quello oramai divenuto usurario"²³⁰.

La conseguenza di tale interpretazione era relevantissima. Si poteva prefigurare per il sistema bancario l'obbligo di rinegoziare tutti i finanziamenti concessi prima della legge e di rimborsare quanto pagato in eccesso dai clienti, almeno dal 1996. I numeri sarebbero stati di tale entità che il legislatore è intervenuto con una interpretazione autentica della legge. Con la quale si è precisato che si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento (d.l. 29 dicembre 2000, n. 394 convertito nella l. 28 febbraio 2001, n. 24)²³¹.

Con ciò si è eliminato il problema del passato e introdotto un tasso di sostituzione graduato nel tempo e nella misura.

²²⁸ V. per tutti le limpide pagine di G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, cit., p. 535.

²²⁹ V. Cass. 2 febbraio 2000, n. 1126 e Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, entrambe in *I contratti*, 2000, p. 685, con nota di A. MANIACI, *La nuova normativa in materia di usura ed i rapporti negoziali in corso*; v. infine Cass., 17 novembre, 2000, n. 14889, in *Giust. it.*, 2001, p. 1, con nota di G. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*.

²³⁰ Corte Cass., 22 aprile, 2000, n. 5286, cit.

²³¹ V. sul punto A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 377 ss.; e in particolare il contributo di G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione "autentica"*, in *Squilibrio ed usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 29 ss.

“La legge cosiddetta antiusura (legge 108/96) non si applica ai contratti stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore” (Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Dir. e giust.*, 2005, 38, p. 12).

10.3. I contratti bancari ed il “problema dell’anatocismo”

Non è dubbio che nella disciplina dei contratti bancari è in atto da tempo “una progressiva regolamentazione del contenuto economico del rapporto, finalizzata al perseguimento di un riequilibrio negoziale” teso a limitare il profitto degli Istituti di credito a favore di ogni altro contraente: consumatori e imprese, persone fisiche e persone giuridiche²³².

La disciplina dell’usura è un capitolo importante di tale vicenda, ma altrettanto emblematico è il tema dell’anatocismo su cui si dibatte da anni per effetto di pronunzie contrastanti dei giudici ed interventi contingenti del legislatore smentiti dal giudice delle leggi. Il risultato è un’incertezza di soluzioni e di rimedi su cui è necessario anzitutto far ordine, per consentire e agevolare la riflessione. Vediamo gli antefatti.

Innanzitutto occorre premettere che per anatocismo si intende la produzione di interessi sugli interessi già maturati sul capitale oggetto del debito. Il codice civile all’art. 1283 c.c. pone un generale divieto alla capitalizzazione degli interessi e prevede tre sole ipotesi in cui questa produzione di interessi su interessi è ammessa. La prima ipotesi, c.d. *anatocismo convenzionale*, è regolata sulla base di un accordo tra le parti che sia successivo alla scadenza degli interessi e con riferimento a interessi dovuti per almeno sei mesi. La seconda ipotesi di anatocismo ammessa dal codice (*anatocismo giudiziale*) è quella che subordina la produzione di interessi alla domanda giudiziale successiva alla scadenza degli interessi e connessa ad interessi dovuti per almeno 6 mesi. Il terzo caso di anatocismo ammesso è quello giustificato da un uso normativo contrario (*anatocismo usuale*).

A lungo, la giurisprudenza italiana ha ritenuto sussistente un uso contrario (ossia, uso normativo ex art. 1374 c.c.) nel rapporto tra banca e cliente che giustificasse una deroga alla disciplina codicistica. L’uso in questione era determinato dalla prassi – richiamata anche nelle Norme Bancarie Uniformi dell’Associazione Bancaria Italiana – per cui la banca applicava una capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi a fronte di una frequenza annuale per quelli attivi. In ragione della diffusione e del richiamo contenuto nelle Norme Bancarie, detta prassi era ritenuta un uso normativo idoneo ad integrare l’uso contrario che, ex art. 1283 c.c., può giustificare la deroga alla più rigida disciplina codicistica.

In sostanza, ogni trimestre la banca conteggiava gli interessi, che venivano esposti come singola e autonoma voce dell’estratto conto e venivano sommati al saldo finale del cliente (debitore). Questa operazione comportava per conseguenza che gli interessi capitalizzati producevano alla successiva scadenza ulteriori interessi, i quali – a loro volta – sarebbero stati poi anch’essi sommati al debito. Al contrario,

La disciplina c
codice: il divie
generale e le tr
eccezioni.

L’anatocismo
usuale
bancario.

²³² V. sul punto R. ALESSI, *Squilibrio negoziale e interventi normativi nei contratti bancari*, in *Persona e Mercato*, 4, 2002, 359 ss.; G. GUIZZI, *Congruietà nello scambio e diritti di credito*, ivi, p. 429 ss.

la medesima operazione favorevole al cliente veniva effettuata con frequenza annuale.

Con una importante e discussa sentenza, la Corte di Cassazione²³³ ha ribaltato il precedente orientamento e ha dichiarato la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi per contrasto con l'art. 1283 c.c. La prassi bancaria sul punto è ritenuta un uso non normativo ma negoziale, inidoneo a superare i limiti imposti dalla norma del codice, e la conseguenza è stata appunto la dichiarazione di invalidità della clausola contrattuale inserita dalle Banche nei contratti con i clienti.

Il clamoroso *revirement* ha suscitato un dialogo, tuttora in corso, sul fondamento della decisione, accolto o contestato da molti Tribunali, e sulle conseguenze che una pronuncia di nullità deve produrre con riferimento alle somme già corrisposte dai contraenti danneggiati²³⁴.

D'altra parte il legislatore è intervenuto con un provvedimento dichiarato, in parte, incostituzionale che ha posto più problemi che soluzioni. Il timore di un enorme contenzioso ha indotto a modificare il Testo Unico bancario nell'art. 120, attribuendo al CICR (Comitato interministeriale per il credito ed il risparmio) il potere di stabilire "modalità e criteri per la produzione di interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori" (d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342).

Per i contratti conclusi dopo la delibera del CICR (del 9 febbraio 2000 ma in vigore dal 22 aprile 2000) è stata prevista la validità ed efficacia delle clausole pattuite in precedenza, con l'obbligo del loro adeguamento alla nuova disciplina, pena la loro inefficacia su richiesta del solo cliente. La norma secondaria ha introdotto una disciplina del calcolo degli interessi sugli interessi più ampia della precedente normativa, sia per quanto attiene ai soggetti che al contenuto. Gli intermediari finanziari oltre alle Banche sono stati legittimati ad eseguire tale modalità, mentre il fenomeno nel suo complesso è stato consentito con condizioni anche più onerose del passato.

Oggi, dunque, il fenomeno dell'anatocismo bancario è ammesso a condizione che la capitalizzazione degli interessi sia specificatamente approvata per iscritto dal cliente e che l'anatocismo operi con la medesima frequenza sugli interessi attivi e passivi²³⁵.

²³³ V. Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, e Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, in *I Contratti*, 1991, p. 437 ss.; Cass., 11 novembre 1999, n. 12507, in *Foro It.*, 2000, p. 411 ss.

²³⁴ Si vedano le note di commento di G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale, verso un revirement della Cassazione?*, in *I Contratti*, 1999, p. 437 ss.; CARBONE, *Anatocismo e usi bancari. La Cassazione ci ripensa*, in *Corr. Giur.*, 1999, 5, p. 561 ss. COSTANZA, *Anatocismo: la svolta della Cassazione*, in *Giust. Civ.*, 1999, I, p. 1585; CARBONE, *Interessi anatocistici: tra salvataggi normativi, interventi giurisprudenziali e questioni di costituzionalità*, in *Corr. giur.*, 1999, 12, p. 1485 ss. A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Sulla Capitalizzazione trimestrale degli interessi corrisposti alla banca*, in *Foro It.*, 1999, c. 1153-56; A. DOLMETTA e PEZZONE, *Risarcimento dei danni da inadempimento di obbligazione di interessi e anatocismo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 11, p. 406 ss.

²³⁵ La Corte Costituzionale è nuovamente intervenuta (con sentenza 8 ottobre 2007, n. 341, in www.cortecostituzionale.it) e si è pronunciata favorevolmente sulla legittimità costituzionale dell'art. 25, co. 2, d.lgs. 4 agosto 1999, n. 342 "Modifiche al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, TUB"), che ha

Il *revirement*
della Corte di
Cassazione.

La delibera
del CICR e
l'eguale cader
degli interessi
per debitori e
creditori.

Affermata la libertà delle parti, nel rispetto della stessa periodicità nel conteggio degli interessi creditori e debitori²³⁶, ribadita l'esigenza di trasparenza del contenuto del patto e una peculiare attenzione al rapporto di conto corrente, la delibera ha previsto un'analitica disciplina transitoria per i contratti conclusi in precedenza. Con questa norma transitoria, si è adottata una sanatoria che escludeva la nullità delle clausole di capitalizzazione trimestrale contenute nei contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina.

Sul punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale. Con la sentenza 17 ottobre 2000, n. 425 ha dichiarato l'illegittimità, per eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost., del terzo comma dell'art. 25 del decreto legislativo, nella parte che regolamentava proprio i contratti in corso al momento dell'emanazione della delibera del CICR. In particolare, la Consulta ha espunto l'art. 25, comma 3, che è stato dichiarato incostituzionale perché in violazione del principio l'irretroattività della legge e per la disparità di trattamento fra soggetti del testo Unico Bancario e creditori sottoposti all'anatocismo.

L'esito è paradossale²³⁷ e per i contratti conclusi dopo il 22 aprile 2000 è in vigore una disciplina oggetto di molti dubbi.

Per i contratti conclusi prima del 22 aprile 2000 si è pronunciata la Cassazione a Sezioni Unite che ha affermato la natura negoziale e non normativa della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi sugli interessi, sulla base di alcune considerazioni ineccepibili.

Si è osservato che i clienti si sono adeguati a tale prassi non in "quanto ritenuta conforme a norme di diritto oggettivo, ma in quanto compresa in moduli predisposti dagli Istituti di credito la cui sottoscrizione era presupposto per accedere ai servizi bancari". Sicché ne è seguita la conferma della nullità di tale clausola.²³⁸

Tale indirizzo implica una risposta a vari interrogativi: se la Banca debba restituire tutti gli interessi percepiti o solo la differenza fra quelli capitalizzati trimestralmente e quelli risultanti da un computo semestrale o annuale; se il computo del termine di ripetizione debba decorrere dal momento dell'addebito, o da altre circostanze (come la pronuncia della Cassazione o la domanda giudiziale); se

introdotto, dopo il primo comma dell'art. 120 del TUB, il secondo comma del seguente tenore: "Il CICR stabilisce modalità e criteri per la produzione degli interessi sugli interessi maturati nelle operazioni poste in essere nell'esercizio dell'attività bancaria, prevedendo in ogni caso che nelle operazioni di conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori che creditori". Questa pronuncia della Corte Costituzionale contribuisce a determinare il quadro di riferimento della materia dell'anatocismo confermando la linea di demarcazione realizzata attraverso la delibera del CICR del 9 febbraio 2000. Dalla data di entrata in vigore del provvedimento, 20 aprile 2000, è legittimo l'anatocismo applicato ai rapporti bancari se la periodicità della capitalizzazione stabilita concerne sia i saldi creditori sia quelli debitori. Per una applicazione dell'anatocismo bancario si veda la decisione Abf Roma, 13.05.2011, n° 1008 in www.arbitrobancariofinanziario.it.

²³⁶ V. sul punto la rassegna di P. PISANI, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., 4, 2002, p. 257.

²³⁷ V. CARBONE, *Il decreto legislativo salva interessi bocciato per eccesso di delega*, in *Corr. giur.*, 2000, II, p. 1453.

²³⁸ V. da ultimo Cass., Sez. Un., 4 novembre 2004, n. 21095 e le pronunce di segno diverso: Trib. Roma, 26 maggio 1999; Trib. Terni, 16 gennaio 2001; Trib. Firenze, 21 giugno 2001; Trib. Firenze, 8 febbraio 2001; Trib. Firenze, 26 marzo 2001; Trib. Firenze, 11 luglio 2001, riportate nella rassegna a cura di P. PISANI, *op. loc. ult. cit.*

sia applicabile la prescrizione decennale (art. 2946 c.c.) o quinquennale (art. 2948, n. 3 e 4, c.c.); se sia in concreto esperibile l'azione di ripetizione di indebito o di ingiustificato arricchimento²³⁹.

Fermo restando l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, è sorta una questione del giorno in cui inizia a decorrere il termine di prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2935 c. c., per far valere l'azione alla ripetizione dell'indebito. Tale problema si spiega con la circostanza per cui molte clausole nulle sono previste da rapporti contrattuali risalenti nel tempo.

Per un indirizzo, il termine di prescrizione decorre dalla chiusura del conto corrente. Questo, infatti, è il momento con cui si stabilisce definitivamente l'entità del credito e del debito delle parti (Cass., 14 maggio 2008, n. 10127). Un diverso orientamento contesta la natura unitaria del contratto di conto corrente bancario e afferma che la prescrizione decorra da ciascun addebito in conto corrente. Per questo filone più favorevole alle banche, ogni singola annotazione produrrebbe l'effetto di modificare il saldo e consentirebbe di esercitare il diritto di ripetizione: per conseguenza il diritto di recuperare le somme addebitate si prescriverebbe da quel momento (Cass., 13 aprile 2005, n. 7651).

Le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto tra questi orientamenti e hanno stabilito un regime della prescrizione differenziato a seconda che, il versamento sul conto serva a ripristinare la provvista e il caso in cui il versamento è un vero pagamento, con natura solutoria (Cass., Sez. Un., 02 dicembre 2010, n. 24418).

Nella prima eventualità, il termine di prescrizione decorre dalla chiusura del conto. Quanto versato in precedenza dal cliente, infatti, non è qualificabile come pagamento. Nell'altra ipotesi, invece, ogni versamento corrisponde ad un vero pagamento e come tale (ove fosse eseguito per effetto di una clausola nulla) produce immediatamente il diritto del cliente di chiederne la ripetizione, ed il termine di prescrizione di tale diritto, di conseguenza, inizia a decorrere subito²⁴⁰.

Dopo questa decisione delle Sezioni Unite, che aveva precisato in modo convincente la disciplina della prescrizione, è intervenuto nuovamente il legislatore,

²³⁹ V. la rassegna di P. PISANI, *op. loc. ult. cit.*

²⁴⁰ Per capire meglio il senso dell'affermazione, punto da cui muovere è la natura ed il funzionamento del contratto di apertura di credito bancario. Questo consiste nella messa a disposizione da parte della banca di una somma di denaro che il cliente può utilizzare -anche in più riprese- e della quale può ripristinare in tutto o in parte la disponibilità attraverso versamenti che consentiranno ulteriori prelievi, entro il limite complessivo del credito concesso (c.d. *fido*).

In questo sistema, le Sezioni unite distinguono tra 'atti ripristinatori della provvista' ed 'atti di pagamento' compiuti dal cliente per estinguere il proprio debito nei confronti della banca (c.d. *conti in rosso*).

Solo i secondi costituiscono pagamento, essendo finalizzati alla restituzione delle somme date a mutuo. Gli atti ripristinatori, invece, hanno la finalità di riesperire la misura dell'affidamento utilizzabile dal correntista.

Quindi, pagamenti sarebbero solo quelli che hanno avuto lo scopo o l'effetto di uno spostamento patrimoniale in favore della banca, ossia qualora si tratti di versamenti eseguiti su un conto scoperto cui non accede alcuna apertura di credito in favore del correntista, o quando i versamenti siano destinati a coprire un passivo eccedente i limiti dell'accreditamento.

Da qui l'enucleazione della regola: il termine di prescrizione decorre dalla chiusura del rapporto se non sono ravvisabili pagamenti da parte del cliente o se essi avvengono nel limite del fido, mentre decorre dai singoli versamenti nel caso in cui il cliente abbia un'esposizione che supera il fido accordato oppure non vi sia fido alcuno.

che, con una norma di interpretazione autentica, ha in realtà affermato che la prescrizione del diritto alla ripetizione inizia a decorrere, per ciascun addebito, dal momento in cui è avvenuta l'inerente annotazione in conto (art. 2, co. 61, del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, conv. con modif. dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10).

Anche questa previsione è stata dichiarata incostituzionale dalla Consulta, con la sentenza del 5 aprile 2012, n. 78. In particolare, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma per violazione del principio di irretroattività della legge civile (art. 11 prel.) e perché la nuova disciplina deroga all'art. 2935 cod. civ., senza alcuna ragionevole giustificazione. Per conseguenza, la disciplina della prescrizione per l'azione di ripetizione dell'indebitato versato dal cliente in virtù della clausola di anatocismo nulla contenuta nel contratto di conto corrente bancario è quella approntata dalle Sezioni Unite nel 2010.

Peraltro, la sentenza 24418/2010 ha avuto modo di chiarire anche che dalla nullità delle clausole di anatocismo discenda anche l'impossibilità di sostituire quelle clausole con un altro meccanismo di produzione degli interessi. Pertanto, una volta dichiarata la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi per contrasto con il divieto di anatocismo, gli interessi a carico del debitore devono essere calcolati senza effettuare alcuna capitalizzazione.

La sostituzione delle clausole è nulla.

Ma soprattutto alcune perplessità possono sorgere sul problema della retroattività della nullità, anche se su tale aspetto la sentenza non dà adito a dubbi. Si è osservato che l'evoluzione tumultuosa degli ultimi dieci anni del secolo scorso può aver avuto il suo peso nel determinare la ribellione del cliente in ordine alla prassi degli interessi anatocistici, ma ciò non significa, si è osservato, che in precedenza essa fosse percepita come conforme al diritto e ne segue la sua riconducibilità *ab initio* ad un uso negoziale e non normativo sulla base di due considerazioni.

La retroattività della disciplina

La giurisprudenza precedente non ha fondato, secondo la Corte, un uso contrario perché la funzione del giudice è solo ricognitiva dell'esistenza delle regole (anche secondarie come gli usi). Sicché in presenza di una ricognizione reiterata nel tempo, che si dimostri errata nel presupporre una regola non esistente, la ricognizione correttiva deve avere portata retroattiva altrimenti "si consoliderebbe *medio tempore* una regola che troverebbe la sua fonte esclusiva nella sentenza che, erroneamente presupponendola, l'avrebbero con ciò creata".

La motivazione, ineccepibile, suscita tuttavia la necessità di una riflessione attenta sul problema della sopravvenienza di una norma o di un indirizzo che operi una rottura con il passato. Anatocismo, usura, fideiussione omnibus, sono fenomeni che esprimono in modo diverso la necessità di un principio capace di dettare regole ad un titolo, disciplinato da una fonte normativa o giurisprudenziale superata da un successivo orientamento. Su tale aspetto occorre soffermarsi.

Negli interventi, giurisprudenziali e normativi, di riequilibrio dei rapporti fra Istituti di credito e clienti è emerso il tema della sorte dei contratti conclusi prima del mutamento giurisprudenziale o della norma nuova. Significativa è sul punto la vicenda dell'usura e dell'anatocismo, ma già in un passato recente si era posto un analogo problema per la fideiussione *omnibus*.

In questo ultimo caso l'intervento del legislatore, volto a porre limiti di validità alla garanzia, aveva sollevato dubbi sulla irretroattività della nuova norma che

potavano “discriminare quanti avessero prestato fideiussioni in epoca anteriore”. La Corte Costituzionale²⁴¹ ha ritenuto corretta la soluzione di una validità dei contratti sorti prima della nuova legge riconoscendo, però, l'efficacia delle regole nuove ai rapporti in corso.

Si è consolidato così un orientamento sulla validità del titolo sorto in pendenza della vecchia normativa e sulla impossibilità che possano verificarsi, per il futuro, effetti contrari alla disposizione nuova.²⁴²

Nel caso dell'usura si è intervenuti con una interpretazione autentica della legge del 1996 che ha fatto salvi i contratti conclusi in precedenza e adeguato i loro tassi secondo parametri prefissati.

Il tema degli interessi sugli interessi, come si è accennato, ha avuto un esito travagliato e diverso. Sino a pochi anni fa esisteva una tendenza univoca sul carattere normativo della consuetudine e tale indirizzo è mutato con una serie di pronunzie cui la Cassazione ha “inteso dare continuità”.

Questa affermazione contenuta in una delle pronunzie del 1999 è ripresa dalle Sezioni Unite e pone in luce un dato decisivo. Traspare nella motivazione la consapevolezza di dover dare attuazione ad un contesto profondamente mutato in ordine al mercato del credito, al ruolo degli Istituti bancari, alla posizione degli utenti del servizio. Come più volte si è accennato, le normative sulla trasparenza bancaria, l'usura, le clausole vessatorie hanno un valore costituzionale perché hanno innovato la valutazione dei rapporti di potere delle parti del contratto e lo stesso controllo del suo contenuto.

La Corte è pienamente consapevole di seguire una tendenza che rompe con il passato conformandosi ad un indirizzo che si intende consolidare, ma non ha utilizzato uno strumento per evitare l'effetto retroattivo del mutamento che urta contro affidamenti, prassi o usi radicati su basi oggettive²⁴³.

È certo che si è avvertita sul punto una carenza del legislatore ma l'interprete in questo momento non può non riflettere sul senso di una interpretazione evolutiva delle norme.

Si è a lungo discettato su questa funzione, senza ricavare un preciso significato sino a quando non si è chiarito un punto essenziale. Non è l'interprete ma l'ordinamento che si evolve. L'ermeneutica deve riflettere, come in uno specchio, un ordine mutevole come ogni relazione umana.

Ciò significa che è un dovere preciso attuare il nuovo, evitando rigide soluzioni retroattive che contraddicono proprio il carattere di un ordinamento in perenne cammino.

Giurisprudenza

²⁴¹ Corte Cost., 27 giugno 1997, n. 204, in *Foro It.*, 1997, I, c. 2033.

²⁴² V. Cass., 29 ottobre 1998, n. 10808, in *Foro It. Rep.*, voce *Fideiussione e mandato di credito*, n. 36; v. altresì Cass., 29 novembre 1999, n. 13339, in *Corr. giur.*, 2000, c. 1219, ove si afferma che “i nuovi artt. 1469-bis segg. c.c. non sono applicabili ai contratti stipulati prima della loro entrata in vigore, in virtù del generale principio delle irretroattività della legge”.

²⁴³ Così, testualmente, è detto nella motivazione di Cass., 11 novembre 1999, n. 12507, cit., c. 469; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., p. 1 ss.

“L'azione di ripetizione d'indebito proposta dal cliente di una banca il quale, in ordine al contratto di apertura bancario regolato in conto corrente da lui stipulato, lamenta la nullità della clausola che prevede la corresponsione di interessi anatocistici ed agisca per la ripetizione di quanto pagato indebitamente a questo titolo, è soggetta al termine di prescrizione decennale decorrente dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati, purché i versamenti eseguiti dal correntista in pendenza del rapporto abbiano avuto solo una funzione ripristinatoria della provvista” (Cass. Sez. Un. 2 dicembre 2010, n. 24418, in www.italgiure.giustizia.it).

“È conforme ai criteri legali di interpretazione del contratto, in particolare all'interpretazione sistematica delle clausole, l'interpretazione data dal giudice di merito ad una clausola di un contratto di conto corrente bancario, stipulato tra le parti in data anteriore al 22 aprile 2000, e secondo la quale la previsione di capitalizzazione annuale degli interessi, pattuita nel primo comma di tale clausola, si riferisce ai soli interessi maturati a credito del correntista, essendo, invece, la capitalizzazione degli interessi a debito prevista nel comma successivo, su base trimestrale, con la conseguenza che, dichiarata la nullità della previsione negoziale di capitalizzazione trimestrale, per contrasto con il divieto di anatocismo stabilito dall'art. 1283 cod. civ. (il quale osterebbe anche ad un'eventuale previsione negoziale di capitalizzazione annuale), gli interessi a debito del correntista devono essere calcolati senza operare alcuna capitalizzazione” (Cass. Sez. Un. 2 dicembre 2010, n. 24418, in www.italgiure.giustizia.it).

“Sono nulle, in quanto riprodottrici di un uso negoziale e non normativo, le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi stipulate anteriormente all'entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 120 comma 2 del t. u. bancario” (Cass., Sez. Un., 04 novembre 2004, n. 21095, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2004, p. 645).

10.4. Qualche precisazione sulla giustizia contrattuale

Il tema della giustizia contrattuale rende palese ciò che alcuno chiama il debito del giurista²⁴⁴. Senza il contributo dello storico e dell'economista, del filosofo e dell'etnologo il pensiero giuridico è in difficoltà nell'ordinare i fatti e le loro ripercussioni sociali, secondo un criterio assoluto.

Per orientarsi fra i contributi di diversi saperi e per delimitare l'attenzione su di un tema così delicato, è necessaria una riflessione attenta su ciò che intendiamo per “contratto giusto”.

Uno sguardo al passato ci ricorda che parità e unità del soggetto e del contratto sono gli elementi fondamentali del progetto politico recepito nei codici dell'ottocento. Ed è chiaro il perché. L'astrazione dai fatti giova ad una Stato monoclasse²⁴⁵ (come quello francese dopo la Rivoluzione) che nega la pluralità e le diversità.

²⁴⁴ R. SACCO, *Il debito del giurista*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, III, Milano, 2002, p. 1833, ma v. anche dello stesso autore, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 689 ss.

²⁴⁵ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001, p. 83 ss.

Nella prima metà del novecento i regimi totalitari esaltano il popolo, la razza, la nazione alla ricerca di un'omogeneità etico politica che rifiuta ancora la diversità e la pluralità e pur nella distanza ideologica è chiaro il comune obiettivo della dimostrazione della "superfluità storica dell'individuo e dei suoi diritti"²⁴⁶.

Dopo la tragedia della guerra si intravedono convergenze opposte. Il rilievo della persona e dei suoi diritti apre la stagione del costituzionalismo che lambisce il presente. Ed è sui diritti che la nuova Europa intende costruire il suo assetto giuridico e la sua stessa identità²⁴⁷.

La riflessione sulla giustizia contrattuale non può che ispirarsi ai tratti fondamentali di questo nuovo ordine.

Si dovrà oggi tener conto del nuovo sistema delle fonti indicato dall'art. 117 della Costituzione e dunque dell'ordine interno e comunitario, della giurisprudenza della Corte di Giustizia, dei Trattati europei, e della Carta di Nizza, delle Direttive comunitarie e dell'attività della Commissione²⁴⁸.

Queste fonti indicano un sistema fondato sulla centralità della persona e su di una pluralità di diritti e di principi che suscita consensi e critiche.

10.5. Giustizia e rilievo della disparità di potere

Le critiche

Alcuno imputa all'assetto europeo in formazione dubbia legittimità per la provenienza burocratica delle regole e l'uso di strumenti insufficienti in funzione di controllo del potere contrattuale e di mercato, inadeguati perché espressione di un controllo giudiziario non adatto a contrastare l'ordine economico globale, frutto di una commistione improponibile fra regole di controllo dell'atto e del mercato²⁴⁹. La proposta è di eliminare tale commistione e di sostituire in molti settori ai principi e ai diritti norme imperative che sottraggono all'autonomia settori ampi della negozialità.

L'idea stimola una regolazione più attenta²⁵⁰, ma in termini generali è difficilmente compatibile con l'assetto dell'Unione, non fosse altro perché è difficile intravedere questa mitica figura di legislatore che abbia l'autorità di fondare un nuovo ordine pubblico transnazionale in Europa. Senza contare che la rimozione di ogni filtro, diverso dalla legge fra individuo e potere, evoca gli errori e i mostri del passato²⁵¹.

D'altra parte si imputa al progetto in atto un difetto genetico di fondo.

L'intento di voler creare un ordine assoluto e rigido di diritti, con scarsa attenzione alla doverosità e soprattutto con un'interruzione netta dell'attività della

²⁴⁶ P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, p. 138-140.

²⁴⁷ Mi permetto di rinviare a G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 5 ss. e dello stesso autore *Diritto dei contratti e "costituzione europea". Regole e principi ordinanti*, cit., p. 29 ss.

²⁴⁸ G. VETTORI, *Diritto di contratti e "costituzione europea"*, cit., p. 49 ss.; G. ALPA e ANDENAS, *I fondamenti del diritto privato europeo*, Milano, 2005, p. 5 ss.

²⁴⁹ M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Milano, 2002, p. 305 ss.

²⁵⁰ V. sul punto A. SOMMA, *Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, 1, p. 75, ed ivi S. RODOTÀ, *Il codice civile e il processo costituente europeo*, p. 21; AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo: un Manifesto*, p. 99 ss.

²⁵¹ P. COSTA, *Cittadinanza*, cit., p. 131 ss.

Corte di Giustizia che ha assunto in Europa un compito primario nell'identificazione e nell'attuazione di diritti, vecchi e nuovi.

Il monito, autorevolissimo²⁵², fa riflettere. Ma si può osservare che l'evoluzione dei Trattati non ostacola, ma è anzi fattore di integrazione e di sviluppo dell'opera dei giudici, i quali non sono “strutturati per costituire lo specchio di una società democratica”²⁵³. Esiste una logica circolarità fra regole e diritti, fra emersione di nuovi interessi e consolidazione formale²⁵⁴.

Al di là di queste diverse opzioni ideali c'è una lettura adesiva ma pericolosa dell'assetto europeo su cui è opportuno soffermarsi.

10.6. Una corretta e concreta idea di giustizia contrattuale

Si va diffondendo una tendenza a isolare l'emersione di una categoria astratta di giustizia contrattuale capace di superare i limiti posti dalle regole, di recepire il principio di proporzionalità fra le prestazioni, di integrare il giudizio di meritevolezza (dell'art. 1322 c.c.) e di buona fede²⁵⁵, sì da consentire la dichiarazione di nullità del contratto ingiusto²⁵⁶.

Tale categoria è a mio avviso del tutto evanescente e pericolosa per vari motivi²⁵⁷.

È anzitutto impossibile definire la giustizia se non muovendo da esperienze concrete di ingiustizia²⁵⁸ o da un'ottica relazionale. Ciò risulta chiaramente da tutti i saperi. L'antropologo ci parla di un io che contiene necessariamente l'altro²⁵⁹. Il

La pericolosi
di una
categoria
astratta
di giustizia
contrattuale

²⁵² P. GROSSI, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la “Carta di Nizza”, il progetto di “Costituzione europea” e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in *Jus*, 2005, p. 405 ss.

²⁵³ G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione Europea*, Bologna, 2004, p. 59.

²⁵⁴ V. C. JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le Corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, II, p. 288 ss., sui limiti all'attività della Corte che non può incidere sull'intero spazio giuridico europeo per il semplice fatto che l'Unione non si fonda su di unico diritto, p. 282.

²⁵⁵ V. da ultimo per una tale conclusione M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. Impr.*, 2005, 2, p. 502 ss. E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, ivi, p. 648; ma v. anche A. RICCIO, *Il contratto usurario nel diritto civile*, Padova, 2002, p. 185: “Orbene se una clausola di un contratto pone a carico di una parte una prestazione economicamente assai più onerosa di quella che grava sull'altro contraente, questa clausola viola l'imperativo principio di buona fede e correttezza contenuto negli artt. 1175, 1337, 1375 c.c. e, pertanto, non realizzando interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, è nulla”. Sul punto si richiama l'autorità di F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. Impr.*, 1997, p. 423.

²⁵⁶ Sul principio di proporzionalità v. F. CASUCCI, *Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2000, e L. FERRONI, a cura di, *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002; sulle prospettive di oggettivazione dello scambio cfr. R. ROLLI, *Le attuali prospettive di “oggettivazione dello scambio”: verso la rilevanza della “congruità dello scambio commerciale”?*, in *Contr. Impr.*, 2001, p. 611; e per una posizione opposta ed equilibrata R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali. Corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 47.

²⁵⁷ V. F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 260.

²⁵⁸ V. in modo esemplare C.M. MARTINI e G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, p. 4 ss.

²⁵⁹ LEIBL-EIBESFELDT, *L'uomo a rischio*, Torino, 1992, p. 133 ss.

filosofo morale richiama un'etica che è inseparabile dal ruolo che l'altro assume nel progetto di vita individuale o collettivo²⁶⁰.

La storia della cittadinanza scandisce la lunga marcia dei diritti secondo itinerari diversi²⁶¹. In Europa le lotte operaie e il pensiero cristiano hanno contribuito a delineare i diritti sociali. In America un fondamento calvinista e la logica della predestinazione hanno spinto verso esiti diversi, sino ad identificare il povero con il peccatore o con chi non ha lavorato abbastanza²⁶².

Il giurista ha avuto sul punto idee molto chiare. Da sempre²⁶³. In opere classiche e in opere recenti²⁶⁴ si motiva l'impossibilità di una definizione e l'inopportunità di una norma che sanziona il contratto ingiusto. Ed è chiarissimo il perché.

Nessun luogo o autorità può definire in astratto un assetto giusto.

Non il mercato ove il prezzo può essere frutto di un monopolio o di asimmetrie informative gravi al di là delle regole correttive²⁶⁵. Non il giudice se non attribuendogli un potere che non ha. Non la legge, la natura o qualche Autorità religiosa, almeno di non voler scambiare il sacro e il passato con l'assoluto²⁶⁶, anche nel diritto.

La verità, nella mia prospettiva, è che l'idea di giustizia contrattuale non è riconducibile ad una categoria generale ed astratta, ma prende forma nella necessità di assicurare e garantire un trattamento diversificato delle posizioni dei contraenti come tratto di un ordine sociale e giuridico oramai chiaramente delineato²⁶⁷.

I codici nazionali inglobano o affiancano statuti differenziati dei soggetti²⁶⁸. La giurisprudenza costituzionale degli stati nazionali attribuisce rilievo giuridico alla

La necessità di un trattamento diversificato delle posizioni dei contraenti

²⁶⁰ V. per una sintesi efficace delle varie teorie il classico volume di W. K. FRANKENA, *Etica. Una introduzione alla filosofia morale*, Edizioni di Comunità, 1996, p. 221 ss.; ma vedi in particolare il limpido libretto E. CHIAVACCI, *Invito alla teoria morale*, Queriniana Brescia, 1995, p. 107 ss. e dello stesso autore, *Teologia morale, 3.2 (morale della vita economica, politica, di comunicazione)*, Cittadella Editrice Assisi, 1988, p.125 ss.

²⁶¹ P. COSTA, *Cittadinanza*, cit., p. 102.

²⁶² E. CHIAVACCI, *Teologia morale*, cit., p. 49 ss.

²⁶³ V. D. ANTISERI, *Relativismo, nichilismo, individualismo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 20 ed ivi il seguente brano. Il 17 maggio del 1952 Hans Kelsen tenne la sua ultima lezione a Berkeley e, in quella occasione, confessò apertamente di non aver risposta alla domanda cruciale su che cosa sia la giustizia: "La mia unica scusa è che, a questo riguardo, sono in ottima compagnia: sarebbe stato più che presuntuoso far credere ... che io sarei potuto riuscire là dove erano falliti i pensatori più illustri. Di conseguenza, non so, né posso dire, che cosa è la giustizia, quella giustizia assoluta di cui l'umanità va in cerca. Devo accontentarmi di una giustizia relativa e posso soltanto dire che cosa è per me la giustizia. Poiché la scienza è la mia professione e quindi la cosa più importante della mia vita, la giustizia è per me quell'ordinamento sociale sotto la cui protezione può prosperare la ricerca della verità. La 'mia' giustizia, dunque, è la giustizia della libertà, la giustizia della democrazia, in breve, la giustizia della tolleranza".

²⁶⁴ R. SACCO e G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile* a cura di R. Sacco, 3^a ed., Torino, 2004, p. 22.

²⁶⁵ V. R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, cit., p. 259 ss.

²⁶⁶ Per questa posizione frutto delle prospettive neoconservatrici americane v. F. FELICE, *Prospettiva "neoon". Capitalismo, democrazia, valori nel mondo unipolare*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005, p. 119 ss. e la prefazione di Irving Kristol.

²⁶⁷ Mi permetto ancora di rinviare per queste notazioni a G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, p. 743 ss., ma v. anche G. BAZOLI, *Giustizia e uguaglianza. Modelli Biblici*, Morcelliana-Brescia, 2005, p. 5 ss.

²⁶⁸ S. PATTI, in *Codice civile tedesco, Traduzione e presentazione* a cura di S. Patti, Milano, 2005, p. V ss.; C.-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*,

disparità²⁶⁹. La Corte di Giustizia reagisce all'inferiorità grave di una parte²⁷⁰. La Commissione europea sollecita l'elaborazione di un principio comune di rilevanza della diversità dei contraenti²⁷¹. Sicché le modalità della revisione concettuale sono chiare. Vediamole.

10.7. La rilevanza positiva della disparità e l'invalidità nelle fonti europee

Nella disciplina dell'invalidità il diritto positivo è in netta discontinuità con il passato.

Nella prima parte del '900, come si è accennato, l'invalidità è graduata sui difetti delle fattispecie e la violazione dell'interesse collettivo o generale²⁷².

Le esperienze nazionali percorrono itinerari diversi nel dar rilievo alla disparità. In Germania si potenzia il diritto fondamentale di autodeterminazione per riparare ad ipotesi di strutturale soggezione di una parte²⁷³. In Italia²⁷⁴ e Francia²⁷⁵ lo stesso risultato si ottiene con l'utilizzo delle clausole di buona fede²⁷⁶. In Inghilterra si valuta con rigore l'abuso del contraente²⁷⁷.

Tutte le esperienze convergono su almeno due aspetti. L'ampia previsione di nullità di protezione che supera l'alternativa fra interesse pubblico e interesse individuale. L'ampliamento delle circostanze soggettive di disuguaglianza, di incapacità, di debolezza, di abuso. Restano diversità sul ruolo della buona fede, sulla correzione del regolamento da parte del giudice e sulla disciplina della prova che può

Padova, 2003, p. 11 ss. e le osservazioni contenute in G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, cit., p. 3 ss.

²⁶⁹ V. in Germania BVerfG, 19 ottobre 1993, in *ZIP*, 1993, p.1775; in Italia Cass. civ., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1994, I, p. 1296 ss.; in Francia riferimenti in D. COHEN, *La bonne foi contractuelle: éclipse et renaissance*, in AA.VV., 1980-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 523 ss.

²⁷⁰ Corte Giust., 20 settembre 2001, (caso Courage), in *Foro it.*, 2002, c. 76.

²⁷¹ Nella Comunicazione 11.10.2004 COM (2004) 651 si indica espressamente la necessità di un *common fundamental principles of European contract law ... in particular where a contract is concluded with a weaker party*. Si veda anche per il diritto inglese High Court, 26 giugno 2003, Court of Appeal, 21 maggio 2004, emesse in applicazione del principio espresso dalla Corte di Giustizia nel caso Courage e per una ottima prospettiva di sintesi M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 23 ss.

²⁷² Così R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 523: "L'ingegneria sistematica approntava così il suo capolavoro. La invalidità del contratto è gestita dal Giudice. Organo dello Stato, portatore di valori che trascendono le parti in causa, mosso e guidato da interessi a carattere collettivo e perciò pubblico".

²⁷³ Notissima è oramai la pronuncia della Corte Costituzionale tedesca del 19 ottobre 1993, in *ZIP*, 1993, p. 1775.

²⁷⁴ V. già Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1994, c. 1296 ss.

²⁷⁵ V. D. COHEN, *La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance*, in *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 523 ss.

²⁷⁶ V. già la limpida analisi di L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 1 ss.

²⁷⁷ M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Undue influence e della Uncoscionability*, cit., p. 23 ss.

arricchire e completare la disciplina sostanziale dell'atto e del rapporto, come regola di giustizia distributiva ²⁷⁸.

D'altra parte si espande il ruolo del rimedio risarcitorio che può avere una precisione chirurgica nel reprimere contegni sleali e scorretti e nell'assicurare una riparazione per ogni svantaggio, derivante da un comportamento in mala fede della controparte. L'ambito, del tutto nuovo, riconosciuto dalla Corte di Cassazione alla responsabilità pre-contrattuale (art. 1337 c.c.) e alla regola di buona fede nella esecuzione del contratto va sicuramente in questa direzione.

Principi Unidroit

Articolo 3.10

(Eccessivo squilibrio)

(1) Una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare, tra gli altri fattori,

(a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, e

(b) la natura e lo scopo del contratto.

(2) Su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio.

(3) Il giudice può adattare il contratto o le sue clausole anche a richiesta della controparte alla quale sia stato inviato l'avviso di annullamento, purché tale parte ne informi l'altra prontamente dopo aver ricevuto l'avviso e prima che quest'ultima abbia agito facendovi affidamento. Le disposizioni di cui all'articolo 3.13(2) si applicano con le opportune modifiche.

Principi di diritto europeo dei contratti (Principi Lando)

Art. 4:109: Ingiusto profitto o vantaggio iniquo

(1) Una parte può annullare il contratto se, al momento della conclusione di esso:

(a) fosse in situazione di dipendenza o avesse una relazione di fiducia con l'altra parte, si trovasse in situazione di bisogno economico o avesse necessità urgenti, fosse affetto da prodigalità, ignorante, privo di esperienza o dell'accortezza necessaria a contrattare, e

(b) l'altra parte era o avrebbe dovuto essere a conoscenza di ciò e, date le circostanze e lo scopo del contratto, ha approfittato della situazione della prima in maniera gravemente scorretta o ne ha tratto un ingiusto profitto.

(2) Su domanda della parte legittimata all'annullamento, il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza.

²⁷⁸ Così CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p.787; ma vedi ora G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 46 ss.; ID., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVII, Milano, 1998, p. 625; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 109 ss.; M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. Disc. Civ.*, Torino, 1995, p. 65 ss.

(3) Il giudice può parimente modificare il contratto su domanda della parte alla quale è stata inviata la comunicazione di annullamento per ingiusto profitto o vantaggio iniquo, purché la parte che ha inviato la comunicazione ne sia informata prontamente da quella che l'ha ricevuta e prima che abbia potuto agire sulla fede nella comunicazione.

CAPITOLO 3 - LE REGOLE DI RESPONSABILITÀ

1. La Buona fede nella formazione e nella esecuzione del contratto.
 - 1.1 La buona fede nel sistema italiano
 - 1.2 L'evoluzione della giurisprudenza italiana.
 - 1.3 Sulla discrezionalità del giudice.
 - 1.4 Sui contenuti della discrezionalità.
 - 1.5 La buona fede nel diritto comunitario.
 - 1.6 Le conseguenze della violazione.
 - 1.7 La buona fede nella fase di conclusione e di trattative.
 - 1.8 Responsabilità e contratto valido: la svolta giurisprudenziale.
 - 1.8.1. Regole di responsabilità e di validità.
 - 1.8.2. La coesistenza fra contratto valido e la responsabilità per la violazione della buona fede nelle trattative
 - 1.8.3. Le asimmetrie informative e la regola di buona fede
 - 1.8.4. L'obbligo di informazione fra fattispecie e comportamento
 - 1.9 Tipologia della condotta.
 - 1.10 Natura della responsabilità precontrattuale.
 - 1.11 La buona fede nell'esecuzione del contratto.
2. L'abuso di diritto.
 - 2.1 Clausole generali e giudizio di legittimità.
 - 2.2 Il segno dei tempi.
 - 2.3 Le sentenze di legittimità.
 - 2.4 L'abuso di diritto in Italia e in Europa.
 - 2.5 Abuso ed elusione tributaria.
 - 2.6 L'abuso della libertà contrattuale.
 - 2.7 Abuso e buona fede.
3. Il rapporto e la risoluzione del contratto.
4. Il diritto all'adempimento nel diritto privato europeo.
 - 4.1. Le soluzioni nazionali
 - 4.2. La disciplina accolta nel DCFR
 - 4.3. Diritto all'adempimento e modello europeo
5. Il recesso.
 - 5.1. Nozione e classificazioni del recesso. Recesso legale e recesso volontario (o convenzionale)
 - 5.2. Il recesso nei contratti ad esecuzione istantanea e nei contratti di durata
 - 5.3. Recesso determinativo, impugnativo, di pentimento
 - 5.4. Disciplina dell'atto di recesso
 - 5.4.1. Rapporto tra figura generale di recesso *ex* art. 1373 e singoli tipi legali
 - 5.4.2. Forma e perfezionamento del recesso
 - 5.4.3. Determinabilità del contenuto dell'atto di recesso
6. I rimedi risolutivi.
 - 6.1 La risoluzione per inadempimento e la nozione di inadempimento. La responsabilità contrattuale dalla codificazione agli anni 70.
 - 6.2 L'interpretazione dell'art.1218 del codice nella dottrina e nella giurisprudenza.
 - 6.3 Inadempimento e colpa in Italia e negli ordinamenti europei.
 - 6.4 L'imputabilità dell'inadempimento nella giurisprudenza italiana.
 - 6.5 L'onere della prova.
 - 6.6 La gravità dell'inadempimento
 - 6.7 L'eccezione di inadempimento
 - 6.7.1 L'eccezione di inadempimento e il mutamento delle condizioni patrimoniali.
 - 6.7.2 L'eccezione di insicurezza
 - 6.7.3 L'inadempimento anticipato

- 6.8 La risoluzione di diritto
 - 6.8.1 La diffida ad adempiere
 - 6.8.2 Clausola risolutiva espressa
 - 6.8.3 Termine essenziale
- 6.9 La risoluzione per impossibilità sopravvenuta.
 - 6.9.1 La risoluzione per impossibilità sopravvenuta: effetti e campo di applicazione
 - 6.9.2 L'impossibilità della prestazione e la causa non imputabile
 - 6.9.3 Impossibilità parziale
 - 6.9.4 Impossibilità nel contratto plurilaterale
 - 6.9.5 Contratto con effetti traslativi o costitutivi
- 6.10 La risoluzione per eccessiva onerosità e il rilievo delle sopravvenienze.
 - 6.10.1 Le sopravvenienze e l'art. 1467 c.c.
 - 6.10.2 La prassi negoziale (la rinegoziazione)
 - 6.10.3 La presupposizione
 - 6.10.4 La rinegoziazione e l'integrazione dei contratti a lungo termine

CAPITOLO 3 - LE REGOLE DI RESPONSABILITÀ

1. La buona fede nella formazione e nella esecuzione del contratto

Gli articoli 1337 e 1375 c.c. contengono una regola fondamentale volta a disciplinare la fase di conclusione e di esecuzione del contratto. Per comprenderne il significato e per precisare il suo attuale ruolo occorre distinguere vari fasi di approfondimento. Si dovrà in particolare: precisare il contenuto della regola e la sua evoluzione, delimitare il suo ruolo nella fase di conclusione e formazione del contratto, precisare i rapporti con le norme di validità, chiarire la natura della responsabilità pre-contrattuale.

Sino agli anni ottanta del secolo scorso la giurisprudenza italiana aveva assunto una posizione assai restrittiva. La buona fede era considerata fonte di responsabilità solo in presenza della violazione di un diritto altrui, riconosciuto in base ad altre norme. Con ciò si negava l'autonomia precettiva della regola che rappresenta invece uno delle fondamentali novità del nuovo codice.

Le sentenze degli ultimi venti anni hanno assunto piena consapevolezza del valore di clausola generale che crea diritti e obblighi per le parti del contratto, già nella fase delle trattative e della formazione. Utile è dunque un richiamo a queste nuove acquisizioni sul piano interno e comunitario.

1.1. La buona fede nel sistema italiano

Occorre fare un minimo di chiarezza sul contenuto della regola e sulle conseguenze della sua violazione.

È noto che sono diversi i modi di precisare il contenuto della buona fede.

Per alcuni, essa può integrare il regolamento solo in modo rispettoso della volontà espressa nel testo¹, salvo che la legge individui una diversa funzione. Per altri, la clausola generale filtra e realizza determinati fini dell'ordinamento². Per altri ancora, essa ha funzione di riequilibrio delle posizioni delle parti e una funzione redistributiva³.

Sono due in sintesi le posizioni.

Da un lato, il dovere di correttezza si reputa un limite interno ai diritti e obblighi delle parti con funzione auto-integrativa del regolamento privato. Dall'altro, è considerata una valutazione esterna all'atto in funzione di controllo e di etero-integrazione⁴.

¹ C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, p. XXXV ss. e per una sintesi delle varie posizioni G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005, p.157 ss.

² A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.

³ A. SOMMA, *Buona fede contrattuale e gestione del conflitto sociale*, in *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, p. 75 ss.

⁴ Critico su entrambi gli orientamenti S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 1037 e per diverse

La verità è che si ha difficoltà a «conciliare la buona fede con il modello tradizionale della fattispecie e dei suoi effetti». Ciò perché essa amplia gli obblighi delle parti e non si colloca fra gli effetti, ma attiene all'atto ed è espressione di un «ordine rimediabile che si sovrappone al programma contrattuale»⁵. In questa dimensione operativa lo stesso dubbio, se il ruolo della clausola sia interno all'atto di autonomia o ad esso estraneo, si attenua nella considerazione che la «finalità privata dell'atto non può che uniformarsi ad una doverosità di contegni che la buona fede da sempre esprime»⁶.

1.2. L'evoluzione della giurisprudenza italiana

Già nel 1994⁷, la Corte di Cassazione considera la clausola come «un limite interno di ogni situazione soggettiva» che «concorre alla relativa conformazione» «per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, oramai costituzionalizzato». Dovere che applicato «ai contratti ne determina, integrandolo, il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve ad un tempo orientarne l'interpretazione (1366 c.c.) e l'esecuzione (1375 c.c.c) ». Tali enunciati sono poi ripresi e sviluppati nelle sentenze in tema di riducibilità d'ufficio della penale ove si dà atto del pieno riconoscimento della costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato per effetto dell'art. 2 della Carta Costituzionale e della regola di buona fede da cui l'assetto pattizio non può ritenersi svincolato⁸.

Il collegamento fra buona fede e normativa costituzionale è chiaramente delineato da tali sentenze⁹ dalle quali si evince che:

a) la regola ha immediata valenza anche in forza della previsione dell'obbligo di solidarietà contenuto nell'art. 2 della Costituzione italiana. Sicché «buona fede e correttezza consentono al giudice di operare, nel caso concreto, l'indispensabile collegamento delle disposizioni particolari di legge con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento ».

b) il principio di solidarietà non è un obbligo morale ma «la base sulla quale devono fondarsi le soluzioni di tutti quei conflitti in cui si debba decidere a chi accollare le conseguenze negative di un comportamento dannoso». «In assenza di una norma espressa che valuti tale contegno il danno resterebbe a carico di chi lo subisce. La buona fede e il principio di solidarietà consentono di imputare il danno a chi non ha osservato la regola di correttezza, in presenza di un nesso di causalità».

posizioni sul tema H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 62 ss.

⁵ A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, op. cit., p. 354.

⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, *Trattato dei Contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1020 ss.

⁷ Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, p. 1296.

⁸ Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1929, nota A. PALMIERI; Cass., sez. un., 23 giugno-13 settembre 2005, n. 18128, in *Guida dir.*, 2005, 38, p. 34 ss.

⁹ v. anche Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Vita not.*, 1995, p. 674, nota PASQUINO.

1.3. Sulla discrezionalità del giudice

L'evoluzione degli ultimi decenni provoca una svolta netta rispetto al passato. Si abbandona l'idea che l'ordine giuridico debba solo assicurare un controllo procedurale sulla formazione del consenso (*solus consensus obligat*) e muta il rapporto contratto-legge-giudice¹⁰.

Il corollario del precedente assetto era chiaro: la volontà (integra) ha un effetto normativo limitato soltanto dalla legge. Solo ragioni di ordine pubblico (e quindi politiche) possono esigere correzioni materiali dell'accordo, mentre il giudice può accertare l'invalidità del contratto. Ciò perché l'assetto voluto può essere contraddetto solo da un'esigenza di giustizia sociale individuata e mediata in via esclusiva dalla legge che interviene per contrapporla al contratto¹¹. Caduta la fiducia nell'intervento diretto dello Stato e acquisita la consapevolezza, nelle teorie della giustizia, di una maggiore attenzione ai diritti individuali rispetto all'utilità collettiva, mutano oggetto e soggetto del controllo. Le valutazioni sul contenuto del contratto sono affidate non solo e non tanto ad elementi strutturali come la volontà e la causa, quanto anche ad un controllo di razionalità tramite buona fede attuato dal giudice¹².

Sui tratti di questa tendenza il giudizio può essere diverso.

Si può intravedere nella precedente superiorità della legge un rigoroso rispetto della separazione dei poteri legislativo e giudiziario e un argine ai poteri che si formano spontaneamente sul mercato, e si può individuare nella discrezionalità affidata al giudice un cedimento ad una logica individuale priva di un controllo effettivo sui grandi affari che sfuggono ad ogni valutazione offerta dal diritto dei contratti¹³, oppure, più realisticamente, si possono cogliere le ragioni del nuovo in fatti e mutamenti stratificati nel tempo. La crisi della sovranità popolare e dello Stato di fronte ai processi di mondializzazione e di uniformazione di regole e il diverso ruolo e funzione della legge rispetto al mercato esigono mutamenti profondi nel modo e negli strumenti per garantire un tendenziale equilibrio nel contratto¹⁴.

In tale contesto, il richiamo della buona fede e della correttezza ha una funzione di integrazione del giudizio sui congegni dei privati secondo una razionalità che può essere assicurata proprio da una clausola generale in grado di tener conto dell'assetto complessivo e di tutte le circostanze dell'affare¹⁵.

L'ampliamento dei poteri del giudice è anch'esso un esito logico del mutato assetto normativo. Prende atto dell'insufficienza della legge ed è una scelta necessitata considerando i due corni dell'alternativa. Lasciare alla norma il compito di colmare ogni lacuna nell'assetto privato¹⁶ o consentire al giudice di "integrarlo nella maniera

¹⁰ v. M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 305 ss.

¹¹ v. M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 7 (del dattiloscritto).

¹² v. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: rimedi*, *op. cit.*, p. 5 segg.

¹³ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*

¹⁴ ID., *op. loc. cit.*

¹⁵ ID., *op. loc. cit.*

¹⁶ Illuminanti le pagine di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, in part. p. 25 ss., e p. 85 ss.

che ritiene più conforme e più rispettosa dell'interesse delle parti" e del dovere di correttezza che grava su di esse. Come si è osservato, i timori di un aumento della sua discrezionalità sono in gran parte infondati se si tiene conto che il giudizio secondo buona fede e la valutazione giusto-ingiusto non crea preoccupanti novità rispetto «al libero convincimento che al giudice gli ordinamenti moderni riconoscono in generale sul terreno della qualificazione vero-non vero relativamente ai fatti»¹⁷.

Un problema può essere la propensione di chi giudica a formulare convincimenti personali e non criteri di valutazione basati su di una razionalità obiettiva che la clausola ha la funzione di richiamare, ma ciò può essere esorcizzato sia con orientamenti precisi del legislatore e della dottrina, sia da un recente indirizzo giurisprudenziale della Cassazione italiana. La quale ha precisato le modalità con cui deve avvenire il giudizio che attua una norma elastica, un concetto indeterminato o una clausola generale, e ha precisato che tale decisione non appartiene alla valutazione del fatto incensurabile in sede di legittimità ma rappresenta anzi una decisione di diritto, soggetta ad impugnazione ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.¹⁸.

La Corte ritiene che, in tali casi:

a) «il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma..in quanto dà concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale»;

b) tale «giudizio valutativo – e quindi di integrazione giuridica – del giudice di merito deve ... conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di standard valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente».

c) «la valutazione di conformità ... dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida»¹⁹.

In tal modo, come si è osservato, la Cassazione ha ritenuto sindacabile attraverso un controllo di legittimità l'attività del giudice che applica una clausola generale «ritenendo tale giudizio di diritto e non di fatto» e dunque sottoposto alla verifica da parte della Cassazione sulla modalità con cui si riempie di contenuti il dovere di correttezza²⁰. Il che costituisce limite preciso ad ogni decisione arbitraria e orientamento sicuro per l'interprete²¹.

¹⁷ C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 22.

¹⁸ ID., *op. loc. cit.*

¹⁹ Tali osservazioni sono tratte testualmente da E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1891, nota a Cass., sez. lav., 18 gennaio 1999, n. 434.

²⁰ E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione*, ult. cit.

²¹ E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione*, ult. cit.

1.4. Sui contenuti della discrezionalità

Al di là del solo generico riferimento alla Costituzione che può rischiare di non fornire sempre un criterio di giudizio preciso è utile cogliere le correlazioni con le norme che attribuiscono rilevanza nuova a circostanze soggettive.

- Il Codice civile durante la fase della formazione dell'accordo reprime il dolo, la violenza, l'errore. Nelle leggi speciali si impongono ai contraenti obblighi specifici di informare, di non abusare del proprio potere da cui si devono trarre indicazioni nel concretizzare il contenuto della regola.

- Ancora il Codice protegge l'incapace naturale (428), l'insano di mente (414) il prodigo, chi fa uso di sostanze alcoliche o di stupefacenti (415), ma di recente si è introdotta una nuova disciplina che detta "Misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia" (Titolo XII capo I art. 404 ss.). Ciò da rilievo giuridico ad una serie di circostanze soggettive che arricchiscono i criteri di formulazione di un giudizio di correttezza o scorrettezza di chi contrae con tali soggetti.

- A ciò deve aggiungersi un valore precettivo ulteriore nelle leggi di settore che fissano limiti alla discrezionalità di un contraente in funzione di tutele differenziate²².

1.5. La buona fede del diritto comunitario

La regola di buona fede ha un ruolo preminente nei Principi di diritto europeo dei contratti, tanto da costituirne il vero *esprit collectif*²³ capace di fissare tratti di comunanza e di dialogo fra tradizioni culturali molto diverse: il diritto continentale che da sempre crede e utilizza la clausola generale²⁴ ed il mondo della *common law* che vede in essa, spesso, un "vago concetto" che può rendere le decisioni giurisprudenziali imprevedibili e di disturbare, perciò, le transazioni commerciali bisognose di certezze e di prevedibilità²⁵.

²² H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, op. cit., p. 659 ss.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nei diritti europei dei contratti*, op. cit., p. 53 ss.; ID., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 750 ss.

²³ O. LANDO, *Lo spirito dei Principi del diritto contrattuale europeo*, in *Il codice civile europeo, Materiali dei seminari 1999-2000*, raccolti da G. Alpa e E. M. Buccico, Milano, 2001, p. 41.

²⁴ C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, ed. it. a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, p. XXX ss.; v. altresì l'ampia nota di commento all'art. 1:201, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, op. cit., p. 119 ss., ove si descrivono due modelli diversi: la Germania che ha riconosciuto da tempo un obbligo generale di rispetto della buona fede e l'Inghilterra ove manca una tale previsione generale. Fra i due estremi gli altri ordinamenti "oscillano tra questi due opposti. Riconoscono la buona fede e la correttezza come un principio generale, ma tali principi non hanno attinto il medesimo livello di penetrazione nella disciplina del contratto" (p. 119). V. da ultimo L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 452 ss.

²⁵ R. GOODE, *The concept of "Good Faith" in English Law*, Roma, 1992; ID., *Commercial Law*, Penguin, 2004; G. TREITAL, *The Law of contract*, 9^a ed., 1995.

L'affermazione che le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto nel rispetto della buona fede può essere interpretata seguendo la logica interna dei Principi o nel contesto più ampio delle Direttive e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nella prima prospettiva l'art. 1:102 va letto in connessione con la sua definizione di obbligo generale che grava sulle parti (art. 1:201) e con altre disposizioni particolari previste in ogni fase di formazione, adempimento e attuazione del contratto o di esercizio di un diritto, ove il dovere di agire correttamente implica una pluralità di situazioni doverose.

In alcuni casi si impone di «non svolgere trattative contrattuali in mancanza di una reale volontà di raggiungere un accordo» (art. 2:301), di non «rivelare informazioni confidenziali fornite dall'altra parte» (2:302), di non trarre «vantaggio iniquo dalla dipendenza, dalle difficoltà economiche o altra debolezza dell'altra parte» (4:109). In altri si prevede che il dovere di correttezza fa «emergere clausole tacite dal contratto» (6:102). Crea per una parte il diritto a «correggere una prestazione inesatta» (8:104). Esige altri tipi di prestazioni non tipizzate (9:102)²⁶.

La regola, dunque, consente di valutare contegni ma anche di «rimediare alla incompletezza» del contratto (v. 6:111, ma anche 2.17, 3.10, 4.8, 6.2.3 del testo predisposto dall'Unidroit) con una funzione integrativa del contenuto, riconosciuta in modo diverso nei vari ordinamenti nazionali²⁷ e accolta nei Principi con una disposizione che consente al giudice, in presenza di un'eccessiva onerosità della prestazione sopravvenuta e imprevedibile, di sciogliere il contratto o di modificarlo «in maniera giusta ed equa» e di condannare al risarcimento dei danni se una parte ha rifiutato di «intavolare trattative» o le ha iniziate «in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza» (6:111, 3 a), b))²⁸.

Interpretando assieme queste «disposizioni generali», si è osservato che la buona fede, nel testo dei Principi, non ha una funzione eteronoma ma di autointegrazione del regolamento e dell'equilibrio suo proprio, posta in luce dal fatto che la clausola «coopera con la volontà delle parti per fare emergere l'assetto che avrebbero scelto se vi avessero potuto provvedere da sé»²⁹. Una finalità che consente di «rimodellare il contratto» di fronte a situazioni non previste o in ipotesi di squilibrio (4:105, 6:111). Un modo di operare che espande la logica «impressa dalle parti al loro atto e

²⁶ Utilissime, ancora, le limpide note di commento ai singoli articoli in *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit.; e la ricca sintesi di C. CASTRONOVO, *ivi*, p. XIII ss.

²⁷ V. sul punto in Italia F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 305 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 1025 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss.; R. PARDOLESI, *Regole di "default" e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 451.

²⁸ Per una preziosa prospettiva di sintesi v. ora: G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Le riforme dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo, Materiali dei seminari 2001*, raccolti da G. Alpa e E. M. Buccico, cit., p. 118 ss.; e sulla buona fede nell'integrazione del contratto, L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988 e ancora G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000.

²⁹ C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XL.

la proietta su ciò che il contratto non risulta aver regolato»³⁰, con un’operatività diversa dal criterio di ragionevolezza³¹.

Tutto ciò in una prospettiva che non si appiattisce sul modello europeo-continentale al fine di agevolare un raffronto con l’ambiente di *common-law*, ostile ad uno strumento che consente al giudice di sovrapporsi alla volontà delle parti³².

Tale confronto è difficile e ne sono una prova i segni di ambiguità presenti, ora, nell’articolo III 1:103 del DCFR che introduce una novità rispetto al testo dei Principi Lando.

Dopo aver ribadito nelle *General provisions* (I 1:102) il ruolo della clausola generale e la sua incidenza sulle *Obligations and corresponding rights*, si restringe la sua operatività. L’art. III 1:103 3 dispone che l’inadempimento dell’obbligo di buona fede non comporta un rimedio per l’inadempimento, ma può precludere alla persona inadempiente di esercitare o fare affidamento su un diritto, rimedio o difesa che essa avrebbe.

Questo inciso ha chiaramente il fine di porre un freno all’idea che la clausola sia uno strumento generale di controllo³³ e si propone, certo, di limitare la possibilità per il giudice di trarre da essa nuovi diritti e doveri per i contraenti³⁴. Ma il testo, proprio per la sua ambiguità, lascia spazio a diverse letture.

In esso si dice che la violazione della buona fede non comporta inadempimento, al contrario di quanto sostiene la giurisprudenza italiana, ma ciò non esclude affatto che dal dovere di *good faith* possano sorgere nuovi obblighi e diritti. Non fosse altro perché la disposizione riconosce al contraente in buona fede contro l’altro in mala fede, il diritto di impedire l’esercizio di un diritto, rimedio o difesa. Il che integra, con una formulazione a maglie larghe, la capacità integrativa della clausola che

³⁰ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*

³¹ Sul criterio di ragionevolezza v. l’art. 1:302 e il commento, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 131, ove esiste un utilissimo richiamo agli articoli che fanno riferimento alla regola e alle funzioni che essa svolge. Da un’analisi sistematica emerge che il principio non genera obblighi e diritti, ma «attiene alle modalità esecutive secondo le quali gli obblighi stessi trovano migliore attuazione» (C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa*, cit., p. XLII); in relazione ad un’attesa o affidamento di una parte (1:303, 4; 2:102; 2:202, 3; 3:205, 3; 3:206; 3:209, 3; 5:101, 3; 6:111, 2 a; 8:103, 2; 8:108, 1; 9:503) al tempo per agire (2:206, 2, 3; 3:203; 7:102, 3; 7:109, 2; 8:106, 3; 8:105, 2; 8:108, 3; 9:303, 2, 3; 9:506) o per comunicare la volontà (4:113, 1, 2; 6:109; 8:104, 3) alla valutazione in certi casi di una clausola o del prezzo giusto (4:105, 3; 4:115; 6:104; 6:105; 6:106, 2; 7:110, 2 a b; 9:101, 2 a; 9:506; 9:509, 2) dello sforzo richiesto ad una parte (7:110, 1; 9:102, 2 d; 9:505, 1) o della proporzione tra due esigenze (9:201, 1) o della probabilità del verificarsi di un evento (1:303, 2; 8:105, 1; 9:105, 2 b).

³² V. ancora C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa*, cit., p. XXXII; e GOODE, *The concept of “Good Faith”*, in *English Law*, Roma, 1992.

³³ H. BEALE, *General clauses and specific rules in The Principles of European Contract Law: the Good faith clause*, in S. Grundman e D. Mazeaud (eds.), *General Clauses and Standard in European Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 205-218, il quale esclude che la buona fede possa essere uno strumento omnicomprensivo di controllo e limita il suo contenuto ad un giudizio di ragionevolezza. In senso decisamente contrario v. O. LANDO, *Is good faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?*, in *European Review of Private Law*, 2007, 6, p. 841 ss.

³⁴ M. W. HESSELINK, *Common Frame of Reference & Social Justice*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04, in <http://ssrn.com>; v. anche dello stesso autore *The concept of Good Faith*, in Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004; e S. WHITTAKER & R. ZIMMERMAN, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in R. ZIMMERMAN & S. WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 7-62.

concerne, sempre, una valutazione procedurale sui contegni che arricchisce diritti e doveri delle parti del contratto.

Il vero è che nella formulazione dell'art. III 1:103 3 si nota chiaramente il diverso metodo di analisi dei giuristi di *common law* e di *civil law*. La cultura anglosassone tende naturalmente a ragionare in termini di rimedi e di limite ad esperire rimedi, mentre teme, da sempre, il proliferare di diritti, specie di fonte non ben definita. I giuristi continentali operano sempre sulla base della definizione delle posizioni soggettive e un ruolo autonomo della buona fede non può che determinare, secondo questa mentalità, il sorgere di nuovi diritti e doveri.

Se si va oltre il rispettivo orizzonte si può forse riuscire a concordare su di un punto essenziale. La buona fede è strumento procedurale di controllo dei contegni delle parti e come tale assume una funzione rimediale nel disporre una valutazione negativa e un conseguenza risarcitoria a carico di chi viola tale dovere.

La buona fede nel diritto comunitario (l'acquis)

Se ci spostiamo dal testo dei Principi al contesto in cui sono destinati ad operare emergono dal corpus delle Direttive alcuni elementi significativi su cui è opportuno soffermarsi.

Il confronto va eseguito con estrema cautela perché si tratta di provvedimenti eterogenei dove non è mai disciplinato il contratto in generale, formulati con ambiguità terminologiche, attuati in modo diverso nei vari ordinamenti nazionali³⁵. Sicché da essi non è possibile costruire una disciplina unitaria ma, casomai, una serie di orientamenti coerenti con i principi comunitari.

Con questi limitati obbiettivi è possibile individuare da un lato modalità di intervento sull'atto che impongono un contenuto minimo essenziale, limitano il potere di modificare il contratto e introducono requisiti formali in funzione di protezione³⁶; dall'altro, criteri di valutazione dei contegni con espresso riferimento alla buona fede.

Emblematica in questo ultimo senso la Direttiva 93/13/CEE che trattando dei contratti dei consumatori nel considerando n. 16, definisce la clausola come una valutazione globale sull'atto che deve tener conto di alcuni fattori determinati. La forza delle rispettive posizioni dei contraenti, l'esistenza di condizionamenti nel prestare il consenso, la presenza o meno di un ordine del consumatore, le modalità

³⁵ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, p. 3 ss., 128 ss.; C. CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 854 ss.

³⁶ V. tra le altre la Dir. 93/13/CEE, pubbl. in G.U. L. 095 del 21/04/1993, p. 29, sulle clausole abusive; Dir. 97/7/CE in G.U. L. 44 del 04/06/1997 sulle vendite a distanza, p. 191; Dir. 84/450/CEE in G.U. L. 250 del 19/09/1984, p. 17, modificata dalla Dir. 97/55/CE in G.U. L. 290 del 23/10/1997, p. 187, sulla pubblicità ingannevole e comparativa; Dir. 87/102/CEE, modificata dalla Dir. 97/7/CE in G.U. L. 101 del 01/04/1998, p. 17, sul credito al consumo; Dir. 93/22/CEE, in G.U. L. 141, del 11/06/1993, p. 27, modificata dalla Dir. 97/9/CE, in G.U. L. 84, del 26/03/1997, p. 22, sull'investimento nel settore dei valori mobiliari; Dir. 94/117/CE, in G.U. L. 280, del 29/10/1994, p. 73, sulla vendita in multiproprietà; Dir. 99/44/CE in G.U. L. 171, del 07/07/1999, p. 12, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo. Per alcuni approfondimenti v. *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999; v. altresì Dir. 2000/35/CE del 29/06/2000, in G.U. 08/08/2000 sui termini di pagamento e al legge di recezione D.lgs. 20 settembre 2002.

del contegno del professionista con la controparte di cui si deve tenere presenti i legittimi interessi³⁷.

È chiara l'influenza del modello tedesco costruito dalla giurisprudenza sin dai primi decenni del '900 e recepito nella legge del 1966 solo novellata in attuazione della Direttiva, ma dal confronto con gli altri ordinamenti si ricava una differenza più formale che sostanziale.

In Francia, si elimina il riferimento all'abuso di potere economico del professionista per valutare l'abusività ma tale elemento era da tempo in giurisprudenza presunto nelle contrattazioni fra professionisti e consumatore. In Inghilterra, il quadro è più complesso: era già in vigore un controllo di tipo amministrativo e giudiziario e la Direttiva è stata recepita con un Regolamento che mantiene in vita anche la precedente legge del 1977. Fra i due provvedimenti vi è diversità: la legge del 1977 rimette la valutazione ad un controllo di ragionevolezza e il Regolamento di attuazione ad un giudizio di buona fede. Se però si analizzano le guide-line dei rispettivi allegati è facile constatare che si indicano dei criteri di valutazione in larga misura coincidenti con quelli della Direttiva Comunitaria, anche se con un ambito operativo diverso: la legge si riferisce ai contratti di impresa, il Regolamento ai contratti fra professionisti e consumatori³⁸.

Una prospettiva di sintesi.

Se coordiniamo le norme generali previste nel codice, le leggi speciali e la giurisprudenza della Corte di Cassazione è possibile ricavare un significato costante della buona fede. Con essa si fa riferimento ad un dovere che sorge indipendentemente dalla volontà delle parti, preesiste alla formazione del contratto e impone obblighi specifici di comportamento rilevanti sotto vari profili.

La clausola consente un giudizio di riprovazione dei contegni e su questa base va sperimentata una consonanza con la *common law* che reprime la scorretta procedurale e attribuisce rilevanza alle ragionevoli aspettative delle parti³⁹. Fra le quali si deve considerare l'affidamento di un contraente a che l'altro osservi nei suoi confronti, non solo i contegni a cui è tenuto in virtù del rapporto ma anche di tutti gli altri contegni richiesti dalle norme o da doveri specifici presenti in settori determinati di attività⁴⁰.

³⁷ Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, nel considerando n. 16 si dice che "la valutazione del carattere abusivo di clausole ... deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa", criterio che si esplica nel requisito della buona fede che implica "una particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti, al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo consenso alle clausole e se i beni o servizi siano stati venduti o forniti su ordine speciale del consumatore". Si osserva poi che il professionista può soddisfare il requisito della buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve "tenere presenti i legittimi interessi".

³⁸ V. sul punto A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, p. 143 ss. e L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 451 p. 451 ss., sul rapporto fra *unfairness* e buona fede, nonché sui criteri previsti dalla *Schedule 2* delle *Regulation* del 1994 che richiama il considerando n. 16 della Direttiva.

³⁹ L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario*, cit., p. 452 ss.

⁴⁰ R. BROWNSWORD, (a cura di) *Good faith in contract: concept and context*, Dartmouth, 1999, reputa che la teoria delle aspettative ragionevoli possa essere utilizzata per recepire il concetto di buona fede

«Una tale interpretazione, infatti, è in contrasto con i principi di buona fede e correttezza come ormai facenti parte del tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico.

In questa ottica deve, infatti, – ancora una volta – ribadirsi che l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale – la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica, proprio per il suo rapporto sinergico con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all'art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce forza normativa e ricchezza di contenuti –, applicabile, sia in ambito contrattuale, sia in quello extracontrattuale.

In questa prospettiva, si è giunti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (v. S.U. 15.11.2007 n. 23726 ed i richiami ivi contenuti). Calato, poi, nell'ambito contrattuale, va affermato che il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase.

La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte» (Cass., sez. III, 5 marzo 2009, n. 5348).

1.6. Le conseguenze della violazione

a) *Buona fede e invalidità*⁴¹. Da alcuni si è teorizzato che la violazione della regola di buona fede può comportare la nullità o comunque l'inefficacia del contratto⁴² e si

nel diritto inglese; v. A. LORDI, *Autonomia privata ed equilibrio contrattuale*, in www.jus.unitn.it/cardofo/Review/Contract/Lordi1.html. Su uno dei pochi precedenti giurisprudenziali in tema di clausole abusive e di contrarietà alla buona fede v. ancora L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *op. cit.*, p. 461, ove si riferisce sul caso (Director General of Fair Trading - First National Bank) deciso (nel 2000) in primo grado dalla Chancery division della High Court e in secondo grado dalla Court of Appeal la quale applica il criterio di contrarietà alla buona fede tenendo conto della “gravità degli obblighi” della “sorpresa” e della “superiorità del potere contrattuale della banca” (p. 463). La pronuncia della House of Lords è improntata alla massima cautela sul requisito della buona fede. Si reputa non necessario un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia e si mostra piena consapevolezza della emersione della clausola nel contesto europeo. La Corte tuttavia “non riesce a dissipare la sensazione che i giudici inglesi siano restii a sfruttare a fondo le potenzialità dello strumento”, così L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *op. cit.*, p. 466.

⁴¹ Riprendo qui alcune osservazioni già contenute nel saggio *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 62 ss.

è osservato, di recente, che la clausola è lo strumento prioritario per garantire la giustizia del contratto (attraverso l'azione prevista dall'art.1418 c.c.). Sono convinto che debba essere rettificato tale orientamento che è tratto, in Italia, da una interpretazione non convincente di alcuni precedenti giudiziari.

Anzitutto la sentenza di legittimità, in tema di abuso di voto di un socio di maggioranza, che reputa illegittima tale manifestazione di volontà ai sensi dell'art. 2377 e dell'art. 1375. La sentenza, a ben vedere, non dichiara l'invalidità della delibera in base alla violazione della buona fede, ma con riferimento alla norma che sanziona la contrarietà dell'atto alla legge o allo statuto. L'art. 1375 integra, nella motivazione, il giudizio sui contegni del socio ed ha, nel contesto della pronuncia, una funzione integrativa del precetto che prevede espressamente la invalidità dell'atto collegiale⁴³. Più ambigua è una recente pronuncia sulla clausola del contratto di leasing che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna⁴⁴. Ma l'ambiguità è contenuta solo nella massima, ove si dice che tale clausola viola il principio di buona fede ed è pertanto invalida. Se si legge con attenzione la motivazione, si trae che la Corte valuta la causa e la meritevolezza di tale pattuizione entro il tipo sociale del *leasing*, dichiarando per tale carenza la nullità. Il riferimento alla buona fede è solo un *obiter dictum*, non determinante del giudizio. E la successiva sentenza⁴⁵, sullo stesso tema, ripete il precedente giudizio senza aggiungere alcunché di nuovo. D'altra parte le recenti decisioni⁴⁶ sulla riducibilità di ufficio della clausola penale non introducono elementi utili sul nostro problema. La prima riafferma il ruolo centrale della buona fede nella valutazione dell'atto di autonomia, ma entrambe collegano la riduzione *ex officio* ad un potere del giudice che ha la sua fonte nell'art. 1384 c.c., il quale garantisce l'adeguatezza e la proporzione della sola sanzione dell'illecito che la penale è destinata a prevenire o reprimere. Sicché è assai dubbia una sua estensione analogica⁴⁷.

La verità è che la buona fede anche nelle motivazioni delle pronunzie della Corte di Cassazione italiana che si sono richiamate, integra le norme di validità e assume un ruolo, decisivo, nel coordinare la disciplina dell'atto e dei contegni e nel ripensare gli elementi strutturali dei nuovi rimedi. La sua violazione, di per sé, non comporta nullità del contratto, ma risarcimento dei danni, come si evince dall'art.

⁴² v. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423: «non può suscitare scandalo che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire, in base all'art. 1418 comma 1°, la nullità del contratto o, a norma dell'art. 1419, di singole sua clausole. Da quando la Cassazione ha equiparato il dolo omissivo al dolo commissivo può dirsi acquisito che la violazione della buona fede precontrattuale può produrre effetto invalidante del contratto»; dello stesso autore, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, ivi, 1996, p. 1 ss. Su questa scia si avviano ora alcuni giovani autori v. E. M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 654; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 519, il quale richiamando ancora F. GALGANO e l'idea della nullità per violazione della buona fede osserva: «quando manca una norma di legge che “disponga diversamente”, la violazione di una norma imperativa comporta nullità, quale forma generale di invalidità a norma dell'art. 1418, comma 1°».

⁴³ v. Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329.

⁴⁴ Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081.

⁴⁵ Cass., 6 giugno 2002, n. 8222, in *Danno e resp.*, 2002, p. 941.

⁴⁶ Cass., 24 settembre 1999, n.10511, in *Foro it.*, 2000, c.1929 ss.; e da ultimo Cass., sez. un., 23 giugno-13 settembre 2005, n. 18128, in *Guida al Diritto*, 2005, 38, p. 34 ss.

⁴⁷ V. invece in questo senso M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, cit., p. 524.

1338 del Codice civile italiano⁴⁸ e da una recente sentenza della Cassazione italiana⁴⁹. In essa si precisa che le norme di comportamento a carico di operatori del mercato possono avere natura di ordine pubblico, ma lo strumento di una loro ricezione non è la nullità virtuale. Per una ragione espressa in modo chiaro nella motivazione. L'art. 1418 1° comma "attiene ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardano la struttura e il contenuto del contratto (art. 1418 2° comma)". Mentre "i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale ... e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto...; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista del legislatore"⁵⁰. Tutto ciò esclude il richiamo della nullità⁵¹ la quale esprime sempre la necessaria "inidoneità dell'atto" alla produzione di effetti stabili e permanenti".

b) *Buona fede e inefficacia*. Diverso è il problema della possibile inefficacia di una clausola per effetto della inesigibilità di un contegno in mala fede. In tal caso "la clausola negoziale è improduttiva di effetti non in quanto tale, ma *ab-extrinseco*, per la violazione dell'art.1375, ciò perché "avuto riguardo alle circostanze del caso concreto è contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola"⁵².

c) *La correzione del regolamento*. Più delicata è la possibilità di correzione o integrazione da parte del giudice, secondo il criterio suggerito dall'art. 4:119 dei Principi di diritto europeo dei contratti. In base a quel modello il giudice, su domanda della parte legittimata all'annullamento, può "*modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza*"⁵³. È noto che nei vari ordinamenti nazionali il problema è affrontato in modo diverso⁵⁴, mentre la dottrina italiana si è divisa a lungo a seconda del valore che si riconosce alle fonti legali nella disciplina del contratto⁵⁵. Anche se l'evoluzione del pensiero ha avvicinato molto le posizioni. Fra chi reputa che l'integrazione può far emergere "quelle conseguenze che appartengono alla normalità dell'operazione economica, in esso espressa"⁵⁶ e chi ipotizza fonti concorrenti nella costruzione del

⁴⁸ G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, 4, p. 915, e ora in G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, cit., p. 166. ss., p. 181 ss.

⁴⁹ v. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, con commento di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 892 ss., confermata da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. contr.*, 2008, 2, p. 104 ss.

⁵⁰ Vedila in V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore*, cit., p. 910.

⁵¹ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia: Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, p. 210.

⁵² Così E. SCODITTI, *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 131; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, *ivi*, 2003, p. 214. V. anche Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, nota di C.M. BARONE.

⁵³ *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. Castronovo, cit., p. 289 ss.

⁵⁴ *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 294 ove si rinvia all'art. 1161 del *Code civil* francese, all'art. 1118 del codice civile lussemburghese, all'art. 3:54 BW, al § 935 ABGB, al § 31 del codice civile portoghese, al § 36 della legge sui contratti dei Paesi nordeuropei e in Danimarca, al diritto giurisprudenziale belga, all'art. 1450 del codice civile italiano.

⁵⁵ V. sul punto C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, nel *Trattato dei Contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1020 ss.

⁵⁶ G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 281 ss.

regolamento contrattuale⁵⁷, si teorizza uno “svolgimento coerente della logica impressa dalle parti ... realizzato attraverso l'imposizione di atti e modalità esecutive conformi a quanto la prassi consolidata degli affari ritiene corretto e perciò dovuto”⁵⁸.

Questo esito concettuale aiuta la soluzione del problema.

Se la buona fede è considerata nella giurisprudenza italiana⁵⁹ ed europea⁶⁰ una regola di governo della discrezionalità del potere dei contraenti⁶¹ e se essa, come si è detto, integra, in certi casi, le stesse norme di validità, non è affatto azzardato affermare che il giudice possa, in alternativa o in conseguenza dell'annullamento di parte del contenuto, operare quelle modifiche conformi alla intrinseca razionalità dell'operazione voluta dalle parti e rese obbligatorie dalla necessità di un agire corretto in quel determinato contesto. Ancora, il dubbio⁶² se il ruolo della clausola sia interno all'atto di autonomia o ad esso esterno in funzione di controllo, si attenua in considerazione della concreta *ratio* delle norme⁶³.

Queste considerazioni, tratte dalla disciplina generale del contratto, aiutano ad interpretare l'art. 140 del Codice di consumo ove al punto 1 lett. B, è riprodotto il testo dell'art. 3 della legge n. 281 del 1998, fissando il potere di richiedere al giudice di “adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate”. È noto che non si trae con certezza dalla legge se tale provvedimento possa essere chiesto solo dalle associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'art. 137 o anche tramite le azioni individuali dei singoli consumatori. Il dubbio deriva dal testo del n. 9, ove si precisa che “fatte salve le norme sulla litispendenza, continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni”⁶⁴. Il testo della norma potrebbe far pensare ad un doppio binario di tutela,

⁵⁷ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

⁵⁸ P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 360. C. SCOGNAMIGLIO (*L'intergrazione*, cit., p. 1022, nota 10), reputa che “l'evoluzione della posizione di questo Autore – rispetto a quella assunta in precedenza nel volume *Gli Istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1970, p. 257 ss. – sarebbe di per sé sufficiente a tracciare le coordinate evolutive del problema dell'integrazione nella recente dottrina civilistica italiana”.

⁵⁹ V. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296 (caso Fiuggi) e in particolare le sentenze sulla riduzione d'ufficio della clausola penale Cass., 24 settembre 1999, n. 105111, ivi, 2000, I, c. 1929 e Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n.18128, in *Guida al diritto*, 1 ottobre 2005, n. 38, p. 34 ss.

⁶⁰ V. per il riferimento delle Corti francesi a forme di solidarismo contrattuale D. COHEN, *La bonne foi contractuelle éclipse e renaissance*, in AA.VV., *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 523 ss. Per le corti inglesi, High Court, 26 giugno 2003, e Court of Appeal, 21 maggio 2004, in esecuzione del caso *Courage* deciso da Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 76.

⁶¹ V. G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 750 ss.

⁶² C. CASTRONOVO, *Prefazione*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XXXVII; ID., *Autonomia privata e costituzione*, in *Europa dir. privato*, 2005, p. 49, nota 39, e G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, cit., p. 758.

⁶³ V. G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, cit., p. 136-140.

⁶⁴ V. il commento di S. BENUCCI, *sub artt. 139, 140, 141*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

con diversi contenuti, ma un'interpretazione sistematica della norma porta a una conclusione diversa che può seguire questi passaggi argomentativi.

L'art. 2 del Codice del consumo riconosce e garantisce i diritti *anche e non solo* in forma collettiva e associativa. L'art. 140 n. 1 consente alle associazioni di richiedere l'inibizione di atti e comportamenti lesivi, e l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. L'art. 140 n. 9 fa salvo il diritto ad azioni individuali che va interpretato tenendo conto della evoluzione dottrinale e giurisprudenziale nazionale e del principio elaborato dalla Corte di giustizia ed espresso ora nell'art. 47 della Carta dei diritti. Come si è già detto, la norma e il principio che essa riafferma esigono che si dia attuazione, in Europa, alla pretesa di un rimedio efficiente, inteso come pretesa ad adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato⁶⁵.

1.7. La buona fede nella fase di trattative e della conclusione

Occorre chiarire due aspetti.

- In quale momento sorge il dovere di condotta.
- Se l'azione di responsabilità è esperibile quando il contratto è già concluso.

La norma attribuisce rilevanza a qualsiasi condotta dell'agente "volta ad incidere su di un consenso contrattuale della vittima" e su una condotta finalizzata alla conclusione del contratto. Sicché per trattativa si deve intendere qualsiasi attività collegata ad un futuro contratto.

Più difficile è stabilire quale ruolo rivesta la regola dell'art. 1337 quando il contratto è già concluso.

Si può ritenere anzitutto che la slealtà, conosciuta dalla controparte, sia superata dall'accordo che è stato concluso successivamente. Ma ciò in mancanza di un accertamento specifico da svolgersi nel rispetto dell'onere della prova che incombe sulle parti non elimina il problema della compatibilità fra regola di responsabilità precontrattuale e contratto concluso.

Si è ritenuto sino ad un passato recente che la stessa configurabilità di un'azione ai sensi dell'art. 1337 sia preclusa dalla intervenuta conclusione del contratto⁶⁶. Ma tale convincimento è stato contraddetto da una parte della dottrina e da una più recente e convincente giurisprudenza di legittimità, oggi confermata da una pronuncia delle Sezioni Unite⁶⁷.

La Cassazione⁶⁸ si è pronunciata sulla mancata osservanza, da parte di intermediari finanziari, degli obblighi di informazione posti dalla legge 2.1.1991 n. 1. E il ragionamento svolto ha seguito le seguenti fasi:

⁶⁵ G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 60.

⁶⁶ Cass., 16 aprile 1994, n. 3621, in *Corr. giur.*, 1994, p. 986, nota VITTORIA.

⁶⁷ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., p. 104 ss.

⁶⁸ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.

a) tali regole attengono alla fase delle trattative e la loro inosservanza non può determinare nullità anche se hanno carattere imperativo. Ciò perchè “l’art. 1418 e il richiamo della contrarietà a norme imperative quale causa di nullità postula che esse attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardino cioè la struttura o il contenuto del contratto (1418 2° comma)”. Mentre “i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l’esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale” Sicché la loro “eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norma violata, non può dar luogo alla nullità del contratto a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore”.

b) Si afferma inoltre che non è affatto vero che una volta concluso il contratto non vi sia più possibilità di ottenere un risarcimento dei danni ai sensi dell’art. 1337. Tale idea, si osserva, si fonda sul presupposto che la rilevanza di tale norma si esaurisca nella sola ipotesi in cui il comportamento abbia impedito la conclusione del contratto o abbia determinato un contratto invalido o inefficace. “Da qui l’idea che la conclusione precluda ogni questione relativa all’osservanza degli obblighi imposti alle parti nel corso delle trattative, in quanto la tutela sarebbe affidata, a partire da quel momento, alle sole norme in tema di invalidità o inefficacia”.

c) In verità “la rilevanza dell’art. 1337 va ben oltre l’ipotesi dell’ingiustificata rottura delle trattative e assume il valore di una clausola generale il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa”. Essa implica “il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alle parti ogni dato rilevante conosciuto o conoscibile”. Ne deriva che “la violazione di tale regola non può non assumere rilievo anche quando il contratto posto in essere sia valido e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto” (1440).

d) Tale conclusione comporta una diversa valutazione del danno risarcibile. In caso di mancata conclusione del contratto sarà dovuto il solo interesse negativo (spese e occasioni perdute) per aver confidato senza colpa nella realizzazione dell’accordo (1338 c.c.). Quando invece il danno derivi “da un contratto valido ed efficace ma “sconveniente” il risarcimento deve essere individuato ... nel minor vantaggio o nel maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni”.

Tale ragionamento è del tutto convincente ed è preferibile l’idea, *non condivisa da tutti*, che la conclusione di un contratto valido ed efficace non sia di ostacolo all’azione di responsabilità promossa ai sensi dell’art. 1337.

L’orientamento, come accennato, è stato confermato da una pronuncia a Sezioni unite della Corte di Cassazione⁶⁹.

Di fronte a norme che impongono obblighi senza precisare le conseguenze della violazione si trattava di indicare il rimedio consentito dal sistema. La Suprema Corte utilizza una semplificazione utilissima. La violazione determina nullità se l’obbligo incide sulla struttura e gli elementi essenziali dell’atto; genera responsabilità se incide su un comportamento delle parti. Ma la vera novità è un’altra.

⁶⁹ Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., p. 104 ss. Vedi anche Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, 2, c. 440.

Si precisa che le regole di validità non esauriscono ogni altra valutazione sui contegni posti in essere nella fase formativa e che la responsabilità precontrattuale o contrattuale può essere affermata anche in presenza di un contratto già concluso e valido.

Ciò significa riconoscere che, a fianco delle norme sui vizi del consenso e la rescissione, coesiste ed opera una regola duttile e primaria che impone di informare, di non approfittare, di non porre in essere pratiche sleali e ingannevoli. In tal caso, pur essendo il contratto concluso e valido ma pregiudizievole per effetto di tali contegni, è possibile richiedere il risarcimento dei danni sofferti. La novità rispetto al passato anche recente è chiara. Si riteneva e si ritiene che le norme di validità esauriscano e assorbano ogni altra valutazione e che sia dunque impossibile affermare il dovere di risarcire per fatti posti in essere prima di un contratto concluso e valido. Ciò sarebbe contrario ad un'esigenza di certezza e stabilità delle relazioni giuridiche. Ma il giudicato delle Sezioni Unite fa oggi chiarezza con una pronunzia che sottende una precisa *ratio*.

Si tende, in presenza di comportamenti scorretti, a conservare il contratto e a riequilibrare l'operazione economica con il risarcimento che può avere una precisione chirurgica secondo una linea coerente con il principio del cumulo dei rimedi affermato nelle fonti e nei principi europei. La Corte di Giustizia europea, nel caso *Courage*, in presenza della domanda di risarcimento di una parte di un contratto viziato da nullità ha ritenuto possibile cumulare le due azioni superando la tradizione di *civil law* ove "l'invalidazione è destinata a prevenire e sostituire il risarcimento"⁷⁰. Ancora, nel testo di *Common frame of reference* si afferma con chiarezza la cumulabilità dei rimedi che non siano fra loro incompatibili (art. III- 3:102), secondo una logica che ammette, in caso di lesione di un interesse protetto, tutte le tutele che sia possibile esperire salvo le ipotesi di incompatibilità logica.

Certo un tale indirizzo necessita di correttivi che è già possibile prefigurare. Innanzi tutto contro il timore di un' eccessiva discrezionalità del giudice occorre ricordare due aspetti.

Il giudice deve accertare su impulso di parte l'esistenza di un comportamento scorretto e ciò in base ad un giudizio, non di fatto ma di diritto secondo un procedimento e una motivazione che è censurabile sotto il profilo della legittimità. Sicché l'accertamento della buona o male fede è regola di diritto al pari di qualsiasi altro giudizio.

D'altra parte, la vicenda andrà esaminata in base alle circostanze specifiche e alla concreta condotta di entrambe le parti. Se la conclusione del contratto è avvenuta con la piena consapevolezza di entrambi i contraenti dell'esistenza di comportamenti scorretti non si potrà poi sollevare la violazione della buona fede senza *venire contra factum proprium*.

Queste ed altre accortezze sono del tutto idonee a consentire giudizi equilibrati e ragionevoli.

⁷⁰ Così A. DI MAJO, *Le obbligazioni*, cit., p. 141.

«I comportamenti illegittimi tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, quale che sia la natura della norma violata, essendo estranei alla fattispecie negoziale, non danno luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore, come nel caso dell'inefficacia delle clausole vessatorie non oggetto di specifica trattativa nei contratti dei consumatori» (Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, cit.).

«La violazione del dovere di comportamento secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto rileva non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido, ma anche quando il contratto concluso sia valido» (Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, cit.).

«Nel caso di conclusione di valido contratto il risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale va ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento scorretto» (Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, cit.).

«La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può, però, determinare la nullità del contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.» (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.).

1.8. Responsabilità e contratto valido: la svolta giurisprudenziale

1.8.1. Regole di responsabilità e di validità

La Corte di Cassazione, a sezioni unite, ha pubblicato alla fine del 2007⁷¹ due sentenze che debbono essere segnalate per il rigore e l'equilibrio nel tracciare i confini fra le vecchie categorie e i nuovi rimedi.

Il caso concerne i contratti di investimenti e la violazione degli obblighi di informazione ⁷²posti a carico degli intermediari finanziari, ma la decisione va oltre tale vicenda e offre un ripensamento decisivo sul rapporto fra regole di responsabilità e di validità e sull'obbligo di buona fede nella fase pre-contrattuale.

Cerchiamo di cogliere gli aspetti più significativi cominciando dal primo.

Come è noto la legge pone a carico degli intermediari finanziari obblighi di informazioni sempre più accentuati e analitici ma non si è mai pronunciata espressamente sulla nullità dei contratti conclusi in violazione di tali doveri. Ciò a partire dall'art. 6 della legge n. 1 del 1991, poi sostituito dall'art. 23 del d.lgs n.58 del 1998, sino al recentissimo d.lgs n.164 del 2007 che attua le Direttive MIFID. Da qui la diversità di soluzioni in ordine al trattamento di tali contratti e la decisioni recenti che si aprono al futuro con una riflessione attenta sulle tradizionali categorie.

Sono note le opinioni diverse espresse di recente dai giudici di legittimità.

Una prima sentenza della Cassazione aveva privilegiato la responsabilità e il risarcimento perché, si era detto, i comportamenti delle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità non può dar luogo a nullità⁷³.

Una successiva ordinanza⁷⁴ ha rilevato, invece, l'erosione costante, nella legislazione speciale, della netta distinzione fra regole di responsabilità e di validità e ha sottolineato come spesso la violazione di doveri di comportamento è sanzionata dalla legge con la nullità dell'atto. Si è posto così in discussione il precedente e ha vacillato l'idea che la nullità non possa essere affermata per la violazione di un dovere di tenere un determinato contegno ⁷⁵.

Le Sezioni Unite hanno inteso riaffermare la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità. Con un correttivo importante.

Si osserva che la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, non determina nullità ma responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto quando non siano correttamente adempiuti il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente.

Ciò si ricava da un attenta ricognizione dei principi del codice civile e in particolare dell'obbligo di buona fede, esaminato come vero prototipo delle regole di comportamento. Di tali norme (1337 e 1375 c.c.) si precisa il contenuto e le

⁷¹ Cass. sez. un. 19 dicembre 2007 n.6725 e 6724. Nel testo si farà riferimento in particolare alla prima.

⁷² V.sul punto in questa Rivista G.Vettori, Contratti di investimento e rimedi, in *Obb.cont.*,2007,10,785 ss.

⁷³ Cass. 29 settembre 2005, n.19024, in *Foro it.*, 2006,I,11005, con nota di Scoditti.

⁷⁴ Cass. (ord.) 16 febbraio 2007, n. 3683.

⁷⁵ Per questa vicenda G.Vettori, *Contratti di investimento e rimedi*, cit,785 ss.

conseguenze. Si ribadisce il loro valore di “principio immanente dell’intero sistema giuridico” che ha base nel dovere di solidarietà fissato nell’art. 2 della Costituzione e si ricorda che la violazione di quella clausola generale si può riflettere in casi specifici sugli effetti dell’atto (determinando annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione), ma non produce mai nullità radicale pur avendo carattere imperativo.

La conclusione è che la violazione della correttezza determina, in ogni caso, responsabilità (contrattuale o pre-contrattuale) ed eventuale risoluzione del contratto. Ed è ovvio, secondo la Corte, il perché.

“ Il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo ..legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”.

Né tale considerazione è vanificata, secondo i Giudici di legittimità, dalle novità legislative in base ad un argomento convincente. L’evoluzione della legislazione speciale che spesso ingloba nelle regole di validità la violazione della buona fede e dei doveri di comportamento non è di per sé decisiva per un motivo chiaro. Dalle norme speciali non si può ricavare un principio applicabile a settori diversi e nulla autorizza a trarre dalle nuove disposizioni, contenenti per lo più nullità speciali, regole generali in contrasto con la impostazione del codice civile.

Resta da rimarcare un aspetto decisivo della motivazione. Un chiarimento che supera la tradizionale partizione dogmatica se solo si ha la pazienza di dedicare una lettura attenta alla motivazione. Vediamola da vicino.

La sentenza ha piena consapevolezza che l’area delle “norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto (art. 1418, comma 1,) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo”. Si osserva che vi sono comprese sicuramente anche “le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto” e il lettore deve fare attenzione a questo passaggio.

Se la norma vieta di stipulare l’atto di autonomia, continua la Corte, siamo al “di fuori di comportamenti afferenti alla fase di conclusione o di esecuzione”, poiché in tal caso “non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso bensì il tenore della clausola in esso prevista”.

Ebbene se si leggono contro luce queste osservazioni si trae che la distinzione tradizionale fra norme di comportamento e di validità è utilizzata ma corretta (anche se in modo non chiarissimo). Dalla motivazione si può comunque trarre il seguente ragionamento.

La violazione di regole di comportamento nella fase di conclusione ed esecuzione del contratto genera, di massima, una responsabilità. Può accadere che la legge vieti, senza disporre l’invalidità, un risultato negoziale attraverso la rilevanza di alcune circostanze soggettive e in tal caso occorre distinguere.

La *clausola contraria al divieto* può essere dichiarata nulla ai sensi dell’art. 1418 1 comma c.c. in base ad una valutazione da operare, caso per caso, confrontando la *ratio* della norma con il risultato programmato⁷⁶ dalle parti. Il *comportamento formativo*

⁷⁶ Tutto ciò sollecita l’abbandono di molti schemi logici del passato e pone al centro della riflessione la *ratio* della norma e l’adeguatezza del rimedio che essa configura. Per decidere sulla nullità o meno si dovrà accertare se la legge non disponga una conseguenza diversa (art.1418 1° comma), se in divieto rappresenta la finalità essenziale per la protezione dell’interesse, se vi è congruenza fra

o *esecutivo* di tale assetto va valutato, invece, in base al dovere di buona fede (1337 e 1375 c.c.) per accertare l'esistenza di una responsabilità e di un danno⁷⁷.

Con questa chiave di lettura la motivazione è condivisibile perché fondata su di una premessa non espressa dalla sentenza ma logicamente necessaria.

Ogni assetto di interessi privato va esaminato come **atto** ,in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei **conegni formativi ed esecutivi** in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronunzia di responsabilità . Ciò perchè la disciplina dell' atto e dei conegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità⁷⁸.

Questa consapevolezza è del tutto innovativa, nelle pronunzie dei legittimità, come innovativo è il ruolo che si assegna alla responsabilità pre-contrattuale.

La sua coesistenza con la validità del contratto e dunque il suo cumulo con le regole di validità è una svolta radicale della giurisprudenza che si affianca alla dottrina che da tempo aveva sollecitato tale orientamento⁷⁹.

1.8.2. La coesistenza fra contratto valido e la responsabilità per la violazione della buona fede nelle trattative.

La novità vera è dunque questa.

Le regole di validità non esauriscono ogni valutazione sui conegni della parti nella fase formativa del contratto. Anzi. A fianco delle norme rigide sui vizi del consenso, sulla incapacità e sulla rescissione coesiste e opera una regola duttile e primaria che impone di *non approfittare , di non usare pratiche sleali ingannevoli o aggressive*⁸⁰. Sicché la partizione tradizionale (fra regole di comportamento e di validità) esce innovata e potenziata.

Tutto ciò non è affatto un ritorno alla tradizione.

In passato , e in alcune opinioni recenti, non si giustificava altro controllo sui conegni formativi quando il contratto era già stato concluso. Ciò perché si diceva che le norme di validità avrebbero in tal caso assorbito ogni altro giudizio⁸¹.

Gli argomenti utilizzati erano sostanzialmente due. Da un lato si era osservato che la responsabilità per scorrettezze pre-negoziali, in presenza di un contratto

invalidità dell'atto e protezione degli interessi tutelati. Ne segue che la distinzione fra atto e comportamento, validità e responsabilità, deve essere adattata alla complessità delle fonti e agli interessi protetti. V. per tali aspetti G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano,1995,43; Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli,1983;Id.*Nullità (diritto civile)*, in *Enc.giur.*,XXI, Roma,1990;Scalisi, *Invalidità e inefficacia: Motalità assiologiche della negoziazione*, in *Riv.dir.civ.*,2003,,2,210; G.Vettori, *Contratti di investimento e rimedi*, cit.787,788.

⁷⁷ G.Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., p.46-56; Id. *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv.dir.priv.*,2003.

⁷⁸ G.Vettori, *Anomali e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*,cit.46.

⁷⁹ Sul punto Scoditti,*Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*,2006,I,1105.

⁸⁰ v. già Cass.7.3.2007 n.5273 e la massima riferita nella nota n.21

⁸¹ V. in particolare F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*,Napoli, 1983,171; Cariota-Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*,Napoli,1961,p.28; P.Barcellona, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*,Milano,1962,p.209 ss.; V.Pietrobon, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*,Padova,1963,p.104 ss.

valido, avrebbe eroso la certezza e stabilità dei rapporti spostando il controllo della libertà contrattuale, dalle fattispecie di validità al dovere di buona fede di incerta individuazione⁸². Dall'altro si era sostenuto addirittura che la coesistenza di un illecito in presenza di contratto di trasferimento valido avrebbe comportato “ un eclissi nella coscienza dei valori che si connettono alla libera circolazione dei beni”⁸³.

Ma è proprio tale considerazione che è esclusa dalle Sezioni Unite.

Dalla sentenza emerge con chiarezza che è sempre possibile un rimedio risarcitorio (ai sensi dell'art. 1337 c.c.) quando “ il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto”.

Con ciò si vuol ribadire due aspetti fondamentali.

La “risarcibilità del danno da scorrettezza”⁸⁴ in “ funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto” è “ compatibile con il principio di certezza e stabilità dei fatti giuridici”, perché validità e responsabilità “operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione”⁸⁵. Le prime regole concernono la struttura e dunque gli “effetti del titolo rilevante per l'ordinamento e per i terzi”⁸⁶; stabiliscono, insomma, la validità e l'efficacia immediata e prevalente di un acquisto compiuto nel rispetto della legge di circolazione⁸⁷.

Le seconde, ai soli fini risarcitori, valutano un comportamento in mala fede dell'acquirente. Tale giudizio non incide sul controllo strutturale dell'atto di autonomia o sulla formazione della proprietà e può essere considerato un “eclisse nella coscienza dei valori”⁸⁸ solo da chi non era in sintonia, già allora, con il sistema e il diritto vivente affermato, ora, dalle Sezioni Unite della Cassazione⁸⁹.

Ma seguiamo ancora la motivazione della Corte che “vuol dare continuità” ad una precedente pronuncia del 2005.

⁸² G. D'Amico, “ Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996,245 ss.; Id., Buona fede “in contrahendo”, in Riv.dir.priv.,2003,351 ss.:

⁸³ Così testualmente A. Gambaro, Il diritto di proprietà ,in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1995,p. 744-745.

⁸⁴ E. Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale, op. cit.

⁸⁵ E.Scoditti, op. cit.

⁸⁶ E.Scoditti, op..cit.; e G.Vettori, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit. p. 98 ss.

⁸⁷ G.Vettori, voce “Opponibilità” ,in Enc. Giur. ,1999,p.11.

⁸⁸ A.Gambaro, Il diritto di proprietà, cit., p. 745.

⁸⁹ Per quanto mi concerne avevo utilizzato la distinzione fra atto e comportamento nell'analisi degli strumenti di controllo della libertà contrattuale (G.Vettori, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit. p. 83 ss:) e lo stesso schema avevo impiegato per analizzare la responsabilità del secondo acquirente in mala fede (G.Vettori, Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza, Milano, 1986, 163; Id Voce Opponibilità, in Enc.giur.,1999,p.11). Tale metodo è stato oggetto di un perfido e sciatto commento che considerava “la distinzione fra il regime dell' atto e la valutazione del comportamento” una “trappola nominalistica”, meritevole di ogni riprovazione. (A.Gambaro, Il diritto di proprietà, cit. p. 745 nota). La sentenza delle Sezioni Unite è la migliore risposta a quelle velenose critiche.

1.8.3. Le asimmetrie informative e la regola di buona fede.

Nel caso di asimmetria di tipo informativo i problemi sono essenzialmente due: quando scatta l'obbligo di informazione e quali conseguenze sono ipotizzabili per la violazione⁹⁰.

La soluzione del primo quesito dipende da alcune variabili dell'affare, dalla natura dell'informazione (se questa concerne ,ad esempio, un profitto di chi deve informare o una perdita di chi deve essere informato) e dalla qualità delle parti (se uno o entrambi sono professionisti)⁹¹, ma dipende anche dal ruolo che si riconosce alla buona fede.

Le Corti inglesi continuano a distinguere la violazione di un diritto dalla violazione di un obbligo morale, in ossequio alle legittime aspettative del mondo degli affari⁹². I giudici continentali sono invece sensibili al dovere di correttezza⁹³ e la sentenza in esame attribuisce ad essa un compito primario .

Quanto alle conseguenze della violazione la Cassazione ha un'idea precisa ,come si è chiarito. Il contegno scorretto “assume rilievo non soltanto nel caso di rottura delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede”.

Nel leggere la motivazione si ha l'impressione di un felice sintesi fra passato e futuro in un ottica rimediabile⁹⁴.

Per capire che cosa intendo, con questa espressione, è necessario ricordare ⁹⁵ che un tale approccio non incide sull' *an* della protezione ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale ma intende fornire un piano di tutela

⁹⁰ G.Vettori, Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di comportamento, cit.

⁹¹ V.Roppo, L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo, in Riv.dir.priv.,2004,4,p.p.753-757. Il diritto comunitario si propone di eliminare ogni barriera conoscitiva fra professionista e consumatore e affida spesso al contratto il compito di trasmettere le informazioni indispensabili al corretto funzionamento del mercato e all'equilibrio dei rapporti.

⁹² R.Goode, Il diritto commerciale del terzo millennio, Milano,2003,p.23ss,51 ss.

⁹³ v. da ultimo Cass.7.3. 2007 n.5273 che da rilievo (parlando di *exceptio doli generalis seu praesentis*) al dolo “come rimedio di carattere generale utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, e diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti ..paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogniquale volta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto...ovvero abbia avanzato richieste di pagamento *prima facie* abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di *venire contra factum proprium*”

⁹⁴ v. U.Mattei, I Rimedi, in I diritto soggettivo, nel Trattato di diritto civile ,dir.da R. Sacco,Torino, 2001, p.105ss.;A. Di Majo, Il linguaggio dei rimedi, in Europa dir. priv.,2005,2,p.341 ss.;Id,Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi, ivi, 2007, p 2 ss.;D. Messinetti, Sapere complesso e tecniche rimediali, ivi, 2005, p.605 ss.;P.G. Monasteri, Ripensare il diritto civile, Torino, 2006, p.

⁹⁵ U.Mattei, op. cit. ,p.108.

adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare.

Proprio seguendo questo metodo la Cassazione in tema di responsabilità precontrattuale disciplinata dall'art.1337 c.c. ha recepito risultati indicati da una parte della dottrina⁹⁶ foggiano *un nuovo ed efficiente rimedio contro la slealtà, l'abuso e la mala fede* nella fase precedente la stipulazione del contratto.

Nella sentenza si stabilisce che il risarcimento è “ il mezzo per correggere il risultato lesivo dovuto al contegno scorretto”⁹⁷. Da qui la conseguenza che il giudice deve ripristinare non solo l'interesse negativo, ma l'interesse positivo della parte vittima del comportamento in mala fede a non “ essere coinvolto nelle trattative di un contratto valido ma sconveniente”. Sicchè il danno deve essere commisurato al “minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una parte”⁹⁸.

La ratio è chiara.

Si tende a conservare l'operazione economica e la validità dell'accordo e a riequilibrare il contratto attraverso il risarcimento che può avere, si è detto, una precisione chirurgica.

A ben vedere tale indirizzo è espressione della tendenza radicata alla espansione del rimedio per equivalente che esalta il valore economico dell'affare sino a prevalere sul controllo giuridico dell'atto. Ma passaggi ulteriori possono essere tracciati.

Superato il dogma dell'egemonia della fattispecie e attribuita autonoma rilevanza ai contegni formativi ed esecutivi del regolamento è in questa area che si devono valutare squilibri e scorrettezze . Resta da precisare la natura di questa responsabilità.

6.8.5 L'obbligo di informazione fra fattispecie e comportamento.

Le sentenze del 2005(n.19024) e del 2007 (n.26724) 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 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 azzerà il comportamento. La dichiarazione negoziale che contrasta con elementi noti o conoscibili all'altra parte non esonera da responsabilità.

⁹⁶ mi permetto di richiamare ancora G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit. p. 83 ss ma in particolare v. Benatti, *Culpa in contraendo*, in *Contratto e impr.*,1987,298 , e Mantovani, “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995 a cui si deve la più compiuta ricostruzione concettuale sul punto Cass.29 settembre 2005,n. 19024 e il commento di M. Franzoni, *La responsabilità pre-contrattuale:una nuova stagione*, in *La responsabilità civile*,2006,4,p.295 ss.

⁹⁷ M.Franzoni,op.cit.,p.299

⁹⁸ Cass. 29 settembre 2005,n. 19024, cit.; V. anche C.Turco, *L'interesse negativo nella culpa in contraendo* (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano), in *Riv.dir.civ.*,2007,194.

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 privati⁹⁹.

Le conseguenze di tale sviluppo teorico sono chiaramente tracciate e resistono alle critiche recenti di una parte dei Giudici e della dottrina che sollecitano l'intervento delle Sezioni unite sul punto e, più in generale, sulla concretizzazione della clausola generale di buona fede¹⁰⁰.

Gli argomenti utilizzati dai critici come si vedrà 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 rapporto¹⁰¹.

Tale impostazione rigidamente formalista ha due difetti. Esaurisce la valutazione giuridica alla sola conformità ad una struttura, contro le acquisizioni della dottrina maturate dagli anni settanta in poi¹⁰² e vanifica il valore autonomo della clausola generale che dovrebbe essere concretizzata entro i confini già dettate dalle norme esistenti. Il che è smentito sin dagli anni sessanta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità¹⁰³.

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 informazione¹⁰⁴. 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*)

⁹⁹ 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.

¹⁰⁰ Così E.Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass.8 ottobre 2008, n.24795 in *Foro it.*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 contraendo"*, in *Riv.dir.priv.*,2003, 351 ss.

¹⁰¹ Così E.Scoditti, op. loc.cit.

¹⁰² v. da ultimo G. Benedetti, *La rescissione*,

¹⁰³ 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.

¹⁰⁴ Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (estensore Rordorf), in *Foro it.*, 2010

1.9. Tipologia della condotta

Il recesso ingiustificato dalle trattative.

Esiste un orientamento consolidato in giurisprudenza che individua due aspetti per la valutazione di illegittimità del recesso.

a) la parte deve aver potuto contare su di un affidamento legittimo sulla conclusione del contratto. Sicché vi debbono essere stati elementi non equivoci di carattere obbiettivo tali da qualificare la legittimità dell'affidamento in base alla qualità e quantità dei rapporti intercorsi. Avrà rilievo dunque la frequenza dei contatti, l'aver preso in esame tutti gli elementi essenziali del contratto, l'aver redatto una minuta, l'aver consegnato la cosa o versato parte del prezzo e così via.

b) il recesso non deve essere conforme a buona fede e ciò si verificherà, ad esempio, "quando non è verificabile alla luce di circostanze oggettive" e si basi solo su di una diversa valutazione di convenienza che poteva essere operata prima di proseguire i contatti. Legittimo sarà invece il recesso giustificato da sopravvenienze esterne che non rendono più conveniente l'affare.

Dalle opere più significative sul contratto si trae la seguente casistica.

a) Doveri di informazione.

"La parte che conosce (o dovrebbe conoscere) dati rilevanti per la valutazione del contratto da parte dell'altro contraente e sa (o dovrebbe sapere) che questa invece li ignorava ha il dovere di informare la controparte"¹⁰⁵. Occorre però delimitare tale doverosità perché non ogni reticenza è illecita.

Tra il dovere di informare sui soli fatti che siano capaci di incidere sulla validità o sull'efficacia (1338) e il dovere di fornire sempre e comunque ogni informazione occorre attribuire un ruolo alla buona fede nel selezionare ciò che deve essere oggetto di un'informazione. Il giudizio non è sempre facile ma esistono doveri speciali in determinati settori di attività (operatori finanziari, coloro che intendono e debbono proporre un OPA, i contratti dei consumatori).

b) Dovere di verità, che si specifica in un dovere di chiarezza, di segretezza, di custodia.

c) Conclusione di un contratto non conveniente perché frutto di inganno (1440) o di un errore anche non essenziale ma determinato da un'omessa o falsa informazione.

d) L'ambiguità.

1.10. Natura della responsabilità precontrattuale

È un problema controverso da sempre. In Francia, ove "si può estendere il campo della responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art.1382 e si restringe la colpa contrattuale all'inadempimento del contratto" si propende per la natura extracontrattuale.

¹⁰⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 180 ss.

In Germania, invece, “si restringe l’illecito alla lesione di un diritto assoluto e si estende la figura della colpa contrattuale all’inadempimento di qualsiasi obbligazione” sicché si fa discendere la responsabilità pre-contrattuale da un obbligo provvisorio assunto con il fatto di prendere parte ad una trattativa”.

La Corte di Giustizia¹⁰⁶ si è pronunciata per la natura extracontrattuale.

La Cassazione italiana propende per la natura extracontrattuale e le Sezioni Unite¹⁰⁷ hanno manifestato un preciso orientamento. Se la parte non ha qualificato l’azione di responsabilità, deve ritenersi proposta l’azione di responsabilità extracontrattuale tutte le volte che non sia emersa una precisa scelta del danneggiato in favore di quella contrattuale”. Sicché per aversi responsabilità contrattuale occorre che la domanda “sia fondata sull’inosservanza di una precisa obbligazione contrattuale”.

Si deve ricordare peraltro che le recenti sentenze in tema di distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale inducono a ripensare questo orientamento. Significativo è quanto affermato da una sentenza delle Sezioni unite della Cassazione¹⁰⁸: “È opinione oramai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta (1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l’obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto ... ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall’inesatto adempimento di un’obbligazione preesistente quale ne sia la fonte” ... In base a tale ricostruzione la giurisprudenza ha ritenuto che sussista responsabilità contrattuale anche “in presenza di violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto bensì) di semplice **contatto sociale**, ogni qual volta l’ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento” (si pensi ad esempio al medico dipendente della struttura ospedaliera: Cass., sez. un., 15 gennaio 2006, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, n. 849; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Resp. e risarcimento*, 2006, fasc. 6, 64; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Foro it. Online*; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, 2479; Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332; o, ancora, al sorvegliante dell’incapace: Cass., 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, 49). “Ne deriva che la distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest’ultima consegua dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l’inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto.”

Secondo tale ricostruzione, che è sicuramente condivisibile, fra le parti di una trattativa è possibile riconoscere l’esistenza di un rapporto qualificato da un obbligo di comportamento secondo buona fede (1337 c.c.). Sicché è preferibile affermare la natura contrattuale di tale responsabilità.

In questi termini si sono pronunciate anche due recenti sentenze del 2011¹⁰⁹.

¹⁰⁶ CGCE, 17 settembre 2002, in *Giur. It.*, 2003, p. 1321.

¹⁰⁷ Cass., S.U., 12 marzo 2001, n. 99, in *Danno e resp.*, 2001, p. 580, nota BONA.

¹⁰⁸ Cass., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1706, nota A. DI MAJO.

¹⁰⁹ Cass., 21 novembre 2011, n. 24438 e Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

Entrambe muovono dal presupposto che la domanda di risarcimento del danno si fonda sulla lesione dell'affidamento riposto nella buona fede e correttezza di controparte prima della conclusione del contratto.

Diversa è l'argomentazione da cui è dedotta l'applicabilità delle regole contrattuali.

La prima sentenza in ordine cronologico fa riferimento al *contatto* tra le future parti del contratto, sancendo la maggiore vicinanza della situazione di fatto a quella disciplinata dalle regole contrattuali: "la responsabilità a base della domanda di risarcimento non è qualificabile come contrattuale, cui si avvicina perché consegua al "contatto" tra le future parti per la stipula del contratto e alle scorrettezze del committente, con rilievo ai fini della disciplina della prova applicabile che è quella dell'art. 1218 c.c., ma non può, per la stessa ragione, neppure parificarsi a quella meramente extracontrattuale"¹¹⁰.

La seconda pronuncia, intervenuta a distanza di circa un mese da quella appena segnalata per mano dello stesso estensore, prosegue nel ragionamento. Il rapporto che si instaura tra le parti durante le trattative "è ben distinto dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti"¹¹¹.

Più corretto è parlare di contatto sociale qualificato, con individuazione della fonte nell'art. 1173 c.c. e conseguente applicabilità delle regole contrattuali: "la responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, presenta tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c., sicché deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità, abbia l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno"¹¹².

Perplessità, tuttavia, sorgono leggendo il proseguo della motivazione che rimane sibillina sotto il profilo dell'onere probatorio.

Coerentemente con la natura contrattuale, l'attore non sarà tenuto a provare l'elemento soggettivo, non essendo rilevanti, come elementi costitutivi dell'illecito il dolo o la colpa.

A rigor di logica, l'attore dovrebbe provare esclusivamente il contatto ed il danno subito, allegando la violazione della clausola generale di buona fede. Tuttavia, al momento dell'enunciazione del principio di diritto, residua un'incertezza proprio su quest'ultimo aspetto: "la parte che agisce per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede"¹¹³.

E' opportuno comunque precisare che si tratta di arresti isolati. Successivamente, la giurisprudenza è tornata a ribadire la sua posizione tradizionale sulla natura aquiliana della responsabilità precontrattuale¹¹⁴.

¹¹⁰ Cass., 21 novembre 2011, n. 24438

¹¹¹ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

¹¹² Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

¹¹³ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

¹¹⁴ Cass., 10 gennaio 2013, n. 477.

Giurisprudenza

Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

La domanda di accertamento della responsabilità precontrattuale è validamente proposta sulla base della rappresentazione di elementi di fatto idonei a dimostrare la lesione della buona fede tenuta dalla parte nel corso della vicenda, e con ciò dell'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c.. La citata disposizione, infatti, delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti. La violazione di quest'obbligo particolare, dunque, costituisce un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173 c.c.. Sulla base di queste premesse, l'interpretazione della domanda, compiuta dal giudice di merito, appare giuridicamente corretta e immune da censure. Quanto alla mancata allegazione del profilo della colpa, va ricordato che questa corte è da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale, nella quale, conseguentemente, il danneggiato deve dimostrare - oltre al danno sofferto - solo la condotta antiggiuridica, e non anche la colpa (tra le molte, in particolare, Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, e Sez. un. 26 giugno 2007 n. 14712).

Come si è già osservato, la responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, presenta tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c., sicchè deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità, abbia l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno.

Il motivo, pertanto, deve essere rigettato in base al principio che, in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste nell'art. 1173 c.c..

1.11. La buona fede nella esecuzione del contratto

L'art. 1375 prevede che il contratto deve essere eseguito in buona fede.

Nella fase esecutiva del rapporto, la tendenza giurisprudenziale non è meno netta. Scorrettezze, eccezioni di dolo, abuso del diritto hanno un riconoscimento esplicito entro l'area della clausola di buona fede *in esecutivis* con funzione correttiva. La massima della Cassazione è ancora chiarissima ed è volta ad attribuire al rimedio efficacia generale.

È utile richiamare il contenuto di una recente pronuncia¹¹⁵.

La violazione del dovere di comportamento imposto dal principio di buona fede (art. 1375) è già di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno cagionato a causa della violazione medesima. Esso opera, quindi, come un criterio di reciprocità che, nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale, costituisce specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" tutelati dall'art.2 Cost.: la sua rilevanza si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; la buona fede, quindi, si pone come governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di ragionevolezza.

Si distingue una figura di dolo commessa al tempo della conclusione del contratto (*seu praeteriti*) volta ad ottenere l'annullamento o il risarcimento del "danno prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede"¹¹⁶ da una figura diversa e generale. *L'exceptio doli generalis (seu praesentis)* che è indicato appunto come "rimedio generale, diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento", con un preciso fondamento. Contenere "azioni giudiziarie pretestuose o palesemente malevole, intraprese, cioè, all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri o contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui". La casistica richiama il contegno di chi tace "nella prospettiva della fattispecie controversa situazioni sopravvenute alla fonte negoziale modificative o estintive del diritto fatto valere (Cass., 1 ottobre 1999, n. 10864, in *Contratti*, 2000, 139), richieste di pagamento risultanti prima facie abusive o fraudolente in caso di contratto autonomo di garanzia (Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. Not.*, 1999, 1271), divieti di *venire contra factum proprium* (Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Foro it.*, 1985, I, 2050)¹¹⁷. L'ambito della clausola è dunque esteso con un unico limite ancora non varcato.

Si hanno ancora dubbi, forse giustificati, nell'ammettere l'eccezione in caso di diritto a lungo esercitato ma non prescritto e nell'ipotesi di eccezione di nullità di un atto che ha prodotto effetti di cui la parte si è giovata senza aver eccepito alcunché per un lungo periodo di tempo.

Si può solo concludere che le clausole generali sono uno strumento utile e rigoroso la cui centralità è espressamente richiamata nella relazione annuale del Primo Presidente della Corte di Cassazione dell'anno 2007, ove si osserva che la buona fede non può non avere un'attenzione privilegiata in vari settori e con varie modalità:

- come valutazione dei contegni in tutta la fase antecedente e successiva all'atto di autonomia (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, 78);

¹¹⁵ Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Giur. it.*, 2005, p. 1810, nota SORRENTINO.

¹¹⁶ Cass., 7 dicembre 2007, n.5273, in *Guida al diritto*, 2007, 20, p. 64.

¹¹⁷ Vedi l'elenco dei precedenti in Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Guida al diritto*, 2007, 20, p. 64.

- come mezzo di tutela rafforzata del cittadino nei confronti del gestore di servizi pubblici (Cass., 8 novembre 2007, n. 23304, in *Foro it. Online*).

- Come principio che può addirittura incidere sul reparto dell'onere probatorio. Nei contratti bancari (Cass., 10 maggio 2007, n. 10692 e Cass., 2 febbraio 2007, n. 2317, entrambe in *Foro it. Online*) in tema di validità della pattuizione di interessi ultralegali viene ribadita “una definizione rigorosa dell'onere della prova a carico della banca, fondata oltre che sulla necessità del rispetto del principio della buona fede, sul principio di prossimità della prova, che informa tutte le tipologie di contratti caratterizzate da una forte asimmetria informativa e documentale tra le parti”.

- Come regola di condotta non solo di diritto sostanziale ma anche “di diritto processuale capace di precludere condotte abusive del creditore nella fase di tutela giudiziale contrastanti anche con il principio del giusto processo”(Cass., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, 1514, nota di A. Calmieri, R. Pardolesi)¹¹⁸.

2. L'abuso del diritto.

2.1. Clausole generali e giudizio di legittimità.

Dalle ultime relazioni sullo stato della giustizia civile emerge una grande attenzione dei Giudici di legittimità per le clausole generali. La buona fede è valorizzata in ogni fase dell'atto di autonomia dalla conclusione¹¹⁹(con una svolta dogmatica) e esecuzione (*sull'exceptio doli generalis*)¹²⁰ al suo esercizio in concreto (abuso)¹²¹ mentre la persona¹²² diviene criterio generale di valutazione sistematica.¹²³

¹¹⁸ v. V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007*, Roma, 25 gennaio 2008, p. 445-46.

¹¹⁹ Cass. sez.un. 19 dicembre 2007 n. 26725 (e 2674) vedila in *Obb.cont.* 2008,2, con commento di G.Vettori, Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, p. 1 ss. Come al solito la prassi agevola e consente la evoluzione di aspetti essenziali del diritto dei privati. Ciò che è accaduto è noto e non va sminuito con timide o reticenti letture. Di fronte a norme che impongono obblighi senza precisare le conseguenze della violazione si trattava di indicare il rimedio consentito dal sistema. La Suprema Corte utilizza una semplificazione utilissima. La violazione determina nullità se l'obbligo incide sulla struttura e gli elementi essenziali dell'atto genera responsabilità se incide su un comportamento delle parti. Ma la vera novità è un'altra. Si precisa che le regole di validità non esauriscono ogni altra valutazione sui contegni posti in essere nella fase formativa e che la responsabilità precontrattuale o contrattuale può essere affermata anche in presenza di un contratto già concluso e valido..

¹²⁰ Cass. 7 marzo 2007, n. 5273 in *Foro it. On-line*

Nella fase esecutiva del rapporto la tendenza giurisprudenziale non è meno netta. Scorrettezze, eccezioni di dolo, abuso del diritto hanno un riconoscimento esplicito entro l'area della clausola di buona fede *in executivis* con funzione correttiva. La massima della Cassazione è ancora chiarissima ed è volta d attribuire al rimedio efficacia generale. Si distingue una figura di dolo commessa al tempo della conclusione del contratto (*seu praeteriti*) volta ad ottenere l'annullamento o il risarcimento del “danno prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede” da una figura diversa e generale. *L'exceptio doli generalis (seu praesentis)* che è indicato appunto come “rimedio generale ,diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento”, con un preciso fondamento . Contenere “azioni giudiziarie pretestuose o

Tutto ciò prelude ad un vero e proprio manifesto sull'apporto della giurisprudenza di legittimità nella fase attuale del nostro ordinamento. Il quale, si osserva, si caratterizza per una pluralità di fonti, espressa chiaramente nell'art. 117 della costituzione, che è causa di due fenomeni tra loro connessi: "la de-codificazione e la de-patrimonializzazione" ossia il venir meno di un unico testo che attribuisca giuridicità agli interessi e l'affermarsi del rilievo centrale della persona nella sua rilevanza anche non patrimoniale¹²⁴. Da tutto ciò emerge secondo la Corte il fondamento attuale del nostro ordinamento.. "come assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice"¹²⁵.

2.2. Il segno dei tempi

Dico subito che condivido questo orientamento e che considero l'attività della Corte, e del suo Presidente, un apporto alto alla scienza giuridica italiana ed europea. Ciò è accaduto grazie ad una precisa opzione culturale e ad una percezione del proprio tempo entrambe segno di grande lucidità intellettuale.

Gran parte della teoria giuridica del 900 ha dedicato, a lungo, attenzione al diritto come struttura, come un insieme di regole che fissano in modo rigido i poteri e il

palesamente malevole, intraprese, cioè, all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri o contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui". La casistica richiama il contegno di chi tace " nella prospettazione della fattispecie controversa situazioni sopravvenute alla fonte negoziale modificative o estintive del diritto fatto valere (Cass. n.10864 del 1999) richieste di pagamento risultanti prima facie abusive o fraudolente in caso di contratto autonomo di garanzia (Cass. n.3964 del 1999), divieti di venire contra factum proprium (Cass. 5639 del 1984).

¹²¹ D'altra parte si delinea la figura dell'abuso di diritto in una pluralità di casi assai significativi. Dal congedo parentale usato in modo illegittimo (16207-08), al frazionamento del credito (15476-08) o di un atto negoziale per perseguire un risparmio fiscale (25374-08) sino ad individuare un principio antielusivo delle imposte nelle norme costituzionali in tema di capacità contributiva e di progressività della tassazione (S.U. 30057-08 e in particolare Cass.18 settembre2009,n.20106)V. Carbone, Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007, Roma, 2008,p.45-46.

¹²² V. V.Carbone, Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008, www.Cortedicassazione.it; Id. Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009,ivi; Senese, La risposta dei giudici italiani al conflitto tra gli ordinamenti, Editoriale scientifica, 2008. V. altresì S.U. 27310-08, e 7472-08

¹²³ Cass.27145-2008 e già 21748-2007 e da ultimo 11.5.2009 n. 10741 .

¹²⁴ così Cass. 11 maggio 2009 n. 10741 In tale assetto " la Corte di cassazione assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti per la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema che ...si configura come semi-aperto perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su clausole generali e cioè su indicazione di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche (buona fede, solidarietà,funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito dei una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto anche mediante l'individuazione (là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi". In tal modo si evita sia il rischio di inadeguatezza di una sistema chiuso sia il rischio di un sistema aperto " che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata"

¹²⁵ Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, cit.

loro corretto esercizio.¹²⁶ secondo il metodo del positivismo logico e in sintonia con l'idea che il nuovo Stato e le sue fondamenta meritavano rispetto come “unica fonte del diritto” senza contaminazioni funzionali o esterne.¹²⁷

Agli inizi degli anni 70 tutto ciò è mutato radicalmente sulla base della consapevolezza, sempre più avvertita, che una descrizione esclusivamente strutturale delle parti di un oggetto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue con chiarezza dagli altri.¹²⁸

Ciò che è accaduto dopo è cronaca, ma, a ben vedere, la distinzione fra teorie strutturali e teorie funzionali e la necessità di un uso equilibrato dei due metodi conserva intatto il suo valore¹²⁹ e in tale percezione sta la lungimiranza della Corte¹³⁰ che non sceglie di ripristinare filtri di socialità ma richiama il confronto fra libertà e limite attraverso una consapevolezza nuova.

Centrale diviene l'attenzione ai *comportamenti e al risultato conseguito*, prima sacrificati dalla preminenza di regole strutturali.

La causa concreta diviene strumento comune nell'emersione dei presupposti negoziali e criterio di selezione degli interessi non patrimoniali¹³¹. La frode e l'elusione sono repressi con attenzione al risultato conseguito¹³². La distinzione fra regole di responsabilità e di validità rivendica l'autonomia dei contegni in buona o mala fede, anche in presenza di un contratto già concluso e valido¹³³, la teoria dell'illecito e del danno abbandona limiti di struttura per aprirsi alle percezioni di valori e interessi nuovi¹³⁴.

Ed è in questa ottica che si valorizza la figura dell'abuso. Vediamo come.

2.3. Le sentenze di legittimità..

L'ultima sentenza sul tema¹³⁵ contiene alcune conferme e alcune ombre che emergono anche ad una prima lettura.

¹²⁶ N.Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007. Si tratta della riedizione dell'opera classica di Bobbio con prefazione di M.G. Losano.

¹²⁷ M.G. Losano, prefazione a N.Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit.p.VI

¹²⁸ M.Ricciardi, op. cit.

¹²⁹ sul rilievo primario della funzione v. ora A.Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in Riv. dir. comm., 2009, p.412 ss.

¹³⁰ v. da ultimo le illuminanti osservazioni di G.Benedetti, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in Riv. trim.dir.proc.civ., 2007, p.15 ss.; e ancora M.G.Losano, Prefazione a Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit.p. VI. Alla fine del secolo con l'avvento della società postindustriale le teorie neoliberiste che “chiedevano meno funzione promozionale dello Stato e più funzione selettiva del mercato” hanno mostrato ben presto i loro limiti. Le vicende recenti ci ricordano che il problema non era e non è di ridurre il ruolo dello Stato ma di ridefinire le sue finalità, le sue direzioni di spesa e di assegnazione di risorse. Il problema non era e non è se lo Stato debba intervenire, ma come debba intervenire. La politica doveva e deve scegliere quali libertà finanziare e quali no perché i diritti dei singoli hanno un costo a carico di tutti e la “re-distribuzione operata dalla legge deve avvalersi delle norme di incentivo di protezione e di indirizzo”

¹³¹ Cass. 8 maggio 2006, n. 10490.

¹³² Cass. 4 aprile 2003, n. 5324.

¹³³ Cass. sez.un.19 dicembre 2007, n.26275, cit.

¹³⁴ Cass. sez.un.11 novembre 2008, n.26972.

¹³⁵ Cass. 18 settembre 2009, n. 20106

Le conferme ribadiscono il ruolo della buona fede “come strumento per controllare lo statuto negoziale” con riferimento al potere di autonomia e al suo legittimo esercizio. La percezione di questo principio pur in assenza di una norma esplicita sull’abuso si trae da una nutrita serie di casi concreti e da una serie di pronunzie tutte univoche e conformi verso un unico risultato¹³⁶.

Il criterio dell’abuso di diritto si integra con quello della buona fede oggettiva per valutare la condotta delle parti perché “ il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determina il suo abusivo esercizio”.

Da qui la critica, giustificata, al formalismo del giudice di merito e la precisazione di conseguenze ulteriori nella individuazione dei poteri del giudice “nel valutare le scelte imprenditoriali delle parti”.

Centrale è insomma il ruolo della buona fede e dell’interpretazione.

Si ricorda che la prima ha carattere di autonomo dovere che fa nascere diritti e si afferma che l’altra esige una ricostruzione del contenuto negoziale,tenendo conto degli specifici obblighi contenuti nel contratto e dei doveri e diritti sorti per l’esistenza, appunto, della buona fede¹³⁷.

Alla Corte di Appello che esalta il principio della libertà economica la sentenza contrappone i criteri generali della buona fede, della lealtà e della correttezza. Ma qui cominciano le ombre. Esaminiamole una per una.

- a) Secondo la sentenza “ il controllo e l’interpretazione dell’atto di autonomia deve tener presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di *supremazia* di una di esse e di eventuale *dipendenza anche economica*, dell’altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata”.
- b) Ciò deve avvenire “in funzione del temperamento degli opposti interessi” attraverso un controllo non politico ma ispirato ai canoni di *ragionevolezza* la quale esige in un rapporto conflittuale di valutare “*la proporzionalità dei mezzi usati*” nella specie nell’esercizio del diritto di recesso.
- c) Il controllo sull’atto deve dunque spingersi a valutare se “ il recesso *ad nutum* previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti”, utilizzando tutto il materiale probatorio acquisito.
- d) Nel caso poi di una “ provata *disparità di forze fra i contraenti*, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica”.
- e) Queste conclusioni rendono irrilevante e superfluo il rilievo della applicazione analogica della legge (18 giugno 1998 n. 172 art. 9) e della

¹³⁶ Cass. 8 aprile 2009 n. 8481; Cass. 20 marzo 2009 n. 6800; Cass. 5 marzo 2009, n.5348; Cass. 4 maggio 2009, n. 10182; Cass. 6 agosto 2008, n. 21250; Cass. 17 ottobre 2008, n. 29776; Cass. 4 giugno 2008,n. 14759; Cass. 11 maggio 2007, n.10838. v. altresì abuso del diritto di voto nelle società, abuso della personalità giuridica, del recesso dal contratto di apertura di credito, della compensazione nel rapporto di conto corrente bancario, nel contratto di mediazione Cass. 5 marzo 2009, n. 5348, nel contratto di sale lease back Cass. 8 aprile 2009,n.8481, in materia tributaria Cass. sez.un. 23 ottobre 2008, nn.30055,30056,30057,

¹³⁷ v. in proposito G.Vettori, L’interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR), in Riv.dir.priv.,2008,4,p. 675 ss.

normativa di rapporti tipici quali l'agenzia, o di rapporti assai diffusi nella prassi come la concessione di vendita.

Tutte queste considerazioni hanno alcuni pregi e un difetto di fondo. L'eccesso di parole che unisce e avvicina regole e principi diversi per motivare un risultato esatto, ma avvolto in una crisalide troppo massiccia e sbrecciata che non consente di ricavare con precisione il principio di diritto cui il giudice di merito deve attenersi nel giudizio di rinvio. Per ridare spessore al discorso occorre togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti e in ciò la pulizia dei concetti è sicuramente utile.

2.4. L'abuso di diritto in Italia e in Europa.

Le critiche alla teoria dell'abuso di diritto muovono dalla distinzione fra titolarità ed esercizio scandita in una sequenza logica stringente.

L'esistenza di un diritto implica di "pre-stabilire gli effetti giuridici di una data condotta" sicché titolarità ed esercizio sono concetti complementari,¹³⁸ perché se "la condotta è conforme al diritto si produrranno gli effetti programmati se la condotta è difforme gli effetti non si produrranno".

D'altra parte l'esercizio del diritto può essere illecito in base ad un diverso schema formale ma allora non ha più senso parlare di abuso e anche il richiamo alla buona fede sarebbe improprio.

A ben vedere la lucidità dell'analisi strutturale convince solo a metà perché non è idonea ad escludere la ragionevolezza del risultato conseguito dalla teoria dell'abuso. Rende solo tale pensiero più complesso inducendo a spingersi ancora più avanti nella chiarezza delle regole e degli strumenti utilizzabili.

Uno sguardo sistematico può essere utile, richiamando quanto già scritto altrove¹³⁹.

È noto che il § 226 del BGB vieta l'esercizio del diritto quando vi sia scopo di nuocere alla altra parte. La disposizione ha avuto poca fortuna perché richiede la prova dell'intento esclusivo di danneggiare e la giurisprudenza ha sviluppato forme di controllo dell'esercizio del diritto facendo leva sul § 826, in tema di illecito, e sul § 242, in tema di buona fede. Si è elaborata così un'imponente casistica che ha influenzato molti altri ordinamenti. Ne cito alcuni solo per evocare la dimensione del problema.

In Grecia l'art. 248 vieta l'esercizio del diritto quando si ecceda in modo manifesto i limiti imposti alla buona fede e al buon costume o le finalità socio-economiche del diritto. In Portogallo l'art. 334 ripete per lo più tale precetto e in Spagna nella Riforma (1974) delle Disposizioni preliminari del codice civile all'art. 7 si prevede ancora l'obbligo di esercizio del diritto conforme alle esigenze della buona fede. Anche in Olanda nel recente codice civile (1992) si dispone all'art. 13, che non si

¹³⁸ v. ora M.Orlandi, Contro l'abuso del diritto, in questa Rivista, ma anche A.Gentili, Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche in Riv.dir.comm.,2009,I,403 e , naturalmente, il classico saggio di P.Rescigno,L'abuso di diritto, in Riv.dir.civ.,1965,I,205; e di recente C.Restivo,Contributo ad una teoria dell'abuso di diritto, Milano, 2007.

¹³⁹ V. G. Vettori, Diritto Privato e ordinamento comunitario, Milano, 2009, p. 116 ss. il cui testo è qui in parte riprodotto.

possa compiere atti di esercizio che si traducano in abuso e si formula una tipologia, impiegando diversi criteri di valutazione suggeriti dalla prassi¹⁴⁰.

Nei paesi dove non si è espressamente disciplinata, la figura dell'abuso si è sviluppata sul piano giurisprudenziale. È successo così in Francia, in Belgio¹⁴¹ e in Italia dove si afferma¹⁴² che l'abuso «è una violazione della buona fede e consiste nel contegno del contraente che esercita il diritto per uno scopo diverso da quello che è preordinato dalla legge o dal contratto». Solo nei paesi di *common law* non esiste una «autonoma elaborazione della teoria» dovuta all'analoga difficoltà di accogliere la nozione di buona fede.

L'abuso è infine previsto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale nell'art. 54¹⁴³ disciplina l'abuso di diritto e delle libertà e dispone che *nessuno può esercitare un diritto o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute e può imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella Carta*¹⁴⁴.

Tutte queste norme¹⁴⁵ evocano la teoria dell'abuso¹⁴⁶ in modo diverso in Italia e in Europa.

È noto come la dottrina sia divisa nel riconoscere alla figura la forza di un principio o la espressione solo di una sintesi verbale priva di autonomia rispetto alla buona fede¹⁴⁷. Si sottolinea la peculiarità di uno scopo o di limite interno al diritto¹⁴⁸, ma in tal modo ci si muove nella nebulosità più assoluta perchè l'esercizio corretto non è abuso e l'esercizio scorretto è illecito e non è abuso¹⁴⁹.

In realtà il concetto acquista maggior significato se si muove da una considerazione precisa.¹⁵⁰

Di abuso si può parlare quando attraverso una situazione soggettiva di vantaggio si leda un diritto altrui e ogni analisi sul punto è condizionata dal concetto di diritto soggettivo e dal controllo dell'atto di autonomia. La consapevolezza della storicità di queste nozioni non è compatibile con una indefinita limitazione interna che lascia

¹⁴⁰ Per una sintesi efficace delle diverse discipline v. ora M.GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 24 ss.

¹⁴¹ V. M.GESTRI, *Abuso del diritto e Frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p.40 ss.

¹⁴² Cass.16 ottobre 2003, n.15492, in *Foro it.* 2004, c.1845 ss.; ma v. anche Cass. 11 novembre 2000, *id.*, 2001, I, c.2374; 14 luglio 2000, n. 9321, n. 15592, *id.* 2000, I, c. 3495.

¹⁴³ Il 1 dicembre 2009 è entrato in vigore il Trattato di Lisbona e con esso ha acquisito piena efficacia giuridica la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

¹⁴⁴ v. M.GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 45 ss e 183 ss.

¹⁴⁵ V. G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p.678; ID., *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, cit., p.29ss.

¹⁴⁶ v. S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2-3, 2003, p.291 ss.; S.BARTOLE-B.CONFORTI-G.RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, *sub art.* 17, commento di C. PINELLI.

¹⁴⁷ Da un lato si limita la potenzialità precettiva della buona fede alla valutazione del comportamento (U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p.55 ss.) dall'altro se ne esalta anche una funzione di ampliamento del contenuto dell'obbligazione (S.RODOTÀ, *voce Diligenza (dir.civ.)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1967, p. 365).

¹⁴⁸ così U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso di diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 19 ss.

¹⁴⁹ M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv.dir.civ.*, 1923, p. 105 e 209 ss.; ID. *Premessa a L'abus de droit*, Padova, 1979, p XI-XV; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 262

¹⁵⁰ v. così testualmente in G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1983, p. 62-65.

inalterata la loro struttura la quale, al di là di un'erosione puramente interna¹⁵¹ si presenta diversa a seguito di una diversa configurazione del rapporto soggetto-ordinamento che ne costituisce la base dogmatica¹⁵².

Questo giudizio colpisce esercizi la cui riconducibilità ad un potere o a un diritto è solo esterna, rilevando una insufficienza di una giustificazione che il riferimento al potere o al diritto può non far supporre in astratto, ma che l'ordinamento non rinuncia mai a far valere in concreto¹⁵³.

Ciò significa che ogni riferimento all'abuso è racchiuso in una pluralità di prospettive, perché la liceità dell'azione non inizia là dove finisce una configurazione astratta della figura soggettiva, ma si scontra, nella realtà dell'ordinamento, con una serie di doveri che condizionano positivamente l'esercizio e la stessa definizione strutturale del potere. Il richiamo alla carica di principio dell'abuso potrà offrire, in tale quadro, quelle valutazioni che, dall'esterno, completano la conformazione della situazione soggettiva con un giudizio di liceità del comportamento o del risultato.

Se è così l'analisi del contesto nazionale e comunitario chiarisce il senso e il ruolo della figura. L'abuso è criterio utile di valutazione ma racchiude giudizi, criteri e regole diverse fra loro. Reprime contegni illeciti e richiama, in tal caso, la teoria dell'illecito. Reprime intenti e risultati elusivi attraverso la nullità di tali atti. Pone in luce approfittamenti e lesioni che sono racchiusi in rimedi contrattuali. Sanziona distorsioni della concorrenza con un rinvio a specifiche regole e competenze. Si sovrappone nella disciplina della libertà di contratto alla buona fede, duplicando, in modo pressoché totale, il contenuto precettivo della clausola.

Tutte queste regole e tutele non possono essere unificate o confuse occorre invece distinguere e fissare orientamenti precisi muovendo dal tipo di atto e di rapporto concreto e dai rimedi esperibili. Ciò per un motivo chiaro.

L'abuso di un diritto o di una libertà è un principio che si vince dall'ordinamento interno e comunitario, ma richiede per essere operativo la precisazione di una regola (non creata ma trovata nel sistema) e la individuazione dei rimedi, a volta a volta, esperibili nella fattispecie concreta. Sul punto è opportuno soffermarsi per uno schematico e incompleto inventario.

2.5. Abuso e elusione tributaria

Sulla scia di precedenti sentenze la Corte di Cassazione trae dai principi di capacità contributiva (art.53, Cost. comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost. comma 2) un generale principio antielusivo in base al quale si prevede che " il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere

¹⁵¹ F. ROMANO, voce *Obbligo* (noz.gen.) in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1977, p.501 ss.

¹⁵² P.Barcellona, *Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento*, in *Studi in onore di S.Pugliatti*,vol.I,Milano,1978,p.77; e G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., p. 66 ss.

¹⁵³ Sulla possibile riconduzione della figura dell'abuso alla teoria dell'illecito F.D.BUSNELLI, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 - 212; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, 1997, p.11; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 15 e 18 ove si colloca sistematicamente l'abuso nel criterio di ingiustizia del danno;ma v. ancora le pagine di P. RESCIGNO, *L'abuso di diritto*, cit., p. 68.

un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale"¹⁵⁴.

La **regola** è ri-costruita nel sistema in dialogo con la Corte di Giustizia europea.

Sin dal caso Halifax¹⁵⁵ la Corte ha precisato che "atti e comportamenti delle parti nella loro reciproca connessione possono essere considerati abuso del diritto o di forme giuridiche" quando le operazioni relative non "si spiegano altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali"¹⁵⁶. Poco dopo la Corte di Cassazione italiana¹⁵⁷ ha richiesto, ai sensi dell'art.234 CE, se il carattere abusivo vi sia in presenza di un atto posto in essere con il *solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale* o anche quando l'operazione abbia essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale e dunque *le ragioni economiche diverse dal vantaggio fiscale siano assolutamente marginali o irrilevanti*. La risposta della Corte è netta. La sentenza Halifax non ha inteso affatto fissare nell'unico scopo del vantaggio fiscale la condizione di esistenza dell'abuso ma ha solo sottolineato che nel caso di specie si era superata "la soglia minima che consente di qualificare una pratica abusiva. La corretta interpretazione della Direttiva induce a riconoscere una pratica abusiva " qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale dell'operazione o delle operazioni controverse. E non poteva essere che così nell'applicare secondo criteri di ragionevolezza un criterio, l'abuso, che vuole colpire un risultato elusivo con una attenzione alla funzione sostanziale dell'atto e non ad un requisito formale che contrasterebbe con la ragione di fondo del rimedio.

Il rimedio individuato è altrettanto chiaro. L'inopponibilità all'Amministrazione dell'atto elusivo che è adottato dal legislatore in altre norme sul tema (L. n. 408 del 1990 art. 10 comma 1, poi modificato dalle leggi n. 724 del 1994 ,all'art. 28, e n. 662 del 1996 ,all'art. 3 comma 26, nonché da ultimo dalla L. n. 38 del 1997 all.art.7). Si può solo ricordare che il risultato non sarebbe stato diverso se la Corte italiana avesse fatto riferimento alla normativa interna sulla frode alla legge o alla causa concreta del contratto che hanno entrambe di mira un risultato vietato e non un intento o un requisito formale esistente¹⁵⁸.

2.6. L'abuso della libertà contrattuale.

Non è dubbio che si può avere abuso anche di una libertà e della libertà di contratto in particolare ma ciò esige un chiarimento sulle regole e i rimedi utilizzabili per non smarrire la retta via.

¹⁵⁴ Cass. sez.un. 23 dicembre 2008, n. 30057 e già Cass. n. 10257/08 e Cass. n.25374/08 ,tutte in Foro it. On-line. Ciò anche quando una specifica norma antielusiva abbia "espressamente preso in considerazione" e tipizzato alcuni benefici fiscali in epoca successiva ai fatti oggetto di esame perché " esiste nell'ordinamento costituzionale *un principio per il quale non è lecito utilizzare abusivamente e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono create norme fiscali (lato sensu) di favore*"

¹⁵⁵ Corte Giust. 21 febbraio 2006 C-255/02, Halifax e a. in Racc. 2006 p. I-1609

¹⁵⁶ così il § 75 della motivazione

¹⁵⁷ Cass. ord. 10 marzo 2006 in Foro it- on-line

¹⁵⁸ i senso contrario su questo punto A.Gentili, Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche, cit. p.414 sulla base della non condivisibile affermazione che " nella qualificazione dei fatti giuridici la funzione è decisiva solo se univoca" e dunque " Nell'ambiguità o plurivocità della funzione, la struttura riprende il sopravvento". Non è affatto così, ci sembra, quando la funzione diviene criterio di valutazione della liceità di un atto o di un comportamento.

La regola. I Giudici nazionali e gli Organi dell'Unione europea hanno ripensato nel profondo i presupposti della fattispecie contrattuale basata sulla parità sostanziale delle parti. Da un lato il lento processo di studio sulla uniformazione del diritto dei contratti in Europa ipotizza un *"common fundamental principles of Europea contract law ..in particular where a contract is concluded with a weaker party"* dall'altro la giurisprudenza si è spinta molto in avanti.¹⁵⁹ La Corte costituzionale tedesca sin dal 1993 ha dato rilievo ad una "strutturale soggezione di una parte"¹⁶⁰, le Corti francesi ricorrono alla buona fede per attuare forme di solidarismo contrattuale¹⁶¹, l'High Court e la Court of Appel in Inghilterra hanno dato rilievo in Inghilterra alla disuguaglianza di potere contrattuale¹⁶², in attuazione di quanto è affermato dalla Corte di Giustizia nel caso Courage che considera rilevante l'inferiorità grave di una parte nei confronti dell'altra¹⁶³. La Cassazione italiana precisa ora che nel caso di una "provata *disparità di forze fra i contraenti*, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica"¹⁶⁴. Questa osservazione è condivisibile Ma richiede un chiarimento. La disparità e l'abuso sono criteri giuridici di valutazione di cui si deve precisare le conseguenze e l'analisi lambisce di nuovo le tutele.

I rimedi. L'invalidità. E' bene ricordare che la nullità è prevista espressamente dalla legge perchè coinvolge la posizione delle parti e di tutti quei terzi coinvolti nella eliminazione del titolo, basta pensare alla circolazione del bene ed agli effetti indiretti e riflessi dell'atto di autonomia. Questo conflitto è risolto dall'ordinamento con una regola che giustifica la riprovazione radicale del risultato programmato e degli effetti per la presenza di un difetto di struttura, di una immoralità o della illiceità dell'assetto (1418 c.c.), della violazione di un precetto o di un concetto indeterminato (ordine pubblico, buon costume). D'altra parte l'annullabilità si ha solo in ipotesi tassative (1427 ss.) mentre la rescissione (1447, 1448) da rilievo ad una iniquità o squilibrio in presenza di altri parametri soggettivi (stato di necessità o bisogno, vizi della volontà o di capacità) e di rigorosi limiti oggettivi (lesione enorme) ora largamente superati dalla disciplina di settore. La quale utilizza la nullità in modo diverso a seconda del rilievo che la disparità, l'abuso e lo squilibrio rivestono in diversi settori di attività.

Nei contratti dei consumatori sono nulle le clausole vessatorie in presenza di uno squilibrio fra diritti e obblighi contrario alla buona fede (33 cod. cons) e solo nei casi ricorrano criteri prefissati dalla legge (34 cod. cons.) con il ricorso anche a presunzioni legali (33 cod. cons). Nei contratti fra imprese si delimita rigorosamente le ipotesi di intese restrittive della concorrenza e di posizione dominante sul

¹⁵⁹ G. Vettori, Diritto privato e ordinamento comunitario, cit. p. 111.

¹⁶⁰ Corte cost. tedesca, 19 ottobre 1993, in Nova giur.civ.comm.,1995,I,p.197, con nota di A.Barengi.

¹⁶¹ v. G. Vettori, Diritto privato e ordinamento comunitario, Milano, 2009, p. 110 ss e D. Cohen, La bonne foi contractuelle: éclipse e renaissance, in Le Code civil: Un passé, un present, un avenir, Paris, 2004,p. 523 ss.

¹⁶² High Court 26 giugno 2003 e Court of Appell 21 maggio 2004

¹⁶³ Corte Giust. 20 settembre 2001, in Foro it.

¹⁶⁴ Cass.,18 settembre2009,n.20106 cit.

mercato (art. 2 e 3 L. 287 del 1990) e si fissano gli elementi e i limiti espressi di individuazione delle ipotesi di abuso di dipendenza economica (art. 9 L.192 del 1998) in un singolo rapporto negoziale e di iniquità dell'accordo sui termini di pagamento (D.leg.n.231 del 2002).Nella repressione penale del contratto usurario si richiede una sproporzione accompagnata da una difficoltà economica e finanziaria della vittima.(L.n.108 del 1996)¹⁶⁵

In tutti questi casi la possibile eliminazione degli effetti è rimessa ad una fattispecie che il giudice deve interpretare e applicare direttamente o con il ricorso all'analogia. Qualcosa di analogo accade nella formulazione dei principi di derivazione europea, i quali richiedono per l'eliminazione degli effetti conoscenza e approfittamento di una circostanza soggettiva quale una difficoltà economica o necessità urgente, oppure l'ignoranza, l'inesperienza o altra inabilità¹⁶⁶.

Dunque nelle codificazioni nazionali e nelle ipotesi di uniformazione l'abuso di una posizione di forza e la debolezza di una parte non sono affatto sufficienti per l'eliminazione dell'atto¹⁶⁷. Qualsiasi semplificazione sul punto non appare davvero giustificata mentre invece sarà possibile un'interpretazione analogica delle discipline generali e di quelle speciali nell'ambito della materia settoriale che esse disciplinano. Tutto ciò in una prospettiva evolutiva dei rimedi invalidanti nell'ordinamento interno e comunitario.

La responsabilità . La prospettiva è diversa se si valutano i comportamenti nella fase formativa o esecutiva dell'atto.

In tal caso il giudice deve valutare la correttezza ai fini di una responsabilità e del conseguente pregiudizio economico per la parte danneggiata e il giudizio non può che essere rimesso ad una clausola generale e ad un giudizio di responsabilità che coesiste con la presenza di un atto valido ed efficace¹⁶⁸. Basta ricordare sul punto la Corte di Cassazione a Sezione unite¹⁶⁹ e la Corte di Giustizia Europea, nel caso *Courage* che in presenza della domanda di risarcimento di una parte di un contratto affetto da nullità ha ritenuto possibile cumulare le due azioni superando la tradizione di *civil law* ove «l'invalidazione è destinata a prevenire e sostituire il risarcimento»¹⁷⁰. Senza trascurare i testi di Principi¹⁷¹.

¹⁶⁵ V. per una sintesi su tali provvedimenti G.Vettori, *Contratti e rimedi*, padova, 2009, p.41ss. e 654 ss.

¹⁶⁶ V. il DCFR II-7:207 ; PECL 4:109 ; Unidroit 3:10

¹⁶⁷ v. G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto* (note minime in tema di “abuso dell'autonomia contrattuale”), in *Riv. dir. priv.*, 2005,p. 296 ss.; G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005,,I,p.625 ss.; F.Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese:verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 663 ss; G. Vettori, *Libertà di contratto e diaprità di potere*, in *Riv.dir.priv.*,2005, p. 743 ss.. Trascura questa indicazione e smarrisce la via segnata dall'ordinamento comunitario per incamminarsi in un sentiero non tracciato, impervio e pericoloso G. Salvi, *Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti*, Napoli, 2009, p. 272 ss

¹⁶⁸ in senso contrario A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, ma v. sul punto G.Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano 2009, p.90.

¹⁶⁹ Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26725 e n. 26724 commentata da G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. Contr.*, 2, 2008,p. 1 ss.

¹⁷⁰ Così A. DI MAJO, *Le obbligazioni*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C.Castronovo e S. Mazzamuto, cit., p. 141.

2.7. Abuso e buona fede.

Le regole. La Corte di Cassazione italiana ribadisce da tempo una massima consolidata che si può scomporre per apprezzarne il valore.

La buona fede:

- attua il principio di solidarietà (art.2 Cost) e attribuisce al giudice un potere di controllo sulla formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto;
- obbliga le parti a tenere quei comportamenti che senza un apprezzabile sacrificio, sono idonei a preservare gli interessi dell'altra parte ¹⁷²;
- reprime comportamenti arbitrari nell'esercizio di un diritti o elusivi nei confronti del contratto concluso¹⁷³;
- sanziona abusi del diritto e del processo in presenza di "comportamenti ostruzionistici volti ad impedire o a non consentire la liberazione del debitore" ¹⁷⁴;
- tutela il ragionevole affidamento al rispetto, in ogni relazione privata delle regole e dei doveri previsti dalla legge in settori determinati di attività¹⁷⁵;
- colpisce comportamenti lesivi del divieto di "*venire contra factum proprium*" nel segno di una necessaria coerenza dell'agire e della tutela degli affidamenti suscitati;

I rimedi. Responsabilità e inefficacia. Tutto ciò può aprire la via all'accertamento di una responsabilità e alla condanna ad un risarcimento, ma non solo.

La contrarietà di un congegno alla regola di buona fede potrà comportare l'inesigibilità degli effetti derivanti da una clausola contrattuale la cui esecuzione sia contraria all'art. 1375 c.c.¹⁷⁶. Ciò quando "avuto riguardo alle circostanze del caso

¹⁷¹ . Ancora, nel testo di *Common Frame of Reference* si afferma con chiarezza la cumulabilità dei rimedi che non siano fra loro incompatibili (art. III- 3:102), secondo una logica che ammette, in caso di lesione di un interesse protetto, tutte le tutele che sia possibile esperire salvo le ipotesi di incompatibilità logica. Infine, anche il recente testo degli *Acquis Principles* mostra di percorrere questa strada (art. 2:207Il comma 2 dell'art. 2:207 (rubricato "*Remedies for breach of information duties*") dei *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)* Contract I (Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms), Sellier, 2007, stabilisce che «anche se nessun contratto è concluso tra le parti, la violazione dei doveri stabiliti dagli artt. 2:201 – 2:206 legittima la parte a richiedere i danni. Di conseguenza, trova applicazione il Capitolo 8». L'ultimo comma precisa: «Se una parte non ha adempiuto agli obblighi stabiliti dagli articoli da 2:201 a 2:206 ed il contratto è stato concluso, il contratto medesimo contiene quelle obbligazioni che l'altra parte può ragionevolmente aspettarsi quali conseguenze dell'assente o incorretta informazione ricevuta. I rimedi disposti dal Capitolo 8 trovano applicazione in caso di mancata esecuzione di queste obbligazioni».

¹⁷² Cass. 11 gennaio 2006,n. 264; Cass. 7 giugno 2006 ,n. 13345.

¹⁷³ Cass.5 marzo 2009 n. 5348 ; Cass. sez.un. 15 novembre 2007 n. 23726; Cass. 11 gennaio 2006,n. 264.

¹⁷⁴ Cass. 4 maggio 2009, n. 10182

¹⁷⁵ G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 794ss.; ID., *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, cit. p. 197ss.

¹⁷⁶ E. Scoditti , *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv.dir.civ.*, 2006,p.131;G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova,2009, p. 306-307.

concreto può essere contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola”. Il caso della fideiussione omnibus è emblematico. La Banca che conceda credito al debitore principale in modo abusivo non può rivalersi poi nei confronti del fideiussore in base alla clausola che lo consentirebbe¹⁷⁷.

Insomma l'unica conclusione possibile è il ricordo del motto latino *distingue frequenter* che richiama soprattutto nel nostro caso un corretto uso di regole e principi, una consapevole distinzione fra giudizi di validità e di responsabilità e di inefficacia che non possono essere confusi nell'abuso come unico informe contenitore privo di rigore e utilità per le parti e di sicuro orientamento per il giudice.

3. Il rapporto e la risoluzione del contratto.

In dottrina si ripetono alcune idee consolidate.

La figura contiene una pluralità di fattispecie eterogenee per causa, fondamento e disciplina¹⁷⁸.

Una distinzione è possibile in base: a) alla fonte volontaria, in presenza di mutuo dissenso, condizione risolutiva, recesso convenzionale; b) alla fonte legale, quando una norma disponga che in presenza di determinati presupposti il contratto si può risolvere.

Quanto ai modi in cui avviene l'eliminazione degli effetti si distinguono forme di risoluzione:

- a) automatiche, che scattano in presenza del verificarsi di presupposti di fatto. È il caso della condizione risolutiva (1353), del termine essenziale (1457), della impossibilità sopravvenuta (1256);
- b) giudiziali, in caso di inadempimento ed eccessiva onerosità sopravvenuta;
- c) negoziali, come la diffida ad adempiere e la clausola risolutiva espressa.

La risoluzione nel sistema del codice civile opera come rimedio sinallagmatico che concerne dunque i **contratti a prestazioni corrispettive**. Il che significa che il rimedio presuppone difetti che alterano lo scambio e si applica a contratti ove esiste una interdipendenza reciproca nelle prestazioni delle parti.

In tali contratti quando una dei contraenti non adempie le sue obbligazioni l'altro può, a sua scelta, chiedere l'adempimento o la risoluzione salvo in ogni caso il risarcimento del danno (art. 1453, co. 1, c.c.).

¹⁷⁷ V. da ultimo Cass., 24 febbraio 2004, n.3610 ove si afferma che nei contratti conclusi anteriormente alla L. 17.2.1992 n.154, l'operatività della garanzia prevista dall'art.1948c.c., rimane esclusa, pur in presenza di un atto valido, ogni qualvolta il comportamento della Banca, beneficiaria della garanzia, non sia improntato, nei confronti del fideiussore al rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

¹⁷⁸ V. da ultimo, G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. ROPPO, Milano, 2006, p. 1 ss.; R. SACCO, *I rimedi sinallagmatici*, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, cit., p. 613 ss.; A. LUMINOSO, *Della risoluzione per inadempimento Artt. 1453-1454*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1990, p. 1 ss.

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione (art. 1453, co. 2, c.c.).

Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può adempiere la propria obbligazione (art. 1453, co. 3, c.c.).

Quanto alle conseguenze, manca una norma generale come l'art. 1445 c.c.; ma nell'art. 1458 c.c. si prevede che la risoluzione, se non è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda giudiziale.

Sempre l'art. 1458, nel primo comma, prevede che la risoluzione per inadempimento ha effetto retroattivo fra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica per i quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

Torneremo su ciascuno di questi aspetti. Occorre adesso riflettere sulle consapevolezze nuove, maturate negli ultimi decenni nella cultura giuridica europea, sul rimedio risolutorio.

4. il diritto all'adempimento nel diritto privato europeo

4.1. Le soluzioni nazionali

Per un'analisi del tema occorre soffermarsi su almeno tre aspetti: le soluzioni esistenti nei vari ordinamenti; la disciplina accolta nel DCFR; la conformità di essa ad un modello europeo di contratto tutto da definire. Iniziamo dal primo aspetto.

Il codice tedesco riconosce sin dall'inizio del III libro (§ 241) il diritto del creditore di chiedere l'adempimento dell'obbligo riconosciuto dalla riforma con i soli limiti dell'impossibilità o inesigibilità della prestazione (§275). Il sistema concede priorità all'adempimento specifico tramite anche un "invenzione dei giuristi tedeschi"¹⁷⁹. Fino a quando tale rimedio è possibile "il creditore può utilizzare le altre azioni (risoluzione, riduzione, risoluzione) soltanto dopo aver concesso al debitore una seconda chance per l'esecuzione del contratto con un termine supplementare (§326)"¹⁸⁰.

Il modello italiano non concede altrettanto spazio all'adempimento coattivo. Non ne parla l'art. 1218 c.c. e solo per i contratti a prestazioni corrispettive (art.1453 c.c.) si enuncia la regola della scelta fra adempimento e risoluzione. Ciò in piena sintonia con il diritto francese, condizionato dalle idee liberali e garantiste della Rivoluzione che avevano determinato l'esclusione della possibilità di un rimedio specifico per le obbligazioni di fare e non fare, (espressione di un'attività personale del debitore art.

¹⁷⁹ S.Lorenz, Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo, in Riv.dir.civ., 1, 2010, p. 102 ss.

¹⁸⁰ M.Sturner, Il diritto all'esatto adempimento e i suoi limiti nel diritto privato europeo, in www.personaemercato.it, 2010, 4.

1142 code civil), e per le obbligazioni di dare e di consegnare (ove il consenso traslativo tiene luogo dell'adempimento in natura)¹⁸¹.

In entrambi gli ordinamenti il legislatore ha percorso con più determinazione la via della coercizione indiretta secondo il modello delle *astreint* cui non è estraneo lo stesso recente articolo 614 bis del codice di procedura civile italiano.

Del tutto diverso è l'ordinamento di *common law*.

La *specific performance* non è un diritto del creditore ma il risultato di un atto discrezionale del giudice che in via di equità è disposto a concedere tale rimedio, in piena sintonia con la filosofia del contratto propria di tale sistema ove l'obbligo tende a garantire l'equivalente monetario mentre l'inadempimento risente dell'origine delittuale e l'adempimento coattivo non appare sovente proporzionato al beneficio che ne ricava l'altra parte¹⁸².

Dal confronto dei vari ordinamenti emergono con chiarezza alcuni problemi.

Come si è accennato il codice civile italiano disciplina l'esecuzione forzata in forma specifica nel libro sesto, come alternativa all'espropriazione. Sicchè le norme non fanno parte dello statuto generale dell'obbligazione e su di esse decide il giudice dell'esecuzione. D'altra parte, sia in Italia che in Francia, non è affatto definito l'ordine dei rimedi in mancanza di regole chiare presenti, invece, nel diritto tedesco (§ 241,275,281).

Si può aggiungere che manca in Italia una disciplina sui limiti all'adempimento specifico perché l'art. 1218 c.c. richiama l'impossibilità non imputabile e l'art. 1256 c.c. condiziona ancora l'adempimento alla sola impossibilità.

D'altra parte nella disciplina di settore esistono due modelli diversi.

La Convenzione di Vienna ha adottato una soluzione di compromesso volta a coniugarsi con ogni ordinamento. Ciascuno può chiedere l'adempimento (art.45) e il risarcimento del danno (artt. 74 e 77, 46 e 62) ma il giudice (art. 28) non è tenuto ad ordinare l'esecuzione specifica "a meno che non lo possa fare in virtù della sua legge nazionale in relazione a contratti di vendita simili, ma non regolati dalla Convenzione".

La disciplina del codice di consumo è diversa affatto.

Centrale in tale contesto è la conformità del bene che non rappresenta un requisito di validità dell'accordo, ma un suo effetto¹⁸³; quale che sia la qualificazione più esatta (oggetto di un obbligazione o di una garanzia) essa gravita "verso l'area della esecuzione e quindi della tutela manutentiva del contratto"¹⁸⁴. Senza entrare in una disputa che qui sarebbe sicuramente un fuor d'opera¹⁸⁵ si può ricordare che "il diritto al ripristino si inserisce fra i rimedi legali contro l'inadempimento... come azione per l'esatto adempimento" e costituisce una novità per i paesi di *civil law* ispirati al sistema della garanzia che non assicura la reintegra ma il riequilibrio del contratto. Al di là del dibattito sul punto è ragionevole pensare che per questo tipo

¹⁸¹ V. A. Di Majo, L'adempimento quale rimedio, in *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, p. 123 ss.; G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova, 2010, p. 685 ss.

¹⁸² V. ancora A. Di Majo, op. cit., p. 126 ss.

¹⁸³ A. di Majo, op. loc. cit.

¹⁸⁴ A. di Majo, op. cit., p. 128 ss.

¹⁸⁵ S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir.priv.*, 2004, 4, p. 1029ss; G. Amadio, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 901ss.; G. Pisciotta, *Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente*, Napoli, 2003, p. 53 ss.

di vendita, sotto la spinta comunitaria “si sia voluto collegare il rimedio (esatto adempimento) direttamente al contenuto programmatico del contratto... accentuando non più la prestazione traslativa, ma quella materiale diretta alla consegna di cosa conforme al contratto”¹⁸⁶. I rimedi, del resto, sono disposti in un ordine gerarchico che appare funzionale ad obiettivi di politica legislativa... ed è il risultato di una precisa scelta. Un compromesso fra le “esigenze della produzione e della distribuzione tendenzialmente orientata al mantenimento del contratto per ovvie ragioni di efficienza economica”¹⁸⁷.

4.2. La disciplina accolta nel DCFR

In presenza di questi problemi il progetto europeo riconosce, nell’art. 3:302, al creditore un diritto all’imposizione di un obbligazione non pecuniaria (1° co.). Ciò anche in presenza di mancanza di conformità con le modalità che regolano l’obbligo (2° co.) e con una serie di limiti (3° co.) disciplinati in modo generale e astratto a differenza della common law. Non si avrà il rimedio specifico in caso di prestazione illegale o impossibile, eccessivamente gravosa o onerosa, con carattere strettamente personale. Il tutto dovrà svolgersi entro un termine ragionevole (4° co.) e salvo il danno che sia derivato dall’aver irragionevolmente insistito nella richiesta di adempimento specifico in presenza di possibilità di sostituzione.

Questo modello pone alcuni problemi interpretativi perché nell’art.3:101, la *specific performance* è considerata uno dei rimedi derivanti dall’inadempimento e ciò genera una diversa lettura.

Alcuno ricorda che nel diritto continentale l’adempimento specifico appartiene alla conformazione dell’obbligo contrattuale inteso come struttura complessa comprensiva dei diritti e dei rimedi (del debito e della responsabilità si sarebbe detto in passato), mentre il DCFR disciplina la *specific performance* come rimedio che ha origine solo con il mancato adempimento degli obblighi contrattuali secondo il modello di *common law*¹⁸⁸. Tale tecnica separerebbe lo sviluppo dell’obbligazione dai diritti da essa risultanti con una conseguenza grave. Il creditore dovrebbe provare non solo il titolo ma anche l’inadempimento, privilegiando la posizione del debitore¹⁸⁹.

Questa ricostruzione si presta ad alcune obiezioni.

Anzitutto si addossa al creditore l’onere di provare l’inadempimento sulla base di una struttura dell’obbligazione che non sarebbe stata premessa o recepita nel testo del CFR, sicché la soluzione anglosassone, che non teorizza il concetto, avrebbe prevalso sulla soluzione continentale. Ciò trascura che la giurisprudenza italiana si è pronunciata sulla distribuzione dell’onere probatorio nella domanda di adempimento specifico ragionando sulla vicinanza della prova e sulla persistenza del diritto nella responsabilità contrattuale, senza premesse astratte. Ma soprattutto tale idea trascura che dalla interpretazione sistematica delle regole del DCFR si può trarre una soluzione che elude il problema teorico della struttura dell’obbligo, privilegiando la centralità e autonomia della *specific performance*.

¹⁸⁶ A. di Majo, op. loc.cit.

¹⁸⁷ S.Mazzamuto, op. cit., p. 1029ss.

¹⁸⁸ v. così M. Sturmer, op. cit.

¹⁸⁹ M.Sturmer, op. cit.

Basta pensare che nel DCFR “l’esclusione della pretesa all’adempimento è disciplinata a prescindere dall’imputabilità. Si fa riferimento all’impossibilità, alla onerosità o gravosità eccessiva, alla irragionevolezza e tutto ciò nel capitolo sui *remedies for non-performance*, all’interno della sezione *rights to enforce performance* (III 3:302)”¹⁹⁰. Come si è osservato esattamente “in questo modo si pone in chiaro che il venir meno della pretesa all’adempimento non dipende dalla imputabilità e non esclude altri rimedi secondari”¹⁹¹. La verità è che la disciplina, confusa e sovrabbondante, esprime però una scelta precisa e moderna che indica uno dei tratti significativi del modello europeo dei contratti su cui è opportuno soffermarsi. In breve.

4.3. Diritto all’adempimento e modello europeo.

E’ noto che dopo l’Action Plane del 2003 la Commissione si era proposta un duplice obiettivo. Migliorare l’*acquis* in tema di consumo e definire un quadro comune di principi e modelli. Le due proposte di direttiva del 2008 hanno avuto un’accoglienza tiepida da parte del Consiglio e del Parlamento europeo e da qui la pubblicazione del Libro Verde del 2010 che rilancia l’obiettivo di una uniforme disciplina generale del contratto. E’ stato nominato un gruppo di lavoro (aprile 2010) per elaborare (entro il maggio 2011) un testo che dovrà essere oggetto di un intervento normativo degli organi comunitari.

Sono chiari i motivi per cui si ritiene insufficiente la sola attenzione al consumatore e necessaria, invece, una disciplina omogenea dell’obbligazione e del contratto. Il Libro Verde ma più ancora gli obiettivi della Commissione Barroso¹⁹² indicano una priorità. Potenziare il mercato interno in un contesto di economia sociale di mercato capace di rassicurare i paesi più deboli e utilizzare il diritto dei contratti come strumento di attuazione di questo obiettivo fondamentale per la vita dell’Unione.

Ciò perchè il diritto comunitario, dopo Lisbona, non persegue l’unico fine di una disciplina uniforme del mercato concorrenziale ma l’obiettivo di una economia sociale competitiva come collante per l’integrazione e la stessa esistenza di un mercato veramente unico. Certo questo ordine non può essere affidato solo a declamazioni o principi. L’economia sociale evoca un mercato regolato ed occorre riflettere sul contenuto di queste regole.

La forma giuridica non ha formule magiche o soluzioni certe ma deve dare in questo momento un forte contributo al processo di uniformazione che va oltre ogni contingente scelta politica sul futuro dell’Europa. E ciò per una serie di motivi.

Come ci è stato di recente ricordato il confronto fra *civil law* e *common law* ha mutato “segno e contesto”. Se prima è servito “per fini conoscitivi o per un travaso di tecniche” di recente, spinto dai problemi globali, il dialogo ha come obiettivi anche “la misurazione dei risultati delle due tradizioni giuridiche occidentali sul piano dell’efficacia riformatrice ed ha come campo di scontro e di incontro l’influenza che

¹⁹⁰ S.Lorenz, op. cit., p. 104.

¹⁹¹ S.Lorenz, op. cit., p. 103.

¹⁹² M.Monti Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell’economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea, José Manuel Barroso 9 maggio 2010, in www.europa.eu.

tali tradizioni possono dispiegare nei paesi emergenti”. “ La partita, si è detto si gioca in Cina ed ha come posta in palio lo sviluppo economico e il mercato dei servizi legali e finanziari”¹⁹³.

Se è anche solo in parte così non si può trascurare che la tradizione continentale di separare la proclamazione dei diritti dalla loro conformazione, affidata ai regolamenti amministrativi, trascura un dato sempre più evidente. Per il cittadino sono essenziali le tutele e il diritto applicato mentre le declamazioni sono spesso argomenti da non sopravvalutare.

Ciò esige di scrutare con forza la complessità delle fonti e da tale contesto emergono dati davvero significativi.

Per quanto concerne la violazione di un obbligo si traggono un’esigenza chiara e alcune costanti dalla evoluzione delle codificazioni nazionali, dalle leggi di settore di provenienza comunitaria, dalla Convenzione di Vienna e dai testi dei Principi.

Si avverte la necessità di un modello unitario e flessibile di responsabilità e l’articolo 1218 c.c. necessita di qualche correzione applicativa ben preparata dai Maestri del passato.

Si tende ad ordinare in modo diversificato varie figure speciali al di là della tradizionale distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato e sul punto la giurisprudenza italiana è andata molto avanti.

Si supera il riferimento soggettivo della colpa come fondamento della responsabilità per violazione di un obbligo anche se su questo esistono dei ritardi nel diritto italiano.

Si affronta con chiarezza il problema della operatività e dell’ordine dei rimedi e l’adempimento specifico è entrato stabilmente nel sistema delle tutele sostanziali che dovrà essere arricchito dalle leggi processuali per acquisire una piena effettività come rimedio giuridicamente regolabile.

Quanto all’ordine gerarchico delle tutele dove non è univoca la legge ci si può affidare ai principi tratti dal rapporto obbligatorio per trarre alcuni orientamenti.

Il risarcimento non può essere chiesto in prima battuta perché il creditore non può sostituire *ad libitum* l’oggetto del credito con il suo equivalente. Solo quando l’inadempimento è definitivo per volontà espressa del debitore sollecitato ad adempiere, si può ricorrere al risarcimento e alla risoluzione. Ciò perché la *ratio* stessa dei rimedi non può non tener conto di entrambi gli interessi dei soggetti coinvolti nel rapporto obbligatorio¹⁹⁴.

5. Il recesso

5.1. Nozione e classificazioni del recesso. Recesso legale e recesso volontario (o convenzionale)

Il recesso è l’atto mediante il quale uno dei contraenti manifesta all’altra parte la volontà di sciogliere il contratto¹⁹⁵.

¹⁹³ A. Gambaro, Common law e civil law: evoluzione e metodi di confronto, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2009, p. 1ss.

¹⁹⁴ A. Di Majo, op. cit., p. 123 ss.

¹⁹⁵ P. SIRENA, in *Effetti*, vol. III, a cura di M. Costanza, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 113.

Di regola i contraenti non sono legittimati a sciogliere unilateralmente il vincolo assunto attraverso la stipulazione di un contratto (ai sensi dell'art. 1372, co. 1, c.c., infatti, "il contratto ha forza di legge tra le parti").

Vi sono, tuttavia, ipotesi in cui una parte può esercitare (discrezionalmente o in presenza di determinati presupposti) il diritto potestativo di sciogliere il rapporto instaurato¹⁹⁶.

Il recesso, in particolare, è efficace quando tale diritto potestativo è previsto dalla legge (c.d. recesso legale), ovvero è stato pattuito mediante clausola espressa (c.d. recesso volontario, o convenzionale¹⁹⁷)¹⁹⁸.

Il recesso volontario è disciplinato dall'art. 1373 c.c. (unica norma a carattere generale che regola l'istituto in esame).

La legge prevede il recesso unilaterale per tutta una serie di contratti nominati:

così per la somministrazione a tempo indeterminato (art. 1596 c.c.); per la locazione di fondi urbani (artt. 1612-1614 c.c.); per l'affitto (artt. 1616, 1627, 1630 c.c.); per l'appalto (artt. 1660, 1671, 1674 c.c.); per il trasporto (art. 1685 c.c.); per il mandato (artt. 1722, 1723, 1724, 1725, 1727 c.c.), la commissione (art. 1734 c.c.), la spedizione (art. 1738 c.c.); per l'agenzia a tempo indeterminato (art. 1750 c.c.); per il deposito (art. 1771 c.c.); per il comodato (artt. 1809-1810 c.c.); per il conto corrente (art. 1833 c.c.); per il deposito bancario (art. 1834 c.c.), l'apertura di credito (artt. 1842, 1845 c.c.), l'anticipazione bancaria (art. 1850 c.c.), le operazioni bancarie in conto corrente (art. 1855 c.c.); per il contratto di assicurazione (artt. 1893, 1898, 1899 c.c.); per il mandato di credito (art. 1958, co. 2, c.c.); per la cessione dei beni ai creditori (art. 1985 c.c.); per il contratto di lavoro subordinato (artt. 2118-2119 c.c.); per la mezzadria (art. 2159 c.c.) e la soccida (art. 2180 c.c.) per il contratto d'opera (art. 2227 c.c.) e il contratto di prestazione d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.).

Le norme ricordate non utilizzano sempre il termine recesso; tuttavia si è comunque in presenza di ipotesi di recesso legale anche laddove il legislatore sia ricorso ad una terminologia diversa, senza, peraltro, volersi discostare dalla disciplina dell'istituto in esame.

È il caso dell'art. 1722 c.c., in materia di mandato, che parla, rispettivamente, di "revoca" da parte del mandante e di "rinuncia" del mandatario (artt. 1722, nn. 2 e 3, c.c.), ovvero degli artt. 1596-1597 c.c. che chiamano "disdetta" l'atto con cui il locatore o il conduttore recede dal contratto, o ancora dell'art. 1685 c.c. che prevede il diritto del mittente di "sospendere" il trasporto, o dell'art. 1865 c.c., che disciplina il diritto di "riscatto" della rendita perpetua da parte del soggetto che si sia obbligato a corrisponderla¹⁹⁹.

Nel recesso volontario le parti spesso prevedono il pagamento di una somma di denaro gravante sul recedente ed in favore della parte che subisce l'esercizio del diritto di recesso.

¹⁹⁶ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, p. 208.

¹⁹⁷ La giurisprudenza ha precisato che "l'onere di provare l'esistenza della facoltà di recesso ricade sulla parte che intenda farla valere in giudizio" (Cass., 12 febbraio 1990, n. 987).

¹⁹⁸ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 209.

¹⁹⁹ P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 113 ss.

In tali casi, il recesso ha effetto quando la prestazione del corrispettivo è eseguita (art. 1373, co. 3, c.c.; ma la norma è derogabile²⁰⁰).

Il corrispettivo può essere soltanto promesso: si parla allora di multa penitenziale.

Quando, invece, il corrispettivo viene anche consegnato al momento della conclusione del contratto: si configura **la caparra penitenziale** (art. 1386 c.c.).

Se il contratto prevede il diritto di recesso per una parte soltanto, sarà questa a versare la caparra (nel caso in cui receda, perderà la caparra). Se, invece, il contratto attribuisce il diritto di recesso ad entrambe le parti, la caparra sarà comunque versata da un solo contraente. Se sarà questi a recedere, perderà quanto già versato. Se sarà invece la parte che ha ricevuto la caparra a recedere, il recesso avrà effetto soltanto quando quest'ultima avrà versato all'altra parte il doppio della caparra ricevuta²⁰¹.

Giurisprudenza

“Il diritto di recedere dal contratto e di trattenere la caparra ricevuta (ovvero di pretendere il doppio della caparra versata) in caso di inadempimento della controparte costituisce l'effetto proprio della clausola con cui le parti hanno convenuto, nel concludere il contratto, la dazione di una somma di denaro quale caparra confirmatoria, esprimendo per tale via la volontà di applicare al negozio la disciplina propria di tale istituto, cui deve essere riconosciuta una duplice funzione: da un lato, quella di una preventiva e convenzionale liquidazione del danno per inadempimento; dall'altro, quella di derogare, sia pure in forma non definitiva essendo sempre salva la facoltà per la parte non inadempiente di avvalersi del diverso rimedio della risoluzione, alla disciplina generale in materia di inadempimento contrattuale” (Cass., 11 marzo 2008, n. 6463, in *Diritto & Giustizia*, 2008).

5.2. Il recesso nei contratti ad esecuzione istantanea e nei contratti di durata

Ciò chiarito, è opportuno distinguere, sotto altro profilo, a seconda che il recesso intervenga:

- a) nei contratti ad esecuzione istantanea (immediata o differita), nei quali la facoltà di recedere, laddove prevista, può essere esercitata solo finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione (art. 1373, co. 1, c.c.);
- b) nei contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica), nei quali, invece, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente; anche se, in tal caso, il recesso non ha effetto (salvo patto contrario) per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione (art. 1373, co. 2, c.c.) e, pertanto, le parti non potranno richiedere la restituzione delle prestazioni già eseguite.

²⁰⁰ Cfr. G. DE NOVA, in *Il contratto*, II, a cura di G. De Nova-R. Sacco, in *Trattato di Diritto Civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2004, p. 736.

²⁰¹ Cfr. G. DE NOVA, in *Il contratto*, II, cit., p. 736.

In ordine ai contratti di durata sembra opportuno rilevare che, per giurisprudenza costante:

- b1) qualora sia previsto, dalla legge o dalle parti, un termine, il diritto di recesso non spetta ai contraenti, in mancanza di una disposizione legale o pattizia che regolamenti tale facoltà²⁰²;
- b2) quando, invece, il contratto sia stipulato a tempo indeterminato, il diritto di recesso è esercitabile da ciascun contraente anche qualora non sia stato previsto dalle parti né disciplinato dalla legge. Ciò per l'esigenza di evitare, nel rispetto dei criteri di buona fede e di correttezza nell'esecuzione del contratto, la perpetuità del vincolo obbligatorio^{203, 204}.

5.3. Recesso determinativo, impugnativo, di pentimento²⁰⁵

Relativamente alla funzione perseguita con il recesso si è soliti distinguere tre tipi di recesso.

1) *Recesso determinativo* – Individua nei rapporti di durata il termine finale del contratto, in precedenza non concordato²⁰⁶. Nell'ambito della disciplina dei singoli contratti ad esecuzione continuata o periodica il recesso costituisce un criterio di determinazione dell'oggetto del contratto. Oggetto che non è stato definito dai contraenti in uno dei suoi elementi essenziali, la durata (si pensi, ad es., all'art. 1569 c.c. che, relativamente al contratto di somministrazione a tempo indeterminato prevede la facoltà di ciascuna parte di recedere dal contratto, ovvero all'art. 2285, co. 1, c.c., in materia di società di persone, che attribuisce a ciascun socio il diritto di recedere dalla società anche quando il contratto sia stato stipulato per tutta la vita)²⁰⁷.

Caratteristica comune a tutte le figure di recesso determinativo è la subordinazione dell'esercizio del relativo potere alla preventiva comunicazione del preavviso: “il recesso non è, in altre parole, immediatamente efficace, bensì lo diviene una volta decorso un certo lasso di tempo”²⁰⁸.

La *ratio* sottesa a tale scelta normativa è chiara: “lo scioglimento di un rapporto di durata comporta la necessità, per chi subisce la decisione altrui, di trovare soluzioni alternative capaci di soddisfare quel bisogno che il rapporto oramai esaurito era in grado di colmare”²⁰⁹.

²⁰² Si veda, per tutte, Cass., 28 novembre 1981, n. 6354, in *Giust. civ. Mass.*, 1981, fasc. 11.

²⁰³ V. Cass., 18 settembre 2007, n. 19351, in *Guida al dir.*, 2007, 42, p. 77 ss.; Cass., 4 agosto 2004, n. 14970, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 7-8; Cass., 1 luglio 1998, n. 6427, in *Giust. civ.*, 1999, I, c. 1793.

²⁰⁴ Salvo eventuali divieti legislativi, come quelli che si desumono dalle norme che prescrivono una durata minima del contratto (v., in materia di locazione di immobili urbani ad uso abitativo o di affitto, l'art. 2, l. 9.12.1998, n. 431 e l'art. 27, l. 27.07.1978, n. 392).

²⁰⁵ V. l'analisi di P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., pp. 116 e 119, cui si fa espresso riferimento.

²⁰⁶ Cfr. F. PADOVINI, in *I contratti in generale. Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno ed E. Gabrielli, Tomo II, p. 1384, il quale osserva come questa prima funzione perseguita dal recesso sia quella “più spesso emergente dall'esperienza concreta”.

²⁰⁷ Cfr. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXIX, 1988, p. 29.

²⁰⁸ Cfr. F. PADOVINI, in *I contratti in generale. Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 1386.

²⁰⁹ Cfr. F. PADOVINI, *op. loc. ult. cit.*

Il preavviso, dunque, costituisce un elemento connaturato al diritto di recesso²¹⁰.

2) *Recesso impugnativo* – Si parla di recesso come mezzo di impugnazione, quando il recesso costituisce un rimedio ai difetti genetici o funzionali del contratto (si veda, ad es., il recesso previsto dall'art. 1385, co. 2, c.c.²¹¹). In tali ipotesi, il recesso costituisce uno strumento parallelo all'annullamento ovvero alla risoluzione, che consente alle parti di modificare o sciogliere il vincolo già esistente, per la presenza di vizi originari del contratto²¹² o di vizi sopravvenuti successivamente alla conclusione di esso²¹³.

Le circostanze, in virtù delle quali è attribuito alle parti il ricorso al recesso con funzione risolutiva, corrispondono a quelle su cui si fonda la risoluzione: inadempimento, impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità²¹⁴.

Più precisamente, l'inadempimento consente il recesso da tutti i contratti tipici, la cui disciplina prevede questo potere in presenza di fatti sopravvenuti: l'identificazione del presupposto avviene o in forma espressa o in forza del riferimento a nozioni come quella di «giusta causa» o di «gravi motivi» (art. 24, co. 3, art. 2118, art. 2285, co. 2, c.c.)²¹⁵.

Permane, tuttavia, una significativa differenza procedimentale tra recesso impugnativo e risoluzione: il primo “opera in virtù della sua sola efficacia, senza bisogno di interventi giudiziali né del decorrere di termini ulteriori” (differenziandosi, pertanto, anche del recesso determinativo che, come si è visto, necessita sempre di un preavviso)²¹⁶.

²¹⁰ Cfr. F. PADOVINI, *op. loc. ult. cit.*

²¹¹ Art. 1385 c.c.: “Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra”.

²¹² Si pensi, come esempio di recesso per vizio originario del contratto, all'art. 1893 c.c., a norma del quale l'assicuratore può recedere dal contratto qualora l'assicurato al momento della stipula del contratto abbia reso, senza dolo o colpa grave, dichiarazioni inesatte o reticenti.

²¹³ In merito al rapporto fra i due rimedi della risoluzione per inadempimento e del recesso si veda Cass., 14 luglio 2004, n. 13079, in *Vita not.*, 2004, p. 1585 ss.: “Nei contratti a prestazione continuata o periodica, la domanda di risoluzione del contratto per inadempimento è alternativa alla domanda di accertamento dell'esercizio del recesso, atteso che, mirando essa a una pronuncia di carattere costitutivo che faccia risalire la risoluzione al momento dell'inadempimento, il suo accoglimento preclude l'esame delle altre cause di scioglimento del medesimo rapporto contrattuale; le due domande non sono tuttavia incompatibili, poiché l'attore può proporle entrambe nello stesso giudizio, di guisa che il giudice, in caso di rigetto della prima, dovrà esaminare se sia fondata la domanda di declaratoria di legittimo esercizio del diritto di recesso” (conf. Cass., 23 agosto 1997, n. 7935, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, p. 1493; Cass., 3 dicembre 1980, n. 6482; *contra* Cass., 7 maggio 1984, n. 2759: “Dalla concettuale impossibilità di coesistenza tra il recesso e la risoluzione per l'inadempimento, consegue che, chiesta giudizialmente quest'ultima, non è dato esercizio di recesso unilaterale e, reciprocamente, che l'esercizio del recesso, determinando già per tale via lo scioglimento del rapporto, preclude al recedente la proposizione della domanda di risoluzione”).

²¹⁴ Cfr. F. PADOVINI, in *Il recesso. I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 1389.

²¹⁵ Cfr. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXXIX, cit., p. 32 ss., il quale precisa: “le clausole generali appena ricordate appaiono indiscutibilmente idonee a ricomprendere anche l'eccessiva onerosità sopravvenuta nonché ... la stessa impossibilità di una delle prestazioni”.

²¹⁶ F. PADOVINI, in *I contratti in generale. Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 1390, il quale evidenzia un ulteriore elemento di distinzione tra il recesso impugnativo e quello determinativo: “soltanto il recesso alternativo all'impugnazione di regola può operare, almeno fra le parti, con efficacia retroattiva”.

Talvolta, inoltre, il presupposto del recesso è estraneo alla disciplina generale sul contratto: si tratta, ad esempio, dell'ipotesi in cui "ad una parte è consentito di modificare il regolamento contrattuale, ma all'altra è attribuito il potere di recedere" (è quanto prevede il codice per l'appalto all'art. 1660 c.c., o in materia di società di capitali agli artt. 2437, 2473 c.c.)²¹⁷. E ancora, l'impossibilità parziale della prestazione attribuisce all'altra parte, *ex art.* 1464 c.c., il diritto di sciogliersi dal vincolo mediante una semplice dichiarazione unilaterale.

3) *Recesso di pentimento* – Il recesso può avere, infine, la funzione di consentire a uno dei contraenti di sciogliersi dal rapporto, perché non più interessato alla sua instaurazione o continuazione. Si tratta di ipotesi che rappresentano delle eccezioni rispetto al principio generale di cui all'art. 1372, co. 1, c.c.

È il caso, ad esempio, del recesso disciplinato nei contratti c.d. di *locatio operis* al fine di impedire l'esecuzione di opere prive di utilità agli occhi del committente (si veda l'art. 1671 c.c., in materia di appalto²¹⁸, l'art. 2227 c.c., in tema di lavoro autonomo, l'art. 2237, co. 1, c.c. per la prestazione d'opera professionale, nonché il mandato oneroso *ex art.* 1725 c.c. ed i sottotipi della commissione *ex art.* 1734 c.c. e della spedizione *ex art.* 1738 c.c.)²¹⁹.

In tutti questi casi, il recesso ha efficacia non retroattiva, per cui "il prestatore d'opera conserva integro il diritto a percepire il compenso per le opere realizzate"²²⁰.

Anche "la fisionomia del contratto di diritto europeo è sempre più costellata da ipotesi di attribuzioni di poteri di recesso di «pentimento» che, benché non estranei anche al sistema tradizionale del diritto privato, assumono ormai un significato nuovo, reso evidente già dal fatto che i poteri di recesso così attribuiti non possono essere gravati da alcun costo a carico del recedente"²²¹.

Si è assistito, infatti, ad un'evoluzione della impostazione tradizionale della disciplina del potere di recesso, inteso non più come "funzionale, principalmente, all'esigenza di determinare, nel tempo, un rapporto contrattuale dapprima privo della prefissazione del termine"²²².

Basti pensare che di recente il legislatore ha innovato la disciplina del diritto di recesso nel codice del consumo²²³ dettando una normativa innovativa rispetto alle previgenti fonti, per quanto attiene sia all'omogeneizzazione normativa e sia al

²¹⁷ Cfr. F. PADOVINI, *op. loc. ult. cit.*

²¹⁸ In proposito si richiamo le parole della Corte di Cassazione, la quale ha evidenziato che "nel contratto d'appalto, il recesso, quale facoltà della parte di sciogliere unilateralmente il contratto, prescinde in sé da eventuali inadempienze dell'altro contraente alle obbligazioni assunte, tanto nell'ipotesi di recesso legale di cui all'art. 1671 c.c. quanto nell'ipotesi del recesso convenzionale di cui all'art. 1373 c.c., fatta salva una diversa volontà delle parti" (Cass., 31 luglio 2006, n. 17294, in *Riv. trim. appalti*, 2007, n. 757).

²¹⁹ Cfr. F. PADOVINI, in *I contratti in generale. Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 1394, il quale puntualizza: "Eccezione alla disciplina così descritta fanno le regole sui contratti d'opera professionale, dove il cliente, in caso di recesso, è tenuto soltanto a pagare il compenso per l'opera svolta, ma non anche a risarcire il mancato guadagno. La deviazione rispetto al principio più generale si spiega con la natura del corrispettivo dovuto al professionista, la quale risente del suo carattere di onorario, ma, al tempo stesso, la deviazione mostra come il vincolo non abbia, per il cliente, alcuna obbligatorietà quanto alla sua permanenza".

²²⁰ Cfr. F. PADOVINI, in *I contratti in generale. Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 1394.

²²¹ C. SCOGNAMIGLIO, *La forza di legge del contratto ed il recesso (prospettive di diritto privato europeo)*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 22/2006, p. 77.

²²² C. SCOGNAMIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 77 ss.

²²³ Recependo la Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori.

rafforzamento del regime del diritto di recesso, “che assurge a principale meccanismo negoziale protettivo dell’esercizio della libertà contrattuale e dell’esplicazione della concorrenzialità del mercato”²²⁴.

La nuova sezione II del Titolo III del codice del consumo, oltre che sugli obblighi informativi, si sofferma sui presupposti e l’ambito applicativo del diritto di recesso, sulle modalità di esercizio e gli effetti, sui conseguenti obblighi restitutori per il professionista e per il consumatore, nonché sugli effetti risolutivi rispetto ai contratti accessori.

Norma centrale è l’art. 52 ai sensi del quale “il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi”, al di là di quelli espressamente previsti dalla novella legislativa (art. 56, co. 2, e art. 57 cod. cons.).

5.4. Disciplina dell’atto di recesso

5.4.1. Rapporto tra figura generale di recesso ex art. 1373 e singoli tipi legali

Il rapporto tra la figura generale di recesso convenzionale ex art. 1373 c.c. e la disciplina del recesso nei singoli tipi legali determina un ambito di applicabilità della predetta norma che varia a seconda del tipo contrattuale in esame.

Più precisamente, per alcuni tipi contrattuali il recesso convenzionale può essere previsto soltanto a favore di uno dei contraenti (ad es., in materia di locazione di immobili urbani al conduttore: artt. 4 e 27, l. 27 luglio 1978, n. 392).

Per altri tipi contrattuali o gruppi di contratti la disciplina legale prevede l’inderogabilità del diritto di recesso (v., ad es., gli artt. 2118 e 2119 c.c. in materia di contratto di lavoro subordinato, ovvero l’art. 1865 c.c. per la rendita perpetua).

Ciò premesso, si rileva che:

- a) la giurisprudenza sottopone la validità della clausola ex art. 1373 c.c., che introduce la facoltà di recesso, ad un controllo molto rigoroso, in considerazione della sua natura di eccezione rispetto al principio generale della irrevocabilità degli impegni negoziali ex art. 1372 c.c. Si richiede che tale clausola preveda un preciso termine entro cui esercitarla, perché, in mancanza, l’efficacia del contratto sarebbe subordinata al mero arbitrio delle parti (le quali potrebbero svincolarsi da esso in ogni momento, lasciando così il rapporto sospeso e le finalità perseguite con la stipula del contratto vanificate)^{225, 226};

²²⁴ Così C. Pilia, *La direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in *Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli. Oltre il consumatore*, a cura di G. Vettori, Padova, 2013, p. 880.

²²⁵ Cfr. Cass., 22 dicembre 1983, n. 7599.

²²⁶ Sul punto si è però osservato (v. P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 133) come la giurisprudenza non abbia precisato quali sarebbero le conseguenze della mancata previsione di un

- b) il termine di preavviso generalmente previsto dalla disciplina del recesso dai singoli contratti a tempo indeterminato non deve far pensare ad un atto ulteriore e distinto, bensì alla manifestazione stessa della volontà di recedere dal contratto, la quale deve essere anticipatamente comunicata al destinatario²²⁷;
- c) nell'ipotesi in cui il recesso possa essere esercitato soltanto a specifiche scadenze (è il caso, ad es., della locazione o del conto corrente²²⁸), il termine di preavviso comporta l'onere di comunicare tempestivamente all'altra parte la dichiarazione di recesso (in mancanza, il recesso risulta privo di efficacia)²²⁹;
- d) la legge non prevede, invece, alcun termine di preavviso per il c.d. recesso straordinario, ossia per il recesso che si fonda su una giusta causa o un giustificato motivo²³⁰.

5.4.2. Forma e perfezionamento del recesso

In merito alla forma ed al perfezionamento del recesso si rileva che il recesso si configura come un negozio giuridico unilaterale e recettizio²³¹.

A tal proposito si pongono due questioni con riferimento, rispettivamente, alla forma e al perfezionamento del recesso.

Sotto il primo profilo, ci si è chiesti se la natura di negozio accessorio, propria del recesso, imponga il rispetto della forma richiesta per il contratto cui si riferisce.

Il problema non sussiste nelle ipotesi di recesso legale, perché in tali casi la forma è espressamente disciplinata dalle relative norme giuridiche²³².

Soluzioni di diverso segno sono state avanzate, invece, con riferimento al recesso convenzionale.

Secondo parte della dottrina²³³ e la giurisprudenza²³⁴ l'atto di recesso, pur non richiedendo formule sacramentali, rimane, peraltro, soggetto alle stesse garanzie di

termine nella clausola di recesso: "Se la clausola di recesso si qualifica come opzione di un patto risolutorio, il termine può essere stabilito dal giudice, ai sensi dell'art. 1331, co. 2; in caso contrario, si può ritenere analogicamente applicabile l'art. 1399, co. 4, attribuendo alla controparte il diritto di fissare un termine perentorio, scaduto il quale il recesso non può più essere efficacemente compiuto. Per quanto riguarda particolarmente i contratti a effetti reali, si può ritenere analogicamente applicabile l'art. 1501, secondo cui il riscatto convenzionale dev'essere inderogabilmente esercitato entro il termine perentorio di due anni nella vendita di beni mobili e di cinque anni in quella di beni immobili".

²²⁷ Cfr. P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 133, il quale precisa: "La mancata osservanza di tale termine non pone un problema di inefficacia del recesso, quanto di inadempimento delle obbligazioni eventualmente nascenti dal contratto, posto che queste ultime non si sono nel frattempo estinte: la parte recedente sarà obbligata quindi al risarcimento del danno ovvero al pagamento della penale eventualmente pattuita".

²²⁸ Art. 1833, co. 1, c.c.: "Se il contratto [di conto corrente] è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere dal contratto a ogni chiusura del conto, dandone preavviso almeno dieci giorni prima".

²²⁹ P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 133.

²³⁰ P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 134.

²³¹ Cfr. G. DE NOVA, in *Il contratto*, II, cit., p. 734 ss.

²³² Cfr. P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 127 ss., il quale richiama, a titolo esemplificativo, l'imposizione della forma scritta prevista dalla disciplina del licenziamento del lavoratore dipendente (art. 2, l. 604/1966), nonché dalla normativa a tutela del consumatore (v. artt. 47, 64 e 73 cod. cons.).

forma prescritte per il contratto costitutivo del rapporto al cui scioglimento il recesso sia finalizzato. In particolare, se il contratto dal quale si recede richiede la forma scritta *ad substantiam*, anche la dichiarazione di recesso dovrà rivestire tale forma.

Altra parte della dottrina²³⁵, tuttavia, ha sollevato dubbi circa l'eccessiva rigidità dell'orientamento di cui sopra, nonché la sua non corrispondenza "ai dati del diritto positivo", osservando, a quest'ultimo proposito, come, ad es., il recesso dalle società di capitali *ex art. 2437 c.c.* possa avvenire semplicemente attraverso una lettera raccomandata (*art. 2437-bis, co. 1, c.c.*), laddove l'atto costitutivo deve essere stipulato per atto pubblico (*art. 2328, co. 2, c.c.*)".

Inoltre, si è evidenziato che "riguardo ai contratti stipulati *iure privatorum* dalla Pubblica Amministrazione, la giurisprudenza ha stabilito che, sebbene essi richiedano la forma scritta a pena di nullità, il recesso non è automaticamente assoggettato al medesimo requisito formale, poiché anzi, in linea di principio, può essere validamente manifestato in qualsiasi forma"²³⁶.

Si è osservato, infine, che, in ogni caso, quando la forma del contratto principale è prescritta soltanto a fini probatori, è la stessa giurisprudenza²³⁷ a statuire che la medesima forma non è richiesta anche per il recesso.

Per quanto concerne il perfezionamento, gli effetti del recesso si producono soltanto quando esso sia portato a conoscenza del destinatario, ai sensi dell'*art. 1334 c.c.* (si applica al recesso la presunzione di conoscibilità *ex art. 1335 c.c.*²³⁸).

²³³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2001, p. 736, nota 15; G. DE NOVA, in *Il contratto*, II, cit., p. 735; F. GALGANO, in *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 541.

²³⁴ V. Cass., 7 giugno 1990, n. 5454, in *Foro it.*, 1991, I, c. 172 ss. (v., altresì, Cass., 14 novembre 2000, n. 14730, in *I Contratti*, 2001, p. 221 ss.; Cass., 18 febbraio 1994, n. 1609, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, p. 181, secondo cui la dichiarazione di recesso deve rivestire la stessa forma scritta richiesta per la stipulazione del contratto preliminare).

²³⁵ P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 129.

²³⁶ Il riferimento giurisprudenziale è a Cass., 08 agosto 2005, n. 262, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 1: "I contratti conclusi *iure privatorum* dalla p.a. sono assoggettati alla ordinaria disciplina dettata in materia contrattuale – sebbene, per la loro validità, sia sempre richiesta la forma scritta a pena di nullità – con la conseguenza che il recesso, quale atto unilaterale recettizio, può essere legittimamente espresso dall'Ente pubblico in qualsiasi forma, purché esso pervenga nella sfera di conoscenza del destinatario, ed è pertanto sottratto tanto all'osservanza dello schema procedimentale degli atti pubblici della p.a., quanto al sindacato di conformità dell'organo di controllo – che attiene alla legittimità degli atti e non investe la valutazione dell'interesse pubblico perseguito".

²³⁷ Cass., 29 maggio 2001, n. 7278, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 2001, p. 788 (massima): "In tema di assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli, e con riguardo alla controversia che l'assicurato promuova per l'accertamento dell'avvenuta disdetta alla naturale scadenza del contratto, onde evitarne la proroga tacita di cui all'*art. 1899, comma 2, c.c.*, la prova di tale disdetta può essere fornita anche con riferimento all'esistenza di tempestive ed inequivoche manifestazioni tacite di volontà, evidenzianti una volontà un'intenzione contraria alla prosecuzione del rapporto, considerato che, allo scioglimento del rapporto per "facta concludentia", non è di ostacolo l'assoggettamento del contratto di assicurazione alla forma scritta *ad probationem* (a differenza di quanto si verifica nei casi di forma scritta richiesta *ad substantiam*)".

²³⁸ Cfr. P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 126, il quale si sofferma ad esaminare il perfezionamento del recesso nei casi in cui il destinatario dell'atto sia una persona giuridica: "Riguardo all'associazione il problema è espressamente risolto dall'*art. 24, co. 2*, il quale statuisce che il recesso va inviato agli amministratori. Riguardo alle società di capitali esso si è ridimensionato a seguito della riforma, poiché l'*art. 2437-bis, co. 1*, si è discostato dal principio della ricezione, accogliendo invece quello della spedizione; la dichiarazione va comunque indirizzata alla società,

Nel momento in cui viene ricevuto dal destinatario, il recesso non può più essere revocato²³⁹.

Si discute in merito alla scelta del mezzo idoneo a garantire la conoscenza della dichiarazione da parte del destinatario.

In alcuni casi, la legge impone l'uso di un certo strumento (ad es. il socio di una società di capitali deve comunicare il recesso mediante lettera raccomandata *ex art. 2437-bis c.c.*) ma non chiarisce se sia da ritenersi lecito l'uso di strumenti diversi, seppur altrettanto o più sicuri, come la notificazione per ufficiale giudiziario o la consegna a mezzo di corriere privato²⁴⁰.

Premesso che tale questione può ritenersi superata quando il destinatario abbia effettivamente avuto conoscenza del recesso e di ciò sia possibile fornire la prova²⁴¹, sembra opportuno ricordare che, secondo un orientamento costante in giurisprudenza, allo strumento previsto dalla legge debba ritenersi equivalente altro mezzo di comunicazione del recesso di obiettiva certificazione e di uguale efficacia²⁴².

Si è osservato, infine, come la tempestività del recesso possa dirsi raggiunta soltanto quando pervenga all'indirizzo del destinatario entro il termine prefissato (salvo i casi in cui la legge disponga diversamente: come nel recesso della società per azioni *ex art. 2437-bis, co. 1, c.c.*)²⁴³.

5.4.3. Determinabilità del contenuto dell'atto di recesso

La libertà di determinare il contenuto dell'atto di recesso incontra un limite nelle stesse caratteristiche del diritto che vi è sotteso.

Particolari problemi emergono con riferimento alla possibilità di apporre condizioni o termini all'atto di recesso²⁴⁴.

Per quanto riguarda la condizione risolutiva, si ritiene che essa sia incompatibile con il recesso, dal momento che la parte recedente non è legittimata a prevedere unilateralmente la reviviscenza del rapporto contrattuale²⁴⁵.

Per quanto riguarda, invece, la condizione sospensiva, parte della dottrina ha rilevato che essa risulterebbe compatibile con il recesso determinativo e con quello penitenziale, ma non con quello impugnativo. A tale conclusione si è giunti muovendo dal presupposto secondo cui non è possibile subordinare al verificarsi di

secondo quanto si riteneva anche anteriormente. Riguardo invece alle società di persone si ritiene generalmente che il recesso debba essere comunicato a ciascun socio”.

²³⁹ Cfr. P. SIRENA, in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 127.

²⁴⁰ Cfr. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, cit., pag. 42.

²⁴¹ Cfr. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *op. loc. cit.*

²⁴² Si vedano, ad es., Cass., 12 gennaio 2006, n. 409; Cass., 19 luglio 2005, n. 15215; Cass., 12 novembre 2003, n. 17042 (in ordine alla comunicazione della disdetta dal contratto di locazione di immobile urbano ad uso di abitazione ovvero ad uso diverso *ex artt. 3 e 27, l. 27.07.1978, n. 392*); Cass., 3 gennaio 1998, n. 12 (relativamente all'atto con cui il socio dissenziente in relazione a deliberazioni riguardanti il cambiamento dell'oggetto o del tipo di società o il trasferimento della sede sociale all'estero, esercita il diritto di recesso *ex art. 2437 c.c.*).

²⁴³ F. PADOVINI, in *I contratti in generale. Il recesso*, in *Trattato dei contratti*, cit., p. 1402.

²⁴⁴ G. GABRIELLI-F. PADOVINI, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, cit., p. 44.

²⁴⁵ G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *op. loc. cit.*

un evento futuro ed incerto la proposizione di una domanda giudiziale di risoluzione o di annullamento²⁴⁶.

Giova precisare, infine, che:

- a) per quanto riguarda gli effetti, il recesso che interviene nei contratti di durata scioglie il rapporto contrattuale senza effetto retroattivo (il contratto, dunque, conserva piena efficacia per tutto il tempo anteriore al recesso)²⁴⁷, e le parti non possono pretendere la restituzione di ciò che fino a quella data hanno prestato²⁴⁸;
- b) se una parte si riserva il diritto di recesso nelle condizioni generali di contratto da lui predisposte (o in moduli o formulari), tale clausola, ai sensi degli artt. 1341-1342 c.c., non ha effetto se non è specificamente approvata per iscritto dall'aderente²⁴⁹;
- c) nel caso di contratti conclusi tra un professionista e un consumatore devono ritenersi vessatorie e, pertanto, nulle (salvo prova contraria) le seguenti pattuizioni:
 - c1) la clausola che consenta al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore, se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere (art. 33, co. 1, lett. e, cod. cons.);
 - c2) la clausola che riconosca al solo professionista, e non anche al consumatore, la facoltà di recedere dal contratto; nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto (art. 33, co. 1, lett. g, cod. cons.);
 - c3) la clausola che consenta al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa (art. 33, co. 1, lett. h, cod. cons.).

²⁴⁶ G. GABRIELLI-F. PADOVINI, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, cit., p. 44. Ma tale argomentazione non convince P. SIRENA (in *Effetti*, Vol. III, cit., p. 127): “Quest’ultima osservazione non sembra tuttavia risolutiva, poiché, se tali atti giuridici [ossia la domanda di risoluzione o annullamento] hanno in ipotesi gli stessi effetti del recesso, essi se ne distinguono radicalmente quanto alla loro natura giuridica: considerata quindi la natura negoziale del recesso, non sembra vi siano ragioni sufficienti per escludere che la sua efficacia possa essere subordinata a una condizione sospensiva (arg. art. 1324)”.

²⁴⁷ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 542.

²⁴⁸ Cfr. G. GABRIELLI-F. PADOVINI, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, cit., p. 37.

²⁴⁹ Se, invece, il diritto di recesso è previsto a favore di entrambi i contraenti, la specifica approvazione scritta non è necessaria.

6. I rimedi risolutivi.

6.1. La risoluzione per inadempimento e la nozione di inadempimento. L'interpretazione dell'art. 1218 dalla codificazione agli anni '70.

La disciplina positiva ²⁵⁰ ha oscillato nel tempo fra una valutazione oggettiva o soggettiva (basata sulla colpa) dell'inadempimento del contratto²⁵¹ e su tale aspetto occorre fare un minimo di chiarezza.

L'idea che la responsabilità abbia fondamento nella colpa ha radici chiare nel diritto comune²⁵² e, nonostante le oscillazioni di Pothier²⁵³, è recepita poi nel *Code civil* e nel codice civile italiano del 1865. Il codice austriaco segue tale tendenza anche se, attraverso un sottile gioco di presunzioni, la responsabilità per colpa si avvicina ad una forma di responsabilità oggettiva²⁵⁴. I segni dei tempi ²⁵⁵ influirono sulla codificazione italiana del 1942 e indussero a preferire una connotazione oggettiva dell'inadempimento, più idonea alla sicurezza del traffico, minacciata dalla instabilità della moneta e dall'economia di guerra²⁵⁶.

L'art 1218 c.c. dispone così che il debitore, il quale non esegue esattamente la prestazione dovuta, è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento e il ritardo è stato determinato da un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

La formulazione oggettiva della regola è evidente.

²⁵⁰ Sul punto le osservazioni contenute nella Presentazione di P. RESCIGNO al volume di G. VISENTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. XVI-XVII; ma ora anche C.-W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., p. 23 il quale nell'osservare che la riforma tedesca "è in linea con l'evoluzione giuridica internazionale, quale si manifesta in particolare nella disciplina della Convenzione di Vienna sulla compravendita internazionale di beni mobili, nei Principi Unidroit e nei Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando," osserva che "essa, inoltre risponde ai precetti di vincolatività del contratto e di giustizia contrattuale: chi non è pronto ad eseguire la prestazione cui è tenuto, o comunque non è in condizione di provvedervi, non può infatti attendersi che l'altra parte rimanga vincolata al contratto (divenuto per lei incomodo o addirittura privo di valore), ma deve farsi carico del rischio di uno scioglimento del contratto."

²⁵¹ Così P. RESCIGNO, *op. cit.*, p. XVI.

²⁵² I. BIROCCHI e U. PETRONIO, voce *Responsabilità contrattuale (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1064 ss.

²⁵³ POTHIER, *Traité des obligations*, I, cap. II, art. 1, § 1, n. 142, in *Oeuvres complètes*, I, Paris, 1821, p. 121-125. Si veda la diversa opinione espressa da CANNATA, *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi: Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942*, in *Legge, giudici, giuristi* (Atti del Convegno di Cagliari 18-21 maggio 1981), Milano, 1982, p. 232 e in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, p. 995, e da I. BIROCCHI e U. PERONIO, *op. ult. cit.*, p. 1068 che ravvisano la radice dell'art. 1147 del *Code civil* proprio in Pothier.

²⁵⁴ I. BIROCCHI e U. PETRONIO, voce *Responsabilità contrattuale, (dir. intern.)*, cit., p. 1063 ss. in particolare pp. 1065-1067;

²⁵⁵ OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, p. 222 e per una analitica e lucida ricostruzione storica e sistematica della giurisprudenza teorica e pratica sotto il codice abrogato e sotto il nuovo codice, V. DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milano, 1981, p. 11 ss.; G. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, p. 3 ss.

²⁵⁶ P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. XVI.

Il debitore può liberarsi dall'obbligo assunto provando di aver adempiuto esattamente o dimostrando che vi è stata un'impossibilità di adempiere. Ne segue che sino a che la prestazione è possibile l'adempimento è sempre dovuto.

D'altra parte non si è mai sopita una tensione esegetica più attenta al comportamento dell'obligato e alla sua diligenza²⁵⁷ nella dottrina anteriore e coeva alla nuova codificazione²⁵⁸.

²⁵⁷ L'analisi può partire dalle opere classiche di CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa contrattuale*, Torino, 1897, p. 685 ss.; GIORNI, *Teoria generale delle obbligazioni nel diritto moderno*, Firenze, 1903, p. 11 ss.; N. COVIELLO, *Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1895, p. 55 ss.; sino al bel libro di M. GIORGIANNI, *L'inadempimento (corso di diritto civile)*, Milano, 1975, p. 196.

²⁵⁸ Rispetto agli artt. 1224, 1225, 1226 del codice del 1865 il mutamento apportato dall'art. 1218 è notevolissimo e può essere compresa la ragione esaminando le diverse opinioni espresse in quel tempo dalla dottrina.

a) Alcuno²⁵⁸ adotta una tesi rigorosamente soggettiva. Da un lato, si assegna prevalenza alla considerazione della diligenza cui il debitore è tenuto rispetto a quella delle circostanze che gli impediscono l'adempimento. Dall'altro, si riduce, in ogni caso, la rilevanza di quegli avvenimenti al metro della diligenza cui il debitore è in concreto tenuto. Il caso fortuito in questa costruzione è ciò che non può essere evitato con l'ordinaria diligenza. Unica eccezione si ha, per questo autore, nelle obbligazioni generiche perché il *genus numquam perit*. Tale eccezione però apre una falla larghissima nella tesi soggettiva, la quale varrebbe solo quando l'oggetto della prestazione è costituito da una cosa certa e determinata, la quale viene distrutta o danneggiata da un avvenimento a cui il debitore non avrebbe potuto sottrarla malgrado l'uso della diligenza cui era in concreto tenuto.

L'eccezione mette poi a nudo il vizio di origine di tale tesi.

Non si è tenuto conto che il concetto di impossibilità sopravvenuta, introdotto nella teorica della responsabilità del debitore dalla dottrina del secolo XIX, costituisce sostanzialmente la generalizzazione del concetto di "perimento della cosa" (*interitus rei*). Tale teoria si spiega con la prevalenza, nella economia meno recente, di rapporti obbligatori imperniati su cose specifiche. Prevalenza che comincia a mostrare le sue carenze con l'allargarsi della sfera dei rapporti obbligatori aventi per effetto cose generiche e obblighi di prestazione (l'espandersi delle industrie, i primi scioperi, e così via), che inducono taluno a tentare di sostituire al caso fortuito la colpa²⁵⁸.

b) Altri²⁵⁸ tenta di attenuare la tesi soggettiva argomentando dall'art. 1225 del codice del 1865 (cause estranee). Il debitore sarebbe liberato solo quando l'evento che gli ha impedito di adempiere sia estraneo alla sua persona o alla sua azienda. Cosicché si risponderebbe oltre i limiti della disciplina quando l'impedimento trova la sua causa proprio nella sua persona o nella sua azienda. Questa ricostruzione tenta anche di attenuare il principio *genus numquam perit*, ammettendo la liberazione del debitore quando, pur esistendo la cosa in natura, non è in grado di consegnarla al creditore per un impedimento di carattere generale. In tal modo si lascia fuori una serie di casi meritevoli di considerazioni e l'esempio cui si fa più ricorso è sempre lo sciopero.

c) Osti²⁵⁸ propone di risolvere il problema, in uno studio del 1918, con una tesi rigorosamente oggettiva. Il debitore può pretendere di essere liberato solo quando la prestazione è divenuta oggettivamente ed assolutamente impossibile per causa a lui non imputabile. L'autore si sforza di dimostrare: da un lato, che l'art. 1224 nel sancire la diligenza era diretto a regolare solo l'esattezza e non già l'inadempimento; e dall'altro che il caso fortuito, le cause estranee e la forza maggiore (artt. 1225 e 1226) andavano intesi in senso oggettivo.

La tesi è stata accolta senza attenuazioni dal codice vigente.

L'art. 1218 c.c. è interpretato in confronto con l'art. 1256 c.c., mentre all'art. 1176 si attribuisce rilievo in due ipotesi: nel precisare il concetto di imputabilità o meno dell'impossibilità sopravvenuta e nel risolvere il problema dell'esattezza dell'adempimento.

Al contrario, se la prestazione è possibile il debitore è sempre responsabile.

Unica eccezione si può avere quando l'adempimento metterebbe in conflitto il diritto del creditore con i diritti fondamentali della persona. In tali casi il debitore non sarebbe tenuto ad adempiere.

d) Alcuni autori²⁵⁸ attenuano la concezione oggettiva con alcuni correttivi. L'impossibilità deve essere assoluta, ma con riferimento al tipo di obbligazione di cui si tratta e al tipico impegno di

Michele Giorgianni, autore di un limpido volume ancora attuale,²⁵⁹ muove la sua analisi da una robusta indagine storica e da un esame delle esperienze straniere. Per controllare se la formula legislativa si adatti a qualsiasi tipo di prestazione muove dalla varietà del possibile contenuto della prestazione, ricordando che la impostazione prevalente e tradizionale, sulla scia del filone romanistico, teneva conto quasi esclusivamente delle obbligazioni di consegnare una cosa certa e determinata.

La prestazione indica, invece, il comportamento cui il debitore è tenuto al fine di soddisfare l'interesse del creditore e nell'ambito di essa è possibile scorgere una notevole diversità di situazioni.

1) *La consegna* – Il creditore può avere la cosa con l'esecuzione forzata e assume prevalenza l'aspettativa verso la *res*, rispetto a quella formale del diritto al comportamento; analoga è la considerazione sul comportamento volto a trasferire una cosa certa e determinata.

2) *Il trasferimento di cose generiche* – Non c'è adempimento in forma specifica e quindi occorre tener conto anche del comportamento. Con un'eccezione: l'obbligazione pecuniaria, ove l'esecuzione forzata fa raggiungere al creditore l'oggetto della prestazione.

Occorre ancora distinguere.

- a) Se il debitore si obbliga a trasferisce una quantità di merci che egli dovrà procurarsi, occorrerà esaminare se ancora esiste il *genus* da cui doveva essere tratta la cosa dovuta. Sicché può essere rilevante la ricerca delle ragioni che hanno provocato il perimento.
- b) Per le cose che il debitore deve ancora fabbricare occorre tenere in conto anche gli impedimenti incontrati in quella sua attività.
- c) Obbligazioni in cui il comportamento prende decisamente il sopravvento rispetto alla cosa, come nell'appalto.
- d) Il comportamento che non ha alcun riferimento a una cosa, come ad esempio il mandato o le prestazioni professionali.

Giorgianni è scettico rispetto alla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato per una ragione chiarissima: un comportamento del debitore è sempre un'obbligazione, mentre un risultato è sempre necessario. Varia però è la proporzione dei due elementi, perché vi sono rapporti in cui il comportamento prevale rispetto al risultato o viceversa. È la diversità del rapporto tra i due aspetti ad avere una grande rilevanza nella soluzione del problema della responsabilità.

La conclusione è netta.

L'art. 1218 c.c. prevede un'ipotesi di responsabilità oggettiva, ma si limita a disciplinare una sola ipotesi, quella in cui la prestazione è divenuta impossibile. Vi sono altre ipotesi in cui, pur permanendo la possibilità il debitore inadempiente, non può essere considerato responsabile. Da qui la conseguenza. La norma sconta l'equivoco di elevare l'impossibilità o la sopravvenienza a metro uniforme della responsabilità del debitore. Non si è tenuto conto che la sopravvenienza nel suo terreno originario aveva legittimamente il ruolo di presupposto di responsabilità,

cooperazione che esso richiede. Il limite quindi non è la possibilità né la diligenza del buon padre di famiglia, ma l'impegno che il tipo di obbligazione richiede. Per fondare tale concetto meno rigoroso di impossibilità Betti argomenta dall'art. 1257, ma è dubbio che questa norma serva allo scopo.

²⁵⁹ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, op. loc. cit.

solo perché questa sorgeva precisamente quando si fosse verificata la perdita della *res*. La norma secondo Giorgianni rappresenta l'annullamento dello sforzo millenario compiuto dalla dottrina per creare un metro soggettivo nella responsabilità del debitore. Il nuovo codice, secondo il suo pensiero, ha operato una commistione tra due serie di norme del codice abrogato le quali regolavano due distinte situazioni. Da un lato l'art. 1298 c.c. dall'altro gli articoli 1225 e 1226.

Da qui la proposta di una interpretazione correttiva dell'art. 1218; il quale, si osserva, va posto in relazione con gli articoli 1256 e 1463 c.c.

L'art. 1256 c.c. fissa il principio che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, quando non dipenda da causa imputabile, libera il debitore ed estingue l'obbligazione. Ed è evidente che una impossibilità che produce l'estinzione dell'obbligazione non può che essere assoluta e obbiettiva.

D'altra parte l'art. 1218 c.c. contiene un solo modo con cui l'inadempimento si manifesta: quello costituito dalla impossibilità sopravvenuta della prestazione.

Occorre dunque diversificare le ipotesi di inadempimento.

a) Vi sono delle ipotesi in cui la impossibilità del debitore per inadempimento nasce quasi esclusivamente in caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Sono i casi di obbligazione di trasferire o consegnare una cosa determinata. Esistono norme speciali che ripetono il contenuto dell'art. 1218 e norme che, pur riferendosi a tale norma, aggravano la posizione del debitore imponendogli la prova dello specifico avvenimento che ha reso impossibile la prestazione. Si pensi ai seguenti articoli: 1693 trasporto, 1784 albergatore, 1787 magazzini generali; 422 trasporto marittimo, 951 trasporto aereo, 1681 trasporto terrestre. A ben vedere il sistema fondato nell'art. 1218 riesce solo a regolare l'obbligo del debitore di impedire la sopravvenuta impossibilità della prestazione.

b) In altri casi, l'inadempimento si manifesta in una inazione del debitore o in una azione non idonea a soddisfare integralmente l'interesse del creditore. In queste ipotesi, la regolamentazione dell'inadempimento viene data attraverso l'indicazione dello sforzo che il debitore è tenuto a compiere. Come nell'art. 1218 è sancita la regola intesa a disciplinare l'obbligo di conservare la possibilità dell'adempimento, anche l'obbligo di soddisfare gli altri interessi del creditore diversi dalla conservazione della possibilità è disciplinato attraverso l'imposizione di una regola di condotta (art. 1175 e 1176 c.c.)

c) Vi sono norme nelle quali la legge impone esplicitamente l'uso di una certa diligenza prevista in astratto o in concreto, come nel caso del mandato della gestione d'affari o del trasporto di persone.

La dottrina successiva approfondisce e conferma tale impostazione.

6.2. L'interpretazione dell'art. 1218 nella dottrina e giurisprudenza attuale.

Si ribadisce che il criterio di imputazione è da sempre discusso in dottrina, divisa fra la priorità della colpa e forme di responsabilità oggettiva, e si reputa un metodo puramente esegetico inadeguato. La lettera degli articoli 1218, 1176, 1375 non porta ad risultato semplice e univoco ed è inopportuna “ la ricerca di un criterio

riassuntivo e unitario di responsabilità dove la varietà delle programmazioni e finalità contrattuali suggerisce l'idea che il criterio debba essere in qualche misura articolato"²⁶⁰

Lo stesso codice civile nelle discipline di settore tiene conto degli interessi delle parti, della finalità del contratto e dell'efficienza economica della disciplina legale.

E' sufficiente qui un elenco delle disposizioni più significative.

L'art. 1474 e gli obblighi del venditore; 1477 e la consegna della cosa nello stato in cui si trova al momento della vendita; 1478 sulla vendita di cosa altrui; 1480 e la garanzia per evizione; 1490 e la garanzia per i vizi della cosa alienata; 1578 sui vizi della cosa locata; 1618 sull'affitto di cosa produttiva; 1668 e 1673 sull'appalto; 1681 e 1693 sul contratto di trasporto; 1710 sul mandato; 1768, 1785 e 1787 sul deposito; 1804 sul comodato; 1821 sul mutuo; 1836 sul deposito bancario; 1839 sulle cassette di sicurezza; 1915 sul contratto di assicurazione; 2104 sul rapporto di lavoro; 2236 sulla prestazione d'opera.

D'altra parte non si può trascurare che “ con il contratto ciascuna parte può assicurarsi l'impegno dell'altra ad operare per farle conseguire un bene o renderle un servizio” ed entrambe possono distribuire fra loro i risultati delle difficoltà e degli imprevisti che possono turbare l'equilibrio negoziale”. Questi due aspetti “ cooperazione della controparte e ripartizione dei rischi” si presentano e si combinano in diversa misura nei diversi tipi di contratto” a seconda che si dia maggior peso al comportamento richiesto, al risultato da raggiungere, alla garanzia prestata da una parte.

Gli articoli 1218 e 1176 non possono essere intesi come disposizioni che esprimono i principi diversi della colpa o dell'impossibilità oggettiva ma appartengono a momenti diversi del giudizio di responsabilità e operano diversamente a seconda del tipo di rapporto che si instaura con il contratto.

- a) La diligenza (1176) appartiene alla determinazione del comportamento dovuto e non esclude che le parti stabiliscano contrattualmente l'adozione di particolari misure di condotta. Si dovrà pertanto ciò che esse hanno stabilito nel contratto (1362-1366).
- b) Una volta determinato il comportamento dovuto se esso è mancato si applica l'art. 1218 in base al quale il debitore non è liberato se non dalla impossibilità della prestazione.

E' sufficiente una breve esemplificazione.

- 1) l'obbligo di pagare una somma di denaro.

La mancanza di mezzi finanziari non esonera perché il rischio grava sempre sul debitore, salvo ipotesi eccezionali. “ il rischio delle conseguenze dannose di queste crisi di liquidità è posto a carico del debitore in correlazione con la sua libertà di organizzazione finanziaria della propria attività”.

- 2) La consegna di una cosa determinata solo nel genere.

L'art. 1178 detta una regola e il debitore non è liberato da un'impossibilità oggettiva ma solo nel caso di impossibilità sopravvenuta (1218).

- 3) Il trasferimento della proprietà.

La legge distingue e disciplina le diverse ipotesi della vendita di cosa altrui (1478-1479), della garanzia per evizione (1481) e la garanzia per vizi (1489-1497).

²⁶⁰ P. Trimarchi, _____, in Riv. dir.civ. 2008, 3, p. 341 ss. Id., Il contratto: inadempimento e rimedi, Milano, Giuffrè, 2010

- 4) Le obbligazioni di fare.
- a) se riguardano una prestazione da eseguire mediante un'organizzazione di uomini e mezzi come l'appalto la legge pone a carico dell'appaltatore "il rischio che l'attività non dia il risultato promesso o lo dia ad un costo più alto del previsto". " se il risultato promesso è possibile e non è raggiunto l'appaltatore non ha diritto al corrispettivo o deve sopportare il maggior costo. Se il risultato promesso è possibile l'appaltatore deve dimostrare l'impossibilità non imputabile.
- b) Se la prestazione riguarda un fare infungibile come una prestazione artistica o professionale vale come regola di responsabilità il concetto di colpa oggettiva " il debitore deve garantire perizia e diligenza non inferiori alla media o al superiore livello che si debba ritenere convenuto"
- c) Le obbligazioni di custodia.

Significativa negli anni settanta del secolo scorso è stata una vicenda giurisprudenziale che ha indotto la giurisprudenza di merito e di legittimità, assieme alla migliore dottrina, a confrontarsi con il tema dell'inadempimento e della colpa in un caso singolare. Si trattava della perdita, in occasione dell'alluvione di Firenze del 1966, di una preziosa collezione di francobolli custodita nel *caveau* di una Banca. Il Tribunale giudicò l'evento straordinario per la sua incidenza sull'obbligazione contrattuale, ma ritenne che i rischi di allagamento dei locali erano prevedibili ed evitabili con mezzi tecnici sicuri, quali ad esempio quelli impiegati nelle costruzioni navali. La Corte di Appello stabilì, invece, che il caso aveva tutte le caratteristiche del caso fortuito, considerando tale non solo l'accadimento che appare *impossibile*, ma anche quello che è estremamente *improbabile*, del tutto *abnorme o anormale*. Fu esclusa, dunque, la responsabilità della Banca sulla base di una riflessione sulla prevedibilità ed evitabilità dell'evento. In base al primo requisito, si osservò, la modalità ed efficienza tecnica dell'attività professionale accrescono l'area dell'obbligo di previsione e quindi il numero degli eventi prevedibili. Ma l'analisi sulla evitabilità è in tal caso decisiva. La Banca avrebbe dovuto predisporre locali per il deposito nelle cassette di sicurezza a tenuta stagna, ma si esclude che essa fosse tenuta ad avvalersi degli accorgimenti di indole tecnica richiesti per altri settori di attività, come le costruzioni navali. Si osservò, insomma, che seppur l'art. 1839 c.c. deve intendersi come un aggravamento della responsabilità non si può, dalla raggiunta perfezione tecnica dell'attività professionale esercitata in determinato settore, trarre la conseguenza che il debitore possa e debba conoscere ed utilizzare le tecniche di ogni altro settore dell'attività umana²⁶¹.

La conclusione è dunque evidente.

- a) " Il criterio di imputazione non può riassumersi nel concetto di colpa o invece in quello di responsabilità oggettiva, ma si articola variamente in relazione alla natura e

²⁶¹ Così P. RESCIGNO, *In tema di responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, in *Giur. Merito*, 1970, p. 267 ss.

alla finalità dei diversi tipi di contratto e in relazione ai diversi aspetti della prestazione dovuta”²⁶² in base al titolo contrattuale.

b) Centrale nella valutazione dell’interprete è l’analisi sulla *prevedibilità ed evitabilità dell’evento*, esaminato in relazione alla nozione di impossibilità sopravvenuta, caso fortuito o forza maggiore ricavabili dalle circostanze del caso e dal titolo negoziale da cui deriva l’obbligo.

Si ricorda a tal fine che la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci prevede all’art. 25 quanto segue: “una inosservanza del contratto commessa da una delle parti è essenziale quando causa all’altra un pregiudizio tale da privarla sostanzialmente di ciò che questa era in diritto di attendersi dal contratto, a meno che la parte in difetto non abbia previsto un tale risultato e che una persona ragionevole, di medesima qualità, posta nella medesima situazione non avrebbe anche essa potuto prevederlo”.

Convenzione di Vienna

Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili

L. 11 dicembre 1985, n. 765

Traduzione italiana non ufficiale della Convenzione in Giorgio De Nova, *Codice civile e Leggi collegate*, Milano, 2003 predisposta con alcune varianti da L. Rubino, con la collaborazione di M. Bianca, C. de Cupis, A. Zangara, in appendice a Bianca e Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, 1987.

Art. 25

Un inadempimento del contratto commesso da una delle parti è essenziale quando causa all’altra parte un pregiudizio tale da privarla sostanzialmente di ciò che essa aveva diritto di aspettarsi dal contratto, a meno che la parte inadempiente non abbia previsto tale risultato, e che neanche una persona ragionevole della stessa qualità nelle stesse circostanze avrebbe potuto prevederlo.

Fonti persuasive

Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, DCFR outline Edition, 2009

III. – 3: 502 Termination for fundamental non-performance

- (1) A creditor may terminate if the debtor’s non performance of a contractual obligation is fundamental
- (2) a non – performance of a contractual obligation is fundamental if:
 - a) It substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor

²⁶² P. Trimarchi, Il contratto: inadempimento e rimedi, cit. p.

did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or

- b) It is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on.

6.3. Inadempimento e colpa in Italia e negli ordinamenti europei

L'attenuarsi del ruolo della colpa e la centralità dell'inadempimento (come presupposto dei rimedi) è una costante nelle fonti europee. La Convenzione di Vienna²⁶³ e la Direttiva sulla vendita dei beni di consumo, la riforma del BGB e l'elaborazione della dottrina in Francia e in Italia, si uniscono alla continuità espressa, sul punto, dal *common law*²⁶⁴.

Le due tendenze, soggettiva e oggettiva, non riflettono, in ogni caso, scelte diverse di giustizia distributiva ed è semplicistico dire che l'una (l'oggettivazione) rispecchia la logica del sistema capitalistico e l'altra (la diligenza) ha un più accentuato contenuto morale²⁶⁵. Vi sono ragioni più profonde della tendenza in atto, evidenti più o meno in ogni ordinamento.

“In Francia sembra acquisita la consapevolezza dei presupposti oggettivi della responsabilità, dalla quale il debitore è esonerato se prova la *cause étrangère*; nella *common law* la colpa non ha mai giocato alcun ruolo in materia contrattuale²⁶⁶”. La convenzione di Vienna prevede la esclusione di responsabilità per impedimento obiettivo. I principi Unidroit e i PECL hanno adottato una soluzione simile, secondo la quale il debitore non risponde dell'inadempimento se prova che esso è dovuto a un impedimento che supera la propria sfera di controllo e del quale non ci si poteva aspettare che egli tenesse conto al momento della conclusione del contratto né che dovesse evitare o superare l'impedimento o le sue conseguenze.

Tali acquisizioni sono omogenee con la posizione di una parte significativa della dottrina italiana che ha sollecitato una precisa riflessione.

“Quando esiste un rapporto e si tratta di liberarsene non è la prova della mancanza di colpa che può bastare a tal fine, perché questo presupporrebbe l'attribuzione alla colpa della funzione di fondamento della responsabilità, la quale invece quando nasce dall'inadempimento non è altro che la trasfigurazione del rapporto preesistente”²⁶⁷. La colpa casomai può essere fondamento della responsabilità quando non preesiste un rapporto ma, in caso contrario, è la forza e il contenuto del titolo che fonda la misura della responsabilità²⁶⁸.

²⁶³ V. sul punto O. LANDO, *The European Principles in an integrated World*, in *European Review of contract Law*, 2005, 1, p. 3 ss., in part. pp.11-13; S. GRUNDMANN, *Germany and the Schuldrechtsmodernisierung*, 2002, ivi, p. 132 ss.

²⁶⁴ V. da ultimo R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, cit., p. 131 ss.; M. FRANZONI, *Trattato della Responsabilità civile*, a cura di M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2004, p. 1087 ss.; e G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^a ed., Padova, 2005, p. 54 ss.

²⁶⁵ P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, p. XVI.

²⁶⁶ C. CASTRONOVO-L. MENGONI: *dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, in *Jus*, 2002, p. 74; ID., *Principi di diritto europeo dei contratti*, ed. it., a cura di C. Castronovo, Milano 2001, *sub* art. 8, par. 432.

²⁶⁷ C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, p. 74.

²⁶⁸ L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1091 ss.

Questa conclusione sembra coerente con la sentenza della Corte di Cassazione italiana che, a Sezioni Unite, ha elaborato un principio di diritto che si è poi consolidato²⁶⁹.

L'adempimento, risoluzione e risarcimento sono intrinseci al rapporto obbligatorio che ha struttura complessa. Con il contratto sorge il diritto alla prestazione che contiene il diritto alla risoluzione e al risarcimento²⁷⁰. Non è l'inadempimento il fatto costitutivo della domanda ma l'adempimento fatto estintivo dei diritti già sorti. Sicché, come vedremo, deve essere il debitore a provare di aver adempiuto²⁷¹.

In sintesi, la colpa non può che assumere un ruolo diverso nella responsabilità contrattuale (rispetto alla extracontrattuale), perché essa non è il fondamento della responsabilità ma è espressione del contratto.

Non si attegge in astratto come imperizia o negligenza; bensì come inosservanza del comportamento dovuto in forza del concreto rapporto risultante dalla sua fonte²⁷².

6.4. L'imputabilità dell'inadempimento nella giurisprudenza italiana

Il problema se l'inadempimento debba essere imputabile è controverso in dottrina e giurisprudenza e si risolve nel quesito se il contraente leso debba provare, oltre all'inadempimento, anche la colpa.

La necessaria imputabilità è sostenuta con sicurezza da coloro che privilegiano una concezione sanzionatoria della risoluzione. Chi adotta una diversa giustificazione contesta tale costruzione²⁷³ e le diverse teorie sfociano in una differente idea dell'istituto.

Da un lato, l'imputabilità sarebbe il punto di discriminazione fra due forme di responsabilità. Una decritta dall'art. 1463 c.c. che valorizza la impossibilità sopravvenuta della prestazione. L'altra appunto che richiede, ai sensi dell'art. 1453

²⁶⁹ V. Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, commentata da U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*, in *I contratti*, 2002, p. 118; G. MARICONDA, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1569; G. VISINTINI, in *Contr. impr.*, 2002, p. 318.

²⁷⁰ Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Foro it. On line*.

²⁷¹ V. già in tal senso G. CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, p. 794.

²⁷² Così L. MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, cit., p. 1091 ss.

²⁷³ MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 20; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, p. 312; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 269 ss.; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del creditore*, in *Commentario* a cura di P. Schesinger, Milano 1987, p. 393 ss.; G. PISCIOTTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 2000, p. 48 ss.

c.c., l'inadempimento imputabile²⁷⁴. Complessità questa che non escluderebbe una serie di regole ispirate pur sempre al principio della colpa²⁷⁵.

Dall'altro, il fondamento del rimedio non dovrebbe essere ricercato nella colpa, ma nell'interesse del creditore o in altro presupposto oggettivo²⁷⁶.

Non manca chi svaluta l'importanza pratica della disputa, notando che un inadempimento non imputabile troverebbe una conseguenza o nell'art. 1453 c.c. o nell'art. 1463 c.c.²⁷⁷. Altri invece ribadisce l'importanza della qualificazione non essendo affatto indifferente la scelta fra le due azioni, quantomeno per il profilo della tempestività della domanda che non potrebbe essere mutata nel corso dello stesso giudizio.

Anche tale quesito può trovare risposta se si riflette sul ruolo della colpa nella cultura giuridica europea e sul recente orientamento sull'onere della prova in Italia.

La verità, come si è accennato, è che la colpa non può che assumere un ruolo diverso nella responsabilità contrattuale (rispetto alla extracontrattuale), perché essa non è il fondamento della responsabilità; ma è espressione del contratto e si atteggia come inosservanza del comportamento dovuto.

Se si tiene conto di ciò, ogni consapevolezza sul punto non può che trarne le conseguenze. Come accade in molti ordinamenti europei e nei testi dei Principi.

È bene ricordare, però, che la giurisprudenza italiana prevalente è orientata, con alcune sfumature, per la necessaria imputabilità dell'inadempimento, ma le formule usate nelle motivazioni sono per lo più di stile e le soluzioni sono molto articolate.

Alcune sentenze si limitano a distinguere fra inadempimento colposo, che dà luogo a risoluzione, e imputabilità, che dà luogo alla risoluzione ai sensi dell'art. 1463. In tal modo si osserva che il contraente non adempiente non ha motivo per sostenere l'efficacia del contratto. Altre pronunzie parlano di una rilevanza dell'incolpevolezza, come arma di difesa del contraente inadempiente. Spesso il problema della colpa si trasforma in quello dell'esistenza o meno di cause di giustificazione del debitore, cioè dell'inesigibilità della prestazione, perché è mancata la necessaria cooperazione (cambio di indirizzo), oppure si è reso difficile l'adempimento impedendo di riparare al difettoso adempimento, o ancora il creditore ha tollerato la condotta del debitore.

Decisivo è comunque l'orientamento consolidato della Cassazione in tema di onere della prova, che semplifica la fattispecie e allinea la giurisprudenza alle tendenze più consapevoli del passato e più condivise oggi in Europa²⁷⁸.

Nelle pronunzie più recenti²⁷⁹ si osserva che l'inadempimento, la risoluzione e il risarcimento sono intrinseci al rapporto obbligatorio che ha struttura complessa.

²⁷⁴ C.M. BIANCA, *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 278; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 131; A. GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, p. 228.

²⁷⁵ A. LUMINOSO in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA, *Risoluzione per inadempimento*, I, in *Commentario Scialoja e Branca*, cit., p. 19 ss.

²⁷⁶ V. Da ultimo per una prospettiva d'insieme A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, p. 1316 ss.; G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, op. loc. cit.

²⁷⁷ V. ROPPO, op. loc. ult. cit.

²⁷⁸ V. Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Foro it. On-line*.

Sicché con il contratto sorge il diritto alla prestazione che contiene il diritto alla risoluzione e al risarcimento. Ne segue che i rimedi, come già la dottrina del secolo scorso aveva chiarito, “non nascono in seguito a violazione dell’obbligo ma sorgono assieme alla obbligazione”²⁸⁰.

La costruzione è del tutto convincente ed occorre esaminarla da vicino.

6.5. L’onere della prova

Il caso che dà origine alla pronunzia delle Sezioni Unite concerne un obbligo di insonorizzare una parete divisoria fra un appartamento, destinato ad abitazione e un locale adibito a Scuola di ballo. In presenza dell’inadempimento il Tribunale e la Corte di Appello si erano pronunziati in modo diverso. Il primo aveva condannato la scuola fondando la sua decisione sulla carenza di prova dell’adempimento. La seconda aveva riformato la sentenza proprio ritenendo errato tale reparto giacché, si sostenne, doveva gravare sull’attore, in presenza di una contestazione della controparte, l’onere di dimostrare il mancato adempimento.

La sentenza delle Sezioni Unite n. 13533/2001 prende atto di una diversità di posizioni nella dottrina e nella stessa giurisprudenza di legittimità.

Un primo orientamento, maggioritario, riteneva dovesse sussistere un regime probatorio diverso in caso di adempimento, di risoluzione e di risarcimento. In caso di adempimento si reputava sufficiente la prova da parte dell’attore del titolo, perché tale fatto è il solo fatto costitutivo della pretesa. Nella risoluzione e nel risarcimento, si era osservato, sono invece due gli elementi, il contratto e l’inadempimento, sicché l’attore doveva provare l’uno e l’altro.

Un secondo orientamento, minoritario, riconduceva ad unità il regime probatorio da applicare a tutte le azioni previste dall’art. 1453, sia perché dall’art. 2697 c.c. si trae un principio di persistenza del diritto che fa gravare sul debitore la prova del fatto estintivo; sia perché, in base al principio di vicinanza della prova, questa va posta a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l’inadempimento e quindi sul debitore.

Le Sezioni unite hanno accolto le motivazioni dell’indirizzo minoritario enunciando un principio netto. **Il creditore deve solo provare il titolo e allegare l’inadempimento della controparte.** Ciò in base alle seguenti argomentazioni.

L’art. 2697 è espressione di un principio di persistenza del diritto in presenza di una fonte contrattuale, sicché grava sull’altra parte la prova del fatto estintivo.

L’omogeneità del regime dell’onere della prova per le tre azioni previste nell’art. 1453 risponde ad un criterio di ragionevolezza, perché tutte le azioni previste da quella norma servono a statuire che il debitore non ha adempiuto, mentre le ulteriori pronunzie sono consequenziali a questa. La stessa possibile sostituzione della domanda ai sensi dell’art. 1453 ha compreso l’uno e l’altro diritto sotto un’unica

²⁷⁹ V. sul tema G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., p. 794, e da ultimo A. SEGRETO, *La ripartizione della prova in tema di risoluzione per inadempimento*, in *Giust. Civ.*, 2000, II, p. 175 ss.

²⁸⁰ CHIOVENDA, *Principi*, cit., p. 794. e sul punto A. SEGRETO, *La ripartizione della prova in tema di risoluzione per inadempimento*, cit., p. 175 ss.

fattispecie, senza condizionare il mutamento della domanda all'accollo di un nuovo onere probatorio.

C'è poi un'esigenza ulteriore. Il creditore che deduca di non essere stato pagato avrà serie difficoltà di individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari idonei a dimostrare il fatto negativo dell'inadempimento.

Anche in caso di inesatto inadempimento opera tale reparto probatorio perché esiste una identica *ratio*: il debitore non è stato fedele al contratto.

Naturalmente, se il convenuto fa valere l'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 dovrà provare il titolo e potrà limitarsi ad allegare l'altrui inadempimento. Incombe allora sul creditore la relativa prova.

Tutto quanto sostenuto vale per le obbligazioni positive e non per le obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento è sempre a carico del creditore, anche qualora agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento. Ciò perché il presupposto comune ai rimedi previsti dall'art. 1453 è l'inadempimento costituito da un fatto positivo. Diversamente, per le obbligazioni negative, non vige né il principio della persistenza del diritto insoddisfatto, "perché in tali obbligazioni il diritto nasce soddisfatto e viene in considerazione solo a sua successiva violazione; né vige il principio di vicinanza della prova, "dal momento che l'inadempimento dell'obbligazione negativa ha natura di fatto positivo" che il creditore può fornire senza eccessiva difficoltà.

Una sentenza successiva²⁸¹ ha consolidato questo orientamento. Nel ribadire le precedenti conclusioni delle Sezioni unite, la sentenza osserva quanto segue.

Il diritto alla risoluzione del contratto, come l'obbligo del risarcimento in caso di domanda autonoma e non accessoria conseguente all'inadempimento, attua una responsabilità del debitore coeva al sorgere del rapporto obbligatorio.

Il risarcimento del danno, la risoluzione per inadempimento e l'adempimento, sono intrinseci al rapporto obbligatorio, inteso come struttura complessa, costituito da un insieme funzionalmente unitario di effetti giuridici, i quali possono mutare senza che il rapporto perda la sua identità.

Ne segue che, nelle obbligazioni positive, con il contratto sorge sia il diritto alla prestazione sia, contemporaneamente, il diritto alla risoluzione ed al risarcimento del danno, tanto che la domanda di risoluzione e quella di adempimento possono essere proposte anche nel medesimo giudizio, la seconda subordinatamente alla prima.

Se è così, non è l'inadempimento che si pone come fatto costitutivo della domanda di risoluzione; ma è l'adempimento che si pone come fatto estintivo dei diritti sorti con il contratto in favore del creditore.

Tali considerazioni erano già state formulate in passato in modo chiarissimo.

Nelle obbligazioni di dare e di fare "l'attore non deve provare l'omissione dell'inadempimento; ciò che si deve dopo l'inadempimento è di solito ciò che si doveva prima: l'obbligazione perdura, onde all'attore basterà provare che è nata; e ciò vale anche per le conseguenze legali o convenzionali dell'inadempimento²⁸²", quali la risoluzione o i danni.

²⁸¹ Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, p. 1836.

²⁸² CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 787; v. altresì G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 46; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 109 ss.; M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. Disc. priv.*, Torino, 1995, p. 65 ss.

Nelle obbligazioni di non fare invece “l’inadempimento consiste in una azione positiva, nel fare quello che non si doveva. L’azione tende ad ottenere la rimozione di ciò che si è fatto: in questo caso il fondamento del diritto di agire dell’attore sta anche nel fatto lesivo dell’obbligazione: l’attore dovrà provare quindi il fatto lesivo compiuto dal convenuto. Similmente nella rivendica dovrà provarsi il possesso attuale del convenuto”²⁸³.

6.6. La gravità dell’inadempimento

L’art. 1455 c.c. precisa che il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra. Da tale locuzione si ricava che la “gravità dell’inadempimento” è un presupposto necessario della risoluzione di cui agli artt. 1453 ss. c.c.

La delimitazione di tale requisito rifiuta ogni criterio astratto. Il giudizio deve essere svolto in concreto, tenendo conto “del significato dell’operazione giuridica, dell’interesse specifico dedotto in contratto dal contraente deluso e del grado di incidenza della violazione”. Avranno rilevanza dunque “la durata, l’eliminabilità e l’eliminazione in concreto dell’inadempimento, l’esistenza di inadempimenti reciproci, la contrarietà a buona fede insita nell’attivazione del rimedio, la colpevolezza, la tolleranza manifestata dal creditore, le conseguenze pregiudizievoli anche indirette che al creditore possono derivare”²⁸⁴.

Gli unici dati rilevanti per la valutazione sono l’oggettiva entità della prestazione non eseguita e la concreta gravità dell’offesa all’interesse. Ciò trova un riscontro in giurisprudenza ove, al fine di valutare la “non scarsa importanza”, si applicano sia parametri di carattere oggettivo volti a verificare in che misura l’inadempimento abbia inciso sulla complessiva economia del rapporto, sia di carattere soggettivo. Il parametro soggettivo si specifica nella considerazione dell’interesse che è leso dall’inadempimento e ai “comportamenti del contraente deluso successivi all’insecurazione”²⁸⁵.

La necessità di ponderare l’inadempimento alla luce di parametri sia di carattere soggettivo che oggettivo, costituisce un necessario riflesso della configurazione pattizia dello scambio, il cui nucleo è costituito dalla mancata realizzazione “dell’interesse allo scambio”²⁸⁶.

In giurisprudenza sono costanti le formule che si riferiscono alla necessità che il giudizio sia complessivo²⁸⁷.

²⁸³ CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 794.

²⁸⁴ G. AMADIO, *L’inadempimento risolutorio: l’importanza*, in *Trattato del contratto* a cura di V. Roppo, vol. V, *Rimedi* - 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 123.

²⁸⁵ G. AMADIO, *L’inadempimento risolutorio: l’importanza*, cit., p. 129.

²⁸⁶ G. AMADIO, *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁷ Cass., sez. III, 22 maggio 2001, n. 6951, in *Foro pad.*, 2001, I, p. 505: “Ai fini della declaratoria di risoluzione del contratto, il criterio stabilito dall’art. 1455 c.c. per valutare l’inadempimento di una delle parti impone un apprezzamento complessivo del comportamento del contraente, la cui gravità va commisurata non all’entità del danno prodotto, ma alla rilevanza delle violazioni contrattuali commesse, considerando anche l’interesse della parte incolpevole”.

Dal punto di vista procedimentale si tratta di un giudizio di fatto, su cui la legge fornisce solo qualche elemento di precisazione. Il giudizio è subordinato ad un onere di motivazione e rilevabile d'ufficio²⁸⁸.

Giurisprudenza

“In tema di risoluzione del contratto per inadempimento, lo scioglimento dell'accordo contrattuale, quando non opera di diritto, consegue ad una pronuncia costitutiva che presuppone da parte del giudicante la valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento stesso, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte. Tale valutazione viene operata alla stregua di un duplice criterio: in primo luogo, il giudice, applicando un parametro oggettivo, deve verificare che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da creare uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale; nell'applicare il criterio soggettivo, invece, il giudicante deve considerare il comportamento di entrambe le parti (un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra) che può, in relazione alla particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità nonostante la rilevanza della prestazione mancata o ritardata” (Cass., 18 febbraio 2008, n. 3954, in *Diritto & Giustizia*, 2008).

6.7. L'eccezione di inadempimento

6.7.1. L'eccezione di inadempimento e il mutamento delle condizioni patrimoniali

Il codice prevede due ipotesi in cui il contraente può difendersi in via preventiva nei confronti dell'inadempimento dell'altra parte.

²⁸⁸ Al profilo della “non scarsa importanza dell'inadempimento” si è ricondotta (cfr. M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, p. 310 ss., richiamata da G. AMADIO, *L'inadempimento risolutorio: l'imputabilità*, in *Trattato del contratto* a cura di V. Roppo, cit., Milano, 2006, p. 78) un'ipotesi concernente inadempimenti reciproche. Il caso riguardava un'ipotesi in cui la Cassazione (Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, p. 545) ha precisato che occorre “far luogo ad un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambedue le parti per stabilire quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi ed alla oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte, nonché della conseguente alterazione del sinallagma; tale accertamento, fondato sulla valutazione dei fatti e delle prove, rientra nei poteri del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato”. Altra parte della dottrina è critica sul punto, ritenendo che alle situazioni in cui “l'inadempimento che una parte addebita all'altra rappresenta la ragione del proprio comportamento”, si applichi la logica dell'eccezione di inadempimento e non dell'art. 1455 c.c. (Cfr. G. AMADIO, *L'inadempimento risolutorio*, cit., p. 79).

L'art. 1460 c.c. dispone che:

“Nei contratti a prestazione corrispettive ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto” (1° comma);

“Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede” (2° comma).

L'eccezione di inadempimento costituisce, dunque, una ipotesi di “tutela immediata”, che produce l'effetto di sospendere l'obbligo di eseguire la propria prestazione fino a quando non sia cessato l'inadempimento altrui e “non richiede il preventivo intervento del giudice”²⁸⁹. “Non ha effetto risolutivo del contratto, né ha effetto definitivamente liberatorio per il debitore” così come avviene, invece, ad esempio, con l'accoglimento della domanda di risoluzione o con la diffida ad adempiere²⁹⁰.

“All'inadempimento vero e proprio può equipararsi la dichiarazione di non voler adempiere, resa prima della scadenza; o la condotta del debitore che si mette in condizione di non poter adempiere alla scadenza: sempre che l'equiparazione sia conforme a buona fede (cioè che la dichiarazione o la condotta rendano praticamente certo il futuro inadempimento)”²⁹¹.

Giurisprudenza

“L'interesse all'adempimento di cui all'art. 1460 c.c., è tutelato, in conformità al principio della efficacia vincolante del contratto (ex art. 1372 c.c.), in maniera più intensa rispetto all'interesse alla risoluzione del contratto ex art. 1455 c.c., non incontrando esso il limite, più rigoroso, della non scarsa importanza, ma solo quello della buona fede in senso oggettivo” (Cass., 13 febbraio 2008, n. 3472, in *Diritto & Giustizia*, 2008).

6.7.2. L'eccezione di insicurezza

L'art. 1461 c.c. completa la tutela.

“Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia”.

È ovvio che la vicenda dell'insolvenza incide sul rapporto nascente dall'autoregolamento. In proposito si è posto in evidenza la distinzione fra l'insolvenza commerciale, che apre la via per le sole imprese alla tutela concorsuale (oltre a quella comune), e l'insolvenza civile di ogni altro debitore, che può avvalersi

²⁸⁹ A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, cit., p. 698.

²⁹⁰ F. GALGANO, in *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 572 ss.

²⁹¹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 987.

solo delle “forme individuali di tutela”. Mentre la prima è identificata come una situazione di squilibrio finanziario”, “da accertarsi con giudizio prognostico”, la seconda implica “un depauperamento del debitore, tale da indurre il creditore a non poter più fare affidamento (non già sui flussi finanziari, come nel caso dell’imprenditore commerciale, ma) sulla consistenza del patrimonio”²⁹².

Nel sistema del codice civile l’art. 1186 c.c. comporta la decadenza dal beneficio del termine, mentre l’art. 1461 prevede la “facoltà di sospensione dell’esecuzione della prestazione dovuta, allorché le condizioni patrimoniali dell’altro contraente divengano tali da porre in evidente pericolo il successivo conseguimento della controprestazione, salvo la prestazione di garanzia”.

Forme di tutela analoghe sono previste in norme settoriali quali gli articoli 1822, 1845, 1956, 1959.

In tali diritti potestativi di autotutela si intravede a favore del creditore “un potere di controllo sull’altrui situazione patrimoniale e sull’attività negoziale”, strumentale all’esercizio delle azioni di eliminazione dell’atto²⁹³. Analogo potere di controllo attribuisce, secondo la giurisprudenza prevalente e parte della dottrina, l’art. 1461 c.c., che consente la sospensione, “non solo per il sopravvenire del mutamento *in peius* delle condizioni patrimoniali del contraente rispetto alla stipulazione del contratto – come si evince dal testo normativo – ma in presenza di un dissesto patrimoniale anteriore alla nascita del rapporto giuridico e ignorato incolpevolmente dal contraente tenuto ad adempiere per primo.

Tale istituto integra, secondo taluno, una “eccezione di insicurezza”, introdotta per la prima volta dalla Convenzione di Vienna²⁹⁴, che attribuisce un rimedio forte al creditore che dovrà tuttavia esercitarlo solo in presenza di rigorosi presupposti se vuol evitare una sua responsabilità rilevante ai fini della risoluzione e dei danni cagionati al debitore”²⁹⁵.

Secondo tale indirizzo l’insorgenza del mutamento può anche essere precedente alla conclusione del contratto, purché sia stata ignorata senza colpa dal contraente che si rifiuta di adempiere la propria prestazione²⁹⁶.

Si è osservato, in proposito che anche “la scelta del legislatore del ‘42 di non indicare il momento temporale di rilevanza del mutamento nelle condizioni

²⁹² F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del Contratto*, a cura di V. Roppo, V, Milano, 2006, p. 413 ss.

²⁹³ F. ADDIS, *op. cit.*, p. 424 ss.

²⁹⁴ F. ADDIS, *op. cit.*, p. 434 ss.

²⁹⁵ F. ADDIS, *op. cit.*, p. 464 ss.

²⁹⁶ V. [Cass., 20 febbraio 2008, n. 4320](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2: “Nei contratti a prestazioni corrispettive, l’eccezione dilatoria di cui all’art. 1461 c.c. (mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti) può essere opposta da una delle parti quando la situazione patrimoniale dell’altro contraente venga a deteriorarsi in maniera tale da porre in evidente pericolo il conseguimento della prestazione cui ha diritto il contraente *in bonis*. Inoltre, per la sua applicabilità, non è neppure necessario che tale modificazione patrimoniale sia sopravvenuta rispetto al contratto, essendo sufficiente che il contraente che oppone la sospensione della sua prestazione ne sia venuto a conoscenza successivamente e che egli non l’abbia conosciuta o potuta conoscere con la normale diligenza” (nel caso di specie, relativo ad un contratto di fornitura di tessuto, si è ritenuta giustificata la mancata consegna di nuova stoffa, a fronte dell’inadempimento di precedenti fatture per decine di milioni, della richiesta di concordare un piano di rientro e del mancato pagamento dell’ultima rata di esso).

patrimoniali, non può essere altrimenti intesa se non come una precisa determinazione in favore del rilievo da attribuirsi anche alle situazioni precedenti la conclusione del contratto”²⁹⁷. Con il mancato rilievo del momento in cui si è verificato il mutamento delle condizioni patrimoniali, il codice del ‘42 ha recepito l’orientamento giurisprudenziale prevalente già all’epoca del codice del 1865. La locuzione “dopo la vendita” di cui all’art. 1469, co. 2, del codice previgente, infatti, non aveva impedito alla giurisprudenza di “ammettere che anche un dissesto incolpevolmente ignorato al momento della conclusione del contratto legittimasse il venditore a rifiutare la prestazione”²⁹⁸.

La conoscenza del mutamento delle condizioni patrimoniali deve essere intesa non “come stato di consapevolezza puramente soggettivo e individuale”, ma “secondo le linee di valutazione della ordinaria diligenza, che si specifica essenzialmente in relazione alle qualità del soggetto, alla sua attività, alla natura dell’affare”²⁹⁹.

Occorre ricordare, infine, che l’art. 1462 c.c. consente una deroga convenzionale al disposto *ex art.* 1461 c.c., sebbene entro precisi limiti:

“la clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, non ha effetto per le eccezioni di nullità di annullabilità e di rescissione del contratto” (1° comma);

“nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che ricorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna imponendo, se del caso, una cauzione” (2° comma).

Giurisprudenza

“Nei contratti a prestazioni corrispettive, l’eccezione dilatoria di cui all’art. 1461 c.c. (mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti) può essere opposta da una delle parti quando la situazione patrimoniale dell’altro contraente venga a deteriorarsi in maniera tale da porre in evidente pericolo il conseguimento della prestazione cui ha diritto il contraente *"in bonis"*. Inoltre, per la sua applicabilità, non è neppure necessario che tale modificazione patrimoniale sia sopravvenuta rispetto al contratto, essendo sufficiente che il contraente che oppone la sospensione della sua prestazione ne sia venuto a conoscenza successivamente e che egli non l’abbia conosciuta o potuta conoscere con la normale diligenza. (Nella fattispecie, relativa ad un contratto di fornitura di tessuto, si è ritenuta giustificata la mancata consegna di nuova stoffa, a fronte dell’inadempimento di precedenti fatture per decine di milioni, della richiesta di concordare un piano di rientro e del mancato pagamento dell’ultima rata di esso” (Cass., 20 febbraio 2008, n. 4320, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2).

“La sospensione dell’esecuzione della prestazione contrattuale, nei casi in cui è consentita dall’art. 1461 c.c., non richiede per la sua validità alcuna previa comunicazione o dichiarazione alla controparte, né è necessario che la relativa decisione

²⁹⁷ F. ADDIS, *op. cit.*, p. 474 ss.

²⁹⁸ F. ADDIS, *op. ult. cit.*, p. 477 ss.

²⁹⁹ F. ADDIS, *op. loc. ult. cit.*

sia adottata prima della scadenza del termine previsto per l'adempimento" (Cass., 10 agosto 2007, n. 17632, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8).

6.7.3. L'inadempimento anticipato

Attenzione autonoma deve essere riservata alle ipotesi di inadempimento anticipato previste espressamente da altri ordinamenti e affrontati dalla nostra giurisprudenza attraverso una valutazione attenta della clausola di buona fede³⁰⁰.

La dichiarazione o la minaccia di non voler adempiere, resa prima della scadenza, non possono essere equiparate all'inadempimento. Se il debitore determina l'impossibilità di adempiere il problema può porsi. Negli altri casi occorre un'analisi attenta della fattispecie e delle norme, per precisare se si possa individuare un rimedio generale (*ai sensi dell'art. 24 della Costituzione, del principio espresso nell' art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e della disciplina generale dei contratti contenuta nel codice*) che consenta al contraente di reagire a fatti e contegni gravi dell'altra parte, in presenza di un termine o di una condizione che rende, formalmente, l'inadempimento non ancora attuale.

L'importanza di un tale rimedio è evidente. Se la conservazione del contratto è un'esigenza largamente avvertita, emerge sempre più l'idea che "in presenza di una crisi grave e attuale del rapporto obbligatorio, occorra restituire alle parti la libertà di *contrahere*" mediante regole che non restringano eccessivamente "l'accesso al rimedio risolutorio"³⁰¹. Ciò perché non "si può costringere i contraenti a rimanere a lungo vincolati ad un contratto verso il quale non nutrono più alcun interesse, visto che lo scambio, non potendosi realizzare con le caratteristiche e secondo le modalità originariamente pattuite, è divenuto economicamente inefficiente"³⁰².

Non mancano indicazioni specifiche nel codice civile, nella disciplina generale del contratto e in alcuni contratti tipici.

Nel contratto condizionato esiste un preciso obbligo di rispetto della buona fede (1358). Nel contratto d'opera è prevista un'ipotesi di diffida ad adempiere (1662) che è disciplinata, in generale, nell'art. 1454. Nell'appalto è espressamente previsto il recesso del committente nell'art. 2224. D'altra parte la convenzione di Vienna disciplina espressamente l'*anticipatory breach* (art.71), mentre altri ordinamenti europei costruiscono la risoluzione sull'iniziativa unilaterale del creditore³⁰³.

La possibilità di una risoluzione anticipata – *in assenza nel nostro codice di una norma che la preveda* – va valutata con cautela, graduando il rimedio a seconda della fattispecie (contratto a termine o sub condizione) e valutando con attenzione "il comportamento tenuto in concreto dai contraenti durante la fase attuativa del rapporto obbligatorio"³⁰⁴. Si dovrà analizzare il contenuto del contratto, arricchito dai doveri di buona fede, e interpretarlo con i criteri fissati nel codice e in particolare in base all'art. 1366 c.c.

³⁰⁰ V. ora il libro di V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008.

³⁰¹ V. PUTORTÌ, *op. cit.*, p. 243-244.

³⁰² V. PUTORTÌ, *op. cit.*, p. 247.

³⁰³ V. U. MATTEI, *I rimedi*, in Tratt. a cura di Sacco, *La parte generale del diritto civile*, cit., p. 107 ss.

³⁰⁴ V. PUTORTÌ, *op. cit.*, p. 261.

Il ruolo determinante della normativa di buona fede si trae chiaramente da una sentenza recente³⁰⁵.

La vicenda è la seguente: A si obbliga a vendere e si impegna, entro la data del rogito, a eliminare le iscrizioni pregiudizievoli, per consentire il ricorso al mutuo fondiario all'acquirente. Riceve, altresì, un acconto per eseguire i pagamenti necessari per le cancellazioni. B., approssimandosi il termine fissato senza che fossero state cancellate le ipoteche, chiede al giudice l'accertamento dell'inadempimento e la sentenza costitutiva per il trasferimento dell'immobile, con pagamento del corrispettivo alla data dell'avvenuta cancellazione delle ipoteche e dell'ottenimento del mutuo per l'acquisto. A, a sua volta, chiede la risoluzione del preliminare per inadempimento dell'acquirente. Il Tribunale risolve il contratto escludendo l'inadempimento dei convenuti, perché al momento delle domande non era scaduto il termine previsto per la firma del rogito. Anche la Corte di Appello, sulla base dell'interpretazione letterale del contratto, rileva che al momento della domanda non esisteva un interesse ad agire, non essendo scaduto il termine per il rogito.

La Cassazione impone una diversa valutazione del fatto alla luce della clausola di buona fede. Rileva anzitutto che in presenza di domande contrapposte (esecuzione in forma specifica - risoluzione) si deve valutare in modo comparativo gli inadempimenti che le parti si sono addebitati e si deve operare un giudizio di comparazione dei contegni delle parti, per stabilire quali di esse si sia resa responsabile delle trasgressioni più rilevanti. La valutazione comparativa, secondo la Corte, deve tenere conto dell'elemento cronologico, del rapporto di causalità e di proporzionalità esistenti fra le prestazioni inadempite e dell'incidenza di queste sulla funzione del contratto. Per quanto concerne il nostro caso, era essenziale stabilire se fosse compatibile la presenza dell'ipoteca con la richiesta di mutuo fondiario per l'acquisto, come modalità di pagamento che era sicuramente nota al venditore.

La Cassazione imputa ai giudici di merito due carenze strettamente connesse: una nella esegesi del contratto, l'altra nell'utilizzo della clausola di buona fede. Non persuasivo appare il convincimento che la cancellazione dei vincoli sull'immobile doveva avvenire al momento del contratto e non invece in epoca anteriore, tenuto conto che nel contratto si specificava che il prezzo poteva essere corrisposto mediante ricorso ad un finanziamento o ad un mutuo fondiario. La Corte avrebbe dovuto invece:

- interpretare il contratto coordinando le varie clausole contrattuali come precisa l'art. 1363 c.c., anche se il testo sul piano letterale non dava adito a dubbi (Cass., 11.6.1999, n. 5747);
- usare correttamente il canone ermeneutico della buona fede. (Cass., 12.11.1992, n. 12165).

Si ricorda così che l'elaborazione giurisprudenziale più recente (a partire in particolare da Cass., 5.11.1999, n. 12310) "ha finito per configurare quali componenti del rapporto obbligatorio doveri strumentali ... in considerazione dei quali anche la mera inerzia cosciente e volontaria ... può configurarsi come comportamento inadempiente" (Cass., 10.4.1986, n. 2500). Ne deriva che " l'obbligo di procurare la cancellazione dei vincoli gravanti sull'immobile, prevista come coin-

³⁰⁵ Cass., 17 febbraio 2004, n. 2992, in *Dir. e giust.*, 2004, 13, p. 34 ss.

cidente con la data del rogito notarile doveva essere adempiuto in concreto in epoca antecedente” “considerata la clausola contrattuale che prevedeva la possibilità di adempiere mediante ricorso ad un mutuo”.

Giurisprudenza

Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto per inadempimento

“La parte evocata in giudizio per il pagamento di una prestazione rivelatasi inadeguata può non solo formulare le domande ad essa consentite dall’ordinamento in relazione al particolare contratto stipulato (ad esempio, la risoluzione del contratto o la riduzione del prezzo nella compravendita), ma anche limitarsi ad eccepire - nel legittimo esercizio del potere di autotutela che l’art. 1460 c.c. espressamente attribuisce al fine di paralizzare la pretesa avversaria chiedendone il rigetto - l’inadempimento o l’imperfetto adempimento dell’obbligazione assunta da controparte, in qualunque delle configurazioni che questo può assumere, in esse compreso, quindi, il fatto che il bene consegnato in esecuzione del contratto risulti affetto da vizi o mancante di qualità essenziali” ([Cass., 01 luglio 2002, n. 9517](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 1144).

“L’interesse all’adempimento di cui all’art. 1460 c.c., è tutelato, in conformità al principio della efficacia vincolante del contratto (ex art. 1372 c.c.), in maniera più intensa rispetto all’interesse alla risoluzione del contratto ex art. 1455 c.c., non incontrando esso il limite, più rigoroso, della non scarsa importanza, ma solo quello della buona fede in senso oggettivo” ([Cass., 13 febbraio 2008, n. 3472](#), in *Diritto & Giustizia*, 2008).

Eccezione d’inadempimento, contratti ad esecuzione continuata o periodica e contratti collegati

“L’esercizio dell’eccezione d’inadempimento ex art. 1460 c.c., che trova applicazione anche in riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, nonché in presenza di contratti collegati, prescinde dalla responsabilità della controparte, in quanto è meritevole di tutela l’interesse della parte a non eseguire la propria prestazione in assenza della controprestazione e ciò per evitare di trovarsi in una situazione di diseguaglianza rispetto alla controparte medesima; sicché, detta eccezione può essere fatta valere anche nel caso in cui il mancato adempimento dipende dalla sopravvenuta relativa impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore” ([Cass., 19 ottobre 2007, n. 21973](#), in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 10).

6.8. La risoluzione di diritto

6.8.1. Diffida ad adempiere

La parte che subisce l’inadempimento può diffidare l’altra ad adempiere entro “un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s’intenderà senz’altro risolto” (art. 1454 c.c.).

La diffida ad adempiere è un negozio unilaterale e formale: deve avere forma scritta (art. 1454 c.c.).

Il contenuto della diffida ad adempiere è costituito: dall'intimazione ad adempiere in un termine congruo “non inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore”.

Al fine di evitare situazioni di incertezza, la giurisprudenza esige che la dichiarazione che contiene l'intenzione risolutoria sia chiara e univoca. Sicché la diffida deve contenere l'espreso avvertimento che, in caso di inadempimento nel termine, il contratto si intenderà risolto.

Perché possa operare il rimedio è necessario che ricorrano i presupposti della risoluzione ovvero: a) l'inadempimento ingiustificato; b) l'importanza non scarsa³⁰⁶.

La diffida ad adempiere è un atto ricettizio, per cui il termine comincia a decorrere dal momento in cui il destinatario ne ha avuto conoscenza.

Durante la pendenza del termine indicato nella diffida, il creditore non può esigere l'adempimento, chiedere la risoluzione o procedere ad esecuzione forzata, a meno che il debitore dichiari per iscritto di non voler adempiere.

Se il termine decorre senza che il contratto sia stato adempiuto, “questo è risolto di diritto” (art. 1354, co. 3, c.c.).

La risoluzione opera automaticamente ed è, pertanto, preferibile ritenere che sia irreversibile, con la conseguente irrilevanza di un eventuale adempimento tardivo. Parte della giurisprudenza ammette tale possibilità³⁰⁷.

Giurisprudenza

“La diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c. esige la manifestazione univoca della volontà dell'intimante di ritenere risolto il contratto in caso di mancato adempimento della controparte entro un certo termine, restando escluso che tale manifestazione possa sopraggiungere in un momento successivo alla diffida” (Cass., 21 febbraio 2006, n. 3742, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 2).

“L'intimazione da parte del creditore della diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c. e l'inutile decorso del termine fissato per l'adempimento non eliminano la necessità ai sensi dell'art. 1455 c.c. dell'accertamento giudiziale della gravità dell'inadempimento in relazione alla situazione verificatasi alla scadenza del termine,

³⁰⁶ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 964.

³⁰⁷ Cass., 1 aprile 2005, n. 6891, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 4: “In virtù del principio di autonomia che regola i rapporti di diritto privato, il contraente che abbia inviato alla controparte diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. può sempre, anche dopo la scadenza del termine fissato per l'adempimento, rinunciare alla risoluzione di diritto, con rinuncia che può essere esplicita, ovvero anche implicita e risultante da atti univoci, dai quali sia possibile desumere che il contraente, che in un primo tempo si è avvalso della possibilità di risoluzione di diritto su indicata, abbia successivamente ritenuto più conforme ai propri interessi procedere all'esecuzione (nella specie, la Corte Cassazione ha confermato la sentenza di merito che, sulla base di una esauriente e corretta valutazione del quadro probatorio documentale e testimoniale, aveva ritenuto sussistente una rinuncia implicita all'intervenuta risoluzione di diritto)”.

Sul punto cfr. V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 966.

secondo un criterio che tenga conto, sia dell'elemento oggettivo della mancata prestazione nel quadro dell'economia generale del contratto, sia degli aspetti soggettivi rilevabili tramite un'indagine unitaria sul comportamento del debitore e sull'interesse del creditore all'esatto e tempestivo adempimento. (Nella specie la S.C. ha escluso la gravità dell'inadempimento in relazione alla circostanza dell'offerta da parte della compratrice del prezzo alcuni giorni dopo la scadenza del termine e della mancanza di elementi da cui desumere che il decorso del termine fissato nella diffida comportasse la perdita dell'utilità economica perseguita con il contratto)" ([Cass., 18 aprile 2007, n. 9314](#), in *Guida al diritto*, 2007, 23, p. 45).

6.8.2. Clausola risolutiva espressa

Il contenuto della clausola risolutiva espressa è descritto dall'art. 1456 c.c., in base al quale "I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite".

Perché la clausola risolutiva sia efficace, è necessario che le parti facciano espresso riferimento all'automatico scioglimento del contratto, come conseguenza dell'inadempimento di una specifica prestazione e non di qualsiasi inadempimento genericamente individuato.

A questa tesi se ne affiancano altre di segno più elastico, che non escludono la risoluzione del contratto qualora dall'applicazione dei canoni ermeneutici di cui all'art. 1362 c.c. emerga la volontà delle parti di sciogliere il vincolo contrattuale, in seguito all'inadempimento di una determinata obbligazione³⁰⁸.

Per quanto concerne l'intensità dell'inadempimento, nella risoluzione di diritto l'apprezzamento sulla gravità viene fatto preventivamente dalle parti, la cui libertà è limitata dalle norme inderogabili che fissano l'entità dell'inadempimento per alcuni tipi di contratto³⁰⁹. Sicché si differenzia dalla risoluzione giudiziale, in cui l'inadempimento deve essere grave e l'apprezzamento viene fatto dal giudice a posteriori.

L'art. 1456 c.c. prevede che la risoluzione "si verifica di diritto", ma l'effetto risolutorio non si produce automaticamente al momento dell'inadempimento, essendo "necessario che la parte interessata dichiari all'altra che intende valersi della clausola risolutiva".

³⁰⁸ Cfr. M. COSTANZA, (*sub* art. 1456, in *Risoluzione per inadempimento* L. Nanni- M. Costanza-U. Carnevali, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna, 2007, p. 51). L'A. mette in luce che le regole di interpretazione oggettiva ed in particolare quella di conservazione, non sono sufficienti a far propendere per l'effetto risolutorio, se dall'applicazione di canoni ermeneutici soggettivi non emerge chiaramente che le parti abbiano inteso stipulare una clausola risolutiva espressa.

³⁰⁹ Artt. 1522, 1525 c.c. e art. 5 l. 392/78 in materia di locazioni di immobili urbani. Per questi riferimenti cfr. M. COSTANZA, *sub* art. 1456, cit., p. 55. L'A. ritiene che in base all'applicazione della clausola generale della buona fede non sia corretto ritenere che il contratto si sciogla quando le parti assumono che l'inadempimento idoneo a determinare la risoluzione del contratto sia irrilevante rispetto alla realizzazione degli scopi dell'operazione economica.

La dichiarazione di avvalersi della clausola è un negozio unilaterale, ricettizio (produce l'effetto risolutorio dal momento in cui il destinatario la riceve) ed informale (potendo risultare anche da fatti concludenti)³¹⁰.

La legge non prevede un termine entro il quale il creditore deve dichiarare di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa.

La giurisprudenza ritiene che di fronte all'inadempimento del debitore, la tolleranza del creditore non lo privi della facoltà di avvalersi della clausola, a patto che l'inerzia non sia tale da indurre la controparte a confidare nella rinuncia ad avvalersi della clausola risolutiva stessa³¹¹.

La dichiarazione è preclusa dalla rinuncia della parte che ne è legittimata.

È utile un primo confronto con la condizione risolutiva.

La situazione che si crea per le parti una volta che si sia verificata la clausola risolutiva è analoga a quella che si produce in seguito alla condizione risolutiva, ma le differenze che incontrano le relative discipline non sono di scarso rilievo.

In particolare, il legislatore ha previsto per la condizione risolutiva norme che non trovano riscontro nella disciplina della clausola risolutiva espressa. Si pensi alla disposizione prevista dall'art. 1358 c.c., relativa al comportamento che le parti devono tenere nello stato di pendenza, o a quella *ex art.* 1356, che attribuisce a colui che ha trasferito un diritto sottoposto a condizione risolutiva, il diritto di compiere atti conservativi. Nei confronti dei terzi, la maggiore differenza è costituita dal fatto che la loro posizione non è pregiudicata dalla risoluzione del contratto con il dante causa, fatti salvi gli effetti della trascrizione³¹².

Rispetto alla caparra confirmatoria, la disciplina della clausola risolutiva non presuppone che vi sia una somma di denaro o una quantità di cose fungibili "che una parte dà all'altra" e che deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta, in caso di inadempimento (art. 1385 c.c.). Non sono previsti neppure meccanismi che permettano di riparare le perdite, se non l'ordinario strumento del risarcimento del danno. Nel caso della caparra confirmatoria, inoltre, i presupposti della risoluzione sono la gravità e l'imputabilità dell'inadempimento delle prestazioni derivanti da contratto e non quelli specificatamente individuati dalle parti contraenti³¹³.

La clausola risolutiva espressa, di regola, è inserita nel contratto cui si riferisce. Qualora, invece, la clausola sia prevista in un atto autonomo, è preferibile la tesi che esige la stessa forma del contratto cui accede. La clausola risolutiva, infatti, incidendo sulla funzionalità del rapporto, si collega strettamente alla funzione del contratto³¹⁴.

³¹⁰ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 998.

³¹¹ M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 69.

³¹² Per queste considerazioni cfr. M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., p. 47.

³¹³ Per queste considerazioni cfr. M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., p. 48.

³¹⁴ M. COSTANZA, *sub art.* 1456, cit., p. 59.

“L’azione di risoluzione del contratto in applicazione dell’art. 1456 c.c. tende ad una pronuncia dichiarativa dell’avvenuta risoluzione di diritto a seguito dell’inadempimento di una delle parti previsto come determinante per la sorte del rapporto, in conseguenza dell’esplicita dichiarazione dell’altra parte di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa; tale azione, per presupposti, carattere, natura, differisce sostanzialmente dall’azione ordinaria di risoluzione per inadempimento per colpa ex art. 1453 c.c., la quale tende, invece ad una pronuncia costitutiva diretta a sciogliere il vincolo contrattuale, previo accertamento ad opera del giudice della gravità dell’inadempimento; ne consegue che, proposta in primo grado domanda di risoluzione ex art. 1453, la domanda di risoluzione ai sensi dell’art. 1456 cit. è inammissibile se, introdotta nel corso del giudizio di primo grado, su di essa non vi sia accettazione del contraddittorio; e ove proposta per la prima volta in appello deve considerarsi nuova, e pertanto preclusa a norma dell’art. 345 c.p.c.” (Cass., 05 gennaio 2005, n. 167, in *Giust. civ.*, 2006, 11, p. 2546).

“In tema di contratti, la clausola risolutiva espressa attribuisce al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l’inadempimento di controparte senza doverne provare l’importanza, risoluzione che non può essere pertanto pronunciata d’ufficio, ma solo se la parte nel cui interesse la clausola è stata inserita nel contratto dichiara di volersene avvalere, con manifestazione volontaria recettizia che, in assenza di espressa previsione formale, può essere resa in ogni modo idoneo, anche implicito, purché inequivocabile, ed in particolare può essere contenuta anche in un atto giudiziale, senza che ne sia in tal caso necessaria la preventiva formulazione in via stragiudiziale” (Cass., 05 gennaio 2005, n. 167, cit.).

“In tema di clausola risolutiva espressa, la dichiarazione del creditore della prestazione inadempita di volersi avvalere dell’effetto risolutivo di diritto di cui all’art. 1456 c.c. non deve essere necessariamente contenuta in un atto stragiudiziale precedente alla lite, potendo essa per converso manifestarsi, del tutto legittimamente, con lo stesso atto di citazione o con altro atto processuale ad esso equiparato” (Cass., 4 maggio 2005, n. 9275, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, 12, p. 996).

“In tema di clausola risolutiva espressa, la tolleranza della parte creditrice, che si può estrinsecare tanto in un comportamento negativo, quanto in uno positivo (accettazione di un pagamento parziale o tardivo) non determina l’eliminazione della clausola per modificazione della disciplina contrattuale, né è sufficiente ad integrare una tacita rinuncia od avvalersene, ove la parte creditrice contestualmente o successivamente all’atto di tolleranza manifesti l’intenzione di avvalersi della clausola in caso di ulteriore protrazione dell’inadempimento; la tolleranza può invece incidere sulla posizione soggettiva del debitore, escludendone la colpa, specialmente ove si accompagni ad una regolamentazione pattizia degli interessi prevista proprio per i ritardi nei pagamenti (fattispecie relativa a mancato pagamento di canoni di contratto di leasing, nonostante solleciti di pagamento)” (Cass., sez. III, 15 luglio 2005, n. 15026, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7/8).

“In tema di risoluzione del contratto, l’apposizione a questo di una clausola risolutiva espressa non comporta automaticamente lo scioglimento del contratto a seguito del previsto inadempimento, essendo sempre necessario, per l’art. 1218 c.c., l’accertamento dell’imputabilità dell’inadempimento al debitore almeno a titolo di

colpa. (Nella fattispecie, relativa alla domanda della locatrice di risoluzione della locazione a causa di inadempimenti vari del conduttore, la S.C. ha rigettato il ricorso di quella secondo cui la corte di merito avrebbe dovuto dichiarare la risoluzione del contratto in virtù della clausola risolutiva espressa, senza indagare se il versamento a mezzo vaglia postale, anziché nella pattuita modalità del pagamento del canone in contanti e presso il suo domicilio, fosse o meno giustificato dal proprio comportamento di rifiutare il pagamento direttamente offertole)” ([Cass., 6 febbraio 2007, n. 2553](#), in *Diritto & Giustizia*, 2007; v. in senso conforme, Cass. 9356/00).

In precedenza, Cassazione 4591/83 aveva affermato che, a fronte della pattuizione di una clausola risolutiva espressa o di un termine essenziale, la risoluzione di diritto del contratto, secondo la disciplina degli artt. 1456 e 1457 c.c., prescinde da ogni indagine sulla rilevanza dell’inadempimento e sulla essenzialità di detto termine, ma postula, oltre alla sussistenza dell’inadempimento stesso, la sua imputabilità. E, più di recente, Cass. 11717/02 ha precisato che, ai fini della risoluzione del contratto per inadempimento, in presenza di clausola risolutiva espressa, pur se la colpa del contraente inadempiente si presume, ai sensi dell’art. 1218 c.c., il giudice non è tenuto solo a constatare che l’evento previsto dalla detta clausola si sia verificato, ma deve esaminare, con riferimento al principio della buona fede, il comportamento dell’obbligato, potendo la risoluzione essere dichiarata solo ove sussista (almeno) la colpa di quest’ultimo.

6.8.3. Termine essenziale

L’art. 1457 dispone che “il contratto s’intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione” quando “il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell’interesse dell’altra”.

L’effetto risolutorio si verifica al trascorrere di tre giorni dalla scadenza del termine essenziale. In questo arco temporale, “salvo patto o uso contrario, il creditore può evitare la risoluzione dichiarando di voler esigere l’esecuzione della prestazione, nonostante la scadenza del termine. La dichiarazione con cui il creditore chiede l’adempimento ha natura negoziale, non formale e ricettizia”³¹⁵.

Il termine può definirsi essenziale se “dopo la scadenza la prestazione non avrebbe più utilità per il creditore”³¹⁶. Tale definizione, di carattere oggettivo, implica che l’essenzialità sia valutata alla luce delle circostanze del caso concreto (ad es., la natura della prestazione). Parte della dottrina ritiene che il termine essenziale possa avere anche carattere soggettivo. È il caso, ad esempio, in cui siano le stesse parti a qualificare il termine come “essenziale” o a stabilire che la scadenza determinerà la risoluzione del contratto³¹⁷. L’orientamento maggioritario in dottrina

³¹⁵ M. COSTANZA, *sub* art. 1456, cit., p. 96.

³¹⁶ V. ROPPO, *op. cit.*, p. 969.

³¹⁷ Cfr. V. ROPPO, *op. cit.*, p. 970. L’A. dubita della possibilità di configurare il criterio dell’essenzialità in termini soggettivi, ritenendo che in questa ipotesi il termine essenziale equivalga alla clausola risolutiva espressa. M. COSTANZA (*sub* art. 1456, cit., p. 49), sostiene che si sia in presenza di una clausola risolutiva espressa quando “la modalità temporale esprima un’esigenza che non ha una giustificazione oggettiva, ma risponde ad un contingente e relativo interesse del creditore”.

e giurisprudenza ritiene che, per individuare l'essenzialità del termine, si devono applicare cumulativamente i criteri oggettivi e soggettivi³¹⁸.

Il termine essenziale può essere sia iniziale che finale, potendo riguardare sia il momento in cui l'adempimento deve essere intrapreso, che quello in cui deve terminare l'esecuzione. La connessione tra la scadenza del termine e l'interesse del creditore avvalorata la tesi che considera il mancato rispetto del termine essenziale un fattore che impedisce la realizzazione dell'operazione economica e che, pertanto, rende l'inadempimento automaticamente grave³¹⁹.

Si ritiene che la pattuizione di un termine essenziale debba avere la stessa forma del contratto cui accede, perché tale scadenza è collegata con la causa del contratto. Lo stesso vale per i patti modificativi dell'originario termine essenziale³²⁰.

Giurisprudenza

“Il termine per l'adempimento può essere ritenuto essenziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1457 c.c. solo quando, all'esito di un'indagine istituzionalmente riservata al giudice di merito, da condursi alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo. Tale volontà non può desumersi solo dall'uso dell'espressione «entro e non oltre» quando non risulti dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti che queste hanno inteso considerare perduta l'utilità prefissasi nel caso di conclusione del negozio stesso oltre la data considerata (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la sentenza con la quale i giudici del merito avevano ritenuto non essenziale il termine che nel contratto preliminare le parti, avendo adoperato l'espressione «entro e non oltre», avevano fissato per il rogito, basandosi sulla redazione di altra scrittura proprio nel giorno stesso in cui si sarebbe dovuto stipulare il definitivo e sulla testimonianza del notaio circa il presunto consenso del ricorrente alla proroga del termine previsto)” (Cass., 17 marzo 2005, n. 5797, in *Giust. civ.*, 2006, 6, p. 1268).

³¹⁸ M. COSTANZA, *sub* art. 1457, cit., p. 81. L'A. valuta, però, non corrette le pronunce che richiamano prima la volontà dei contraenti e poi lo scopo del negozio. In questa ipotesi, infatti, la valutazione dell'essenzialità del termine costituisce il frutto di un'operazione di tipo interpretativo, anziché di un giudizio relativo ad un fatto.

³¹⁹ M. COSTANZA, *sub* art. 1457, cit., p. 90.

³²⁰ La tesi incontra delle difficoltà qualora si ritenga che la fissazione di un termine essenziale possa derivare da fatti concludenti anche unilaterali del creditore, per i quali non è necessaria l'accettazione del debitore. Cfr. M. COSTANZA, *sub* art. 1457, cit., p. 93.

6.9. Risoluzione per impossibilità sopravvenuta

6.9.1. La risoluzione per impossibilità sopravvenuta: effetti e campo di applicazione

La Risoluzione per impossibilità sopravvenuta è disciplinata dagli artt. 1463 ss. c.c.

L'art. 1463 c.c. ("Impossibilità totale") prevede che "Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebita".

Non vi è, però, alcuna norma che esplicitamente preveda la risoluzione del contratto una volta che la prestazione contrattuale sia divenuta impossibile. Ciò, tuttavia, si ricava, in primo luogo, dall'art. 1463 c.c. che, con riguardo agli effetti che derivano dalla impossibilità, stabilisce che la parte liberata non possa "chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta", secondo le norme sulla ripetizione dell'indebita.

Altri argomenti, di ordine sistematico³²¹, si traggono dalla collocazione della norma all'interno del capo XIV dedicato alla risoluzione del contratto, nella sezione compresa tra la risoluzione per inadempimento e quella per eccessiva onerosità.

La risoluzione per impossibilità sopravvenuta si presenta come rimedio sinallagmatico, che ha la propria *ratio* nella interdipendenza delle prestazioni. Se l'obbligazione inserita in un contratto a prestazioni corrispettive viene meno, perché l'evento che ha impedito l'adempimento è talmente grave da presentarsi come una impossibilità o una inesigibilità totale della prestazione, viene meno anche la giustificazione della controprestazione che non sarà più dovuta o se già eseguita, dovrà essere restituita.

Il rapporto contrattuale si scioglie automaticamente ed il giudice, su domanda di una delle parti, potrà emettere una sentenza di accertamento. Sicché la risoluzione opera di diritto e la sentenza dell'autorità giudiziaria che la pronunci è dichiarativa e non costitutiva.

L'impossibilità della prestazione deve essere definitiva, ovvero irreversibile³²².

L'inesigibilità soltanto temporanea, invece, non determina lo scioglimento del rapporto contrattuale, anche se la controprestazione non potrà essere chiesta finché perdura l'impossibilità, con la conseguenza che la parte che versi nella impossibilità di adempiere non è responsabile del ritardo nell'adempimento. In ogni caso, l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando "il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla", avuto riguardo "al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto" (art. 1256, co. 2, c.c.).

Dall'impossibilità temporanea deve essere distinta l'impossibilità parziale della prestazione che si manifesti sul piano temporale (ad es., la prestazione deve essere

³²¹ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 1006.

³²² V. ROPPO, *op. cit.*, p. 1007.

svolta nell'arco temporale di un anno, ma non può essere svolta nel secondo semestre)³²³.

Il contratto non si risolve se l'impossibilità sopravviene durante la mora del creditore, il quale non può esigere la prestazione, ma al contempo è tenuto ad eseguire la propria.

Durante la mora del debitore, invece, il creditore, non ricevendo la propria prestazione, è liberato dalla controprestazione, per cui il contratto si scioglie. La previsione di cui all'art. 1221 c.c. secondo cui "il debitore non è liberato per la sopravvenuta impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile", significa soltanto che il debitore è responsabile nei confronti del creditore del danno contrattuale da questo sopportato, salvo che non provi che l'oggetto della prestazione sarebbe perito ugualmente presso il creditore³²⁴.

Come per la risoluzione per inadempimento, quella per impossibilità sopravvenuta si applica ai contratti onerosi a prestazioni corrispettive, ma anche ai contratti con comunione di scopo³²⁵.

Giurisprudenza

"La risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche *nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte*, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione. (Nella fattispecie, relativa ad un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno, la S.C., enunciando il riportato principio, ha confermato la sentenza di merito con cui era stato dichiarato risolto il contratto per impossibilità sopravvenuta invocata dal cliente ed ha condannato l'albergatore a restituire quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera)" (Cass., 20 dicembre 2007, n. 26958, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 12).

"L'impossibilità sopravvenuta della prestazione presuppone l'addebitabilità a fatto imputabile all'altro contraente o a ragioni obiettive (sulla base di tale principio la corte di cassazione ha escluso l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nel

³²³ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 1011.

³²⁴ V. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*

³²⁵ È possibile applicare al contratto preliminare le cause di risoluzione del definitivo. Ciò significa che il preliminare può essere risolto per gli stessi eventi che determinano la risoluzione del definitivo. Sul punto cfr. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 2002, p. 38.

caso in cui la inutilizzabilità di un bene locato era eziologicamente ricollegabile al protratto inadempimento dell'obbligo assunto dal conduttore di apportare all'immobile le modifiche necessarie per il cambiamento della destinazione d'uso, in quanto il conduttore aveva detenuto l'immobile per oltre tre anni prima della chiusura disposta dall'autorità amministrativa)" (Cass., 16 febbraio 2006, n. 3440, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8).

6.9.2. L'impossibilità della prestazione e la causa non imputabile

L'impossibilità della prestazione da cui origina la risoluzione del contratto (art. 1463 c.c.) è la stessa che estingue l'obbligazione (art. 1256 c.c.)³²⁶.

Quando sopravviene un evento che impedisce o rende più difficoltoso o più gravoso l'adempimento di una prestazione non ancora eseguita, si altera l'equilibrio economico del contratto.

Nel nostro ordinamento quando un'obbligazione non viene esattamente adempiuta si applica l'art. 1218 c.c. Ai sensi dell'art. 1256 c.c., l'obbligazione si estingue se la prestazione diventa impossibile per causa non imputabile al debitore. Da ciò deriva che il debitore deve dare la prova di un fatto estintivo dell'obbligazione. Se l'impossibilità è imputabile al debitore, l'obbligazione si trasforma nell'obbligo di risarcire il danno.

6.9.3. Impossibilità parziale

Si parla di impossibilità parziale quando una sola parte della prestazione diviene impossibile. Ai sensi dell'art. 1464 c.c.³²⁷. "Quando la prestazione di una parte è divenuta solo parzialmente impossibile l'altra parte ha diritto a una corrispondente riduzione della prestazione da essa dovuta, e può anche recedere dal contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale".

La norma introduce un correttivo³²⁸ all'art. 1258, co. 1, c.c., secondo il quale se la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore è liberato se esegue la prestazione per la parte che è rimasta possibile. L'art. 1464 consente, infatti, al creditore di ridurre la propria prestazione o di recedere dal contratto³²⁹, qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale; interesse che deve essere valutato alla luce della clausola generale di buona fede³³⁰.

³²⁶ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 1006.

³²⁷ Si tratta della stessa nozione di cui all'art. 1258, co. 1, c.c., il quale prevede la liberazione del debitore che esegua la parte residua della prestazione.

³²⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1027.

³²⁹ Si discute se il recesso possa operare stragiudizialmente o se sia necessaria una sentenza costitutiva conseguente a domanda giudiziale, poiché in questo caso lo scioglimento non opererebbe automaticamente: F. GAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

³³⁰ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 1011.

È opportuno distinguere l'ipotesi in cui l'obbligazione colpita da impossibilità parziale, che ha la propria fonte in un contratto a prestazioni corrispettive, sia divisibile da quella in cui sia indivisibile.

Nel primo caso, si pone la necessità di ripristinare il rapporto di scambio, diminuendo la corrispondente controprestazione. Il creditore ha la facoltà di valutare l'utilità della residua prestazione e conseguentemente recedere, "qualora non abbia un interesse apprezzabile all'adempimento parziale".

Nell'ipotesi in cui l'obbligazione sia indivisibile, si pone il problema di stabilire se sia applicabile anche al contratto sinallagmatico il secondo comma dell'art. 1258 c.c., che estende la disciplina dell'impossibilità parziale ai casi di deterioramento della cosa determinata dovuta, o "quando residua alcunché dal perimento totale della cosa".

In altre parole, si tratta di stabilire se le suddette ipotesi sono riconducibili alla impossibilità parziale o totale (art. 1463 c.c.); vale a dire, se ciò che è ancora possibile prestare, sia collegabile alla prestazione originariamente dovuta oppure costituisca un qualcosa di diverso rispetto alla stessa, a causa dell'evento che ne ha alterato la portata economica³³¹. La giurisprudenza formatasi sul tema della distruzione parziale dell'immobile locato a causa di eventi naturali o bellici tende a restringere il campo di applicazione delle impossibilità parziali, e a riconoscere una impossibilità totale, per evitare che possano essere avanzate nei confronti del locatore (debitore) pretese antieconomiche di ricostruzione dell'immobile ridotto a rudere³³².

La giurisprudenza formatasi in materia di prestazione d'opera e di lavoro subordinato, al contrario, tende a trattare l'impossibilità di una frazione temporale della prestazione alla stregua dell'impossibilità parziale, sicché si lascia al datore di lavoro (creditore) la scelta circa l'opportunità di proseguire il rapporto.

6.9.4. Impossibilità nel contratto plurilaterale

Qualora la impossibilità sopravvenuta che colpisce la prestazione di una delle parti si inserisca all'interno di un contratto plurilaterale, l'art. 1466 c.c. stabilisce che il contratto non si scioglie tra le altre parti, "a meno che la prestazione mancata debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale".

La norma disciplina una "impossibilità soggettiva parziale"³³³, stabilendo che da essa discende la risoluzione del contratto, solo se la prestazione debba essere considerata essenziale.

La disposizione contiene un rinvio all'art. 1420 c.c. che disciplina la nullità del contratto plurilaterale riproducendone il testo, analogamente a quanto stabilito per il contratto annullabile e la risoluzione per inadempimento.

³³¹ L. CABELLA PISU, *Impossibilità sopravvenuta*, in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, cit., p. 147.

³³² Tra le altre v. Cass., 10 aprile 1995, n. 4119, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 799.

³³³ L. CABELLA PISU, *op. ult. cit.*, p. 177.

6.9.5. Contratto con effetti traslativi o costitutivi

L'art. 1465 c.c. riguarda le ipotesi in cui nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata o che trasferiscono o costituiscono diritti reali, la cosa perisce per causa non imputabile all'alienante.

Il primo comma esprime la regola riassunta dal brocardo latino *res perit domino*, secondo cui se il bene perisce dopo che si è verificato l'effetto traslativo o costitutivo, l'acquirente è comunque tenuto ad eseguire la controprestazione indipendentemente dal fatto che abbia anche ricevuto in consegna la cosa, perché la prestazione dell'alienante si considera esaurita con il trasferimento o la costituzione del diritto³³⁴.

Il terzo comma si occupa dell'ipotesi in cui il trasferimento riguarda una cosa determinata solo nel genere. Quando il contratto ha ad oggetto una cosa generica, l'effetto reale si produce con l'individuazione del bene ad opera delle parti che, al più tardi, avviene al momento della consegna. In conformità con il principio "*res perit domino*", l'art. 1465 c.c. stabilisce che una volta che sia avvenuta l'individuazione, l'acquirente non è più liberato dall'obbligo di eseguire la prestazione, essendo divenuto proprietario del bene. Prima di quel momento, se il bene appartiene ad un *genus* illimitato, il venditore è obbligato a procurare la cosa all'acquirente senza che sia configurabile una impossibilità che estingua l'obbligazione, per il principio *genus numquam perit*. Se, invece, il bene appartiene ad un *genus* limitato che perisce totalmente, il venditore è impossibilitato a trasferire il bene e l'acquirente è liberato dalla propria obbligazione di corrispondere il prezzo³³⁵.

È opportuno precisare che, quando si tratta di vendite con trasporto, l'individuazione coincide con la rimessione al vettore del bene, sicché dopo questo momento il passaggio del rischio grava sul compratore, salvo che non vi sia un patto contrario o che si tratti di trasporto alla rinfusa. Ciò discende dall'applicazione del combinato disposto dell'art. 1464 c.c. con il 1378 e il 1510, co. 2, c.c.³³⁶.

Gli altri commi disciplinano casi in cui l'effetto reale viene convenzionalmente differito sottoponendo il contratto ad un termine o ad una condizione. Con riferimento a queste ipotesi, si è correttamente osservato che vi è un "rovesciamento dei normali concetti e principi"³³⁷. Nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo è differito ad un termine e il perimento del bene avviene prima della scadenza dello stesso, la norma prevede che il contratto non si risolva e l'acquirente sia ancora tenuto ad eseguire la controprestazione. La regola non costituisce, però, applicazione del principio *res perit domino*, perché il bene non è ancora diventato di proprietà dell'acquirente. Inoltre il termine, che normalmente non è retroattivo, in questo caso opera retroattivamente³³⁸.

³³⁴ In base all'art. 1376 c.c. nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata o che trasferiscono o costituiscono diritti reali o che trasferiscono un altro diritto, "la proprietà o il diritto si trasferiscono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato".

³³⁵ L. CABELLA PISU, *op. ult. cit.*, p. 171-172.

³³⁶ L. CABELLA PISU, *op. ult. cit.*, p. 172.

³³⁷ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 1012.

³³⁸ Nella Relazione al Re per giustificare che nei contratti sottoposti a termine iniziale il rischio del perimento è a carico dell'acquirente fin dalla conclusione del contratto si dice che "l'alienante, con

Nel caso, invece, in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia sottoposto a condizione sospensiva, "l'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione" se "l'impossibilità è avvenuta prima che si verifichi la condizione" e il contratto si risolve. Sicché la condizione, che normalmente opera retroattivamente, in questo caso è irretroattiva³³⁹. Ciò per esigenze di ordine pratico: il legislatore ha voluto "evitare l'incertezza dell'incidenza del rischio connessa con l'incertezza dell'evento condizionante, e dunque si è scelto di congelare la situazione proprietaria, con il connesso rischio, al momento del verificarsi dell'impossibilità, rendendo irrilevanti gli eventi successivi"³⁴⁰.

Giurisprudenza

"Nella fattispecie di recesso del datore di lavoro per l'ipotesi di assenze determinate da malattia del lavoratore, tanto nel caso di una sola affezione continuata, quanto in quello del succedersi di diversi episodi morbosi (c.d. eccessiva morbilità), la risoluzione del rapporto costituisce la conseguenza di un caso di impossibilità parziale sopravvenuta dell'adempimento, in cui il dato dell'assenza dal lavoro per infermità ha una valenza puramente oggettiva; ne consegue che non rileva la mancata conoscenza da parte del lavoratore del limite c.d. esterno del comportamento e della durata complessiva delle malattie e, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, non costituisce violazione da parte del datore di lavoro dei principi di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto la mancata comunicazione al lavoratore dell'approssimarsi del superamento del periodo di comportamento, in quanto tale comunicazione servirebbe in realtà a consentire al dipendente di porre in essere iniziative, quali richieste di ferie o di aspettativa, sostanzialmente elusive dell'accertamento della sua inidoneità ad adempiere l'obbligazione" (Cass., 28 giugno 2006, n. 14891, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, p. 6).

"L'impossibilità sopravvenuta della prestazione presuppone l'addebitabilità a fatto imputabile all'altro contraente o a ragioni obiettive (sulla base di tale principio la corte di cassazione ha escluso l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nel caso in cui la inutilizzabilità di un bene locato era eziologicamente ricollegabile al protratto inadempimento dell'obbligo assunto dal conduttore di apportare all'immobile le modifiche necessarie per il cambiamento della destinazione d'uso, in quanto il conduttore aveva detenuto l'immobile per oltre tre anni prima della chiusura disposta dall'autorità amministrativa)" (Cass., 16 febbraio 2006, n. 3440, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8).

"Nel contratto di lavoro, che è contratto a prestazioni corrispettive, l'impossibilità della prestazione lavorativa per ragioni non imputabili al dipendente determina un difetto funzionale della causa, che, se non definitivo con le conseguenze di cui all'art. 1463 c.c., si traduce in impossibilità parziale dell'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 1464 c.c., e giustifica il recesso allorché, in relazione alle circostanze

la manifestazione del suo consenso, ha prestato tutta la sua cooperazione che da parte sua era necessaria perché potesse verificarsi l'effetto traslativo". La dottrina ha rilevato come la deroga al principio *res perit domino*, e, dunque, l'anticipazione del passaggio del rischio al momento della conclusione del contratto, sia giustificata dalla certezza del verificarsi del termine. L. CABELLA PISU, *op. ult. cit.*, p. 174.

³³⁹ V. ROPPO, *op. ult. cit.*, p. 1012.

³⁴⁰ L. CABELLA PISU, *op. ult. cit.*, p. 174.

del caso concreto, non possa ritenersi giustificato il mantenimento in vita del rapporto; il ritiro della tessera aeroportuale determina l'impossibilità temporanea sopravvenuta del prestazione del lavoratore, che giustifica la risoluzione del rapporto in caso di mancanza dell'interesse del datore di lavoro alle future prestazioni del lavoratore; ai fini della valutazione della carenza di interesse del datore di lavoro e quindi della legittimità del recesso datoriale è indispensabile preliminarmente verificare la prevedibilità della durata dell'impossibilità con un giudizio da esprimersi al momento del recesso; solo una volta compiuta l'indagine sulla prevedibilità della durata dell'impedimento è possibile sindacare se il recesso risulti giustificato alla luce dei criteri indicati dall'art. 3 l. 604/66, ossia se l'assenza del lavoratore sia sostenibile in relazione al regolare svolgimento dell'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa" (Cass., 28 gennaio 2004, n. 1591, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 1).

“Può farsi ricorso all'istituto della risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta solo qualora la circostanza sopravvenuta (la quale deve rivestire i caratteri della assolutezza e dell'oggettività) non sia prevedibile al momento della conclusione del contratto, sì da escludere qualsiasi profilo di colpa imputabile (nel caso di specie, la suprema corte ha ritenuto che la corte di merito fosse incorsa in violazione di legge sotto il profilo della erronea applicazione dell'art. 1464 c.c., avendo ritenuto configurabile un'ipotesi di impossibilità – parziale – sopravvenuta in una vendita di una struttura alberghiera costante di diciannove posti-letto in relazione alla quale, successivamente al trasferimento della proprietà, il comune aveva rilasciato una licenza per soli tredici posti letto)” (Cass., 27 febbraio 2004, n. 4016, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, 2).

6.10. L'eccessiva onerosità e il rilievo delle sopravvenienze

La presenza di un titolo e la sua rilevanza può orientare anche la disciplina dei fatti sopravvenuti.

Nel codice civile queste circostanze hanno un riconoscimento limitato nell'ambito della stessa categoria dei contratti corrispettivi e in relazione ai fatti rilevanti.

La fattispecie legale (art. 1467, co. 1, c.c.) concerne i contratti “a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita” e stabilisce che la parte può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti previsti dall'art. 1458 c.c., se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di “avvenimenti straordinari e imprevedibili”. Sempre che la sopravvenienza non rientri “nell'alea normale del contratto” (art. 1467, co. 2, c.c.).

La parte, contro la quale è domandata, la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (art. 1467, co. 3, c.c.).

6.10.1. Le sopravvenienze e l'art. 1467 c.c.

Presupposto per l'operatività del rimedio è, innanzitutto, la presenza di un contratto a prestazioni corrispettive.

Il richiamo esplicito nella rubrica dell'art. 1467 c.c. alla corrispettività determina l'esclusione dei contratti a titolo gratuito, "difettando questi sia del requisito dell'onerosità (insito, viceversa, nella causa stessa dei contratti sinallagmatici), sia dell'elemento della controprestazione"³⁴¹.

Nei "contratti in cui una sola parte ha assunto obbligazioni" l'aggravio ("che consiste nella sopravvenuta sproporzione tra il valore originario della prestazione e il valore successivo"³⁴²) consente di chiedere una "riduzione" della sua prestazione ovvero una "modificazione" nelle modalità di esecuzione, "sufficiente per ricondurla ad equità" (art. 1468 c.c.).

È necessario che il contratto sia ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita ed è chiaro il perché. "L'intervallo temporale fra il momento della conclusione del contratto e l'esecuzione delle prestazioni ivi dedotte (o almeno una di esse) rappresenta un dato decisivo: è infatti soltanto durante il periodo di tempo compreso tra la fase genetica (della conclusione) e quella attuativa (dell'esecuzione) del contratto che possono verificarsi situazioni riconducibili allo schema dell'art. 1467"³⁴³.

Naturalmente l'eccessiva onerosità non deve "essere in alcun modo riconducibile al comportamento della parte che la invoca, né essa potrà essere invocata dal contraente che, con il proprio comportamento inadempiente, abbia ritardato l'esecuzione della prestazione dovutale dalla controparte"³⁴⁴.

La giurisprudenza ha osservato, in proposito, che la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di un contratto non può essere invocata dalla parte che sia già inadempiente al momento in cui sarebbero sorte le cause dell'onerosità della sua prestazione³⁴⁵. Si è escluso, inoltre, che possa chiedere la risoluzione la parte che, con il suo inadempimento, abbia ritardato la esecuzione del contratto, rendendo necessario il ricorso della parte adempiente alla tutela giudiziaria. Ciò perché, essendo posto a carico della parte inadempiente il rischio della sopravvenuta impossibilità della prestazione (art. 1221 c.c.), deve a maggior ragione ritenersi che sia a carico della stessa la sopravvenienza della eccessiva onerosità³⁴⁶. Per quanto riguarda, poi, la prova dell'inadempimento, non si richiede la costituzione in mora

³⁴¹ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Rimedi* - 2, vol. V, a cura di V. Roppo, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, pag. 621.

³⁴² C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p. 383.

³⁴³ F. MACARIO, *op. loc. ult. cit.*, il quale precisa: "Perché la risoluzione possa operare non è richiesto, peraltro, il differimento nel tempo dell'intera prestazione, essendo sufficiente che ne sia differita l'esecuzione anche per una sola parte che, secondo una regola di matrice giurisprudenziale, dovrà essere però economicamente rilevante".

³⁴⁴ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 627.

³⁴⁵ Cass., 17 febbraio 1983, n. 1219, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 2.

³⁴⁶ Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 10.

mediante l'intimazione o la richiesta di adempimento rivolta al debitore per iscritto, essendo invece sufficiente la semplice richiesta di adempimento con qualsiasi mezzo³⁴⁷, salvo che sia stata pattuita una determinata forma, la cui prova può essere data anche per testimoni³⁴⁸.

Il presupposto decisivo è dunque l'eccessiva onerosità ed occorre esaminarne i requisiti.

- L'eccessiva onerosità è rilevante solo se determinata da circostanze “**straordinarie e imprevedibili**”. Dovrà considerarsi, quale parametro, quello della “prevedibilità media”, ma, allo stesso tempo, “sarà il contesto socio-economico a determinare la valutazione in concreto (mediamente esigibile in quel dato contesto)”: in ogni caso non potrà invocarsi la straordinarietà ovvero l'imprevedibilità dell'evento, quando l'onerosità della prestazione sia conseguenza di avvenimenti causati dalla condotta del contraente”³⁴⁹. Occorre poi ricordare che nei contratti a prestazioni corrispettive, ad esecuzione continuata o periodica o differita, ciascuna parte assume su di sé il rischio degli eventi che alterino il valore economico delle rispettive prestazioni, entro i limiti rientranti nell'alea normale del contratto, da tenere presenti, al momento della stipulazione, alla stregua della dovuta diligenza. Ne segue che non assume rilievo la sopravvenienza di circostanze prevedibili che rendano comunque eccessivamente gravoso – e pertanto inesigibile – l'adempimento della prestazione. In tal caso la questione non riguarda l'alterazione dell'economia contrattuale, bensì l'inadempimento (Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8).
- “Perché si abbia eccessiva onerosità è necessario (e sufficiente) che si determini una notevole alterazione nel rapporto tra le prestazioni”, “indipendentemente dalla circostanza che l'incidenza della sopravvenienza sia diretta, (colpendo il valore della prestazione dovuta dal contraente che invoca il rimedio) ovvero indiretta, facendo diminuire sensibilmente l'utilità della controprestazione”³⁵⁰.
- la misura è “eccessiva”, se ciò risulta dall'analisi della fattispecie concreta: “non sarebbe, in altri termini, sufficiente verificare la sussistenza dei requisiti richiesti dalla legge per attivare il rimedio risolutorio, essendo necessario che ad un'indagine generica sulla sussistenza dei presupposti, ne segua una più specifica sul concreto rapporto (ad esempio in ordine al “maggiore rischio che eventualmente le parti possono avere assunto con la previsione di specifiche clausole”)”³⁵¹.
- Ai sensi dell'art. 1469 il rimedio non si applica ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti. Delicata è la definizione del concetto di “alea

³⁴⁷ Cass., 25 maggio 1983, n. 3618, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, 5.

³⁴⁸ Cass., 16 dicembre 1980, n. 6510, in *Giust. civ. Mass.*, 1980, 12.

³⁴⁹ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 647 ss.

³⁵⁰ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 631.

³⁵¹ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 633.

normale”, di cui parla il comma secondo dell’art. 1467 c.c.³⁵². Al riguardo si è precisato in giurisprudenza come “l’alea normale” di un contratto comprenda “anche le oscillazioni di valore delle prestazioni originiate dalle regolari e normali fluttuazioni del mercato”³⁵³, “quali la lievitazione dei prezzi determinata dal fenomeno dell’inflazione monetaria.

6.10.2. La prassi negoziale (la rinegoziazione)

La rigidità delle regole sancite nelle norme del codice civile è apparsa nel tempo sempre più evidente.

Il contraente danneggiato dalla sopravvenuta onerosità può chiedere la sola risoluzione del contratto, ma ciò può non corrispondere ai suoi interessi. Molto spesso è più utile la prosecuzione del rapporto a condizioni diverse da quelle pattuite, alterate dalla sopravvenienza.

La prassi negoziale, specialmente nei contratti internazionali, utilizza sempre più spesso le clausole di rinegoziazione (c.d. clausole di *hardship*) per disciplinare, convenzionalmente, le circostanze sopravvenute alla conclusione del contratto, che alterano l’originario equilibrio³⁵⁴.

I Principi Unidroit³⁵⁵ e i Principi di diritto europeo dei contratti³⁵⁶ ne prevedono una disciplina analitica.

In particolare l’art. 6.2.3 (“Effetti dell’*hardship*”) dei Principi Unidroit dispone, al primo comma, che “in caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto”, a patto che la richiesta venga “fatta senza ingiustificato ritardo” ed indicando “i motivi sulla quale è basata”. Con una precisazione.

“La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l’esecuzione” (art. 6.2.3, n. 2) ma, “in caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice” (art. 6.2.3, n. 3). Quest’ultimo, “se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può:

- a) risolvere il contratto in tempi e modi di volta in volta da stabilire oppure
- b) modificare il contratto al fine di ripristinare l’originario equilibrio” (art. 6.2.3, n. 4).

Analoghe sono le disposizioni normative con cui il tema della rinegoziazione viene disciplinato dai Principi di diritto europeo dei contratti, dove in più si prevede che il giudice possa “condannare al risarcimento dei danni per la perdita cagionata

³⁵² F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 637.

³⁵³ Cass., 17 luglio 2003, n. 11200, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 7-8 (principio espresso in fattispecie di contratto di finanziamento in valuta estera, per il quale la S.C. ha ricondotto l’oscillazione del cambio nell’alea normale).

³⁵⁴ V. B. OPPEIT, *L’adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de “hardship”*, in *Journ. Dir. int.*, 1974, p. 797; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

³⁵⁵ V. gli artt. 62.1, 62.2, 6.2.3, in M. J. BONELL, *Un “Codice” internazionale del diritto dei contratti. I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995, p. 264 ss.; *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, p. 915.

³⁵⁶ V. l’art. 6:111, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, a cura di C. Castronovo, Milano, 2001, p. 361 ss.

dal rifiuto di una parte di intavolare trattative o dalla rottura di esse in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza” (art. 6:111).

La riforma del BGB³⁵⁷ adotta, timidamente, un nuovo criterio: “il rimedio è dato dalla pretesa dell’adeguamento giudiziale (*Anpassungsanspruch*), mentre la cessazione del vincolo contrattuale (*Beendigung*) è subordinata all’impossibilità dell’adeguamento o alla sua inesigibilità in considerazione dell’interesse della controparte”³⁵⁸.

Nel sistema francese recentemente “la rilevanza dell’obbligo di rinegoziare ha avuto la sua rivincita sulla tradizione ancorata al principio *pacta sunt servanda* (a qualunque costo)”³⁵⁹, a seguito di una sentenza della Cassazione francese³⁶⁰ la quale “ha affermato l’esigenza di valutare il recesso unilaterale e imprevisto, dovuto a sopravvenuti squilibri di natura finanziaria per uno dei contraenti, alla luce (anche) dei doveri di correttezza e buona fede nell’esecuzione del contratto, che avrebbero imposto al recedente di offrire alla controparte la rinegoziazione del contratto”³⁶¹.

La rigida normativa italiana dell’art. 1467 c.c. è ripensata, nella dottrina più attenta, con un uso accorto del principio di buona fede³⁶².

Nei casi di contratti a lunga durata, dove il rischio di sopravvenienze è maggiore, l’art. 1375 è individuata come una possibile fonte di una obbligazione di trattare per “mantenere in vita il contratto in funzione delle utilità economiche e giuridiche volute dalle parti e tutelate dall’ordinamento”³⁶³. Ciò tutte le volte che circostanze sopravvenute abbiano in modo grave alterato l’equilibrio del contratto.

Tale dovere, ricavato da una clausola generale, non è in contrasto con l’autonomia delle parti, perché la rinegoziazione consente la realizzazione e non l’alterazione della volontà³⁶⁴. Solo che non è affatto agevole una soluzione efficiente.

La giurisprudenza italiana elabora con molta (sin troppa) circospezione l’obbligo³⁶⁵ di rinegoziare, mentre l’intervento correttivo del giudice è ricostruito in modo diverso in dottrina.

³⁵⁷ V. il nuovo § 313 e il saggio di D. MEMMO, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contr. Impr.*, 2004, p. 821.

³⁵⁸ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 728.

³⁵⁹ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 723. Si veda anche ID., *Sopraavvenienze e gestione del rischio nell’esecuzione del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti-Villa, Bologna, 2008.

³⁶⁰ Cass., 16 marzo 2004.

³⁶¹ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Rimedi*, cit., p. 723 ss.

³⁶² F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 320 ss.; e da ultimo, P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l’intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2, 2005, p. 539 ss.

³⁶³ F. MACARIO, *op. ult. cit.*

³⁶⁴ A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 8 ss.

³⁶⁵ V. Trib. Milano, 9 gennaio 1997, in *Riv. arbitrato*, 1999, p. 67. Nella sentenza si dispone che “in difetto dei presupposti e della domanda di adeguamento, indicizzazione e rinegoziazione non è consentito al giudice, sia esso arbitro d’equità, adeguare le prestazioni, contrapponendo un assetto di interessi ispirato all’equità contrattuale, a quello divisato dai contraenti”. V. però, ivi, la nota critica di F. CRISCUOLO, *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell’arbitro (o giudice) di equità*, p. 67 ss., nonché P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l’intervento del giudice nella gestione del contratto*, cit., p. 558 ss.

Alcuno lo ammette solo quando da una clausola o da un'interpretazione di buona fede del regolamento emerga in quali termini le parti abbiano inteso ripartire il rischio, fissando criteri atti a ristabilire l'equilibrio³⁶⁶.

Altri individuano un ruolo più intenso dell'art. 1375 c.c. per reprimere l'abuso e per riequilibrare con l'equità³⁶⁷.

Altri ancora osserva che "l'obbligo di rinegoziare è obbligo di contrarre le modifiche del contratto-base suggerite da ragionevolezza e buona fede", sicché la parte, la quale "per inadempimento dell'altra non ottiene questo contratto modificativo, cui ha diritto, può chiedere al giudice che lo costituisca con sentenza"³⁶⁸.

La soluzione può apparire ardita ma non lo è più di altre adottate di recente in giurisprudenza. Si pensi all'utile tendenza di subordinare l'emissione della sentenza costitutiva dei trasferimenti della proprietà al pagamento del prezzo. Il mezzo è sicuramente creativo ma del tutto coerente con la *ratio* della norma e la funzione della sentenza³⁶⁹.

La verità è che lo squilibrio del rapporto che nasce da un assetto concordato *ab origine* dalle parti, necessita di strumenti duttili di valutazione e impone un'attività di ripensamento dei rimedi da parte della giurisprudenza teorica e pratica.

Ciò almeno in un caso. Quando il risultato programmato dalle parti è ottenibile solo con un'esecuzione protratta a lungo nel tempo. In tal caso "al modello contrattuale della semplice acquisizione di reciproci vantaggi (e, rispettivamente, svantaggi) mediante lo scambio istantaneo, si sostituisce quello della condivisione e cooperazione fra i contraenti, con un ruolo molto più rilevante delle clausole generali e dell'intervento correttivo-integrativo del giudice"³⁷⁰.

6.10.3. La presupposizione.

La presupposizione è una risposta alla rigidità dei rimedi previsti dal codice civile elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza che ripetono una definizione consolidata.

³⁶⁶ V. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000, p. 261; e per una buona sintesi delle varie opinioni, P.G. MARASCO, *op. cit.*, p. 560 ss.

³⁶⁷ M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 86 ss. Ma, in senso contrario, si veda P. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 487, secondo cui non è sulla base della *ratio* dell'art. 1375 c.c. "limitata ai profili esecutivi dell'adempimento che si può pretendere di determinare cosa avvenga di un contratto ove siano venute meno le condizioni originarie che rendevano utile ad un contraente la prestazione dell'altro o non si siano verificate le condizioni future in vista delle quali un contraente si era assicurato la prestazione dell'altro".

³⁶⁸ V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, cit., p. 1047. In questo senso v. anche T. Bari, 14 giugno 2011, rel. Scoditti.

³⁶⁹ V. Cass., 26 novembre 1997, n. 11839, in *Foro it. Rep.*, 1998, voce *Contratto in genere*, n. 428 e sul punto F. DELFINI, *Itinerari del contratto preliminare e derogabilità dell'art. 1376 c.c.*, in *Scritti in onore di G. Cattaneo*, I, Milano, 2002, p. 442.

³⁷⁰ F. MACARIO, *op. ult. cit.*, p. 737.

*Si tratta di un presupposto a cui le parti di un contratto a prestazioni corrispettive hanno subordinato, in modo indubbio e univoco, anche tacitamente, il loro consenso. Con la conseguenza che il venir meno della circostanza presupposta determina la caducità del negozio*³⁷¹.

Il tema si intreccia con quello delle sopravvenienze e della clausola *rebus sic stantibus*, che sarebbe implicitamente apposta ad ogni contratto³⁷², ma il fondamento lo si ravvisa alternativamente nella risoluzione prevista dall'art. 1467 c.c., nel rilievo della clausola generale di buona fede³⁷³, o nella nullità in quanto difetto originario del contratto. Anche nella giurisprudenza più recente gli effetti che si fanno seguire al mancato verificarsi del presupposto oscillano fra l'inefficacia e l'invalidità. Sul punto occorre fare un minimo di chiarezza distinguendo i tratti di riconoscibilità del rimedio e le conseguenze sul contratto concluso.

a) I tratti di identificazione della figura.

La giurisprudenza ha individuato con chiarezza i requisiti in presenza dei quali può operare la presupposizione.

Si ritiene che il presupposto possa essere costituito da una situazione di fatto o di diritto anche se si è rilevato che tale equiparazione (della situazione di diritto a quella di fatto), pone una difficoltà di coordinamento con il principio che *l'errore o l'ignoranza non scusano*³⁷⁴.

L'evento presupposto dalle parti deve essere obiettivo ed esterno al contratto, nel senso che il suo verificarsi non deve essere riconducibile alla volontà o ad un'attività dei contraenti³⁷⁵.

Il presupposto deve essere comune alle parti³⁷⁶, ed essere stato assunto come certo nella loro rappresentazione.

Occorre, infine che le parti abbiano configurato l'evento presupposto come valore determinante per la costituzione o la permanenza del vincolo contrattuale³⁷⁷.

L'evento presupposto non deve essere regolato come clausola espressa nel contratto che avrebbe altrimenti una sua intrinseca disciplina.

Deve avere una sua autonomia e dunque deve aver senso riferirsi alla presupposizione piuttosto che ad un rimedio già previsto dalla legge come l'errore, la condizione, la mancanza di causa, l'inadempimento o altro³⁷⁸.

³⁷¹ F. MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, vol. V, *Rimedi*, 2, Milano, 2006, p. 517 s. Ma anche la dottrina consolidata, v. V. Roppo, *Il Contratto*, cit., p. 1039; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il Contratto*, Milano, 2004, p. 466; C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1967; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

³⁷² Cfr. *amplius*: MACARIO, *Le sopravvenienze*, cit., p. 520 ss.

³⁷³ F. MACARIO, *op. ult. cit.*

³⁷⁴ F. MACARIO, *op. ult. cit.*

³⁷⁵ Cfr. Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *De jure*, Giuffrè.

³⁷⁶ Cass., 5 gennaio 1995, n. 191; Cass., 28 gennaio 1995, n. 1040; Cass., 11 agosto 1990, n. 8200, tutte consultabili in *De Jure*, Giuffrè; Cass., 3 dicembre 1991, n. 12921, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, I, 784.

³⁷⁷ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 1039.

³⁷⁸ V. da ultimo Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Foro it. On-line*.

È bene ricordare che la riforma del BGB tedesco (entrata in vigore il 1 gennaio 2002) ha inserito nel codice il § 313 (nel Sottotitolo «Adeguamento e cessazione del contratto») che reca il titolo «Alterazione del fondamento negoziale». Tale nuova norma prevede:

- 1) Se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mutamento del contratto non modificato.
- 2) Al mutamento delle circostanze è parificata l'ipotesi in cui le rappresentazioni essenziali che sono diventate fondamento del contratto si rivelano false.
- 3) Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto. Nei rapporti obbligatori di durata, al posto del diritto di recesso subentra il diritto di disdetta.

b) Maggiore incertezza si ha nel precisare le conseguenze del mancato avveramento del presupposto.

È emerso in dottrina e in giurisprudenza un orientamento che ammette la invalidità del contratto in caso di inattuazione del presupposto comune. Ciò richiamando la normativa sull'errore comune³⁷⁹ o un'ipotesi di nullità relativa³⁸⁰ per difetto originario del contratto. D'altra parte si è ipotizzata la risoluzione del contratto nel caso in cui l'evento presupposto si riveli inesistente o venga meno durante il rapporto³⁸¹.

La Cassazione, di recente, ha statuito che il mancato verificarsi della presupposizione legittima l'esercizio del recesso, assumendo quest'ultima valore determinante per le parti ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale³⁸². Sempre in giurisprudenza si è affermato il principio per cui la presupposizione costituisce un fatto estintivo o impeditivo della domanda e pertanto integra un'eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio³⁸³.

Giurisprudenza

«La presupposizione, non attenendo all'oggetto, né alla causa, né ai motivi del contratto, consiste in una circostanza ad esso "esterna", che pur se non specificamente dedotta come condizione ne costituisce, specifico ed oggettivo presupposto di efficacia, assumendo per entrambe le parti, o anche per una sola di esse – ma con riconoscimento da parte dell'altra – valore determinante ai fini del mantenimento del

³⁷⁹ V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 510 ss.

³⁸⁰ C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, cit., p. 494.

³⁸¹ V. sul punto ancora MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Rimedi*, II, cit., Capitolo II, *La dottrina della presupposizione*, op. cit., p. 517 ss.

³⁸² Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, p. 1134.

³⁸³ Cfr. Cass., 6 ottobre 2000, n. 13333, in *Foro Pad.*, 2001, I, p. 55.

vincolo contrattuale il cui mancato verificarsi legittima l'esercizio del recesso» (Cass., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 4, p. 1134)

CAPITOLO 4 - ILLECITO E CONTRATTO. IL CUMULO DEI RIMEDI

1. Le questioni aperte
2. Il contatto sociale.
 - 2.1 La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e gli obblighi di protezione.
 - 2.2 Le ipotesi di responsabilità da contatto sociale
 - 2.3 la responsabilità medica e la legge Balduzzi.
 - 2.3.1 Il nuovo D.L. 13 settembre 2012, n. 158.
 - 2.4 La responsabilità dell'insegnante
 - 2.5 La responsabilità della Banca.
 - 2.6 La mediazione tipica.
 - 2.7 La responsabilità del ex datore i lavoro.
 - 2.8 Ulteriori ipotesi
 - 2.9 Profili sistematici.
3. La responsabilità aquiliana a protezione del contratto delle relazioni familiari e del mercato. Ammissibilità e limiti.
 - 3.1 La violazione del contratto da parte dei terzi.
 - 3.2 La tutela aquiliana per "indebolimento della posizione contrattuale". Il caso CIR-Fininvest.
 - 3.2.1 Il caso
 - 3.2.2 La sentenza di primo grado.
 - 3.2.3 La sentenza della Corte d'Appello di Milano
 - 3.2.4 Le reazioni dottrinarie
 - 3.2.5 La sentenza della Corte di Cassazione
 - 3.2.6 Dal problema al sistema. Comportamenti e fattispecie.
 - 3.2.7 La cumulabilità dei rimedi nel sistema interno e comunitario e il diritto ad un rimedio efficiente
 - 3.2.8 Cumulo dei rimedi e compatibilità. La responsabilità della Pubblica amministrazione
 - 3.3 La tutela risarcitoria in presenza di un contratto valido. Responsabilità precontrattuale, contrattuale *ex lege* o aquiliana.
 - 3.3.1 Responsabilità precontrattuale e da contatto sociale.
 - 3.3.2 Illecito e contratto oltre la trattativa
 - 3.4 Cumulo dei rimedi e danni endo-familiari.
 - 3.5 Danni endofamiliari
 - 3.5.1 Sulla privatizzazione del diritto di famiglia.
 - 3.5.2 Rapporto fra coniugi e diritti dei singoli.
 - 3.5.3 Genitori e figli.
 - 3.5.4 Diritti danni e comunità familiare
 - 3.6 Il risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust.

CAPITOLO 4 - ILLECITO E CONTRATTO. IL CUMULO DEI RIMEDI

1. Le questioni aperte

La riparazione delle vittime e la finalità deterrente nei confronti del danneggiante sono oggi prevalenti rispetto ad altre finalità della responsabilità civile¹, secondo un'evoluzione che è in atto in tutti gli ordinamenti nazionali², ma i tratti delle novità legislative e giurisprudenziali, in ogni paese, non sono affatto univoci.

Le questioni aperte sono essenzialmente due³. Il rapporto fra contratto e illecito⁴ e la delimitazione del danno risarcibile⁵. Iniziamo dalla prima.

Il sistema del codice separa il contratto e l'illecito (1173 c.c.), parla di responsabilità del debitore (1218 c.c.) e di fatti che cagionano un danno ingiusto⁶. Le obbligazioni derivano quindi dal contratto e dalla legge che fissa negli articoli 1218 e 2043 le condizioni per il sorgere di un obbligo di risarcimento in presenza di determinati fatti.

E' ingiusto un fatto o un atto *contra legem* che lede diritti e interessi protetti o viola un dovere (art. 2043 c.c.) E' obbligato a risarcire il danno chi non esegue esattamente la prestazione salva l'impossibilità non imputabile.

La distinzione, com'è noto, affonda le sue radici nella storia e impegna per lungo tempo l'interprete in un'opera di qualificazione di fattispecie dannose che si rinvia ora all'uno ora all'altro settore, in un contenzioso particolarmente serrato, anche, per il diverso vantaggio che il danneggiato può trarre dall'una o dall'altra disciplina.

Non manca però, di recente, più di un sintomo che rende tale separazione concettuale assai meno esplicativa e probante di quanto la tradizione insegna.

¹ G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Roma-Bari, 2003, p. 290 ss.; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Tratt. Franzoni*, Milano, 2004, p. 621 ss.; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1998, p. 19 ss.; *La responsabilità civile nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Bussani, Napoli, p. 3 ss.

² G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, cit., p. 291: «Distribuzione dei rischi e allocazione dei costi sono esito di un processo culturale che...si apre a una prospettiva per così dire "sociale" o collettiva, fermo il fatto che preoccupazione del legislatore non è più (soltanto) quella di individuare il responsabile e di stabilire a quali condizioni questi è obbligato a riparare il danno, ma diventa (anche) quella di istituire criteri di riparazione dei rischi che consentano, al tempo stesso, di assicurare la più ampia tutela dei danneggiati e di distribuire le perdite nel mondo economico. Il problema del danno, nei suoi riflessi economici, diviene così un problema di carattere sociale, e si tende perciò a studiare il modo di contenere anche gli effetti indotti sul piano dei costi sopportati dalla collettività ».

³ V. C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 1, p. 123 ss.; F. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, p. 440 ss.

⁴ L'osservazione delle normative nazionali in atto o *in itinere* e i testi volti alla uniformazione adottano un criterio selettivo che sfuma dall'ingiustizia del danno del nostro art. 2043, verso i «fatti dannosi anormali» dell'*Avant-projet* francese, l'«interesse protetto» dei *Principles* sino all'«opinione comune» del nuovo codice olandese. Ciò determina una spiccata atipicità del rimedio e un primo problema che è alle radici del modello culturale della responsabilità. Il rapporto fra contratto e illecito.

⁵ F. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme*, cit., p. 444.

⁶ V. sin d'ora A.di Majò, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, p.3 ss.

Entrambe le discipline, sono caratterizzate da una costante tendenza ad un ampliamento di tutela per la parte danneggiata attraverso una erosione dei caratteristici tratti distintivi che si era soliti assegnare alle due aree.

Le diversità, fra contratto e illecito, si giustificavano tradizionalmente, osservando il diverso fondamento delle regole di responsabilità che era individuato ora nella violazione del rapporto fra creditore e debitore (contratto) ora nella generalità del dovere di non ledere che incombe indistintamente su tutte le persone (illecito); ma la revisione di tali presupposti sono già da tempo acquisite al dibattito dottrinale e legittimano ampi rinvii a quanto diremo nel proseguo.

La giurisprudenza teorica e pratica ha esteso l'ambito della responsabilità aquiliana almeno in un triplice senso: a) si sono ricompresi entro questa area le lesioni di diritti di credito, degli interessi legittimi e di ogni altro interesse giuridicamente protetto; b) si è riconosciuta l'esistenza di una pluralità di criteri di imputazione oggettivi e indiretti oltre la sola colpa e il dolo; c) si è ampliata l'area del danno risarcibile.

Sul versante opposto l'opera di revisione dottrina è stata ancora più stratificata. Si è ripensato a fondo il criterio della colpa, valorizzando la oggettiva violazione del titolo da cui trae origine il rapporto che lega le parti e si sono comprese ipotesi di responsabilità ove è assente un dovere di prestazione (le ipotesi di contatto sociale).

Non è dubbio che in tal modo la rigida contrapposizione fra le due aree di responsabilità appare sempre più oscillante: da un lato si tende ad assegnare sempre maggiore tutela ad interessi diversi da situazione assolute, dall'altro si include nell'area della responsabilità contrattuale ipotesi di responsabilità (da contatto sociale) di incerta qualificazione.

Tutto ciò richiede un'attenta verifica e una riprova si ha nel diritto europeo in formazione ove fra i nodi essenziali del processo di uniformazione del diritto privato, l'attenzione è rivolta proprio al rapporto tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Un attento studioso nel porre l'esigenza, sacrosanta, di sottrarre dal chiuso delle burocrazie le scelte fondamentali di un futuro diritto comune in Europa enumera le domande su cui si dovrebbe incentrare l'attenzione dell'intera comunità scientifica e delle istituzioni politiche.

La prima di un lungo elenco di cinquanta è la seguente.

Se i « rapporti contrattuali (debbano essere trattati) esclusivamente con la responsabilità contrattuale o (debbano) essere permesse delle forme concorrenti di responsabilità (contrattuale, extracontrattuale, restitutoria) »⁷.

Per procedere con la necessaria concretezza sarà seguita nel proseguo una precisa scelta di metodo. Saranno prima esaminati i presupposti della responsabilità contrattuale e extracontrattuale nella loro evoluzione. Si esamineranno poi i casi giurisprudenziali più rilevanti: dalle forme di violazione del contratto, alla

⁷ M. HESSELINK, *La dimensione politica di un codice civile europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2006, 3, 409-410. Che ciò abbia attinenza con una funzione deterrente delle regole di responsabilità risulta da diversi dati. Basta ricordare che l'azione collettiva risarcitoria disciplinata dal nuovo art. 140-*bis* del codice di consumo, si estende a tutti gli atti illeciti aquiliani o commessi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c. o in conseguenza di pratiche commerciali scorrette.

responsabilità precontrattuale, dalla responsabilità endo-familiare alla tutela aquiliana della libertà contrattuale (il caso CIR –Fininvest), sino alle ipotesi di responsabilità da contatto sociale.

2. La responsabilità da contatto sociale ed altre figure

2.1. La distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e gli obblighi di protezione.

Il continuo sorgere di esigenze di tutela e la spinta verso la ricerca di un rimedio efficiente spesso producono come effetto il trasferimento di alcune ipotesi di responsabilità dall'ambito contrattuale a quello aquiliano, rendendo incerto il confine tra le due aree.

Sono noti i tratti distintivi tra i due modelli di responsabilità.

a. L'onere della prova. Nel caso di responsabilità contrattuale è limitato alla prova della fonte dell'obbligazione ed all'allegazione dell'inadempimento (c.c. 1218). Nella responsabilità extracontrattuale, invece, il danneggiato dovrà provare oltre all'elemento soggettivo (dolo o colpa) tutti gli elementi oggettivi dell'illecito: condotta, causalità materiale, evento e causalità giuridica.

b. Prescrizione. La durata del termine di prescrizione per far valere l'azione contrattuale è decennale mentre in ipotesi di responsabilità extracontrattuale è quinquennale (c.c. 2947).

c. Danno risarcibile. Nel caso della responsabilità contrattuale, salvo il dolo, risulta limitato ai soli danni prevedibili riconducibili al tempo in cui è sorta l'obbligazione (c.c. 1225), mentre nel caso della responsabilità aquiliana è esteso anche a quelli imprevedibili.

Sotto un profilo strutturale, invece, il rapporto obbligatorio non si pone più come una struttura elementare ma rivela i tratti della complessità. Vale a dire, il vincolo nascente da un'obbligazione non è più letto in termini di antitesi di una o più pretese contrapposte. Piuttosto, si configura come una struttura complessa organizzata intorno all'obbligo principale di prestazione, in corrispondenza ed in dipendenza del quale sorgono ulteriori obblighi finalizzati a condurre il rapporto verso un risultato utile per i soggetti che vi prendono parte.

Si tratta dei c.d. obblighi di protezione che gravano su tutte le parti del rapporto obbligatorio e sono preposti alla tutela della integrità personale e patrimoniale dei contraenti⁸.

In altri termini, il contenuto del contratto non è determinato solamente dall'accordo delle parti, ma anche da altri elementi che vi entrano *ex lege*.

Ciò che preme portare all'attenzione è il seguente dato: nonostante alcuni di questi obblighi siano posti a protezione di un dovere generale di *neminem laedere* e

⁸ Sulla figura degli obblighi di protezione in dottrina cfr. Cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ediz., Giuffrè, Milano 2006, p.556; BALDASSARRI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in CENDON, *La responsabilità civile, vol I, Danno e risarcimento in generale*, Utet, Torino, 2001, p. 326; MONATERI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in CENDON, *I danni risarcibili nella responsabilità civile, Vol. VIII aspetti processuali ed applicativi*, Utet, Torino, 2005, p. 302; DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 20; ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contatto e impresa*, 1996, p. 644.

dovrebbero trovare tutela nell'ambito dell'azione extracontrattuale, questi entrano a far parte del contratto ed alla disciplina contrattuale sono sottoposti⁹.

Spiegando diversamente, si assiste ad un incontro tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, in cui la condotta del debitore lede altri interessi, diversi da quello alla prestazione, i quali sarebbero tutelati comunque anche al di fuori del rapporto obbligatorio, secondo lo schema indicato dall'art. 2043 c.c.

In tali ipotesi, il tema non riguarda tanto la possibile sovrapposizione della responsabilità contrattuale a quella extracontrattuale; al contrario, riguarda la possibilità di adottare il modello contrattuale, relativamente a fatti che di per sé costituiscono illecito, fondando la responsabilità su un rapporto obbligatorio preesistente tra danneggiante e danneggiato¹⁰.

Del resto la distinzione fra le aree di responsabilità contrattuale e extracontrattuale è oggetto di un confine labile in Italia e in Europa ove emergono varie ipotesi costruttive. Qualche cenno può essere utile prima di calarci nella nostra realtà nazionale. Vediamoli in breve.

L'*Avant-projet* di riforma del diritto francese delle obbligazioni progetta una vera rivoluzione dell'impianto del Code.

Secondo i redattori il Titolo III del Libro III non si aprirebbe più con un richiamo al contratto e alle obbligazioni convenzionali, ma semplicemente alla disciplina *Des Obligations*, suddivisa in sottotitoli, disposizioni comuni e disposizioni relative alle due forme di responsabilità¹¹. L'esito è chiaro. Si unifica le due aree e si differenzia la disciplina del danno privilegiando il danno alla persona.

La recente riforma del BGB è altrettanto significativa sotto un altro profilo.

La nuova disciplina lambisce solamente la responsabilità secondo una tradizione che privilegia la disciplina e la costruzione raffinata del rapporto obbligatorio e ammette il cumulo di responsabilità anche se, per alcuno, esistono alcune modifiche recenti verso un "percorso di progressiva uniformazione del concetto di responsabilità civile"¹².

⁹ La teorizzazione degli obblighi di protezione nasce in Germania, secondo cui il rapporto obbligatorio è articolato in un obbligo di prestazione (*Leistungspflichten*) e in uno di comportamento (*Verhaltenspflichten*) collaterale alla prestazione. Lo svilupparsi di questa impostazione fu favorita dalla natura tipica della responsabilità extracontrattuale. Viene, quindi, individuato un rapporto preparatorio, con carattere di accessorialità rispetto alla vendita, in base al quale ciascuna delle parti è tenuta ad osservare la diligenza necessaria al fine di evitare pregiudizio alla persona o ai beni dell'altra. Da qui, nacque lo spunto di pensare ad una figura di obbligazione costituita soltanto da doveri secondari ed accessori, la c.d. *obbligazione senza prestazione*. Per una bibliografia cfr. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004, p. 6

La riforma del 2001 del BGB ha espressamente preso in considerazione tali obblighi, modificando il § 241, *Doveri derivanti dal rapporto obbligatorio*. (1) Il rapporto obbligatorio legittima il creditore a pretendere dal debitore l'esecuzione di una prestazione. La prestazione può anche consistere in una omissione. (2) Il rapporto obbligatorio può, in relazione al suo contenuto, obbligare ciascuna delle parti ad avere riguardo per i diritti, i beni giuridici e gli interessi dell'altra parte.

¹⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 2006, p. 567

¹¹ F. D. Busnelli, *L'illecito nella stagione europea delle riforme*, cit., p.440 ss. e il riferimento al progetto di revisione del codice civile svizzero, argentino, e al nuovo codice civile della Repubblica Ceca.

¹² F.D. Busnelli, *op. cit.*, p. 443: "la norma connotante il *genus* è il nuovo § 280, Abs.1" che "implicitamente vale a qualificare come *species* le residue regole risarcitorie riferite esclusivamente alla disciplina (degli effetti) dell'atto illecito (arg. ex § 253, Abs. 2, che mutuando il contenuto dell'abrogato § 847, Abs.1, intende ricondurre al *genus* una regola nata come *species* relativa all'atto illecito)." Significativa è la nuova disposizione sui danni da informazioni inesatte (§ 241, Abs. 2) e

Sia i *Principi Lando* (art. 8:102) che il *Common Frame of reference (3:102)* ammettono il cumulo dei mezzi di tutela che non sono incompatibili precisando che una parte può domandare il risarcimento del danno anche quando faccia ricorso ad altra forma di tutela¹³.

Nel nostro diritto interno sono diverse le opinioni. La dottrina si divide.

Alcuni autori ribadiscono la netta separazione delle due aree fissando il discrimine nella violazione di un diritto, tipica della responsabilità aquilina, e nella violazione di un obbligo tipico della responsabilità contrattuale. Altri tendono ad avvicinare le due aree¹⁴. La giurisprudenza applica il concorso fra regole di responsabilità in molti settori dei rapporti privati. Dal diritto societario e finanziario¹⁵ ai rapporti di famiglia¹⁶, dai rapporti di lavoro¹⁷ alla risarcibilità dei danni non patrimoniali¹⁸.

sul danno non patrimoniale derivante da una “menomazione del corpo, da una lesione della salute, da una violazione della libertà o della autodeterminazione sessuale”, illecito che si libera dal legame con la colpa del danneggiante “ per aprirsi ad una rilevanza che va dalla responsabilità soggettiva a quella oggettiva, dalla responsabilità extracontrattuale a quella contrattuale (passando attraverso la *Vertrauenshaftung*.) dalle categorie civilistiche di responsabilità alle figure speciali di responsabilità previste dalle leggi di settore”

¹³ Queste tendenze lasciano tracce evidenti nelle due più accreditate ipotesi di uniformazione i *Principles* redatti dall’ *European Group of tort Law (European Group of Tort Law, Principles of european Tort Law and Commentary, Vienna –NewYork, 2005* e dallo *Study Group on a European Civil Code* (c.d. Progetto von Bar) *Study Group on a European Civil Code (Book V) Principles of European Tort Law (European Principles of Non-contractual Obligations Arising out Damage Caused to Another)*, prepared by Professor Chr. von Bar. In entrambi si parte dal danno superando il dogma della centralità della colpa senza privilegiare in assoluto le ipotesi di responsabilità oggettiva. Si rivolge particolare attenzione al nuovo rapporto fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale e all’ipotesi selettiva della lesione rilevante che non utilizza il termine ingiustizia, (pensato nel codice italiano come modello mediano fra l’assenza francese e la tipizzazione tedesca), ma utilizza, invece, un approccio diverso dai singoli ordinamenti. Con un esito comune. I *Principles* partono dalla necessità di un interesse protetto come elemento della responsabilità. Il testo redatto dal gruppo di *von Bar*, al contrario, muove dalla tipizzazione per arrivare alla formula di apertura. Anche se in entrambi i casi è comunque chiara l’esigenza del un criterio selettivo dell’interesse protetto. Certo è che , in entrambi progetti, è essenziale la disciplina del danno non patrimoniale e il pregiudizio alla persona, recependo i vari modelli che in Europa si sono formati con l’apporto del legislatore e della giurisprudenza teoria e pratica.

¹⁴ F. Busnelli, *L’illecito civile nella stagione europea delle riforme*, cit. p. 449

¹⁵ Le disposizioni in tema di OPA disciplinano i comportamenti che i soci devono assumere in presenza di mutamenti degli assetti proprietari di società quotate. L’esigenza di tutela degli investitori azionisti è compresa nella finalità di tutela del mercato finanziario e dei capitali (prevista nell’art. 92 del t. u. f) e si articola secondo una ricostruzione scandita in giurisprudenza secondo il seguente schema. “L’obbligo di lanciare l’OPA si configura...come un obbligo contrattuale che *ope legis* si inserisce nel contratto sociale, ma la norma non prevede come sanzione, in caso di violazione, “il potere del singolo azionista pretermesso di ottenere coattivamente il risultato” bensì solo l’obbligo a carico dell’inadempiente di rivendere il pacchetto acquisito in eccedenza. Da qui l’esigenza di un’attenta interpretazione, la quale reputa che la disciplina “non esaurisca gli strumenti di autotutela accordati dall’ordinamento a chiunque vanti una posizione giuridicamente rilevante” e non esclude affatto la risarcibilità di un danno ingiusto. Ciò perché, si dice nella sentenza, “il principio del *neminem laedere* sancito dall’art. 2043 rappresenta il cardine dei diritti soggettivi contrattuali e non” incorporati nel nostro caso nella azioni dei soci di minoranza. Ne segue la risarcibilità del danno in presenza di una responsabilità contrattuale¹⁵. Il groviglio teorico è evidente. L’apparato sanzionatorio della legge è completato dal principio del *neminem laedere*. Non si parla di concorso di azioni o di cumulo di danni ma di una responsabilità contrattuale per la violazione della regola aquiliana . Senza contare la difficoltà della liquidazione del danno “correlata a

Sempre più spesso si applica e si estende l'area del "contatto sociale" per attrarre nell'area contrattuale una serie di rapporti e per invertire l'onere probatorio in presenza di una posizione soggettiva del danneggiato ritenuta meritevole di particolare protezione. I tratti sono noti. E' solo il caso di ricordarli in breve.

2.2. Le ipotesi di responsabilità da contatto sociale.

Gli obblighi di protezione, sebbene legati alla prestazione principale, risultano avere una struttura ed una funzione autonoma rispetto a questa. Ne deriva che l'area di responsabilità contrattuale che consegue alla violazione di tali obbligazioni può andare anche oltre lo specifico rapporto cui ineriscono.

titoli per loro natura destinati alla fluttuazione¹⁵". (Trib. Milano 9 giugno 2005, in Foro it., 2005, n. 3211 con osservazione di A. Palmieri) La Corte di Appello ha di recente ribaltato il ragionamento¹⁵. Si è sostenuto che la disciplina dell'OPA esclude l'esistenza di un diritto soggettivo degli azionisti a ricevere un'offerta di acquisto e dunque anche il diritto al risarcimento da inadempimento di un obbligo contrattuale. L'unico danno, ipotizzabile, si osserva ancora, è l'interesse negativo tipico della responsabilità precontrattuale e non l'utilità derivante da un contratto concluso. Resta dunque il dubbio sul danno dovuto in presenza di un comportamento scorretto imputabile alla controparte in presenza di un obbligo legale di comportamento. (App. Milano, 15 gennaio 2007, Jurisdata, 2007)

¹⁶ Sul danno endo-familiare la Cassazione ha segnato, di recente, un punto di svolta significativo. Acquista concretezza il rilievo della dignità e della responsabilità di ogni componente del nucleo familiare ed è prevista la fonte e la misura del danno risarcibile per la lesione di tali situazioni soggettive. Si osserva che i singoli "conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono tutela prima ancora che come coniugi e figli come persone in attuazione dell'art. 2 della Costituzione". Sicché il rispetto della dignità e della personalità nella sua interezza assume i connotati di un diritto inviolabile la cui lesione è il presupposto logico della responsabilità¹⁶. E' evidente come questo indirizzo incida sulla rilevanza giuridica delle posizioni soggettive all'interno della Comunità familiare.

¹⁷ La specificità del rapporto di lavoro, nel nostro tema, deve essere riconosciuta proprio per la sua "speciale attitudine a metabolizzare" i diritti della persona nelle relazioni obbligatorie. Dove il carattere assoluto e indisponibile delle situazioni esistenziali si salda con il carattere imperativo e inderogabile delle norme di quel rapporto¹⁷. Qui il dovere formale di astensione si specifica, di recente, in un obbligo di protezione sino a creare un diritto a vedersi assegnate mansioni professionalmente adeguate pena il risarcimento di un danno esistenziale su cui si sofferma la Corte di Cassazione a sezioni unite.

¹⁸ D'altra parte la tipologia del danno alla persona si arricchisce sempre più nell'area dei rapporti contrattuali.

Basta pensare alla riforma del BGB, al testo dei Principi di diritto europeo dei contratti (PECL) al nostro Codice del Consumo (artt. 94, 95, 96) che nel disciplinare il "danno da vacanza rovinata" nella violazione del contratto turistico rende palese la rilevanza, nel nostro sistema, del danno non patrimoniale da inadempimento su cui si è molto discusso in dottrina. Le soluzioni ipotizzabili sono note. La giurisprudenza utilizza la tecnica del concorso di azioni o del cumulo dei danni; espediente utile, che assicura, in molti casi, decisioni ragionevoli: dal medesimo fatto possono nascere diritti diversi, azionabili assieme o in concorso, a scelta del danneggiato¹⁸. A ben vedere è possibile una diversa qualificazione che prescindendo dall'art. 2059 e ss. c.c. e ammetta la risarcibilità di un interesse non patrimoniale violato all'inadempimento di un contratto o di un obbligo legale. La giustificazione teorica è già stata indicata dalla dottrina più attenta che sollecita una nuova disciplina del danno contrattuale non patrimoniale per porre un argine all'estensione dell'illecito acquiliano che ha avuto una espansione amplissima e tende a entrare e, talora, a scardinare altri istituti con regole pensate per i rapporti fra terzi estranei, le quali non sempre sono pienamente compatibili con altre norme. Se le parti sono legate da un rapporto debbono e possono, in molti casi, trovare piena operatività i criteri speciali di protezione che si conformano a quel determinato rapporto.

Vedremo, appunto, come si sia arrivati ad offrire tutela contrattuale anche a prescindere dalla'esistenza di un accordo nelle c.d. figure di *responsabilità da contatto sociale*¹⁹.

In questa situazione, si possono ipotizzare obblighi di protezione anche al di fuori di uno specifico rapporto obbligatorio. Ciò accade nei casi in cui, rispetto al comportamento dannoso, le vittime di un'azione lesiva si trovino in una posizione diversa rispetto al *quisque de populo*: vale a dire, in una situazione di prossimità qualificata rispetto all'agente.

Come anticipato, in tali casi si parla di *contatto sociale qualificato*²⁰.

La giurisprudenza della Cassazione riconduce tale figura principalmente ad alcuni casi: la responsabilità del medico dipendente di una struttura nei confronti del paziente che a questi si affida; il minore che cagiona un danno a sé stesso; la banca trattaria che paga a soggetto non legittimato; la mediazione tipica.

2.3. La responsabilità medica e la legge Balduzzi

a) le origini.

La responsabilità da contatto sociale ha fatto la sua prima apparizione nella giurisprudenza della Cassazione in un caso di *malpractice* medica: l'attore -ricoverato d'urgenza in pronto soccorso per essere operato alla mano- aveva rivolto una domandava di risarcimento del danno al medico che aveva eseguito l'operazione²¹.

¹⁹ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 147 e ss. Di recente v. la monografia di FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004.

²⁰ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.* Tale ricostruzione trova le proprie origini in Germania ed ha trovato una specifica previsione nella nuova riforma del 2001, § 311, in particolare al terzo comma.

§311 Rapporti obbligatori derivanti da negozi o da atti simili ai negozi. (1) Per instaurare un rapporto obbligatorio mediante negozio giuridico o per modificare il contenuto di un rapporto obbligatorio è necessario che coloro che vi prendano parte concludano un contratto a tal fine, se ed in quanto la legge non disponga diversamente. (2) Un rapporto obbligatorio con gli obblighi di cui al comma 2 del §241 sorge anche in virtù:1. Dell'avvio di trattative precontrattuali. 2. Della prefigurazione di un contratto, che ricorre quando, in vista di un'eventuale relazione negoziale, una parte accorda all'altra la possibilità di incidere sui propri diritti, beni ed interessi, o gliene affida la protezione, oppure 3. di contratti negoziali similari. (3) Un rapporto obbligatorio con gli obblighi del comma 2 del § 241 può sorgere anche nei confronti di persone che non sono destinate a divenire parti del contratto . In particolare, un rapporto obbligatorio siffatto sorge quando il terzo induce le parti a riporre fiducia in misura notevole nella sua persona, e in forza di detto affidamento riesce ad influire sullo svolgimento delle trattative o sulla stipulazione del contratto.

²¹ Cfr. Cass., 22 gennaio 1999, n. 598 con i commenti di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 294; GIACALONE, *La responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario nazionale: contrattuale, extracontrattuale o transtipica*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1003; FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il contatto sociale conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p.679 ss; DE ROSA, *Responsabilità del medico dipendente del servizio sanitario: una nuova tipologia di obbligazioni?*, in *Giur. merito*, 1999, p. 1152; DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, in *Foro it.*, 1999, p. 3332; DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1999, p. 446; FRACCHIA, *Osservazioni in tema di responsabilità del dipendente pubblico e attività contrattuale*, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1194; THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *NGCC*, 2000, p. 334; PIZZETTI, *La responsabilità del medico dipendente come responsabilità contrattuale da "contatto sociale"*, in *Giur. it.*, 2000, p. 740.

Si badi, l'unico rapporto contrattuale intercorreva tra paziente ed ospedale²² mentre nessun rapporto di tipo contrattuale intercorreva tra paziente e chirurgo.

In tale circostanza la Cassazione affermò il seguente principio di diritto: “l’obbligazione del medico dipendente nei confronti del paziente, ancorchè non fondata sul contratto ma sul “contatto sociale” ha natura contrattuale. Conseguenze che relativamente a tale responsabilità i regimi di ripartizione dell’onere della prova, del grado della colpa e della prescrizione sono quelli tipici delle obbligazioni da contratto d’opera intellettuale e professionale”²³.

L’affermazione era già allora motivata.

La Cassazione muove dal presupposto che il medico non è un *quisque de populo* semplicemente sottoposto ad un obbligo generale di *neminem laedere* che vale nei confronti di chiunque ma la sua prestazione si caratterizza per i seguenti tratti:

- a. la professione medica richiede una particolare abilitazione da parte dello Stato;
- b. il destinatario della prestazione non è la collettività ma il singolo e specifico paziente;
- c. la prestazione che il medico è chiamato a svolgere ha sempre il medesimo contenuto e deve essere svolta secondo i canoni della diligenza indicati dall’art. 1176, II co., c.p.c., a prescindere che alla base vi sia un contratto o meno.

Pertanto -prosegue la Cassazione nel suo *iter* argomentativo- un’obbligazione può nascere anche da un rapporto di fatto e tale obbligazione può essere sottoposta alle regole proprie dell’obbligazione contrattuale pur se il fatto generatore non è un contratto ma un contatto.

Peraltro, sarebbe ingiustificatamente discriminatorio sottoporre l’obbligo di risarcire il danno derivante da *malpractice* medica a differenti regimi -contrattuale ed aquiliano- solo perché sul piano della fattispecie un soggetto ha concluso un contratto mentre un altro soggetto è stato casualmente operato dal medico di turno.

Per tali motivi, la Cassazione ricorre al concetto di *contatto sociale*.

Con tale espressione si riassume una duplice valutazione del fatto, sia in ragione della fonte (il fatto idoneo a produrre l’obbligazione in conformità dell’ordinamento, art. 1173 c.c.) sia in ragione del rapporto che ne scaturisce (e diviene allora assorbente la considerazione del rapporto, che si atteggia ed è disciplinato secondo lo schema dell’obbligazione da contratto)²⁴.

In questa prospettiva, quindi, si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrino *in contatto*, senza che tale contatto riproduca le note ipotesi negoziali. Tuttavia a tale *contatto* si ricollegano obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso²⁵.

²² Si tratta del c.d. *contratto di ospedalità*.

²³ Cass., 22 gennaio 1999, n. 598, cit.

²⁴ Cass., 22 gennaio 1999, n. 598, cit.

²⁵ Sempre in tema di colpa medica, la stessa Cassazione è andata oltre la semplice qualificazione della responsabilità, individuando specificamente il riparto dell’onere probatorio²⁵. Il paziente danneggiato che chiede il risarcimento deve limitarsi a provare (a) il contratto con la struttura sanitaria o il “contatto sociale” con il medico, (b) l’aggravamento della patologia o l’insorgenza di un’affezione ed (c) allegare un inadempimento del debitore che sia *qualificato*, cioè astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato. Starà poi al debitore dimostrare che l’inadempimento non c’è stato o che, pur esistendo, esso non è stato rilevante sotto il profilo eziologico.

Secondo una delle ultime sentenze sul punto²⁶ “ le obbligazioni possono sorgere da rapporti contrattuali di fatto, in quei casi in cui taluni soggetti entrano tra loro in una relazione....a cui si collegano obblighi di comportamento di varia natura”.

L'ipotesi del medico dipendente, si osserva, è emblematica di una responsabilità che non può essere (solo) responsabilità aquiliana, ma di tipo contrattuale, per non avere fatto ciò a cui si era tenuti in forza di una professione c.d. protetta che incide sul bene della salute, tutelato dall'art. 32 Cost.

b) Le conferme e le novità.

Una recente sentenza della Cassazione²⁷, a sezioni unite, torna in modo puntuale sulle fonti della responsabilità medica, con alcune significative novità. Vediamole.

Il caso concerne il contagio da epatite a seguito di trasfusioni in occasione di un intervento chirurgico in una casa di cura. I giudici di merito avevano respinto la domanda ritenendo che l'attore non avesse provato il nesso di causalità tra la trasfusione e l'epatite poichè “dalla documentazione prodotta tempestivamente”²⁸ non risultava che alla data del ricovero l'attore non fosse già affetto da tale patologia.

Da qui la necessità di fissare ancora questioni essenziali sulla responsabilità della struttura sanitaria e sull'onere probatorio.

Sul primo aspetto è noto che la responsabilità dell'Ente pubblico o privato era ritenuta di natura contrattuale in base al “rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale ..comporta la conclusione di un contratto”²⁹ mentre l' obbligazione del medico dipendente aveva la stessa natura sulla base della teoria del contatto sociale³⁰.

Entrambi i rapporti erano disciplinati per analogia con le norme del contratto di prestazione d'opera intellettuale.. con il conseguente riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico.

Un indirizzo più recente ha qualificato il rapporto paziente struttura come un “autonomo e atipico contratto (di spedalità) al quale si applicano le regole ordinarie sull'inadempimento con due conseguenze importanti.

- La responsabilità prescinde dall'accertamento di una condotta negligente del medico ed ha invece la propria fonte nell'inadempimento delle obbligazioni direttamente riferibili all'ente.³¹

²⁶ Cass. 19 aprile 2006 n.9085 in Foro it. On line,2, 2008 “Rispetto all'operatore professionale la coscienza sociale, prima ancora che l'ordinamento giuridico, non si limita a chiedere un *non facere* e cioè il puro rispetto della sfera giuridica di colui che gli si rivolge fidando nella sua professionalità, ma appunto quel *facere* nel quale si manifesta la perizia che ne deve contrassegnare l'attività in ogni momento”

²⁷ Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 577, in Diritto & Giustizia, 15.1.2008. 2. Il Presidente è Carbone e l'estensore Segreto due protagonisti di grandi svolte giurisprudenziali che meritano grande attenzione. Vediamola da vicino.

²⁸ la documentazione era stata prodotta dopo i termini dell'art 184 c.p.c. e riprodotta in appello.

²⁹ V. da ultimo Cass. n. 1698 del 2006.

³⁰ da ultimo Cass. n. 9085 del 2006.

³¹ Cass. sez. un. 1 luglio 2002 n. 9556 e Cass. n. 571 del 2005 e 1698 del 2006.

- Sicché l'obbligo derivante da tale contratto complesso riguarda oltre l'alloggio, le prestazioni ospedaliere di carattere medico, paramedico e assistenziale la cui violazione può comportare la responsabilità dell'ente per fatto del dipendente sulla base dell'art. 1228 c.c..

La sentenza condivide e conferma tale indirizzo distribuendo in modo innovativo l'onere probatorio in ordine al nesso causale .

E' noto come la precedente giurisprudenza ripartiva l'onere probatorio.

Il paziente doveva provare l'esistenza del contratto, l'aggravamento della situazione patologica o l'insorgenza di nuove patologie e il nesso di causalità tra l'azione e l'omissione, mentre doveva solo allegare l'adempimento del sanitario. D'altra parte il debitore aveva l'onere di provare di aver tenuto un comportamento diligente³².

Ciò che viene messo in discussione ,appunto , è la prova del nesso causale.³³

Come è noto nelle obbligazioni di mezzi il creditore doveva provare la carenza di diligenza (che ha impedito di conseguire il risultato) e nelle obbligazioni di risultato il debitore doveva dimostrare che il mancato risultato era dipeso da causa a lui non imputabile. Tale distinzione dogmatica si reputa superata per almeno tre ragioni.

1) In ciascuna obbligazione si richiede, seppur in modo diverso un “ risultato pratico da raggiungere attraverso il vincolo” e “ l'impegno del debitore per ..ottenerlo”.

2) la responsabilità del professionista comprende una serie di “doveri ..accessori ma integrativi dell'obbligo primario di prestazioni ancorati al dovere di buona fede, quali obblighi di protezione, indispensabili per il corretto adempimento della prestazione professionale in senso proprio”³⁴

3) la distinzione fra obbligazioni di mezzi e di risultato urta, secondo i Giudici di legittimità, con il criterio unico di reparto fissato dalla Corte per ogni richiesta conseguente ad una responsabilità contrattuale.

Da qui la svolta anche in merito alla prova del nesso di causalità.

Il creditore deve allegare e non provare l'inadempimento e il nesso di causalità fra questo e il danno con un unico aggravio.

“ L'allegazione non può limitarsi ad indicare un generico inadempimento, ma deve far riferimento ad un inadempimento, qualificato, e cioè astrattamente efficiente alla produzione del danno. Competerà al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è proprio stato ovvero che, pur esistendo, non è stato nella fattispecie causa del danno.”³⁵

³² Da ultimo Cass. n. 12362 del 2006.

³³ Cass. sez.un. 13533 del 2001 e Cass. sez.un. 28 luglio 2005 n. 15781

³⁴ Così Cass. sez. un. 11 gennaio 2008 n. 577 cit. e il richiamo a Cass. 19.5.2004 n. 9471.

³⁵ Cass, sez.un. 11 gennaio 2008, n.577 : “nella fattispecie.. avendo l'attore provato il contratto relativo alla prestazione sanitaria ed il danno assunto (epatite) allegando che i convenuti erano inadempienti avendolo sottoposto ad emotrasfusione con sangue infetto, competeva ai convenuti fornire la prova che tale inadempimento non vi era stato, poiché non era stata effettuata una trasfusione con sangue infetto, oppure che, pur esistendo l'inadempimento esso non era eziologicamente rilevante nell'azione risarcitoria proposta, per qualunque ragione, tra cui quella adottata dall'affezione patologica già in atto al momento del ricovero.”

Ciò è tanto più rilevante se si consideri che, secondo un orientamento recente della Cassazione, “ i criteri di accertamento del nesso causale adottati dalla Cassazione penale (alto grado di probabilità logica e di credibilità razionale) trovano applicazione nel solo diritto penale e nelle fattispecie omissive; mentre nelle ipotesi di responsabilità civile, soprattutto se si versa in casi di illecito (anche) commissivo, la verità probabilistica si può fermare su soglie meno elevate”³⁶.

La svolta è netta e coinvolge non solo il medico ma ogni obbligazione professionale precisando che il creditore non deve più provare il nesso causale ma semplicemente allegare un inadempimento tale da determinare in concreto il danno subito.

Con ciò la Corte delinea una responsabilità del professionista secondo un modello di particolare rigore e ribadisce la centralità del giudice nel precisare il reparto dell'onere probatorio secondo un indirizzo consolidato.

Basta ricordare che la Cassazione a sezioni unite ha precisato di recente che, in assenza di indicazioni univoche del legislatore, l'interprete nella “ricostruzione della fattispecie sostanziale e nella conseguente ripartizione dell'onere della prova”.. deve “utilizzare il criterio della maggiore vicinanza o disponibilità della prova”. Ciò in base a principi desumibili dall'art. 24 della Costituzione.³⁷

Si tratta di un modo razionale amministrazione del danno anche nel nostro caso perché il professionista può con più facilità fornire la prova sull'inesistenza del nesso di causalità. Si può solo avanzare qualche osservazione sul ruolo della giurisprudenza in questo settore e sulla funzione della responsabilità.

Come si è osservato i giudici hanno completato e innovato il sistema con un mezzo spesso diverso dall'analogia.

Molte volte si è applicata la norma “ *come se* da sempre contenesse la previsione che consentiva l'applicazione nuova”³⁸. In tal modo “ si è trasformato un sistema di legge scritta” in uno diverso nel quale questa.. non ha più in sé un senso compiuto senza il diritto applicato. Sicché “l'aggiunta di senso del diritto giurisprudenziale” si è ormai consacrata come pura fonte che concorre con quella primaria³⁹ creando la regola.

Ciò non deve stupire affatto perché sempre più spesso si adotta un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma ordinaria, con un metodo di lavoro che potremo definire inconsapevolmente rimediale⁴⁰.

Provo a spiegare perché muovendo da due corollari indiscussi.

Il rimedio presuppone l'esistenza di un interesse protetto⁴¹. Ciò significa che tale strumento non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale ma intende fornire un

³⁶ Cass. 19 maggio 2006 n. 11755.

³⁷ Cass. 10 gennaio 2006 n.141 in *Foro it.*, 2006,I, 704.

³⁸ C. Castronovo, *lc. cit.*

³⁹ C. Castronovo, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, cit., p.168-169.

⁴⁰ v. U. Mattei, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel Trattato di diritto civile ,dir.da R. Sacco,Torino, 2001, p.105ss.;A. Di Majo, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*,2005,2,p.341 ss.;Id,Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi, *ivi*, 2007, p 2 ss.;D. Messinetti, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, *ivi*, 2005, p.605 ss.;P.G. Monateri, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006.

piano di tutela adeguata in presenza di forme complesse e di nuovi beni da tutelare. In questa area assumono particolare rilievo i principi costituzionali. “La necessaria corrispondenza tra interesse protetto e rimedio”⁴² esige la costruzione di una regola che sia rispettosa delle norme ordinarie e dei principi ordinatori della materia che debbono, nella sentenza, essere rigorosamente individuati e precisati come premessa di una soluzione controllabile in base ai parametri offerti dalla legge e dalla Carta costituzionale.

D'altra parte non è dubbio che siamo in presenza di una nuova stagione della responsabilità civile. Dopo l'inversione metodologica degli anni settanta del secolo scorso che ha spostato l'attenzione dall'illecito al danno e ai criteri di imputazione più efficienti per ripararlo, l'evoluzione sociale sta sollecitando una diversa preminenza di alcune finalità rispetto ad altre. La riparazione della vittima e la finalità deterrente nei confronti del danneggiante sono oggi prevalenti secondo un'evoluzione che è in atto in tutti gli ordinamenti nazionali. Anche tale evoluzione non deve impensierire. Si tratta solo di trovare un equilibrato piano d'intesa tra punizione e riparazione in modo che la funzione riparatoria e deterrente della responsabilità civile possano coesistere senza invasioni di campo.

2.3.1. Il nuovo D.L. 13 settembre 2012, n. 158.

Con il nuovo art. 3 del c.d. Decreto Balduzzi, rubricato “Responsabilità professionale dell'esercente professioni sanitarie”, sono state introdotte importanti novità.

La norma disciplina non solo la responsabilità civile e penale del medico connessa al rispetto delle linee guida ma anche la liquidazione del danno biologico, l'assicurazione professionale e l'aggiornamento dell'albo dei consulenti tecnici.

L'ampio raggio occupato dall'intervento fornisce le prime indicazioni su quale sia l'intento del legislatore. Ripensare la funzione del risarcimento del danno in considerazione dell'emergere di un problema non più individuale (fra medico e paziente) ma sociale. Si tende ad un equilibrio nuovo fra valori da bilanciare: dignità e salute, efficienza del sistema sanitario, regolazione del rischio scientifico, contenimento dei costi.

Circoscrivendo l'analisi al solo tema della responsabilità del medico, il primo periodo del primo comma detta una norma penale, “l'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”.

Il secondo ed il terzo periodo, invece, riguardano la responsabilità civile ed il danno risarcibile, “in tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043

⁴¹ U.Mattei, *op. cit.*, p.108.

⁴² V. da ultimo E. Navarretta, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, Intervento, al Convegno svolto a Firenze il 30 marzo 2007, dal titolo *Remedies in contract. The common rules for a european law*, di prossima pubblicazione nella Collana Persona e Mercato, dir. da G.Vettori; ed ivi il richiamo di Van Gerwen, *Of rights, remedies and procedures*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 526.

del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo”⁴³.

L’obbligo di rispettare le linee guida ed il riferimento all’art. 2043 c.c. sono due aspetti su cui è opportuno soffermare l’attenzione.

Le linee guida. La diffusione delle linee guida è iniziata negli anni ’70; ha una accelerazione negli anni ’90 con l’avvento della *evidence based medicine* ed è “paragonata per importanza per il numero di vite salvate alla diffusione di antibiotici e vaccini”⁴⁴.

Le *linee guida* sono definite (dall’*Institute of Medicine*) “asserti (*statements*) sviluppati in modo sistematico allo scopo di aiutare le decisioni del medico e del paziente riguardo alle cure sanitarie più adatte nelle specifiche circostanze cliniche”⁴⁵.

I protocolli, meno diffusi, sono più specifici e prevedono “rigidi schemi di comportamento diagnostico e terapeutico, tipici di un programma di ricerca clinica sperimentale elaborato per assicurarne la riproducibilità e quindi l’attendibilità scientifica”⁴⁶.

Nella prassi, “le linee guida vengono utilizzate nel peculiare meccanismo di interazione che si stabilisce fra giudice ed esperto nel trasferimento di conoscenza, da scientifico a giuridica, attraverso la mediazione del medico legale”⁴⁷.

⁴³ Diversa era la formulazione contenuta nel decreto prima dell’intervento della legge di conversione (L. 8 novembre 2012, n. 189). Il primo comma specificava un precetto generale, dando rilievo alle linee guida ospedaliere: “fermo restando il disposto dell’art. 2236 del codice civile, nell’accertamento della colpa lieve nell’attività dell’esercente le professioni sanitarie il giudice, ai sensi dell’articolo 1176 c.c. del codice civile, tiene conto in particolare dell’osservanza, nel caso concreto, delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica nazionale e internazionale.”

La norma si apriva distinguendo tra interventi sanitari che comportano “la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà” (c.c. 2236), ove la regola di responsabilità rimaneva invariata, ed accertamento della colpa lieve.

In quest’ultima ipotesi, il parametro della diligenza, cui doveva uniformarsi l’operato dell’esercente una professione sanitaria, veniva fatto coincidere con il rispetto dei protocolli e delle procedure indicate dalla Comunità medica. Con due precisazioni.

La norma utilizzava l’espressione “*in particolare*”, volendo probabilmente significare che, sebbene la valutazione in ordine al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche occupi un’area preponderante, è salvaguardata la discrezionalità del giudice che, nello svolgimento dell’incarico, dovrebbe considerare anche altri elementi.

Da qui, la seconda precisazione.

La valutazione in ordine al rispetto dei protocolli non doveva avere muoversi su criteri astratti. L’inciso “*in concreto*” sembrava imporre una valutazione non solo sulla correttezza delle modalità adottate per svolgere l’intervento ma anche se queste, in relazione alle condizioni del paziente, fossero le più efficienti per la cura della patologia.

Esaminando il dossier allegato ai lavori preparatori (DdL AC5440), la norma, nella sua formulazione originaria, si voleva porre in continuità con la tradizione giurisprudenziale, “si configura la responsabilità professionale del medico anche per la colpa lieve, ai sensi dell’art. 1176, secondo comma, cod. civ., ove, di fronte ad un caso ordinario, non abbia osservato, per inadeguatezza od incompletezza della preparazione professionale, ovvero per omissione della media diligenza, quelle regole precise che siano acquisite, per comune consenso e consolidata sperimentazione, alla scienza ed alla pratica, e, quindi, costituiscano il necessario corredo del professionista che si dedichi ad un determinato settore della medicina” (Cass., 22 agosto 1988, n. 1847).

⁴⁴ Cfr. A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, in *Foro it.*, 2011, II, c. 424.

⁴⁵ Così riportato da A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

⁴⁶ Così riportato da A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

⁴⁷ A. DI LANDRO, *Linee guida e colpa professionale*, cit.

La valutazione del sanitario tramite questi parametri era già consolidata nella giurisprudenza penale⁴⁸⁻⁴⁹.

Con il decreto Balduzzi, il loro rispetto esclude la responsabilità penale per colpa lieve⁵⁰ ma, in sede civile, può incidere sulla determinazione del danno risarcibile.

L'art. 2043 c.c. Il riferimento all'art. 2043 c.c. -e non all'art. 1218- ha generato interpretazioni contrastanti nella giurisprudenza di merito, la quale si è interrogata se al danno cagionato dal medico debbano essere applicate le regole contrattuali o aquiliane⁵¹.

La tesi preferibile, anche per continuità con la precedente tradizione giurisprudenziale, dovrebbe essere la prima ed è quella avanzata anche in un *obiter dictum* di una pronuncia del febbraio 2013 della Cassazione civile.

Secondo la Suprema corte, l'intento del legislatore è dettare una norma penale al fine di evitare pretestuose azioni ed agevolare l'esercizio della professione medica, "senza modificare tuttavia la materia della responsabilità civile che segue le sue regole consolidate, non solo per la responsabilità aquiliana del medico, ma anche per

⁴⁸ Tra le più recenti cfr. Cass. pen., 11 luglio 2012, n. 35922, in *Foro it. on-line*, la quale fa una rassegna delle sentenze penali più significative in materia di linee guida. Sul punto v. anche Cass. pen., 22 novembre 2011, n. 4391, in *Cass. pen.*, 2012, p. 2069; Cass., 23 novembre 2010, n. 8254, in *Foro it.*, 2011, II, c. 416; Cass. pen., 14 novembre 2007, n. 10795, in *Foro it.*, 2008, II, c. 279

⁴⁹ Cass. pen., 30 gennaio 2013, esclude la rilevanza penale al comportamento del sanitario che operi nel rispetto dell'area segnata da linee guida o da virtuose pratiche mediche, purchè esse siano accreditate dalla comunità scientifica. La pronuncia, in base alla considerazione che il Decreto Balduzzi è legge penale più favorevole rispetto alla precedente e che quindi può trovare applicazione anche ai processi pendenti, rinvia gli atti alla Corte d'Appello affinché il Giudice valuti se le linee guida siano state rispettate.

Di avviso parzialmente differente sembra essere Cass. pen., 18 giugno 2013, n. 39165 laddove ammette l'esclusione della responsabilità penale anche qualora le linee guida siano state rispettate, "La responsabilità del personale sanitario, anche in seguito al d.l. Balduzzi, può escludersi anche laddove siano violate le linee guida dettate dalla letteratura scientifica. L'eterogeneità delle fonti e l'opinabilità delle best practices impediscono a queste di assurgere a strumenti di precostituita e ontologica affidabilità, per cui l'osservanza o meno delle stesse non è mai causa automatica di assoluzione o condanna".

⁵⁰ La norma non è scevra di aspetti problematici. Il diritto penale e, più segnatamente, il codice penale non prende in considerazione, ai fini della esclusione della responsabilità, la colpa lieve.

⁵¹ Secondo il Tribunale di Varese, 26 novembre 2012, "il Legislatore sembra (consapevolmente e non per dimenticanza)

suggerire l'adesione al modello di responsabilità civile medica come disegnato anteriormente al 1999, in cui, come noto, in assenza di contratto, il paziente poteva richiedere il danno iatrogeno esercitando l'azione aquiliana. E' evidente che l'adesione ad un modulo siffatto contribuisce a realizzare la finalità perseguita dal legislatore (contrasto alla medicina difensiva) in quanto viene alleggerito l'onere probatorio del medico e viene fatto gravare sul paziente anche l'onere (non richiesto dall'art. 1218 c.c.) di offrire dimostrazione giudiziale dell'elemento soggettivo di imputazione della responsabilità. L'adesione al modello di responsabilità ex art. 2043 c.c. ha, anche, come effetto, quello di ridurre i tempi di prescrizione: non più 10 anni, bensì 5".

Di diverso avviso, invece il Tribunale di Arezzo, 14 febbraio 2012, "L'art. 3, comma 1, d.l. 158/2012, conv. dalla l. 189/2012, cosiddetto "decreto Balduzzi" non impone alcun ripensamento dell'attuale inquadramento contrattuale della responsabilità sanitaria, ma si limita (nel primo periodo) a determinare un'esimente in ambito penale (i cui contorni risultano ancora tutti da definire), facendo salvo (nel secondo periodo) l'obbligo risarcitorio e sottolineando (nel terzo periodo) la rilevanza delle linee-guida e delle buone pratiche nel concreto accertamento della responsabilità (con portata sostanzialmente ricognitiva degli attuali orientamenti giurisprudenziali)".

la cosiddetta "responsabilità contrattuale" del medico e della struttura sanitaria, da contatto sociale"⁵².

Il passo riportato potrebbe essere fonte di alcune ambiguità⁵³ ma il principio sotteso affermato è chiaro: il richiamo all'art. 2043 c.c. non modifica le regole delineate negli ultimi anni dalla giurisprudenza; esso deve essere interpretato con esclusivo riferimento alla clausola generale ed al sistema 'responsabilità civile'.

A sorreggere questa interpretazione, vi possono essere ulteriori argomenti.

La norma si compone di una fattispecie e di un effetto. Anche in ossequio al principio che la qualificazione del fatto spetta al Giudice, il Decreto Balduzzi non incide sulle fattispecie del 2043 o del 1218, ma si è piuttosto operato sull'effetto: esclusa la responsabilità penale si è detto "resta comunque fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c."

Si richiama dunque l'effetto, l'*obbligo di risarcire*, e su di esso si incide in modo pesante.

Basta uno sguardo al passato ed un attento esame della norma:

- Il giudice nella determinazione del danno tiene conto delle linee guida e delle buone pratiche
- Nei commi successivi si rinvia agli articoli 138 e 139 cod. ass., norme che prevedono la risarcibilità del danno biologico secondo un criterio tabellare⁵⁴.
- Le modifiche dell'art. 139 cod. ass. (nella L. 24 febbraio 2012, n. 27) escludono il risarcimento del danno per le lesioni di lieve entità che non siano suscettibili di accertamento clinico strumentale obiettivo.
- Si prevedono disposizioni in tema di assicurazioni e di CTU.

A ciò si aggiunga che l'art. 2043 non detta quelle regole specifiche che distinguono la responsabilità contrattuale dall'aquiliana. Per quanto la norma costituisca il cardine della responsabilità risarcitoria da fatto illecito, la concreta disciplina è contenuta altrove: i criteri di riparto dell'onere della prova sono dettati dall'art. 2697 c.c.; la prescrizione quinquennale è introdotta dall'art. 2947 c.c.; il regime di solidarietà è quello dell'art. 2055 c.c.

⁵² Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030, in *DeJure*.

⁵³ Da un lato si parla di responsabilità aquiliana e contrattuale del medico. Dall'altro la figura del contatto sociale sembra essere estesa tanto alla responsabilità del medico quanto a quella della struttura sanitaria (nello stesso errore è caduta anche Cass., 30 giugno 2011, n. 14405). In realtà, per descrivere il rapporto tra paziente e casa di cura non è necessario il richiamo al contatto sociale; il legame tra questi due soggetti si fonda su un contratto che, sebbene atipico, ha tutti i requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. Trattasi del c.d. contratto di ospitalità, sul punto cfr. Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577.

⁵⁴ La norma estende l'applicazione delle tabelle contenute nel Codice delle assicurazioni, inizialmente dettate esclusivamente per l'infortunistica stradale.

Con riferimento alle lesioni micro-permanenti, circa il 90% dei casi (ove rientrano anche la perdita di un dito o dell'olfatto), le tabelle di Milano erano quelle finora maggiormente utilizzate dai giudici e garantivano risarcimenti più alti (P. MARIOTTI – A. SERPETTI, *Malasanità, indennizzi tagliati*, in *Il Sole 24 Ore. Norme e Tributi*, 30 settembre 2012)

Peraltro, la nuova legge si pone in discontinuità con un precedente intervento della Cassazione, la quale aveva negato la possibilità di estendere le tabelle di cui al Codice delle assicurazioni anche a settori differenti dall'r.c.a. (Cass., 30 giugno 2011, n. 14402).

È richiamato anche l'art. 138 cod. ass. in materia di lesione non di lieve entità. In questa ipotesi, in mancanza di una tabella nazionale non ancora emanata, continueranno ad essere applicate le tabelle dei vari Tribunali, specialmente quelle di Milano.

In conclusione, non può affermarsi che il richiamo ad una clausola generale ed al generale obbligo del *neminem laedere* equivalga a rinviare ad un'intera disciplina.

Piuttosto, è da ritenersi più convincente che il legislatore abbia voluto evocare il sistema della responsabilità civile: il riferimento all'art. 2043 c.c. è del tutto neutro rispetto alle regole applicabili e consente di continuare ad utilizzare i criteri propri della responsabilità contrattuale, salvo le deroghe introdotte in punto di danno risarcibile.

2.4. La responsabilità dell'insegnante in caso di minore autolesionista

Un ulteriore settore di incidenza della responsabilità da contatto sociale è la responsabilità dell'insegnante per la condotta autolesiva dell'allievo.

Il parallelismo con l'ipotesi del medico-dipendente è evidente: entrambi svolgono la propria attività a favore di terzi in esecuzione del contratto con la struttura in cui operano, pubblica o privata che sia.

In un *obiter dictum* del 2002, la Cassazione prende posizione sulla *vexata quaestio*⁵⁵ dei danni cagionati dall'allievo a se stesso: “Tra precettore ed allievo si instaura pur sempre, per contatto sociale, un rapporto giuridico, nell'ambito del quale il precettore assume, nel quadro complessivo dell'obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, onde evitare che l'allievo si procuri da solo un danno alla persona”⁵⁶.

Solamente nel 2005 si configurerà espressamente tale fattispecie come forma di responsabilità contrattuale da contatto sociale⁵⁷.

Grazie a tale soluzione, i genitori del minore ed il minore stesso potranno ottenere un ristoro patrimoniale, dimostrando esclusivamente il danno subito dal proprio figlio durante l'orario scolastico; diversamente, la scuola -privata o pubblica che sia- potrà liberarsi dall'obbligo risarcitorio attraverso la prova dell'adempimento del dovere di vigilanza. Infatti, i genitori, spesso impossibilitati a dimostrare nel corso del giudizio la negligenza del personale docente in relazione ai danni patiti dai

⁵⁵ Nonostante fino a poco tempo addietro la giurisprudenza preferisse adottare un'interpretazione estensiva dell'art. 2048 c.c., facendo confluire nella norma sia il caso del minore che cagioni un danno a sé stesso sia quella del minore che cagioni un danno a terzi (cfr. Cass., 26 giugno 1998, n. 6331, in *Foro it.*, 1999, I, p. 1574; Cass. 10 dicembre 1998, n. 12424, in *Foro it. rep.*, 1998, voce *Responsabilità civile*, n. 180; Cass. 11 agosto 1997, n. 7454, in *Danno e resp.*, 1998, p. 260; Cass. 26 giugno 2001, n. 8740, in *Foro it.*, 2001, I, 3098; Cass. 03 marzo 1995, n. 2463, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2093. Cass., 01 agosto 1995, n. 8390, in *Foro it. rep.*, 1995, voce *istruzione pubblica*, n. 110), la dottrina aveva sottolineato che un'interpretazione così estensiva fosse fuori dalla sistematica codicistica in quanto provocherebbe uno scambio del tutto ingiustificato di ruoli tra norme: col risultato che una norma speciale, quale l'art. 2048 c.c., diventerebbe una norma generale, estendendo indiscriminatamente l'agevolazione probatoria.

⁵⁶ Cfr. Cass., sez. un., 27 giugno 2002, n. 9346, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2635. Cfr. i commenti di DI CIOMMO, *La responsabilità contrattuale della scuola (pubblica) per il danno che il minore procura a sé: verso il ridimensionamento dell'art. 2048 c.c.*, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2635; MOROZZO DELLA ROCCA, *Le sezioni unite sul danno cagionato al minore da se stesso*, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 1293; FACCI, *Minore autolesionista, responsabilità del precettore e contatto sociale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 1022; LANOTTE, *Condotta autolesiva dell'allievo: non risponde l'insegnante*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 51; BARBANERA, *In tema di responsabilità degli insegnanti statali*, in *NGCC*, 2003, I, p. 273 ss

⁵⁷ Cass. 18 novembre 2005, n. 24456, in *foro it. on-line*. L'orientamento è stato anche recentemente confermato da Cass., 26 aprile 2010, n. 9906, in *La resp. civile*, 2010, XII, p. 844.

minori loro affidati, saranno tenuti a provare solamente che l'evento dannoso si è verificato nel corso dell'orario scolastico.

E' opportuna l'osservazione che tale dovere di sorveglianza non è da considerarsi assoluto; piuttosto, deve essere valutato relativamente, in base all'età ed al grado di maturazione del sorvegliato⁵⁸.

Anche in questa ipotesi, come nella precedente, ci troviamo di fronte ad un caso in cui -seguendo la logica della fattispecie- tale danno dovrebbe essere risarcito secondo le regole della responsabilità aquiliana. Infatti, se pur esiste un contratto tra allievo ed istituto scolastico, questo non sussiste tra allievo ed insegnante.

Tuttavia, osta alla configurabilità di una responsabilità extracontrattuale il rilievo che tra precettore ed allievo si instaura pur sempre, per contatto sociale, un rapporto giuridico i cui doveri nascenti non sono solo istruire ed educare, ma anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza rivolto non *erga omnes* ma nei confronti dell'allievo con cui il precettore è entrato *in contatto*.

2.5. La responsabilità della banca per pagamento di un assegno a soggetto non legittimato

La struttura della responsabilità da contatto sociale non è stata utilizzata solamente per la tutela di un danno biologico alla persona ma è altresì riferibile alla riparazione di un pregiudizio patrimoniale.

È il caso della responsabilità della banca che, in violazione dell'art. 43 del R.D. 21 dicembre 1933, n. 1736 (c.d. *legge assegni*)⁵⁹, paghi a soggetto non legittimato⁶⁰.

Secondo la norma richiamata, sia l'assegno bancario che l'assegno circolare⁶¹ possono essere emessi con la clausola "non trasferibile". Mediante l'apposizione di questa clausola l'assegno potrà essere pagato esclusivamente al prenditore o accreditato nel suo conto corrente. Per converso, esso non potrà neppure essere girato, se non ad un banchiere per l'incasso.

⁵⁸ In ordine, poi, alla responsabilità degli insegnanti di scuole statali, la l. 11.7.1980, n. 312, art. 61, 2° co. - nel prevedere la sostituzione dell'Amministrazione, salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, nelle responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi - esclude in radice la possibilità che gli insegnanti statali siano direttamente convenuti da terzi nelle azioni di risarcimento danni da culpa in vigilando, quale che sia il titolo - contrattuale o extracontrattuale - dell'azione.

⁵⁹ **Art. 43.** L'assegno bancario emesso con la clausola "non trasferibile" non può essere pagato se non al prenditore o, a richiesta di costui, accreditato nel suo conto corrente. Questi non può girare l'assegno se non ad un banchiere, per l'incasso, il quale non può ulteriormente girarlo. Le girate apposte nonostante il divieto si hanno per non scritte. La cancellazione della clausola si ha per non avvenuta.

Colui che paga un assegno non trasferibile a persona diversa dal prenditore o dal banchiere giratario per l'incasso risponde del pagamento.

La clausola "non trasferibile" deve essere apposta anche dal banchiere su richiesta del cliente.

La stessa clausola può essere apposta da un girante con i medesimi effetti.

Le disposizioni del presente articolo si applicano soltanto agli assegni pagabili nel territorio della Repubblica o nei territori soggetti alla sovranità italiana

⁶⁰ In dottrina cfr. G. COTTINO, *Notarelle su un tema controverso: l'art. 43 legge assegni*, in *Riv. dir. impr.*, 2005, 3 ss.; L. LAMBO, *Appunti sulla responsabilità della banca per il pagamento di assegno non trasferibile al falso legittimato*, in *Foro it.*, 1999, I, 800; A. PATRONI GRIFFI, *Banca emittente, banca girataria e richiedente nel pagamento dell'assegno circolare "non trasferibile" al non legittimato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1980, I, 358.

⁶¹ L'art. 43 è applicabile anche all'assegno circolare in base all'art. 86 della medesima *legge assegni*.

In questo modo, vietando in pratica la circolazione dell'assegno, la clausola riesce a tutelare adeguatamente sia il beneficiario contro i rischi che possono derivare dallo smarrimento o dalla sottrazione del titolo, sia il traente sulla sicurezza del pagamento. Ne è così risultata, proprio per queste rigorose ed efficaci garanzie, una grande diffusione pratica di questa clausola nell'utilizzazione dei titoli di credito.

In questo panorama, la giurisprudenza si è trovata ad affrontare la questione sulla natura della responsabilità della banca che paghi l'importo indicato nell'assegno a soggetto non legittimato.

In particolare, il problema della responsabilità per aver erroneamente pagato un assegno non trasferibile si pone frequentemente a carico della banca girataria per l'incasso: di prassi è proprio un istituto bancario estraneo al rapporto tra traente, banca trattaria e prenditore, anziché la stessa banca trattaria ad effettuare la concreta negoziazione del titolo.

Su questo tema si riscontrava un contrasto in giurisprudenza⁶², la quale si era divisa in tre orientamenti contrastanti.

Secondo un primo orientamento, maggioritario⁶³, il caso configurava un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale; secondo un diverso orientamento, minoritario⁶⁴, bisognava parlare, invece, di responsabilità aquiliana; secondo un altro orientamento ancora trattavasi di responsabilità derivante dalla violazione di un'obbligazione ex lege⁶⁵.

Sul punto sono intervenute le Sezioni unite della Cassazione⁶⁶. Queste precisano che la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale risiede essenzialmente nella circostanza che la seconda “*consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui*”. Diversamente, la prima “*presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un altro soggetto*”⁶⁷.

Muovendo da tale assunto, ne deriva che la responsabilità contrattuale non sorge esclusivamente quando rimanga inadempita la prestazione oggetto del contratto; bensì anche ogni volta che si verifichi “*l'inesatto inadempimento di un'obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte*”.

Ebbene, l'art. 43 della *legge assegni* postula uno specifico obbligo operante nei confronti di tutti i soggetti nel cui interesse le regole sono dettate. Più concretamente, tale obbligo opera nei confronti di tutti i soggetti che entrano in contatto con la banca e che sulla sua professionalità fanno affidamento. Da ciò nasce il *contatto sociale* e l'applicazione della disciplina sulla responsabilità contrattuale.

⁶² Per una panoramica generale sui singoli orientamenti giurisprudenziali cfr. A. P. BENEDETTI, *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale*, in *La resp. civile*, 2008, p. 165

⁶³ Di recente v. Cass. 12 dicembre 2005, n. 27378 e Cass. 1 dicembre 2005, n. 26210, in *Foro it.*, 2007, I, 255, con nota di D. SABBATINI; Cass. sez. un. 20 novembre 1992, n. 12388, in *Banca borsa tit. cred.*, 1994, II, 10

⁶⁴ Cass. 16 novembre 2001, n. 14359, in *Dir. fall.*, 2002, II, 404, con nota di A. ZIZANOVICH. Tra le non molte decisioni in questo senso si veda anche Cass. 11 ottobre 1978, n. 4525, in *Resp. civ. prev.*, 1979, 326.

⁶⁵ Cass. 6 ottobre 2005, n. 19512, in *Foro it.*, 2006, I, 1091, con nota di D. SABBATINI; Cass. 25 agosto 2006, n. 18543, in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 285, con nota di R. LUPOLI.

⁶⁶ Sul punto sono intervenute le Sezioni unite della Cassazione, Cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Danno e resp.*, 2008, p. 160.

⁶⁷ Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712, cit.

L'analogia tra la responsabilità medica e la responsabilità per indebito pagamento di assegni non trasferibili è correttamente invocata dai Supremi giudici. Infatti, nella responsabilità del medico dipendente da struttura sanitaria, è con quest'ultima che il paziente intrattiene il rapporto contrattuale, mentre il solo *contatto sociale* fa sorgere la responsabilità del medico negligente. Parimenti, nell'ambito bancario il contratto intercorre tra il traente e la banca trattaria od emittente.

Invece, nessun contratto lega il vero beneficiario alla banca trattaria, ovvero il traente degli assegni bancari alla banca negoziatrice. Tuttavia, l'operatore economico ripone il proprio affidamento circa il puntuale espletamento del servizio bancario e sul banchiere grava "*un obbligo professionale*", "*preesistente, specifico e volontariamente assunto*", dalla cui violazione deriva quindi una responsabilità contrattuale da contatto sociale.

2.6. Mediazione tipica.

Una recente pronuncia della Cassazione ha introdotto la figura della responsabilità da contatto sociale anche nell'ipotesi della mediazione tipica di cui all'art. 1754 c.c.

Ai sensi di tale norma è mediatore il soggetto che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, *senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*⁶⁸.

La circostanza che il mediatore agisca senza che vi sia un legame di tipo contrattuale tra lui e le parti che mette in relazione, ha posto l'interrogativo sulla natura della responsabilità nel caso in cui costui violi alcuni doveri specifici a lui imposti.

Anche in questa ipotesi si è fatto ricorso alla responsabilità da contatto sociale.

Facendo sempre riferimento ad un caso concreto, la Cassazione si è recentemente pronunciata in una fattispecie di omessa informazione da parte del mediatore in ordine alla proprietà di un bene immobile⁶⁹: al momento della stipula del rogito notarile, risultava che l'immobile in questione fosse intestato per 1/8 ad una donna deceduta da anni e della quale non erano reperibili gli eredi. Tale informazione non era mai stata data alla acquirente interessata all'acquisto.

Pertanto, l'acquirente rinunciò ad acquistare la proprietà per intero, ottenendo la restituzione della caparra versata, e chiedendo al mediatore il rimborso della provvigione, oltre al risarcimento dei danni.

La domanda trovava fondamento nella violazione del dovere di informare del mediatore indicato nell'art. 1759 c.c.. In base a tale norma il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note, relative alla valutazione ed alla sicurezza dell'affare, che possono influire sulla conclusione di esso.

⁶⁸ Qualora, invece, il mediatore agisse su incarico delle parti ci troveremmo innanzi ad un'ipotesi di mediazione atipica la quale costituisce in realtà un mandato. Sulla distinzione tra mediazione e mandato cfr. Cass. 24333/2008.

⁶⁹ Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Contratti*, 2009, 1085, n. TOSCHI VESPASIANI; *Resp. civ.*, 2009, 2281, n. SESTI; *Giur. it.*, 2010, 1065 (m), n. VITELLI; *Danno e resp.*, 2010, 264, n. MASTRORILLI; *Giur. it.*, 2010, 61, n. BAZZO; *Giur. it.*, 2010, 816 (m), n. CHIARINI; *Obbligazioni e contratti*, 2010, 755, n. MEZZANOTTE.

Secondo la Cassazione, tra queste informazioni vi rientrano necessariamente anche quelle sulla eventuale contitolarità del diritto di proprietà⁷⁰.

Per arrivare a tale affermazione, la Cassazione affronta preliminarmente il tema della natura della responsabilità del mediatore tipico.

L'art. 1754 c.c. poco sopra ricordato nel descrivere l'attività del mediatore pone in rilievo tre aspetti: a) l'attività di mediazione prescinde da un sottostante obbligo a carico del mediatore stesso, perché posta in essere in mancanza di un apposito titolo (costituente rapporto subordinato o collaborativo); b) "la messa in relazione" delle parti ai fini della conclusione di un affare è dunque qualificabile come di tipo non negoziale ma comunque giuridica; c) detta attività si collega al disposto di cui all'art. 1173 c.c., in tema di fonti delle obbligazioni, e, specificamente, al derivare queste ultime, oltre che da contratto, da fatto illecito, o da "ogni altro atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico".

Pertanto, nonostante la responsabilità del mediatore tipico *prima facie* possa sembrare di tipo extracontrattuale -stante la mancanza di un rapporto alla base tra le parti, risulta preferibile il richiamo alla figura del *contatto sociale*.

Tale situazione -prosegue la Cassazione- è riscontrabile nei confronti dell'operatore di una professione sottoposta a specifici requisiti formali ed abilitativi.

Il richiamo è evidentemente alla disciplina dettata dalla l. n. 39 del 1989 la quale ha subordinato l'esercizio dell'attività di mediazione all'iscrizione in un apposito ruolo, in presenza di determinati requisiti di cultura e competenza (art. 2).

Con tale legge il mediatore viene investito di una professionalità che impone una valutazione della condotta esigibile da parte della persona che con lui viene in contatto, improntata al criterio di diligenza professionale di cui all'art. 1176, co. 2, c.c.

Pertanto, in virtù del contatto sociale che si crea tra il mediatore e le parti, in una eventuale controversia è il primo a dover "dimostrare di aver fatto tutto il possibile nell'adempimento degli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico (mentre spetta alle seconde fornire prova esclusivamente dell'avvenuto contatto ai fini della conclusione dell'affare)" ed "il termine di prescrizione per far valere in giudizio detta responsabilità del mediatore è quello ordinario decennale"⁷¹.

2.7. La responsabilità dell'ex datore di lavoro nei confronti dell'ex dipendente

Nel 2011 la Cassazione ha esteso il novero delle ipotesi di responsabilità da contatto sociale, facendovi rientrare anche la responsabilità dell'ex datore di lavoro per informazioni inesatte⁷².

Nel caso concreto, per poter conseguire la pensione, l'attore si era determinato a rassegnare le dimissioni dal nuovo impiego sulla base di errate informazioni rilasciategli dal precedente datore di lavoro⁷³.

⁷⁰ Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, cit. Per un filone giurisprudenziale in senso diametralmente opposto cfr. Cass., 7 luglio 2009, n. 15926.

⁷¹ Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, cit.

⁷² Cfr. Cass., 21 luglio 2011, n. 15992

⁷³ Con riferimento al rapporto causale tra le erronee informazioni e le dimissioni, "secondo la regola *l'id quod plerumque accidit*, non può dubitarsi del nesso causale tra quanto affermato dal Comune

Secondo la Cassazione, “rileva quella responsabilità che giurisprudenza e dottrina qualificano da *contatto sociale*, venendo in rilievo una richiesta di informazioni che, in quanto rivolta da un ex dipendente ad un ex datore di lavoro, si connota per una vicinanza qualificata giuridicamente da obblighi e aspettative che trovano la loro origine nel pregresso vincolo contrattuale.”

Come nelle ipotesi precedentemente esaminate, è fuori questione che anche qui manchi un vincolo contrattuale, essendo questo già cessato da molti anni.

Tuttavia, al fine di non ricadere nella responsabilità aquiliana, bisogna valutare come si strutturi il *contatto* e se questo sia *qualificato*.

La sentenza muove da una considerazione di carattere generale che mette in luce il tratto maggiormente significativo dell'istituto, la fonte da cui origina l'obbligazione: *“fonte della prestazione risarcitoria non è nè la violazione del principio del neminem ledere, nè l'inadempimento della prestazione contrattualmente assunta, ma la lesione di obblighi di protezione, di comportamento, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi esposti a pericolo in occasione del contatto stesso. Il rapporto che scaturisce dal "contatto" è ricondotto allo schema della obbligazione da contratto.”*

Sulla base di questa premessa⁷⁴, il ragionamento si sposta all'esame del caso concreto.

Secondo la Cassazione, il contatto “trova il proprio fondamento nel pregresso rapporto contrattuale ed è a tutela dell'affidamento che l'ex dipendente ripone nell'ex datore di lavoro, quale detentore qualificato delle informazioni relative ad un rapporto contrattuale ormai concluso, in un contesto che ha sullo sfondo la tutela costituzionale apprestata al lavoro (art. 35 Cost.)”.

Vale a dire, il contatto tra le parti è generato dal precedente vincolo contrattuale e si perfeziona nel momento in cui il vecchio dipendente si rivolge all'ex datore di lavoro per conseguire informazioni inerenti il loro precedente rapporto.

Però, per giustificare l'affidamento che il richiedente ripone sulla correttezza delle informazioni fornite⁷⁵, è necessario che il contatto sia *qualificato*. Da qui la singolarità della fattispecie.

Parafrasando la motivazione, il contatto si instaura con il detentore qualificato delle informazioni relative allo svolgimento di un determinato rapporto lavorativo, persona che, di fatto, coincide con il datore di lavoro, a prescindere che il rapporto sia o meno in corso.

Questo comporta che l'affidamento riposto dal dipendente si fonda sul loro precedente rapporto lavorativo, e quindi sul contratto ormai cessato, e non sullo

nel certificato e il conseguente comportamento del S. che, facendo affidamento sulla pensione anticipata in presenza di un periodo contributivo di otto anni presso il Comune, presentò le dimissioni dall'ENASARCO. Nè può ipotizzarsi una concorrenza causale del danneggiato, non rilevando, alla luce del consolidato criterio della cosiddetta causalità adeguata - secondo il quale, all'interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiono, secondo una valutazione ex ante, del tutto inverosimili - l'omessa richiesta di verifica all'INPDAP. Infatti, sarebbe inverosimile ipotizzare che, in presenza di un certificato proveniente dal proprio (ex nella specie) datore di lavoro il comportamento dell'uomo medio, avrebbe potuto essere più accorto e richiedere la verifica.”

⁷⁴ È significativo notare come nelle ipotesi viste in precedenza, ad eccezione di Cass., 22 gennaio 1999, n. 589 ove l'istituto fa la sua prima comparsa, manchi una premessa sistematica simile. Probabilmente, stanti i tratti peculiari della fattispecie, la funzione è dimostrare continuità.

⁷⁵ E la conseguente violazione da cui scaturisce la responsabilità.

svolgimento da parte del datore di lavoro di una professione protetta per cui è necessaria una particolare abilitazione da parte dello Stato.

Rispetto alle precedenti ipotesi, il caso non configura un'anomalia se si è disposti ad accettare che la caratteristica di operatore qualificato possa essere attribuita tanto dalla legge a seguito di un'abilitazione quanto da un rapporto contrattuale estinto.

Naturalmente, accettare questa posizione comporta come conseguenza la possibilità che l'ambito di operatività dell'istituto possa essere ampliato verso nuove aree, ancora inesplorate.

2.8. Ulteriori ipotesi.

Il panorama di indagine si estende ulteriormente, prendendo in considerazione le professioni legali.

Cass. 23 ottobre 2002, n. 14934⁷⁶ -pur non applicandola alla fattispecie concreta- in linea di principio, configura la responsabilità da contatto sociale anche per i notai in un caso riguardante la cancellazione delle ipoteche. Afferma, infatti, che l'attività professionale del notaio rientra tra quelle protette, creando un affidamento nel soggetto che riceve la prestazione.

Anche per l'avvocato è stato affermato che, nonostante l'attività concretamente svolta non attenga all'esercizio forense⁷⁷, *“appare, infatti, coerente con le esigenze di tutela del prestigio dell'ordine professionale che siano osservate le norme di deontologia nei rapporti in genere, anche da contatto sociale, nei quali l'avvocato, in ragione della spendita di tale sua qualità, ottenga fiducia ed ingeneri affidamento nel terzo”*⁷⁸.

A completare il panorama della giurisprudenza della Cassazione, residuano due ulteriori ipotesi che potremmo definire *improprie*, nel senso che viene utilizzata tale locuzione in termini strettamente sociologici: l'avvicinamento tra le due parti si forma per contatto sociale il quale, a differenza delle ipotesi prima esaminate, trova il suo epilogo e concretizzazione in un vero e proprio accordo. Ad esempio, è il caso del contratto di parcheggio in cui *“ il vincolo contrattuale si realizza attraverso il contatto sociale, giacché all'offerta della prestazione di parcheggio corrisponde l'accettazione dell'utente, manifestata attraverso l'immissione dell'auto nell'area messa a disposizione”*⁷⁹.

Lungo la stessa direttiva si muove anche Cass. 30 luglio 2003, n. 11704, in tema di diritto del lavoro. *“Il credito del lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro, volto al risarcimento del danno biologico e morale, derivatigli in occasione di un infortunio sul lavoro, non ha natura giuridica di credito di lavoro, trovando nel rapporto di lavoro soltanto l'occasione di un contatto sociale che ha determinato la sua insorgenza, ma ha natura di credito risarcitorio”*⁸⁰.

⁷⁶ Cass., 23 ottobre 2002, n. 14934, in NGCC, 2004, p. 112

⁷⁷ Il caso riguardava la consegna di una somma ingente di denaro ad un avvocato destinata all'investimento nel mercato americano, la quale, invece, veniva utilizzata per scopi personali.

⁷⁸ Cass., sez. un., 23 marzo 2005, n. 6216, in *foro it. on-line*

⁷⁹ Cass. 26 febbraio 2004, n. 3863, in *Resp. civ. e prev.*, 2004, p. 717

⁸⁰ Cass. 30-07-2003, n. 11704, in *Notiz. Giur. lav.*, 2004, p. 170

2.9. Profili sistematici della responsabilità da contatto sociale

Dall'esame delle fattispecie appena indicate si può trarre qualche considerazione di carattere generale.

L'art. 1173 c.c. individua tra le fonti dell'obbligazione, oltre al contratto ed al fatto illecito, anche ogni altro atto o fatto idonee a produrle in conformità all'ordinamento giuridico.

Pertanto, se fonte dell'obbligazione può anche essere un fatto, il problema che si pone nello studio della responsabilità da contatto sociale è attribuire una valenza giuridica ad un fatto o, meglio, ad una relazione di fatto.

Ciò che emerge dalla disamina dei casi esaminati è l'esistenza di uno specifico rapporto tra le parti che sebbene non abbia la stessa forza di un contratto è idoneo a fondare un vincolo di natura giuridica.

La giuridicità di tale vincolo è data dal *legittimo affidamento* che un soggetto ripone nell'attività di un altro soggetto che svolge una *professione qualificata*.

Due, quindi, sono i presupposti idonei ad attribuire valenza giuridica ad una relazione di fatto e, al contempo, idonei a configurare una responsabilità contrattuale da contatto sociale: da una parte lo svolgimento di una professione qualificata per la quale è richiesta una specifica abilitazione; dall'altra, il legittimo affidamento che un soggetto ripone nei confronti di chi svolge tale professione.

Coordinando i due concetti tra loro, nell'ambito della relazione di fatto che si instaura tra le parti, è opportuno rilevare che i destinatari dei doveri derivanti da una professione qualificata non sono soggetti indeterminati; bensì, un determinato individuo -il singolo paziente, il singolo alunno, il singolo prenditore, il singolo acquirente- che, proprio perché entra in relazione con un soggetto che per compiere una determinata attività ha avuto una specifica abilitazione statale, su questo ripone un legittimo affidamento sul corretto svolgimento dell'attività per cui è stato abilitato.

Pertanto, questi due caratteri fanno assumere una dimensione giuridica al rapporto, il quale è in grado di produrre obbligazioni ai sensi della terza parte dell'art. 1173 c.c. La relazione che a questo punto si crea è molto più prossima ad una relazione di stampo contrattuale -la cui pretesa è fatta valere nell'ambito del rapporto di fatto- anziché extracontrattuale (che impone un dovere *erga omnes* di *neminem laedere*).

In questi termini, si può ricostruire la responsabilità contrattuale da contatto sociale.

Tentando una definizione, *il contatto sociale è un rimedio che trova la propria fonte nell'art. 1173 c.c. e genera responsabilità di natura contrattuale; è volto a tutelare un interesse giuridico del soggetto che ha subito un danno e si fonda su due presupposti: un contatto sociale qualificato e la lesione dell'affidamento che il soggetto ripone in chi svolge una professione per cui è richiesta una particolare abilitazione*".

Si badi, tale ricostruzione non è scevra da perplessità.

Prima fra tutte, la categoria mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte -individuata secondo lo schema dell'art. 1173 c.c.- e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione pur se il fatto generatore non è il contratto.

In secondo luogo, sorge l'interrogativo sui limiti cui sottoporre la responsabilità da contatto sociale. Nello specifico, cosa si intenda con l'espressione "contatto sociale qualificato" e quale significato debba essere riconosciuto al termine.

Quando tale figura ha fatto il suo ingresso nella realtà giuridica, l'aggettivo si identificava con l'esercizio di una professione protetta, quale il medico o l'insegnante e successivamente, si è estesa anche in capo all'avvocato per attribuzioni di responsabilità differenti rispetto all'attività per cui è stata ottenuta l'abilitazione; fino ad arrivare anche alle ipotesi di contratto di parcheggio.

Pertanto, ci si chiede se, allo stato attuale, sia sufficiente un mero contatto sociale affinché derivi la responsabilità *ex contractu*, oppure si voglia qualcosa in più. La questione è di natura esegetica: letteralmente, si tratta di "tirare fuori da" *qualificato* un significato coerente con la *ratio* che informa l'istituto di origine giurisprudenziale.

Tuttavia, nonostante queste problematiche siano allo stato ancora aperte, meritano di essere portati all'attenzione anche gli effetti favorevoli che scaturiscono da tale ricostruzione.

Attraverso il contatto sociale, danni che tradizionalmente rientravano nell'alveo della responsabilità aquiliana vengono trahettati in ambito contrattuale: secondo il pensiero tradizionale, il rischio è ingenerare confusione. Diversamente, mutando prospettiva, l'istituto giurisprudenziale in esame si delinea quale sintomo di una più generale rivoluzione intellettuale che si sta diffondendo in tutta Europa. Si abbandona la logica della fattispecie e si individua un nuovo punto di messa a fuoco del diritto: la lesione di un interesse protetto al quale l'ordinamento deve offrire la tutela più efficiente⁸¹.

3. La responsabilità extracontrattuale a protezione del contratto, delle relazioni familiari e del mercato. Ammissibilità e limiti.

3.1. La violazione del contratto da parte dei terzi.

La responsabilità per violazione da parte di un terzo di situazioni soggettive costituite per effetto di un contratto o di un'attività negoziale è una tipica ipotesi di illecito di creazione giurisprudenziale che riveste interesse per vari motivi⁸².

Fino agli anni '70 si escludeva che il primo acquirente che non aveva trascritto potesse pretendere un risarcimento dal secondo che aveva trascritto in mala fede traendo argomento dall'art. 2644. La norma, si osservava, attribuisce tutela al secondo acquirente, prevede l'inefficacia della prima vendita non trascritta, attribuisce legittimità al secondo atto e non riconosce effetti giuridici alla conoscenza della prima vendita. Sicché non potrebbe ipotizzarsi un danno ingiusto perché la trascrizione dell'atto non è che l'esercizio di un diritto da parte del

⁸¹ Sul punto cfr. Cfr. il volume di G. VETTORI (a cura di), *Remedies in contract. The common rules for a european law*, Padova, 2008.

⁸² V. G. PONZANELLI, *Il tort of interference nei rapporti contrattuali: le esperienze nordamericana e italiana a confronto*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 69 ss.; D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 126 ss.; G. VETTORI, *La violazione del contratto*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa e Bessone, 1987, p. 308 ss.; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile, op. cit.*, p. 108 ss.; e da ultimo P.G. MONATERI, *La responsabilità civile, op. cit.*, p. 621 ss.

secondo acquirente ed il danno non deriva dal compimento del secondo atto, ma dalla trascrizione del primo che è consentita dalla legge ⁸³.

La revisione di questa impostazione scaturisce dalla volontà di non lasciare senza sanzione «l'innegabile violazione della correttezza da parte del secondo acquirente in malafede» ed è scandita dall'affermarsi di alcune consapevolezza. Si osserva anzitutto che non esiste un diritto a servirsi incondizionatamente della trascrizione la quale mira alla protezione dell'interesse generale alla sicurezza della circolazione. Di tal che non si può separare nella condotta del secondo acquirente il fatto della trascrizione dalla stipulazione del suo atto di acquisto e non si può trascurare che il terzo comincia a porre in essere una condotta dannosa con la conclusione del secondo acquisto. Senza contare che il primo trasferimento produce effetti reali od obbligatori che il secondo acquirente non può, comunque, violare⁸⁴.

Individuata la fattispecie la sua espansione è stata amplissima. La responsabilità del terzo è stata riconosciuta in presenza di una doppia concessione di un diritto personale di godimento, per la violazione del preliminare di vendita e di una prelazione legale o volontaria, nell'ipotesi dello storno e del patto di esclusiva o di segretezza, in molte ipotesi di lesione della libertà positiva o negativa di contrarre ⁸⁵. Non sono mancati eccessi che inducono a riflettere sull'evoluzione o involuzione della nozione di danno ingiusto, come l'ipotesi di complicità o induzione a commettere adulterio che consente di affermare la responsabilità dell'amante di una donna coniugata senza alcuna prova del danno arrecato e del nesso causale dell'attività amorosa ad arrecarlo ⁸⁶.

La fattispecie è stata valutata sotto diversi profili e sono diverse le possibili ricostruzioni.

a) Alcuno ha trovato contraddittoria la necessaria presenza di un inadempimento come fattispecie della responsabilità con la natura extracontrattuale dell'illecito del terzo. Il ragionamento segue i seguenti passaggi. Il comportamento del terzo complice diviene rilevante unicamente in concorso con quello del debitore e comunque mai senza che il debitore non adempia. L'unico modo per dare ad esso una forma giuridica è di iscriverlo nel cerchio della relazione obbligatoria. La inattuazione del rapporto è dovuta all'inadempimento del debitore, sicché è questo fatto la fonte della responsabilità. Risponde dell'inadempimento non soltanto il debitore ma l'eventuale terzo che concorra con il debitore nell'illecito. Tutto ciò comporta il superamento di una visione dell'obbligazione come rapporto a struttura semplice ed il suo ampliamento da punto di vista oggettivo. Nel nostro caso si rileva che l'art. 2644 dispone in modo inequivoco in ordine all'irrelevanza del comportamento del terzo che per primo trascrive e ne segue che solo l'intenzione

⁸³ G. VETTORI, *La violazione del contratto*, op. cit., p. 311.

⁸⁴ Cass. 8 gennaio 1982, n. 76, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Trascrizione*, n. 24. La tendenza è stata successivamente confermata anche da Cass., 15 giugno 1988, n. 4090, in *Foro it.*, 1989, I, p. 307; Cass., 18 agosto 1990, n. 8403, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2473; Cass., 17 dicembre 1991, n. 13573, in *Rep. Foro it.*, *Trascrizione*, n. 27; Cass., 13 gennaio 1995, n. 383, in *Corr. giur.*, 1995, p. 601; Cass., 9 gennaio 1997, n. 99, in *NGCC*, 1998, I, p. 343; Cass., 25 ottobre 2004, n. 20721, in *NGCC*, 2005, I, p. 631. Per approfondimenti sulla fattispecie v. A. VENTURELLI, *La responsabilità del secondo acquirente nella doppia alienazione immobiliare*, in *Resp. civ.*, 2006, 11, p. 870.

⁸⁵ V. per una ampia disamina di queste fattispecie la Rassegna di T. GUALANO, in questo *Quaderno*, p. 56 ss.

⁸⁶ V. P. CENDON, *Non desiderare la donna d'altri*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 607 ss.

prava di nuocere (e non la mala fede) può consentire di affermare una responsabilità⁸⁷.

Tale ricostruzione suscita dubbi sotto vari profili. Una responsabilità *ex contractu* per un soggetto estraneo al rapporto può suscitare perplessità. D'altra parte l'ampliamento del rapporto obbligatorio e la individuazione di doveri di protezione non sono elementi recepiti con sicurezza nel nostro ordinamento. Infine occorre precisare che l'art. 2644 non esaurisce ogni valutazione ma prevede l'efficacia dell'atto trascritto e non esclude un giudizio di responsabilità per l'autore dell'atto.

b) Una seconda teoria riconosce una responsabilità extracontrattuale del terzo ma nella sola ipotesi di partecipazione dolosa, con una motivazione che si basa su di una razionalità metapositiva⁸⁸. Il ragionamento si basa su di un'analisi dei costi e dei benefici che permette di stabilire il modo in cui debbono essere sopportate le conseguenze di azioni dannose nel nostro caso. Si osserva che la valutazione di illiceità non può svolgersi al di fuori di un interesse generale. La libera circolazione dei beni è un valore generale sicché non si possono ammettere soluzioni capaci di intralciarla anziché favorirla. È evidente che si fa uso nel ricostruire la formula danno ingiusto di un'interpretazione orientata alle conseguenze che è del tutto legittima in astratto. In una società che non si riconosce in un sistema di valori stabili e coerenti non è facile giustificare oggettivamente la prevalenza di una od un'altra valutazione. Occorre allora ridurre la questione dei valori alle conseguenze sociali delle scelte esaminando le quali è più agevole il controllo di razionalità⁸⁹.

Tale procedere ha un limite nella considerazione che l'analisi economica è un metodo di ricerca di soluzioni possibili, amplia la possibilità di decisione ma non è un criterio di verifica delle soluzioni, non foss'altro perché l'economicità non è l'unico parametro di valutazione. La verifica va eseguita in base ad bilanciamento fra principi e diritti fondamentali riconosciuti e garantiti nel sistema. E se così è si deve concludere che la sicurezza della circolazione non è l'unico principio guida nella materia dato che lo stesso Trattato di Roma consente limitazioni alla libera circolazione delle merci per ragioni di moralità pubblica⁹⁰.

c) La soluzione adottata nella giurisprudenza prevalente è ancora diversa. Si afferma la responsabilità contrattuale dell'alienante che dispone due volte, la responsabilità extracontrattuale del secondo acquirente e si dà rilievo alla buona fede come elemento di una figura speciale di fatto illecito. Il terzo a conoscenza di un contratto si comporta *non iure* se coopera all'inadempimento e viola così la situazione da esso sorta e la buona fede integra i presupposti della fattispecie⁹¹.

La soluzione deve essere attentamente verificata, ma sembra accettabile per una serie di motivi. Non basta evocare il mito della ragione per fronteggiare la complessità della società, né si può identificare giustizia ed efficienza economica. Occorre che il riferimento valutativo dell'interprete e l'elaborazione delle informazioni tratte dall'ambiente sociale si ispiri a punti di vista e modelli giustificati nel sistema. È necessario, infine, un controllo di razionalità che verifichi i punti di

⁸⁷ Così, C. CASTRONOVO, in *La nuova responsabilità civile*, *op. cit.*, p. 117 ss.

⁸⁸ P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1976; CENDON e GAUDINO, *Il dolo*, in *La responsabilità civile*, a cura di Alpa e Bessone, *op. cit.*, p. 96; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, dir. da Mengoni, Milano 1995, p. 745.

⁸⁹ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica*, Milano, 1996, p. 86 ss., 91 ss.

⁹⁰ G. VETTORI, *op. cit.*, p. 312.

⁹¹ V. ancora la rassegna di T. GUALANO, in questo *Quaderno*, p. 56 ss.

vista valutativi e concili i principi di economicità, giustizia sociale, e libertà individuale. La soluzione giurisprudenziale sembra conciliare in particolare sicurezza e moralità della circolazione e formula pertanto un bilanciamento corretto fra i diversi principi ⁹².

3.2. La tutela aquiliana per “indebolimento della posizione contrattuale”. Il caso CIR-Fininvest.

3.2.1. Il caso

Un caso giudiziario risolto di recente dalla Corte di cassazione⁹³ ha segnato la storia finanziaria e politica degli ultimi venti anni ed ha posto all'attenzione dei giudici un problema che ha diviso il pensiero giuridico sul ruolo del contratto e dell'illecito, della fattispecie e dei conegni, della validità e della responsabilità, sì da costituire lo specchio di un tempo, dominato da una complessità sociale e giuridica, alla ricerca di un nuovo ordine negli istituti fondamentali del diritto dei privati.

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

La fattispecie è riassunta nella sentenza di legittimità. Si richiama un primo accordo (Formenton-Cir del 21 dicembre 1988) che aveva attribuito alla Cir il controllo del gruppo Mondatori e la successiva decisione della famiglia Formenton di trasferire, in violazione del patto, alla Fininvest le stesse azioni. Da ciò scaturirono varie iniziative cautelari e Cir attivò la clausola arbitrale contenuta nel primo accordo. Il Collegio accertò l'obbligo dei Formenton di stipulare il contratto definitivo, ma il lodo fu impugnato e la Corte di Appello di Roma annullò la decisione degli arbitri e con essa tutte le pattuizioni relative alle azioni. Proposto il ricorso per Cassazione le parti iniziarono trattative per comporre la lite, spinte anche dalle forze politiche del tempo. L'accordo fu raggiunto (il 29 aprile 1991) dividendo i media di proprietà della società contesa: Espresso e Repubblica alla Cir, il gruppo Mondatori alla Fininvest. Il contenuto economico di tale transazione fu riferito da Cir ricordando che Fininvest, prima del lodo, era arrivata ad offrire, come conguaglio, sino a 400 miliardi, mentre invece dopo l'annullamento di tale decisione fu Cir a dover versare alla controparte, sempre come conguaglio, la somma di 365 miliardi «in conseguenza dell'indebolimento della propria posizione contrattuale dovuto proprio a quella pronunzia giudiziale»⁹⁴. Infine la Corte di Appello di Milano accertò che un giudice della Corte di Appello di Roma era stato corrotto e lo condannò assieme ai corruttori.⁹⁵ Da qui l'azione di danni promossa da Cir ⁹⁶.

⁹² L. MENGONI, *op. cit.*, p. 85 ss.

Note:

⁹³ Cass., sez. III, 26 giugno 2013, n. 21255.

⁹⁴ Cass. 26 giugno 2013, cit. 9-10.

⁹⁵ Silvio Berlusconi fu assolto per prescrizione del reato.

⁹⁶ V. sul punto G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento di posizione negoziale*, in *Resp.civ.prev.*, 9, 2011, 1807 ss. «La transazione poneva così fine alla complessa e combattuta lite intercorsa. Successivamente venne accertato che uno dei membri della Corte di

3.2.2. La sentenza di primo grado

Il Tribunale di Milano⁹⁷ decise, nel primo grado di giudizio, che la corruzione del giudice Metta aveva influito in modo rilevante sulla sentenza di annullamento del lodo perché il fatto illecito aveva determinato un contenuto della transazione ben diverso da quello che le parti avrebbero programmato in assenza della corruzione.

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

Come si è osservato esattamente la sentenza risentiva della recente evoluzione giurisprudenziale che aveva ritenuto possibile esperire l'azione aquiliana per «proteggere una parte(contrattuale)verso l'altra» secondo lo schema ipotizzato nell'art. 1440 c.c. che lascia intatta la validità di un contratto, oggetto di un comportamento in mala fede di una parte, compensando la vittima con un risarcimento pari allo svantaggio subito per effetto del contegno illecito. È noto che l'utilizzo, in via analogica o indiretta, di tale rimedio è stato possibile allorché la Corte di cassazione ha ritenuto, in modo innovativo rispetto al passato che la responsabilità precontrattuale prevista nell'art. 1337 sia esperibile anche in presenza di un contratto già concluso e perfetto⁹⁸. Indirizzo questo⁹⁹ confermato poi da sentenze successive¹⁰⁰.

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

Appello di Roma che aveva annullato il lodo Pratis era stato corrotto. Di tale fatto, obiettivamente gravissimo, anzi abominevole, si è occupato il giudice penale che ha condannato il corrotto e il corruttore. CIR come abbiamo detto, aveva abbandonato il ricorso per cassazione nei confronti della sentenza della Corte di Appello di Roma preferendo la soluzione transattiva. Scoperta la corruzione del giudice Metta, CIR da un lato aveva evitato di coltivare la via della revocazione della sentenza della Corte di Appello romana e dall'altro aveva pure evitato di impugnare la transazione. La pietra tombale della transazione, non rimossa, presidiava dunque la “legge” che le parti si erano date. Sennonché la difesa di CIR ebbe un'idea tanto geniale quanto giuridicamente ardita di aggirare il macigno della transazione giocando la carta della responsabilità extracontrattuale».

⁹⁷ Si veda il testo in *Resp. civ. prev.*, 2010, 586 con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia e quantificazione del danno da sentenza frutto di corruzione di uno dei componenti del collegio*; ma v. anche M. FRANZONI, *La chance, il danno non patrimoniale e il caso Mondatori*, in *Cont. imp.*, 6. 2009, 1169 ss.

⁹⁸ M. FRANZONI, *op. cit.*, 1174 ss.

⁹⁹ Cass. n. 19024 del 2005.

¹⁰⁰ Cass., Sez. Un., n. 26724 del 2007 e n. 14056 del 2010.

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

Sicché «non vi è motivo di ritenere che la conclusione di un contratto valido ed efficace sia di ostacolo alla proposizione di un’azione risarcitoria fondata sulla violazione della regola posta dall’art 1337 c.c. o di obblighi più specifici riconducibili a detta disposizione, sempre che, s’intende, il danno trovi il suo fondamento (non già nell’inadempimento di un’obbligazione derivante dal contratto, ma) nella violazione di obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto»¹⁰¹. In tal caso «il titolo dell’azione risarcitoria fatta valere può fondarsi sull’art. 1440 c.c., così come sull’art. 1337 o sull’art. 2043».

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

In buona sostanza, secondo il Tribunale di Milano, «tanto l’art. 1440 quanto l’art. 1337 possono essere letti in chiave di protezione dell’esercizio dell’autonomia privata di ciascuna parte, la cui lesione costituisce un danno ingiusto ai sensi dell’art. 2043 c.c., a prescindere dalle vicende del contratto concluso e dalle regole che gli sono applicabili secondo l’art. 1321 ss. Così la parte che induce l’altra a concludere un contratto, carpendone la buona fede con raggiri causa di un pregiudizio per il *deceptus*, così come la parte che corrompe qualcuno per conseguire un risultato contrattuale che altrimenti non avrebbe ottenuto, commette un fatto illecito fonte di danno».¹⁰²

3.2.3. La sentenza della Corte di Appello di Milano.

¹⁰¹ Le tre osservazioni sono contenute nella motivazione di Cass., 29 settembre 2005, n.19024. v. sul punto le osservazioni di M. FRANZONI, *op. cit.*, 1175-1176.

¹⁰² Così M. FRANZONI, *op. cit.*, 1176. È solo il caso di ricordare che la sentenza di primo grado, una volta accertata la responsabilità, liquidò il danno sulla base dei seguenti parametri e criteri: la posizione di CIR nei confronti di Fininvest era stata indebolita dalla corruzione del giudice Metta e dalla conseguente sentenza che aveva annullato il lodo favorevole a CIR. Ciò aveva determinato la conclusione della transazione a condizioni diverse da quelle che sarebbero state sottoscritte in assenza del fatto illecito. Il danno fu stimato in Euro 284.051.294,49. Le spese di lite (per Euro 8.207.892,77) dovevano essere imputate a Fininvest. La sconfitta di CIR aveva prodotto un danno all’immagine che venne calcolato in Euro 20.658.276,00. La somma così realizzata rivalutata e con l’aggiunta degli interessi sfiorava i 900 milioni di Euro, ma il giudice ritenne di dover limitare il danno alla perdita di chance di trattare in modo libero e privo di condizionamenti illeciti e l’importo fu ridotto del 20%. A ciò si doveva aggiungere il danno non patrimoniale, da liquidare in separata sede su richiesta dell’attore, che il Tribunale ritenne dovuto per la violazione del diritto costituzionalmente garantito ad avere un giudice terzo ed imparziale (art. 24 e 111 Cost.) e la lesione dell’onore e reputazione della CIR.

La Corte di Appello di Milano con un'articolata motivazione ha respinto l'eccezione di Fininvest sull'effetto tombale della transazione conclusa il 29 aprile 1991 e ha ribadito che «il contenuto della transazione era relativo a rapporti contrattuali intercorrenti fra le parti, mentre l'oggetto del giudizio riguardava pretese di CIR aventi natura extracontrattuale basate sulla corruzione del giudice Metta». Sicché «non poteva essere condiviso il riferimento di Fininvest all'art. 1972 c.c. (transazione su titolo nullo: è nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo...), in quanto nel caso di specie non era addotta alcuna invalidità riferita ad un contratto illecito, ma si agiva ai sensi dell'art. 2043 c.c.»¹⁰³

La Corte ha precisato che «uno stesso accadimento può configurare, ad un tempo, illecito contrattuale ed extracontrattuale, addirittura con relativo concorso delle pretese»¹⁰⁴.

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

La Corte ha considerata errata la conclusione del Tribunale che aveva espresso un dubbio su quale sarebbe stata la sentenza in assenza della corruzione e aveva pertanto liquidato il danno come perdita di una *chance* di ottenere una sentenza favorevole. Ciò perché l'applicazione del criterio di accertamento del nesso causale (basato sul parametro del «più probabile che non» v. Cass. n. 2119/2007) «rendeva ampiamente provata l'esistenza di un nesso di causalità immediato, diretto e non interrotto fra la corruzione del giudice Metta e l'annullamento del lodo». Da qui la conclusione che «la corruzione ha privato CIR non tanto della *chance* di una sentenza favorevole, ma senz'altro, della sentenza favorevole, nel senso che, con «Metta non corrotto», l'impugnazione del lodo sarebbe stata respinta»¹⁰⁵.

Sempre sul nesso di causalità la Corte ha esaminato anche l'incidenza che la corruzione ebbe sulla rinuncia al ricorso per Cassazione di CIR contro la sentenza «comprata». Ciò perché la controparte aveva eccepito che la Cassazione avrebbe potuto annullare la sentenza. Si è reputato così che la rinuncia al ricorso fu conseguenza «doverosa e inevitabile della transazione» che «non poteva essere ritardata neppure per pochi mesi», stante anche le pressioni politiche che «erano diventate concretamente irresistibili».

Sulla scelta di CIR di non chiedere la revocazione della sentenza della Corte di Appello di Roma e la conseguente invalidità della transazione (ai sensi degli artt. 1972, 1973, 1974, 1975) la Corte ha osservato che «la revocazione della pronuncia della Corte di Appello non costituisce né logicamente, né giuridicamente, il presupposto necessario o una condizione di procedibilità per l'azione risarcitoria

¹⁰³ V. il testo in G. IUDICA, *op. cit.*, 1809 ss. e in www.giuffrè.it/riviste/resp.

¹⁰⁴ Si citano: Cass., Sez. Un., 2001 n. 99, Cass. 2000 n. 6356; Cass. 1995 n. 2577; Cass. 2005 n. 27713.

¹⁰⁵ G. IUDICA, *op. cit.*, 1814.

proposta da CIR» la quale ha legittimamente scelto di agire ai sensi dell'art. 2043 cc. e di richiedere «il danno da interesse positivo determinato da deteriori condizioni economiche della transazione» determinate dal fatto illecito riferibile a Fininvest. Un danno che «comunque lo si voglia descrivere nella fenomenologia degli eventi (indebolimento della posizione negoziale), non costituisce certo una inedita ipotesi di responsabilità; ci si trova viceversa dinanzi ad una lineare richiesta di risarcimento che troverà di seguito la sua quantificazione».

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

3.2.4. Le reazioni dottrinarie.

Un'autorevole nota di commento reputa errata la sentenza della Corte di Appello di Milano per una pluralità di motivi. Si lamenta che si siano trascurati gli effetti preclusivi della transazione rispetto all'azione aquiliana, si imputa di aver ricostruito in modo inesatto il nesso causale fra corruzione del giudice e collegialità della sentenza, ma soprattutto si considera inammissibile l'inedito *danno da interesse positivo determinato da indebolimento della posizione negoziale*.¹⁰⁶ Su questa ultima critica, che più interessa il nostro tema, occorre soffermarsi.

La figura si reputa peculiare per una serie di considerazioni.

La posizione indebolita (di CIR), si osserva, «non è che la posizione di forza o di debolezza di una parte nell'ambito di una trattativa conclusasi con la stipulazione di un contratto. E tanto la disciplina del contratto e della responsabilità contrattuale, quanto la disciplina della responsabilità precontrattuale, contemplano e riconoscono sì la rilevanza della “debolezza” di una parte rispetto all'altra, ma non sempre e comunque bensì entro *precisi limiti*». Basta pensare alle figure dei vizi del consenso e alla responsabilità precontrattuale che limita il danno all'interesse negativo (spese ed occasioni perdute e non l'utilità che può derivare dal contratto).

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

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

¹⁰⁶ G. IUDICA, *op. cit.*, 1819 ss.

Ne sarebbe una riprova la mancanza nella sentenza di una specifica trattazione della ingiustizia del danno in questione.

La nota termina con un fermo monito «C'è da augurarsi, per la tenuta stessa dell'ordinamento dei rapporti contrattuali, che questa decisione milanese resti un infortunio isolato e che non sia presa a modello dalla giurisprudenza a venire, sia di merito che di legittimità»¹⁰⁷.

Su tutto ciò le opinioni sono diverse.

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

Le sentenze recenti¹⁰⁸ sono sottoposte ad una critica di sistema che giustificerebbe, secondo taluni, l'intervento delle Sezioni Unite della Cassazione sui «modi di concretizzazione della clausola generale»¹⁰⁹. Secondo tale teoria l'obbligo di informazione previsto dall'art. 1337 non può oltrepassare i limiti fissati dalle fattispecie legali dell'art. 1338 e dalle norme sui vizi del volere e della rescissione. Ciò perché «la concretizzazione giudiziale del principio di cui alla clausola generale deve rimanere coerente al sistema normativo, pena la rottura della coerenza interna dell'ordinamento giuridico». Né può reputarsi rilevante, si osserva, «sul piano del rapporto che precede la conclusione di un affare, una circostanza che invece, sia sul piano del contenuto negoziale, che su quello dell'adempimento (e dunque del rapporto che segue la stipulazione del contratto) è irrilevante»¹¹⁰.

Contro tale posizione si sono formate nel tempo visioni opposte.

Taluno replica che l'art. 1337 attribuisce rilevanza a scorrettezze non considerate nelle regole di validità, secondo il parametro offerto dall'art. 1440 c.c.¹¹¹, altri giustifica l'autonomia delle due disposizioni in base alla differenza disciplinare dell'atto e dei comportamenti soggetti a regole di validità gli uni e di responsabilità gli altri, sicché una pronuncia di responsabilità per un contegno scorretto risulta compatibile con il persistere della validità del contratto che risponde a regole ed esigenze diverse.¹¹² Ma il dibattito è assai articolato¹¹³.

¹⁰⁷ G. IUDICA, *op. loc. cit.*

¹⁰⁸ Cass., n. 19024 del 2005, n. 26724 del 2007, n. 3773 del 2009, n. 14056 del 2010.

¹⁰⁹ V. E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass. 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 9, 2011, c. 1987; Id., *Teoria e prassi nel diritto italiano su fattispecie e rapporto contrattuale*, in *Contratti*, 12, 2010, 1155 ss; ed altresì G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245 ss; Id., *Buona fede in contraendo*, in *Riv. dir.civ.*, 2003, 351 ss.

¹¹⁰ E. SCODITTI, *Responsabilità precontrattuale e conclusione del contratto valido: l'area agli obblighi di informazione*, cit. 1987.

¹¹¹ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; e già F. BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 298; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, 68 e ss.

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

¹¹³ Alla sentenza della Corte di Appello, questa *Rivista* ha dedicato nel 2011 un ampio ventaglio di commenti da p. 1059 a p. 1113 con interventi di A. PALMIERI, B. TASSONE, L. VASQUES, F. DI CIOMPO, R. SIMONE, P.G. MONATERI, A. NICITA, G. LENER, A. MASTRORILLI.

La giurisprudenza di legittimità in riferimento a fattispecie emerse nel diritto dei mercati finanziari a tutela degli investitori ha adottato, come si è riferito, un orientamento “a cui intende dare continuità”. In base a tale convincimento “la violazione del dovere di comportarsi secondo buona fede nella fase anteriore alla conclusione di un qualsiasi rapporto contrattuale espone all’obbligo di risarcire i danni a prescindere dal fatto che il contratto sia poi stato concluso o meno e che la violazione del dovere di buona fede possa o meno aver inciso sulla validità stessa del contratto”¹¹⁴.

3.2.5. La sentenza della Corte di Cassazione.

La Corte di cassazione¹¹⁵ ha confermato la decisione della Corte di Appello, ad eccezione del capo relativo al danno non patrimoniale, con una articolata sentenza di cui si pongono in luce gli aspetti che più interessano la nostra indagine.

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

Si è ritenuto che non vi fosse alcuna «preclusione da giudicato conseguente alla mancata impugnazione della sentenza “corrotta” con il rimedio della revocazione», per una pluralità di motivi. In primo luogo perché con la transazione del 29 aprile

¹¹⁴ Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (est. Rordof). Si può solo ricordare per adesso che pronunciandosi su una richiesta di danni subiti dal sottoscrittore di azioni offerte in base ad un prospetto infedele al vero la Corte precisa quanto segue. Il richiamo della disciplina della responsabilità precontrattuale (ricondata per lo più nel *genus* della responsabilità aquiliana) è scarsamente utile in settori come quello in esame ove «nessuna trattativa è concepibile e l’aderente all’offerta è in grado di determinare la propria scelta contrattuale non già sulla base di un’interlocuzione diretta con la controparte, bensì unicamente alla luce delle informazioni reperibili sul mercato. Ragione per cui la disciplina di settore... già all’epoca dei fatti di causa... poneva a carico del offerente l’obbligo di predisporre un prospetto informativo redatto secondo criteri ben determinati, soggetto a controllo da parte dell’a autorità di vigilanza e destinato appunto a consentire al pubblico di compiere le proprie scelte d’investimento o disinvestimento in maniera consapevole». «Nulla vieta di ricondurre la violazione dell’obbligo di (corretta) redazione del prospetto ad una più ampia nozione di responsabilità precontrattuale, ove per ciò si intenda qualsiasi responsabilità derivante da comportamenti antigiuridici posti in essere nella fase che precede il perfezionamento di un rapporto contrattuale; ma resta il fatto che si tratta di un obbligo diverso da quello cui più specificatamente allude l’art. 1337, al cui disposto, pertanto è lecito far riferimento, in situazioni come quella in esame, solo nella misura in cui si rinviene in esso un’applicazione del generale dovere di buona fede, che senza alcun dubbio deve improntare anche il comportamento di chi propone un’offerta pubblica di vendita di strumenti finanziari sul mercato». «Ove, quindi, vi sia stata violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che 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 un’ipotesi di violazione del dovere del *neminem laedere* e, per ciò stesso, la possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito a cagione della violazione medesima secondo i principi della responsabilità aquiliana». «La responsabilità non è esclusa dal fatto che il contratto di sottoscrizione delle azioni offerte pubblicamente in vendita o in sottoscrizione sia stato comunque concluso e che, pertanto, le azioni siano state comprate o sottoscritte dal destinatario dell’offerta male informato dal prospetto non correttamente redatto». Sul punto v. ora anche Cass. 26 settembre 2013, n. 22099.

¹¹⁵ Cass. 27 giugno 2013, n. 21255.

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

La Corte respinge anche il motivo basato sulla "eccezione di transazione", con cui Fininvest ha sostenuto che esistevano mezzi di impugnazione di tale atto che non erano stati esperiti, sicché la composizione transattiva della lite copriva il dedotto e il deducibile. Nella motivazione si affronta l'interrogativo «sulla funzione della responsabilità civile nella sua moderna dimensione di rimedio generale, ed i suoi rapporti concorrenti e/o alternativi con la sfera della libertà contrattuale» e la sentenza conferma, correggendola parzialmente, la decisione della Corte di Appello. Il passaggio fondamentale è il seguente. Si reputa che nel caso di specie non «esistano ostacoli di sistema alla proposizione di un'autonoma azione di risarcimento del danno» in presenza della transazione. Per due motivi.

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

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

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

di una obsoleta concezione del contratto giustificato da un astratta funzione economico-sociale, quando invece occorre considerare lo «specifico negozio oggetto di esame in sede di giudizio»¹¹⁶. Si riconosce che oramai nel nuovo diritto dei contratti è ammessa un'azione di risarcimento del danno nella fase delle trattative

¹¹⁶ V. sulla causa concreta Cass. n. 29672 del 2008 e da ultimo V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, 4, 957 ss. v. anche M. LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2, 2009, 273 ss.

pur in presenza di un contratto valido o di un impugnativa in difetto dei presupposti concreti. Su tutto questo si deve dire qualcosa di più.

Sulla buona fede come rimedio risarcitorio la Corte richiama la dottrina e la giurisprudenza di legittimità.¹¹⁷ Affronta il tema della teoria dei vizi incompleti e le critiche mosse in dottrina ad un uso incontrollabile del rilievo giurisdizionale del difetto della libertà contrattuale, lesa da un fatto diverso da quelli tipicamente indicati nel codice civile. Fininvest aveva osservato che in tal modo sarebbe possibile un controllo del contenuto contrattuale al di là di specifiche previsioni normative in virtù della clausola generale di buona fede di difficile concretizzazione. Né sarebbe possibile utilizzare, sempre seconda tale tesi, la responsabilità aquiliana come “cerotto universale” di qualsiasi insoddisfazione equitativa” perché le ipotesi di invalidità assorbirebbero ogni valutazione diversa da quella indicata nelle diverse fattispecie. La Corte replica a tale argomentazioni aderendo ad un impostazione dottrina che reputa la responsabilità aquiliana (2043 c.c.) e pre-contrattuale (1337 c.c.) espressiva della “dimensione funzionale del rapporto” autonoma rispetto alla struttura negoziale. Come si è osservato le regole di comportamento precedono e seguono la vicenda negoziale che è arricchita nella sua più intima essenza da doveri di che trovano la loro fonte nel sistema della responsabilità contrattuale, pre-contrattuale e, se del caso, extracontrattuale. Sicché queste tutele, < pur in presenza di un contratto valido, non sono necessariamente destinate a “compensare” eventuali lacune di sistema delle regole di validità, ma appaiono funzionali a governare secondo buona fede i differenti aspetti della complessa vicenda interpersonale... operando (nella diversa e più ampia) logica del rapporto e (della complessità) della fattispecie». Un rimedio di questo tipo, secondo la Corte, non è in contrasto con le esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici per un motivo chiaro. La slealtà che «altera i presupposti della trattativa precontrattuale attraverso la commissione di un illecito penale» non può non avere conseguenze sul piano risarcitorio di natura riparatoria e compensativa. Non solo.

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

Il che significa riconoscere la «facoltà di beneficiare di strumenti idonei a garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato», in forza di “un itinerario di pensiero” indicato da precise norme. L'art. 8 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 Conv. eur. dir. umani (v. Corte di Giustizia a partire dal caso Johnston del 1986), e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Le quali tutte indicano non solo un diritto di «accesso al giudizio» ma «un diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela»¹¹⁸.

¹¹⁷ Cass., Sez. Un., 26724 e 26725 del 2007; Cass. n. 24795 del 2008, Cass. n.16937 del 2006, Cass. n. 2479 del 2007. e G. VETTORI, *La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb.cont.*, 2008, ora in ID. *Diritto dei contratti e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, 271 ss.

¹¹⁸ L'ampliamento della regola di buona fede è coerente con la responsabilità da contatto sociale riconosciuta prima come un'ipotesi affine a quella contrattuale e comunque distinta da quella extracontrattuale (Cass. 21 novembre 2011, n. 24438) e poi ricostruita in guisa di contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, caratterizzato da tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c. (Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648).

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

Da qui la Corte trae il convincimento, confermato dall'art. 30 del Codice della giustizia amministrativa¹¹⁹, che la pretesa della CIR, ricollegata alla violazione della buona fede, debba trovare tutela con un rimedio autonomo rispetto alla validità o invalidità della transazione conclusa e conferma l'inquadramento di tale azione nell'area della responsabilità aquiliana di cui si individuano, nella specie, gli elementi costitutivi¹²⁰.

3.2.6. Dal problema al sistema. Comportamenti e fattispecie.

La rilevanza del tema induce a chiedersi se la decisione sia pericolosa «per la tenuta stessa dell'ordinamento dei rapporti contrattuali»¹²¹ o se, invece, sia coerente con un ordine che si sta manifestando nella disciplina dell'illecito e del contratto.

Per motivare la mia piena adesione a questa seconda conclusione è necessario affrontare diversi aspetti. Dalla tipicità delle azioni di validità e di responsabilità, alla possibilità di un cumulo dei rimedi nel sistema nazionale e comunitario nell'ordinamento interno e comunitario, al rilievo dell'illecito (*fraus omnia corrumpit e neminem laedere*) in funzione correttiva del contratto. Iniziamo dal primo¹²².

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

La disciplina del contratto e della responsabilità precontrattuale riconoscono la rilevanza della “debolezza” di una parte entro precisi limiti e non si può identificare in tale posizione una situazione soggettiva tutelata dall'art. 2043 e 1337 perché ciò sarebbe incompatibile con la tipicità e con la *ratio* stessa dei rimedi conosciuti. Di

¹¹⁹ L'art. 30 del Codice della giustizia amministrativa, «pur esprimendo un principio di settore» ha confermato «l'indipendenza del rimedio risarcitorio rispetto a quello demolitorio».

¹²⁰ Nel modo seguente: «il dipanarsi dell'atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che cagiona ad altri (la Cir) un evento di danno (la sentenza corrotta) ingiusto (conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali) da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievoli condizioni) in costanza del doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all'evento) e giuridico (che lega l'evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell'indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale)».

¹²¹ G. IUDICA, *Efficacia della transazione e responsabilità extracontrattuale per indebolimento della posizione negoziale*, cit. 1819.

¹²² Sul punto v. ora il limpido saggio di A. DI MAJO, *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole di) procedura*, in *Eur.dir.priv.*, 2013, 3, 787 ss.; e con una visione diversa affatto A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv.dir.civ.*, 2013, 5, 1105. Sulla possibilità di mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione v. ora Cass. (ord.) del 4 luglio 2013 con cui si rimette gli atti al Primo Presidente della Corte segnalando un contrasto fra le varie sezioni della Corte.

più. Saremo in presenza di un uso disinvolto della responsabilità civile, impiegata per aggirare i limiti che il legislatore ha posto alla libertà di contrarre.

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

Si consideri intanto che il rapporto fra illecito e contratto è da sempre al centro della riflessione teorica e pratica. In Francia nell'applicare l'art. 1382 del *code civil* si ammette il cumulo delle azioni di responsabilità ogni volta che si ravvisa la violazione di un rapporto obbligatorio. Il codice tedesco condiziona la responsabilità aquiliana alla violazione di un diritto (§ 823), ma le ipotesi di violazione di una situazione soggettiva aumentano progressivamente, anche perché si riconosce (§ 826) una responsabilità in presenza di norme di protezione e la progressiva equiparazione del dolo alla *culpa lata* espande le ipotesi di applicazione. Il codice civile italiano non segue né l'una né l'altra ipotesi, ma prevede la clausola generale del danno ingiusto lasciando alla giurisprudenza la sua concretizzazione. La casistica inizia sin dagli anni sessanta. La sentenza annotata da Rodolfo Sacco¹²³, proprio nel 1960, ammetteva il concorso fra responsabilità contrattuale ed aquiliana, in un caso di informazioni inesatte fornite da un terzo. Negli anni Ottanta Francesco Galgano¹²⁴, in dialogo con la giurisprudenza del tempo, poneva in luce come la responsabilità extracontrattuale era, già allora entro certi limiti, un'azione a protezione del contratto.

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

Mi sembra agevole replicare che non esiste un condizionamento reciproco fra struttura e funzione. Questa consapevolezza risulta già chiara dagli studi di Norberto Bobbio negli anni Settanta¹²⁵, ove le due visioni del diritto sono valorizzate come interdipendenti e complementari, sicché l'interprete deve tener conto dell'una e dell'altra.

D'altra parte la dottrina civilistica aveva subito colto questa diversità. Proprio in quegli anni si prende atto che la fattispecie e la sua disciplina non possono essere definite solo in base agli effetti da cui andrebbero desunti tutti gli estremi del fatto¹²⁶, ciò per un motivo chiaro. In tal modo si tende a risolvere sul piano degli effetti un problema che può essere affrontato solo riflettendo «sulla pluralità di valutazioni che la norma sollecita nei confronti di uno stesso negozio», la cui unità si

¹²³ Corte d'Appello di Palermo, 11 giugno 1959, in *Il Foro Padano*, 1960, 1420 con nota di R. SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*. V. anche nello stesso anno P. SCHLESINGHER, *La "ingiustizia" del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, I, 336 ss.

¹²⁴ F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Con.imp.* 1985, 1 ss.; per una visione diversa C. Castronovo, *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 1989, 1, 539 ss.

¹²⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Prefazione di M.G. Losano, Roma-Bari, 2007, e in particolare il saggio (del 1969) *La funzione promozionale del diritto*, 3 ss.

¹²⁶ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 62 ss. G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, 50 ss.

frammenta «in una serie di prospettive diverse, a seconda che si consideri la formazione dell'accordo, la sua giustificazione causale, gli effetti od il suo rilievo esterno». Di più. Si è dimostrato che la sequenza di atti che disciplinano la conclusione del contratto è depurata dal piano della fattispecie dalla stesso codice civile che utilizza il criterio formale del procedimento, per quella fase essenzialmente dinamica¹²⁷. Non solo.

Assumere il contratto e l'illecito «come termini alternativi per una valutazione delle situazioni soggettive tutelate», è un errore perché si vede solo metà del fenomeno e non si colgono «tutti i profili valutativi in ordine alla precisazione di un limite alla condotta che può derivare dalla presenza di un contratto»¹²⁸. Sul punto la dogmatica ci è di aiuto in modo decisivo.

Ogni «figura di qualificazione giuridica si esaurisce logicamente in sé e non ha l'efficienza di dar luogo automaticamente a nuove conseguenze giuridiche»¹²⁹ e così nel contratto non è dato trovare gli elementi per risolvere un problema di sistemazione che è ad esso estraneo. Può accadere che una preesistente qualificazione giuridica di un atto sia la base per il sorgere di nuove conseguenze, ma in tal caso quel elemento di ordine formale precipita ad elemento di fatto. Ed è ciò che avviene nel nostro caso. «Nella valutazione delle interferenze e dei limiti alla condotta che si verificano per la presenza di un contratto questo non è che una situazione-presupposto per il sorgere di nuove ed eventuali conseguenze giuridiche, per la cui realizzazione entrano in gioco altre norme che assumono come elementi di fatto, appunto, la fattispecie e i contegni che in concreto determinano il verificarsi delle interferenze»¹³⁰.

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

«Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei contegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronuncia di responsabilità. Perché la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità»¹³¹. Questa conclusione era già stata affermata dalla cassazione nel 2007 ma è ora ribadita con estrema lucidità e con profili del tutto innovativi, condivisi da una parte della dottrina¹³².

La risarcibilità del “danno da scorrettezza” in «funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto» è stato ritenuto «compatibile con il principio di certezza e stabilità dei fatti giuridici» perché validità e responsabilità «operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione». Tale azione valuta un comportamento e il giudizio non incide sul controllo strutturale dell'atto di autonomia, ma corregge, sul piano risarcitorio¹³³, il contenuto del contratto e può

¹²⁷ G. BENEDETTI, *op. cit.*, 62.

¹²⁸ G. VETTORI, *Efficacia e opponibilità del patto di preferenza*, cit., 144.

¹²⁹ A.E. CAMMARATA, *Limiti fra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963, 390 ss. in part. 391.

¹³⁰ G. VETTORI, *op. cit.*, 145.

¹³¹ G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, cit. 275.

¹³² Mi permetto di rinviare solo per una sintesi delle varie opinioni a G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, op.cit. 252 ss., 271 ss.

¹³³ Così G. VETTORI, negli scritti del 1983, 1988 e 1999 citati alle note 19 e 20 e M. Mantovani, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; e già F. Benatti, *Culpa in contraendo*, in *Contr. impr.*, 1987, 298

essere considerato una “trappola nominalistica” o un “eclisse nella coscienza dei valori”¹³⁴ solo da chi è uso a critiche spiacevoli e affrettate. Di più.

Ho ricordato più volte¹³⁵ che secondo questo autore tale soluzione avrebbe comportato una riprovazione della giurisprudenza e del legislatore europeo così forte da giustificare anche sanzioni corporali a carico del povero studioso o giudice che l’avesse affermata. Ebbene vedremo subito che il quadro europeo è in perfetta sintonia con il nuovo rimedio.

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

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

L’art. 8.102 dei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti) e l’art. 3.102 (*cumulation of remedies*) del Charter 3 del DCFR affermano la possibilità di un cumulo dei rimedi con il solo limite della compatibilità. Gli artt. 7:216 e 7:304 del Charter 7 del DCFR prevedono la possibilità di altri rimedi in presenza di un’invalidità. La Convenzione sulla vendita internazionale di merci agli artt. 45 (obblighi del venditore) e 61 (obblighi dell’acquirente) prevedono la possibilità di cumulo fra adempimento, risoluzione e risarcimento. La Proposta di Regolamento relativo ad un diritto comune europeo della vendita, all’art. 29 (Rimedi in caso di violazione di un obbligo di informazione) prevede che il risarcimento non pregiudica l’applicazione dei rimedi previsti nell’art. 42 (recesso), 48 (dolo), e negli altri casi di annullamento o inefficacia del contratto.

La sentenza *Courage*¹³⁶ della Corte di Giustizia afferma la compatibilità fra un’azione di danni del consumatore pur in presenza di una nullità del contratto a cui lui stesso ha dato causa. Alla Corte era stato richiesto se osta con il diritto comunitario «il risarcimento di un preteso danno subito a causa dell’assoggettamento della parte ad una clausola contrattuale, in contrasto con l’art. 85 e, di conseguenza, se il diritto comunitario osti ad una norma di diritto nazionale che nega ad un soggetto il diritto di fondarsi sui propri atti illeciti per ottenere un risarcimento dei danni». La risposta è stata netta. «Qualsiasi singolo è legittimato a far valere in giudizio la violazione dell’art. 85 n. 1 del Trattato, anche qualora sia parte di un contratto che può restringere o falsare il gioco della concorrenza ai sensi di tale disposizione». «La piena efficacia dell’art. 85 del Trattato e l’effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se fosse impossibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza».

Ancora. Dagli artt. 3 e 24 della Costituzione si evince, con un sillogismo chiaro, il principio di effettività della tutela a fronte di diritti e interessi meritevoli. «Il titolare del diritto deve (poter contare) su mezzi che gli consentano di reagire alla violazione», e di reazione si può parlare solo là dove vi è proporzione tra tutela e

¹³⁴ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt.dir.civ.comm.*, Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1995, 745.

¹³⁵ V. da ultimo G. VETTORI, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, 82. La polemica spero sia terminata. Ogni cosa ha la sua fine.

¹³⁶ Corte di Giustizia 20 settembre 2001 C-453/99.

offesa arrecata. Sicché non è in armonia con l'art. 24 una tutela che si esprime in un risarcimento non pari al danno cagionato o al sacrificio subito¹³⁷.

L'art. 8 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, l'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea esprimono tutti un principio che si manifesta, non solo come «un diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale», ma come «diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela»¹³⁸.

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

3.2.8. Cumulo dei rimedi e compatibilità. La responsabilità della Pubblica amministrazione.

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

«Se l'ordinamento protegge una situazione sostanziale, in presenza di condotte che ne implicano o non ne consentano la realizzazione, non può non essere negato al suo titolare almeno il risarcimento del danno, posto che ciò costituisce la misura minima e perciò necessaria di tutela di un interesse, indipendentemente dal fatto che la protezione, assicurata dall'ordinamento in vista della sua soddisfazione, sia quella propria del diritto soggettivo o dell'interesse legittimo». Ai sensi, dunque, degli artt. 24 e 113 Cost. «spetta al loro titolare l'azione e se a questa si aggiunge altra forma di tutela, spetta al titolare della situazione protetta, in linea di principio, scegliere a quale far ricorso in vista di ottenere ristoro al pregiudizio»¹³⁹ arrecato da una condotta altrui.

L'autonomia fra azione di impugnazione e azione di danni risulta nel sistema e nel diritto civile dove si regola in più occasioni il «concorso tra le varie forme di protezione della situazione soggettiva». Nel diritto societario l'art. 2377 c.c. limita la impugnativa della delibera assembleare condizionandola al possesso di una soglia minima di partecipazione al capitale sociale, ma non impedisce il diritto al risarcimento dei danni. Nel diritto del lavoro la giurisprudenza non esclude l'azione di danni quando sia preclusa l'azione di impugnativa del licenziamento. L'art. 1440

¹³⁷ Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254.

¹³⁸ Cass. 27 giugno 2013, n. 21255.

¹³⁹ Cass. 23 dicembre 2008, n. 30254 e la nota di I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti fra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009.

del codice civile sancisce espressamente la coesistenza di un contratto valido e di un'azione di risarcimento, in presenza di un contegno illecito della controparte. Da ciò si trae la conclusione che «nei diversi settori dell'ordinamento, sia possibile chiedere il risarcimento senza aver prima ottenuto l'invalidazione dell'atto». Per un motivo chiaro: «l'atto annullabile produce provvisoriamente i propri effetti; l'atto nullo, anche se non produce effetti, lascia dietro di sé, in ogni caso, la traccia di un comportamento»¹⁴⁰ illecito che giustifica la reazione dell'ordinamento e legittima un'azione di danni.

Il ragionamento evoca il metodo e l'essenza del saggio di Jering che, alla fine dell'ottocento, fu qualificato come una vera e propria “scoperta giuridica”¹⁴¹ mossa dall'intuizione che un'adeguata tutela dei contraenti non può prescindere da una valutazione del loro comportamento nella fase antecedente la conclusione dell'accordo. La costruzione giuridica era scandita da precisi passaggi. L'autore muove dal problema se il soggetto, che è stato causa della nullità, debba risarcire il danno sofferto dall'altro per aver confidato sulla validità del contratto. Nel diritto romano non poteva essere concessa né l'*actio doli* (in assenza di una condotta dolosa) né l'*actio legis aquiliae* (che presupponeva una lesione alla persona o alle cose). La consultazione del Digesto offre al problema una soluzione. Jering trae da alcune fonti l'esperibilità di un *actio ex contractu* anche in presenza di un atto invalido (perché la cosa era extracommercio). Il motivo di ciò gli è chiara. Il contratto non determina solo un obbligo di adempimento, ma anche l'obbligo di risarcire il danno. La nullità esclude il primo effetto, ma non il secondo che permane e può essere oggetto di un autonoma *actio*. Non solo. Fondamento di tale ulteriore obbligo è la colpa e da qui il nostro autore trae la regola generale. Ogni volta che ricorra una *culpa in contraendo* sorgerà un obbligo di risarcire il danno. Tale costruzione ha avuto fortuna in ogni ordinamento seppur con contorni diversi. In Italia si pensava, in passato (e non solo), che la clausola generale di buona fede ceda di fronte ad una regola speciale, come l'art. 1338 e alle regole di validità che dovrebbero assorbire ogni altro comportamento scorretto prima del contratto, ma la presenza di specifiche norme che ammettono la coesistenza di un contratto valido e di un obbligo risarcitorio (1440, 1812, 1821, 1892, 1893) smentisce tale rilievo.

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

Nel diritto amministrativo dopo la svolta della Cassazione e il conflitto con il Consiglio di Stato si doveva trovare una soluzione capace di «valutare la reazione che corre tra il diritto all'annullamento dell'atto e il diritto al risarcimento del danno»¹⁴² in quella particolare materia. Si arriva così all'art. 30 del d.lgs. 20 luglio 2010, n. 104 che regola la coesistenza e l'autonomia dell'azione di danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa e precisa che il giudice, nel determinare il risarcimento, «valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si

¹⁴⁰ I. PAGNI, *op. cit.*

¹⁴¹ BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur.*; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, II, 2000, 347; ID., *Correttezza*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, 423; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque... "contrattuale"?*, in *Cont. imp.*

¹⁴² I. PAGNI, *op. cit.*

sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

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

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

3.3.1. Responsabilità precontrattuale e da contatto sociale.

Se il contegno illecito si verifica nella fase di trattative e di conclusione del contratto siamo nell'ambito di una responsabilità precontrattuale che la giurisprudenza più recente inquadra nell'area contrattuale aderendo all'antica intuizione di Luigi Mengoni¹⁴³ o alla più recente discussa figura del contatto sociale¹⁴⁴, la quale, in verità, aleggia in entrambe le ipotesi ed è oggetto di forti critiche¹⁴⁵.

Si imputa alla giurisprudenza di legittimità dubbia consistenza del ragionamento e si critica il rinvio all'art. 1173 sulle fonti delle obbligazioni osservando che "in nessun luogo dell'ordinamento si parla del contatto" che la Corte di Cassazione trarrebbe da un generico rilievo della "coscienza sociale", allineandosi ad una posizione che era emersa nella dottrina tedesca, ma che è stata poi superata dal nuovo § 311 del BGB interpretato, in Germania, nel senso di escludere dai "contratti simili" a quelli dei numeri 1 e 2 della norma l'ipotesi di "contatto sociale semplice"¹⁴⁶.

Osservo solo che sin dalla prima sentenza della Cassazione la giurisprudenza italiana si è preoccupata di precisare la fonte che consente di trascorrere da una forma di mero contatto di fatto ad una figura dotata di rilevanza giuridica. Ed è bene ricordare che a tal fine non è affatto necessario che esista una norma espressa ma la rilevanza può trarsi dalla osservazione attenta del sistema¹⁴⁷. Analisi che si fonda sin

¹⁴³ v.Cass., 21 novembre 2011, n.24438, in Foro it. 2012 ove si tratta della domanda di danni conseguenti a una gara in presenza di un comportamento "lesivo dell'affidamento in una condotta regolare e lecita del convenuto". In particolare si fa riferimento ad un'ignoranza di una "causa di invalidità del negozio nota a controparte" che comunque era tenuta a conoscerla, in una situazione analoga a quella prevista dall'art. 1338 c.c.". Pur in assenza del contratto si afferma la responsabilità per "la violazione dell'obbligo di buona fede applicabile già per il contatto precedente e preparatorio del negozio, derivato tra le parti per effetto del bando e delle attività successive di gara." Tale violazione secondo la Corte "non deriva da mero inadempimento contrattuale né è effetto di un torto aquiliano" ma determina responsabilità perché la parte che ha indetto la gara era in mala fede e ha leso una posizione soggettiva preesistente nata da un contatto qualificato appunto dalla regola di buona fede.

¹⁴⁴ Cass. 20 dicembre 2011, n.27648 vedila in I contratti, 2012,4, con nota critica di F.Della Negra. Ma v. anche Cass. 26 aprile 2012, n.6526 e Cass. 18 aprile 2012, n. 6061.

¹⁴⁵ A. Zaccaria, Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialkontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale"), in Riv.dir.civ.,2013,1,p.77 ss.

¹⁴⁶ v. ora sul punto A.di Majò, Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole)di fattispecie e (regole) di procedura, in Eur.dir.priv.,2013,3,p.812 ss.

¹⁴⁷ v.P.Rescigno, voce "obbligazione" in Enc. Dir. ove si riconosce la possibilità che la fonte dell'obbligo sia in un principio.

dal primo precedente¹⁴⁸ dando rilievo ad un principio da cui si trae ,assieme ad altri dati, la giuridicità del rapporto. Il caso di specie trattava di responsabilità medica e il criterio formale era ricavato dall'art.32 della Costituzione. Negli altri casi la ricognizione specifica della relazione è stata condotta su altri elementi giuridici e non di fatto. Fra questi, ai fini del nostro caso è utilizzato quanto disposto dall'art. 1337. Sul punto è possibile rivendicare una priorità della nostra dottrina che individuò subito una regola efficiente e utile che solo da poco è stata inserita nel BGB. Con essa, osservava nel 1957 Luigi Mengoni, si sottrae all'area dell'illecito indifferenziato e dalla sfera del fatto una relazione sociale che è qualificata dal rispetto della buona fede. Si può dubitare che da questo obbligo nasca la prestazione che è richiesta dal nostro articolo 1174¹⁴⁹. Ma su questo la nostra dottrina in dialogo proficuo con la giurisprudenza ha dimostrato in modo assai convincente la peculiarità ma la piena giuridicità della figura di un obbligo senza prestazione. La diversa opinione della dottrina tedesca può incentivare una riflessione di indubbio interesse ma non può certo chiudere, con una soluzione negativa, un'opera meritoria della nostra giurisprudenza teorica e pratica.

Si tratta certo di precisare i contorni della fattispecie risarcitoria.

Sull'onere della prova sussistono ancora incertezze una volta riconosciuta la natura contrattuale del rapporto. Si osserva che la parte che agisce "ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito" sicché l'attore "ha l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno"¹⁵⁰. Sembra di capire, e in questo senso il ragionamento sarebbe condivisibile, che il danneggiato debba allegare un inadempimento qualificato dell'altra¹⁵¹ parte indicando i fatti da cui si trae la violazione del dovere di buona fede senza necessità di prova dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo. Dovrà provare altresì il danno in concreto subito. Spetterà alla controparte dimostrare che il suo contegno non è stato di mala fede.

Sull'entità del danno da scorrettezza le pronunzie della Cassazione sono chiare sin dal 2005¹⁵². Si dovrà risarcire il minor vantaggio o la maggiore perdita che è causa del comportamento illecito e ciò si inserisce bene in una nuova dimensione del danno contrattuale che è volto a ricomprendere "tutti gli interessi che in qualche modo, figurano insoddisfatti o lesi a seguito del mancato contratto e/o alla sua

¹⁴⁸ Cass. 22 gennaio 1999, n.589 " La più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art.1173 c.c.,stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto,da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui con specifico riguardo alla fattispecie,può annoverarsi il diritto alla salute) che trascendono singole proposizioni legislative"

¹⁴⁹ v. E. Navarretta, Riflessioni in margine dell'ingiustizia del danno, in *Liber amicorum per Francesco Busnelli*,Milano,2008,p.628ss., Id, in *Persona e Mercato*, A. Di Majo, Profili della responsabilità civile, Torino,2010, p.69 ss., e C.Castronovo, Ritorno all'obbligazione senza prestazione, in *Eur.dir.priv.*,2009,p. 679 ss.

¹⁵⁰ Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648 cit. p. 237-238.

¹⁵¹ V. Cass. 20 dicembre 2011, cit.

¹⁵² R.Rordof, La patologia del contratto:tra regole di validità e regole di comportamento, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Scritti per Adolfo di Majo, a cura di S.Mazzamuto,Napoli,2012,p.225.

violazione¹⁵³ superando le strettoie del riferimento all'interesse negativo e positivo per differenziare l'ipotesi della mancata conclusione del contratto da quella della presenza di un contratto su cui ha inciso un contegno illecito dell'altra¹⁵⁴.

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

Più delicato è l'applicabilità dell'art. 1227 con riferimento al mancato esercizio dell'azione di eliminazione degli effetti. L'art. 30 del codice del processo amministrativo dà un rilievo importante al mancato esercizio delle azioni demolitorie, ma tale soluzione non può essere esportata al di fuori di quel settore di ordinamento ove il provvedimento dell'Amministrazione condiziona la stessa situazione soggettiva del privato. Nei rapporti fra privati il principio di effettività della tutela ammette la scelta autonoma del privato e la sentenza della Cassazione svolge un esame approfondito sul rapporto fra rimedi specifici e per equivalente. Ritenendo applicabile questo ultimo

in modo ampio e sempre che non sia accordato in forma prevalente e con piena utilità il rimedio specifico.

3.3.2. Illecito e contratto oltre la trattativa.

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

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

Le disposizioni in tema di OPA disciplinano i comportamenti che i soci devono assumere in presenza di mutamenti degli assetti proprietari di società quotate. L'esigenza di tutela degli investitori azionisti è compresa nella finalità di tutela del mercato finanziario e dei capitali (prevista nell'art. 92 del T.U.F.) e si articola secondo una ricostruzione scandita in giurisprudenza secondo il seguente schema. « L'obbligo di lanciare l'OPA si configura ... come un obbligo contrattuale che *ope legis* si inserisce nel contratto sociale», ma la norma non prevede come sanzione, in caso di violazione, « il potere del singolo azionista pretermesso di ottenere coattivamente il risultato», bensì solo l'obbligo a carico dell'inadempiente di rivendere il pacchetto acquisito in eccedenza. Da qui l'esigenza di un'attenta interpretazione, la quale reputa che la disciplina « non esaurisca gli strumenti di autotutela accordati dall'ordinamento a chiunque vanti una posizione giuridicamente rilevante » e non esclude affatto la risarcibilità di un danno ingiusto¹⁵⁵.

¹⁵³ A. Di Majo, Una New age per le tutele contrattuali, in S.Mazzamuto (a cura di), Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo, Torino,2012, p.6 ed ivi G.Travaglino, Il danno da inadempimento,p.547ss.; G.Smorto, I criteri di determinazione del danno non patrimoniale e il danno morale, p.437ss.

¹⁵⁴ Sul danno contrattuale v.ora P.Trimarchi, Il contratto:inadempimento e rimedi, Milano,2010, p.110ss.; G.Smorto, Il danno da inadempimento,Padova,2005.

¹⁵⁵ Nella sentenza « il principio del *neminem laedere* sancito dall'art. 2043 rappresenta il cardine dei diritti soggettivi contrattuali e non», incorporati nel nostro caso nelle azioni dei soci di minoranza.

La responsabilità sarà, invece, di natura aquiliana quando non si possa ravvisare né una trattativa né un obbligo di legge e si tratterà in tal caso di individuare nella specie tutti gli elementi di tale forma di responsabilità come nella sentenza che ha dato impulso a questo scritto, la quale motiva la decisione sul punto seguendo : “il dipanarsi dell’atto doloso (il comportamento del giudice Metta) che cagiona ad altri (la Cir) un evento di danno (la sentenza corrotta) ingiusto (perché conseguente alla ingiusta alterazione delle posizioni contrattuali), da cui scaturisce una conseguenza dannosa risarcibile (la transazione stipulata a diverse pregiudizievoli condizioni) in costanza del doppio e necessario nesso di causalità materiale (che lega la condotta all’evento) e giuridico (che lega l’evento di danno alla conseguenza dannosa risarcibile) volto a ledere un interesse giuridicamente rilevante del danneggiato (il diritto a stipulare una transazione priva di condizionamento scaturente dalla sentenza corrotta, il cui aspetto speculare si identifica nell’indebolimento della posizione contrattuale in corso di trattative e di stipula della convenzione negoziale)”¹⁵⁶.

La compatibilità fra azioni contrattuali e responsabilità sta qui, come si è detto, nell’autonoma rilevanza dei conegni e della fattispecie negoziale. Il giudizio sui primi non può essere assorbito dalla valutazione sull’atto perché non può rimanere senza conseguenza un contegno riprovato e illecito che ha inciso su una posizione soggettiva tutela dall’ordinamento. Altro naturalmente è il quantum del risarcimento che secondo il principio della causalità giuridica e del concorso di colpa espresso dall’art. 1227 dovrà orientare l’interprete.

Ne segue la risarcibilità del danno in presenza di una responsabilità contrattuale (Trib.Milano,9 giugno 2005, in Fori it.2005,I,3210). Il groviglio teorico è evidente. L’apparato sanzionatorio della legge è completato dal principio del *neminem laedere*. Non si parla di concorso di azioni o di cumulo di danni ma di una responsabilità contrattuale per la violazione della regola aquiliana. Senza contare la difficoltà della liquidazione del danno « correlata a titoli per loro natura destinati alla fluttuazione »(A Palmieri, Osservazione a Trib. Milano 9 giugno 2005, in Foro it., 2005,I,3210) La Corte di Appello ha di recente ribaltato il ragionamento(App.Milano,15 gennaio 2007, in Giur.it,2007, p. 1707). Si è sostenuto che la disciplina dell’OPA esclude l’esistenza di un diritto soggettivo degli azionisti a ricevere un’offerta di acquisto e, dunque, anche il diritto al risarcimento da inadempimento di un obbligo contrattuale. L’unico danno, ipotizzabile, si osserva ancora, è l’interesse negativo tipico della responsabilità precontrattuale e non l’utilità derivante da un contratto concluso. Resta dunque il dubbio sul danno dovuto in presenza di un comportamento scorretto imputabile alla controparte in presenza di un obbligo legale di comportamento. E la Corte di Cassazione (n.14400 del 2012) conclude per la natura contrattuale della responsabilità e del danno. “Sarebbe però errato dedurre che dal relativo inadempimento derivi una responsabilità di tipo precontrattuale, che secondo la tradizionale (benchè controversa) impostazione della giurisprudenza avrebbe natura aquiliana; e sarebbe arbitrario ricondurre tale responsabilità alla previsione dell’art. 1337 c.c., non foss’altro perchè, in una fattispecie di questo tipo, non si danno nè le trattative nè la formazione del contratto cui detta norma allude.Come è stato già affermato altre volte da questa corte (si veda, in particolare, la pronuncia di Cass., sez. un., 26 giugno 2007, n. 14712), la responsabilità nella quale incorre "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta" (art. 1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l’obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, nell’accezione che ne dà il successivo art. 1321 c.c., ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall’inesatto adempimento di un’obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte. In tale contesto la qualificazione "contrattuale" non vale a circoscriverne la portata entro i limiti che il significato letterale di detta espressione potrebbe altrimenti suggerire, ma, in un quadro sistematico peraltro connotato da un graduale avvicinarsi dei due tradizionali tipi di responsabilità, essa può discendere anche dalla violazione di obblighi nascenti da situazioni (anche non di contratto, bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l’ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento.”

¹⁵⁶ Cass. 27 giugno 2013, n.21255, cit.

3.4. Cumulo dei rimedi e danni endo-familiari

E' solo il caso di ricordare che il problema del risarcimento da parte di un coniuge del danno causato dalla violazione del dovere coniugale è affrontato nelle sentenze di legittimità prima con incertezze e oscillazioni e poi con piena consapevolezza dell'ammissibilità e dei limiti del cumulo dei rimedi tipici della separazione personale e dell'illecito civile.

Un lontana pronunzia¹⁵⁷, coeva alla riforma del 1975, non escludeva, in certe circostanze, la possibilità di un illecito a carico di un coniuge infedele, ma due sentenze più recenti avevano negato, a priori, la esistenza di un danno ingiusto in presenza della violazione dell'obbligo coniugale¹⁵⁸ e il risarcimento nel caso di separazione imputabile¹⁵⁹, sulla base della autonomia e autosufficienza della disciplina familiare in ordine ai doveri coniugali. Pochi anni dopo l'inversione di tendenza è stata netta. Si è ammesso, in linea teorica, la piena risarcibilità di una lesione e di un danno cagionato da un coniuge all'altro che integri i presupposti dell'art. 2043¹⁶⁰ e si è affermato la responsabilità di un genitore per violazione degli obblighi di assistenza del figlio evocando la categoria discussa del danno esistenziale¹⁶¹.

Una sentenza della Cassazione del 2005¹⁶² segna un punto di svolta significativo sotto vari profili. Si delinea il giusto equilibrio fra comunità familiare e diritti dei singoli. Acquista concretezza il rilievo della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo familiare. E' precisata la fonte e la misura del danno risarcibile per la lesione di tali situazioni soggettive.

Il passaggio dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità è recepito pienamente come rilevanza giuridica di un modello delineato dal legislatore e dalla giurisprudenza teorica e pratica sicchè si afferma con molta precisione che i singoli componenti del nucleo familiare “ conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art.2 della Costituzione” in virtù del quale “ il rispetto della dignità e della personalità nella sua interezza assume i connotati di un diritto inviolabile ... la cui violazione costituisce il presupposto logico della responsabilità civile”. Né si può eccepire al riguardo la “specificità e completezza del diritto di famiglia” in ordine alla violazione di obblighi e diritti nascenti dal matrimonio. Ciò perché separazione, divorzio e relative discipline hanno “funzioni e limiti” che non sono “ strutturalmente incompatibili con la tutela generale ei diritti costituzionalmente garantiti”¹⁶³.

Ne segue un principio pienamente condivisibile. Non la violazione in sé del dovere coniugale è fonte di danno ma quelle “ condotte che per la loro intrinseca

¹⁵⁷ Cass. 2468/75

¹⁵⁸ Cass.3367/1993

¹⁵⁹ Cass.4108/1993

¹⁶⁰ Cass. 5866/1995

¹⁶¹ Cass. 7713/2000 e per la sintesi di tali precedenti giurisprudenziali v. Cass.10 maggio 2005,n.9801 in Famiglia e diritto, 2005/2 p.366.

¹⁶² Cass. 10 maggio 2005, n.9801 cit. p.365 ss.

¹⁶³ Cass. 10 maggio 2005, n.9801 cit. p.368.

gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona” e fonte del risarcimento di quei danni di cui si provi l’entità patrimoniale e non patrimoniale. Nella specie si discuteva del contegno omissivo del coniuge che aveva dolosamente taciuto il suo stato di impotenza e tale omessa informazione, si è considerata della sessualità intesa come uno degli essenziali modi di espressione della persona umana da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione”¹⁶⁴.

Una recente pronuncia della Cassazione¹⁶⁵ consolida questo indirizzo motivando espressamente la compatibilità e non la pregiudizialità tra i rimedi tipici della separazione fra coniugi e la disciplina dell’illecito civile”¹⁶⁶. Tale disciplina sarà utilizzabile dal coniuge in presenza della prova del nesso di causalità fra la violazione del dovere coniugale ed il danno, che per essere a detto fine rilevante non può consistere “nella sola sofferenza psichica causata dall’infedeltà e dalla percezione dell’offesa che ne deriva ... di per sè non risarcibile costituendo pregiudizio derivante da violazione di legge ordinaria, ma deve concretizzarsi nella compromissione di un interesse costituzionalmente protetto”¹⁶⁷.

La verità è che le interfezioni fra contratto responsabilità, fra contatti “sociali o negoziali e illecito esprime bene la complessità attuale e la funzione attuale dell’interprete e del diritto che richiede, come alle origini, di “integrare organicamente, in un unico quadro solido e applicabile”¹⁶⁸ vecchi *iura* e nuove *leges* per fissare orientamenti solidi nelle risposte alle esigenze sempre più articolate della vita di relazione.

3.5. I danni endo-familiari

3.5.1. Sulla privatizzazione del diritto di famiglia.

Se la riforma del 1975 ha segnato una svolta nella disciplina dei rapporti familiari la legge e alcune recenti sentenze della Cassazione consolidano le scelte compiute trenta anni fa ed evocano scenari nuovi, tutti da ripensare¹⁶⁹. Provo a indicare

¹⁶⁴ V. il commento alla sentenza di G. Facci, L’illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione, in *Famiglia e diritto*, 2005/2, p.372 ss.

¹⁶⁵ Cass., 15 settembre 2011, n. 18853 “Discende, infatti, dalla natura giuridica degli obblighi su detti che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi dell’illecito civile”.

¹⁶⁶ la relativa azione deve ritenersi del tutto autonoma rispetto alla domanda di separazione e di addebito ed esperibile a prescindere da dette domande, ben potendo la medesima "causa petendi" dare luogo a una pluralità di azioni autonome contrassegnate ciascuna da un diverso "petitum".

¹⁶⁷ Traggio queste osservazioni dalle Dispense che ho messo a disposizione degli studenti del mio corso di diritto civile sul sito www.personaemercato.it voci materiali . Il titolo è il seguente La responsabilità fra regole e clausole generali. Le pagine da p. 89 a 95. Non solo per queste pagine debbo un ringraziamento, per la collaborazione al Dr. Mario Mauro.

¹⁶⁸ A.Schiavone, (*Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 8) riferisce con tali parole l’opera di Giustiniano nel rigenerare un ordine giuridico. “ Nulla di simile era stato fatto prima: E l’obbiettivo era alto: rimodellare il pensiero degli antichi maestri nella forma di un diritto codificato”

¹⁶⁹ V. su tali aspetti da ultimo M. Sesta, *Diritto di famiglia*, II ed. ,Padova, 2005, p. 30 ss.

alcuni aspetti di questa riflessione . Due su tutti. L'emergere dei diritti e delle tutele nella comunità familiare¹⁷⁰ e i criteri di individuazione del danno risarcibile.

E' noto il significato dell'evoluzione di questi decenni. Si parla di privatizzazione per affermare una diversa dialettica fra il gruppo, la persona e il contratto che esige un intervento del legislatore per garantire un'individualità o un valore. Il passaggio è netto. Dalla gerarchia alla parità, dalla legge al giudice in mancanza di accordo sull'indirizzo familiare. Dalla tutela rigida dell'unità al divorzio. Da qui le radici per l'espandersi di una casistica dominata da passioni e drammi nell'affrontare i conflitti familiari da cui emergono interessi di fatto, diritti, doveri. Tutti da esaminare con grande attenzione¹⁷¹. Non fosse altro perché si tratta di un settore difficile da qualificare. Lo stesso legislatore, spesso, non domina la materia ma ne è dominato e la dogmatica può scadere a tecnicismo o, peggio, a gioco dialettico.

Non mancano esempi famosi.

La disputa fra Carnelutti e Fedele sulla natura reale o di credito del diritto di un coniuge sul corpo dell'altro, fornì occasione a Vassalli di scrivere un famoso libretto¹⁷², che è un manifesto contro l'uno distorto dalla dogmatica e un richiamo alla peculiarità della disciplina giuridica della famiglia. L'analisi culmina con un monito : «non è con elucubrazioni siffatte che si custodisce il diritto e si mantiene viva la coscienza della sua funzione fra gli uomini»; e l'autore rivolge un' accorata critica a certi giuristi e al loro metodo in un' ora tragica della storia d'Italia martoriata dalla guerra: «all'avvilimento ... che coincide con il tramonto sanguigno della nostra civiltà, forse non è estranea del tutto l'opera di certa dogmatica degli ultimi tempi».

Vorrei tener ben presente questo ammonimento per calarmi nel presente ed esaminare i due temi indicati . Iniziamo dal primo.

3.5.2. Rapporto fra coniugi e diritti dei singoli.

Sono note le scelte positive contenute nel codice civile prima della riforma del 1975. Il marito è il capo della famiglia, fissa la residenza e dirige la vita del nucleo familiare. L'obbligo di coabitazione cessa per consenso o in rigide ipotesi determinate per legge. La famiglia legittima è rigidamente tutelata. L'indissolubilità del matrimonio assicura una forzata persistenza del vincolo. Sicché l'ordine giuridico della comunità è chiaro. L'unità della famiglia ha una rilevanza preminente e l'individuo trova tutela nei limiti di quel valore che si fissa per legge¹⁷³ .

La riforma introduce novità importanti. Rinuncia a strumenti normativi per la definizione del concetto di unità che non è formalmente imposta, ma sostanzialmente salvaguardata. Attribuisce al giudice e non alla norma il potere di

¹⁷⁰ M. Sesta, Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione, in *Famiglia e diritto*, 2005/4, p.370; e solo per un ricordo di un mio primo e ingenuo scritto sul tema G. Vettori, L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale fra coniugi, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1978, p.711 ss.

¹⁷¹ S. Patti, *Famiglia e responsabilità*, Milano, 1984, p. 32 ss.;Id. Il declino della immunità doctrine nei rapporti familiari, in *Danno e responsabilità civile*, a cura di F. Busnelli e S. Patti, Torino, 2003,p. 299 ss.

¹⁷² F. Vassalli, *Del ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore* ovvero sia la Dogmatica ludrica, Forni editore 1944, ristampato nel 1981 dallo stesso editore, in *Momenti del pensiero giuridico moderno* Testi a cura di Pietro Rescigno.

¹⁷³ Per alcuni profili G. Vettori, *L'unità della famiglia* , cit. p.720 ss.

risolvere molti conflitti fra individuo e gruppo che trovano nei principi di solidarietà e responsabilità una misura nuova di espressione del limite posto al coniuge dalla vita associata¹⁷⁴.

Non sempre e non subito le nuove norme hanno avuto piena attuazione e sono state due le linee interpretative meno condivisibili. L'una volta a sminuire i dati positivi di rilievo innovativo, l'altra propensa ad una privatizzazione totale del rapporto di coniugio equiparato a qualsiasi relazione obbligatoria.

Esempio della prima tendenza è stata l'idea che non fosse possibile una valutazione soggettiva dell'intollerabilità della convivenza nel giudizio di separazione perché ciò avrebbe introdotto, coordinando le diverse normative, una forma di divorzio unilaterale contrario al principio di unità della famiglia¹⁷⁵. Tendenza questa che ha trovato ampia accoglienza nella dottrina coeva alla riforma ma che non ha resistito ad una interpretazione sistematica e corretta dell'art. 151 c.c.

Ancor meno convincente è stata l'altra tendenza, frutto di una visione assai poco convincente della disciplina del rapporto di coniugio e del ruolo, in caso di violazione dei doveri, della responsabilità civile. Una breve cronaca può trarre spunto da una sentenza del Tribunale di Roma chiamato a decidere su una storia di ordinaria infedeltà. Lei, lui, l'amante, dipendente del marito.

Scoperta la tresca il fedifrago è allontanato dal luogo di lavoro ma il licenziamento è annullato dal pretore. Da qui una causa civile, per danni morali e patrimoniali. L'amante si difende sostenendo che l'adulterio non è più reato sicché non esiste il danno morale, e sostiene che la violazione dell'obbligo di fedeltà rileva come addebito della separazione e non come illecito aquiliano. Ciò per il peculiare regime di rilevanza dei doveri coniugali e della comunità familiare.

La sentenza segue una via contorta e singolare applicando istituti e principi del rapporto obbligatorio. Gli obblighi matrimoniali non hanno natura pubblica, ma privata; la violazione della fedeltà può essere fonte di un danno che può derivare anche da un contegno di cooperazione o induzione di un terzo. Il quale può aver tenuto un contegno positivo dell'amante o aver subito invece le «profferte amorose» della moglie infedele. In assenza di prova sul punto si rigetta la domanda, lasciando intravedere che era la moglie parte attiva del rapporto adulterino ed il convenuto solo una vittima «delle voglie sessuali di una donna inquieta».

L'aspetto più criticabile non è la decisione ma la sua motivazione perché i problemi di responsabilità e di danno nella famiglia, si risolvono in base ai principi generali delle obbligazioni ed emerge il disagio di affrontare la sessualità e gli affetti con la categoria dell'inadempimento e dell'interferenza nel rapporto coniugale equiparato a qualsiasi altro contratto.

D'altra parte il problema del risarcimento da parte di un coniuge del danno causato dalla violazione del dovere coniugale è affrontato nelle sentenze di legittimità con incertezze e oscillazioni.

Un lontana pronuncia (2468/75), coeva alla riforma del 1975, non escludeva, in certe circostanze, la possibilità di un illecito a carico di un coniuge infedele, ma due

¹⁷⁴ G. Vettori, Il dovere coniugale di contribuzione, in *Il diritto di Famiglia*, Trattato dir. da G. Cattaneo e G. Bonilini, Torino 1997, II, p. 1 ss.

¹⁷⁵ v. Trib. Modena 18 aprile 1991, in *Dir. eccl.* 1992, II, p. 90. e le osservazioni contenute in G. Vettori. L'unità della famiglia e la nuova disciplina della separazione giudiziale fra coniugi, cit. p. 731, e in particolare P. Zatti, I diritti e doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, Torino 1996, p. 201.

sentenze più recenti avevano negato, a priori, la esistenza di un danno ingiusto in presenza della violazione dell'obbligo coniugale (3367/1993) e il risarcimento nel caso di separazione imputabile(4108/1993), sulla base della autonomia e autosufficienza della disciplina familiare in ordine ai doveri coniugali.

Pochi anni dopo l'inversione di tendenza è stata netta. Si è ammesso, in linea teorica, la piena risarcibilità di una lesione e di un danno cagionato da un coniuge all'altro che integri i presupposti dell'art. 2043 (5866/1995) e si è affermato la responsabilità di un genitore per violazione degli obblighi di assistenza del figlio evocando la categoria discussa del danno esistenziale(7713/2000)¹⁷⁶.

Una sentenza della Cassazione del 2005¹⁷⁷ segna un punto di svolta significativo sotto vari profili. Si delinea il giusto equilibrio fra comunità familiare e diritti dei singoli. Acquista concretezza il rilievo della dignità e della personalità di ogni componente del nucleo familiare. E' precisata la fonte e la misura del danno risarcibile per la lesione di tali situazioni soggettive.

Il passaggio dalla famiglia-istituzione alla famiglia-comunità è recepito pienamente come rilevanza giuridica di un modello delineato dal legislatore e dalla giurisprudenza teorica e pratica sicchè si afferma con molta precisione che i singoli componenti del nucleo familiare “ conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art.2 della Costituzione” in virtù del quale “ il rispetto della dignità e della personalità nella sua interezza assume i connotati di un diritto inviolabile ... la cui violazione costituisce il presupposto logico della responsabilità civile”. Né si può eccepire al riguardo la “specificità e completezza del diritto di famiglia” in ordine alla violazione di obblighi e diritti nascenti dal matrimonio. Ciò perché separazione, divorzio e relative discipline hanno “funzioni e limiti” che non sono “ strutturalmente incompatibili con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti”¹⁷⁸.

Ne segue un principio pienamente condivisibile. Non la violazione in sé del dovere coniugale è fonte di danno ma quelle “ condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona” e fonte del risarcimento di quei danni di cui si provi l'entità patrimoniale e non patrimoniale. Nella specie si discuteva del contegno omissivo del coniuge che aveva dolosamente taciuto il suo stato di impotenza coeundi e tale omessa informazione, si è considerata della sessualità intesa come uno degli essenziali modi di espressione della persona umana da ricomprendere tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ”¹⁷⁹.

Una recente pronuncia della Cassazione¹⁸⁰ si allinea a questa tendenza, sancendo che non esiste alcun automatismo tra violazione dei doveri matrimoniali ed eventuale addebito della separazione, da una parte, e responsabilità civile, dall'altra.

¹⁷⁶ Per la sintesi di tali precedenti giurisprudenziali v. Cass.10 maggio 2005,n.9801 in Famiglia e diritto, 2005/2 p.366.

¹⁷⁷ Cass. 10 maggio 2005, n.9801 cit. p.365 ss.

¹⁷⁸ Cass. 10 maggio 2005, n.9801 cit. p.368.

¹⁷⁹ V. il commento alla sentenza di G. Facci, L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione, in Famiglia e diritto, 2005/2, p.372 ss.

¹⁸⁰ Cass., 15 settembre 2011, n. 18853

La decisione riguarda un'ipotesi di infedeltà, ove la relazione extraconiugale era ampiamente pubblica e, quindi, particolarmente frustrante per il coniuge.

Secondo i giudici, "i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio non sono di carattere esclusivamente morale ma hanno natura giuridica, come si desume dal riferimento contenuto nell'art. 143 c.c., alle nozioni di dovere, di obbligo e di diritto e dall'espresso riconoscimento nell'art. 160 c.c., della loro inderogabilità, nonché dalle conseguenze di ordine giuridico che l'ordinamento fa derivare dalla loro violazione, cosicché deve ritenersi che l'interesse di ciascun coniuge nei confronti dell'altro alla loro osservanza abbia valenza di diritto soggettivo".

Ne consegue, ricalcando le linee argomentative contenute già nella pronuncia del 2005, che la violazione di questi doveri non trova necessariamente la propria sanzione solo nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia. "Discende, infatti, dalla natura giuridica degli obblighi su detti che il comportamento di un coniuge non soltanto può costituire causa di separazione o di divorzio, ma può anche, ove ne sussistano tutti i presupposti secondo le regole generali, integrare gli estremi dell'illecito civile".

Da qui, il problema sul rapporto tra i rimedi tipici del diritto di famiglia e la struttura dell'illecito civile: pur ravvisandone la compatibilità, non si può inferire un rapporto di pregiudizialità tra i due.

In termini concreti, l'addebito della separazione non è necessario ai fini di una condanna a risarcimento del danno per violazione del dovere di fedeltà.

Secondo la Cassazione, la volontà di separarsi o di divorziare si configura come esercizio di un diritto o di una libertà riconducibile all'art. 2 Cost.

"Con il matrimonio, infatti, secondo la concezione normativamente sancita del legislatore, i coniugi non si concedono un irrevocabile, reciproco ed esclusivo "ius in corpus" - da intendersi come comprensivo della correlativa sfera affettiva - valevole per tutta la vita, al quale possa corrispondere un "diritto inviolabile" di ognuno nei confronti dell'altro, potendo far cessare ciascuno i doveri relativi in ogni momento con un atto unilaterale di volontà espresso nelle forme di legge."

Naturalmente, se questa decisione è cagionata dalla violazione dell'obbligo di fedeltà, le conseguenze saranno quelle della separazione con addebito, con gli effetti che questa comporta.

Quanto alla responsabilità per danni non patrimoniali, "la relativa azione deve ritenersi del tutto autonoma rispetto alla domanda di separazione e di addebito ed esperibile a prescindere da dette domande, ben potendo la medesima "causa petendi" dare luogo a una pluralità di azioni autonome contrassegnate ciascuna da un diverso "petitum". Ne deriva, inoltre, che ove nel giudizio di separazione non sia stato domandato l'addebito, o si sia rinunciato alla pronuncia di addebito, il giudicato si forma, coprendo il dedotto e il deducibile, unicamente in relazione al "petitum" azionato e non sussiste pertanto alcuna preclusione all'esperimento dell'azione di risarcimento per violazione dei doveri nascenti dal matrimonio, così come nessuna preclusione si forma in caso di separazione consensuale"¹⁸¹.

In altri termini, la violazione del dovere di fedeltà può comportare una duplice conseguenza: da una parte, la pronuncia della separazione con addebito; dall'altra,

¹⁸¹ Probabilmente diverso è il profilo della responsabilità per danni patrimoniali che la Cassazione non prende in considerazione.

integrare gli estremi del danno ingiusto e dare luogo a conseguenze anche non patrimoniali¹⁸².

Sotto quest'ultimo profilo, la pronuncia, allineandosi a quanto statuito dalle Sezioni Unite nel 2008, sottolinea che non basta la semplice violazione del dovere ma "sarà inoltre necessaria la prova del nesso di causalità fra detta violazione ed il danno, che per essere a detto fine rilevante non può consistere nella sola sofferenza psichica causata dall'infedeltà e dalla percezione dell'offesa che ne deriva - obbiettivamente insita nella violazione dell'obbligo di fedeltà - di per sé non risarcibile costituendo pregiudizio derivante da violazione di legge ordinaria, ma deve concretizzarsi nella compromissione di un interesse costituzionalmente protetto".

Questo aspetto è in continuità con quanto già indicato nella pronuncia del 2005. Questa, pur facendo leva sulla natura dolosa della condotta e non sulle modalità di lesione del bene giuridico protetto, esclude la rilevanza di comportamenti caratterizzati da una minima efficacia lesiva e subordina la risarcibilità "unicamente [a] quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongono come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona"¹⁸³.

3.5.3. Genitori e figli.

Ciò che accade nel rapporto di filiazione è ancor più significativo

Superato con molti dubbi e divisioni il referendum abrogativo della legge sulla fecondazione assistita restano le critiche ad alcuni aspetti di quella legge ed è "da più parti auspicata una qualche disciplina della famiglia ricomposta" sino ad ipotizzare una revisione della stessa partizione tra filiazione legittima e naturale.¹⁸⁴

La recentissima legge sull'affidamento congiunto, modifica profondamente il regime precedente¹⁸⁵.

La giurisprudenza sugli illeciti endo-familiari assicura "risarcimenti importanti" e in alcuni casi "clamorosi" alla violazione da parte del genitore degli obblighi previsti dagli articoli 147 e 148¹⁸⁶ sino a coprire i danni arrecati per "aver condotto ..un'esistenza, dal punto di vista sociale e lavorativo, del tutto diversa e assolutamente deteriore, rispetto a quella che il rapporto di filiazione avrebbe consentito".¹⁸⁷

¹⁸² La pronuncia non incide sul tema del risarcimento del danno patrimoniale, non essendo questo stato oggetto di impugnazione.

¹⁸³ Per una rassegna di condotte intrinsecamente dannose cfr. G. Facci, *Il danno endofamiliare*, in *Fam. e diritto*, 2011, 12, p. 1147.

¹⁸⁴ M.Sesta, *Diritti inviolabili della persona e rapporti familiari: la privatizzazione "arriva" in Cassazione*, in *Famiglia e diritto*, 2004/4, p.370.

¹⁸⁵ v. il contributo in questo Quaderno di I. Masini

¹⁸⁶ da ultimo per una sintesi efficace G. Facci, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, in *Famiglia e diritto*, 2005/4, p.372 Id. *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, in *Nuovi percorsi di diritto di famiglia*, collana diretta da M. Sesta, Milano, 2004, p.5 ss.; e in particolare Cass. 7 giugno 2000, n.7713, in *Resp. Civ. prev.*, 2000, 923 con nota di P.Ziviz, *Continua il cammino del danno esistenziale*.

¹⁸⁷ V. App. Bologna 10 febbraio 2004, n.307 richiamata da G. Facci, *L'illecito endofamiliare al vaglio della Cassazione*, cit. p.377 nota 53.

Di grande interesse, non solo in Italia, è il tema della nascita indesiderata e dei conseguenti diritti dei genitori e del figlio per alcuni titolare di un diritto a non nascere¹⁸⁸.

Sono noti i dubbi sull'esistenza di un diritto all'aborto. Lo nega una sentenza del 1994 in presenza di un intervento di interruzione volontaria della gravidanza non riuscito. Ciò perchè la legge 194 tutela la salute e non riconosce diritti, non c'è danno ingiusto, né biologico (perché manca la patologia), né morale (in assenza di un reato). D'altra parte emerge in dottrina ed in giurisprudenza un convincimento diverso. La legge 194 e, più ancora, l'art. 13 Cost., consentono di riconoscere un interesse protetto ad una procreazione cosciente e responsabile. Da qui il riconoscimento di un danno biologico, per il pregiudizio all'integrità psico-fisica dei genitori, dovuto alle alla nascita non desiderata; del danno morale, per essere stati costretti a scelte esistenziali non volute; e un danno patrimoniale, per il mantenimento al figlio.¹⁸⁹

Questa opinione si rafforza in presenza di una diagnosi prenatale errata e di un feto nato con gravi *handicap*: la responsabilità del medico deriva da inadempimento di dell' obbligazione contrattuale di rilevare le condizioni del feto, di operare una corretta diagnosi e di informare i genitori. Accertata la colpa si liquida, in cifre molto alte, il danno alla vita di relazione per la nascita del figlio e il danno biologico per il trauma subito.

Il risarcimento è esteso anche al padre in base al contesto dei diritti e doveri che scaturiscono dalla legge sull'interruzione della gravidanza dalla Costituzione e dal codice civile¹⁹⁰ ma non si riconosce al figlio nato malformato un diritto a non nascere se non sano. E' nota la vicenda d'oltralpe. Nel famoso caso Perruche la Cassazione francese¹⁹¹ aveva riconosciuto tale diritto ma il legislatore ha stabilito poco dopo che “nessuno può pretendere il risarcimento di un danno derivente dal solo fatto della propria nascita”¹⁹².

La Cassazione italiana affronta con molta attenzione la vicenda ricostruendo diritti e doveri dei coniugi e interessi del nato nella fase anteriore al parto. Nega tale diritto che sarebbe “adespota” per la carenza di capacità giuridica dell'embrione e perché non esiste nel nostro ordinamento un “principio di eugenesi o di eutanasia prenatale che è in contrasto con i principi di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione nonché con i principi di indisponibilità del proprio corpo di cui all'art. 5 del codice civile.” “L'aborto si osserva è consentito nell'ambito di uno stato di necessità (sia pure attenuato o sui generis) per la salute o per la vita della donna e non vi è spazio per la tutela di un diritto a non nascere da parte del concepito¹⁹³.

¹⁸⁸ V. ampi riferimenti sul punto di A. Gorgoni, in *Il danno risarcibile*, a cura di G. Vettori, Padova, 2004, p.847 ss.

¹⁸⁹ v. A. Gorgoni, op. cit. p.916.

¹⁹⁰ Cass. 29 luglio 2004, n.14488, in *Foro it. On-line*

¹⁹¹ Cour de Cassatio, 17 novembre 2000, in *Gazette du Palais*, 2001, p. 37. v. su tale vicenda A. Guarnieri, *Nascita di un figlio malformato, errore diagnostico del medico e regola di responsabilità civile*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2002, p.849.

¹⁹² art.1 della legge francese n. 203 del 2002 nota come “legge anti-Perruche” v.L.V.Moscarini, *Riflessioni sulla risarcibilità del danno per violazione del diritto a non nascere*, in *Famiglia*, 2005, 2, p.205.

¹⁹³ v. Cass. 29 luglio 2004, n.14488 cit.

Rimanendo nell'ambito del rapporto genitori-figli, una recente sentenza della Cassazione decide sull'omesso riconoscimento e l'obbligo di mantenere il figlio.

Secondo questa pronuncia, la responsabilità del genitore nei confronti della prole per non aver ottemperato ai propri doveri può prescindere dall'intervenuto riconoscimento formale.

Il caso muove dalla domanda di risarcimento danni promossa da un figlio, per la condotta omissiva del padre, posta in essere in un periodo anteriore rispetto all'accertamento della paternità¹⁹⁴.

Secondo la Suprema corte, il riconoscimento della paternità non costituisce il presupposto della responsabilità aquiliana scaturente dalla violazione dei doveri inerenti il rapporto di filiazione.

È, infatti, principio consolidato quello per cui l'obbligo del genitore naturale di concorrere al mantenimento del figlio insorge per il solo fatto di aver generato la prole e prescinde da qualunque domanda¹⁹⁵, "atteso che la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento e quindi, ai sensi dell'art. 261 c.c., implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ai sensi dell'art. 148 c.c., ricollegandosi tale obbligazione allo *status* genitoriale e assumendo di conseguenza, efficacia retroattiva".

Tuttavia, è opportuno metterlo chiaramente in luce, il riconoscimento del figlio naturale non si pone come pregiudiziale rispetto alla richiesta di risarcimento danni. Nel nostro ordinamento esiste un principio "secondo cui l'obbligo dei genitori di mantenere i figli sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda".

Sulla base di questa affermazione, il passaggio per dimostrare la risarcibilità del danno a seguito di violazione dell'art. 148 c.c. è piuttosto facile. Infatti, essendo la norma posta a protezione di diritti primari della persona, costituzionalmente garantiti, la sua violazione fa sorgere un'obbligazione risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 c.c.

A ben vedere, mantenendo ferma l'affermazione sul piano sistematico, appare difficile sul piano fattuale che la responsabilità per omissione dei doveri di mantenere il figlio possa prescindere dall'accertamento di un rapporto di filiazione¹⁹⁶.

3.5.4. Diritti danni e comunità familiare.

Le tematiche affrontate evocano il problema eterno del rapporto fra individuo e comunità ma si confrontano con problemi concretissimi come la rilevanza delle

¹⁹⁴ Cass., 10 aprile 2012, n. 5652

¹⁹⁵ Sul punto v. anche Cass., 20 dicembre 2011, n. 27653 e Cass, 3 novembre 2006, n. 23596

¹⁹⁶ Una sentenza del 18 aprile 2006 emessa dal Tribunale di Venezia ha riconosciuto al padre un vero e proprio danno patrimoniale da lesione di *chance* riguardante la perdita dell'occasione di curare adeguatamente la propria istruzione e proseguire gli studi, così da poter raggiungere una posizione sociale e professionale idonea a garantirgli maggiori guadagni. La pronuncia è citata da G. FACCI, *Il danno endofamiliare*, cit.

situazioni soggettive e dei danni nell'ambito della famiglia su cui è opportuno dire ancora qualcosa. In breve.

Anzitutto sulla necessaria consapevolezza che il linguaggio dei diritti cela sempre convinzioni molto diverse, anche e soprattutto nella famiglia.

Come si è osservato benissimo c'è un'idea antica secondo cui i diritti hanno la funzione di ripristinare un assetto violato come pretese di ordine. Si pensi all'interesse tutelato nel reato di adulterio che non era la fedeltà, ma l'ordine giuridico matrimoniale, appunto. Ed era per questo che la legge puniva anche il terzo.

C'è poi un'idea moderna dei diritti come pretese di libertà, frutto di un potenziale disordine ma espressione della secolare contrapposizione tra il primato dell'individuo e del gruppo.

Il compito del giurista è chiaro. Oggi più che in passato occorre promuovere modi e strumenti per una possibile coesistenza di entrambe le visioni (pretesa di libertà e di ordine) nel precisare la disciplina della famiglia che è comunità e sistema positivo autonomo che convive con i diritti della persona e con altre istituzioni.

Impensabile è la prevalenza assoluta di una delle due istanze che non è desiderabile, se solo si pensi alle epoche e ai momenti storici in cui una di esse è prevalsa, e non è giustificabile nell'ordinamento costituzionale interno e comunitario. (art. 2; 29-30; 9-33; 24-25-26; Cost. di Nizza)

Singolare è quanto sta accadendo nel delimitare il danno risarcibile anche all'interno del nucleo familiare. Il passaggio dal sistema precedente basato su una pluralità di voci¹⁹⁷ al nuovo ordine delineati dalle sentenze dell'estate 2003¹⁹⁸ contrappone due soluzioni alternative. Per alcuni il danno non patrimoniale è risarcibile solo in caso di lesione di un diritto inviolabile (art. 2 della Costituzione) e il compito dell'interprete sarà dunque di individuare queste nuove situazioni all'interno del nucleo familiare (artt. 29-30 Cost.) che ha solo una garanzia di istituto. Sicché solo una grave offesa li colpisce nella loro essenza più profonda che lede l'invulnerabilità.

Altri propone di ricercare, volta a volta, la rilevanza costituzionale dell'interesse leso, che determina un disagio socialmente intollerabile espresso da un'ampia serie di ipotesi ove la lesione determina: stress, timore, disagio.

E' certo difficile individuare il margine fra desideri e diritti e si avverte l'esigenza di precisi indici di rilevanza delle situazioni lese e del danno risarcibile ma se si vuol contenere e orientare tale tendenza senza l'ossessione dei paletti, si dovrà tener conto di due dati in particolare.

Anzitutto il riferimento al valore costituzionale della persona non implica uno *status* unitario, ma grappoli di conclusioni da trarre in relazione al tipo di problema da

¹⁹⁷ Il danno biologico inteso come danno evento dopo la pronuncia della Corte Costituzionale del 1986, riconducibile alla fonte dell'art. 2043. Il danno non patrimoniale in presenza di un reato nell'accezione del danno morale soggettivo (danno conseguenza). Un danno patrimoniale puro.

¹⁹⁸ Il danno non patrimoniale può essere accertato anche in caso di responsabilità presunta (7281 - 7282 - 7283) ed il limite non è il fatto reato ma la lesione di un valore della persona costituzionalmente protetto. Si frena la moltiplicazione dei diritti e dei danni; se il pregiudizio è non patrimoniale, vi è un solo rimedio che ricomprende ogni danno: non solo il danno morale soggettivo, ma tutte le violazioni di valori inerenti alla persona. Assume rilevanza decisiva la configurazione delle situazioni violate sicché «il futuro dell'art. 2059 c.c. dipende dalla situazione soggettiva costituzionalmente qualificata».

risolvere (embrione - rapporti di filiazione e di coniugio) alla rigorosa ricerca ed allegazione degli indici formali di rilevanza e tutela di quello specifico interesse. Ma ciò comporta di rimanere entro lo schema concettuale dell'art. 2059 e della responsabilità aquiliana.

Si potrebbe invece riflettere sul fatto che gli obblighi che gravano sui componenti del gruppo familiare instaurano una relazione legale la cui violazione può comportare una responsabilità di tipo non aquiliana ma contrattuale. Sicchè la violazione del dovere implica un risarcimento del danno non patrimoniale per la violazione di un rapporto e non per la violazione di un diritto. Se è così l'area della risarcibilità si può ampliare oltre la soglia del diritto e specificarsi nella violazione del rapporto e dell'interesse in esso lesi.

Tutto ciò implica la costruzione di nuovi modelli. I giuristi dei primi decenni del secolo nuovo, in pieno positivismo, qualificavano il soggetto come fattispecie ricostruita in base alla norma, il costituzionalismo impone di intrecciare fatti e valori per costruire su tale confronto nuove regole. Ciò in particolare per la famiglia ove la individuazione e la tutela dei diritti è un'attività difficile e complessa a cui tutti dovremmo prestare in futuro la massima attenzione.

3.6. Il risarcimento del danno per violazione della normativa antitrust.

Occorre distinguere sul punto due ipotesi poste in luce dalla casistica recente. La possibilità per una parte del contratto (restrittivo della concorrenza) di invocare il risarcimento dei danni per essere stata costretta ad accettare la clausola. La legittimazione attiva ai sensi dell'art. 33 della legge italiana¹⁹⁹.

a) Sul primo aspetto la tesi della necessaria separazione fra contratto e concorrenza lamenta un intreccio inammissibile. Si osserva che in presenza di un accordo non si può attribuire ad un contraente ciò che è fatto proprio anche dall'altro; che l'emersione della diversità del potere contrattuale fa vacillare la stessa idea di un'intesa restrittiva della concorrenza; che è inammissibile la coesistenza di un illecito e di un contratto.

La verità è che una clausola restrittiva della concorrenza deve essere valutata come ogni clausola in base ai criteri fissati dalla disciplina generale del contratto. Spetta alla legge antitrust stabilire quando l'intesa è illecita e al diritto dei contratti precisare le azioni e i rimedi relativi all'inserimento delle pattuizioni nel contratto. L'asimmetria di potere contrattuale fra le parti di un accordo è oggetto, da tempo, di un'attenzione forte della legislazione e della giurisprudenza europea. Le nuove idee e le nuove

¹⁹⁹ V. in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2002, n. 2199, in *Foro it.*, 2002, III, p. 482 con nota redazionale di L. LAMBO e note di G. SCARSELLI, *Brevi note sui procedimenti amministrativi che si svolgono dinanzi alle autorità garanti e sui loro controlli giurisdizionali*; F. FRACCHIA – C. VIDETTA, *La tecnica come potere*; R. PARDOLESI, *Sul nuovo che avanza in antitrust: l'illiceità oggettiva dello scambio di informazioni*; C. OSTI, *Brevi puntualizzazioni in tema di collusione oligopolistica*; v. altresì Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, in *Foro it.*, 2003, I, p. 1121 e ss. ed ivi le note di A. PALMIERI, *Intese restrittive della concorrenza e azione risarcitoria del consumatore finale: argomenti "extravagantes" per un illecito inconsistente*; E. SCODITTI, *Il consumatore e l'antitrust*, c. 1127; v. sul punto per alcune opinioni diverse M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2002, p. 450 e ss.; G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, ivi, 1999, p. 67 e sui "contratti a valle" da TAR Lazio, 10 marzo 2003, in *Trib. amm. reg.*, 2003, 1, p. 27.

fattispecie devono essere ordinate ma si è prodotta una legalità nuova che assegna rilievo giuridico alla diversità di potere delle parti prima dell'accordo. Il passato non torna⁽¹²⁴⁾.

La coesistenza fra illecito e contratto è scritta nel codice.

Le norme di validità non costituiscono la reazione in forma specifica di ogni comportamento scorretto compiuto nella fase di formazione del contratto. Sacco individua nell'art. 1337 del codice una norma che consentirebbe di eliminare tutta la disciplina sui vizi del volere e l'incapacità "senza modificare la protezione del contraente che si trova a disagio"⁽¹²⁵⁾. Mengoni⁽¹²⁶⁾ riconosce in tale norma la fonte per disciplinare le turbative atipiche della libertà del consenso imputabili a comportamenti dell'altra parte contrari a buona fede. In essa, si osserva, è possibile graduare la sanzione del risarcimento del danno. Se si accerta che senza le circostanze che hanno turbato la libertà di decisione il contratto non sarebbe stato concluso la condanna al risarcimento può rimuovere, in concreto mediante il meccanismo della compensazione, gli effetti del contratto. Alla vittima del contegno in mala fede il giudice potrebbe attribuire un controcredito a titolo di responsabilità *in contrahendo* dell'altra, con un risultato pratico non lontano da una dichiarazione di nullità⁽¹²⁷⁾.

b) Sul secondo aspetto le opinioni sono alquanto discordi.

Dopo la nota vicenda giudiziaria che ha coinvolto gran parte delle società di assicurazione, i giudici di merito sono stati chiamati a decidere sulla validità dei contratti derivati dalle intese restrittive della concorrenza e sulla domande di risarcimento dei consumatori⁽¹²⁸⁾.

Di fronte alle eccezioni delle compagnie, alcuni Giudici di Pace hanno ribadito la propria competenza sostenendo l'inapplicabilità nel caso in esame dell'art. 33 della legge n.287 del 1990 e, sul punto, in sede di regolamento di competenza, si è pronunciata una prima volta la Corte di Cassazione, con una decisione da cui traspare la consapevolezza delle conseguenze che la sentenza può avere sulla tutela delle situazioni soggettive dei privati e sulle "forme di espansione dell'economia di mercato" nel nostro paese²⁰⁰.

La scelta è comunque netta. Secondo tale impostazione il consumatore è il destinatario finale dei contegni imprenditoriali svolti sul mercato, ma la sua protezione dipende dagli strumenti di tutela adottati in ogni singolo ordinamento. La legge italiana richiama il primo comma dell'art. 41 della Costituzione, limita la libertà di iniziativa e non attua l'utilità sociale prevista nel secondo comma. Insomma la disciplina, di natura pubblicistica, sarebbe rivolta solo alle imprese per assicurare le migliori condizioni di esercizio della concorrenza. Ne segue l'irrilevanza, in tale contesto, degli interessi dei consumatori che possono attivare i controlli dell'Autorità garante e chiedere un eventuale risarcimento in presenza di violazioni di uno specifico diritto soggettivo, da far valere davanti al giudice competente per valore e per territorio²⁰¹.

L'ordinanza interlocutoria della Terza Sezione civile ha seguito un altro percorso interpretativo.

Si è osservato che la legge italiana a tutela della concorrenza fissa la competenza della Corte di Appello per le azioni di nullità e di risarcimento dei danni. La materia

²⁰⁰ Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit., c. 1131-1132

²⁰¹ Cass., 9 dicembre 2002, n. 17475, cit., c. 1135

individua un giudice e può far riferimento, come potenziali destinatari, ai concorrenti delle imprese, ai fornitori e ai consumatori finali danneggiati da atti e fatti contrari alla legge²⁰². Ciò perché l'illecito concorrenziale è astrattamente idoneo a “propagarsi secondo lo schema della reazione a catena”, anche se in concreto dovranno applicarsi le categorie generali in materia di causalità e di danno. Nel provvedimento si ricorda, infine, che la Corte di Giustizia europea²⁰³, ribadisce l'efficacia diretta delle norme dei Trattati e sottolinea che tale efficacia sarebbe elusa “se chiunque non potesse richiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza”.

È noto che la sentenza 500 del 1999²⁰⁴, nel precisare la nozione di danno ingiusto, afferma che non è rilevante la qualifica formale dell'interesse, ma la sua rilevanza giuridica, tratta da un'osservazione attenta del sistema delle fonti. La necessità di abbandonare forme chiuse e di adottare criteri selettivi rigorosi, induce a diversificare gli interessi umani in base a due parametri in particolare: il collegamento con una norma sostanziale o processuale e l'esistenza di un certo grado di intensità della tutela accordata dall'ordinamento²⁰⁵.

Ne segue che le posizioni soggettive assumono rilievo in presenza di una pluralità di indici positivi diversi e che la posizione del consumatore è destinataria di norme e principi da richiamare alla memoria prima di valutare se la sua tutela sia o meno compresa nel contesto della legge del 1990.

È sufficiente richiamare qui il diritto, riconosciuto dalla legge del 1998, all'equità, trasparenza e correttezza dei rapporti contrattuali²⁰⁶ e la recente modifica dell'art. 1469-*bis* che estende, su sollecitazione degli organi comunitari²⁰⁷, la tutela collettiva nei confronti di clausole abusive che non siano state utilizzate in concreto, ma solo raccomandate o minacciate²⁰⁸.

L'art. 169 TFUE dispone che “la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori” e tale indicazione è potenziata, ora, con il riconoscimento alla Carta di Nizza della stessa efficacia dei trattati (art. 6TUE), ove si prevede la garanzia di un'elevata protezione di tali soggetti (art. 38)²⁰⁹. D'altra parte la Corte di Giustizia, come ricordato nell'ordinanza, ha formulato una serie di principi che possono riassumersi in queste proposizioni. Il Trattato ha istituito un “ordinamento integrato nei sistemi giuridici degli Stati membri” che si

²⁰² Cass., 3 luglio 2003, ordinanza interlocutoria

²⁰³ Corte di giustizia 20 settembre 2001, C-453/99, in *foro it.*, 2002, IV, c. 75 ss. ed ivi le note di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal...si lagni e chiedi i danni!”*; E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*; G. ROSSI, *Take Courage! La Corte di giustizia apre nuove frontiere della risarcibilità del danno da illeciti antitrust*.

²⁰⁴ Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2487 e su di essa G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile*, in *Il danno risarcibile*, Padova, 2004, p. 3 e ss.

²⁰⁵ Mi permetto di richiamare G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 694

²⁰⁶ S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 113 e ss.

²⁰⁷ CGCE, 24 gennaio 2002, C-372/99 citata in A. GOGGIOLI – G. RIDI, *La legge comunitaria 2002: tutela del consumatore (art. 6), OICVM (art. 222) e contratti di garanzia finanziaria (art. 31)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, 3, p. 496

²⁰⁸ Legge 3 febbraio 2003, n. 14

²⁰⁹ V. *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 33 e ss.

impone ai giudici e ai soggetti. Il diritto comunitario crea diritti direttamente o tramite l'imposizione di obblighi agli Stati. L'art. 101 vieta le intese restrittive e ne dispone la nullità che ogni singolo può far valere in giudizio. È compito dei giudici nazionali applicare le norme di diritto comunitario tutelando "i diritti da esse attribuiti ai singoli". Le sentenze dei giudici nazionali di condanna al risarcimento dei danni, causati da un contratto o da un comportamento illecito potenziano il divieto degli articoli 101 e 102 e contribuiscono sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità²¹⁰.

Resta da precisare se il consumatore debba far valere le sue pretese nei modi e davanti al giudice indicato dall'art. 33 della legge 287 del 1990 o se invece la sua azione sia soggetta ad una diversa competenza. Credo che a questo punto sia chiara la mia posizione che cercherò di esporre schematicamente.

Il diritto comunitario considera il risarcimento ad ogni soggetto danneggiato un elemento essenziale della disciplina del mercato e tale orientamento, tratto da norme e concetti espressi nei Trattati e ripresi dalla Giurisprudenza comunitaria, deve essere utilizzato come criterio ermeneutico della nostra legge nazionale che rinvia, espressamente, ai "principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza" (art. 1, comma 4, L. 287/90).

D'altra parte il carattere pubblicistico della nostra legge non può essere utilizzato per escludere la protezione diretta dei consumatori, per una serie di ragioni. Tutte note al dibattito teorico e pratico da diversi decenni²¹¹.

L'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto alla finalità della legislazione sulla concorrenza ipotizza un unico fine di questo sistema di norme. L'aumento del benessere e della ricchezza collettiva²¹². Ogni altra finalità ed ogni prospettiva diversa dovrebbe essere rimessa ad altre branche del diritto, ma tale conclusione non è affatto coerente con l'ordinamento comunitario e nazionale. Si è già ricordato come altri siano gli obiettivi dei Trattati e della Costituzione europea.

Queste considerazioni, nel loro complesso, escludono un carattere solo pubblicistico delle fattispecie concorrenziali e consentono di identificare i destinatari di tali norme in ogni soggetto interessato al rispetto delle finalità espresse nei Trattati europei e nelle norme costituzionali interne. I lavori preparatori della legge non smentiscono queste considerazioni. Per superare il contrasto fra chi sosteneva la centralità della tutela dei consumatori e chi anteponeva ad essa altri obiettivi, fu varata l'attuale disciplina approvata da tutti come soluzione compromissoria, ma coerente con le finalità generali del sistema nazionale, integrato in quello comunitario²¹³.

D'altra parte escludere i consumatori dalla disciplina della legge interna complica e confonde ogni prospettiva. Sarebbe competente non la Corte di Appello come organo specializzato, ma altri giudici diffusi sul territorio che dovrebbero individuare il diritto lesa, senza una adeguata specializzazione e al di fuori di un contesto

²¹⁰ Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/99, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 75 e ss.

²¹¹ V. per un'efficace sintesi A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 87 e ss.

²¹² F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 19 e ss.; G. Amato, *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998, p. 13 e ss.

²¹³ A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, op. cit., p. 159 e ss.

valutativo reso coerente dalla legge speciale. Come si è accennato le competenze in materia sono il punto più fragile della nostra disciplina a tutela del mercato²¹⁴.

Gli atti dell'Autorità sono soggetti alla giurisdizione amministrativa che esercita un "controllo debole" sulle valutazioni economiche. I Tribunali applicano l'antitrust comunitario e le Corti di Appello le fattispecie previste dalla legge nazionale, qualche Tribunale, assecondato da parte della dottrina²¹⁵, si reputa competente per gli abusi minori che non "riguardano parti rilevanti del mercato nazionale". Le imprese dovrebbero richiedere i danni davanti alla Corte di Appello mentre i consumatori al giudice di primo grado.

Tutto ciò necessita di un ordine più coerente e si giunge così alla pronunzia delle Sezioni Unite. La sentenza contribuisce a far chiarezza per la tutela sostanziale e processuale di ogni posizione soggettiva coinvolta nella dinamica dei rapporti di mercato²¹⁶.

Ai consumatori è riconosciuto il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito a seguito di una condotta anticoncorrenziale e l'autorità competente a conoscere di queste domande è la Corte d'appello: «la legge antitrust (...) detta norme a tutela della libertà di concorrenza aventi come destinatari non soltanto gli imprenditori, ma anche gli altri soggetti del mercato»²¹⁷.

Anche la CGUE ha espresso il proprio punto di vista su alcuni aspetti dell'azione risarcitoria da intesa anticoncorrenziale²¹⁸. Uno dei principi affermati è il seguente: «l'art. 81²¹⁹ deve essere interpretato nel senso che *chiunque* ha il diritto di far valere la nullità di un'intesa o di una pratica vietata da tale articolo e, quando esiste un nesso di causalità tra essa e il danno subito, di chiedere il risarcimento di tale danno. In mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto (...), purchè i principi di effettività e di equivalenza siano rispettati».

La sentenza 2 febbraio 2007, n. 2305, anche alla luce delle indicazioni provenienti dai Giudici del Lussemburgo, ribadendo l'interesse del consumatore ad un mercato

²¹⁴ V. A. P. MALATESTA, *L'antitrust in cerca di regole più chiare*, in *Il sole 24 ore*, 19 ottobre 2003, p. 19

²¹⁵ M. LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, op. cit., p. 145

²¹⁶ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 con note di A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *L'antitrust per il benessere (e il risarcimento del danno) dei consumatori*; E. SCODITTI, *L'antitrust dalla parte del consumatore*. Tra i vari commenti si segnalano C. CASTRONOVO, *Sezioni sempre più unite che antitrust*, in *Europa e Diritto privato*, 2005, p. 444; M. LIBERTINI, *Le azioni civili del consumatore contro gli illeciti antitrust*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1093; I. PAGNI, *La tutela civile antitrust dopo la sentenza 2207/05: la Cassazione alla ricerca di una difficile armonia nell'assetto dei rimedi del diritto della concorrenza*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 337; B. INZITARI, *Abuso da intesa anticoncorrenziale e legittimazione aquiliana del consumatore per lesione alla libertà negoziale*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 498; S. SIMONE, *Intese anticoncorrenziali e tutela del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 907; A. NERVI, *La difficile integrazione fra diritto civile e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, p. 495; G. TADDEI ELMI, *Antitrust, contratti a valle e risarcimento del danno*, in *Obbl. e contr.*, 2005, p. 40. Per una monografia cfr. M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006.

²¹⁷ Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, cit.

²¹⁸ CGCE, 13 luglio 2006, C-295/04 e C-298/04, *Manfredi*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 11, p. 1855 con nota di S. BASTIANON, *La Corte di giustizia e le azioni risarcitorie dei consumatori nei confronti del cartello assicurativo*; in *Danno e resp.*, 2007, p. 19, con note di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust comunitario: competenza, danno risarcibile e prescrizione*; M. CARPAGNANO, *Prove tecniche di private enforcement del diritto comunitario della concorrenza*.

²¹⁹ Ora art. 101 TFUE

concorrenziale e la sua legittimazione attiva ad agire in giudizio per il risarcimento del danno, detta le modalità concrete di esercizio dell'azione²²⁰.

Tre sono i punti cardine su cui ruota la sentenza.

Il primo, la legge antitrust «non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia un interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere».

Il secondo, l'oggetto immeditato della legge antitrust «non è il pregiudizio del concorrente bensì un più generale bene giuridico».

Il terzo, il consumatore «quale acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene, sicchè la funzione di un'intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza tra loro con una scelta apparente, quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito».

Sulla base di questi principi, la sentenza modella una serie di regole che disciplinano la domanda di risarcimento del danno. Altre sentenze successive le hanno specificate.

Sotto il profilo probatorio, per ottenere il risarcimento dei danni l'assicurato ha l'onere di allegare la polizza assicurativa contratta (quale manifestazione della condotta finale del preteso danneggiante) e l'accertamento in sede amministrativa della partecipazione dell'assicuratore all'intesa anticoncorrenziale (quale condotta preparatoria).

In tal modo, l'attore adempie l'onere di dimostrare l'esistenza del nesso causale tra la condotta ed il danno sulla base di criteri di alta probabilità logica e per il tramite di presunzioni probabilistiche, fondate sul rapporto di sequenza costante tra un dato antecedente e l'effetto che vi si ricollega.

È probabilmente questo uno dei tratti più innovativi nella costruzione del rimedio: viene introdotta una presunzione che di fatto implica uno spostamento dal paradigma di cui all'art. 2043 c.c. e realizza l'effetto di invertire l'onere della prova a vantaggio del consumatore.

Da qui l'esigenza di garantire alla controparte convenuta la possibilità di fornire prova contraria, indicando le circostanze idonee a dimostrare l'interruzione del nesso causale.

Alcune sentenze del 2011 hanno successivamente precisato che tale prova contraria non può avere ad oggetto circostanze attinenti la situazione generale del mercato assicurativo; deve, piuttosto, riguardare situazioni e comportamenti specifici dell'impresa di assicurazione. Inoltre, non possono essere rimesse in discussione le medesime circostanze di fatto relative al nesso causale tra la condotta illecita e

²²⁰ Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, con nota di R. PARDOLESI, *Il danno antitrust in cerca di disciplina e di identità?*; in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 7-8, p. 1605 con nota di R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*; in *Corr. giur.*, 2007, 5, p. 648, con nota di S. BASTIANON, *Tutela risarcitoria antitrust, nesso causale e danni lungo latenti*; in *Danno e resp.*, 2007, 7, p.764, con nota di G. AFFERNI, *Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno* e di M. CARPAGNANO, *Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/2007 in tema di private enforcement*.

l'aumento delle tariffe, già prese in esame e valutate nel provvedimento sanzionatorio dell'AGCM²²¹.

Con riferimento alla durata nel tempo del rimedio, la domanda di risarcimento del danno si prescrive in cinque anni ed il *dies a quo* inizia a decorrere da quando il danneggiato abbia avuto ragionevole ed adeguata conoscenza del danno e della sua ingiustizia, usando l'ordinaria diligenza²²². Con una pronuncia successiva²²³, la Cassazione specifica che il presupposto della conoscenza è integrato dalla pubblicazione del provvedimento sanzionatorio da parte dell'AGCM²²⁴.

Passando al profilo del *quantum debeatur*, «il giudice potrà procedere in via equitativa alla relativa liquidazione, determinando l'importo risarcitorio in una percentuale del premio pagato, al netto delle imposte e degli oneri vari». Nel concreto, il danno è stato riconosciuto in una somma pari al 20% del premio versato e l'origine di tale quantificazione risiede nel provvedimento AGCM²²⁵.

Il rimedio, così ricostruito, realizza un duplice effetto a favore del consumatore, «l'azione risarcitoria proposta dall'assicurato tende alla tutela dell'interesse giuridicamente protetto (dalla normativa comunitaria, dalla Costituzione e dalla legislazione nazionale) a godere dei benefici della libera competizione commerciale, nonché alla riparazione del danno ingiusto, consistente nell'aver pagato un premio di polizza superiore a quello che avrebbe potuto pagare in condizioni di libero mercato»²²⁶

²²¹ Cass., 9 maggio 2012, n. 7039; Cass., 22 settembre 2011, n. 19262; Cass., 18 agosto 2011, n. 17362; Cass., 20 giugno 2011, n. 13486; Cass., 26 maggio 2011, n. 11610; Cass., 21 marzo 2011, n. 6347.

²²² La Cassazione mutua quanto già statuito in precedenti pronunce rese in materia di danni lungolatenti. Tra le più significative sul punto cfr. Cass., 21 febbraio 2003, n. 2645, in *Giur. it.*, 2003, p. 285 e Cass., 10 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453.

²²³ Cass., 6 dicembre 2011, n. 26188

²²⁴ Salvo che il danneggiato possa dedurre e dimostrare di non aver potuto acquisire conoscenza dell'illecito neppure in tale data, in forza di circostanze a lui non imputabili, oggettivamente idonee a giustificare lo slittamento della decorrenza del termine.

²²⁵ La letteratura economica ha sviluppato diversi metodi per calcolare, anche solo in modo approssimativo, il prezzo di mercato in assenza dell'intesa restrittiva della concorrenza e, su questa base, il danno di cui la vittima dell'intesa può chiedere il risarcimento. Il metodo seguito dalla Cassazione è quello del c.d. *yardstick approach* che consiste nel confrontare il prezzo del mercato interessato dall'intesa restrittiva con il prezzo di altri simili mercati non interessati all'intesa. Altri metodi sono il *before and after* (confrontare il prezzo del periodo interessato dall'intesa con il periodo immediatamente precedente all'inizio o immediatamente successivo al termine dell'intesa) e il *price prediction* (calcolo del costo di produzione del bene, applicando a questo costo un margine di profitto competitivo). Per una illustrazione e discussione dei vari metodi cfr. E. CLARCK – M. HUGHES – D. WIRTH, *Analysis of economic models for the calculation of damages*, in Ashurst, *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, Bruxelles, 2004.

²²⁶ L'affermazione è contenuta in Cass., 26 maggio 2011, n. 11610 che interpreta i principi enunciati da Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305.