PERSONA E MERCATO

Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2016 – Numero 4

Saggi

La giurisprudenza come fonte del diritto privato, di Giuseppe Vettori ..... p. 137

La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria, di Daniela Valentino ..... p. 152

Prescrizione e certezza: ragioni del debitore e del creditore a confronto, di Mario Mauro ..... p. 170

Materiali e commenti

La regola di appropriatezza nei contratti di servizio di risparmio amministrato, di Daniele Imbruglia ..... p. 73

Attualità

La natura della responsabilità precontrattuale (Cass. 14188/2016), di Guido d'Ippolito ..... p. 43

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione:
Giuseppe Vettori
Comitato di direzione:
Fabio Addis; Giuseppina Capaldo; Ernesto Capobianco; Massimo Confortini; Giovanni Di Rosa; Pasquale Femia; Massimo Franzoni; Carlo Granelli; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Emanuela Navarretta; Fabio Padovini; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Antonio Rizzi; Pietro Sirena; Massimo Zaccheo.
Comitato dei revisori:
Josè Luis Argudo Periz; Vincenzo Barba; Giovanni Francesco Basini; Carmelita Camardi; Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla; Sebastiano Ciccarello; Giovanni D'Amico; Rocco Favale; Giancarlo Filanti; Cecilia Gomez Salvago Sanchez; Eva Leccese; Antonio Palmieri; Leonardo Perez Gallardo; Valerio Pescatore; Maddalena Rabitti; Antonio Saccoccio; Massimo Proto; Andrea Renda; Claudio Scognamiglio; Anna Maria Siniscalchi; Vincenzo Verdicchio.
Segreteria di redazione:
Mario Mauro
Redazione:
Antonio Gorgoni; Serena Meucci; Salvatore Orlando; Carlo Pilia; Fabrizio Piraino; Alberto Venturelli
E-mail:
info@personaemercato.it
Web:
www.personaemercato.it

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

ISSN 2239-8570

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

Hanno collaborato a questo numero: Guido D'Ippolito; Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Daniela Valentino, Giuseppe Vettori

Tutti i contributi pubblicati su questo numero sono stati oggetto di valutazione positiva e anonima da parte di un membro del Comitato dei revisori.

Saggi

LA GIURISPRUDENZA COME FONTE DEL DIRITTO PRIVATO*

Di Giuseppe Vettori

***SOMMARIO:* 1. Il problema - 2. Le posizioni della dottrina. - 3. Diritto privato e principio di divisione dei poteri. - 4. Ermeneutica e dogmatica nel diritto giurisprudenziale. Uno sguardo al presente. - 5. L'uso corretto dei principi. La giustizia come principio retorico. - 6. L'effettività come principio valutativo, integrativo e correttivo.**

ABSTRACT. Se la giurisprudenza sia fonte del diritto è una questione posta dal confronto con la contemporaneità. Il diritto applicato in base a regole e principi concorre sempre più con la funzione legislativa non fosse altro perché i diritti e le tutele devono essere ricercate, in via interpretativa, in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali. Il principio di effettività, previsto da precise disposizioni di legge (artt. 24 Cost., 13 CEDU, 47 Carta di Nizza), può contribuire significativamente in questa ricerca.
If the law is a source of law is a question raised by comparison with the contemporary. The law applied on the basis of rules and principles competes with the legislative function. Rights and remedies must be sought, through interpretation, in a plural system of sources, giving importance to Constitution and European Charters. The principle of effectiveness (art. 24 of the Constitution. 13 ECHR, 47 Nice Charter) can contribute significantly in this research.

1. Il problema

Ricorda Heidegger[1] che "le domande non sono lampi di genio, non sono nemmeno problemi che si pescano nel sentito dire. Le domande sorgono dal confronto con le cose e le cose ci sono se ci sono occhi". La domanda se la giurisprudenza sia fonte di diritto sorge da molte cose visibili. Alcune in particolare. La complessità e l'evoluzione delle fonti del diritto dei privati. Il ruolo centrale della giurisprudenza in un assetto istituzionale in trasformazione. Il compito della giurisprudenza e della dottrina nella conversione, oggi, del fatto in diritto[2]. Iniziamo dal primo aspetto.

Sul tema delle fonti si "incrociano e si confrontano" diverse discipline[3], non fosse altro perché le norme del codice civile non hanno più, sul punto, carattere di generalità e non sono più espressive della realtà, mentre la carta costituzionale ha previsto da tempo, con l'art 11 cost. e poi con il nuovo art. 117 cost., nuovi fatti e istituzioni legittimati a creare diritto[4]. Ciò pone un problema di determinazione del concetto di fonte[5] e di delimitazione dell'ambito del diritto dei privati[6]. E' necessario qualche riflessione su entrambi gli aspetti[7].

La difficoltà di individuare con certezza i fatti che determinano la produzione di norme è al centro di una riflessione che attraversa tutto il novecento. Dalla visione normativista e procedurale di Kelsen[8] al decisionismo di Schmitt[9], dalla centralità delle teoria ermeneutica con le diverse percezioni di Betti e Gadamer[10], sino alla prevalenza di un positivismo forte[11], e al dialogo contemporaneo sulla legalità costituzionale e i valori[12]. Questa traversata lascia intatta la necessità di riflettere su un concetto idoneo a fissare il rapporto tra un fatto e gli effetti giuridici che esso può produrre, in virtù di criteri dettati da un ordine giuridico in un certo momento storico. Ma proprio su questo punto le opinioni si contrappongono in modo evidentissimo[13].

Ciò che è accaduto è emerso con chiarezza da una riflessione sui primi sessanta anni della Corte

---

* *Lo scritto riproduce in forma ampliata la relazione all'incontro organizzato il 30 settembre 2016 dal Prof. Carlo Granelli in onore del Prof. Andrea Belvedere.*

[1] HEIDEGGER, *Ontologia ermeneutica dell'oggettività*, Napoli,1992, p.13

[2] V.ora con un'ampia e profonda visione di sintesi, Lipari, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano,2017, in part.p.15ss.,131ss.,271ss.

[3] V. l'opera profonda e lucidissima di A. Belvedere, Scritti giuridici, I,Linguaggio e metodo giuridico,Padova,2016.

[4] Sul punto, da ultimo SORRENTINO, *Principi costituzionali e complessità delle fonti*, in (a cura di) Navarretta, *La Metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, Torino, 2015, p. 13; LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in questa rivista., 2015, p.1115; NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 644; RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale:la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, 2014, in www.forumcostituzionale.it.

[5] In argomento si vedano LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2008, p.20; SCALISI, *Complessità e sistema delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 147; BRECCIA, *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, Torino, 2013, *passim*; IRTI, *Sul problema delle fonti in diritto privato*, in questa rivista, 2001, p.697; TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in questa rivista, 2001, p.315.

[6] GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 30, individua così il diritto dei privati "organizzazione giuridica della vita quotidiana dei privati cittadini nella sua dimensione privata".

[7] In proposito, utile l'analisi di TAFARO, *Antiche e nuove fonti del diritto civile attuale*, in *Estudios de Derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa*, Bogotà, 2014, p.119.

[8] KELSEN, *La democrazia*, con introduzione di GAVAZZI, Bologna,1991: "Un sistema non può dirsi integralmente e totalmente democratico (o totalmente autocratico) ma piuttosto una combinazione..di elementi democratici e di elementi autocratici.Si può dire democratico un sistema che sia tale perlomeno a livello della produzione delle norme più generali e più astratte, in sostanza a livello di legislazione. Amministrazione e giurisdizione possono in teoria essere programmate democraticamente, ma più spesso sono organizzate autocraticamente.In tal senso per contenere e correggere la discrezionalità che è propria di ogni organo autocratico, si introduce nel sistema il principio di legalità" cosi GAVAZZI, cit. p.23-24.

[9] Per delle lucide analisi si vedano FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'800*, in ID., *La scienza del diritto pubblico*, Milano, 2001, p. 605 ed *ivi*, *Costituzione e stato di diritto*, p.575, nonché IRTI, *Occasioni novecentesche*, Napoli, 2012, p.9 e ID., *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009, p.19 (in part., p. 31).

[10] Sul punto e sul dibattito Betti-Gadamer, si veda BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, Torino, 2014, p.85 e 118.

[11] BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, *Lezioni di filosofia del diritto* (raccolte da N.Mora), Torino, 1960, *passim*.

[12] Noti i riferimenti di questo dialogo: GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p.3; MENGONI, *Diritto e tecnica*, questa rivista, 2001, p.1 e la risposta di Irti in IRTI –SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, p. 103, nonché IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38; ID. *Calcolabilità Weberiana e crisi della fattispecie,* in *Riv. dir. civ.*, 2014 p. 987; ID. *Un diritto incalcolabile*, in *ivi*, 2015, p.11; ID., *Un contratto "incalcolabile*", in questa rivista, 2015, p.17.

[13] IRTI, *Nomos e Lex (Stato di diritto come stato della legge)*, in *Riv.dir.civ.*, 2016, p.590; GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia moderna e postmoderna*, in *Giorn. storia cost.*, 2008, II, p. 13; TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in questa rivista, 2001, p.11; ID., *Idee per una teoria*, cit., p.315; FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771; FIORAVANTI, *Il compromesso costituzionale. Riflessioni sulla genesi e sull'attuazione della Costituzione repubblicana*, in (a cura di) Caretti – Grisolia, *Lo stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale, Scritti in onore di Enzo Cheli*, Bologna, 2010, p. 34; ROSELLI, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p.23.

Costituzionale[14]. I segni della trasformazione sono scanditi da una serie di sentenze che attengono *a*) al governo del conflitto sociale, *b*) alla centralità dei diritti della persona *c*) ai diritti sociali e *d*) al rapporto fra i poteri del legislatore e della giurisdizione. Vediamoli da vicino.

a) Sin dalla prima sentenza del 14 giugno 1956 la Consulta ha chiarito la natura e l'ambito del proprio intervento di controllo a tutela delle libertà e i diritti contenuti nella carta che per sua natura deve prevalere sulla legge ordinaria. Sui *diritti politici* è storica la sentenza sulla illegittimità della punizione penale dello sciopero politico[15]. In essa si fa riferimento all'art.3 cost. e si riconosce la piena e legittima partecipazione dei lavoratori alle vicende complessive del paese anche tramite lo sciopero. A tale sentenza segue, negli anni successivi, il riconoscimento del ruolo dei sindacati, delle libere associazioni di cittadini e del volontariato. Altrettanto significativa è la prima sentenza del 2014 ove si riconosce l'esistenza di un diritto alla partecipazione democratica attraverso il voto e si dichiara la incostituzionalità delle legge elettorale che attribuisce un premio di maggioranza senza soglia minima, esclude le preferenze e discrimina gli elettori a seconda della Regione di appartenenza. Tutto ciò con un intervento manipolativo che limita,controlla e garantisce gli spazi del legislatore[16].

b) Centralità in ogni pronunzia assumono i *diritti fondamentali* della persona "inserita nella realtà concreta delle relazioni sociali". Si demolisce la "vecchia tipologia dei diritti esclusivamente basati sulla legge" e gran parte della legislazione "autoritaria" degli anni 30 a fronte del riconoscimento delle nuove libertà sicurezza, riunione e manifestazione del pensiero. Con una trasformazione evidentissima rispetto allo Stato di diritto legislativo, resa evidente dalla dichiarata inviolabilità dei principi supremi non modificabili neppure con il procedimento di revisione costituzionale[17]. Vero nocciolo, questo, del nuovo ordine operato dalla costituzione rispetto alla istituzione precedente ribadito in più storiche sentenze[18]. Dalla recentissima decisione che esclude l'immunità degli Stati sovrani per la violazione dei diritti fondamentali[19], alla pronunzia sui limiti alla discrezionalità amministrativa[20], alle sentenze in tema di fecondazione assistita dal 2009[21], alla tutela prevista nell'art. 36, con il diritto di vivere una vita libera e dignitosa[22], sino all'affermazione della prevalenza del nucleo insopprimibile di un diritto fondamentale sulle esigenze di bilancio[23].

c) Sui *diritti sociali* l'intervento è davvero emblematico. Solo un esempio. Una legge recente, per ragioni di bilancio, aveva ridotto e limitato il numero degli insegnanti di sostegno. La Corte[24] accoglie la questione di costituzionalità e dispone che la legge "non deve cristallizzare interessi e bisogni fondamentali in schemi rigidi" , ma deve tener conto "dell'irriducibile varietà degli ostacoli alla piena realizzazione di sé". Si da rilievo così a interessi non compresi o sottovalutati nella trama della fattispecie legale, riconoscendo anche un ruolo del giudice e della Pubblica Amministrazione nella piena attuazione di tali situazioni.

Non mancano alcuni eccessi. Ne indico uno *sui diritti patrimoniali*. La Consulta stabilisce che l'art. 2, con i suoi diritti e doveri, entra nel contratto e può determinare la sua disciplina[25]. Di più. Si spinge sino ad indicare il rimedio della nullità di una clausola per contrarietà alla buona fede, ma la dottrina è stata unanime nella critica a questa invasione di campo.

E' evidente anche da questa sintesi che la Costituzione nega l'esistenza di un potere

[14] FIORAVANTI, *La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale. Per i sessanta'anni della Corte costituzionale*, in www.cortecostituzionale.it; ID. *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, p.7; ma si veda anche, LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc.dir.*, *Annali* IX, Milano, 2016, p.391.

[15] Corte cost., 27 dicembre 1974 n. 290, su cui si vedano le osservazioni di CIARLO, *La partecipazione dei lavoratori alla determinazione dell'inidirizzo politico. Sciopero e sindacato*, in questa rivista, 1977, p. 1648.

[16] Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1, in *Foro it*., 2014, I, c. 677 con nota di ROMBOLI, *La riforma della legge elettorale ad opera della Corte costituzionale: attenti ai limiti*.

[17] Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, in *Foro it*., 1989, I, c. 609 con osservazioni di PIZZORUSSO.

[18] Mi riferisco a Corte cost., 27 dicembre 1973 n. 183 (in *Giur. Cost.*, 1973, p. 2406 con nota di BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*) e 08 giugno 1984 n. 170 (in *Foro it*., 1984, I, 2062 con nota di TIZZANO, La corte costituzionale e il diritto comunitario: venti anni dopo).

[19] Corte cost., 22 ottobre 2014 n. 238, su cui si veda il commento di CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost*., 2014, p. 3885.

[20] Corte cost., 23 dicembre 2008 n. 438, su cui si vedano le osservazioni di CORAGGIO, *Il consenso informato: alla ricerca dei principi fondamentali della legislazione statale*, in *Giur. Cost.*, 2008, p. 4981.

[21] Corte cost., 01 aprile 2009 n. 151 e su cui si vedano i rilievi di FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la Consulta fissa nuovi equilibri, in Corr.Giur*., 2009, p. 1216.

[22] Corte cost., 11 novembre 2015 n. 230, in *Foro it*., 2016, I, c. 23.

[23] Corte cost., 16 dicembre 2016 n. 275, in www.cortecostituzionale.it.

[24] Corte cost. 26 febbraio 2010 n.80, in www.cortecostituzionale.it

[25] Corte cost., (ord.), 02 aprile 2014 n. 77 e su cui si vedano le osservazioni di SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice* , in *Foro It*., 2014, I, c. 2036.

preminente sia esso il sovrano o il potere legislativo[26] e sollecita un "modo di interpretare e concretizzare i principi costituzionali di carattere giurisdizionale che si svolge parallelamente a quello legislativo". Ciò evidente nel controllo di ragionevolezza che arriva a toccare il limite della discrezionalità del legislatore senza andare oltre, come nel caso del matrimonio delle persone omosessuali[27] e della soppressione degli embrioni per fini di ricerca[28].

d) La Corte di Cassazione, spesso in dialogo con la Corte di Giustizia e la Corte EDU, ha innovato settori decisivi del diritto positivo, dalla struttura dell'obbligo con il rilievo del contatto sociale, al controllo del contratto e alla tutela dei diritti in ogni materia. Indico solo qualche esempio.

Sono passati circa dieci anni dal caso Englaro[29] con i giudici alla ricerca di una regola per le decisioni di fine vita, in assenza di un intervento normativo tutt'ora inesistente. Al di la del contenuto, la sentenza contiene un esempio chiaro di come si possa costruire una regola in presenza di principi e con una robusta argomentazione. Tanto che la Corte costituzionale[30], nel decidere sul conflitto di attribuzioni sollevato dalla maggioranza parlamentare, non ha ravvisato alcun sconfinamento di potere con la semplice constatazione che il legislatore non era intervenuto,

D'altra parte pochi anni dopo la Corte di Cassazione ha formulato un vero e proprio manifesto[31] ove si osserva che il codice civile non rappresenta più l'unica fonte in un "sistema aperto" ove hanno preminenza la Costituzione, la legislazione ordinaria di attuazione, la normativa comunitaria e la "giurisprudenza normativa" chiamata a riempire di contenuto le clausole generali e le norme indeterminate che consentono, per volontà dello stesso legislatore, 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"[32].

Da ultimo due sentenze gemelle delle Sezioni Unite della Cassazione attribuiscono al giudice un dovere "di rilevare la nullità negoziale e di indicarla alle parti lungo tutto il percorso del processo,fino alla sua conclusione"salvo poi dichiararla o meno a nel caso di nullità assoluta o di protezione. Ciò perché il rilievo d'ufficio obbligatorio "ha il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale" assieme ad altri principi che devono ispirare la decisione. Fra i quali la corrispondenza fra diritto e processo. La concentrazione della decisione, l'effettività delle tutele contro "ogni interpretazione di tipo formalistico e inutilmente defatigante rispetto ai tempi di decisione della causa". Principi e regole che orientano tutti ad una decisione di "stabilità, certezza affidabilità temporale, coniugate con i valori di sistema della celerità e giustizia"[33]. Chiarissimo è, insomma, l'utilizzo rigoroso dei principi nell'argomentazione che deve condurre ad una "sentenza giusta".

Tale orientamento viene ripreso per affrontare il controverso problema del mutamento della domanda. In tal caso le sezioni unite della Cassazione[34] ricostruiscono il sistema del processo in base ad "opzioni esegetico-valoriali", assenti dalle precedenti decisioni che hanno affermato il principio del divieto assoluto della mutatio libelli. La novità sta nella scelta di un argomentazione che utilizza una rigorosa esegesi delle norme del codice e della sua interpretazione, ma opera una scelta coerente con i principi costituzionali di economia

[26] Tra le prime sentenze in tal senso, si vedano Corte cost.,16 gennaio 1957 n.3; 22 gennaio 1957 n. 28; 02 luglio 1957 (tutte in www.cortecostituzionale.it).

[27] Corte cost., 15 aprile 2010 n. 138, in *Foro it*., 2010, I, c. 1367 con nota di ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio*.

[28] Corte cost. 13 aprile 2016 n.84, in www.cortecostituzionale.it

[29] Sul punto si veda la limpida e densa motivazione in Cass. 16 ottobre 2007, n.21748 (rel. Giusti), in *Foro it*., 2008, I, c. 125.

[30] Corte cost, 8 ottobre 2008,n.334 in www.cortecostituzionale.it

[31] La Corte di Cassazione 11 maggio 2009, n. 10741"la funzione interpretativa del giudice, i suoi limiti e la sua vis espansiva sono funzionalmente collegati all'assetto costituzionale del nostro ordinamento quale Stato di diritto anch'esso caratterizzato dal Rule of Law, assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice

[32] La Corte di Cassazione 11 maggio 2009, n. 10741, nel decidere sulla soggettività del concepito, ha enunciato un manifesto sulla natura aperta del nostro ordinamento e sulla piena attribuzione alla giurisprudenza di un ruolo di fonte di diritto. L'esito della decisione può essere discussa ma va apprezzata la chiarezza e la tensione sistemica. Sul punto si vedano già GIANNANTONIO, *Dottrina e giurisprudenza come "fonti del diritto"*, in *Giur. it*., 1991, p. 10 e di recente ALPA, *La dialettica fra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita:riflessioni in prospettiva storica nella recente letteratura*, in *Cont. imp*., 2015, p. 646; FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, in *Cont. imp*., 2010, p. 366 ss.; PALAZZO, *Per un ripensamento del ruolo del notaio nel mutato sistema delle fonti*, in *Notariato*, 2014, p.584.

[33] Così Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243. Sulla decisione si veda PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, p. 113.

[34] Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n.12310, in *Foro it.*, 2016, I, c. 255 ed ivi nota di MOTTO, *Le sezioni unite sulla modifica della domanda giudiziale*.

processuale, ragionevole durata, giustizia sostanziale ed effettività.

Si osserva che "interpretazioni meramente formalistiche" aumentano il rischio di giudicati contrastanti, e mettono in pericolo la stabilità ed effettività della tutela assicurata ai privati dal processo. Sicchè la previsione costituzionale di un processo giusto impone al giudice di non limitarsi ad un applicazione formale ed astratta delle regole processuali, e "di verificare sempre (e quindi ogni volta) se l'interpretazione adottata sia necessaria ad assicurare nel caso concreto le garanzie fondamentali in funzione delle quali le norme oggetto di interpretazione sono poste". Con un fine preciso. Evitare che un'ermeneutica formale e meccanica "si riduca in un inutile complessivo allungamento dei tempi della giustizia ed in uno spreco di risorse, con correlativa riduzione di effettività della tutela giurisdizionale". Tutto ciò in continuità con una tendenza della giurisprudenza a rileggere la disciplina processuale in base ai "valori funzionali del processo" in settori fondamentali del diritto dei privati, dalle patologie negoziali[35], all'abuso del processo[36], alla tutela della concorrenza[37].

Queste sentenze pongono in luce alcuni dati rilevanti su cui riflettere.

Il diritto applicato in base a regole e principi concorre sempre più con la funzione legislativa non fosse altro perché i diritti e le tutele devono essere ricercate, in via interpretative, in un sistema plurale di fonti dove sono centrali la Costituzione e le Carte europee e sovranazionali[38]. Giudici e legge, insomma, acquistano una funzione, sotto certi profili concorrente, nel dare attuazione ad un sistema complesso, frutto di un progetto politico e una forma democratica che emerge dalle costituzioni del novecento e dalla loro trasformazione [39].

2. Le posizioni della dottrina.

Certo le critiche di una parte dottrina sono forti e autorevoli. Si osserva che lo Stato di diritto è Stato della legge che riposa nella identità fra legge e diritto "posto dagli uomini per altri uomini". Tutto "accade entro il cerchio della volontà umana" per decisione dello Stato sovrano che può delegare ad altre fonti sovranazionali la produzione di regole che restano comunque proprie. Da qui l'essenza di un positivismo che esclude ogni rinvio a norme metastoriche , unifica legittimità e legalità e si impone ai destinatari che obbediscono per varie ragioni (paura, bisogno, fiducia) ma attribuiscono,comunque, legittimità alla legge ordinaria e alla Costituzione[40].

Tale visone evoca eventi distruttivi[41] ma la critica della contemporaneità è altrettanto netta in una diversa prospettiva.

Il decadimento e l'eclisse del diritto civile è determinato, secondo questa visione, da tre fattori in particolare: l'irrompere delle norme costituzionali, il protagonismo dei giudici[42] e diritto europeo[43] . La

[35] Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit.

[36] Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n.23726 in *Nuova giur. civ.*, 2008, p. 461 con nota di FINESSI, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite* e 15 maggio 2015, n.9935, in *Foro it.*, 2015, I, c.2013 con nota di FABIANI, *Di un'ordinata decisione della Cassazione sui rapporti fra concordato preventivo e procedimento per dichiarazione di fallimento con l'ambiguo addendo dell'abuso del diritto*.

[37] Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Foro it.*, 2015, I, c. 2752 con nota di CASORIA-PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale: dopo la dottrina, il diritto delle corti?*

[38] Sul punto, si veda il contributo essenziale degli scritti di Perlingieri *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006; *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p.497; *Interpretazione e legalità costituzionale. Appunti per una didattica progredita*, Napoli, 2012, p. 157.

[39] FIORAVANTI, *La trasformazione costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, p. 295.

[40] Si confronti, IRTI, *Nomos e Lex*, cit., p. 589: "Altra legge, da cui non sono percepibili valori la cui attuazione giudiziale determinerebbe solo incertezza e frantumazione. Né il giurista ha altre scelte se non quella di studiare il diritto posto ("come i numeri il matematico"), senza altre alternative che quella di obbedire o andarsene , al pari di ogni altro cittadino, di fronte all' atto politico che crea diritto e "non sottostà alla giustizia ma è esso stesso la giustizia suprema".

[41] IRTI, *op. loc. ult. cit.* e ora ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p.39: La crisi della fattispecie che trova il fulcro nelle nome costituzionali e nella scoperta dei valori apre " una porta attraverso cui può entrare di tutto", dal "fantasma del diritto naturale alla soggettività dell'interprete, alla scomparsa della prevedibilità e calcolabilità del diritto, con un attentato mortale alla razionalità giuridica del capitalismo" e la tradizione della società occidentale. Una legalità procedurale che necessita solo di alcuni correttivi. L'ethos della convivenza (il senso dello Stato), la stabilità delle leggi, e l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla norma.

[42] Si veda CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, e ID. *Il danno non patrimoniale nel cuore del diritto civile*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 293. Il primo evento avrebbe determinato una vera mutazione genetica in virtù di una giurisprudenza che, in presa diretta con le norme costituzionali prive di fattispecie, ha acquistato una priorità rispetto al legislatore e un' attenzione sbilanciata ai valori e ai rimedi. Quando ,invece, una *Drittwirgung* ordinata dovrebbe passare dalla mediazione della legge e non del giudice che diventa ,altrimenti, "signore del fatto" e della sua giuridicità

[43] CASTRONOVO, *Eclissi*, cit. p. 288-289. L'assenza di una coerenza sistematica nel dare risposta a problemi che hanno bisogno, spesso, "dei tempi lunghi della democrazia". La

conclusione è chiara . Serve un recupero della forma giuridica a tutti i livelli e "una ricostruzione di una teoria del diritto civile dotata di coesione spirituale e concettuale"[44].Non solo il diritto privato deve avere una base democratica, al pari del diritto pubblico. Sicché se in una comunità si è potuto influire sul processo legislativo di formazione delle regole, il risultato acquisito non può essere contraddetto da standard esterni come la giustizia, la morale, la tradizione, l'efficienza o altri fondamenti che dovranno dimostrare la loro forza all'interno del dibattito democratico senza pretendere di poter influire sulla disciplina positiva.[45].

Queste lucide analisi muovono da una premessa altrettanto assoluta. La priorità della legge come solo ed unico strumento per assicurare un controllo democratico e una fiducia assoluta sul principio di legalità e la divisione dei poteri espresso da un modello di Stato che mostra, oggi, elementi di profonda trasformazione nei singoli ordinamenti e in Europa. Provo a indicare qualche aspetto.

La crisi dello Stato come unica fonte del diritto è avvertita con forza sin dagli anni 60. Basta qualche esempio.

Angelo Cammarata nella prefazione del volume che raccoglie alcune opere di Santi Romano, confessa di aver tratto da quegli scritti l'idea per formulare la tesi della relatività fra fatto e valutazione giuridica, Sino a cogliere un momento non solo normativo ma anche "*storico e logico ad un tempo"* del "*convertirsi della realtà di fatto in diritto positivo"*.[46] Lo stesso Romano nel suo ultimo scritto , parlando dell'interpretazione evolutiva usa parole chiarissime. " La legge in sé e per sé è inerte. Non ha una propria vita. E' materia non anima. Un'anima ha invece l'ordinamento ove le leggi sono espressione del suo continuo mutamento delle forze vitali". La conclusione è precisa. Non è la legge che si evolve ma l'ordinamento che si riflette, in modo sempre nuovo, nella mente dell'interprete[47].

La Costituzione sta per essere promulgata e nei decenni successivi inizia una rilettura del codice civile alla luce di questa nuova legalità[48] sino a segnalare, con sempre maggiore evidenza[49], che la legge "astratta e generale " diviene "strumento oramai inadatto a fondare il diritto privato comune dei cittadini"[50], inteso, in modo molto diverso, ma egualmente separato dalle vicende dello Stato[51]. Si parla di un ordine giuridico [52] radicato "nella ricchezza della storia"[53] o si esalta il suo carattere di tecnica necessaria priva di "direzioni e obbiettivi" che spetta alla Politica fissare[54]. E diversità di visioni non è limitato al diritto dei privati. Il rapporto critico fra legislazione e giurisdizione è avvertito in ogni settore. I pubblicisti si interrogano sul ruolo nuovo e diverso della Pubblica Amministrazione e analizzano i mutamenti in atto nell'assetto costituzionale[55]. I penalisti si interrogano, con un ossimoro provocatorio (il burocrate creativo),[56] sul reparto di competenze che, attribuendo centralità al giudice, intaccherebbe il nocciolo della vita democratica. Ma le opinioni sono distanti sulla legittimità del giudice, sulla riserva di legge dell'art. 25 cost. e sulla peculiarità del diritto penale. Una peculiarità non assoluta se si

---

carenza di una ponderata argomentazione. La creazione contro le norme vigenti di vere o presunte esigenze di tutela. Da qui la sollecitazione a rivalutare la centralità del codice e del diritto civile quantomeno " come intelaiatura sistematica ". Il richiamo alla prudenza e alla buona dogmatica, rifiutando una funzione creativa dell'interprete e un ruolo espansivo del principio di effettività come scorciatoia per soluzioni *extra ordinem*. Infine il diritto europeo avrebbe favorito la presa diretta con diritti e principi, inventati spesso per giustificare nuovi rimedi sino a sconvolgere l'ordinamento interno per effetto dell'azione della Corte di giustizia e di un uso disinvolto del principio di effettività.

[44] CASTRONOVO, *Eclissi*, cit. p.290 e ora ID., *L'aporia tra ius dicere e ius facere*, in *Eur. dir.priv.*, 2016, p.981.

[45] HESSELINK, *Democratic contract law*, in ERCL, 2015, p. 83. Secondo questa visione la giustizia o la legittimità del contratto non possono essere determinate in anticipo da analisi teoriche, ma dovranno imporsi all'interno di un dibattito democratico per una ragione condivisibile. I teorici del diritto privato non hanno accesso privilegiato alla verità sul contratto e alla giustizia contrattuale.

[46] ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969 ed *ivi* la *Prefazione* di CAMMARATA.

[47] ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p.123.

[48] Un merito grande va agli studi di Perlingieri: *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p.95 e *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, 1989, p. 111.

[49] RESCIGNO, *Codice (codice civile)*, in Treccani Enciclopedia del Novecento., Appendice V (1991); Id., *Codice, Codice Civile*, in *Enc. giur.*, *Appendice* IV, I, 1978.

[50] Questa evoluzione è descritta e valutata in modo limpido e profondo nel saggio di ADDIS, *Sulla distinzione fra norme e principi*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p.119.

[51] In argomento, si confrontino gli scritti di SCALISI, *Complessità e sistema*, cit., p.147; ID., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p.43; ID., *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della "regola giuridica"nell'epoca della post-modernità*, Milano, 2012, p.227; ed altresì ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p.4 e la recensione di FIORAVANTI, in *Quad. fior.*, 1994, p. 475; ID., *Il diritto nelle opere dell'Enciclopedia*, in *Treccani. Novanta anni di cultura italiana 1925-2015*, Roma, 2015, p.120.

[52] GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*.

[53] GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit. p. XI.

[54] IRTI, *Nomos e lex*, *cit.*, p.389..

[55] *Giudici e legislatori*, (Trascrizione di un dibattito svoltosi a Firenze il 30 ottobre 2015), in *Diritto pubblico*, 2016, p.484.

[56] E' questo il titolo di un interessante convegno organizzato da Fausto Giunta a Firenze il 16 settembre 2016.

confronta con la visione che la grande letteratura ha del diritto privato[57].

Anche in Europa [58] si assumono atteggiamenti diversi [59] sin dalle opere di Esser[60], di Dworkin[61] e di Tridimas[62] ed esiste oggi [63] un forte dialogo[64] e ricerche preziose[65] e recenti[66] che affrontano il tema dei principi [67] con scetticismo [68] o riserve [69] ma anche con una robusta analisi dei testi (artt. 114 TFUE, 53 TFEU 157/19 TFEU) dell'*acquis* e della casistica giudiziale,[70]con il contributo della dottrina [71] e dei giudici nazionali ed europei.

3. Diritto privato e principio di divisione dei poteri.

È noto che la divisione dei poteri è scritta in un famoso testo ove si equipara la sua mancanza all'assenza di una Costituzione[72]. Ma la sua funzione è molto discussa[73] tanto che il principio "rischia di diventare un dogma ambiguo e misterioso per un duplice ordine di ragioni. Da un lato, per la diversità dei modi con cui giuridicamente si è attuata sino ad oggi l'esigenza di dividere il potere, e, dall'altro, per l'impossibilità di spiegare, in modo sufficientemente realistico, la dinamica dei nostri sistemi democratico-parlamentari, partendo da questo principio, formulato nel Settecento per regimi monarchici quando l'aristocrazia deteneva ancora un potere politico"[74]. Tanto che il dogma può essere addirittura pericoloso in quanto " non consente di garantire con vera efficacia la libertà del cittadino"[75] o la forma democratica[76]. Per un motivo chiaro.

"La divisione aveva un senso in un sistema sociale, ove vi erano due o tre poteri (Re, nobiltà,

[57] Si veda una bella pagina su tutto ciò nel romanzo di MAGRIS, *Non luogo a procedere*, Milano, 2015, p.50, dove si osserva che il diritto civile è il campo di battaglia più feroce. Più del diritto penale dove almeno le passioni ispirano i reati più infamanti . Nel civile no. Ogni relazione umana esplode, spesso, in conflitti assurdi e atroci. Tra figli e genitori, fratelli e parenti . Per successioni o contratti, per conquistare o difendere una proprietà, per vincere la gara spietata della concorrenza, per acquisire o difendere diritti fondamentali, per disputarsi i benefici patrimoniali delle "carte postume di un poeta". Da Balzac agli autori del novecento italiano si narra dell' avidità dello spirito, della carne e del denaro di uomini e donne e di "avvocati, giudici, codicilli" che amministrano queste liti spesso inventandosi "vizi di forma" o "commoventi e nobili pappe del cuore", pretendendo "quando sbranano o depredano, di essere nel giusto".

[58] ALPA, *I principi generali del diritto civile" nella giurisprudenza ella Corte di Giustizia*, in *Giust. civ.*, 2014, p.325.

[59] Si confronti, in particolare, per un efficace sintesi il bel volume di REICH, *General principles in EU Civil law*, Intersentia, 2014, p. 1-16.n

[60] ESSER, *Grundsatz un Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tubingen, 1956.

[61] DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass), 1977.

[62] TRIDIMAS, *The General Principles of EU law*, Oxford, 2006.

[63] Mi permetto un rinvio a VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, in *Persona e Mercato,* 2015, p. 51 (www.personaemercato.it).

[64] TRIDIMAS, *The General Principles,* op.cit., nota 2 p. 1729, come richiamato da REICH, *General Principles*, cit., p.7.

[65] HARTKAMP, *General Principles of EU Law*, in *RabelsZ*, 2011.

[66] REICH, *General principles,* cit. p.6.

[67] WEATHERILL, *The Priciples of civil law as a basic for interpretino the legislative acquis*, in ERCL, 2010, 74 e LECZYKIEWICZ/WEATHERILL(eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships,* 2013, p. 131.

[68] Questa l'opinione di HESSELINK, in LECZYKIEWICZ/WEATHERILL(eds), *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships,* op. cit come riferita da REICH, *General principles*, op. cit. p.7

[69] BASEDOW, *The Court of Justice and civil law:vacillations,general principlesand the archite of the European judiciary*, ERPL 2010, p. 475

[70] REICH, *General principles,* op. cit., p.11 ss.

[71] Si confronti, ora, RUTGERS SIRENA (eds), *Rules and Principles in European Contract Law*, Cambridge, 2015 ed *ivi* i saggi di ADAR - SIRENA, *Principles versus Rules in the Emerging European Contract Law,* p. 7, PATTI S., *Contractual Autonomy and European Private Law*, p. 123 e NAVARRETTA, *Good Faith and Reasonableness in European Contract Law*, p. 135.

[72] Si veda l'art.16 della Dichiarazione dei diritti ell'uomo e del cittadino del 1789: "ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti e determinata la separazione dei poteri non ha una Costituzione". Per un analisi attenta (a cura di) FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009.

[73] MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, in (a cura di) Bobbio, Matteucci, Pasquino, *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, p.203; ID., *Organizzazione del potere e libertà-Storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2016, ed *ivi* una limpida sintesi sul garantismo, lo Stato di diritto, la *Rule of law*, la separazione dei poteri, appunto.

[74] MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p.203

[75] MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 203. e le sue osservazioni su Montesqueu, il quale pensava ad un governo misto mediante la divisione del potere legislativo attribuito sino allora al Re, alla nobiltà e al popolo. Da qui le due Camere inglesi. L'equilibrio a cui si tende è un equilibrio sociale e non politico costituzionale, basato non su organi dello Stato ma sulle classi sociali esistenti. Questa visione ha avuto successo nell' Europa del tempo anche nello Statuto Albertino, ma con la democrazia, che riconosce ogni potere in quanto emanato dal popolo, di questa concezione rimane solo la necessità di un equilibrio costituzionale, realizzato in Italia con il modello parlamentare bicamerale, il ruolo del Presidente della Repubblica e del Governo, l'indipendenza della magistratura. Sul punto si veda altresì COLOMBO, *Governo e costituzione durante la Rivoluzione francese*, Milano, 1993.

[76] MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 204. Secondo l'a., Kant si riferiva ad una legge astratta, generale e universale, ma tale idea è stata ben presto contraddetta dalla massa crescente di leggi e leggine singolari, promosse fra l'altro non dal Parlamento ma dal Governo attraverso i decreti. Tanto che si attenua " la distinzione fra diritto e politica, fra il legiferare e il governare; oggi si amministra e si governa per mezzo della legge e non secondo la legge. Leggi decreti e sentenze sono tutte norme che si differenziano soltanto gerarchicamente nell'ambito dell'ordinamento giuridico

popolo)". Nel nostro ordinamento esiste il solo potere "della maggioranza che governa" e questo potere può sempre diventare arbitrario[77] o irragionevole. Sicché la divisione non è uno strumento adeguato a segnare i tratti fondamentali della democrazia in Europa. Anche perché dopo la grande guerra "i cittadini europei, crearono qualcosa di nuovo". Una democrazia ostile ad una sovranità popolare illimitata e favorevole ad un controllo da parte di istituzioni non elettive, come le Corti costituzionali"[78]. E ciò che è accaduto dopo è altrettanto chiaro.

La crisi della democrazia rappresentativa coincide con la crisi dei partiti politici, da tempo incapaci di " un'autentica mediazione politica e progettuale"[79]. L'ultima stagione di grandi riforme si ha negli anni 70 del secolo scorso, quando muta la disciplina della Scuola, della Sanità e della Famiglia. Negli anni 80 cresce il peso della politica comunitaria e irrompe l'ideologia del mercato. Tutto ciò indebolisce il valore politico della Costituzione e rafforza il suo ruolo nella tutela dei diritti fondamentali. Ove confluiscono "esigenze privatistiche di garanzia e pubblicistiche di creazione di un ordine istituzionale"[80]. Mutano gli equilibri[81]. La Carta si emancipa dalla sua matrice originaria di "rivoluzione promessa" per " divenire norma che trova nella giurisprudenza il luogo privilegiato di applicazione dei diritti e dei principi.

Certo il vincolo alla legge e al testo rimane essenziale come cardine del sistema "che va riformulato e ricercato però "nel contemporaneo agire di legami formali e fattuali", attraverso una revisione che tenga conto del contesto mutato, del reciproco condizionamento , adattamento e modificazione della norma e del fatto[82]. Ciò perché i testi e le prescrizioni non sono che l'emersione " di un complesso regolativo che verrà sviluppato..da soggetti diversi". Il legislatore che non ha più il monopolio della produzione delle regole ma "una posizione di precedenza e preminenza.. che diviene concretamente efficace solo attraverso la mediazione di chi applica il diritto"[83]. Il giudice che non è un legislatore e partecipa in via mediata alla produzione della norma solo in riferimento ai contesti concreti di applicazione. Sicchè il "vincolo fra i due soggetti è reciproco e funzionale e non può essere ridotto ad una relazione di tipo gerarchico ma in un ottica circolare policentrica del fenomeno giuridico"[84].

Tutto ciò è confermato da una lettura attenta ed evolutiva di alcuni precetti costituzionali.

L'art. 1 afferma che la sovranità appartiene al popolo, ma nei modi e nelle forme previste dalla Costituzione. Dunque il vincolo alla legge si esprime in modalità complesse che la legge,i giudici e la dottrina devono precisare. La sovranità del Parlamento *deve operare e convivere con la libertà della scienza e con l'indipendenza della magistratura.* Valori anch'essi prioritari come risulta dall'art.33 ove la libertà della scienza giuridica implica possibilità di fissare le modalità di regolazione più efficiente e dall'art.101 2 comma e 117 che richiama, implicitamente, la CEDU e la Carta di Nizza. Una pluralità di norme [85] e di principi [86] che il giudice è chiamato ad applicare. [87] in modo diverso e concorrente[88].

Resta da precisare come debba essere esercitato questo ruolo concorrente fissando alcuni punti fermi.

---

[77] MATTEUCCI, *Costituzionalismo*, cit. p. 205 e l'esame dell'ideale tedesco di Stato di diritto, ove manca l'idea di libertà politica. Nella nozione di Rechstat mutano i ruoli dei poteri, nel clima del positivismo giuridico e del mistico rispetto per la legge che è comando del Sovrano. D'altra parte, invece, la cultura inglese (la *Rule of law*) ha ignorato il concetto di Stato, usando piuttosto quello di governo, comprensivo anche della funzione esecutiva e legislativa. Ha affermato sempre l'autonomia del diritto , acconto o sopra al governo o la necessità di subordinare il governo al diritto, grazie alla *common law*. Un diritto di cui i giudici sono conservatori e depositari. Sul valore della politica si confrontino DIONIGI, *Elogio della politica*, 2009, p. 1 e CARTABIA e SIMONCINI, *La legge di Re Salomone*, Milano, 2013.

[78] MULLER, *L'enigma democrazia. Le idee politiche nell'Europa del Novecento*, Torino, 2012, p.XV.

[79] FIORAVANTI, *Il diritto nelle opere*, cit., p.120.

[80] FIORAVANTI, *Il diritto nelle opere*, cit.. p.121.

[81] CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, 2016.

[82] VIOLA - ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari,1999, p.159

[83] VIOLA - ZACCARIA, op.cit.p.160

[84] VIOLA - ZACCARIA, op. cit.p.161

[85] SORACE, *Giudici e legislatore*, in *Dir. Pubb.*, 2016, p. 615.

[86] LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, cit., p.391.

[87]Una svolta, nel diritto positivo, si ha con la sentenza n. 500 del 22 luglio 1999 della Corte di Cassazione (in *Foro it*., 1999, I, c. 2487) sul risarcimento degli interessi legittimi, ove si enuncia una precisa visione del reparto di competenze nell'applicazione della responsabilità civile. Spetta al legislatore fissare la rilevanza della situazione soggettiva lesa. Spetta al giudice, nell'applicazione del requisito dell'ingiustizia del danno, individuare la tutela più adeguata alla protezione dell'interesse violato dal contegno altrui NUZZO, *Regolamento sul diritto comune europeo della vendita ed evoluzione del diritto interno*, in *Contr. impr. Eur.*, 2013, p.615; ID., *Il diritto europeo dei contratti e l'evoluzione del diritto interno*, in (a cura di) Perlingieri-Tartaglia-Polcini, *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 303 e le osservazioni critiche di D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. Civ*., 2016, p.505.

[88] Il rimedio giudiziale non crea il diritto ma serve ad individuare la modalità della tutela più efficiente in dialogo con il legislatore e la scienza giuridica che partecipano in modo diverso, al processo di produzione del diritto. Sul punto, VIOLA - ZACCARIA, cit., p.159.

Il giudice non è soggetto ad altro potere e non può agire *contra legem*, ma deve attuare diritti e principi. Se alcuni diritti e principi sono inviolabili e sottratti alla discrezionalità del legislatore significa che legge e giudice devono svolgere la loro attività in modo complementare attraverso un serio confronto con i testi legislativi, senza il quale "non si fa diritto ma ideologia (cosa ancor più nobile, forse, ma diversa)"[89].

La legge ha un compito fondamentale nell'assicurare certezza e prevedibilità delle decisioni [90]. Le ultime novità sul processo civile vanno in questa direzione (art. 374 3 comma c.p.c.), grazie anche all'attività della Corte di Cassazione (nell'applicazione dell'art. 360 bis c.p.c.), e della dottrina nel riflettere su nuove forme di certezza[91] e sul corretto uso dei principi.

La scienza giuridica ha un compito essenziale per un motivo evidente . L'ermeneutica di per sé non è sufficiente, ma deve coniugarsi con la dogmatica che sola può ridurre la complessità del sistema ed evitare decisioni, inaccettabili per il sistema giuridico. Come si è osservato[92] ci sono solo tre vie di uscita: una decisione "programmata nei dettagli dalle leggi", l'individuazione di un ordinamento" transitivo di tutti i valori rilevanti", oppure l'"uso di criteri indeterminati e mutevoli, fissati relativamente al caso singolo e solo per esso". Tutte queste soluzioni presentano "manifestamente delle difficoltà" ed "hanno in comune la tendenza a fare ameno della dogmatica giuridica"[93]. Espressione di una scienza che ha fondamento costituzionale in termini di libertà e responsabilità (art. 33 cost.).

Solo qualche osservazione.

4. Ermeneutica e dogmatica nel diritto giurisprudenziale. Uno sguardo al presente.

Si è detto, poc'anzi, che la legge generale e astratta non è spesso idonea a regolare i conflitti e a delimitare la funzione del legislatore e della giurisprudenza. L'analisi di molte vicende teoriche rafforza questa consapevolezza ma richiede anche una riflessione[94]molto delicata. Mi limito a due temi sensibili. Il controllo dell'equilibrio del contratto e l'attuazione dei diritti e principi fondamentali che dividono la dottrina.[95].

Quanto al controllo giudiziale sul contratto di fronte al ripensamento giurisdizionale dei rimedi invalidanti, la critica di alcuni commentatori è tanto feroce quanto ingiustificata[96]. Il rinvio alla buona fede e alla causa come strumenti di controllo dell'autonomia privata, non possono evocare alcuna tempesta [97] ma servono a delimitare termini di un controllo giudiziale di responsabilità e di validità coerente con l'evoluzione dell'ordinamento. Ed è chiaro perché.

Il codice del 1942 era sensibile ad un controllo della funzione sociale del contratto e non al tema dell'equilibrio o dell'equità, anche se c'erano norme che l'avrebbero consentito. Dalla buona fede al giudizio di meritevolezza, alla causa e l'ordine pubblico. Istituti a lungo disattesi dalla giurisprudenza in ossequio al principio della certezza. Questo orientamento muta con la consapevolezza che il controllo giudiziale, fondato sul nuovo sistema delle fonti, non è volto alla protezione di interessi individuali ma di un interesse pubblico, fondato sulla Costituzione e le altre fonti sovraordinate. L'uso ampio della buona fede ,come esplicazione dell'art. 2 cost., è il primo sintomo di questa nuova stagione, ma non solo. Il controllo sul potere privato nella disciplina della concorrenza e del mercato ha posto in luce un altro settore fondamentale ove emerge non un problema di equilibrio fra forti e deboli, ma una valutazione su un interesse pubblico all'esistenza di un mercato concorrenziale che si declina come vero e proprio diritto soggettivo.

---

[89] BELVEDERE, *Scritti giuridici*, I, *Linguaggio e metodo giuridico*, p. 337 e in part. per la citazione nel testo p.564.

[90] Il messaggio lucidissimo è stato recepito grazie alle opere di Irti (si veda retro la nota n. 10)

[91] BENEDETTI,*La fattispecie e altre forme di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, p. 67 (www.personaemercato.it).

[92] LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. di Febbrajo, Bologna, 1978, p.79.

[93] LUHMANN, op.cit.p.80

[94] Si veda TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale fra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, p.88 ss.

[95] D'AMICO, *op. cit.*, p. 443.

[96] La vicenda delle *claims made* è emblematica (Cass. sez. un., 06 maggio 2016, n. 9140 in *Foro it.*, 2016, I, 2014). La Corte valuta il contenuto ,controverso, della clausola che " condiziona la copertura assicurativa a due fatti: il sinistro e la denunzia che debbono verificarsi entrambi nel periodo di vigenza della polizza. Si esclude l'illiceità ma ci si chiede, giustamente, sino a che punto le parti possano snaturare il contratto di assicurazione, condizionando la copertura ad una barriera temporale che in certi casi appare intollerabile. Da qui la sollecitazione di un'indagine in concreto sull'applicazione dell'art. 33 del codice del consumo in caso dei contratti da esso disciplinati, e sulla posizione del professionista in considerazione anche dell'obbligo legale di assicurarsi a tutela dei loro clienti e assistiti. Da ultimo la Corte a sezioni unite con sentenza del 2 dicembre 2016, n.24645 (in http://www.italgiure.giustizia.it/) assicura continuità a tale orientamento.

[97] PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2012.

Insomma la causa si ripensa alla luce di una nuova legalità. Anzitutto nel precisare il suo ruolo in tema di prezzo irrisorio e adeguatezza originaria del corrispettivo[98]. Poi nell'affrontare il delicato problema dell'equilibrio negoziale che in Italia i giudici devono affrontare senza l'ausilio di una legge adeguata alla evoluzione dei rapporti e dei mercati. Intervento che in altri ordinamenti vi è stato. E' noto che la riforma del *code civil* pur in ossequio alla tensione anti-causalistica presente in Europa elimina la causa ma non, il problema del controllo sull'atto. Anzi interviene con efficacia sull'oggetto (art. 1169), estende ad ogni contratto non negoziato il controllo delle clausole che comportano un significativo squilibrio, introduce la figura della violenza economica e una disciplina specifica per l'imprevisione. Tutto ciò recependo e dialogando con la giurisprudenza, dopo una lunga fase di studio e di progetto[99].In Italia lo strumento della causa concreta[100] e della meritevolezza è utilizzato nel controllo clausole *claims made*[101] e dei contratti finanziari atipici[102] tramite un giudizio da svolgere, con l'ausilio di principi costituzionali che rafforzano l'esigenza di accertamento della validità e invalidità del contratto ai sensi dell'art.1418 c.c.[103] con motivazioni che[104] si pongono, in assenza di interventi di legge, l'esigenza di una valutazione effettiva delle tutele civili[105].

Sul primo aspetto il dialogo nella dottrina civilistica più autorevole percorre tutta la seconda metà del novecento. Da un lato si ammette una *Drittwirgung* solo in assenza di una regolazione legislativa [106] criticando il neo-costituzionalismo[107] che amplia i poteri del giudice e finisce per ridurre il diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza tramite l'utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme[108]. Sicchè la

[98] Si veda Cass.4 novembre 2015, n.22567 (così la massima " *Solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico può determinare la nullità della vendita per difetto di uno ei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazionied afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti ed all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto*"), in *Nuova Giur. Civ. Comm*., 2016 p. 503 con nota di BARCELLONA, *La causa del contratto e il "prezzo vile":giudizio causale e trasparenza negoziale*; la sentenza è pubblicata anche in *Foro it*., 2016, I, c.151 ed *ivi* la nota di PARDOLESI. In dialogo con la dottrina si esclude che l'equilibrio originario delle prestazioni possa rilevare come mancanza di causa salvo che si sia in presenza di un indice normativo (rescissione, impossibilità). Occorre invece precisare che l'assenza di corrispettivo non basta ad individuare una donazione o una liberalità e ne sono prova rapporti come quelli fra società collegate o i patti parasociali.

[99] Sul punto MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p.432, ma, soprattutto, FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *Contrat et engagement unilatéral à jour de la réforme*, 1, Paris 2016, p.33 e DESHAYES, GENICON, LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime génerale t de la preuve des obligations*, Paris, 2016.

[100] Si vedano le diverse opinioni sul punto di ROPPO, *Causa concreta:una storia di successo? Dialogo (non reticente,né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ*.,2013, p. 957; , LIBERTINI, *Il ruolo della causa negoziale nei contratti d'impresa*, in *Jus*, 2009, p. 273 e 278, ove si considera la causa una "variante 'domestica' di una regola più generale di controllo equitativo della giustizia degli scambi".

[101] DELFINI, *Clausole claims made e determinazione unilaterale dell'oggetto nel B2B: l'equilibrio giuridico del contratto negli obiter dicta della Cassazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p.545.

[102] Sul punto si veda il limpido saggio di GRISI, *Spigolando su causa,derivati, informazione e nullità*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 137 (www.personaemercato.it).

[103] Si vedano, da ultimo, Cass.15 febbraio 2016, n.2900 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 852; Cass. (ord.) 30 settembre 2015, n.19559, in *Banca, borsa*, 2016, II, p. 137 (ove si precisa il richiamo alla meritevolezza con il contrasto degli art. 38 e 47 Cost.) con nota di TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale* e Cass. 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, p. 725 con nota di COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*.

[104] PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made*, *cit*., c.2012.

[105] Basta pensare nel caso della *claims made* alla diversa situazione di un contratto per l'assicurazione nella circolazione dei veicoli, ove il danno si verifica in tempo reale e non crea problemi di una successiva consapevolezza che impedisca una successiva denunzia, e di un contratto per l'assicurazione professionale , ove il contegno non diligente e il danno può venire ad esistenza in un momento molto successivo al fatto, sicchè la sua denunzia può avvenire anche dopo la cessazione dell'efficacia della polizza. Il problema sta casomai negli effetti della nullità parziale della clausola che altera l'equilibrio del contratto perché il premio dell'assicurazione sarebbe stato più alto in assenza della clausola dichiarata nulla.

[106] D'AMICO, *op. cit.*, p.456, l'attenzione critica è rivolta in particolare alle opere di Perlingieri secondo cui" le norme costituzionali vincolano qualsiasi potere legittimato a dettare regole che concorrono a comporre l'ordinamento del caso concreto", sicchè un principio può aspirare a ricevere sempre la massima attuazione possibile anche in contrasto con il bilanciamento operato dal legislatore" (ivi p.455-60 e note 25 ss, in part.26). Di Perlingieri si veda *La persona umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p.11; Id. *Norme costituzionali e rapporti*, *cit*, p. 95; ID., *Il diritto civile nella legalità*, cit., *passim* (la riflessione dell'a. segue, anche distanziandosi, la teoria di R.ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, ma il dialogo con la dottrina è ampio e sia nelle pagine che nelle note).

[107] Si fa riferimento in particolare alle opere di BONGIOVANNI, voce *Neocostituzionalismo*, in *Enc.dir.*, *Annali*, IV, Milano, 2011, p. 749; LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio,tecniche,dottrine*, Torino, 2016, e, in particolare, FERRAJOLI, cit., p. 2771.

[108] D'AMICO, *op.cit.* p.456, imputa al costituzionalismo l' ampliamento dei poteri del giudice e la riduzione del diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza, tramite l'utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme Non solo. Si

creazione giudiziale di una regola per il singolo caso "incerta e controversa" "potrebbe finire per violare lo stesso principio di eguaglianza"[109] e di divisione dei poteri.[110]. Dall'altro si riconosce il ruolo fondamentale dei principi e della loro applicazione diretta o indiretta concentrandosi sulle modalità più adeguate di attuazione.[111] Il tema esige un approfondimento più ampio.

5. L'uso corretto dei principi. La giustizia come principio retorico.

Come precisa Mengoni[112] i principi possono assumere la veste dogmatica di regole di decisione o il carattere retorico di una base di partenza per l'attività del giudice, come il riferimento alla giustizia della decisione o del contratto e del processo[113]. Che cosa si intende? Come può entrare questo riferimento nel discorso giuridico[114].

Un punto fermo sta nella essenziale unità di diritto e linguaggio[115].Entrambi hanno in comune lo scopo di ordinare la società. Per garantire il primo, le libertà di singoli e istituzioni. Il secondo la creazione di una realtà sociale[116] e di una comunità[117]. In entrambi i casi occorre una cautela primaria. Si deve togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti[118], alla realtà effettuale. Giustizia ed effettività sono parole che hanno necessità, per un uso corretto, di questa opera di decostruzione . Iniziamo dalla prima .

Da sempre[119] si è avvertito l'esigenza di delimitare il suo uso significato muovendo da un dato simbolico. La cultura giuridica sino ai primi decenni del novecento aveva espresso uno slogan. *Qui dit contrattuelle dit juste*. Niente di più chiaro. La legge del contratto è la volontà delle parti. Un accordo libero ed esente da vizi è il massimo della giustizia ed è il valore che si vuol affermare e garantire. Solo in presenza di un vizio genetico o funzionale tipizzato si può negare effetti a quell'atto di volontà. Di più[120]. Esiste un solo contratto e un solo contraente, foggiato sulle mitologie della modernità. Un borghese abbiente. Né debole né forte. Espressione di una classe dominante che in tutta Europa ha costruito, nel *code civil* e nel BGB, il proprio statuto giuridico e politico.

La cultura ordo-liberale identifica il contratto giusto con le condizioni di una piena concorrenza secondo i tratti del tempo[121], ispirati alla centralità di un mercato regolato e tale idea domina in gran parte la politica comunitaria . La protezione del consumatore è ad un tempo strumento di protezione di una parte e condizione di efficienza del mercato La elaborazione della disciplina delle clausole vessatorie in Francia e Germania e poi nell'*iter* di approvazione della direttiva comunitaria del 1993, scandiscono bene il mutamento nel fondamento e nel controllo del contratto. La giustizia non si identifica più con la volontà e con un unico modello di contratto e di contraente. La formula ottocentesca declina e faticosamente appare un nuovo modello di riconoscimento dell'autonomia contrattuale e di controllo del contenuto liberamente voluto dalle parti. Insomma *contrattuelle* può non essere *juste*. Un accordo libero e valido non è più garanzia di giustizia. Ma stenta a prendere forma uno slogan evocativo di questa evoluzione.

---

esclude che i principi possano operare direttamente in presenza di "lacune provocate dall'omessa produzione di norme" per un motivo chiaro. Occorre evitare che il giudice possa "(argomentando sulla base di principi costituzionali) creare "diritti nuovi" (o affermare nuove forme di tutela per quelli esistenti) sostituendosi alla politica e "anticipando"soluzioni la cui mancata adozione da parte del legislatore non sia tanto dovuta ad una consapevole inerzia quanto piuttosto alla circostanza che quelle soluzioni non sono ancora "mature".

[109] D'AMICO, *op cit.*, p.486

[110] A ben vedere la conclusione del lungo discorso non è così netta. Non fosse altro perché si riconosce, da ultimo, l' impulso positivo della giurisprudenza nell'attuazione dei principi, sollecitando soltanto il giudice a "tener conto dei limiti che sussistono e si oppongono a tale applicazione" quando si sia in presenza di un 'ipotesi di lacuna legislativa"v. p .507.

[111] D'AMICO, *op cit.*, p..492 nota 124.

[112] MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*,1986, p. 5 (ora in *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, p. 165).

[113] Si veda, volendo, VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in questa rivista, 2015, p. 787.

[114] PLATONE, *La Repubblica*, (annotata da Guzzo), Firenze,1948, p.3-49 ove da duemila anni si ricorda che la giustizia può diventare "l'utile del più forte" senza principi che vengano prima della legge.

[115] BENEDETTI, *Oggettività esistenziale*, cit., p.234, " la struttura dell'interpretazione suppone un *testo* da intendere:il testo delimita,nell'infinità del comprendere, l'area ell'interpretare"

[116] SEARLE, *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, p. 70 ss ove si osserva che "il linguaggio è essenzialmente costitutivo della realtà istituzionale"; GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in questa rivista, 2014, p.1; BAMBI - MARIANI MARINI, *Lingua e diritto:Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa, 2013, ed *ivi* CERRI, *Efficienza e comprensibilità come obbiettivi deontologici del linguaggio del civilista*, p.68-78 in cui si prevede un elenco in 50 punti delle buone pratiche; CALVINO, *Note sul linguaggio politico*, in ID. *Una pietra sopra*, Milano, 1995, pp. 369-373.

[117] GROSSI, *Giuristi e linguisti*, cit., p.1 ss.

[118] CALVINO, *Lezioni americane, la leggerezza,* Milano, 1988, p.3.

[119] Sul punto sia consentito il rinvio ai miei precedenti scritti: *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20; *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 5; *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, ivi, 2006, p. 58.

[120] Si veda il lucido e utilissimo saggio di TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale*, cit., p.75.

[121] SACCO – DE NOVA, *Il Contratto*, Torino, 2004, 624-625 .

La vera novità si ha con la piena consapevolezza del significato precettivo della Costituzione repubblicana resa evidente dall'attività del Giudice delle leggi. La Repubblica non garantisce solo la libera iniziativa ma deve rimuovere gli ostacoli che di fatto limitano l'esplicazione della personalità, anche nei rapporti economici. L'obbiettivo da realizzare è un *prius,* una finalità chiaramente espressa dal testo dell'art.36, norma di indiscussa efficacia diretta. La promessa è di garantire a tutti una vita libera e dignitosa attraverso i poteri e gli strumenti propri di ogni organo a ciò deputato. Anzitutto con l'intervento legislativo, ma con un margine di intervento anche della giurisprudenza costituzionale, ordinaria e sopranazionale[122].

Il problema della giustizia non si fonda su di un giusnaturalismo sacro o profano. Non è scandito dalla presenza di un contratto definito con numeri o aggettivi (Btb Btc, terzo, asimmetrico e così via)[123]. Il richiamo alla giustizia ha il compito di decostruire e ripensare[124] la teoria e la configurazione degli istituti fondamentali del diritto privato per fissare un controllo affidato, oggi, a fonti diverse dal passato. Non più solo la legge ma anche i principi costituzionali e sovranazionali. Non più solo la volontà popolare espressa, in procedure legali fissate nelle norme. Ma legislazione e giurisdizione interna e internazionale, in dialogo fra loro. Questo il tratto del tempo. Questa la "verità " della giustizia nel diritto[125].

Certo si può discutere [126] se la parola giustizia sia troppo densa o settaria[127], e non si può concludere che esiste una "clausola generale" di giustizia in Europa o, al contrario, che spetta solo alla legge e ad una procedura parlamentare risolvere ogni problema di controllo. Entrambe le tesi peccano di un assolutismo eguale e contrario. Occorre togliere peso alla parola e avvicinarsi, da diverse visioni , al problema che essa evoca.

Il dibattito italiano offre una varietà di opinioni vasto. Molto diffusa è la teoria procedurale contrapposta ad un uso a-tecnico e pervasivo del giusto e dell'ingiusto nel contratto. Una recente voce esprime una definizione corretta che apre, ma non affronta il problema positivo. La "giustizia" del contratto è, insieme, il risultato relativamente stabile del processo auto-correttivo del diritto e un'articolazione fondamentale del patto sociale"[128]. Credo che sia così ma si deve individuare quale sia il tratto,oggi relativamente stabile, del principio e la filosofia ci viene in aiuto.

Come insegna Derrida "il diritto è essenzialmente decostruibile, sia perché costruito su strati testuali interpretabili e trasformabili sia perché il suo fondamento ultimo non è fondato". La Giustizia invece non è decostruibile per un motivo chiaro. "*La decostruzione è la giustizia*", ordina di calcolare con un procedimento preciso che si fonda su "una memoria storica e interpretativa", la quale " spinge a denunciare limiti teorici e ingiustizie concrete"e "richiama a un sovrappiù di responsabilità quando un assioma gode di molto credito". Ciò attraverso due tecniche."un aspetto dimostrativo di paradossi logico-formali" e una corretta interpretazione dei testi.

Secondo questa lucida visione il giusto non è mai garantito da una legge e una decisione giusta si avrà solo se "il giudice non segue solo la regola ma l'assicura,l'approva, ne conferma il valore attraverso un'interpretazione restauratrice, come se la legge non esistesse prima e l'inventasse lui stesso per il singolo caso". Ciò non significa incoraggiare una giustizia caso per caso. Il giudice non può operare senza un ordine o al di fuori di esso. La sua decisione sarà giusta quando sarà conforme a un diritto o una convenzione che "autorizzano un calcolo" secondo un'origine fondatrice come lo Stato moderno o l'atto istitutivo di una costituzione". Secondo quindi un sistema di fonti.[129] Sicché la giustizia " non è il diritto, è il movimento stesso della decostruzione all'opera nel diritto".

La decisione è un momento delicatissimo, ma sarà giusta se è aperta alla concreta relazione da regolare[130] "perché ogni avanzata della

[122] FIORAVANTI, *La Corte e la Costituzione nella democrazia costituzionale*, cit.; ID., *Il legislatore e i giudici*, cit., p.7; ID., *Il diritto nelle opere*, cit., p.111 e 123-124.

[123] VETTORI, *Contract without numbers and without adjectives. Beyond the consumer and the weak enterprise*, in ERCL, 2013, p.221.

[124] DERRIDA, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità*, ",Torino, 2003, p.49.

[125] Se è così non credo sia utile tornare al dilemma del prezzo giusto sepolto dalla storia. Affermarne l'esigenza o negarla non aggiunge niente al nostro tema di fondo. E' piacevole leggere posizioni diverse su questo tema ma non credo che *"a welfarist (economic) conception of justice best ezplains the existing (European) rules on contract formation an price. And its also casts a long and dark scado over general 'fair proce rule'*[125]. Come reputo scontato concludere che "*the preence and the absence of a fair price rules is compatible with a legitimate and just contract law regime*" (EIDENMULLER, *Justifying Fair Price Rules in Contract Law*, in ERCL 2015, p.220).

[126] HESSELINK, *Could a fair price rule (or its absence) be unjust? On the relationship between contract law, justice and democracy*, in ERCL, 2015, p.185, il quale osserva che la scelta compete al legislatore e un principio di giustizia meno denso esige ancora che "*the law can (and will at some point) be justified in non-sectarian terms, but given that such more neutral grounds are readily avaible on either side of the debat".*

[127] Si veda HESSELINK, *Five political ideas of European contract law*, in ERCL, 2011, p. 295.

[128] CALDERAI, voce *Giustizia contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, p. 447.

[129] DERRIDA, op.cit., p. 76.

[130] LÉVINAS, *Totalità e infinito*, Milano, 2016, p.81.

politicizzazione (seppur necessaria) obbliga a riconsiderare, a reinterpretare i fondamenti stessi del diritto così come erano stati ..calcolati e delimitati".[131]

Insomma "la giustizia incalcolabile ordina di calcolare tutto ciò che le è vicino" [132] e il suo tratto è "l'emersione della diversità che raffina la nostra sensibilità per le differenze", contro l'astrazione della modernità[133]. La consapevolezza insomma che la legge generale e astratta non è più idonea a fissare a regolare il diritto dei privati e il ruolo del legislatore e della giurisprudenza.

6. L'effettività come principio valutativo, integrativo e correttivo.

L'utilizzo del principio esige un chiarimento essenziale.

La concezione istituzionale [134] non attribuisce all'effettività un significato esterno, ma interno alla dinamica giuridica "poiché essa è il diritto obbiettivo e perciò non esige alcun altro fondamento"[135].Occorre solo che il fatto, per essere giuridicamente rilevante, sia valutato da una "una coscienza storicamente determinata in una data collettività"[136]. In tal modo la "riflessione si sposta dall'effettività alla misura scelta per calcolare il peso giuridico dei fatti"[137] e si espone alla critica di trascurare, del tutto, la dimensione normativa.

La prospettiva opposta è chiarissima[138]. Non esiste un criterio unico ed universale. Nella valutazione dei fatti "ciascuno di noi sceglie il proprio criterio nessun criterio è interdetto, nessun criterio è obbligatorio;la scelta è affidata alla volontà del singolo " che sceglie la norma fondamentale ,molteplice e discorde come garanzia di validità dei criteri di giudizio applicati ai fatti storici". " Questa scelta lo può condurre all'interno di " uno Stato, o in una banda criminale, o in una setta mistica,o in un gruppo rivoluzionario"[139]. Non esiste un ordine concreto precostituito [140]. "Norma e fatto comunicano attraverso il giudizio, i fatti restano ciò che sono, ma vengono messi a confronto dal soggetto giudicante" che è ciascuno di noi quando scegliamo la norma "fondamentale che governa la nostra vita". Insomma il significato giuridico dell'effettività non è oggettiva, ma sta "piuttosto in noi che giudichiamo i fatti dall'esterno e li commisuriamo ad un criterio da noi prescelto"[141].

A ciò è possibile replicare che la rilevanza giuridica dei fatti e delle situazioni soggettive presuppone un ordine[142] espresso da un sistema di fonti. Nel pensiero europeo del primo novecento " la teoria politica trae la giustizia dal valore indiscusso della spontaneità"; ma in tal modo non si fonda una teoria né si enuncia una verità oggettiva per il semplice motivo che la libertà individuale non ha l'ultima parola[143]. Un passo in avanti si ha quando si prende in considerazione l' Altro[144] e "la società che è luogo della verità"[145]. Il diritto, in questa dimensione, deve tener conto dell'estensione del diritto altrui, e della giustizia che si presenta sempre con "una certa dissimmetria e una qualche violenza", perché esige di rimuovere le differenze ed ha "come statuto di verità" il fare",il "forse"[146] e un giudizio che si manifesta come attenzione all'alterità , come vera "condizione della storia"[147].

---

[131] Né essa può "essere un alibi per astenersi dalla lotta giuridica e politica all'interno di un istituzione". Abbandonata a sé stessa la giustizia " è sempre prossima al male, ovvero al peggio perché il calcolo più perverso può sempre riappropriarsene". "Una garanzia contro questo rischio esige di saturare e suturare l'appello alla giustizia, sempre ferito".

[132] DERRIDA, op.cit., p. 79-85.

[133] LYOTARD, *La condizione postmoderna*, (trad. it di C.Formenti), Milano, 2012, p.7

[134] ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977, p 49.

[135] IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, cit., p.13,15.

[136] PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano 1953, p.139.

[137] IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*,op.cit.13,

[138] IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, p.137-140.

[139] IRTI, *Significato giuridico*, cit., p.31.

[140]Come teorizzato da ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, *passim* e da SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, Torino, 2002, p. 14, ma anche ID., *Dialogo sul potere*, Milano, 2012, *passim*.

[141] Così IRTI, *Significato giuridico*, cit., p.32.

[142] ROMANO, *Frammenti di un dizionario*, cit. p. 209ss.

[143] LÉVINAS, op.cit., p.82 "La libertà spontanea dell'io che non si preoccupa della propria giustificazione è un'eventualità inscritta nell'essenza dell'uomo separato:di un essere che *non partecipa più*" ,p-89; e sul punto anche DERRIDA, op.cit., p.74.

[144] LÉVINAS, op.cit., p. 96 "La sua esistenza giustificata è il fatto principale," perché "se l'altro può investirmi ed investire la mia libertà di per sé arbitraria, questo significa che io stesso, posso, in fin dei conti sentirmi come l'Altro dell'Altro "La significazione degli esseri si manifesta non nella prospettiva della finalità, ma in quella del linguaggio". "il silenzio non è una semplice assenza di parola..E' l'inverso del linguaggio: l'interlocutore ha dato un segno ma si è sottratto a qualsiasi interpretazione-e qui è il silenzio che spaventa" p.90.

[145] LÉVINAS, op.cit., p.83. "l'essenza della ragione non consiste nel garantire all'uomo un fondamento e dei poteri,ma nel metterlo in questione e nell'invitarlo alla giustizia" p.87. " io non sono solo…la società è il luogo della verità" p, 100.

[146] DERRIDA, op.cit., p. 82 " *Forse*, bisogna sempre dire *forse* per la giustizia…C'è giustizia solo nella misura in cui c'è l'evento possibile, evento che in quanto tale eccede il calcolo,le regole, i programmi , le anticipazioni ecc. Questo eccesso della giustizia rispetto al diritto e al calcolo..non può e non deve servire da alibi per astenersi dalle lotte giuridico-politiche, all'interno di una Istituzione o di no Stato".

[147] Così LÉVINAS, op.cit., p.87 e 88.: ma anche DERRIDA, op.cit., p. 82 secondo cui l'affermazione di Levinas (la verità

Questo giudizio investe anche i fatti e la loro percezione effettiva. Conoscere significa comprendere e giustificare, privando il fatto "di ciò che è compiuto, di ciò che è passato"; isolando la verità che da esso promana ed orienta. Solo in questo momento "passiamo da un'attività che non tiene in considerazione niente ad una considerazione critica del fatto" che deve cogliere quelle differenze nella realtà da valutare in base ad un testo che per noi è la Costituzione reubblicana.

Con essa si supera un ordine basato sulla sovranità di un centro politico e la libertà dei singoli. Si fondano invece valori primi ed equidistanti. La inviolabilità dei diritti e la solidarietà che non hanno bisogno di un centro, ma di un bilanciamento. Un eccesso di garanzie o di doveri rompe l'equilibrio, espresso da un patto che obbliga ogni cittadino a camminare assieme verso una direzione "giusta" che deve assicurare a ciascuno una esistenza libera e dignitosa. Non un obbiettivo ideologico che divide, ma un principio costituzionale che unisce. Che deve essere realizzato non dallo Stato ma dalla Repubblica. Non solo dalla Politica, dunque, ma da un coordinamento fra i poteri legislativo, giudiziario e amministrativo.

Diviene chiaro allora che l'*essenza giuridica del fatto*, distinta dall'efficacia[148], orienta e delimita la tutela sostanziale della situazione soggettiva o del conflitto perché consente di *conoscere* il fatto, nella sua essenziale manifestazione della diversità e delle differenze, e di *valutarlo* tramite il principio di effettività rispetto a un ordine descritto negli articoli 117, 2 e 24 cost., 13 Cedu e 47 carta di Nizza.[149].

Sicché, in caso di violazione della situazione in tal modo protetta si dovrà esaminare la tutela prevista da regole (interne e comunitarie) e dalla giurisprudenza consolidata. Se la protezione non è adeguata andrà ricondotta ad uno standard costituzionale interno o comunitario attraverso un interpretazione integrativa, legittimata da una fonte costituzionale. Ed è chiaro che ,in questi limiti, *il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto* in virtù di norme di sistema che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere[150].

Certo il principio non rende giuridico qualsiasi fatto: al contrario è strumento per valutare se una situazione è ordinata in diritto attraverso una selezione dei fatti e interessi rilevanti proprio in base all'effettività[151]. La critica di confondere così fatto e diritto non coglie nel segno . Il principio è fonte di diritto e richiama, in ogni singolo problema di vita, un metro di valutazione espresso dall'ordine che si deve attuare. La Corte costituzionale italiana interviene per garantire la effettività della tutela dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia assicura nell'ambito comunitario il massimo effetto utile delle direttive, a protezione del mercato, dei consumatori e di altri soggetti. La Corte di Strasburgo assicura l'effettività di un ordine che impone il rispetto della Convenzione europea dei diritti umani da parte degli Stati aderenti.

In ogni caso l'effettività è utilizzata dalle Corti *come antidoto alla astrattezza delle tutele e delle situazioni soggettive, arricchisce il loro contenuto ampliando gli obblighi positivi degli Stati e favorendo l'attuazione giurisprudenziale di rimedi capaci di rimuovere gli ostacoli al loro esercizio e adeguati alla protezione sostanziale dell'interesse*[152].

Le finalità e le potenzialità sono insomma chiare. Eliminare le restrizioni nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica e individuare i rimedi più adeguati alla lesione[153].

Tutto ciò nella pluralità di ordinamenti che esigono tutele diversificate per fatti conoscibili attraverso la decostruzione delle regole (giustizia) e la verità giuridica del fatto (effettività). Attività proprie del giudice ma non solo.

L'ermeneutica di per sé non è sufficiente ma deve coniugarsi con la dogmatica che sola può ridurre la complessità del sistema ed evitare che si prospetti una pluralità di possibili decisioni, inaccettabile per il sistema giuridico. Come si è osservato, da tempo[154], ci sono solo tre vie di uscita: una decisione "programmata nei dettagli dalle leggi", l'individuazione di un ordinamento" transitivo di tutti i valori rilevanti", oppure l'"uso di criteri indeterminati e mutevoli, fissati relativamente al caso singolo e solo per esso". Tutte queste soluzioni presentano "manifestamente delle

presuppone la giustizia) "presuppone sempre la dimensione di giustizia degli enunciati performativi, cioè la loro essenziale precipitazione. Questa non si da mai senza una certa dissimmetria e una qualche violenza".

[148] Anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte sul punto: per una sintesi VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 378.

[149] REICH, op. cit. 213ss.

[150] GAVAZZI, Effettività, principio di,in Enciclopedia giuridica,XII,Roma,1989,p.4.

[151] PIOVANI, *Effettività (principio di),* cit. p.430

[152] Fra le prime sentenze: Corte eur. dir. uomo, *Airey c. Irlande*, 9 ottobre 1979, par. 24-28 (in tema di maltrattamenti familiari e l'assenza di una tutela adeguata ed effettiva della donna coniugata); *Lopez Ostra c. Espagne*, 9 dicembre 1994, par. 52-58 (in tema di emissioni intollerabili); *Opuz c. Turchia*, 09 giugno 2009 (ancora su maltrattamenti familiari e rimedi statali ineffettivi).

[153] Indica questa triplice funzione della effettività nelle pronunzie della Corte di Giustizia REICH, op. cit., p. 91.

[154] N. LUHMANN, op. cit., p. 79.

difficoltà" ed "hanno in comune la tendenza a fare ameno della dogmatica giuridica"[155].

Ma ciò esige un altro tipo di riflessione.

[155] N. LUHMANN, op. loc. cit., p. 80

LA CADUCAZIONE DELLE CLAUSOLE VESSATORIE NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI TRA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

Di Daniela Valentino

SOMMARIO: 1. Il controllo giudiziale delle clausole abusive - 2. L'integrazione giudiziale: alcuni* leading cases *- 3. La caducazione della clausola vessatoria - 4. L'art. 6 come norma di ordine pubblico e il sistema ordinamentale unitario italo-comunitario - 5. La giurisprudenza italiana - 6. L'interpretazione dottrinale.

ABSTRACT. Lo scritto affronta la tematica della caducazione delle clausole vessatorie misurandone l'effettività in rapporto alla disciplina dell'integrazione del contratto, normativa e giudiziale. Il rimedio non ha come obiettivo la semplice tutela del consumatore ma è strumentale all'instaurazione e al funzionamento di un mercato concorrenziale.

The paper addresses the lapse of unfair clauses measuring their effectiveness in relation to the integration of contract. The remedy does not target the simple consumer protection but is instrumental to the establishment and functioning of a competitive market.

1. Il controllo giudiziale delle clausole abusive.

La caducazione delle clausole vessatorie è ritenuta funzionale a rimuovere quegli effetti dell' accordo che delineano una allocazione inefficiente e irragionevole dei rischi e dei costi contrattuali. E' tecnica che può apparire collidente con l'assunto che l'integrazione del contratto attraverso interventi normativi e regolamentari o, anche, in sede giudiziale possa avere un effetto di riequilibrio del contenuto contrattuale tra le parti ed, in particolare, nei contratti tra professionista e consumatore. Sullo sfondo si agitano le tematiche inerenti alla presenza di Condizioni Generali, predisposte dall' impresa con il duplice obiettivo di razionalizzare ed uniformare la sua attività contrattuale e velocizzare i rapporti di massa con l'effetto immediato del contenimento dei costi transattivi e amministrativi del contratto e di un eventuale contenzioso. E' anche noto che la conclusione di tali contratti è generalmente apprezzata anche dai consumatori che, secondo alcuni, pur accettando un' "iniquità contrattuale" beneficerebbero di una sostanziale riduzione dei costi, poiché la determinazione complessiva del prezzo non può prescindere anche dalla effettiva allocazione dei costi del rischio assunto. In sintesi, maggiori rischi per il consumatore genererebbero meno costi di acquisizione[1]. Attente valutazioni di tali affermazioni hanno indotto, però, a considerazioni critiche che fanno emergere che il *vulnus* della questione va spostato sotto un angolo visuale, dal punto di vista economico, differente. Innanzitutto, il fenomeno è presente anche in un mercato concorrenziale, poiché non è soltanto il monopolista che può far leva sul *take it or leave it*; più semplicemente l'aggravamento della situazione contrattuale è in funzione del grado di credulità e faciloneria dei clienti cui l'impresa si rivolge. Le asimmetrie informative, come la capacità di recepire gli effetti negoziati, sono il vero crinale per l'introduzione di clausole squilibrate.

Nè si può immaginare che una dettagliata e capillare informazione possa aumentare la consapevolezza degli obblighi assunti perché, come già sostenuto[2], non c'è miglior metodo di disorientare il destinatario che quello di aumentare il numero delle informazioni tecniche e complesse. L'inserimento nella contrattazione di massa di clausole abusive si spiega con la «'naturale' propensione al profitto, ossia con la considerazione che ogni clausola abusiva rappresenta un minor costo[3]».

Di fronte ad oggettive difficoltà per superare quello che viene definito come un "fallimento del mercato" si è diffusamente delineata la necessità di interventi che "dall'esterno" riconoscessero la vessatorietà delle clausole. «Il controllo giudiziale delle clausole abusive.... resta, dunque,..... il baluardo più accreditato contro i guasti della standardizzazione dei contratti»[4]. La tutela del consumatore, in generale, quindi, non è espressione di un obiettivo finale e solidaristico di esclusiva tutela del contraente debole, ma un obiettivo strumentale all'instaurazione e al funzionamento del mercato[5]. Essa non è una disciplina di settore che

---

* Relazione tenuta nel Convegno *L'integrazione dei contratti tra libertà negoziale e interventi normativi e regolamentari* tenutosi nell'Università degli studi di Salerno il 27 maggio 2016.

[1] PARDOLESI, *Clausole Abusive nei Contratti dei Consumatori. E Oltre?,* in *Foro it.,* 2014, V, *passim,* spec. 1-2; CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, 192, nt. 47: l'inserzione delle clausole vessatorie viene compensata da una riduzione del prezzo del bene o del servizio offerto; sulla questione della tollerabilità dello squilibrio in virtù del criterio della convenienza del prezzo, v. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2012, 269, ed *ivi* ulteriore bibliografia.

[2] D. VALENTINO, *Obblighi di informazione*, *contenuto e forma* negoziale, Napoli, 1999, *passim*, spec. 229 ss.; in tal senso, v. anche GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, 2006, in www.ilcaso.it, 8; CALLIANO, *Informazione e trasparenza nei contratti bancari e finanziari tra diritto dei consumatori e nuovo diritto europeo dei servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 11, 2014, 12; «è ormai appurato che l'efficienza della normativa non è in relazione alla quantità di informazioni che vengono mostrate»: LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. Impr.*, 2009, 6, 1249 .

[3] BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto negoziale le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 39 ss.; GENTILI (a cura di), *Rimedi*, in *Tratt. contr.* Roppo, 2006, IV, 602; RISPOLI, *Le mobili frontiere della disciplina delle clausole vessatorie*, in *Giur. it.*, 2013, 2.

[4] R. PARDOLESI, *o.c.*, 8 s. ricorda come anche la proposta di regolamento europeo sulla disciplina comune della vendita si pone con gli artt. 79-86 in questa direzione ampliando l'elenco della declaratoria di abusività. Diverso è l'approccio di chi ritiene che la correzione del contratto non sia preordinata a piegare il contratto ad una misura politica o etica, «ma è rivolta a conformarne il contenuto agli assetti che esso avrebbe presentato ove l'esercizio dell'autonomia privata si fosse sviluppato secondo i postulati che il modello mercantile assegna ai suoi scambi»: cfr. BARCELLONA, *o.c.*, 57.

[5] Così già JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. di diritto privato europeo* a cura di Lipari, Padova, 2003, 64; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 51; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in Trattato CNN diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, spec. 266 e 302; PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*. *Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 257 ss.; ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai*

impone agli operatori comportamenti predefiniti nella realizzazione dei loro interessi, ma crea le regole del gioco necessarie affinché ciascuno possa perseguire il proprio vantaggio individuale secondo un mercato concorrenziale corretto[6]. La necessità dell'intervento giudiziale è fortemente sostenuta dalla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia[7] ed anche dalla nostra Corte di Cassazione[8] che hanno, ripetutamente e costantemente, sottolineato che il giudice ha l'obbligo di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine». Pertanto, « deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola contenuta nel contratto……. rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva 93/13/CEE e, in caso affermativo, valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo di siffatta clausola»[9].

2. L'integrazione giudiziale: alcuni leading cases.

Nella dinamica dei rapporti tra impresa e consumatore o tra imprese, che non siano nella medesima posizione contrattuale, l'eteroregolazione può svolgere una funzione riequilibratrice dell'assetto contrattuale, poichè introduce regole che la predisposizione unilaterale del contenuto può aver offuscato o "raggirato"; tale funzione viene svolta sempre più frequentemente anche attraverso atti amministrativi, che predeterminano il contenuto contrattuale con clausole inderogabili[10]. Va adeguatamente valutato, però, che, in alcune ipotesi, l'attività di sostituzione delle clausole vessatorie o di integrazione del contenuto con le regole eterodeterminate può vanificare sostanzialmente l'attuazione dei principi generali europei[11], posti a fondamento del sistema di questo settore contrattuale.

Esistono alcuni *leading cases* che hanno appassionato ed appassionano l'attività interpretativa in modo costante dal recepimento

"codici di settore", (lo ius variandi nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche), in *Riv. dir. civ.*, 2016, 149; POMES, *Clausole abusive e intervento del giudice sulla sorte del contratto*, in *Diritto e giurisprudenza*, 5, 2015, spec. 41.

[6] Sempre JANNARELLI, *o.c.*, 115; SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004,794.

[7] Tra le altre v. Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, n. 243/08, in *Foro it.*, 2009, IV, 489; Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, n.240/98 a 244/9, in *Foro it.*, 2000, IV, 413; Corte di Giustizia, 9 novembre 2010, n. 137/08, in *Contratti*, 2011, 113; Corte di Giustizia, 21 febbraio 2013, n. 472/11, in *Foro it.*, 2014, IV, 5. In particolare, inoltre, Corte di Giustizia 14 marzo 2013, n. 415/11 si preoccupa di fornire i criteri in base ai quali il giudice nazionale deve riscontrare la vessatorietà attraverso un bilanciamento tra le attribuzioni giuridico-patrimoniali del consumatore e del professionista (*balancing test*)avendo riferimento agli elementi regolamentari ed economici. Vedila in *I Contratti*, 2013, 1059 ss. con nota di DELLA NEGRA, *Il* 'fairness' *test nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*.

[8] Tra le altre, Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 99, con nota di FARNETI, *Della trattativa individuale: ancora delucidazioni da parte dei giudici di legittimità*; Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Giur. it.*, 802; Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n.14828, in *Giust. Civ.*, 2012, 10, I, 2275; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, e Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 entrambe in *Giur. Comm.*, 2015, 5, II, 970 che Cass., 26 luglio 2016, n. 15408, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

[9] Tra le altre Corte di Giustizia 9 novembre 2010, cit.; Corte di Giustizia 14 giugno 2012 n. 618/10, cit. In dottrina v., PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 291; 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 *Contratto e impresa*, 2011,1388 ss.; OTTONI, *Clausole abusive e giurisdizione: competenza della corte e poteri d'ufficio dei giudici nazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 45 ss.; SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 459 s.; D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contratti*, 2008, 732; DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali "di protezione" nel diritto comunitario dei contratti, Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009; GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, 92 s.; SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della corte di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2016, 249. Nell'ordinamento inglese è significativa la previsione di cui alla s. 71 Consumer RightsAct del 2015, che impone una valutazione in merito alla natura equilibrata della clausola, con obbligo per le corti stesse di rilevarne d'ufficio l'abusività e dichiararne la nullità, anche nel caso in cui ciò non sia espressamente richiesto dalle parti, a meno che non vi siano insufficienti elementi (di fatto e di diritto) per procedere a siffatta valutazione.

[10] Cfr., ad esempio, il Reg. 3 maggio 2012, n. 40, emanato dall'IVASS e concernente la «definizione dei contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita di cui all'articolo 28, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27»; il «Testo Integrato Morosità Gas (TIMG)» approvato dall'Autorità per l'energia elettrica il gas che puntualizza quali clausole negoziali «dovranno contenere» i contratti di vendita di gas naturale predisposti dagli esercenti (art. 19, comma 1). Sul punto v. Delibera n. 99 del 21 luglio 2011, reperibile su www.autorita.energia.it. Si v. altresì, l'art. 37 del reg. CONSOB 29.10.2007, n. 16190, recante norme di attuazione del dlgs. n. 58/1998 (t.u.f.) concernente la disciplina degli intermediari.

[11] Recentemente ROSSI CARLEO, *Il codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contr. impr./Europa*, 2006, 35 s.; GENTILI, *Codice del consumo ed* esprit de géométrie, in *Contratti*, 2006, 166; CAPOBIANCO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, *passim*; ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

della direttiva 93/13/CEE. E' noto il caso, risolto dalla Corte di Giustizia 14 giugno 2012[12], che stigmatizzò la normativa spagnola in tema di nullità delle clausole vessatorie sulla entità degli interessi moratori nei rapporti bancari[13]. L'art. 83 del decreto legislativo n. 1/2007 di tale ordinamento consentiva al giudice nazionale, qualora sussistesse la nullità della clausola abusiva in un contratto, di integrare il contenuto rivedendo le clausole abusive secondo equità. La disposizione è stata considerata in contrasto con l'art. 6, § 1, della Direttiva del 1993 che, pur riconoscendo agli Stati membri una discrezionalità applicativa dei principi generali delineati, impone espressamente che le clausole abusive "non vincolino il consumatore". Va chiarito, preliminarmente, che con la Ley 3/2014 il legislatore è intervenuto sull'art. 83 r.d.l. 1/2007[14]; la attuale formulazione, prevede la nullità di diritto delle clausole abusive, le quali s'intenderanno per non apposte, con la conseguenza che accertata l'abusività della clausola il contratto continuerà a vincolare le parti senza la clausola medesima[15], salva l'ipotesi di clausola essenziale per la quale possono intervenire procedure di integrazione[16]. Nel preambolo della Ley 3/2014, è esplicitato che la riforma si è resa necessaria a séguito dell'intervento della giurisprudenza europea e in particolare della sentenza del 14 giugno 2012, C-618 *Banco Español de Crédito.* Anche la giurisprudenza di merito, così,

[12] V. Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, n. C618/10, Banco Español de Crèdito, in *I contratti*, 2013, 19 ss.; v., inoltre, Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, n.488/11, in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 31, 94, con nota di PIRODDI esplicitamente precisa: «L'art. 6, par. 1, direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che non consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza a fare il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale imposta da tale clausola a carico di detto consumatore, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore.». A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *Doctrina jurisprudencial sobrecondiciones del crédito hipotecario*, in *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, M.A.AlcaláDíaz (a cura di), Madrid, 2014, p. 210, il quale osserva che la modifica legislativa determinata dai recenti interventi della Corte di Giustizia, laddove stabilisce che alla nullità della clausola sugli interessi moratori dichiarata abusiva non consegua l'integrazione giudiziale, di fatto ha comportato l'applicazione di una sanzione in mancanza di una espressa previsione legislativa.

[13] Prima di tale dispositivo concordemente i commentatori spagnoli ritenevano che stante il silenzio della direttiva comunitaria in ordine all'efficacia della declaratoria di nullità, il legislatore spagnolo aveva correttamente previsto l'integrazione giudiziale: v., ad esempio, A. BLANDINO GARRIDO, *La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato*, in *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, M.L. PalazónGarrido e M. Del Mar Méndez Serrano (a cura di), Barcellona, 2011, p. 278 ss.; E. SERRANO ALONSO, *Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas,* in *Libro homenaje al Profesor Manuel Albalajo García*, I, J.M. González Porras e F.P. Méndez González (a cura di), Murcia, 2004, p. 4713 s. In materia di clausole abusive in Gran Bretagna si è spesso evidenziata la necessità del superamento della "strutturale debolezza" della legislazione in materia (v., il caso *Office of Fair Trading v Abbey National plc and Others* [2009] UKSC 6 – https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0070.html - in cui la Corte Suprema ha dichiarato che, in tema di spese bancarie, le spese per gli "scoperti" non autorizzati non rientrano nel campo di applicazione del Regolamento sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, escludendo, perciò, il *fairness* test e pervenendo ad un esito sfavorevole nei confronti di questi ultimi). La legislazione del Regno Unito in materia di clausole abusive si fondava, fino al 2015, sull'«Unfair Contract Terms Act» (1977) e sulle «UnfairTerms in Consumer Contracts Regulations» (1999). Queste ultime costituiscono l'atto normativo di recepimento della Direttiva 93/13/UE. Recentemente, è intervenuta una modifica legislativa, ad opera del «Consumer Rights Act» 2015, in vigore dal 1 Ottobre 2015, che accoglie alcune proposte effettuate dalle Commissioni legislative di Scozia e Regno Unito in un *Issue Paper* del 2012 (http://www.lawcom.gov.uk/wpcontent/uploads/2015/06/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues.pdf), la cui parte 2 sostituisce i due atti summenzionati. La parte dedicata alle clausole vessatorie è contenuta nelle s. 62 ss. del Consumer Rights Act del 2015. Per un'analisi della proposta del 2012 delle Commissioni legislative v. KENNY, *The Law Commissions' 2012 Issues Paper on Unfair Terms: Subverting the System of 'Europeanized' Private Law?*, in *European Review of Private Law*, n. 3, 2013, pp. 871–892

[14] Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.
"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas".

[15] La s. 67 del «Consumer RightsAct» del 2015 stabilisce che il contratto, là dove sia possibile, continua ad avere effetti nei medesimi termini, depurato dalla clausola vessatoria (dal momento che potrebbe non rispondere all'interesse delle parti la caducazione dell'intero contratto). Sul punto ci sono i primi commenti dottrinali: POOL, *Textbook on Contract Law*, Oxford, 2016, p. 284; MCKENDRICK, *Contract Law*, London, 2015; entrambi richiamano la giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare la sentenza *Kásler* del 2014 (C-26/13).

[16] Anche nell'ordinamento inglese quando una clausola contiene un elemento vessatorio, l'intera clausola andrà considerata abusiva e il contratto dovrà essere letto senza tale clausola. Tuttavia, l'eliminazione delle clausole abusive potrebbe incrementare il rischio di uno squilibrio contrattuale (a svantaggio del consumatore, ad esempio se l'eliminazione della clausola abusiva comporta l'obbligo di restituzione immediata delle somme prese in prestito a carico del consumatore), oppure il contratto potrebbe divenire troppo generico per poter essere adempiuto. In ossequio al principio enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kásler*, dunque, nel caso in cui il contratto non possa continuare ad esplicare i propri effetti senza la clausola abusiva caducata, il giudice nazionale può rimediare sostituendo a tale clausola una disposizione nazionale di natura suppletiva, a patto che, naturalmente, non contenga gli elementi di vessatorietà presenti nella clausola abusiva caducata: POOL, *o.u.c.*

richiamando il giudicato europeo, ha più volte ribadito il principio della caducazione pura[17] anche nell'ordinamento spagnolo.

Nei giudicati della Corte di Giustizia l'art.6, §1 viene identificata come norma imperativa[18], tesa a ripristinare l'equilibrio reale tra i diritti e gli obblighi dei contraenti nel rispetto dei principi esplicitati dal 21° considerando della Direttiva, che impone che il contratto debba rimanere vincolante tra le parti qualora la regolamentazione possa sussistere "anche senza le clausole abusive".

Nella causa C-565/12, la Corte di Giustizia ha nuovamente affermato che: «Se la sanzione della decadenza degli interessi venisse mitigata, ovvero puramente e semplicemente eliminata, l'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato può compensare gli effetti di una sanzione di nullità della clausola contrattuale che determina il tasso degli interessi corrispettivi, e ne discenderebbe, necessariamente, che essa non presenta un carattere realmente dissuasivo»[19].

La Corte, così, prevede il principio generale[20] della caducazione "pura" delle clausole abusive e della contestuale persistente validità del contratto a meno che la clausola non riguardi un elemento essenziale. «La natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori, che si trovano in una situazione di inferiorità rispetto ai professionisti, impone, così, agli Stati membri di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive[21]». La possibilità di rivedere il contenuto contrattuale (nel caso di specie secondo una valutazione giudiziale) potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato nei confronti dei professionisti dalla *pura* e semplice non applicazione della clausola. Si sottolinea che il ridimensionamento giudiziale della clausola non avrebbe l'effetto di "sistema" di impedire l'inserimento generalizzato di clausole abusive, poiché, quand'anche fossero invalidati gli effetti sperequati del contratto, questo potrebbe essere integrato, per quanto necessario, dal giudice in modo da garantire almeno la remunerazione "equa" del professionista *non corretto*. Se si considera il rapporto tra il profitto generalizzato dalla presenza delle clausole e i circoscritti casi di contestazione della stessa e di un eventuale mero

---

[17] Tribunal Supremo, 3 junio 2016, n. 364, in *www.poderjudicial.es*, ha dichiarato la nullità della clausola sugli interessi moratori, senza possibilità di integrazione giudiziale, fermo restando la debenza degli interessi corrispettivi; Tribunal Supremo, 18 febrero 2016, n. 79, *ivi*, ha ritenuto che il limite quantitativo stabilito dall'art. 114, *Ley Hipotecaria*, non è l'unico criterio degli interessi moratori in un prestito ipotecario; il giudice può dichiarare l'abusività della clausola qualora sia previsto che in caso di ritardo, il mutuatario consumatore sia tenuto al pagamento di interessi eccessivamente sproporzionati. In tal caso, la declaratoria di nullità comporterà la caducazione pura della clausola, senza possibilità per il giudice di integrare il contratto; Tribunal Supremo, 22 de abril 2015, *ivi*, ha statuito che, accertata l'abusività di una clausola, non è possibile sostituire la clausola medesima con il diritto dispositivo, né integrare il contratto secondo buona fede

[18] Corte giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Foro it.*, 2007, 7-8, IV, 374 espressamente riconosce all'art. 6 della direttiva natura di "norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse (…). È la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori a giustificare che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale".

[19] In proposito, si osserva che nell'ordinamento francese la sanzione della decadenza del diritto a percepire gli interessi (applicata a partire dalla legge n° 78-23 del 10 gennaio 1978 e ripresa dalla legge di recepimento della direttiva 2008/48 sul credito al consumo), è dissuasiva in quanto priva il professionista *di ogni interesse a violare la legge* ("…est une sanction dissuasive ausens de la Cour européen ne puis qu'elle prive le professionnel de tout intérêt à violer la loi"). Se il legislatore avesse riproposto, nel diritto dei consumatori, la sanzione che applica nel diritto comune dei contratti, quando il tasso d'interesse convenzionale non è stabilito per iscritto, sarebbe venuta meno la funzionalità di tutela: C. AUBERT DE VINCELLES, *Chronique Droit européen des obligations - Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice*, in *RTD eur.*, 2012, p. 666 ss.; Y. Picod, *Code de la Consommation. Commenté*, Paris, Dalloz, 2015, p. 287-288. rileva come, nell'ordinamento francese, siano previste norme più severe nei contratti tra professionisti, inserite nella disciplina sulla concorrenza, che prevedono la responsabilità civile del soggetto che sottoponga o tenti di sottoporre la controparte commerciale a condizioni contrattuali che creino un "déséquilibre significatif" nei diritti e negli obblighi delle parti. L'autore aggiunge che, con riferimento alla disciplina a tutela dei consumatori, la legge del 17 marzo 2014 introduce anche sanzioni amministrative).

[20] ALESSI, *"Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di giustizia e sezioni unite della corte di Cassazione*, Atti della Giornata di studi in onore di Filanti, *L'evoluzione delle tutele nella prospettiva europea*, Cagliari, 2014; ID., *Nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jőrös e Asbeek brusse*, consultabile su *www.juscivile.it*, 2013. In chiave critica PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?,* in *Contratti,* 2014, 854 ss.; D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto, ivi,* 2013, 22 ss.; DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, *ivi*, 2013, 1063.

[21] Sentenza del 27 marzo 2014 (LCL Le Crédit Lyonnais SA contro Fesih Kalhan), in *Foro it.*, 2014, IV, 550 testualmente il punto 53.

ridimensionamento del profitto si delinea un rapporto costi-benefici che impedirebbe, quasi costantemente, la piena efficacia dei principi enunciati nell'art. 6 §1 della Direttiva e, quindi, il non inserimento generalizzato nelle condizioni generali delle clausole abusive.

Eguali principi vengono riconfermati nei giudizi della Corte di Giustizia 21 gennaio 2015, nn. 482, 484, 485, 487/13[22], delibate, ancora una volta, sulla legislazione spagnola. L'art. 3 e la seconda disposizione transitoria della Ley 1/2013 *de Protectiòn al Deudor Hipotecario* non contravviene all'art.6 § 1 della Direttiva 93/13/CEE poiché, nei procedimenti di esecuzione ipotecaria fissa un limite all'ammontare degli interessi moratori riscuotibili sulla proprietà ipotecata pari a tre volte il tasso legale, senza impedire il giudizio di vessatorietà del giudice con la conseguente caducazione nell'ipotesi di esito positivo. Le argomentazioni sono sempre le stesse; stavolta, però, la normativa nazionale in contrasto non prevede un intervento giudiziale di riduzione ad equità, bensì una sostituzione di clausole ad esercizio giudiziale, attraverso un parametro normativamente indicato. La disapplicazione *pura* priva il professionista di ogni utilità anche minima e suppletiva e costituisce lo strumento "migliore" per un contrasto di sistema all' inserimento delle clausole abusive. La normativa ha modificato il codice di procedura civile, prevedendo all'art. 561, per il caso di accertamento di abusività di una clausola, l'improcedibilità dell'esecuzione ovvero la prosecuzione con eliminazione della clausola medesima[23]. Tuttavia, la seconda disposizione transitoria della legge di riforma stabilisce l'applicazione soltanto per quei contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge[24].

Anche nel nostro ordinamento la limitazione dell' invalidità alla sola clausola contrattuale squilibrata può essere un significativo passo avanti rispetto anche all' art. 1419 c.c., che impone la caducazione dell'intero contratto se la clausola nulla appaia essenziale; gli interrogativi logici successivi, però, hanno suscitato una intensa attività interpretativa anche nel nostro contesto nazionale e comunitario.

3. La caducazione della clausola vessatoria.

Se la sentenza della Corte ha stigmatizzato la normativa spagnola di ricevimento della Direttiva nella parte in cui, accertata l'abusività della clausola, si attribuiva al giudice la possibilità di determinare gli interessi secondo un ammontare non abusivo, nel nostro ordinamento, infatti, rimarrebbe aperto il problema, in generale, sugli effetti della non vincolatività della clausola; in particolare, nell' ipotesi di pattuizione abusiva di interessi moratori o della presenza di tassi di interessi corrispettivi e moratori, la cui somma superi il tasso soglia dell'usura.

La circostanza fa emergere, però, un bivio circa i potenziali effetti della caducazione. Si può immaginare che l'obliterazione della determinazione degli interessi moratori generi il perdurare dell'efficacia del contratto, che è colpito da nullità parziale, con l'esclusione di qualsivoglia diritto agli interessi. Oppure si può tentare di ripristinare l'operatività della disciplina dispositiva, derogata pattiziamente, e reputare che siano dovuti gli interessi legali o quelli corrispettivi se convenzionali.

[22] Vedila in Nuova Giur. Civ. comm., 2015, 423 ss. con nota di PAGLIANTINI, *Il* "restatement" *della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*.

[23] Articulo 561 "Oídas las partes sobre la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales y, en su caso, celebrada la vista, el tribunal adoptará, mediante auto, a los solos efectos de la ejecución, alguna de las siguientes resoluciones:
1.ª Declarar procedente que la ejecución siga adelante por la cantidad que se hubiese despachado, cuando la oposición se desestimare totalmente. En caso de que la oposición se hubiese fundado en pluspetición y ésta se desestimare parcialmente, la ejecución se declarará procedente sólo por la cantidad que corresponda.
El auto que desestime totalmente la oposición condenará en las costas de ésta al ejecutado, conforme a lo dispuesto en los artículos 394 para la condena en costas en primera instancia.
2.ª Declarar que no procede la ejecución, cuando se estimare alguno de los motivos de oposición enumerados en los artículos 556 y 557 o se considerare enteramente fundada la pluspetición que se hubiere admitido conforme al artículo 558.
3.ª Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas".

[24] Disposición transitoria segunda. Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.
La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.
Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.
En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

La stessa tecnica che tende ad escludere l'intervento integrativo della normativa nazionale nelle ipotesi di caducazione di una clausola abusiva è riproposta, nella giurisprudenza della Corte, anche in casi diversi dalla pattuizione di interessi moratori. In tale direzione, ha creato dubbi interpretativi un enunciato della Corte di Giustizia del 30 aprile 2014[25] che precisa che : «L'articolo 6, § 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione …, ove un contratto concluso tra un professionista e un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta a una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva». In realtà, la Corte tratta una ipotesi in cui la clausola abusiva svolge un ruolo essenziale[26] e, quindi, «se …non fosse consentito sostituire a una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva, obbligando il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose talché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso»[27]. Nel caso di contratti di finanziamento «Infatti, un annullamento del genere ha, in via di principio, per conseguenza di rendere immediatamente esigibile l'importo del residuo prestito dovuto in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e, pertanto, tende a penalizzare quest'ultimo piuttosto che il mutuante il quale non sarebbe di conseguenza dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti da esso proposti».[28]

Tali considerazioni, però, non possono essere estese all'ipotesi in cui la caducazione della clausola nulla non determini la nullità totale dell'accordo negoziale ed il contratto sia perfettamente suscettibile di sussistere senza tale clausola[29]. L' eliminazione della clausola, infatti, si ispira al medesimo concetto di riequilibrio contrattuale a favore del soggetto tutelato, utilizzando uno strumento diverso per realizzare una sostanziale tutela dei suoi interessi in concreto[30].

In tema di interessi moratori, La Corte si è occupata anche, specificamente, dell'applicabilità della tecnica di riduzione della clausola penale e con il dispositivo C-488/11 del 30 maggio 2013 ha precisato che la normativa comunitaria «non consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo

[25] causa C-26/13, Árpad Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai contro OTP Jelzálogbank Zrt, in *www.curia.europa.eu*, 2014.

[26] «…. una clausola, integrata in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera, concluso tra un professionista ed un consumatore e che non è stato oggetto di una trattativa individuale, come quella di cui al procedimento principale, a norma della quale il corso di vendita di tale valuta si applica ai fini del calcolo dei rimborsi del mutuo, solo purché si constati, il che spetta al giudice del rinvio verificare alla luce della natura, dell'economia generale e delle stipulazioni del contratto nonché del suo contesto giuridico e fattuale, che la suddetta clausola fissa una prestazione essenziale del contratto stesso che, come tale, lo caratterizza; una clausola del genere, in quanto implica un obbligo pecuniario per il consumatore di pagare, nell'ambito dei rimborsi del mutuo, importi derivanti dalla differenza tra il corso di vendita ed il corso di acquisto della valuta estera, non può essere considerata nel senso che implica una «remunerazione» la cui congruità, in quanto corrispettivo di una prestazione effettuata dal mutuante, non può essere oggetto di una valutazione del suo carattere abusivo a norma dell'art. 4, §. 2, direttiva 93/13». Corte giust., 30 aprile 2014, causa C-26/13, in *Diritto e Giurisprudenza commentata*, 2, 2015, 29 non esclude l'intervento manipolativo del giudice in modo radicale, potendo lo stesso procedere alla surrogazione della clausola iniqua con disposizioni suppletive qualora l'invalidazione della clausola avrebbe l'effetto di travolgere l'intero contratto.

[27] punto 83 della sentenza. H. AUBRY, E. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLARD, *Droit de la consommation*, mars 2013- mars 2014, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1297 ss. sostengono che la medesima soluzione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive dovrebbero essere raggiunte anche nel caso di violazione di altre disposizioni della direttiva, ad esempio, relativamente agli obblighi di fornire informative precontrattuali; E. Poillot in *Jurisprudence de la CJUE 2014*, *Décisions et commentaires*, sous la direction de F. Picod, Collection Droit de l'Union européenne, dirigée par Fabrice Picod, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 743-752: sottolinea il carattere pedagogico della sentenza della Corte di Giustizia che che coglie un ulteriore occasione per ribadire i caratteri delle sanzioni (effettive, proporzionate e dissuasive) nel diritto dei consumatori, aprendo la porta ad un dialogo costruttivo con i giudici nazionali.

[28] punto 84 della sentenza.

[29] Tali assunti trovano conferma nelle conclusioni dell'Avvocato generale «Il divieto per il giudice di rivedere il contenuto di una clausola da lui qualificata come abusiva, anziché limitarsi alla pura e semplice disapplicazione, si riferisce all'ipotesi in cui l'eliminazione della clausola controversa, avente carattere accessorio nella struttura del contratto, non compromette l'esistenza di detto contratto e non risulta pregiudizievole per il consumatore».
L'eliminazione degli interessi moratori, laddove essi siano stati determinati in misura manifestamente eccessiva, non compromette l'esistenza del contratto di finanziamento né può dirsi pregiudizievole per il consumatore. E, per altro verso, assumendo una finalità marcatamente preventiva e deterrente, risulta sistematicamente coerente con la disciplina speciale della nullità contrattuale derivante dalla violazione di norme poste a tutela del cliente (artt. 117, 6° e 7° comma, e 125-bis, 7° e 9° comma, t.u.b).

[30] Frequentemente si è ribadito il concetto in altri ambiti: sull'art. 1815 c.cc., ad esempio, la finalità conservativa del contratto è stata spesso evidenziata. Sul punto, cfr. MARINELLI, *La disciplina degli interessi monetari tra regole e mercato*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, IV, p. 224 ss., spec. 226,; LISI, *Contratti bancari. Anatocismo, usura e altre problematiche*, Frosinone, 2015, 41 .

abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale, in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza a fare il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore»[31].

Ancora una volta si ritiene che l'art. 7, §1, della Direttiva imponga agli Stati membri di predisporre mezzi adeguati ed efficaci «per far cessare l'utilizzo di clausole abusive nei contratti stipulati da un professionista con i consumatori». Or dunque, l'obiettivo della tutela non è soltanto quello di riequilibrare i singoli rapporti contrattuali, ma di utilizzare gli strumenti idonei per ottenere un effetto preventivo e dissuasivo di sistema che si raggiunge, in alcune circostanze, con la disapplicazione "*pura*" e non attraverso il ripristino del "naturale" equilibrio contrattuale "forzato" dal professionista con la previsione della clausola abusiva.

4. L'art. 6 come norma di ordine pubblico e il sistema ordinamentale unitario.

In più di un dispositivo della Corte l'art. 6, e la disciplina in generale di tutela del consumatore, viene definita come norma di ordine pubblico[32], ove è evidente che in un contesto trasnazionale l'ordine pubblico sta a contrastare atti che si pongano in conflitto con norme espressione di principi fondamentali dell'ordinamento europeo[33].

Particolarmente significativi sono due pronunce, perché in entrambi i giudizi la Corte si occupa della relazione tra la normativa comunitaria e quella degli Stati nazionali per definirne il rapporto di efficacia e di coordinamento. Nel caso *Mostaza Clara* era già stato precisato che la disciplina delle clausole vessatorie e, quindi, anche della tutela del consumatore sono principi generali[34] che devono essere considerati prevalenti rispetto al principio di diritto processuale nazionale, secondo il quale la difesa nel merito nel primo grado di giudizio comporta la conferma della competenza giurisdizionale anche di fronte ad una clausola arbitrale invalida. Va evidenziato che il medesimo principio è presente anche nel nostro ordinamento all'art. 817, comma 2, c.p.c.[35]. Anche il giudice dell'esecuzione, quindi, ha un potere di controllo sulla vessatorietà adeguato per evitare che il consumatore partecipi ad un procedimento nullo al fine di ottenere la declaratoria di nullità.

Ancor più chiaramente, nel caso *Asturcom* la Corte, evocando la natura pubblica dell'interesse tutelato dalla Direttiva, ritiene che il lodo arbitrale *che ha acquistato efficacia di cosa giudicata, pronunziato sulla base di una clausola*

[31] V. in *Foro it*., 2014, IV, 3 con nota di DE HIPPOLYTIS. La sentenza valuta l'art. 6:94 par. 1 del BW Burgerlijk Wetboek.

[32] Corte di Giustizia 6 ottobre 2009, n.40/08, *Asturcom*, in *Corriere giuridico*, 2010, 170 con nota di CONTI.
Già in Corte di Giustizia 26 ottobre 2006, n. 168/05 *Mostaza Clara,* (in *Foro it*., 2007, IV 373) la Direttiva di tutela dei consumatori era stata dichiarata di natura ed interesse pubblico, " indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla comunità e all'innalzamento del livello e della qualità della vita".

[33] Limpidamente EBERS, From Oceano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Iudicata, in *European Review of Private Law*, 2010, 18, 823 ss. L'Avvocato generale, nel caso *Asturcom supra* citato (punti 70 e 81), ha chiesto che venisse riconosciuta, all'interno dell'Unione Europea, l'operatività di un principio in base al quale vietare l'esecuzione di un lodo arbitrale contrario all'ordine pubblico; in proposito, v. JORDANS, Anmerkung *zu EuGH Rs. C-168/05 – Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, 50, secondo cui la Corte ha considerato la clausola talmente abusiva da farne questione di ordine pubblico; cfr., LOOS, *Case: ECJ – Mostaza Claro*, *European Review of Contract Law*, 2007, 4, 443; COURBE, BRIÈRE, DIONISI-PEYRUSSE, JAULT-SESEKE, LEGROS, *Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE, 26 octobre 2006*, *Petites affiches*, 2007, 152, 14; per il concetto di «European public policy», tra principio di effettività e di equivalenza, cfr. H. SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in *European Review of Private Law*, 2010, 4, 847 ss., la quale, tuttavia, perviene alla conclusione che la Corte di Giustizia avrebbe individuato una forma «indiretta» di ordine pubblico europeo.

[34] Con particolare riferimento ai principi comunitari in tema di clausole abusive: EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/ Cee) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2007, 696 ss.; SIMONE, *Tutela del consumatore e rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive*, in *Contratti*, 2000, 943 ss.

[35] Sul punto, giova precisare che, in conseguenza dell'impostazione seguita dalla Corte nella sentenza *Mostaza Claro*, la dottrina maggioritaria ha avanzato seri dubbi sulla legittimità europea, all'interno del sistema italiano, del combinato disposto degli artt. 829, comma 1, n. 1 e 817, comma 2, c.p.c., pervenendo alla conclusione di configurare un'eccezione alla disciplina arbitrale di impugnazione del lodo: cosí LUPOI (a cura di), *Tutele e procedure giudiziarie europee: princípi fondamentali e applicazioni pratiche*, Rimini, 2011, 240; D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2 e 829, n. 1, c.p.c*, in *Riv. arb.*, 2006, 673 ss.; per ulteriori rilievi v. BOCCAGNA, *sub* art. 817, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Benedettelli-Consolo-Radicati di Bronzolo (diretto da), 258-259; in particolare, tale principio introduce un'eccezione al regime dell'onere della tempestiva eccezione previsto dall'art. 817, comma 2, c.p.c. Infatti, la nullità della clausola compromissoria, in quanto vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t), cod. cons., può essere eccepita in sede di impugnazione del lodo a prescindere dalla mancanza di apposita eccezione nel corso del procedimento arbitrale: cfr. DELLE DONNE, *sub* art. 817, in *Comm. cod. proc. civ.*, Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella (diretto da), Torino, 2014, 529.

compromissoria vessatoria, debba "cadere" poiché è prevalente l'interesse di tutela "dell'ordine pubblico", che la Direttiva persegue. È inutile evidenziare che in entrambi i casi di fronte alla scelta della normativa applicabile per risolvere i casi concreti la Corte decide sulla base della prevalenza di un principio generale (che definisce di ordine pubblico) e di una norma regolamentare nazionale e sancisce, senza dubbio alcuno, la priorità del primo.

Si può, così, sostenere che, anche in queste problematiche, si possa rinvenire la conferma «della trasformazione del sistema ordinamentale, da chiuso ed autarchico..... a sistema aperto; da accentrato a decentrato, plurale nelle sue fonti interne e sovranazionali, in una accezione di sovranità diffusa e non più privilegio esclusivo dello Stato»[36]. La valutazione della disciplina della tutela dei consumatori non può evitare uno sforzo di razionalizzazione e valutazione unitaria dei principi generali in essa enucleati[37] ai quali occorre riconoscere una forza espansiva che induce a rivedere le discipline nazionali codificate[38]. La primazia dei principi del diritto comunitario, insieme con i principi costituzionali, diventa parte inscindibile ed unitaria dei singoli sistemi nazionali direttamente applicabile dal giudice nazionale che, nella decisione del caso concreto, non può dare prevalenza all' interpretazione ed all'applicazione delle norme regolamentari nazionali se realizzino soluzioni dei casi concreti in contrasto con la sostanziale realizzazione dei principi posti a fondamento del sistema[39]. L'attività ermeneutica è finalizzata alla soluzione del caso concreto che deve essere coerente con il rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori del sistema ordinamentale nella sua unitarietà, nonostante il policentrismo delle fonti che lo determinano.

La valutazione di adeguatezza della soluzione interpretativa rispetto alle tematiche della caducazione delle clausole vessatorie si deve parametrare alla gerarchia dei principi giuridicamente rilevanti e prevalenti in un sistema caratterizzato da una enunciazione di valori che trovano il loro fondamento nelle fonti costituzionali, comunitarie e internazionali[40]. Un astratto bilanciamento degli interessi, coinvolti nel contratto, che si limiti a valutare il mero riequilibrio contrattuale, privando la sanzione della caducazione della clausola del suo effetto deterrente, rispetto alle prassi di inserimento generalizzato nelle condizioni di contratto, priverebbe la Direttiva e la disciplina di tutela del consumatore della funzione di regolazione giuridica del mercato che, nonostante i numerosi tentativi di dimostrare il contrario, non riesce efficacemente ad autoregolarsi con effetti negativi anche per il suo stesso sviluppo[41].

---

[36] P. PERLINGIERI, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. Dir. civ.*, 2014, 408; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; ID., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, 27 ss.; ID., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ*., 2011, 530 ss. In argomento, ALPA, *Le "fonti" del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno Nazionale SISDiC, Capri 7-9 aprile 2005, Napoli, 2006, 158; IRTI, *Tramonto della sovranità diffusa del potere*, in *Dir. soc*., 2009, 3-4, 465 ss.

[37] Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 679; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

[38] BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, Napoli, 1997, 68 ss. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 12; BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., 33 ss.; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ.* CNN, cit., spec. 56 ss.; GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011, *passim*.

[39] La Corte di giustizia ha sancito, più volte, il principio dell'applicabilità diretta delle norme comunitarie: cfr., Corte di giustizia, 19 novembre 2009, C-314/08, *Wojewódzki Sad Administracyjny c. Direktor Izby Skarbowej*, in *Raccolta*, 2009, ove si afferma che «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»; conf. già Corte di giustizia, 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978; nonché, da ultimo, Corte di giustizia, 21 dicembre 2011, C-495/10, *Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutrueux e Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, in *Raccolta*, 2011.

[40] PERLINGIERI, *Una ermeneutica da rinnovare*, in *Le Corti salernitane*, 2013 496; ID., *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv*., 2011, 159 ss.

[41] PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss. (ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 461); ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, in *Contratto e costituzione in Europa. Convegno di studi in onore di* G. Benedetti, Padova, 2005, 146 s. Sull'idea di mercato quale "*locus artificialis*" cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, spec. 99; GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 2015, 3, 609 secondo il quale "il mercato regolamentato funziona meglio, cioè in modo più efficiente, che non il mercato libero (nel senso di ordine spontaneo), e quindi, non fallendo, consente la massimizzazione dell'utilità economica individuale; donde un beneficio sociale aggregato".

5. La giurisprudenza italiana.

Nonostante che la giurisprudenza comunitaria ripeta costantemente che la caducazione *pura* è l'unico strumento attuabile per contrastare l'uso delle clausole abusive, ben poche volte la nostra giurisprudenza e la nostra dottrina hanno svolto adeguate considerazioni o proposte convergenti. Sono stati prospettati vari scenari interpretativi che possono condurre a soluzioni diverse, molte volte non condivisibili perché rincorrono esclusivamente il punto di equilibrio tra autonomia ed eterointegrazione del contratto. In generale, ogni valutazione è sovente offuscata da una considerazione non corretta dei rapporti tra le norme regolamentari presenti in ciascuno ordinamento e i principi generali sui quali è fondata la normativa comunitaria del settore.

Ciononostante, occorre farsi carico di ricostruire le varie proposte ermeneutiche formulate nel tentativo di limitare il limpido e costante disposto della Corte di Giustizia. Va preliminarmente precisato che gli ordinamenti di alcuni Stati membri, espressamente, prevedono nella normativa di recepimento della Direttiva che, se la clausola è dichiarata abusiva, è applicabile la norma dispositiva che era stata derogata dal professionista. Il § 306, 2. Absatz, BGB («Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften»)[42] delinea un sistema di caducazione ed integrazione vigente anche negli ordinamenti di altri Stati membri che hanno disciplinato sul modello tedesco le condizioni generali di contratto[43]. In tali contesti normativi, anche dopo le sentenze della Corte, si osserva che l'ammissione di soluzioni nazionali non si porrebbero, comunque, in contrasto con gli enunciati: l'orientamento dei giudici europei ammetterebbe l'intervento interpretativo "domestico" per la restante parte del contratto e, dunque, le tecniche conosciute in Germania e Austria sarebbero implicitamente ammissibili poichè non si andrebbe a modificare, di fatto, il contenuto del contratto[44]. Ne conseguirebbe che anche con la diversa tecnica di integrazione l'effetto dissuasivo non sarebbe compromesso, soprattutto nei casi in cui il professionista si sia rivelato disponibile e "accomodante"[45].

Diversamente, in assenza di una esplicita previsione, si tenta, a volte, di mettere in discussione che la nuda caducazione della clausola abusiva sia più favorevole al consumatore rispetto ad una correzione dispositiva o giudiziale.

Scarne le applicazioni dei principi enunciati nella prassi giurisprudenziale italiana. Due *leading cases*: Trib Genova, 14 febbraio 2013[46], ABF, Collegio di Roma, 23 maggio 2014, n. 3415[47] e, in parziale correzione, ABF, Collegio di coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955[48].

La sentenza del Tribunale di Genova recepisce il paradigma della *caducazione pura* come conseguenza dell'accoglimento delle eccezioni di nullità, limitandosi ad evocare la sentenza del Banco espaŋol. Per la verità, oltre a ritenere non dovuti gli interessi moratori nella misura legale estende la gratuità anche agli interessi corrispettivi, poiché «dal momento della risoluzione è dovuto

---

[42] K. UFFMANN, *Der BGH und die ergänzende Vertragsauslegung*, in *NJW*, 2012, p. 2225 ss., spec. 2229, svolge un'interessante analisi delle decisioni assunte dal BGH in materia. L'Autrice segnala, in particolare, come la pronuncia della Corte potrebbe rivelarsi come un pericoloso "*boomerang*" per il dettato del § 306 BGB e, se condivisa, metterebbe erroneamente in discussione non soltanto la *ergänzende Vertragsauslegung*, ma anche l'integrazione per il tramite del *dispositives Recht*. Sulle tematiche evocate, v., per ulteriori riferimenti in generale, W. Zöllner, *Vertragskontrolle und Gerechtigkeit*, in *NZA-Beil.*, 2006, p. 106.

[43] Nel caso di inefficacia di *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (condizioni generali di contratto), ai sensi del combinato disposto dei §§ 157 e 306, Abs. 2, BGB, il contenuto del contratto potrebbe essere integrato tramite interpretazione del giudice, allorché la disciplina dispositiva si riveli inadeguata o manchi. Si discute, in tal senso, di *richterliche ergänzende Vertragsauslegung*. Al riguardo, infatti, è usuale la distinzione tra integrazione mediante *Dispositives Recht* o tramite *Ergänzende Vertragsauslegung*: mentre la prima tecnica prevede la sostituzione delle clausole invalide con norme derogabili, la seconda prevede un intervento giudiziale non dissimile all'interpretazione integrativa o suppletiva. Specifica H. HEINRICHS, *§ 306*, in *Palandt. Kommentar zum BGB*, 75ª ed., München, 2016, che quest'ultima è possibile solamente in caso di lacune del diritto dispositivo e presuppone comunque la totale caducazione della clausola invalida, che giustifica l'integrazione di natura giudiziale.

[44] Diversamente si ritiene che l'intervento del giudice potrebbe portare ad una "geopardizzazione" della tutela nei Paesi dell'Unione: v., A. WENDENBURG Nota alla sentenza in esame, in *EuZW*, 2012, p. 754 ss., che dà conto, altresì, della *Geltungserhaltende Reduktion*, tecnica che prevede la divisione della clausola invalida – qualora possibile – e la conservazione del suo nucleo valido (*ivi*, 760).

[45] P. SCHLOSSER, *Todesstoß für ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen?*, nota a Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, n. C618/10, Banco Espaŋol de Crèdito, in *IPRax*, 2012, p. 507 ss.,

[46] V. in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, 1059 con nota di F. P. PATTI, *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione*. Nello stesso senso anche Trib. Nola, 19 settembre 2011, in *Dir. Giur.,* 2011 401 con nota di FAVAROLO.

[47] V., in *I Contratti*, 2014 ,737.

[48] V., in *www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni*

solo il capitale e gli interessi moratori (se validamente pattuiti)».

Più complessa ed argomentata appare la pronuncia della ABF, Collegio di Roma, che esamina, preliminarmente, quali possano essere i parametri di valutazione sulla vessatorietà in un tasso previsto per gli interessi moratori.

Anche con il richiamo della giurisprudenza della Corte di giustizia si ritiene indispensabile il raffronto con il tasso concordato per gli interessi corrispettivi, poiché il rapporto quantitativo intercorrente può segnalare un abuso del predisponente il contenuto contrattuale (a meno che questi dimostri che la clausola è stata oggetto di specifica trattativa con il consumatore art. 34, comma 5, cod. cons.). Ogni qualvolta il rapporto quantitativo tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori è manifestamente eccessivo[49], la clausola dovrebbe essere considerata abusiva e, quindi, nulla. Il Collegio affronta la tematica della applicabilità dell'art. 1224, comma1, c.c. per verificare se sia possibile integrare il contenuto contrattuale, dopo l'eliminazione della disposizione pattizia, ed individuare il tasso degli interessi moratori in quello fissato convenzionalmente per quelli corrispettivi[50]. Il richiamo dell'art. 6, §1, e dell'art. 7, §1, della Direttiva, nonché della giurisprudenza comunitaria, consentono al Collegio di ritenere che non sia possibile attribuire al giudice né il potere di ridurre la penale manifestamente eccessiva *ex* art. 1384 c.c. né di integrare il contenuto contrattuale con il richiamo del tasso di interessi corrispettivi *ex* art. 1224, comma 1, c.c. Gli interventi, pur ripristinando l'equilibrio nel contratto, creerebbero una situazione per la quale «il finanziatore si troverebbe nella stessa situazione giuridica in cui si sarebbe trovato laddove la clausola abusiva non fosse stata apposta nel contratto senza subire alcuna conseguenza giuridica ulteriore che sia economicamente svantaggiosa»[51].

Verrebbe, così, meno l'apporto regolatore della Direttiva ed il risultato equiparerebbe le soluzioni normative tra consumatori e non consumatori, poiché le tecniche di integrazione codicistiche sarebbero applicabili per ogni fattispecie a prescindere dalla qualità soggettiva dei contraenti.

La clausola abusiva, si conclude, viene espunta dal contratto senza l'intervento integrativo dell'art. 1224, comma 1, c.c. che, per queste ipotesi, sarebbe incompatibile con gli artt. 6 e 7 della Direttiva. Si aggiunge, però, «Fermo restando che è dovuto il pagamento delle quote di interessi corrispettivi che sono inglobati nelle rate già scadute, essi continuano altresì a decorrere sulle quote di capitale ivi inglobate, fino a quando non è adempiuta dal soggetto finanziato l'obbligazione di restituirle»[52].

La riflessione dell' ABF consente di precisare anche un passaggio, spesso sottovalutato: la presenza nel nostro ordinamento di una legislazione antiusura, che fissa il criterio del tasso soglia, non interferisce con la valutazione sulla manifesta eccessività del tasso moratorio. Per cui se il tasso convenzionale è superiore al tasso soglia o se, sebbene al di sotto di tale parametro, risulti manifestamente eccessivo la clausola sarà nulla. La duplice protezione si giustifica, ancora una volta, per la presenza del contraente consumatore che si vede destinatario di una tutela rafforzata rispetto al contraente non consumatore che potrà beneficiare soltanto della legislazione antiusura e della più mitigata protezione degli artt. 1224, comma1, c.c. e 1384 c.c.[53].

Le coerenti argomentazioni della decisione hanno evocato l'intervento del Collegio di coordinamento della ABF che, pur condividendo il presupposto fattuale, che nel caso in esame la clausola relativa al tasso di interessi moratori fosse in contrasto con l'art. 33, comma 2, lett. f cod. cons. per manifesta eccessività, ha svolto riflessioni diverse rispetto la giurisprudenza comunitaria sulla caducazione *pura*. Si ritiene, infatti, che l'applicazione dell'art. 1224 c.c. con la equiparazione tra interessi corrispettivi e quelli moratori non sia confliggente con i principi europei.

La decisione valuta anche la possibilità di applicare il modello sanzionatorio di cui all'art. 1815, comma 2, c.c. «seguendo il quale si dovrebbero considerare come non dovuti dal consumatore tutti gli interessi pattuiti, o alternativamente una applicazione adattata del

[49] Nel caso in esame il tasso degli interessi corrispettivi era pari al 6,50% e quello dei moratori era l'11% con un rapporto di quasi il 100%

[50] In questi passaggi in *Contratti*, 2014, 738 s.

[51] Come *supra*, 739.

[52] Testualmente come *supra*, 739.

[53] Diversamente. F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in AA. VV., *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, G. D'AMICO (a cura di), Torino, 2016, p. 171, il quale nega che il superamento del tasso soglia sia indice della vessatorietà della clausola, così come nega che la predeterminazione di interessi moratori usurari rappresenti una clausola necessariamente abusiva. Anche la giurisprudenza nazionale di altri Paesi si è adeguata al giudicato della Corte: V. Tribunal d'instance d'Orléans, 3 juillet 2014, n° 11-12-001679, in *RecueilDalloz*, 2014, p. 1685 che ha deciso in conformità all'orientamento del giudice comunitario, condannando il consumatore a restituire solo il capitale e non gli interessi. V., anche, COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, Rescigno e Gabrielli (diretto da), Milano, 2016, 512 ss.; CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 1, 118 ss.; sul punto, già Dolmetta, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali.*, *ivi*, 2013, 5, 511.

disposto dell'art.1224 c.c. pervenendo a considerare……come non dovuti gli interessi moratori, con la loro sostituzione non mediante il riferimento agli interessi corrispettivi pattuiti nel contratto, ma con la misura degli interessi legali, secondo il modello previsto, ad altri fini, dall'art. 125 bis, comma 7, TUB».

Entrambe le soluzioni sembrano apparire incoerenti al Collegio, poiché l'art. 1815 c.c. sarebbe norma speciale non applicabile analogicamente[54] e l'applicazione di «uno spezzone della norma suppletiva di cui all'art. 1224 c.c. comporterebbe una diversa, ma non meno grave scorrettezza ermeneutica posto che è elementare che le norme si applicano nella loro interezza e non già selettivamente». Va notato su tale affermazione che l'interprete ha il compito di ricostruire la *regola* giuridica unitaria, componendo ed intarsiando i segmenti delle varie norme, speciali e generali, sovra e sotto ordinate[55].

Gli Arbitri proseguono sul fondamento di dover dimostrare che la caducazione "*pura*" dovrebbe subentrare soltanto e se il meccanismo risolutivo dell'art. 1224 c.c. privasse la «sanzione stessa di un carattere realmente dissuasivo», poiché soltanto in quest'ipotesi la sostituzione sarebbe in contrasto con l'art. 6 §1 della Direttiva. L'effetto dell' applicazione dell' art. 1224 c.c. «è quello di estendere al periodo di mora il tasso degli interessi corrispettivi stabiliti contrattualmente ove quest'ultimo tasso sia, come quasi sempre accade, superiore al tasso legale». Pertanto, il professionista perderebbe il diritto di percepire la differenza tra il tasso di interessi corrispettivi e quelli moratori, che non è di importo modesto, poiché il presupposto della nullità è che la differenza sia manifestamente eccessiva. Il deterrente risulterebbe, inoltre, più che adeguato, poiché un rimedio differente «non può spingersi sino alla cancellazione di ogni obbligo di pagamento degli interessi sulle somme ricevute a mutuo perché *in tal caso si creerebbe un incentivo assai elevato all'inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie con conseguente sconvolgimento del sistema del credito*». Su tali osservazioni è stato, però, sottolineato che, sebbene l'effetto penalizzante di sistema è molto alto, « i valori personalistici di mutuatari seriali hanno un coefficiente di rilevanza costituzionale notoriamente più pronunziato di quanto non sia quello che assiste l'interesse patrimoniale dell'istituto mutuante»[56].

Le notazioni appaiano essere soltanto formalmente divergenti con le conclusioni delle riflessioni del Collegio romano che, ritenendo applicabile la caducazione *pura*, non esclude che sia «dovuto il pagamento delle quote di interessi corrispettivi che sono inglobati nelle rate già scadute». La coincidenza svanirebbe, però, se dalla sorta capitale, ancora dovuta ed inadempiuta, non debbano esser estrapolati gli interessi corrispettivi già calcolati nelle rate.

Altro elemento di debolezza è che la sostenuta inapplicabilità dell'art. 1815 c.c. non tiene nel giusto conto che in ogni tipologia di contratto, a prescindere dalla qualifica soggettiva di consumatore oppur no, la verifica sul superamento del tasso soglia è costantemente operata dalla giurisprudenza sommando il tasso degli interessi moratori a quelli corrispettivi[57] con soluzione diversa dalle istruzioni della Banca d'Italia[58] e dalle susseguenti decisioni della ABF[59]. Va anche

[54] Sul punto, cfr. D'APOLLO, *Interessi ed usura*, in *Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Cassano (a cura di), Padova, 2009, 231 ss.; l'applicazione analogica dell'art. 1815 c.c. andrebbe esclusa, data la natura parapenalistica della norma, in base al disposto dell'art. 14 disp. prel. c.c.: in tal senso NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 70, nt. 86; per un commento all'*iter* argomentativo seguíto dagli Arbitri v. CARRIERO, *o.l.u.c.*, 119.

[55] Per una analoga prospettiva, sia pure con riferimento all'interpretazione del contratto, v. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, *passim*; IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 63 ss.; GENTILI, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, 53 ss.

[56] Così S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un* trompe l'oeil *concettuale*?, in *I Contratti*, 2014, 864.

[57] La nota sentenza Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Danno resp.*, 2014, 193 è pedissequamente applicata dalle corti di merito: v., *ex multis*, Trib. Milano, 28 gennaio 2014, in *Foro pad.*, 2014, I, p. 528; Trib. Parma, 25 luglio 2014, in *Foro it.*, 2014, c. 3601; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602, in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, p. 653; Trib. Enna, 12 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, c. 715; per ulteriori indicazioni v., T. BARATTA, *La rilevanza della mora nella determinazione dell'usura: limiti al cumulo degli interessi*, in *Dir. merc. ass. fin.*, Napoli, 2016, 1, 22 ss.

[58] Cfr., da ultimo, le istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, aggiornamento aprile 2015, in www.bancaditalia.it. Ove esplicitamente si esclude dal conteggio del tasso soglia gli interessi moratori e delle penali in genere quale obbligazione soltanto eventuale.

[59] Cosí ex multis ABF, Collegio di Napoli, 9 settembre 2015, n. 6836, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*; ABF, Collegio di Napoli, 3 giugno 2015, n. 4455, *ivi*; ABF, Collegio di Roma, 16 gennaio 2015, n. 303, *ivi*. ABF, Collegio di Roma, 29 maggio 2015, n. 4430; ABF, Collegio di Milano, 24 novembre 2015, n. 8691, *ivi* l'orientamento ormai consolidato dell'ABF e confermato nei Chiarimenti della Banca d'Italia del luglio 2013 in materia di applicazione della legge antiusura, è nel senso che non si può porre in relazione la misura degli interessi moratori con il c.d. tasso soglia previsto per gli interessi corrispettivi, poiché i primi sono dovuti solo nel caso di inadempimento del cliente; ABF, Collegio di Milano, 1 dicembre 2015, n. 8884, *ivi*; ABF, Collegio di Roma, 1 marzo 2016, n. 1939, *ivi*; ABF, Collegio di Roma, 8 giugno 2016, n. 5403, *ivi*.

aggiunto che in tali ipotesi alcune sentenze di merito travolgono anche il tasso di interessi corrispettivi, imponendo la sola restituzione della sorta capitale[60]. E' evidente che nella somma delle due tipologie di tassi, il calcolo, finalizzato alla valutazione del superamento del tasso soglia, dovrà far riferimento al c.d. *spread*, ossia alla maggiorazione prevista per il tasso moratorio e non agli interessi di mora nella loro globalità[61].

In ogni caso sembra che entrambi i Collegi sostengano che i soli interessi corrispettivi convenzionali debbano essere dovuti sulla sola sorta capitale inadempiuta o che le quote di interessi, già calcolate nelle rate scadute ed inadempiute o in quelle in scadenza debbano essere corrisposti[62].

Non è giustificabile che il debitore, ancorchè consumatore, non si faccia carico di alcuna remunerazione per ulteriore dilazione rispetto al programma iniziale. Questo non significa, però, che ciò avvenga come forma di risarcimento del danno, preventivamente determinato, poiché la clausola relativa agli interessi moratori nulla viene caducata.

In quest'ottica va evidenziato che nel contesto ordinamentale italiano la legislazione antiusura crea una protezione ulteriore anche per i consumatori; se il calcolo tra interessi corrispettivi e *spread* di quelli moratori supera il tasso soglia, è normativamente prevista la gratuità dell'intero accordo negoziale con un effetto ancor più deterrente[63].

In altre ipotesi, nelle quali non ci siano i presupposti di tale normativa, non è giustificabile che l'effetto deterrente possa essere costituito dalla rimodulazione del tasso moratorio a quello convenzionalmente stabilito per gli interessi corrispettivi; soprattutto se i primi verranno considerati nella base di calcolo degli interessi moratori ancor dovuti anche se ridimensionati.

6. L'interpretazione dottrinale.

In questo contesto bisogna tentare di enucleare le riflessioni che la dottrina anche non italiana ha svolto su tali vicende, con il dubbio che siano spesso influenzate dallo stereotipo che la disciplina dei contratti dei consumatori sia una sorta "di congedo dell'autonomia privata"[64] da limitare e circoscrivere.

La dottrina che si è occupata di questa tematica si è, quasi costantemente, orientata per la soluzione dell'integrazione mediante la disciplina dispositiva e ha cercato di interpretare anche i dispositivi della Corte in maniera coerente con le proprie ricostruzioni.

Una consolidata interpretazione si era occupata dell'integrazione del contratto e della sostituzione delle clausole nulle prima della normativa europea, attenzionando la disciplina delle condizioni generali di contratto e della eventuale loro nullità o inefficacia in generale; si concludeva sempre per l'applicazione del diritto dispositivo derogato dalla clausola nulla[65]. Anche dopo la Direttiva 93/13 si è dato per 'scontato' che lo specifico scopo perequativo si raggiungesse attraverso lo schema di non vincolatività della clausola e della sua sostituzione con la norma dispositiva corrispondente[66]. Si evidenziava anche che il

---

[60] V., da ultimo, Trib. Padova, 8 maggio 2014, in *www.dirittocivilecontemporaneo.com*

[61] V., in ordine ai criteri di calcolo da adoperare ai fini della verifica del superamento del tasso soglia,. MARCELLI, *La mora e l'usura: criteri di verifica*, www.ilcaso.it, 17 giugno 2014, 3, il quale sottolinea che «Non è il tasso di mora che va sommato al tasso corrispettivo, bensì è la maggiorazione che va sommata al tasso corrispettivo per ottenere il tasso di mora»; TANZA, *Verifica del superamento del tasso soglia e gratuità del contratto*, nota a Trib. Chieti, 23 aprile 2015, www.altalex.com, 2 settembre 2015, là dove si evidenzia che, ai fini del calcolo dell'eventuale sforamento della soglia di usura, «non si deve effettuare la sommatoria degli interessi di mora con quelli corrispettivi, ma si dovrà sommare il tasso degli interessi corrispettivi con la maggiorazione (*spread*) prevista per calcolare i tassi moratori».

[62] In tal senso v.,Trib. Reggio Emilia, 24 febbraio 2015, in *Foro it*., 2015, c. 1805, secondo la quale l'usurarietà degli interessi moratori non travolge gli interessi corrispettivi, i quali non saranno colpiti da nullità

[63] Sul rapporto tra clausole abusive e usura cfr. D'Amico, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Contratti*, 2016, 299. Sui profili civilistici inerenti alla normativa antiusura e i relativi riflessi applicativi v. Sassi, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 10247; Colombo, *Gli interessi*, cit. 512 ss.; *Guida*, *Della Massara*, *De Poli*, *Dalla Paola*, *Materia*, *Le obbligazioni pecuniarie*, in Aa.Vv., *Trattato delle obbligazioni. Le figure speciali*, Patti e Vacca (a cura di), Padova, 2010, 509 ss.

[64] MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie in Schuldrecht?*, Kohn,1994, 14 ss.; sul quale v., BARENGHI, *Recensione*, in *Riv. crit. Dir. priv*., 1995, 181 ss.; PATTI, *Tradizione civilistica e codificazioni europee*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Macario – Miletti (a cura di), Milano, 2006, 86.

[65] DE NOVA , *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ*., 1976, II, 480 SS; S. PATTI, IN G. PATTI E S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, *in Il Codice civile*, *Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1993, 360; FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 17 ss., ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, 395 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 135 ss.; CHINÈ, *Contratti di massa b) diritto vigente*, in *Enc. Dir. Aggiornamento*, Milano, 1997, I, 419; per una ricostruzione storica dell'argomento v. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, Galgano (diretto da), Padova, 2005, 9 ss.

[66] MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, in *Studi in onore per Giovanni Nicosia*,

meccanismo integrativo non poteva indurre risultati più sfavorevoli per il consumatore della presenza della clausola[67]. Nella direzione del meccanismo integrativo si è esclusa l'applicabilità dell'art. 1374 c.c., poichè la norma svolgerebbe una funzione di strumento per integrare lacune originarie e non successive, nell'ipotesi, cioè, che le parti abbiano omesso la disciplina convenzionale; il meccanismo sarebbe concettualmente diverso dalla sostituzione delle clausole prevista dall' art. 1339 c.c.[68].

Per altri l'intervento della normativa europea avrebbe determinato che «anche il diritto dispositivo sia diventato fonte (e materia) dell' integrazione "cogente" del contratto (nei casi in cui la deroga ad esso possa considerarsi "abusiva"). Ne consegue che la deroga abusiva deve considerarsi "*tamquam non esset*" non avendo la forza di escludere l'applicazione del regolamento legale che, dunque, si inserisce nel contratto come sarebbe avvenuto se nessuna regolamentazione pattizia fosse stata sul punto formulata»[69].

Il contesto interpretativo, orientato a meccanismi integrativi anche se con diversità di opinioni circa gli strumenti normativi idonei, escludendo il ruolo della caducazione pura si deve, però, confrontare con gli enunciati della Corte.

Variegate le posizioni interpretative: la Corte nell'ipotesi di caducazione della clausola avrebbe vietato la correzione giudiziale[70] e non avrebbe preso posizione sull' integrazione del contratto con la disciplina dispositiva[71]. La disciplina europea mirerebbe a stigmatizzare il profilo abusivo della clausola senza, però, delineare una *iperprotezione* del consumatore attraverso un regolamento di interessi assai più vantaggioso di quello che sarebbe assicurato da una clausola pattizia non abusiva[72]. La direttiva, inoltre, prevede che il contratto sia conservato depurato dalla clausola abusiva "secondo i medesimi termini"; la locuzione non impedirebbe la rideterminazione dei contenuti della clausola caducata[73]. La mancata integrazione,

Milano, 2007, 256; CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 39; discorre di interventi correttivi tesi non già a invalidare il contratto nel suo complesso, ma a conservarlo, attraverso rimedi per lo piú conservativi e nel contesto di una tutela preventiva, GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 2, 202; Di Marzio, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, 3, 709 ss.; definisce «tecnica ormai nota» l'interpolazione del contratto nullo con il diritto dispositivo derogato MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Di Marzio (a cura di), Napoli, 2004, 215; piú recentemente D'ADDA, *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, in *Le forme della nullità*, Pagliantini (a cura di), Torino, 2009, 127 ss.

[67] V. MÚRTULA LAFUENTE, La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos, Madrid, 2012, p. 81 s., già nell'esaminare l'articolo 83 r.d.l. 1/2007, nella sua precedente formulazione, osservava che questa norma, a differenza delle altre ipotesi di intervento eteronomo, fa salva l'ipotesi che l'integrazione equitativa comporti un maggior pregiudizio per il consumatore.

[68] In tal senso D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 258 e DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti delk consumatore, in Contratto e impresa*, 2006, 673 , 688. *Contra* PAGLIANTINI *Appunti a margine di Cass. 9735/203: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, in D'AMICO E PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, *Saggi*, Torino, 2013, 203 ss.

[69] D'AMICO, *L'integrazione cogente del contratto mediante il diritto positivo*, in D'AMICO E PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, *Saggi*, Torino, 2013, 248 ss. Già prima GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di Sacco*, Milano, 1994, 485 s.; GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 269; CASTRONOVO, *o.u.c.*, 39; D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»: Regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in AA. VV., *Le invalidità nel diritto privato*, Bellavista e Plaia (a cura di), Milano, 2011, 366 ss.

[70] D'AMICO, *o.c.*, 249.

[71] In tal senso , D'AMICO, *L'integrazione cogente del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., 243; ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in www.juscivile.it, 2013, 401 ss.; VALLE, *La vessatorietà delle clausole oltre la nulllità parziale*, in *Contratto e impresa*, 2014, 116; già ID., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1366. In tal senso anche i commentatori tedeschi ritengono che la lacuna contrattuale va colmata ai sensi del §306 Absatz 2, BGB. Cfr., PFEIFFER, Verbot geltungserhaltender Reduktion und erganzende Vertragsaugslegung nach der EU-Klauselrichtlinie, in *LMK*, 2012,339. Per riflessioni a carattere più ampio nell'ordinamento inglese MICKLITZ, REICH, *The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, in *Common Market Law Review,* n. 51, 2014, 771 ss.; RIEFA, *Codification: The Future of English Consumer Law?*, in *European Journal of Consumer and Market Law*, 2015, 1-2, p. 12ss.; per una vision più ampia anche di altri ordinamenti cfr., Hondius, *'UnfairContractTerms and the Consumer: ECJ Case Law, ForeignLiterature, and Their Impact on Dutch Law'*, in *EuropeanReview of Private Law*, 2016, 3/4, 457 ss.

[72] PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Persone e mercato*, 2012, 786. Per i medesimi rilievi v., già, P. SCHLOSSER, *Todesstoß für ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen?*, cit., p. 507 ss., spec. p. 514 s., il quale, nel difendere le soluzioni tradizionalmente adottate nell'esperienza tedesca e austriaca, critica duramente la posizione della Corte di Giustizia. Infatti, pone in luce la sostanziale ingiustizia di simili ricostruzioni, dal momento che, in concreto, si finirebbe con l'attribuire un ingiustificabile vantaggio per «centinaia di consumatori».

[73] GENTILI, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Riv.dir. civ.*, 1997, I, 432 s.

infatti, è essa stessa «una vera e propria -ed assai radicale- tecnica integrativa. Perchè.... la correzione di un regolamento negoziale può avvenire anche mediante 'sottrazione'»[74]. Quindi, la caducazione *pura* «comporta di per sè una correzione del regolamento»[75]. A sostegno della sola eliminazione della clausola non sembra convincere nemmeno l'argomentazione ricavabile dall'art. 7 della Direttiva, poiché la norma non legittimerebbe «in modo generalizzato tecniche sanzionatorie. Il pur delineato obiettivo deterrente e sanzionatorio, così, non necessariamente andrebbe perseguito con qualsiasi mezzo e con modalità nettamente sbilanciate a favore del consumatore. Effetto di tale entità sarebbe possibile soltanto con previsioni esplicite del legislatore nazionale»[76]. Anche in altri contesti si è osservato che con la sentenza del 21 gennaio 2015 non si è esclusa del tutto la possibilità di un intervento giudiziale. La Corte di Giustizia, infatti, imporrebbe la caducazione pura della clausola vessatoria unicamente nelle ipotesi di contratti con i consumatori e sempre che non si tratti di clausola essenziale ovvero che la sua eliminazione non pregiudichi maggiormente il consumatore. Pertanto, resterebbe possibile in alcuni casi anche per il giudice spagnolo di sostituire gli interessi moratori che superano il limite stabilito nella ley hipotecaria con quelli legali[77].

Secondo altri, i giudici di Lussemburgo avrebbero travolto sia la correzione giudiziale che l'integrazione con il diritto dispositivo nazionale[78]. L'applicazione sistematica della soluzione offerta dal diritto civile, cioè l'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato a seguito di una pronuncia di decadenza del diritto agli interessi, potrebbe rivelarsi una applicazione "mécanique" che non tiene in adeguata considerazione le specificità del diritto dei consumatori e contrasterebbe con l'obiettivo di dissuasione della sanzione, ribadito dalla Corte di giustizia[79]. La soluzione della Corte è in sintonia con parte della giurisprudenza[80] di alcuni ordinamenti da tempo contraria all'applicazione dell'interesse legale a seguito di una pronuncia di decadenza[81], meno che mai nel contenzioso relativo ai consumatori[82]. In

---

[74] ROPPO, *Nullità parziale e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir.civ.*,, 1971, 707; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 65.

[75] D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 28;PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *I Contratti*, 2013, 408; per T. PFEIFFER, *Europäisch-autonome Auslegung der Klauselrichtlinie am Beispiel der Hauptleistungsklauseln*, in *NJW*, 2014, p. 3072 s., proprio con riferimento al *leading case* testé citato, l'interpretazione integrativa del contratto sarebbe comunque ammissibile, malgrado l'intervento in senso contrario dei giudici europei, per diverse ragioni. In primo luogo, l'interpretazione integrativa, presupponendo la caducazione totale della clausola vessatoria, non rappresenterebbe affatto un mero ritorno del contratto al suo contenuto minimo lecito. Inoltre, questa soluzione non necessariamente ostacolerebbe la realizzazione dell'effetto dissuasivo perseguito dal legislatore europeo, per effetto della caducazione, come invece ipotizzato dalla Corte di Giustizia.

[76] D'ADDA, *o.l.u.c.*

[77] M.G. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios*, in *Revesta de derecho inmobiliario*, 2015, n. 749, págs.1565 a 1583, spec. pag. 1579; Nello stesso senso v. altresì A.I. BERROCAL LANZAROT, *Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Enero de 2015*, in *Actualidad civil*, n. 3, 2015;E. LEVITS, *Cláusula de intereses de demora de carácter abusivo en un procedimiento de ejecución hipotecaria: TS Sala Primera, S 21 enero 2015, La ley 28/2015*, in *La Ley Unión Europea*, n. 26, 2015, p. 70 s.

[78] Così F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *I Contratti*, 2014, 744.

[79] G. POISSONNIER, *Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation*, in *Recueil Dalloz*, 2014, p.1307 ss. che critica l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione francese (c.d. *jurisprudenceTheret*, dall'omonima sentenza della *Cour de cassation*, 1re civ., 26 novembre 2002, n° 00-17.119, in *RecueilDalloz*, 2003, p. 273)

[80] D. LEGEAIS, *Crédit à la consommation: portée de la déchéancedesintérêts*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 2015, p. 139 ss.: rileva che anche la giurisprudenza precedente di diverso avviso dovrà recepire il diverso orientamento a seguito della sentenza della Corte.

[81] G. RAYMOND, obs. *Cour de Cassation Civile* 1ère, 27 mai 2003, n° 01-03.781, *Bull. civ.* I, n° 131; G. BIARDEAUD ET P. FLORES, *Le contentieux du droit de la consommation*, éditions École nationale de la magistrature (ENM), vol. 1, mars 2005, p. 120; G. POISSONNIER, *Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation*, in Étude par Ghislain Poissonnier, *Contrats, Concurrence, Consommation*, 2013, 10.

[82] Tribunal d'instance Périgueux, 8 ottobre 1993, in *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 15 dicembre 1993, n° 1370; Cour d'Appel Limoges, 16 gennaio 1996, in *Contrats Concurrence Consommation*, 1996, Commento n° 68, con osservazioni di G. Raymond; Tribunal d'instance Périgueux, 30 agosto 1996, in *Contrats Concurrence Consommation*, 1996, Commento n° 207, osservazioni di G. Raymond; Bordeaux, 21 ottobre 1997, in *Contrats Concurrence Consommation*, 1998, Commento n° 52, osservazioni di G. Raymond; Tribunal d'instance Angoulême, 7 gennaio 1998, Tribunal d'instance Périgueux, 30 agosto 1996, in *Contrats Concurrence Consommation*, 1996, Commento n° 207, con osservazioni di G. Raymond 1998; Commento n° 51, osservazioni di G. Raymond; Rennes, 5 novembre 1998, in *Contrats Concurrence Consommation* 1999, Commento n° 13, osservazioni di G. Raymond; *Dalloz Affaires*, 1999, 27; Tribunal d'instance Niort, 15 maggio 2002, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2002, Commento n° 115, con osservazioni di G. Raymond; Tribunal d'instance Roubaix, 11 giugno 2004, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2004, Commento n° 132, con osservazioni di G. Raymond; Tribunal d'instance Thiers, 13 gennaio 2009, n° 08-147; Tribunal d'instance Aurillac, 11 dicembre 2009, n° 09-32; Tribunal d'instance Montluçon, 8 febbraio 2011, n° 11-365). In precedenza, si era pronunciata in senso favorevole

linea generale, è stato più volte ribadito che la normativa in questione ha introdotto negli ordinamenti nazionali un nuovo nucleo di principi generali che l'interprete ha il compito di riconoscere e valorizzare superando interpretazioni derivanti «dalla contingente topografia delle disposizioni legislative»[83]. Ancora più generalmente si è osservato che l'atto di deroga ad una norma dispositiva non è sindacabile e «mette fuori gioco l'applicazione della norma derogata»[84].

Di converso, altre analisi assumono posizioni più sfumate. Si contestano le decisioni dell' ABF e si ritiene che la scelta del meccanismo integrativo va distinta tra le varie tipologie di operazioni, come, ad esempio, nell'esperienza francese che tiene conto delle differenze tra credito al consumo e credito immobiliare[85]. La policromia interpretativa consente di delineare soluzioni permeate dal principio di proporzionalità tra l'illegalità commessa e la sanzione erogabile. In tale direzione, nella tutela consumeristica del credito al consumo si dovrebbe evitare l'integrazione «o, al più, lo si può fare nella misura di cui all'articolo 125 *bis*, 7 TUB, poiché la *ratio* della Direttiva 2008/48/CE è proiettata al perseguimento di obiettivi di efficienza del mercato»[86] attraverso un processo di responsabilizzazione oggettiva dell'attività di impresa. Diversamente, nel credito immobiliare si potrebbe procedere all'integrazione al tasso legale, sicuramente meno conveniente rispetto a quello convenzionale, che svolgerebbe un effetto dissuasivo penalizzante rispetto ad una corrispettività equilibrata tra interessi compensativi e moratori[87].

I tentativi di relativizzare le pronunce della Corte si arrendono, però, almeno per alcuni interpreti, di fronte al martellare sequenziale ed uniforme delle decisioni. In particolare il dispositivo della sentenza del gennaio 2015 sembra, definitivamente, chiudere ogni indecisione sulla posizione della Corte sulla caducazione *pura*[88]. E, così, le varie obiezioni formulate si evolvono, repentinamente in affermazioni del tutto opposte a quanto precedentemente sostenuto e mirate a ribadire che: «l'interprete davvero si trovi al cospetto di un *ius commune*, coniato giudizialmente nel senso pregnante di un *Judge-made law* dell'integrazione contrattuale nei rapporti *b2c*.[89]». Improvvisamente, ci si ricorda che la Corte svolge un ruolo determinante nel processo di armonizzazione, creando un vero e proprio diritto uniforme[90] con le

all'applicazione degli interessi legali a seguito di una pronuncia di decadenza dal diritto agli interessi convenzionali, tra le altre, Cour de Cassation, 1re civ., 18 mars 2003, in *Recueil Dalloz*, 2003, 1036.

[83] SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori*, cit., 821 s.; evidenzia che il c.d. diritto dei consumatori risulta caratterizzato «dall'idoneità a costituire un – sia pure peculiare – sistema, ispirato ad una finalità unitaria»; MACARIO, *Alla ricerca dei «principi comuni» per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in Aa. Vv., *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Cafaggi (a cura di), Padova, 2003, 30; ID., *sub art. 1374*, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Navarretta e Orestano (a cura di), Torino, 2011, 700.

[84] Problematicamente D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 251.

[85] V., anche, C. AUBERT DE VINCELLES, *Chronique Droit européen des \obligations - Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice*, in *RTD eur.*, 2012, 666 ss.

[86] PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, cit., 867.

[87] PAGLIANTINI, *Nullità di protezione*, cit., 867; C. AUBERT DE VINCELLES, *Chronique Droit européen des obligations – Régime européen des sanctions*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen.*, 2014, p. 724 ss. rileva l'esigenza di una modifica della normativa francese a tutela dei consumatori, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia che impone al giudice nazionale di valutare caso per caso se la sanzione porta all'effetto paradossale di creare un beneficio per il creditore, invece di fargli percepire interessi "significativamente inferiori" a quelli cui avrebbe avuto diritto se avesse rispettato i propri obblighi. L'autrice auspica una soluzione equilibrata da parte del legislatore che non ecceda a favore dei diritti del consumatore ("La Cour laisse donc aujuge national le soin de cette évaluation impliquant une interprétation du droit national au cas par cas. L'issue est cependant sans surprise. Ce n'est pas la déchéance du droit aux intérêts qui est en cause, mais les intérêts légaux restant dus et particulièrement sa majoration en cas de défaillance issue du droit commun; des aménagements seront donc nécessaires pour une meilleure adaptation à la protection des consommateurs. Le droit français devracependant veiller à ne pastomber dans l'excès inverse en rendant la déchéance disproportionnée").

[88] In ogni caso si cerca di interpretare il dispositivo della Corte sulla compatibilità della normativa nazionale spagnola come mero limite all'ammontare degli interessi moratori riscuotibili sulla proprietà ipotecaria. La quota degli interessi moratori ricavabili dal disposto normativo si sposterebbe sugli altri beni di proprietà del mutuatario. Si parcellizzerebbe il debito per gli interessi a beneficio dei terzi aventi causa. In sintesi la previsione favorirebbe la circolazione degli immobili ipotecati ad evitare che l'esecuzione ne azzeri il valore di mercato: cfr., PAGLIANTINI, *Il* "restatement" *della Corte di Giustizia*, cit., 427.

[89] PAGLIANTINI, *o.u.c.*, 426.

[90] Rilievi critici in CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013,905 ss.; ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 236 ss.; diversamente cfr. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 3, 367 ss., spec. 377; ALPA, *Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 1, 28; FRANCHINI, *La formazione di un diritto comune europeo*, Roma, 2013, 87. V., altresí, ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'européanisation du droit privé*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, 455 ss.; CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999,

sue decisioni che delineano: «delle aggiunte blindate colla corazza di un'interpretazione conforme la cui *vis* espansiva è il riflesso, a mò di effetto correlato, dell'assenza di una vera cornice trasnazionale di sistema». Il ruolo dell'interpretazione e dell'applicazione «configurano le ragioni della scienza giuridica e della sua legittimazione e dove la "legge", in quanto tale, non rappresenta che una componente della più complessa creatività della produzione normativa[91]». Diventa, così, ineludibile sostenere «che il professionista, che abusi, nuoce al mercato: l'amputazione *pura* è in realtà ancillare ad un *favor mercatorum* che mette tra parentesi gli interessi dei singoli professionisti visto che ciascuno di loro è, in qualche misura, al servizio di un supposto… interesse comune all'efficienza del mercato[92]». Si denuncia il rischio che l'*ergänzende Auslegung* conduca «fatalmente per conoscere il limite di una diversificata pre-comprensione municipale nell'attività di concretizzazione della clausola generale di buona fede»[93]. Per concludere, con irreversibile rassegnazione, che «la parabola dell'interpretazione integrativa *correttiva* sia destinata, per una preminente ragione di *policy of law*, ad evolvere a breve in senso decrescente»[94].

Su queste notazioni occorre, infine, ricordare che da tempo attente analisi sul fenomeno di integrazione del sistema ordinamentale avevano evidenziato che « una realtà variabile nel tempo, ma sempre più uniforme nello spazio, esige regole possibilmente convergenti nei vari contesti nazionali, ma le riconosce affidate, in misura costantemente crescente, nell'individuazione del loro contenuto concreto, al momento dell' applicazione giurisprudenziale»[95]. Se il contesto contrattuale è il risultato di un concorso di fonti diverse e se esso deve rispondere a finalità di ordine generale che l'accordo negoziale direttamente non individua, ma da cui non può prescindere[96], si deve tener conto che l'interprete non può continuare ad utilizzare tecniche interpretative ed applicative prevalentemente del sistema ordinamentale interno, ma deve tener conto dei principi generali introdotti dal sistema comunitario e delle loro finalità rispetto alle quali il contratto stesso deve essere strumento sinergico[97]. Qualsiasi "guerra di resistenza", che non sia radicata su solide basi di una tecnica dell'interpretazione del contratto che tenga nella giusta considerazione l'evoluzione del sistema ordinamentale nel suo complesso, è destinata a produrre *revirement* nelle posizioni e soluzioni proposte di primo impatto, così come spesso è accaduto per queste tematiche. Ancor meglio l'interprete non deve offuscare la sua costante determinazione non di rispettare una gerarchia delle fonti e dei valori, ma di ragionare sulla base di un unico sistema ordinamentale "italo-europeo"[98],

---

1485; VAN ERP, *European Union Case Law as a Source of European Private Law. A comparison with American Federal Common Law*, Deventer, 2001, 5 ss.

[91] Limpidamente, PERLINGIERI, *Applicazioni e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ*., 2010, 340; . ID., *Il diritto giurisprudenziale e il ruolo della dottrina*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 11 s.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, I, 198; ID., *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica*, in Femia (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 42 s.

[92] PAGLIANTINI, *o.l.u.c.*; SUL PUNTO, v. già IUDICA, *Clausole abusive e razionalità del mercato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 777; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2001, 754; ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Tratt. contr.* Rescigno-Gabrielli, III, *I contratti dei consumatori*, Gabrielli e Minervini (a cura di), Torino, 2005, 392, 395; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, 21; CAMARDI, *Integrazione del mercato e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 716 ss.; ID., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del Consumo*, www.juscivile.it, 2013, 305 ss.

[93] S. PAGLIANTINI, *Integrazione di legge e riduzione conservativa*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Torino, 2013, p. 142

[94] S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico e S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 118 ss.

[95] LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. Dir. civ.*, 2006, 215. sul punto, già ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, XXXIII; PATTI, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato*, in *Foro it.*, 2014, V, c. 114.

[96] Sempre LIPARI, *o.c.*, 230.

[97] G. SOLER SOLÉ, *Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía*, in *Diario La Ley*, n. 8805, 2016, nel commentare le sentenze della Corte di Giustizia concorda con l'impossibilità di sostituire gli interessi moratori abusivi con quelli legali, in virtù della prevalenza della normativa dell'Unione su quella interna, che impone la disapplicazione delle norme interne contrarie alla direttiva europea, in conformità ai principi espressi nel giudicato della Corte di giustizia UE, 9.3.1978, C-106/77 (in *Raccolta*, 1978, 629 consultabile su *www.curia.eu.it*), infatti, «l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri» (par. 14), dal momento che esse non si rivolgono solo allo Stato membro, ma pongono direttamente diritti ed obblighi in capo ai singoli (par. 17).

[98] PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; ID., *Normativa comunitaria, rapporti economici e interpretazione*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1993, 1-4, 297 ss.; ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, *ivi*, 1997, 81 ss.

mantenendo la sua capacità interpretativa disponibile a valutare senza stereotipi ogni possibile soluzione adeguata a rispondere alle esigenze derivanti dall'attuale *ever-changing world*.

PRESCRIZIONE E CERTEZZA: RAGIONI DEL DEBITORE E DEL CREDITORE A CONFRONTO.

Di Mario Mauro

***SOMMARIO:** 1. Il problema. – 2. Il fondamento teorico della prescrizione: certezza ed effettività della tutela. 2.1. Certezza ed effettività nel quadro normativo italiano. – 3. Certezza del diritto e tutela del creditore. – 4. Certezza del diritto e tutela del debitore. – 4.1. L'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità. – 4.1.1. Dovere di conoscere e meccanismi presuntivi. – 4.2. L'obbligo di informazione. – 4.3. La previsione negoziale di un termine di decadenza. - 5. Conclusioni: rilevanza del comportamento delle parti ed esigenza di una riforma.*

ABSTRACT. Lo scritto affronta il problema dell'esordio del termine di prescrizione alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali e delle riforme europee, mettendo a confronto le ragioni del creditore e quelle del debitore.
The paper addresses the problem of beginning of the limitation period in the light of the most recent case law and European reforms, comparing the reasons of the creditor and those of the debtor.

1. Il problema.

Soprattutto nel settore della responsabilità extracontrattuale, ricorre con estrema frequenza il principio per cui la prescrizione decorre solamente quando le conseguenze pregiudizievoli, manifestatesi all'esterno, saranno percepite quale danno ingiusto determinato dalla condotta illecita dell'agente, sulla base di due parametri, l'ordinaria diligenza e la diffusione delle conoscenze scientifiche[1].

In tal senso, perché la prescrizione possa esordire, avranno un ruolo chiave le informazioni che rendano disponibili al danneggiato tutti i dati circa l'instaurazione di un procedimento giudiziario.

Per converso, qualora non sia conoscibile la causa del danno, la prescrizione non inizierà. In ogni caso, il danneggiato, usando l'ordinaria diligenza, deve essere in grado di apprezzare le conseguenze lesive, anche con riferimento alla rilevanza giuridica.

La giurisprudenza ha così creato un legame tra disponibilità dell'informazione e spostamento in avanti nel tempo della decorrenza.

L'approdo giurisprudenziale se, da un lato, favorisce il creditore, dall'altro, ha come contropartita un quadro probatorio meno nitido e, considerata l'incertezza del suo esordire, rischia di esporre il debitore a domande risarcitorie potenzialmente illimitate nel tempo.

A questo limite, come vedremo, le riforme europee hanno risposto istituendo un termine finale di sbarramento, che inizia a decorrere indipendentemente dalla conoscenza ed al quale non si applicano cause di sospensione o di interruzione. Una volta che questo termine sia compiuto, nessuna pretesa sarà più azionabile.

In Italia, invece, manca una tutela che venga incontro, in termini efficienti, alle ragioni del debitore: se l'esordio della prescrizione è incerto perché parametrato alla conoscenza che ha il creditore di un proprio diritto, il debitore non dispone di adeguate informazioni che gli consentano di valutare per quanto tempo il suo patrimonio rischi di essere aggredito.

Tale situazione, non scevra di importanti ricadute concrete, lede, allo stesso tempo, quello che è da sempre stato considerato il fondamento giuridico della prescrizione, la certezza del diritto.

Questo ultimo punto è centrale per interpretare il problema e, pertanto, è importante un chiarimento.

2. Il fondamento teorico della prescrizione: certezza ed effettività della tutela.

Secondo l'opinione tradizionale, la prescrizione affonda le proprie radici in astratte esigenze di certezza del diritto[2].

Allo stesso tempo, non sono mancate voci autorevoli di segno differente. Alcune hanno posto l'accento sull'effetto di troncare con rapidità controversie tardivamente instaurate, prescindendo da ogni giudizio sulla fondatezza della pretesa[3]; altre, invece, hanno fatto riferimento all'interesse del soggetto passivo a che la soggezione del suo patrimonio non si prolunghi eccessivamente nel tempo alle pretese altrui[4]; altre, ancora, parlano di sanzione per l'inerzia[5].

Sebbene trattasi di opinioni contrastanti, muovono da un presupposto comune: una concezione della prescrizione in termini pubblicistici[6].

---

[1] Principio per la prima volta affermato da Cass., 21 marzo 2003, n. 2645, in *Giur. it.,* 2003, p. 285; consacrato da Cass., sez. un., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 e da Cass., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453; confermato *ex multis* da Cass., 3 maggio 2016, n. 8703; Cass., 3 maggio 2016, n. 8645; Cass., 7 aprile 2016, n. 6747, tutte in *Iusexplorer.*

[2] La tesi è riferibile inizialmente agli scritti di F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale,* V, Torino, 1898, p. 309; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette,* Torino, 1902, p. 428; R.T. TROPLONG, *Della prescrizione,* I, Palermo, 1846, p. 26. Più di recente è stata portata avanti da G. AZZARITI- G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza,* in *Commentario,* a cura di A. Scialoja e G. Branca, 1964, sub artt. 2934, p. 203. Sulla stessa linea, con qualche sfumatura differente V. TEDESCHI, (*Lineamenti della distinzione tra prescrizione estintiva e decadenza,* Milano, 1948, p. 55) secondo il quale l'ordinamento giuridico, mediante la prescrizione, pone riparo alle conseguenze alle conseguenze economico-sociali di incertezza derivanti dal prolungarsi del mancato esercizio del diritto; F. SANTORO-PASSARELLI (*Dottrine generali del diritto civile,* cit., p. 113) , parla di adeguamento della situazione di diritto a quella di fatto; R. CATERINA (Impium presidium. *Le ragioni a favore e contro l'usucapione,* Milano, 2001, p. 36) preferisce, invece, parlare di sicurezza dei rapporti giuridici.

[3] P. VITUCCI, *La prescrizione,* in *Il Codice civile. Commentario*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 28.

[4] In dottrina, sembra questa una delle posizioni maggiormente accreditate. P. TRIMARCHI, *Prescrizione e decadenza,* cit., p. 218; A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione,* Napoli, 1971, p. 41 e ss.; B. GRASSO, voce *Prescrizione,* in *Enc. dir.,* XXXV, Milano, 1986; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale,* IV, Padova, 1999, p. 312; F. ROSELLI, *La prescrizione e la decadenza,* in *Diritto civile,* diretto da N. Lipari e P. Rescigno, vol. IV, *Attuazione e tutela dei diritti,* Milano, 2009, p. 486;

[5] F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale,* Milano, 1959, I, p. 187; G. SCALFI, *Osservazioni sulla prescrizione e decadenza,* in *Temi,* 1952, n. 3.

[6] La relazione ministeriale che ha accompagnato la pubblicazione del Codice civile, lo assumeva come un dato scontato. A commento dell'art. 2936 c.c., che sancisce la nullità di ogni patto diretto a modificare la disciplina della prescrizione, si legge che la norma è coerente «alla finalità d'ordine pubblico che informa l'intero istituto della prescrizione».

La tesi poggia su una tradizione secolare e trova le proprie basi teoriche in un approccio giusnaturalista diffuso nella mentalità dei giuristi di fine '700.

Leggendo le pagine di Troplong[7], «*i diritti considerati idealmente sono interminabili e sempiterni, ed il tempo non ha impero se non su ciò che è contingente, non può smuoverli, come non può attaccare lo stesso essere supremo. Poiché il tempo non può dare principio né termine a ciò che è eterno e assoluto*».

D'altra parte, proprio per evitare che un soggetto rimanesse debitore a vita[8], la prescrizione divenne «*una delle principali guarentigie sociali*»[9]: poiché è la stessa natura che impone tranquillità ed ordine sociale, tramite questa via si armonizzò la legge positiva con la legge di natura.

Del resto, già Bartolo[10], successivamente ripreso da Savigny e Windscheid[11], affermava che la prescrizione è *inducta ad publicam utilitatem* ed è, quindi, un istituto *iuris publici*[12].

Su queste basi, la dottrina europea era concorde nell'indicare un interesse pubblico a fondamento della prescrizione.

Con l'avvento del nuovo millennio, però, quelli che erano i tratti comuni della disciplina sono mutati: nella riforma tedesca del 2001, in quella francese del 2008, nella legislazione di settore europea e nei progetti di soft law, si registrano profili di continuità[13].

I termini lunghi, che favorivano il creditore, sono sostituiti da termini brevi, poiché si ritiene maggiormente degno di tutela l'interesse del debitore ad un rapido consolidamento della situazione[14].

L'esordio della prescrizione viene parametrato a circostanze soggettive riferibili al creditore e che coincidono con la conoscenza-conoscibilità in ordine alla determinazione di tutti gli elementi che gli consentano di agire in giudizio, per tutelare un proprio interesse.

La diversificazione dei termini avviene non sulla base del rimedio esercitato ma sulla base dell'interesse sotteso al rimedio. Ad esempio, termini più lunghi sono previsti per i danni all'integrità della persona.

Oltre al termine breve, viene introdotto anche un ulteriore termine lungo, destinato alla tutela delle ragioni del debitore e legato a criteri oggettivi[15]. A questo non si applicano cause di sospensione o di interruzione.

Sotto altro aspetto, è dato valore all'autonomia privata entro determinati limiti, affinché una delle parti non abusi eccessivamente di questo potere, prevedendo termini eccessivamente iugulatori o dilatori.

Trattasi di regole nuove che riflettono un approccio, in linea con la metodologia europea, ove l'area di messa a fuoco non è sulla realizzazione di fenomeno estintivo[16] ma sull'interesse che le parti hanno in un determinato rapporto.

---

[7] R.T. TROPLONG, *Della prescrizione, o commentario del Tit. 20., Lib. 3. del Codice Civile*, Torino, 1841, I, p. 27

[8] In termini analoghi ma più concreti G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano,* VIII, Firenze, 1911, p. 343, «se eravate debitori ieri, rimarrete debitori domani, se non sborsate denari per pagare».

[9] L'espressione è di A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione,* cit., p. 39

[10] Riportato da G. PUGLIESE, *Trattato della prescrizione acquisitiva nel diritto civile italiano,* Torino, 1889, p. 144

[11] Richiamato da P. VITUCCI, *La prescrizione,* cit., p. 179

[12] L'idea della matrice pubblicistica della prescrizione affonda le proprie radici anche più indietro nel tempo quando, II sec. d.C., si iniziò a parlare di *longi temporis praescriptio*: al fine di garantire certezza e stabilità nei rapporti giuridici, si disposero termini di prescrizione lunghi. Per approfondimenti cfr. M.R. CIMMA, *Prescrizione e decadenza nel diritto romano e intermedio,* in *Dig. disc. priv.,* XIV, Torino, 1996, p. 253 e ss.

[13] Per un primo approccio alle riforme sulla prescrizione in Europa cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.,* 2010, p. 21. Per una trattazione più ampia cfr. R. ZIMMERMANN, *Comparative foundations of European Law of Set-off and Prescription,* Cambridge, 2002. Per ulteriori approfondimenti sulla riforma tedesca cfr. anche S. DELLE MONACHE, *Profili dell'attuale normativa del codice civile tedesco in tema di prescrizione,* in *Riv. dir. civ.,* 2003, I, p. 179 e R. CAPONI (*La nuova disciplina della prescrizione nel codice civile tedesco: spunti per una riforma italiana,* in *Corr. giur.,* 2006, p. 1322 mentre per quella francese v. E. CALZOLAIO, *La riforma della prescrizione in Francia nella prospettiva del diritto privato europeo,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 2011, p. 1098.

[14] Termini lunghi erano coerenti con il precedente contesto socio-economico ove le esigenze di regolarità e di sicurezza, nonché di frequente lentezza di svolgimento dei rapporti giuridici erano dominanti, cfr. S. PATTI, *Certezza e giustizia nel diritto della prescrizione in Europa,* cit., p. 21.

[15] Vale a dire, indipendentemente dalla conoscenza. Mentre la soluzione francese parla di *naissance du droit,* quella tedesca lega la decorrenza del termine lungo al *compimento dell'azione o alla violazione dell'obbligo.*

[16] Il dibattito sugli effetti della prescrizione è strettamente legato a quello sull'oggetto: se si vuole mantenere ferma l'estinzione, questa non può avere ad oggetto un diritto; se si vuole mantenere fermo il diritto, questo non sembra estinguersi. Già nella vigenza del precedente codice autorevole dottrina dubitava che la prescrizione potesse produrre effetti estintivi sostenendo, piuttosto, che la maturazione del periodo prescrizionale producesse un indebolimento dell'obbligazione originaria e ciò che residuava fosse un'obbligazione naturale (F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione,* in *Riv. dir. proc. civ.,* 1933, I, p. 32, tesi successivamente ripresa da P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione delle obbligazioni,* Napoli, 1972, p. 117).
Entrato in vigore il nuovo Codice civile, la dottrina più attenta si è divisa in due posizioni: alcuni Autori hanno parlato di efficacia preclusiva; altri di efficacia acquisitiva.
La tesi in ordine all'efficacia preclusiva muove da un'acuta intuizione. Mantenendo fermi i termini usati dal legislatore,

La prescrizione non è oggi studiata nelle problematiche sull'estinzione del diritto quanto, piuttosto, di durata nel tempo del rimedio.

In quest'ottica, già in una pronuncia del 1975, *Golder,* i Giudici hanno affermato che non avrebbe senso rispettare nel processo determinate regole finalizzate alla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, se alla base si negasse la possibilità di portare determinate istanze davanti ad un Giudice[17].

L'affermazione si inserisce a margine dell'interpretazione sull'art. 6 CEDU, a norma del quale ciascuna persona ha diritto che la sua causa sia esaminata da un Tribunale. Tale diritto non è assoluto ma può essere sottoposto a limitazioni dettate dai singoli Stati aderenti, purché ci sia una proporzione tra la legittimità degli scopi perseguiti e strumenti adoperati[18].

Traslando il principio in regola, un termine di prescrizione eccessivamente iugulatorio rischierebbe di minare l'effettività del rimedio e della tutela giurisdizionale; uno eccessivamente dilatorio, al contrario, pregiudicherebbe le difese di un soggetto in giudizio.

La prescrizione diventa così uno di quegli aspetti che determinano o compromettono l'effettività di una tutela.

Lungo questa prospettiva sembra muoversi anche la CGUE, che riprende l'indicazione ed in una sentenza del 2003 afferma «*la fissazione di termini ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, al principio di effettività, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio di certezza del diritto*»[19].

Da qui, il problema: se si possano conciliare le nuove istanze di effettività con il tradizionale fondamento di certezza.

Nel dare una forma all'istituto, la forza del principio di effettività impone di rimeditare la nozione di certezza, legando la prescrizione non ad astratte istanze pubblicistiche ma alle concrete esigenze dei privati.

2.1. Certezza ed effettività nel quadro normativo italiano.

A norma dell'art. 2936 c.c., è nullo ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione.

---

ragionare sull'estinzione del diritto, presuppone l'esistenza di questo. Invece, è proprio il giudizio sull'esistenza del diritto che l'eccepita prescrizione esclude: quando il giudice deve decidere sull'eccezione proposta dal convenuto, valuta solamente se il termine sia decorso o meno, senza alcuna valutazione in ordine alla validità o esistenza di una preesistente situazione giuridica e senza alcun accertamento ulteriore (così A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica,* in *Enc. dir.,* XIV, Milano, 1965, p. 498 ripreso poi da P. VITUCCI, *La prescrizione,* in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 20).

Diversamente, chi propende per un'efficacia acquisitiva, muove dal presupposto che oggetto della prescrizione sia il rapporto: maturato il periodo prescrizionale, gli effetti prodotti possono essere esaminati tanto nell'ottica del creditore quanto nell'ottica del debitore.

Guardando la questione *ex latere creditoris*, l'effetto estintivo non è in grado di spiegare (a) le ragioni per cui spetti al debitore eccepire la prescrizione e questa non possa essere d'ufficio rilevata dal Giudice (c.c. 2938); (b) come mai il debitore possa rinunciare a qualcosa che, invece, si è estinto (c.c. 2937); (c) le ragioni per cui non è possibile ripetere ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto (c.c. 2940).

Invece, spostando l'attenzione verso il lato passivo del rapporto obbligatorio, la prescrizione, anziché estinguere un diritto del creditore, fa acquistare un diritto al debitore il quale, a fronte della domanda proposta dal primo, avrà uno strumento in più per difendersi (in questo senso, A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione,* cit., p. 40 e ss.).

Entrambi gli spunti sono stati, più di recente, ripresi, distinguendo gli effetti sostanziali da quelli processuali. Con riferimento ai primi, il diritto del creditore entrerebbe in una fase di quiescenza e l'effetto estintivo è rimesso ad una decisione del debitore. Con riferimento agli effetti processuali, è sposata la tesi degli effetti preclusivi, prima illustrata (così G. TRAVAGLINO, *L'elaborazione teorica,* in A. Batà-V. Carbone – M.V. De Gennaro-G. Travaglino, *La prescrizione e la decadenza,* Milano, 2001, p. 11 e ss.).

Tra coloro che continuano a parlare di efficacia estintiva e rimangono più aderenti alla lettera dell'art. 2935 c.c., per dare giustificazione alla posizione, viene indicato, nell'oggetto della prescrizione, un concetto eccessivamente astratto per avere una sicura definizione normativa: l'azionabilità intesa come «la possibilità che la pretesa sia dedotta nell'*actio*» (così P.G. MONATERI, *Natura, regime e scopi della prescrizione,* in P.G. Monateri – C. Costantini *La prescrizione,* in *Trattato di Diritto civile,* diretto da R. Sacco, Torino, p. 7

[17] CEDU, 21 febbraio 1975, n. 4451/70, *Golder v. United Kingdom, «*the principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally "recognised" fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6, para 1, must be read in the light of these principles. It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para 1 should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings». Nello stesso senso si è anche successivamente pronunciate CEDU, Gr. Ch., 14 dicembre 2006, n. 1398/03, *Markovic*; CEDU, 7 dicembre 2010, n. 50330/07, *Seal*.

[18] In questo senso CEDU, *Markovic,* cit. (§ 99)*;* CEDU, *Seal,* cit. (§ 75).

[19] CGCE, 18 settembre 2003, C-125/2001, *Peter Pflücke c. Bundesanstalt für Arebit.* In senso analogo cfr. anche CGCE, 16 luglio 2009, C-69/08, *Raffaello Visciano c. INPS*; CGCE, 24 marzo 2009, C-445/06, *Danske Slagterier*; CGCE, 11 luglio 2002, C-62/00, *Marks&Spencer*; CGCE, 5 ottobre 1999, C-84/86, *Paesi Bassi c. Commissione;* CGCE, 26 maggio 1982, C-44/81, *Germania C. Commissione;*

Secondo la dottrina, la disposizione è stata oggetto di un «*equivoco concettuale, prodotto dalle affermazioni troppo concise della relazione ministeriale*»[20].

In questa si legge che la disposizione è coerente «*alla finalità d'ordine pubblico che informa l'intero istituto della prescrizione*». Definisce, inoltre, erroneo il presupposto che essa «*sia stabilita nell'interesse del debitore*». Se così fosse, infatti, sarebbe disconosciuto «*il carattere pubblico dell'istituto*».

La spiegazione del Guardasigilli, pur nella sua brevità, poggia su quella tradizione sopra riportata che ha contribuito a propendere per la natura esclusivamente pubblicistica dell'istituto.

Solamente negli ultimi anni, probabilmente anche grazie alle aperture verso l'Europa, questo assunto è stato messo in discussione.

Come è stato giustamente osservato, la tesi della certezza e del fondamento pubblicistico stride con il funzionamento della prescrizione, per come è stato concepito dal legislatore italiano.

Stride con gli articoli 2944 c.c. e 2945 c.c. che disciplinano l'interruzione per effetto di riconoscimento del diritto perché il termine finale andrebbe a dilatarsi oltre misura, «*a dimostrazione del fatto che se l'ordinamento fosse stato davvero interessato alla certezza, avrebbe dovuto predisporre, invece, un meccanismo simile a quello dettato per la decadenza dall'art. 2964 c.c., che, appunto, dichiara inapplicabili le norme sull'interruzione*»[21].

Stride anche con l'art. 2943 c.c. a norma del quale è sufficiente qualunque atto che costituisca in mora il debitore, anche una semplice raccomandata a cadenza periodica, per rendere imprescrittibile il diritto. «*Non avendo l'ordinamento predisposto meccanismi di salvaguardia contro tale eventualità, non può che dedursene che l'interesse principale in gioco non sia quello della certezza dei rapporti*»[22].

Infine, stride con l'art. 2937 c.c. E' sufficiente la lettura della norma «*per rendersi conto che alla base dell'istituto non può trovarsi l'esigenza di certezza*»[23]. Infatti, proprio una volta che la prescrizione sembra essersi compiuta e che gli effetti, quindi, si sono stabilizzati, è prevista la possibilità di rinunciarvi, anche tacitamente, tramite la manifestazione di un fatto incompatibile con la volontà di avvalersene.

Da questi dati, il semplice richiamo alla 'certezza del diritto' è troppo generico per giustificare l'esistenza dell'istituto. Questo per due motivi.

In primo luogo, perché la certezza è pervasiva di ogni campo del diritto e non si potrebbe pensare al diritto senza prendere in considerazione una diffusa esigenza di certezza[24].

In secondo luogo, non tiene conto del concreto assetto di interessi che la norma disciplina e risolve assegnando vantaggi e sacrifici. La prescrizione è un istituto che riguarda la durata nel tempo del rimedio. Essa deve operare a vantaggio sia del soggetto titolare del rimedio stesso sia di quello nei cui confronti il rimedio sarà esperito[25].

L'attuale situazione italiana, invece, offre una protezione esclusivamente al creditore, senza contemperare anche le ragioni del debitore.

3. Certezza del diritto e tutela del creditore.

Ponendosi nella visuale del creditore, l'art. 2935 c.c. subordina l'esordio del termine di prescrizione alla possibilità di esercitare il diritto (letteralmente, "La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto *può* essere fatto valere").

Riprendendo quanto contenuto nella Relazione al Re, la norma «dà formulazione legislativa al principio che la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere; e l'espressione deve essere intesa con riferimento alla possibilità legale, non influendo sul decorso della prescrizione, salve le eccezioni stabilite dalla legge, l'impossibilità di fatto in cui venga a trovarsi il titolare del diritto»[26].

Questa era l'interpretazione dominante negli anni immediatamente successivi al 1942, esclusiva rilevanza agli impedimenti legali tassativamente previsti ed esclusione degli impedimenti di fatto. In questi ultimi vi rientravano anche le ipotesi di ignoranza incolpevole, da parte del titolare del diritto, sia dell'identità della controparte sia di altre circostanze di fatto essenziali all'esercizio dello stesso; nonché gli impedimenti connessi al caso fortuito o alla forza maggiore.

Sennonché, ogni norma deve essere interpretata con l'evolversi dei tempi, in considerazione dei

[20] P. VITUCCI, *La prescrizione,* cit., p. 177 , tesi successivamente ripresa da P. VITUCCI – F. ROSELLI, *Le disposizioni generali sulla prescrizione,* in *Trattato di diritto privato,* a cura di P. Rescigno, vol. 20, p. 456.

[21] P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione,* cit., p. 28.

[22] P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione,* cit., p. 29.

[23] P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

[24] P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

[25] P.G. MONATERI, *op. loc. ult. cit.*

[26] Relazione al Re, punto n. 1198

mutamenti sociali, storico, economici ed istituzionali nel frattempo sopravvenuti[27].

D'altra parte, anche la dottrina aveva colto le iniquità dell'interpretazione prevalente, evidenziando che, sebbene dalla norma generale risultasse sacrificato l'interesse individuale del titolare del diritto, questo avveniva «in nome della funzione sociale altissima dell'istituto», la quale può esigere che «spesso si passi sopra l'equità»[28].

Di diverso avviso la giurisprudenza e, da qui, le aperture.

Con l'obiettivo di rendere effettiva la tutela di un diritto, si sono cercate interpretazioni che garantissero al danneggiato di non sopportare ulteriori conseguenze pregiudizievoli connesse ad una condotta inerte non imputabile.

In un primo momento, incidendo sull'art. 2947 c.c., il *dies a quo* è stato spostato in avanti: dal momento in cui il danneggiante pone in essere la condotta illecita a quando le conseguenze si sono manifestate all'esterno[29].

Muovendo dalla funzione compensativa della responsabilità civile e dalla struttura dell'illecito, il risultato è stato ottenuto facendo coincidere l'espressione «dal giorno in cui il fatto si è verificato» con l'evento di danno e non con la condotta.

In un secondo momento, leggendo l'art. 2935 e l'art. 2947 c.c. in termini di complementarietà e non di specialità, l'*exordium praescriptionis* è stato ulteriormente spostato avanti: inizierà a decorrere solamente quando le conseguenze manifestatesi all'esterno saranno percepite quale danno ingiusto seguente alla condotta illecita, sulla base di due parametri, l'ordinaria diligenza e la diffusione delle conoscenze scientifiche[30].

Ne consegue che, qualora non sia conoscibile la causa del danno, la prescrizione non inizierà a fare il suo corso. Inoltre, il parametro della conoscibilità non verrebbe rispettato qualora il danneggiato, usando l'ordinaria diligenza, non sia in grado di apprezzare le conseguenze lesive, anche con riferimento alla loro rilevanza giuridica.

Affermata la regola nell'area della responsabilità aquiliana e del danno alla persona, la successiva attività svolta dalla Suprema Corte è stata estenderne l'applicazione anche ad ulteriori settori che esulassero dall'ambito originario: alla responsabilità del professionista[31]; al consumatore che abbia subito un danno a seguito di un'intesa anticoncorrenziale[32]; oppure all'indebolimento della posizione contrattuale nella fase stragiudiziale delle trattative, per aver ignorato la consumazione del reato di corruzione[33]; o ancora, all'azione di responsabilità promossa dalla curatela la cui decorrenza è legata alla conoscibilità esteriore dell'incapienza patrimoniale[34].

La novità, ancora prima dei suoi risvolti pratici, è filosofica: si passa da un piano ontologico (il fatto che accade perché il termine faccia il suo esordio) ad un piano gnoseologico (il fatto che deve essere conosciuto da chi lo ha subito).

4. Certezza del diritto e tutela del debitore.

Il cambiamento di prospettiva seguito dalla giurisprudenza, come sopra delineato, non è stato accompagnato da una sufficiente tutela delle ragioni del debitore. Parametrare l'esordio della prescrizione a circostanze soggettive del creditore, limita le esigenze di tutela e giustizia riferibili al debitore.

In Francia, Germania e nei progetti di riforma europei si è ovviato a tale rischio istituendo il meccanismo del doppio termine.

In Italia, in mancanza di un intervento riformatore, è necessario procedere in via interpretativa prospettando alcuni strumenti che, lungi dall'allineare il nostro ordinamento a quello europeo, hanno solo la funzione di mitigare un disallineamento, che comunque rimane.

Sono tre le direzioni in cui si potrebbe agire:

- l'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità;
- la costruzione di un obbligo di informazione gravante sul debitore;
- la previsione negoziale di un termine di decadenza.

4.1. L'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità e l'introduzione di meccanismi presuntivi.

[27] Sul concetto di interpretazione evolutiva cfr. R. SACCO, *L'interpretazione,* in *Le fonti del diritto italiano,* 2, *Le fonti non scritte e l'interpretazione,* in *Trattato di diritto civile,* a cura di R. Sacco, Torino, 1999, in part. p. 290 e ss.

[28] F. ROSELLI-P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. XX, 1998, p. 404.

[29] *Ex multis,* cfr. Cass., 24 marzo 1979, n. 1716, in *Foro it.,* 1980, I, c. 1115

[30] Cass., 21 marzo 2003, n. 2645, in *Giur. it.,* 2003, p. 285 nonchè Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, in *Foro it.*, 2008, I, c. 453.

[31] Di recente, Cass., 22 settembre 2016, n. 18606 e Cass., 7 aprile 2016, n. 6747, in *Iusexplorer.*

[32] Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.,* 2007, I, c. 1097.

[33] C.A. Milano, 4 marzo 2011, *Fininvest/CIR,* in *Resp. civ. e prev.,* 2011, p. 1807.

[34] Cass., 12 giugno 2014, n. 13378

Nel descritto passaggio dalla dimensione gnoseologica a quella ontologica, un ruolo fondamentale avranno le informazioni a disposizione del danneggiato.

Infatti, l'individuazione del *dies a quo* non si fonda su una disamina dello snodarsi nel tempo delle diverse tappe che caratterizzano il passaggio dal danno occulto a quello che si manifesta nelle sue componenti essenziali ed irreversibili. Diversamente, sarà necessaria una rigorosa analisi delle informazioni (cui la vittima ha avuto accesso o per la cui acquisizione si sarebbe dovuta diligentemente attivare) e della loro idoneità a consentire una conoscenza, ragionevolmente completa, circa i dati necessari per l'instaurazione del giudizio e della loro disponibilità in capo al convenuto[35].

Il principio affermato crea un legame tra prescrizione e nesso di causalità. Infatti, la percezione dell'ingiustizia del danno connessa all'individuazione di un soggetto che è andato a ledere con la sua condotta un interesse giuridicamente protetto[36] dall'ordinamento, implica uno studio sul rapporto tra condotta ed evento lesivo.

Pertanto, è ragionevole affermare che l'oggetto della conoscenza è proprio la causalità: la prescrizione decorre solo con la consapevolezza completa in capo al danneggiato della fattispecie dannosa, che sussiste quando la vittima sia in grado di individuare l'ingiustizia del danno, il nesso di causalità e, di conseguenza, il responsabile[37].

D'altra parte, come già più volte enunciato, parametrare l'*exordium praescriptionis* a criteri esclusivamente soggettivi implica, di fatto, lasciare nella mera disponibilità del creditore la gestione dei limiti temporali del rimedio.

Ciò comporta, evidentemente, un pregiudizio in capo al debitore che rischierebbe di dover rispondere del danno cagionato per un periodo di tempo indeterminabile.

Da qui, la soluzione di equiparare la conoscenza alla conoscibilità.

In tal modo, l'esordio del termine di prescrizione non è rimesso all'arbitrio del creditore ma, piuttosto, si costruiscono precisi doveri conoscitivi gravanti su quest'ultimo, la cui omissione non ne impedisce l'inizio.

È, comunque, necessario precisare il contorno della conoscibilità, per evitare che il punto di equilibrio sia spostato eccessivamente a favore del debitore.

Secondo la giurisprudenza, due sono i limiti ed hanno carattere oggettivo, l'uno interno e l'altro esterno al soggetto: da un lato, il parametro dell'ordinaria diligenza; dall'altro, il livello di conoscenze scientifiche dell'epoca, senza che il giudice sia chiamato a svolgere indagini di carattere psicologico.

In particolare, il requisito delle *conoscenze scientifiche* andrà apprezzato «in relazione alla comune conoscenza scientifica che in merito a tale patologia era ragionevole richiedere in una data epoca ai soggetti cui si è rivolta (o avrebbe dovuto rivolgersi la persona lesa»[38].

Il requisito della *diligenza,* invece, riguarda un obbligo in capo al danneggiato stesso di doversi informare adeguatamente. Per converso, la negligente mancanza nell'informarsi viene colpita con la pratica equiparazione del dover conoscere alla effettiva conoscenza. Quando la parte doveva conoscere le circostanze del dovere altrui, è poi indifferente che un'effettiva conoscenza ci sia stata e la prescrizione potrà comunque cominciare a decorrere.

---

[35] In questo senso v. M. FLICK, *Danni da contagio per trasfusione: un'occasione per ripensare il problema del* dies a quo *della prescrizione,* in *Danno e resp.,* 2007, p. 916

[36] Cass., 22 luglio 1999, n. 500, in *foro it.,* 1999, I, c. 247. Tra gli innumerevoli commenti v. G. VETTORI, *Persona e responsabilità civile,* in *Il danno risarcibile,* Padova, 2004, p. 3 e ss.; S. AGRIFOGLIO, *Le sezioni unite tra vecchio e nuovo diritto pubblico: dall'interesse legittimo alle obbligazioni senza prestazione*, in *Europa e dir. priv.,* 1999, p. 1241; M. BERTOLISSI, G. ALPA, S. PATTI, G. VISINTINI, L.P. COMOGLIO, F. CAPRIGLIONE, in *Nuova giur. civ. comm.,* 1999, II, p. 370; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500: la responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi,* in *Danno e resp.,* 1999, p. 974; M.R. MORELLI, *Le fortune di un* obiter*: crolla il muro virtuale della risarcibilità degli interessi legittimi,* in *Giust. civ.,* 1999, I, 2274; C. CASTRONOVO, *L'interesse legittimo varca la frontiera della responsabilità civile,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1262; F.G. SCOCA, *Risarcibilità ed interesse legittimo,* in *Dir. pubbl.,* 2000, I, p. 3.

[37] Su questo aspetto la dottrina aveva già accolto con favore la scelta portata avanti per la prima volta nel 2003 cfr. U. IZZO, *La prescrizione nella responsabilità civile,* Padova, 2004, in part. p. 172; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile,* in *Trattato della responsabilità civile,* diretto da M. Franzoni, Milano, 2010; M. BONA, *Prescrizione e danno alla persona: il nuovo* leading case *sposta il* dies a quo *dalla manifestazione del danno all'addebitabilità del pregiudizio alla responsabile (la nuova regola a confronto con i modelli inglese... idee per una riforma)*, in *Giur. it.,* 2004, p. 286; I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente,* in *Danno e resp.,* 2003, p. 847; U. IZZO, *la decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?,* in *Danno e resp.,* 2003, p. 853; M. BONA e U. OLIVA, *Prescrizione e danno alla persona,* in P.G. Monateri – M. Bona – U. Oliva – U.F. Peccennini – P. Tullini, *Il danno alla persona,* Torino, 2000, II, p. 605.

[38] Cass., 11 gennaio 2008, n. 581, cit. Non rileverà invece il soggetto leso, in relazione al quale l'ordinaria diligenza dell'uomo medio si esaurisce con il portarlo presso una struttura sanitaria per gli accertamenti sui fenomeni patologici avvertiti.

4.1.1. Dover di conoscere e meccanismi presuntivi.

Il sistema delineato dalla giurisprudenza, però, non risolve il problema ma lo sposta sulle modalità di adempimento del dovere di conoscenza.

Il riferimento alla *diligenza* serve a stabilire se nell'adempimento del dovere indicato la parte abbia impiegato la cura, l'attenzione e le competenze necessarie richieste[39].

A tal fine il giudizio deve essere calibrato sullo specifico contesto in cui si svolge il rapporto e, pertanto, ha una valenza concreta.

Rimangono fuori solo fattori che appartengono alla sfera esclusivamente personale dell'interessato.

Ciò, comunque, non esclude la rilevanza di circostanze soggettive, quali, ad esempio, l'età, il sesso, la nazionalità, la professione, la posizione socio-economica del soggetto e qualsiasi altro elemento idoneo e funzionale a isolare una categoria soggettiva[40].

Il dovere di conoscenza e la sua graduazione sulla base del criterio dell'ordinaria diligenza non fa appello ad una dimensione soggettiva bensì implica un parametro necessariamente oggettivo, sebbene questo sia calibrato alla categoria di soggetto cui l'operatore appartiene.

L'ordinaria diligenza, quindi, non è assoluta ma vive in una dimensione oggettivamente conoscibile e seriamente valutabile[41].

Sotto il profilo dell'organo giudicante, la rilevanza dell'elemento soggettivo, come appena descritto, dovrà comportare una rigorosa analisi da parte del giudice di merito sul contenuto della diligenza esigibile dalla vittima nel caso di specie, ovvero (a) sulle informazioni che erano in suo possesso o (b) alle quali doveva essere messa in condizioni di accedere o, ancora, (c) che doveva attivarsi per procurarsi.

Parimenti, dovrà essere accuratamente ricostruito, ai fini di una motivazione corretta e completa, lo stato delle conoscenze scientifiche dell'epoca onde riscontrare se gli effetti pregiudizievoli di una determinata condotta fossero noti alla comunità scientifica e se questi fossero stati divulgati al pubblico[42].

L'analisi richiesta è, senza dubbio, complessa e rischia di allungare a dismisura i tempi processuali.

A tal fine, per contemperare le esigenze delle parti, è possibile ricorrere a meccanismi presuntivi.

Come è noto, la presunzione è uno strumento probatorio per cui da un fatto noto si desume l'esistenza di un fatto ignoto (es. pubblicazione del provvedimento e seguente clamore mediatico).

Nel caso che ci riguarda, dal fatto noto dovrebbe evincersi la conoscenza dell'evento dannoso, salvo prova contraria.

La Cassazione ne ha già fatto uso nel settore del danno antitrust: "il termine di prescrizione del diritto al risarcimento del danno derivante da un'intesa restrittiva della concorrenza decorre dal giorno della pubblicazione del provvedimento con cui l'AGCM sanziona l'impresa partecipante all'intesa, salvo che il danneggiato possa dedurre e dimostrare di non aver potuto acquisire conoscenza dell'illecito neppure in tale data, in forza di circostanze lui non imputabili, oggettivamente idonee a giustificare lo slittamento della decorrenza del termine"[43].

La soluzione adottata offre il vantaggio di poter accertare la decorrenza del *dies a quo* su un fatto oggettivamente individuabile, operando così a vantaggio del debitore. Allo stesso tempo, muove dal presupposto della conoscenza, in considerazione

[39] Sul concetto di diligenza v. U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio,* Milano, 1968. Cfr. anche S. RODOTÀ, voce *Diligenza, in Enc. dir*., XII, Milano, 1964, p. 539; C.M. Bianca, voce *Negligenza,* in *Noviss. dig. it.,* IX, Torino, 1965, p. 190; A. RAVAZZONI, voce *Diligenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Ist. Enc. it., Roma, 1989; G. D'AMICO, voce *Negligenza,* in *Dig. disc. priv.,* XII, Torino, 1995, p. 24; R. PARTISANI, *La clausola di diligenza ex art. 1176 c.c.,* in Aa. Vv., *Le obbligazioni. 1. Le obbligazioni in generale (1173-1320),* a cura di M. Franzoni, Torino, 2004, p. 153

[40] Da ultimo, F. ADDIS, *Il mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti,* Milano, 2013, in part. p. 199 e ss. Sul punto v. anche V. ROPPO, *Il contratto,* in *Trattato di diritto privato,* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.

[41] Cfr. F. ADDIS, *op. loc. ult. cit.*

[42] G. AZZARITI – G. SCARPELLO, *Della prescrizione,* in *Commentario Scialoja Branca,* Bologna – Roma, 1977, p. 201; M. BONA, *Prescrizione e dies a quo nel danno alla persona,* cit., p. 605; M. ROSELLI – P. VITUCCI, *La prescrizione e la decadenza,* in *Trattato Rescigno,* Torino, 1999, p. 431; P. VITUCCI, *La prescrizione,* in *Comm. Schlesinger,* I, Milano, 1990, p. 106; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile,*in *Trattato della responsabilità civile,* Milano, 2004, p. 789; U. IZZO, *La decorrenza della prescrizione nell'azione risarcitoria da danno lungolatente: quali regole per governare l'incertezza probatoria?,* in *Danno e resp.,* 2003, p. 853; I. RIGHETTI, *Prescrizione e danno lungolatente,* in *Danno e resp.,* 2003, p. 847. Per una visione critica, cfr. P.G. MONATERI, *La responsabilità civile,* cit.

[43] Cass., 11 dicembre 2011, n. 26188, in *Foro it.,* 2012, I, c. 799, con nota di A. PALMIERI, *Illecito antitrust e decorrenza della prescrizione: una soluzione equilibrata (e i possibili adattamenti)*. Sulle questioni affrontate dalla pronuncia cfr. anche G.A. BENACCHIO, *Alcune questioni in tema di risarcimento del danno antitrust nella giurisprudenza nazionale e comunitaria,* in *Studi in onore di Aldo Frignani,* Napoli, 2011, p. 566; B. NASCIMBENE – F. ROSSI DAL POZZO, *L'azione di risarcimento antitrust e la prescrizione nel diritto comunitario e nel diritto nazionale,* in *Dir. comm. Internaz.,* 2008, p. 513; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza,* in *Nuova giur. civ.,* 2008, I, p. 175.

dell'ampia diffusione del provvedimento data dai canali ufficiali[44], operando così a vantaggio del creditore.

È, comunque, una presunzione relativa. Per superarla sarà onere della vittima allegare e dimostrare di essere rimasta all'oscuro dell'illecito in tutte le sue componenti, a causa di fattori a lei non imputabili, oggettivamente idonei a giustificare una traslazione del *dies a quo*.

In difetto di un meccanismo del doppio termine, la soluzione è idonea a contemperare, adeguatamente, le ragioni del creditore e quelle del debitore.

Sarà compito della giurisprudenza introdurre ulteriori presunzioni che, sebbene abbiano solo una forza persuasiva, garantiscano una maggiore certezza, prevedibilità e velocità delle decisioni.

4.2. La costruzione di un obbligo di informazione gravante sul debitore.

La costruzione di presunzioni, tuttavia, non è sempre possibile o utile. È, quindi, necessario ricorrere anche ad altri strumenti.

È, ad esempio, ipotizzabile la costruzione di un obbligo informativo gravante sul debitore finalizzato a porre il creditore nella condizione di esercitare il proprio diritto. L'interesse del debitore potrebbe essere legato sia a ragioni di convenienza economica in quanto un danno *in nuce* già presente potrebbe aggravarsi con conseguenze ben peggiori (si pensi, ad esempio, alle politiche di ritiro dei prodotti difettosi) sia a ragioni di opportunità legate alla sua immagine nel mercato.

L'obbligo può essere ricostruito nei seguenti termini.

Presupposto affinché un diritto possa estinguersi per prescrizione è l'inerzia protratta per un determinato periodo di tempo. Questo requisito potrà dirsi integrato quando il complesso di informazioni che compone il quadro cognitivo del titolare del diritto raggiunga un livello di completezza tale che gli consenta di esercitarlo.

È possibile così argomentare intorno alla clausola di buona fede[45] e costruire un 'dovere di informare' gravante sul debitore, a favore del creditore.

Se questo fosse correttamente e compiutamente adempiuto in termini chiari per la controparte, non solo nella fase delle trattative ma anche durante l'esecuzione del rapportp, il creditore avrebbe già a disposizione tutte le informazioni per esercitare la pretesa nei tempi indicati dalla legge.

Parimenti, il debitore disporrebbe di una difesa che gli eviterebbe di dover rispondere a richieste risarcitorie riferibili a fatti risalenti troppo indietro nel tempo a causa di un omesso o negligente adempimento di un proprio dovere.

La Corte EDU, pur in tema di interruzione e sospensione della prescrizione, ha dato rilevanza a questo obbligo, utilizzando argomenti che possono essere mutuati anche nel settore dell'esordio della prescrizione.

È il caso *Zolotas v. Grecia*[46] dove, ad essere incriminata, è una legge greca che destina allo Stato le somme presenti in contratti di deposito bancario dormienti da più di vent'anni[47]. Questa misura draconiana, combinata con una prassi giurisprudenziale per cui l'accredito di interessi non costituisce attività idonea ad interrompere la prescrizione, aver prodotto l'effetto di porre i titolari del conto, in particolare quando si tratti di cittadini poco esperti di diritto bancario, in una posizione di svantaggio nei confronti della banca o dello Stato.

La Corte non mette in dubbio l'opportunità della legge[48] ma sostiene che nella sua interpretazione bisogna cercare un bilanciamento tra le esigenze legate all'interesse generale della società e gli imperativi dettati dalla protezione dei diritti fondamentali dell'uomo[49].

Anche in questo caso l'interpretazione adeguatrice proposta dalla Corte avviene in nome del principio di effettività e di certezza, introducendo un obbligo di informare, gravante sulle banche, affinché il correntista possa tenere una condotta interruttiva del termine, che altro non è che una forma di esercizio del diritto.

---

[44] Dubbi sulle capacità cognitive dei consumatori è manifestato da R. MENZELLA, *Consumatori ed illecito antitrust: i sinistri risvolti di consumerismo e garantismo nel cartello r.c. auto,* in *Danno e resp.,* 2010, p. 524

[45] Sul punto v. S. ORLANDO, *Le informazioni,* Padova, 2013 e, per una bibliografia essenziale, G. VETTORI, *Regole di validità e regole di responsabilità di fronte alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio,* in *Obbl. contr.,* 2008; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di comportamento: i principi e i rimedi,* in *Eur. dir. priv.,* 2008, p. 599; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni unite,* in *I contratti,* 2008, p. 393; G. D'Amico, *Buona fede "in contrahendo",* in *Riv. dir. priv.,* 2003, I, p. 351.

[46] CEDU, 29 gennaio 2013, n. 66610/09, *Zolotas v. Grecia.*

[47] La legge di riferimento è il D.L. 1195/1942 ai sensi del quale i depositi in contanti e gli interessi nelle banche nazionali sono definitivamente devoluti allo Stato quando non sono stati richiesti dai loro titolari, per i depositi, per una durata di vent'anni, e per gli interessi, per una durata di cinque anni.

[48] In tal senso, condivide la sentenza dei giudici greci che individuano la *ratio* della norma nel perseguimento di un interesse pubblico: liquidare, per ragioni di economia sociale, rapporti giuridici creatisi in un passato così lontano da risultare incerta la loro esistenza.

[49] CEDU, 29 gennaio 2013, n. 66610/09, *Zolotas v. Grecia,* §47.

L'obbligo è creato muovendo, da un lato, dalla clausola di buona fede; dall'altro, argomentando intorno alla fiducia, sottesa a qualsiasi rapporto istituto di credito-cliente e che informa l'intero diritto bancario[50]. Più concretamente, si afferma che i correntisti ripongono un legittimo affidamento sulla sicurezza e stabilità del contratto stipulato[51], soprattutto quando l'accredito degli interessi avvenga con costante regolarità.

In nome dell'affidamento, pertanto, è dovere della banca informare di qualunque situazione che potrebbe mettere a rischio l'accordo, affinché il correntista possa prendere gli opportuni provvedimenti per allinearsi alla legge e soddisfare i propri interessi patrimoniali.

Solo introducendo questo obbligo, prosegue la Corte, è garantito quell'equilibrio tra le istanze provenienti dalla comunità e le esigenze di protezione dei diritti fondamentali di ciascuno.

La pronuncia si segnala per la creazione di un obbligo di informazione che permette al suo destinatario di esperire rimedi opportuni al fine di evitare l'estinzione di una determinata posizione giuridica.

Gli strumenti usati dalla CEDU sono disponibili anche in Italia. La generalizzazione di un obbligo simile in situazioni di squilibrio informativo metterebbe, almeno parzialmente, il debitore al riparo da pretese potenzialmente illimitate nel tempo.

Con una importante precisazione. L'introduzione di un obbligo di questo tenore ha senso nella misura in cui creditore e debitore si trovino in una situazione di squilibrio, ove la disponibilità dell'informazione è in mano al debitore e il creditore interessato a questa si trova in una posizione deteriore ed asimmetrica, che gli pregiudica l'accesso.

Da qui, i corollari. Il corretto e compiuto adempimento in termini chiari per la controparte, non solo nella fase delle trattative ma anche durante l'esecuzione del contratto del dovere di informare, metterebbe a disposizione del creditore tutte gli elementi per esercitare la pretesa nei tempi indicati dalla legge.

Dall'altro lato, il debitore disporrebbe di una difesa che gli eviterebbe di dover rispondere a richieste risarcitorie riferibili a fatti risalenti troppo indietro nel tempo a causa di un omesso o negligente adempimento di un proprio dovere.

In estrema sintesi, il corretto adempimento dell'obbligo di informazione gravante sul debitore produrrebbe, nella sfera giuridica del creditore, l'effetto della conoscibilità richiesta dalla giurisprudenza. In tal modo, al manifestarsi delle conseguenze pregiudizievoli del suo agire, si determina l'effetto dell'esordio del termine di prescrizione.

In un certo senso, pur con alcuni limiti, è quanto già avviene nel settore della responsabilità medica con la prestazione del consenso informato e nel settore della intermediazione finanziaria con la previsione dell'obbligo di proporre prodotti adeguati al profilo dell'investitore.

4.3. La previsione negoziale di un termine di decadenza.

Ultimo strumento per dare adeguata tutela alle ragioni del creditore è la previsione, a livello negoziale, di un termine di decadenza parametrato a circostanze oggettive.

La decadenza, al pari della prescrizione, è un fenomeno estintivo[52] che si fonda, anch'essa, nella combinazione dell'inerzia con il tempo[53]. Tuttavia, ad oggi, non sono ancora stati elaborati criteri certi ed univoci per distinguere i due istituti tra loro[54].

---

[50] Riportando le parole dei Giudici §52, «Such a relationship of trust is inherent in banking transactions and banking law».

[51] Letteralmente §52, «account holders are therefore entitled to believe, in good faith, that their deposit are safe»

[52] Parte della dottrina esclude che si possa trattare, tecnicamente di un fenomeno estintivo. Già Carnelutti dubitava che la prescrizione potesse produrre effetti estintivi. Secondo questo Autore, piuttosto, la maturazione del periodo prescrizionale produce un indebolimento dell'obbligazione originaria e ciò che residua è una obbligazione naturale (F. CARNELUTTI, *Appunti sulla prescrizione,* cit., p. 32; tesi poi ripresa anche da P. PERLINGIERI, *Il fenomento dell'estinzione delle obbligazioni,* Napoli, 1972, p. 117).
Entrato in vigore il nuovo Codice civile, la dottrina più attenta si è divisa in due posizioni: alcuni Autori hanno parlato di efficacia preclusiva; altri di efficacia acquisitiva.
Per la tesi dell'efficacia preclusiva, mantenendo fermi i termini usati dal legislatore, ragionare sull'estinzione del diritto, presuppone l'esistenza di questo. Invece, è proprio il giudizio sull'esistenza del diritto che l'eccepita prescrizione esclude: quando il giudice deve decidere sull'eccezione proposta dal convenuto, valuta solamente se il termine sia decorso o meno, senza alcuna valutazione in ordine alla validità o esistenza di una preesistente situazione giuridica e senza alcun accertamento ulteriore (A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica,* in *Enc. dir.,* XIV, Milano, 1965, p. 498 ripreso poi da P. VITUCCI, *La prescrizione,* in *Commentario al Codice Civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 20).
Diversamente, chi propende per un'efficacia acquisitiva, sposta l'attenzione verso il lato passivo del rapporto obbligatorio. La prescrizione, anziché estinguere un diritto del creditore, fa acquistare un diritto al debitore il quale, a fronte della domanda proposta dal primo, avrà uno strumento in più per difendersi (A. AURICCHIO, *Appunti sulla prescrizione,* Napoli, 1971, p. 40 e ss.).

[53] G. Panza, voce *Decadenza nel diritto civile,* in *Dig. disc. priv.,* Vol. V, Torino, 1989, p. 133.

[54] Per un quadro completo ed esaustivo sui diversi criteri cfr. F. Roselli-P. Vitucci, *La prescrizione e la decadenza,* in P.

Alcuni Autori hanno fatto leva sulle finalità politiche dei due istituti. Mentre la prescrizione ha la finalità di garantire certezza ai rapporti giuridici, le decadenze sono stabilite per attivare una procedura[55].

Il medesimo criterio teleologico sostanziale è stato utilizzato da altri Autori i quali fondano la prescrizione nella negligenza del titolare del diritto e la decadenza nel fatto obiettivo della mancata tempestiva attività[56]. Altri hanno letto nella decadenza l'opportunità di dissipare al più presto uno stato di ambiguità, senza aver riguardo alle condizioni oggettive del titolare della facoltà di agire[57]. Secondo altri ancora, invece, la prescrizione è a protezione di un interesse generale, la decadenza può essere anche stabilita a tutela dell'interesse di un individuo[58].

Sintetizzando le singole posizioni, la decadenza si distingue per i seguenti tratti:

- è legata a circostanze oggettive e prescinde da stati soggettivi [59];
- è strettamente collegata agli interessi delle parti del rapporto

Proprio con riferimento a quest'ultimo aspetto già negli anni '50 si affermava che "*la decadenza è statuita (...) nell'interesse del titolare dell'obbligo o della soggezione correlativa al diritto che si estingue se non viene esercitato nel termine stabilito*"[60].

Si rileva, così, che alcuni dei principi che informano l'istituto della decadenza ricorrono oggi nelle riforme europee.

Come già ricordato, nei paesi dove la prescrizione è stata riformata, è stato introdotto un doppio termine: breve, a favore del creditore, il cui esordio è legato alla conoscenza/conoscibilità; l'altro, lungo, a favore del debitore, il cui esordio è ancorato a circostanze oggettive, al quale non si applicano cause di sospensione ed interruzione.

Non è da escludersi che l'istituto della decadenza, da sempre legato ai margini delle trattazioni sulla prescrizione, garantisca quella certezza che, nelle riforme europee, è assicurata dalla previsione di un termine lungo di sbarramento finale.

Infatti, purché l'esercizio del diritto non sia reso eccessivamente difficile, alle parti è consentito introdurre un termine decadenziale al quale, ai sensi dell'art. 2964 c.c., non si applicano le cause di interruzione e di sospensione.

Nonostante si sia tradizionalmente legati all'idea che la previsione di un termine decadenziale sia significativamente più breve rispetto a quello di prescrizione, tale prassi, a ben vedere, non trova fondamento in una specifica disposizione giuridica[61].

Tutto dipende esclusivamente dalla volontà delle parti e dalla loro autonomia negoziale.

Più che altro, invece, bisogna esaminare i limiti cui va incontro l'autonomia privata nella introduzione per via negoziale di un termine decadenziale che operi a vantaggio del debitore.

In primo luogo, sono vietate decadenze che rendano eccessivamente difficile l'esercizio del diritto (2965 c.c.).

In tal senso, si è sottolineato che l'eccessiva difficoltà cui fa riferimento la norma è criterio del tutto obiettivo, che prescinde dall'eventuale mala fede, dolo o colpa, di quella parte che si avvantaggia della decadenza.

Il limite non può essere eluso mediante il meccanismo della doppia sottoscrizione (1341, II co., c.c.) oppure mediante trattativa sulla specifica clausola (34 cod. cons.)[62].

In ogni caso, è preclusa la previsione di un termine di decadenza finalizzato ad introdurre una prescrizione più breve ed eludere il divieto di cui all'art. 2936 c.c.[63].

Il secondo limite cui va incontro la disciplina della decadenza è il divieto, per quanto concerne i diritti indisponibili, di modificare la disciplina legale o di rinunziarvi (2968).

Non è, invece, pacifico se le parti possano introdurre un termine decadenziale in materia sottratta alla loro disponibilità. Mentre parte della dottrina, facendo leva sull'argomento analogico

---

Rescigno (a cura di), *Trattato di Diritto Privato,* Torino, 1998, p. 480.

[55] Modica, *Teoria della decadenza nel diritto civile,* vol. I, Torino, 1906, p. 207

[56] Coviello, *Manuale di diritto civile italiano,* 1924, p. 478.

[57] Saraceno, *Della decadenza,* in M. D'Amelio, *Commentario al Codice civile, VI, Tutela dei diritti,* Firenze, 1943, p. 1007.

[58] F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile,* Napoli, 1962, p. 121.

[59] Posizione già riscontrabile negli scritti di F. Santoro Passarelli, *Prescrizione e decadenza,* in *Riv. dir. civ.,* 1926, p. 562.

[60] Così Scalfi, *Osservazioni sulla prescrizione e sulla decadenza,* in *Temi,* 1952, p. 241.

[61] Non lo trova, in primo luogo, nell'art. 2967 c.c. che sembrerebbe disciplinare il caso in cui il termine decadenziale abbia una scadenza anticipata rispetto al termine di prescrizione. Tuttavia, la norma esordisce con l'espressione "*nei casi in cui*", volendo con ciò significare che vi possono essere anche altri casi in cui la lunghezza tra i due termini può essere invertita.
In secondo luogo, sarebbe irragionevole prevedere due termini, uno di prescrizione e l'altro di decadenza, entrambi legati a circostanze soggettive.

[62] G. Panza, voce *Decadenza nel diritto civile,* cit., p. 141.

[63] Cass., 30 marzo 1955, n. 934, in *Giust. civ.,* 1956, I, p. 1148.

propende per la tesi negativa[64], la giurisprudenza - pur limitatissima in questo settore- ha optato per la soluzione positiva dando rilievo al c.d. argomento *a contrario:* se le parti non possono modificare un termine stabilito dalla legge, possono tuttavia introdurre un termine dalla legge non previsto (sempre nel rispetto dei limiti di cui all'art. 2965 c.c.)[65].

5. Conclusioni rilevanza del comportamento delle parti ed esigenza di una riforma.

Nel corso degli ultimi anni la prescrizione si è svincolata dalla sua matrice strettamente pubblicistica. In nome del principio di effettività, la tradizionale nozione di certezza è stata rimodulata e costruita intorno a quelli che sono gli interessi che hanno le parti in uno specifico rapporto giuridico.

Grazie anche all'attività compiuta dalla giurisprudenza, l'esordio della prescrizione non è più parametrato a circostanze estranee alla persona ma è costruito intorno a questa ed ai suoi interessi.

Da un lato, vi è quello del creditore. Affinché il termine inizi a decorrere, non è necessaria solamente l'inerzia ma anche che questa sia accompagnata dalla consapevolezza della possibilità di azionare in giudizio una pretesa nei confronti di un determinato soggetto.

Dall'altro, vi è l'interesse del debitore che, dovendo rispondere delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, ha esigenza di sapere per quanto tempo il suo patrimonio rischi di essere aggredito.

Mentre i paesi europei hanno riformato l'istituto trovando un punto di equilibrio tra le due contrapposte prospettive, in Italia, in mancanza di una riforma, la giurisprudenza è riuscita a dare voce solo alle ragioni del creditore parametrando l'esordio del termine di prescrizione al requisito della conoscenza-conoscibilità.

In via interpretativa, è possibile introdurre alcuni correttivi a tutela delle ragioni del debitore. Il richiamo va all'equiparazione della conoscenza alla conoscibilità ed all'introduzione di meccanismi presuntivi; alla costruzione di un obbligo informativo gravante sul debitore; alla previsione per via negoziale di un termine di decadenza.

Queste soluzioni, tuttavia, non risolvono il problema ma possono solo contenerlo.

In termini sistematici, però, affiora la possibilità di dare una lettura differente all'istituto della prescrizione che privilegi, rispetto al realizzarsi della fattispecie estintiva, il comportamento dei soggetti che in un determinato rapporto sono portatori di specifici e contrapposti interessi i quali, se non realizzati entro un certo periodo, danno titolo all'altra parte di legittimamente rifiutarsi a darvi attuazione[66].

Come ha sottolineato attenta dottrina, "*le parti nella prescrizione hanno evidentemente interessi assai contrastanti, che nulla hanno a che fare con la certezza intellettualistica ed astratta dei rapporti, e che la legislazione, appunto in quanto scelta di interessi favoriti e interessi sacrificati, disloca nel nostro codice secondo un preciso assetto di poteri e contropoteri pratici*"[67].

Questo suggerisce una interpretazione del dato normativo che abbia più riguardo al comportamento

[64] Tedeschi, voce *Decadenza (dir. e proc. civ.),* in *Enc. dir.,* XI, Milano, 1962, p. 772

[65] Cass., 17 luglio 1961, n. 1736.

[66] Così A. DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione,* in *Corr. giur.,* 2011, p. 491 il quale ha parlato di lettura rimediale della prescrizione.
Il termine rimedio, derivante dal latino *remedium*, nella sua originaria accezione ha un significato legato alla cura e alla medicina. Diversamente, in tempi più vicini a noi, nel sistema di *common law*, fin dai suoi primi utilizzi il concetto entra anche nella realtà tecnico-giuridica come strumento per porre riparo ad una situazione di bisogno o di crisi, determinata da un *tort*. Trattasi di una figura che, nell'ordinamento anglosassone, si caratterizza per la ricerca della soluzione più efficiente per la tutela di un determinato bene giuridico.
Negli ordinamenti di tradizione di civil law, il rimedio non si sostituisce ad un diritto oppure ad un obbligo; ma si distingue per due elementi: la centralità di un interesse protetto individuato da una norma e l'esigenza di offrire a questo la tutela più efficiente.
Esiste, quindi, un legame tra interesse protetto e strumento efficiente per la protezione di questo: con la precisazione che l'interesse protetto può essere ricostruito tramite differenti fonti normative, nazionali e comunitarie, e il ritrovamento del rimedio passa per un esame dei differenti formanti del diritto.
Per approfondimenti cfr. il volume di G. VETTORI (cur.), *Remedies in contract. The common rules for a european law,* Padova, 2008, ed in particolare il saggio di S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale,* p. 149 (nonché ID., *I rimedi,* in C. Castronovo – S. Mazzamuto (cur.), *Manuale di diritto privato europeo,* II, Milano, 2007, p. 739); A. DI MAJO, *Linguaggio dei rimedi e tipologia dei danni,* p. 67 (nonché ID., *La responsabilità civile nella prospettiva dei rimedi,* in *Eur. dir. priv.,* 2008, p. 301); S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2011, p. 1033; Y. ADAR – P. SIRENA, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo,* in *Riv. dir. civ.,* 2012, p. 359; G. SMORTO, *Sul significato di 'rimedi',* in *Eur. dir. priv.,* 2014, p. 159. Per una visione critica L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?,* in *Eur. dir. priv.,* 2015, p. 583

[67] P.G. MONATERI, *Natura regime e scopi della prescrizione.* Sulla base di queste osservazioni Monateri sposa la tesi portata avanti dall'Auricchio (*Appunti sulla prescrizione,* Napoli, 1971, p. 39 e ss.) e da Vitucci (*La prescrizione,* cit., p. 179) ed alla base dell'istituto legge una funzione di tutela del soggetto passivo del rapporto.

dell'avente diritto anziché alla fattispecie astratta prescrittibile[68].

La rilevanza data alla conoscenza (2935); l'interruzione del termine tramite determinate manifestazioni volitive (2944 e 2945); la rimessione degli effetti tipici legata alla dichiarazione del debitore (2937, 2938, 2940); la possibilità riconosciuta ai terzi di far valere la prescrizione non opposta (2939): questi, tutti, sono comportamenti che le parti pongono in essere per la realizzazione di un loro determinato e specifico interesse.

Dando rilievo al comportamento delle parti, la dottrina ha così iniziato a parlare di disponibilità degli effetti estintivi[69].

Quindi, se è pur vero che l'art. 2936 c.c. vieta espressamente alle parti la stipulazione di accordi che deroghino alla disciplina legale, non significa che questa non sia informata a dinamiche tipiche del diritto privato.

L'art. 2936 c.c. può quindi essere interpretato come una norma a protezione, probabilmente eccessiva per le chiusure che comporta, di entrambe le parti del rapporto.

Ci sono voluti decenni di studi e di sentenze per svincolare l'istituto da esclusive istanze pubblicistiche ed offrirne una interpretazione nella dimensione del singolo interessato. Soprattutto lavorando sul requisito della *conoscenza* e sul richiamo alla *disponibilità degli effetti,* ad una visione statica dell'istituto se ne contrappone una dinamica che si concentra sugli interessi ed i comportamenti delle parti.

Fino a qui si è potuto spingere il lavoro dell'interprete.

La disciplina italiana sulla prescrizione è, però, rimasta invariata dal 1942 c.c. e, su alcuni aspetti, è oggi arretrata.

Sulla falsariga delle riforme europee, sarà necessario valutare l'introduzione di un doppio termine; la necessità di dare rilevanza ad impedimenti di fatto; la ricostruzione della durata della prescrizione non intorno alla fattispecie astratta ma al tipo di bene giuridico protetto (es. salute, proprietà); la rilevanza dell'autonomia privata.

Su tutti questi aspetti, e su molti altri, è necessario che il legislatore inizi ad interrogarsi quanto prima.

A quanto consta, al Parlamento non sono in discussione progetti di riforma dell'istituto e questo segna, senza dubbio, una mancanza dell'ordinamento italiano.

Non si tratta solo di allinearsi alle decisioni prese dai legislatori di Paesi a noi vicini. Piuttosto, bisogna prendere atto delle inefficienze e delle nuove esigenze che affiorano dalla società, non potendo tutte essere colmate dagli interpreti.

Le esperienze straniere intervengono in un secondo istante. Nell'elaborare un progetto di riforma non si può prescindere dal valutare se le soluzioni apportate da altri ordinamenti di tradizione vicina alla nostra siano efficienti ed importabili.

---

[68] A. Di Majo, *La prescrizione: un istituto mal tollerato dai giudici,* cit.

[69] P.G. Monateri, *Natura regime e scopi della prescrizione,* in P.G. Monateri – C. Costantini, *La prescrizione,* in *Trattato di diritto civile,* diretto da R. Sacco, Torino, 2009, p. 27; G. Travaglino, *L'elaborazione teorica,* in A. Batà–V. Carbone-M.V. De Gennaro-G. Travaglino, *La prescrizione e la decadenza,* Milano, 2001, p. 6. In giurisprudenza cfr. Cass., 18 gennaio 2011, n. 1084, in *Corr. giur.,* 2011, p. 488.

Materiali e commenti

Materiali e commenti

LA REGOLA DI APPROPRIATEZZA NEI CONTRATTI DI SERVIZIO DI RISPARMIO AMMINISTRATO.

Di Daniele Imbruglia

***SOMMARIO:* 1. La fonte: gli artt. 41 e 42 del Reg. Consob 16190/2007 - 2. L'ambito di applicazione oggettivo: i servizi di risparmio amministrato eseguiti non in modalità c.d. di execution only - 3. L'ambito di applicazione soggettivo: clienti al dettaglio e professionali - 4. Il contenuto della regola: la raccolta dei dati, la valutazione di appropriatezza (...) - 5. (…) e l'informazione al cliente in forma standardizzata - 6. L'interpretazione del dato normativo e il "diritto speciale secondo" - 7. Reiterazione dell'ordine e informazione appropriata - 8. Il rimedio: la violazione della regola come ipotesi di responsabilità contrattuale - 9. L'effettività del risarcimento: il danno non patrimoniale.**

ABSTRACT. Lo Il saggio ha ad oggetto lo studio della regola di appropriatezza (art. 19 MiFID) nell'ordinamento interno (artt. 41-42, reg. Consob 16190/2007). Dopo una parte introduttiva sull'evoluzione della regola, l'articolo si concentra sul suo contenuto e sulle conseguenze per l'ipotesi di sua violazione.
This paper examines the appropriateness rule (art. 19 MiFID directive) and its application under Italian law (artt. 41-42, reg. Consob 16190/2007). After a brief summary on the history of the rule, the essay analysis its exact meaning and the consequences in case of its violation .

1. La fonte: gli artt. 41 e 42 del Reg. Consob 16190/2007.

La c.d. regola di appropriatezza è una disposizione recente[1]. Essa ha fatto il suo ingresso nel nostro ordinamento con l'approvazione delle direttive 2004/39/CE e 2006/73/CE (c.d. direttive MiFid). Sino ad allora il sistema normativo interno ignorava la qualifica di appropriatezza del servizio di investimento reso da un intermediario professionista e declinava il rapporto tra tale prestazione e la classificazione del cliente unicamente secondo le coordinate della c.d. regola di adeguatezza (*suitability rule*) di cui all'art. 29, Reg. Consob 11522/1998[2].

Com'è noto, quella disposizione statuiva che, nell'ambito dei servizi di investimento resi in favore del cliente non professionale[3], l'intermediario avesse il dovere di astenersi (*abstain*) dal compiere l'operazione e avesse l'obbligo di informare (*disclose*) il cliente circa l'impossibilità di procedervi legittimamente, qualora il servizio o prodotto finanziario offerto non fosse adeguato al suo profilo per la tipologia[4], l'oggetto[5], la frequenza[6] e la dimensione[7] dell'investimento[8]. Il dovere di

[1] Con esclusivo riferimento alla letteratura in lingua italiana e senza alcuna pretesa di completezza, sulla regola di appropriatezza si vedano i contributi di F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014[VII], p. 140; A. Antonucci, *Declinazioni della* suitability rule *e prospettive di mercato*, in *Banca borsa*, 2010, 6, I, p. 728; M. Cian, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli e R. Lener, *I contratti del mercato finanziario*, I, Torino, 2011, p. 235; R. Costi, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2014[IX], p. 146; F. Delfini, *Valutazione di adeguatezza ex art. 40 Regol. Intermed., obbligazioni strutturate e derivati di credito*, in *Borsa banca*, 2014, 3, I, p. 296; A. Di Amato, *I servizi e i contratti di investimento*, in S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2014[III], p. 101; L. Frumento, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza delle operazioni nella direttiva Mifid*, in *Contratti*, 2007, 6, p. 583; M. Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 2012, p. 389; R. Natoli, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione del contratto "di risparmio"*, in *Contratti*, 2010, 1, p. 67; Id. *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 87; L. Purpura, *Strumenti finanziari e doveri di informazione degli intermediari: un "moderno" approccio giurisprudenziale a confronto la normativa* post *Mifid*, in *Borsa banca*, 2010, 5, I, p. 609; R. Rordorf, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Società*, 2008, 3, p. 269; F. Sartori, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 1, p. 25; V. Sangiovanni, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la MiFID*, in *Corr. giur.*, 2010, 10, p. 1385; V. Santocchi, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza nei rapporto contrattuali fra intermediario e cliente*, in E. Gabrielli e R. Lener, *I contratti del mercato finanziario*, *cit.*, p. 281; A. Valongo, *Profili di tutela individuale dell'investitore tra nullità e responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 75.

[2] Invero, almeno inizialmente, la disciplina sull'adeguatezza era prevista a livello di fonte primaria (art. 6, lett. *f*), l. 1/91) e meglio integrata a livello di fonte regolamentare (si confrontino gli artt. 8, 11 e 13 Reg. Consob n°5387/1991 e art. 6, Reg. Consob n° 8850/1994). Solo nel periodo successivo al d. lgs. 23 luglio 1996 n° 415 (c.d. decreto *Eurosim*) essa venne stabilita dalla fonte secondaria (art. 6 del Reg. Consob n°10943/1997). Il riferimento alla disposizione di cui all'art. 29, Reg. Consob 11522/1998 si spiega allora con la circostanza che tale norma sia stata la più longeva, in quanto è rimasta in vigore per il periodo che va dall'adozione del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. t.u.f.) alla ricezione delle direttive MiFID.

[3] In omaggio al principio di graduazione delle tutele (*ex* art. 6, co. II, t.u.f.), il previgente art. 31 ("*Rapporti tra intermediari e speciali categorie di investitori*"), co. I°, reg. Consob 11522/1998 stabiliva che nei confronti dei c.d. "operatori qualificati" non avrebbero trovato applicazione, tra le altre, le regole in materia di conflitti di interesse, di scambio di informazioni tra le parti e di operazioni non adeguate. Sul punto si rinvia al lavoro di G. La Rocca, *La tutela dell'impresa nella contrattazione in strumenti finanziari derivati*, Padova, 2011.

[4] Il regolamento non definiva cosa fosse la "tipologia" dell'investimento. Essa veniva determinata in base alle caratteristiche strutturali dell'operazione, in virtù delle quali si classificavano i prodotti scambiati in strumenti di tipo speculativo o conservativo. Tra gli aspetti con cui valutare l'adeguatezza del tipo di operazione al profilo del cliente vi era, ad esempio, la necessità di controllare periodicamente l'andamento del titolo acquistato (App. Torino, 13.10.2010, n° 1494 in www.ilcaso.it) oppure il dato per cui le operazioni scambiate fossero concluse fuori dai mercati regolamentati (Trib. Roma, 22.12.2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2540).

[5] Come si è visto, il profilo esaminato in precedenza atteneva a una valutazione sulla struttura e sul meccanismo del prodotto da scambiare; invece, sotto il profilo dell'oggetto, ai fini della determinazione dell'adeguatezza dell'operazione avrebbero rilevato la presenza di costi impliciti (Trib. Udine, 01.07.2011 in www.ilcaso.it), l'assenza di un giudizio reso da una soggetto terzo in ordine alla solvibilità delle obbligazioni (Trib. Catania, 05.05.2006, n° 1600 in *ivi*) o l'essere queste emesse da un soggetto estraneo ai penetranti controlli previsti per le società quotate (Trib. Bari 24.09.2005 n° 2735 in *ivi*).

[6] Con tale criterio, che prescindeva dunque dal riferimento al rischio (del tipo e dell'oggetto) dell'operazione e che richiamava l'esperienza del c.d. *churning*, si intendeva porre in guardia l'intermediario dall'assumere all'insaputa del cliente tattiche di *trading* particolarmente aggressive (in giurisprudenza: App. Torino, 03.05.2006 in *Società*, 2007, p. 7111).

[7] Tale aspetto concorreva a determinare l'adeguatezza dell'operazione in base al rapporto tra la somma investita nell'operazione e il portafoglio del cliente. La giurisprudenza non ha individuato una regola generale: tra le sentenze che hanno riconosciuto l'inadeguatezza per dimensione, si vedano Trib. Udine, 05.03.2010 (che valuta non adeguato l'acquisto di titoli rischiosi perché incidente per oltre il 50% del patrimonio investito); Trib. Milano, 13.11.2008 n° 13240 (dove l'incidenza dell'acquisto oggetto di giudizio era di oltre i 2/3 del patrimonio investito e la presenza di fondi comuni di investimento era molto bassa), sent. 24.09.2008 (con riguardo all'impiego di circa il 24% del portafoglio investito in titoli

astensione sarebbe venuto meno e l'eventuale esecuzione dell'operazione sarebbe stata pienamente legittima solo se, successivamente alla informazione sulla inadeguatezza dell'operazione[9], il cliente avesse confermato – mediante "un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute" - di volervi comunque procedere (*permissive consent*)[10].

Oggi, in luogo di quell'unica regola e quel generale meccanismo di *disclose or abstain* si prevede un sistema più complesso e, accanto alla nuova disciplina sull'adeguatezza, in capo all'intermediario sussite l'obbligo di determinare se il servizio offerto sia appropriato rispetto al cliente[11], ossia se questi "abbia il livello di esperienze e conoscenze necessario per comprendere i rischi che il prodotto o servizio di investimento offerto o richiesto comporta"[12]. Con specifico riguardo all'ordinamento interno, tale regola (c.d. *appropriateness rule*) europea è recepita agli artt. 41 e 42 del Reg. Consob 16190/2007.

2. L'ambito di applicazione oggettivo: i servizi di risparmio amministrato eseguiti non in modalità c.d. di *execution only*.

Sul piano oggettivo, l'ambito di applicazione della regola di appropriatezza non si estende sino a ricomprendere tutti i servizi di investimento resi dall'intermediario professionista, ma è limitato ai servizi diversi da quelli di consulenza e di gestione del portafoglio. Mentre questi ultimi – che, come noto, nel sistema europeo di tutela dell'investitore rientrano nella distinta e separata disciplina della c.d. *suitability rule* e la cui disciplina interna si rinviene agli artt. 39-40 del Reg. Consob 16190/2007 – sono comunemente definiti come servizi di "risparmio gestito", i servizi che rientrano nell'ambito applicativo della regola di appropriatezza sono definiti come servizi di "risparmio amministrato". Con tale formula si fa dunque riferimento alla prestazione dei servizi di negoziazione per conto proprio, di esecuzione, trasmissione e ricezione ordini, di sottoscrizione e\o collocamento con/senza assunzione fermo, con/senza garanzia nei confronti dell'emittente.

Rispetto alle prestazioni di consulenza e di gestione del portafoglio (c.d. servizi di "risparmio gestito"), le attività rientranti in questa classe presentano una minore discrezionalità per l'intermediario ed una maggiore partecipazione del cliente[13]. In tali ipotesi, infatti, questi non si limita

argentini) e sent. 16.11.2005 n° 546 (in cui si era censurato l'investimento dell'intero patrimonio in titoli estremamente speculativi); Trib. Palermo, 17.02.2006 (che ha ritenuto inadeguato l'investimento in titoli argentini nella misura del 20% della cifra complessivamente investita dal cliente) e Trib. Venezia, 16.02.2006 (dove l'investimento inadeguato in titoli argentini era pari al 40% del totale investito) (tutte in www.ilcaso.it).

[8] Come si legge in Corte Cass. 26 gennaio 2016 n°1376 (in http://www.italgiure.giustizia.it/), "[a]lla base di siffatta finalità sta, invero, la considerazione secondo cui ogni investitore razionale è avverso al rischio, sicché il medesimo, a parità di rendimento, sceglierà l'investimento meno aleatorio ed, a parità di alea, quello più redditizio, se non si asterrà perfino dal compiere l'operazione, ove l'alea dovesse superare la sua propensione al rischio. La scelta tra differenti opportunità di investimento è, quindi, essenzialmente un problema di raccolta e di valutazione di informazioni, ovvero di ogni dato sulla natura dello strumento finanziario, sul suo emittente, sul suo rendimento e sull'economia nel suo complesso, compresa l'informativa circa l'eventuale sussistenza, con riferimento alla singola operazione da porre in essere, di una situazione di cd. grey market, ovverosia di carenza di informazioni circa le caratteristiche concrete del titolo ed Il rating del prodotto finanziario nel periodo in considerazione, o - addirittura - di una situazione di imminente default economico dell'ente o dello Stato emittente. Ed è evidente che, essendo le informazioni finanziarie complesse e costose, nei rapporti di intermediazione finanziaria le imprese di investimento posseggono frammenti informativi diversi e superiori rispetto a quelli a disposizione degli investitori, o da essi acquisibili. Da tali considerazioni discende, dunque, la necessità che - come si dirà in prosieguo - l'operato della banca o dell'intermediario finanziario sia, nell'evidenziare l'eventuale non adeguatezza dell' operazione, altamente professionale, prudente e diligente."

[9] In base all'art. 29, co. III, Reg. Consob 11522/1998: "[g]li intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione". La giurisprudenza più attenta ha avuto modo di chiarire come siffatto obbligo sussista nei confronti del cliente non professionale anche quando avesse svolto operazioni di investimento in passato (Trib. Mantova, sent. 31 marzo 2009 n° 397, in www.ilcaso.it) e ha ritenuto inammissibile una informazione sull'adeguatezza che, facendo ricorso a formule prestampate, non indicasse le specifiche ragioni dell'inidoneità (Trib. Milano sent. 26 settembre 2011, n° 11045, in *ivi*).

[10] Art. 29, co. III, Reg. Consob 11522/1998. Sulla dichiarazione del cliente si veda, da ultimo, Corte Cass., 25 settembre 2014 n° 20178 (in http://www.italgiure.giustizia.it), dove, ribadendo un precedente indirizzo (Corte Cass. 19 aprile 2012 n° 6142, e 06 giugno 2012 n° 11412 in *ivi*), si afferma che "la dichiarazione resa dal cliente, su modulo predisposto dalla banca e da lui sottoscritto, in ordine alla propria consapevolezza – conseguente alle informazioni ricevute – della rischiosità dell'investimento e della inadeguatezza dello stesso rispetto al suo profilo di investitore, non costituisce dichiarazione confessoria, in quanto è rivolta alla formulazione di un giudizio e non all'affermazione di scienza e verità d un fatto obiettivo".

[11] Art. 19, §5, dir. 2004/39/CE.

[12] Art. 36, §1, dir. 2006/73/CE.

[13] Giustificano la graduazione oggettiva tra regola di adeguatezza e di appropriatezza in termini di maggiore e minore discrezionalità dell'attività resa dall'intermediario autorizzato: P. Fiorio, *Non adeguatezza delle operazioni di investimento*, *cit.*, p. 178; R. Natoli, *Le informazioni dei*

ad affidare il proprio capitale da investire al soggetto abilitato (gestione del portafoglio) e non si limita a seguire la raccomandazione personale dell'intermediario (consulenza), ma ricorre a servizi e strumenti differenti che registrano "una riduzione del ruolo dell'intermediario nel processo decisionale"[14] e che più riflettono la volontà del cliente e rispetto ai quali l'intermediario è "*strutturalmente estraneo*"[15].

Invero, l'affermazione per cui l'ambito oggettivo della regola di appropriatezza coincide con la prestazione dei servizi di risparmio amministrato è corretta solo nella misura in cui tali servizi non siano eseguiti nella modalità di *execution only*. Questa particolare forma di investimento di risparmio amministrato – inedita per il nostro ordinamento e introdotta, al pari della regola di cui ci si occupa, dal legislatore comunitario nel 2004[16] – risulta essere integrata qualora il servizio di investimento sia *i*) quello di esecuzione di ordini per conto dei clienti di ricezione e trasmissione ordini; *ii)* connesso ad azioni ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato, o in un mercato equivalente di un paese terzo, a strumenti del mercato monetario, obbligazioni o altri titoli di debito (escluse le obbligazioni o i titoli di debito che incorporano uno strumento derivato), OICR armonizzati ed altri strumenti finanziari non complessi[17]; *iii*) prestato a iniziativa del cliente o potenziale cliente[18], chiaramente informato di una tale modalità[19]; *iv*) reso da un intermediario che rispetta gli obblighi in materia di conflitti di interesse. Qualora ricorrano tutte queste condizioni, i soggetti abilitati alle attività di investimento possono prestare i servizi di esecuzione di ordini per conto dei clienti di ricezione e trasmissione ordini, senza che sia necessario ottenere le informazioni o procedere alla valutazione in termini di appropriatezza del servizio (art. 43, co. I, Reg. Consob 16190/2007)[20].

Rispetto a queste coordinate normative, la dottrina maggioritaria qualifica l'ambito applicativo della regola di appropriatezza come residuale ("per esclusione")[21]: essa disciplina soltanto i servizi di investimento diversi dalla consulenza e dalla gestione del portafoglio che non siano prestati in modalità di *execution only*.

3. L'ambito di applicazione soggettivo: clienti al dettaglio e professionali.

L'ambito applicativo della regola di appropriatezza è poi ulteriormente delimitato dalla c.d. graduazione soggettiva delle tutele[22]. Come noto, in pressoché ogni esperienza di regolazione del mercato finanziario si assiste ad una graduazione soggettive che ha l'effetto di modulare

risparmiatori nella formazione, *cit*., p. 71; V. SANGIOVANNI, *L'adeguatezza degli investimenti prima e dopo la Mifid*, *cit*., p. 1393; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza*, *cit*., p. 298.

[14] In tal senso M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, *cit*., 396, dove il corretto rilievo per cui "la minore protezione per il cliente non dipende da un una intrinseca minore rischiosità dell'operazione di investimento. Al di là di situazioni patologiche rappresentate da comportamenti opportunistici dei soggetti abilitati, una decisione di investimento direttamente proveniente da un cliente non professionale è anzi probabilmente più pericolosa, per lui, rispetto a scelte dall'intermediario per suo conto"

[15] L. PURPURA, *L'evoluzione "fiduciaria"*, *cit*., p. 226.

[16] Art. 19, §6, dir. 2004/39/CE e art. 38 dir. 2006/73/CE.

[17] Al fine di qualificare uno strumento finanziario come non complesso l'art. 44, REG. CONSOB ripete le indicazioni contenute nella normativa comunitaria (art. 38, dir. 2006/73/CE) e il cui ricorrere integra uno dei presupposti per aversi l'esenzione dalla valutazione dell'appropriatezza: "[u]no strumento finanziario che non sia menzionato all'articolo 43, comma 1, lettera a), è considerato non complesso se soddisfa i seguenti criteri: *a*) non rientra nelle definizioni di cui all'articolo 1, comma 1-- -bis), lettere c) e d), del Testo Unico, nonché nelle definizioni di cui all'articolo 1, comma 2, lettere d), e), f), g) h), i) e j) del Testo Unico; *b*) esistono frequenti opportunità di cedere, riscattare od ottenere altrimenti il corrispettivo di tale strumento a prezzi che siano pubblicamente disponibili per i partecipanti al mercato. Tali prezzi devono essere quelli di mercato o quelli messi a disposizione, ovvero convalidati, da sistemi di valutazione indipendenti dall'emittente; *c*) non implica alcuna passività effettiva o potenziale per il cliente che vada oltre il costo di acquisizione dello strumento; *d*) sono pubblicamente disponibili informazioni sufficientemente complete e di agevole comprensione sulle sue caratteristiche in modo tale che il cliente al dettaglio medio possa prendere una decisione informata in merito alla realizzazione o meno di un'operazione su tale strumento".

[18] Il regolamento non definisce quando ricorra questa ipotesi. In base al Cons. 30, dir. 2004/39/CE, *i*) "[u]n servizio dovrebbe essere considerato come prestato su iniziativa del cliente a meno che il cliente lo richieda in risposta ad una comunicazione personalizzata da o per conto dell''impresa a quel particolare cliente, che contiene un invito o è intesa a influenzare il cliente rispetto ad uno strumento finanziario o operazione finanziaria specifici"; *ii*) "[u]n servizio può essere considerato come prestato su iniziativa del cliente nonostante il cliente lo richieda sulla base di comunicazioni contenenti una promozione o offerta di strumenti finanziari effettuate con mezzi che siano per natura generali e rivolti al pubblico o a un più ampio gruppo o categoria di clienti o di potenziali clienti".

[19] L'art. 43 REG. CONSOB afferma che tale "avvertenza può essere fornita utilizzando un formato standardizzato".

[20] La dottrina italiana è estremamente severa con tale novità: *ex multis* si vedano i giudizi critici di F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa*, *cit*., p. 45 e di P. FIORIO, *Non adeguatezza delle operazioni*, *cit*., p. 175.

[21] R. NATOLI, *Le informazioni dei risparmiatori nella formazione*, *cit*., p. 71.

[22] Su tale principio si veda tra la letteratura in lingua italiana il volume di G. LA ROCCA, *La tutela dell'impresa nella contrattazione in strumenti finanziari derivati*, Padova, 2011.

il *set* di tutele da riconoscere al cliente (e, per conseguenza, le prestazioni imposte agli intermediari), a seconda del concreto *need of protection* (a sua volta determinato in base al tipo di servizio e al profilo del cliente). Già il paragrafo 12 della schedule 8 del *Financial Services Act* (1986), dal titolo "*class of investors*", affermava che le varie *conduct of business rules* dovessero tenere a mente come "*provisions that are appropriate for regulating the conduct of business in relation to some classes of investors may not (by reason of their Knowledge, experience or otherwise) be appropriate in relation to others*".

Orbene e ancora una volta a differenza della disciplina sull'adeguatezza (che trova applicazione a prescindere del tipo di cliente)[23], la regola in esame rientra nell'insieme di prestazioni sottratte all'intermediario che presta un servizio di risparmio amministrato nei confronti delle c.d. controparti qualificate. In base alla disciplina attualmente vigente, lo *status* di "controparte qualificata" si acquista unicamente con riferimento alla prestazione dei servizi di cui all'art.1, co. V, lett. *a*), *b*) *e*), TUF (negoziazione per conto proprio, esecuzione di ordini e ricezione e trasmissione). Secondo quanto disposto dall'art. 58, co. III, Reg. Consob 16190/2007, nei servizi di investimento resi in favore delle controparti qualificate non trovano applicazioni le disposizioni di cui agli articoli 27-56, Reg. Consob 16190/2007 (con l'unica eccezione dell'art. 35, il quale pone sull'intermediario l'onere di comunicare al cliente la propria classificazione e del diritto "a richiedere una diversa classificazione" indicando le varie conseguenze di disciplina). Pertanto, prima di procedere all'operazione, gli intermediari devono ottenere dalle controparti qualificate la loro accettazione ad essere trattati con questo regime più severo. Infine, il regolamento, ex art. 58, co. IV, consente a costoro di domandare all'intermediario l'applicazione, in via generale o con riferimento alla singola operazione, di essere trattato come un cliente al dettaglio o uno professionale (*downgrading*). A tale fine, però, è necessario il consenso dell'intermediario.

La regola di appropriatezza, dunque, vincola il professionista unicamente nei confronti dei clienti al dettaglio e professionali (lo siano essi "di diritto"[24] o "su richiesta"[25]).

[23] Sul punto si veda, per tutti, F. DELFINI, *Valutazione di adeguatezza ex art. 40*, *cit*., p. 298.

[24] I clienti professionali di diritto sono definiti dall'all. 3, Reg. Consob 16190/2007, il quale ripete esattamente quanto previsto dall'all. II, dir. MiFID 2004/39/CE. Innanzitutto, sono così considerati le controparti qualificate. In secondo luogo, lo *status* in questione è accordato alle imprese di grandi dimensioni. Con ciò si intende fare riferimento a quelle imprese che presentano almeno due dei seguenti requisiti: bilancio superiore ai venti milioni di euro; fatturato netto superiore ai quaranta milioni di euro: fondi propri superiori ai due milioni di euro. In terzo luogo, anche gli investitori istituzionali la cui attività principale è investire in strumenti finanziari, compresi gli enti dediti alla cartolarizzazione o ad altre operazioni finanziarie sono classificabili come clienti professionali di diritto. Il riconoscimento dello *status* di cliente professionale di diritto non è automatico, ma è subordinato alla mancata richiesta del cliente di avere un più alto grado di protezione. Difatti, l'all. 2, Reg. Consob 16190/2007, riprende integralmente la procedura prevista dalla direttiva MiFID. Quando il cliente è un'impresa definibile come cliente professionale di diritto, l'intermediario, prima di prestare un qualunque servizio, deve avvertirlo che, sulla base delle informazioni in suo possesso, questi è classificato come cliente professionale. Dopo aver ricevuto l'ulteriore e distinta informazione circa la possibilità di mutare questo *status*, il cliente ha il diritto di ottenere un maggior grado di tutele. In tal caso, le parti concluderanno un accordo scritto che stabilisce i servizi ai quali applicare al cliente professionale di diritto il trattamento più protetto. Per conseguenza, nei confronti dei clienti definibili come clienti professionali di diritto, la riduzione delle tutele è subordinata alla mancata richiesta del singolo cliente di avere il massimo livello di garanzie.

[25] Con la previsione dei c.d. "clienti professionali su richiesta", si consente agli intermediari di trattare come clienti professionali, soggetti diversi da quelli della sub-categoria "clienti professionali di diritto" purché siano verificate le competenze (All. 3, II.1, Reg. Consob 16190/2007) e sia assicurato il rispetto della procedura (All. 3, II.2, Reg. Consob 16190/2007). Tale passaggio rappresenta l'unica ipotesi di *upgrading* prevista dalla nuova disciplina: non è, infatti, ammessa la possibilità di assumere su richiesta lo *status* di controparte qualificata. Per aversi il mutamento di *status* in esame, l'intermediario deve poter ragionevolmente ritenere che il cliente sia in grado di adottare in modo consapevole le proprie decisioni di investimento e comprendere i relativi rischi. Nell'imporre questo particolare onere all'intermediario, il testo della Consob indica che, nella anzidetta valutazione, il possesso dei requisiti soggettivi richiesti per incarichi di dirigenze nelle società di investimento possa essere considerato come un valido riferimento della competenza e conoscenza del cliente. Altresì, la disciplina ora citata prevede che nella valutazione in parola sia necessario il ricorrere di almeno due dei seguenti requisiti: "il cliente ha effettuato operazioni di dimensioni significative sul mercato in questione con una frequenza media di 10 operazioni al trimestre nei quattro trimestri precedenti; il valore del portafoglio di strumenti finanziari del cliente, inclusi i depositi in contante, deve superare 500.000 EUR; il cliente lavora o ha lavorato nel settore finanziario per almeno un anno in una posizione professionale che presupponga la conoscenza delle operazioni o dei servizi previsti". Da quanto ora riportato si evince che lo *status* di cliente professionale può essere riconosciuto anche alle persone fisiche Per quanto riguarda la procedura che governa l'*upgrading*, è bene ricordare che la domanda di riduzione delle tutele debba essere presentata per iscritto dal cliente all'intermediario. Sempre per iscritto e "in modo chiaro", il soggetto abilitato deve rappresentare le conseguenze della riduzione all'istante, una volta che sia stata ricevuta la richiesta. Successivamente, su un documento distinto dal testo contrattuale, il cliente\istante deve dichiarare per iscritto di avere compreso gli effetti derivanti dalla perdita di protezione massima.

4. Il contenuto della regola: la raccolta dei dati, la valutazione di appropriatezza (...).

Una volta definito l'ambito applicativo della regola di appropriatezza come quello coincidente con la prestazione in favore di clienti al dettaglio e professionali di servizi di risparmio amministrato (ossia diversi da quelli di consulenza e di gestione del portafoglio) e che non siano svolti in modalità di *execution only*, occorre esaminare il contenuto della *rule*.

Questo può essere diviso in tre attività: raccolta di dati, valutazione del servizio e informazione al cliente.

Per esplicita previsione regolamentare, la disciplina di acquisizione delle informazioni da parte dell'intermediario si desume da quella che regola l'acquisizione di informazioni necessarie per la valutazione di adeguatezza. Ciò non deve sorprendere: "[l]a distinzione tra giudizio di adeguatezza e giudizio di appropriatezza è non ontologica, ma normativa"[26], di modo che "sul piano finalistico, il procedimento di valutazione di adeguatezza e di appropriatezza non si distinguono"[27]. Ciò detto, per quanto riguarda l'attività di raccolta, il primo articolo delle due disposizioni regolamentari dedicate alla regola in parola dispone che gli intermediari, quando prestano un servizio diverso da quello di consulenza e di gestione del portafoglio, devono raccogliere le informazioni necessarie per determinare la competenza e l'esperienza del cliente (art. 41, Reg. Consob 16190/2007). A partire dal rinvio a tale distinta disciplina, dunque, si fa obbligo all'intermediario di ottenere i dati e le informazioni circa i tipi di servizi\operazioni\strumenti finanziari con cui il cliente ha dimestichezza nonché la natura\volume\frequenza\periodo delle operazioni pregresse e, infine, il livello di istruzione del cliente. (c.d. competenza conoscitiva). A differenza di quanto indicato per i casi di servizio di risparmio gestito (consulenza o gestione del portafoglio), nelle ipotesi di servizio di risparmio amministrato svolti in modalità non di *execution only* all'intermediario non è richiesto di ottenere informazioni in merito agli obiettivi di investimento del cliente e alla sua capacità patrimoniale di sostenere i rischi.

Orbene, l'intermediario sulla base delle informazioni raccolte in merito alle capacità conoscitive del cliente dovrà determinare se il cliente "abbia il livello di esperienza e conoscenza necessario per comprendere i rischi che lo strumento o il servizio di investimento offerto o richiesto comporta" (art. 42, Reg. Consob 16190/2007). Tale capacità conoscitiva è presunta nei confronti dei clienti professionali (che non abbiano esplicitamente domandato un regime differente)[28]. La ridotta raccolta di informazioni si riverbera poi sul piano della valutazione di tale capacità rispetto al servizio: qui, a differenza del regime di adeguatezza, il giudizio richiesto all'intermediario prescinde dall'idoneità del servizio a realizzare gli obiettivi di investimento (c.d. congruità finanziaria) e alla capacità di sopportazione dei rischi connessi con l'operazione (c.d. congruità patrimoniale). Come è stato notato, ciò "rappresenterebbe una profonda differenza": mentre ai fini del giudizio di adeguatezza si "prende in esame elementi oggettivi, quali la corrispondenza delle operazioni agli obiettivi di investimento o il livello di rischio presentato, l'appropriatezza fa leva su un elemento soggettivo, ossia l'esperienza maturata dall'investitore in ambito finanziario, con evidenti difficoltà di accertamento"[29]. Questo significa che "un servizio inadeguato (ad esempio patrimonialmente o finanziariamente) potrà risultare financo appropriato": l'operazione si potrà dire appropriata qualora, indipendentemente dalla sua idoneità con gli obiettivi di investimento e dalla sua congruità con la sfera patrimoniale dell'intermediario, "l'investitore, alla luce delle conoscenze ed esperienza maturate, sia in grado di comprendere i rischi che il prodotto o il servizio finanziario comporta"[30].

Sempre per il tramite di un richiamo alla disciplina relativa alla raccolta dei dati necessari alla valutazione di adeguatezza dei servizi di risparmio gestito, nella fase di ottenimento delle informazioni relative alla determinazione dell'appropriatezza del servizio per l'intermediario sussiste il divieto di fare affidamento su informazioni manifestamente errate (art. 39, co. V, Reg. Consob 16190/2007) e di scoraggiare il cliente dal fornire le informazioni (art. 39, co. VII, Reg. Consob 16190/2007). In difformità con la disciplina della regola di adeguatezza, infine, qualora l'intermediario non ottenga le informazioni necessarie, non sussiste un assoluto divieto di astensione ma un semplice obbligo di informare il cliente che in assenza di quelle informazioni

[26] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, *cit.*, p. 397.
[27] L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza*, *cit.*, p. 583.

[28] Art. 42, co. II, REG. CONSOB 16190/2007.
[29] V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza*, *cit.*, p. 297. Nello stesso senso anche P. FIORIO, *Non adeguatezza delle operazioni di investimento*, *cit.*, p. 169-170.
[30] F. SARTORI, *La regola di adeguatezza e i contratti di borsa*, *cit.*, p. 43, nt. 48 e 49. In posizione analoga anche L. FRUMENTO, *La valutazione di adeguatezza e di appropriatezza*, *cit.*, p. 583.

l'intermediario non può procedere alla valutazione dell'appropriatezza (art. 42, co. IV, Reg. Consob 16190/2007). In conclusione, è agevole notare come, in linea con la precedente esperienza, il sistema non vieti in modo assoluto la conclusione del servizio di investimento non appropriato (come fa, invece, con riferimento a quello non adeguato). Per l'effetto, mentre in base alla disciplina della *suitability rule* sussiste un divieto assoluto per le parti a cui è sottratta la possibilità di vincolarsi alla prestazione di un servizio di risparmio gestito non adeguato per il cliente, nel caso del risparmio amministrato svolto in modalità non di *execution only* ci si trova dinnanzi ad un obbligo di comportamento, che, per quanto complesso (raccolta informazione, valutazione appropriatezza, comunicazione dell'informazione), nulla ha da dire rispetto al potere delle parti di concludere il contratto.

5. (…) e l'informazione al cliente in forma standardizzata.

Qualora sulla base delle informazioni in suo possesso l'intermediario ritenga non appropriato il servizio offerto al cliente, il professionista ha l'obbligo di avvertire il cliente di tale circostanza, anche mediante l'utilizzo di un formato standardizzato (art. 42, co. III, Reg. Consob 16190/2007).

Rispetto a tale obbligo informativo, la dottrina si domanda se per la legittimità dell'operazione sia sufficiente – come lascerebbe intendere la lettera del regolamento - la sola avvertenza o se invece – in conformità con la precedente esperienza – sia necessario la conferma da parte del cliente. In altre parole, nella letteratura giuridica vi è sia chi afferma che, una volta fornite le avvertenze in parola al cliente, l'intermediario possa "dar corso all'operazione, a prescindere dal fatto che il cliente abbia o no reiterato o confermato la propria intenzione di procedere"[31] sia chi ritiene che, in caso di avvertenza di non appropriatezza dell'operazione, l'intermediario vi possa dare esecuzione solo a seguito dell'ordine reiterato dal cliente[32].

Nel senso del primo indirizzo milita la lettera del testo e quindi il silenzio rispetto a un qualunque *permissive consent*: da qui, richiamando il canone ermeneutico *ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit*, diviene naturale far discendere l'irrilevanza di un nuovo ordine o – il che è lo stesso – la sufficienza della sola informazione standardizzata in merito all'appropriatezza dell'operazione ai fini della sua liceità. Per contro, chi milita a favore della tesi che subordina la legittimità della realizzazione dell'operazione inappropriata al ricorrere della relativa comunicazione e della reiterazione dell'ordine da parte del cliente afferma che da quel medesimo silenzio si potrebbe ricavare una riproposizione dell'art. 29, co. III, Reg. Consob 11522/1997[33]. Chi sostiene questa lettura più favorevole al cliente e in linea con l'esperienza passata caratterizzata dal c.d. *permissive consent* ritiene poi che, dinnanzi alla conferma della volontà di dfdfdsprocedere del cliente, l'intermediario abbia il dovere di informare il cliente che, successivamente al suo nuovo ordine, egli non possa determinare se il servizio o lo strumento sia appropriato[34].

Ulteriori perplessità, poi, ha suscitato la previsione regolamentare che consente all'intermediario di avvertire il cliente circa la non appropriatezza del servizio\l'impossibilità di valutarlo per il tramite di comunicazioni standardizzate (art. 42, co. III e co. IV, Reg. Consob 16190/2007). Tale termine ("standardizzato") è stato diffusamente criticato[35]: in particolare, si è paventato il rischio per cui, atteso che una informazione standardizzata non è effettiva garanzia di scelta consapevole, il ricorso a questo tipo di forma possa condurre "ad un consenso informato dell'investitore che tale non è"[36].

6. L'interpretazione del dato normativo e il "diritto speciale secondo".

[31] F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, *cit*., p. 136. In tal senso, anche A. ANTONUCCI, *Declinazione della* suitability rule, *cit*., p. 733; A. DI AMATO, *I servizi di investimento*, *cit*., p. 110; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, *cit*., p. 398.

[32] In tal senso, tra i tanti, si vedano F. CAPRIGLIONE, *La problematica relativa al recepimento*, *cit*., p. 23; R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, *cit*., p. 118; V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza*, *cit*., p. 297-298; F. SARTORI, *La regola di adeguatezza e i contratti di borsa*, *cit*., p. 43, nt. 49; A. VALONGO, *Profili di tutela individuale dell'investitore*, *cit*., p. 81.

[33] F. CAPRIGLIONE, *La problematica relativa al recepimento*, *cit*., p. 23.

[34] R. NATOLI, *Il contratto "adeguato"*, *cit*., p. 118.

[35] Secondo L. PURPURA, *Strumenti finanziari e dovere di informazione*, *cit*., p. 635, nt. 51 esso concorre a dare l'impressione che la segnalazione di non appropriatezza sia configurata "in termini che appaiono oggettivamente meno protettivi per gli investitori rispetto a quanto previsto con riguardo all'informazione di inadeguatezza dall'art. 29, comma 3°, vecchio Regolamento".

[36] V. SANTOCCHI, *Le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza*, *cit*., p. 298.

Non solamente su di un piano pratico, la questione relativa al valore da riconoscere all'adempimento dell'obbligo informativo riguardante l'appropriatezza dell'operazione solleva profili di sicuro interesse. A ben vedere, essa ripropone le riflessioni che, in sede di commento della legge 02 gennaio 1991 n° 1, "*Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare*"[37], attenta dottrina ebbe a muovere sul corretto modo di intendere il sistema normativo privatistico dinnanzi al sempre maggiore volume assunto dalla "legislazione fuori dal codice"[38]. Come vedremo, anche a distanza di oltre venti anni, quelle riflessioni sono tuttora utili per l'interprete che sia chiamato a ricostruire il dato normativo in una materia, quale quella dell'intermediazione finanziaria[39], la cui disciplina è divenuta ora straordinariamente complessa[40].

Secondo l'indirizzo qui ripreso, nell'esaminare la questione legislazione speciale/codice civile[41] andava respinta la tendenza a "rapportare gli enunciati della legge singolare al sistema del codice concepito come una matrice fissa e immutabile sulla quale proiettare i dati nuovi in un giudizio che inconsciamente diventa di conformità-legittimità"[42]. Per quella citata dottrina, infatti, tale criticabile impostazione scontava due errori metodologici.

Innanzitutto, essa faceva discendere dalla innegabile primazia – "per complessità sistematica" - del codice civile "una concezione dello stesso alla stregua di un sistema fissato una volta per tutte nei significati e nei limiti che lo caratterizzarono originariamente". Com'è divenuto ora sempre più evidente[43], una simile lettura è insostenibile:

---

[37] Sulla legge 02.01.1991 n°1 "*Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari*", entrata in vigore il 05.01.1991 e pubblicata in *Gazz. Uff.* n°3/1991, si vedano, tra le monografie, il volume di C. Coltro Campi, *La nuova disciplina dell'intermediazione e dei mercati mobiliari*, Torino, 1991, di F. Carbonetti, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992 e di F. Annunziata, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari – L'esperienza francese, inglese e italiana*, Milano, 1993, e, tra i contributi, quelli di G. Alpa, *La legge sulle SIM e i contratti con i "clienti"*, in *Econ. dir. terziario,* 1991, p. 333; G. Minervini, *Sim e riorganizzazione del mercato mobiliare. Appunti su una legge difficile*, in *Corr. Giur*., 1991, 2, p. 129; A. Antonucci, *Note introduttive alla legge n. 1 del 2 gennaio 1991 sull'intermediazione mobiliare*, in *Dir. Banca*, 1992, 1, p. 51; A. Di Majo, *La correttezza nell'attività di intermediazione immobiliare*, in *Banca, borsa*, 1993, I, p. 289; C. Castronovo, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *ivi*, p. 300; M. Nuzzo, *Intermediazione mobiliare delle aziende bancarie e tutele civilistiche dei risparmiatori*, in *Dir. Relaz. Ind.*, 1993, 1, p. 17; P. P. Gaggero, *Attività e soggetti dell'intermediazione mobiliare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1995, II, p. 274.

[38] Il riferimento è a C. Castronovo, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit*, p. 300.

[39] Sull'attività di intermediazione finanziaria la letteratura scientifica è divenuta sempre più numerosa. Senza pretesa di completezza e con esclusivo riferimento ai contributi in lingua italiana, si può qui segnalare i lavori di stampo manualistico di S. Amorosino (a cura di), *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008; F. Annunziata, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008; R. Costi, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010 e F. Iudica, *Manuale del mercato mobiliare*, Torino, 2012. Tra i lavori monografici più recenti, si distingue per la completezza dell'indagine, M. Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, 2012. Altro contributo di sicuro rilievo è E. Gabrielli – R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011.

[40] Tale complessità si coglie sia su di un piano diacronico (R. Rordorf, *Contratti del mercato finanziario*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*, Roma, 2012, p. 115) sia su quello sincronico (V. Roppo, *Sui contratti del mercato finanziario dopo la MIFID*, in *Econ. dir. terziario*, 2009, 3, p. 424-425, il quale parla di disciplina multilivello, ossia "composta da una pluralità di fonti di natura diversa che convergono a coprire lo stesso oggetto di regolazione. Più precisamente essa si articola in: un livello comunitario, su cui si collocano le direttive rilevanti in materia; e poi un livello interno, che in realtà si scompone a sua volta in un livello primario, costituito essenzialmente dal TUF, e quindi, a scendere, in un livello secondario che si sostanzia nei regolamenti Consob").

[41] In argomento, tra i lavori più recenti si vedano quelli di G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2008, 3, p. 751; Id., *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv*., 2004, p. 313; N. Lipari, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 7; U. Breccia, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, *ivi*, p. 31; F. Cafaggi, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, *ivi*, p. 565; C. Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 406; M. Libertini, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (Appunti per una discussione)*, in *Riv. dir. comm*., 2006, p. 541; E. Lucchini Guastalla, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale nella disciplina del contratto*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Milano, 2004, p. 1363.

[42] C. Castronovo, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit.*, p. 302. Nel saggio, con riferimento all'apporto della scienza giuridica, l'attento Autore afferma che il "ruolo proprio del giurista positivo" è, per l'appunto, quello di "interpretare un enunciato alla luce di un sistema che, se preesistente all'interpretazione, non rimane uguale a se stesso dopo di essa: è un insonne ricostruzione innescata dal singolo problema interpretativo. Gli esiti ai quali, muovendo da esso, si perviene, quando non siano puramente ripetitivi non possono essere considerati meri corollari di un sistema precostituito e immobile, in quanto essi stessi diventano elementi di un sistema che diviene".

[43] Scrive, di recente, G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Da un dialogo del diritto con l'arte, la letteratura, la religione, la musica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 4, p. 1247: "Il testo è cosa, vivificata dal soffio vitale dell'interprete, immerso nella contemporaneità. Come si fa più evidente nell'interpretazione musicale: segni scritti in un pentagramma devono essere volti in dimensione di suono, anche con strumenti non sempre identici a quelli coevi del compositore." Sul punto, peraltro, si vedano le parole di T.

"considerare il codice come un progetto concluso e chiuso con l'adozione del suo testo finale nel 1942 (…) appare fuorviante non appena si prende atto che esso ha continuato a vivere non come un corpo autonomo ma come nucleo di un sistema più vasto le cui fattezze non hanno cessato di evolversi con il sopraggiungere di nuove fonti e con il lavoro di inevitabile raccordo che la dottrina e la giurisprudenza hanno dovuto svolgere"[44].

Questa criticata impostazione presentava poi un secondo limite. Oltre alla prospettiva diacronica che caratterizza il sistema normativo come sistema aperto e che, secondo la posizione di Castronovo qui richiamata, renderebbe insostenibile la pretesa di eternità del codice nel suo significato originario minando la possibilità di una riconduzione del dato legislativo speciale nel significato codicistico, un tale rapporto di subordinazione (della legge speciale al codice civile) non è giustificato anche dal punto di vista dell'interprete.

Non potendosi dubitare dell'identico "valore formale" di legge speciale e codice, difatti, la novità legislativa è da intendersi "fonte tra le fonti" e, su di un piano sincronico, il sistema andrà piuttosto concepito come costituito "dalle norme del codice alla stessa stregua di quelle delle altre leggi". In tal modo, sarà possibile, per un verso, mettere in luce la struttura del sistema "articolata secondo il modello binario diritto privato generale-diritti secondi"[45] e, per un altro, si potrà procedere alla ricostruzione delle varie categorie e dei diversi modelli, considerando tutti gli enunciati normativi che, siano essi delle disposizioni codicistiche o di leggi speciali, ne contengono degli aspetti[46].

Tuttavia, come si avvertiva già *illo tempore*, qualora la normativa del codice fosse diventata "sparuta al confronto con quella disseminata nella legislazione nuova", il rapporto di compatibilità che dovrebbe sussistere tra codice e legge speciale si sarebbe piegato a favore della seconda. Per conseguenza nella ricostruzione ermeneutica dei vari enunciati contenuti nella disciplina speciale, la stessa si sarebbe potuta considerare come un mini-sistema[47] e, quindi, come un 'diritto speciale in senso improprio'[48] idoneo a fornire nella sua stessa complessità le risposte all'interprete[49].

ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 154, per cui la norma "è sempre e solo quella interpretativamente formulata e in funzione di una sua applicazione e in realtà non esiste se non nella sua applicazione, compiuta la quale la formulazione data passa ad essere testo, punto di partenza per nuove formulazioni, e per nuove posizioni di norme".

[44] C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit.*, p. 302.

[45] C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit.*, p. 303-304. Per una ricostruzione sistematica del dato normativo della legislazione speciale svolta secondo l'interazione tra leggi di settore e codice, si rinvia ai precedenti lavori dell'A.: *Diritto privato generale e diritti secondi. Responsabilità civile e impresa bancaria*, in *Jus*, 1981, 2, p. 159 e ss., e *Alle origini della fuga dal codice. L'assicurazione contro gli infortuni tra diritto privato generale e diritti secondi*, in *ivi*, 1985, 1, p. 20 e ss.

[46] C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit.*, p. 303-304.

[47] A tal proposito, così si esprimeva C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova*, *cit.*, p. 304, nt. 4: "I diritti secondi possono essere detti mini o microsistemi se considerati in sé. Tale qualifica non implica tuttavia, né potrebbe significare distacco dall'intero, il quale invece è il risultato complessivo di sistemi parziali più o meno ampi. Lo stesso codice è un insieme di sistemi (proprietà, successioni, obbligazioni, responsabilità ecc.) coordinati a formare un macrosistema che a propria volta concorre a formare il sistema globale in cui consiste l'intero ordinamento".

[48] Secondo la terminologia utilizzata da L. MENGONI, *Istituzioni di diritto privato e discipline speciali*, in *Jus*, 1983, p. 328.

[49] In tal senso delle prime indicazioni si possono cogliere con riferimento al problema – non più attuale – della "dichiarazione di competenza" (ex art. 31, co. II, REG. CONSOB n° 11522/1998), ossia quell'atto in base al quale un soggetto classificato come cliente al dettaglio poteva essere considerato come operatore qualificato (e, quindi, sottrarre l'intermediario autorizzato dalle regole di condotta in materia di conflitti di interessi, scambio di informazione e valutazione dell'adeguatezza dell'operazione). Un primo filone ha ritenuto che la "dichiarazione di competenza" ex art. 31 riconducesse gli effetti liberatori "alla responsabilità di chi amministra ed esprime nella realtà giuridica la volontà della società"(C. App. Milano, 12.10.2007 in *Giur. It.*, 2008, p. 1164 con nota di C. MOTTI, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*). Dalla qualifica della dichiarazione come atto di "autoresponsabilità" seguiva per l'intermediario l'esonero dall' obbligo di "effettuare ulteriori verifiche sull'effettivo possesso" delle competenze dichiarate dal cliente (in questa direzione: F. BOCHICCHIO, *Operatività in strumenti derivati con investitore professionale: i limiti apportati dalla normativa di settore e dall'oggetto sociale dell'investitore*, in *Dir. Banca*, 2004, p. 249; ID. *Gli strumenti derivati: i controlli sulle patologie del capitalismo finanziario*, in *Contr. Impr.*, 2009, p. 305; F. BRUNO e A. ROZZI, *Il destino dell'operatore qualificato alla luce della MiFID*, in *Società*, 2007, p. 283; F. BRUNO, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corr. mer.*, 2008, p. 1261). Di tutta evidenza, tale interpretazione dell'enunciato normativo ignorava le altre disposizioni dettate in materia e si limitava alla lettura del secondo periodo della disposizione regolamentare. Per questo orientamento, una volta ricostruito alla luce della sistematica tradizionale del codice civile, l'articolo regolamentare offriva indicazioni sufficiente a determinare una disciplina completa. A ben vedere, difatti, i risultati cui perviene siffatto orientamento, erano debitori della lettura più risalente dell'autoresponsabilità, da cui si traeva a prestito l'idea per cui chi "pone in essere una dichiarazione negoziale, e specialmente una dichiarazione contrattuale, assume la responsabilità circa l'esistenza e il contenuto della dichiarazione stessa" (S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità* (voce), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 461; in tema si veda anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, p. 109, dove l'affermazione per cui "[l]iberi i singoli di agire nella direttiva del proprio vantaggio secondo il loro apprezzamento; ma le conseguenze eventualmente onerose o dannose di un suo malaccorto dell'iniziativa spiegata stanno a carico di essi soli").

7. Reiterazione dell'ordine e informazione appropriata.

Orbene, proprio guardando alla disciplina sull'intermediazione mobiliare come ad un mini-sistema è possibile costruire una solida risposta al problema della sufficienza dell'informazione resa dall'intermediario ai fini della liceità dell'operazione non appropriata. Difatti, se è vero che la normativa nulla dice in punto di necessaria reiterazione dell'ordine da parte del cliente, è altresì innegabile che la stessa imposizione del dovere di raccolta delle informazioni, di verifica del servizio in termini di appropriatezza e di comunicazione del giudizio si giustifichi alla luce della tesi che - a torto o a ragione qui non interessa[50] - vede nella capacità del cliente di valutare il prodotto come il requisito necessario per consentire al mercato di realizzare la migliore allocazione delle risorse[51]. Questa posizione è sottesa a tutto l'impianto normativo in tema di intermediazione mobiliare così che, sebbene la necessità della reiterazione dell'ordine non sia esplicitata in un portato normativo, appare ragionevole sostenere che il dovere di correttezza a cui la legge costringe l'intermediario (ex art. 21, co. I, lett. *a*), t.u.f.) – e il cui concreto significato lungi da essere coincidente con quello codicistico[52] va appunto ricostruito alla luce delle direttive di fondo interne a quel mini-sistema - abbia l'effetto di rendere doverosa la conferma del cliente di procedere all'operazione di risparmio amministrato *dopo* che l'intermediario gli abbia comunicato la non appropriatezza di quel servizio (o la circostanza per cui l'assenza di informazioni gli abbia precluso la capacità di procedere a quella verifica).

L'adesione a queste indicazioni ermeneutiche, peraltro, rileva anche rispetto alla previsione regolamentare che consente all'intermediario di avvertire il cliente circa la non appropriatezza del servizio\l'impossibilità di valutarlo per il tramite di comunicazioni standardizzate (art. 42, co. III e co. IV, Reg. Consob 16190/2007). Orbene, posto che il termine "standardizzato" non è definito dal legislatore comunitario o interno[53], sembra possibile

In senso opposto a questa prima lettura, considerata eccessivamente formalista e oltre modo favorevole all'intermediario, altra giurisprudenza di merito aveva proposto una differente interpretazione della "dichiarazione di competenza": per questo orientamento, l'affermazione relativa al possesso di determinati requisiti "non può di per sé sola avere l'effetto di rendere operatore professionale chi non lo è"(Trib. Novara, sent. 18.01.2007 n° 23 in www.ilcaso.it). Pertanto, pur essendo vero che la norma secondaria *de qua* non prevede un dovere di verifica delle competenze dichiarate, questa lettura riteneva che, in un rapporto dove ad uno dei due soggetti si prescrive (art. 21, co. I, lett. *a*), T.U.) di comportarsi con diligenza, correttezza, trasparenza per servire al meglio l'interesse dell'altro, spettasse a costui (l'intermediario) di verificare, alla luce delle informazioni in suo possesso, "la concreta rispondenza con quanto dichiarato dall'investitore che si accinge ad essere considerato operatore qualificato" (Trib. Vicenza, sent. 29.01.2009 n° 143 in www.ilcaso.it). La configurazione di questo dovere – assente nel corpo del testo della disposizione ha per effetto quello per cui si sarebbe potuto invocare, a ragione, la graduazione delle tutele e la conseguente esclusione (ex art. 31, co. I, reg. 11522/1998) degli obblighi informativi previsti dal vecchio regolamento Consob solo qualora la verifica della veridicità di quanto dichiarato per iscritto dal responsabile legale della persona giuridica sia positiva. Nessuna di queste due soluzioni è stata condivisa dalla Corte di Cassazione, nella cui giurisprudenza si trova, pertanto, un terzo orientamento (Cass., 26 maggio 2009, sentenza n°12138 in *Foro It*., 2010, I, c. 129 con nota di G. La Rocca, *Gli operatori qualificati in Cassazione: un altro capitolo del difficile rapporto della Suprema Corte con il diritto privato del mercato finanziario*) che qualifica la dichiarazione di competenza come una presunzione semplice: qualora il cliente\dichiarante riesca a provare che l'intermediario avesse conoscenza di elementi difatti idonei a smentire quanto affermato nella dichiarazione di competenza, questa non autorizzerà la riduzione delle tutele.

[50] Sul punto, per tutti, si veda C. E. Schneider – O. Ben-Shahar, *The Failure of Mandated Disclosure*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 2011, p. 647.

[51] In dottrina, nel senso della riconduzione delle varie *conduct of business rules* alla tutela (della capacità allocativa) del mercato: V. Scalisi , *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, 3, II, p. 169; R. Costi, *Tutela degli interessi e mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1999, 2, p. 777; S. Grundmann, *La struttura del diritto europeo dei contratti*, in *Riv. dir. civ*., 2002, 3, I, p. 396; S. Mazzamuto, *Diritto civile europeo e diritti nazionali: costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. impr*., 2005, 2, p. 531; R. Natoli, *Regole di validità e regole di responsabilità tra diritto civile e nuovo diritto dei mercati finanziari*, in *Banca borsa*, 2012, II, 2, p. 177; G. Grisi, *Informazioni (obblighi di)* (voce), in *Enc. dir.*, *Ann.* IV, Milano, 2011, p. 605 -609.

[52] Mentre sul piano formale, l'assimilazione dei generali doveri ex art. 21 t.u.f. a quello codici stico di buona fede apparre corretta (trattandosi, in entrambi i casi, di regole di condotta), sul piano contenutistico l'identificazione dei primi con la seconda appare invero corretta. Quest'ultima, infatti, impone ad entrambe le parti del rapporto contrattuale (elemento, questo, a sua volta presente sin nella Relazione ministeriale di accompagnamento al Codice Civile, alla stregua della quale il principio di buona fede "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore") l'adozione di tutti quei comportamenti che, a prescindere sia dagli specifici obblighi contrattuali sia dal dovere del "*neminem laedere*" e senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte (si veda, ad esempio, Corte Cass. 10.11.2010, n° 22819 (in *Resp. civ*., 2011, 11, con nota di C. Fin, *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista* p. 752). La correttezza di cui all'art. 21 T.U. domanda al solo intermediario (senza quindi un riferimento alla reciprocità) l'adempimento degli obblighi necessari al soddisfacimento dell'interesse del cliente (senza quindi il limite dell'apprezzabile sacrificio).

[53] Lo rileva P. Fiorio, *Non adeguatezza delle operazioni di investimento*, *cit*., p. 177.

poter offrire una interpretazione del termine che sia in armonia con i principi della materia e, *in primis* tra questi, quello relativo alla trasparenza (ex art. 21, co. I, lett. *a*)) e che impone ai soggetti abilitati di operare in modo che i clienti siano "sempre adeguatamente informati" (art. 21, co. I, lett. *b*)). Così opinando, si potranno ripetere anche qui i risultati interpretativi cui si era giunti in commento alla precedente disciplina e, ad esempio, prevedere che la comunicazione non si limitasse a dire se la valutazione è stata negativa o non è stata possibile per carenza\insufficienza di informazioni, ma indicasse anche la eventuale ragione di non appropriatezza[54].

In conclusione, a integrazione della disciplina regolamentare (artt. 41-42, Reg. Consob 16190/2007) che impone la raccolta dei dati sulla competenza del cliente, la valutazione del servizio offerto nonché la relativa informazione sull'esito del test di appropriatezza, in capo all'intermediario sussiste l'obbligo (ex art. 21 t.u.f.), in caso di valutazione negativa, di attendere la reiterazione dell'ordine da parte del cliente e di fornirgli le ragioni del giudizio di non appropriatezza.

8. Il rimedio: la violazione della regola come ipotesi di responsabilità contrattuale.

Individuato l'ambito applicativo e così ricostruito il contenuto della regola, occorre ora verificare quali siano le conseguenze civilistiche in ipotesi di violazione della disposizione in parola. Il legislatore europeo nulla dispone sul punto e, chiamata nella decisione *Bankinter* a pronunciarsi sulla analoga questione della definizione dei rimedi contrattuali della *suitability rule*, la Corte di Giustizia ha affermato che è rimesso all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro il compito di "disciplinare le conseguenze contrattuali della violazione di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività"[55].

Orbene, sul piano interno il discorso rimediale è chiaro. A differenza di quanto si registra per la regola di adeguatezza (dove la discontinuità con l'esperienza precedente rende impossibile riproporre il rimedio risarcitorio individuato dalle Sezioni Unite nella celebre sentenza n. 26724 del 2007)[56], l'attuale regola di appropriatezza costituisce senza dubbio alcuno un obbligo contrattuale *ex lege* di comportamento e, come tale, il suo *status* rimediale prevede per il caso di violazione la determinazione di conseguenze risarcitorie e\o risolutorie, ma mai invalidanti[57]. Colmando il gap con la dottrina più avvertita, la quale già da tempo e per il tramite dell'istituto codicistico dell'integrazione del contratto (art. 1374 c.c.)[58], della distinzione sistemica tra regola di comportamento e regola di validità[59] e alla indipendenza del relativo giudizio[60],

[54] *Contra*, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, *cit*., p. 398, per il quale, atteso che "[q]uando venga utilizzato un formato standardizzato non c'è per definizione alcuna indicazione delle specifiche ragioni per cui l'intermediario reputi non appropriato lo strumento finanziario", la regola "che consente l'uso di moduli standardizzati implica che in linea generale il cliente o potenziale cliente non ha il diritto di conoscere le ragioni che stanno alla base della valutazioni operata dal soggetto abilitato".

[55] Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 30 maggio 2013, c-604/11, *Genil 48 SL, Comercial Hostelera de Grandes Vinos SL*, *v. Bankinter SA*, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, §57, in www.curia.europa.eu. Per un commento della sentenza si vedano S. GRUNDMANN, *The Bankinter Case on MiFID Regulation and Contract Law*, in *ERCL*, 2013, 3, p. 267 e A. TENENBAUM, *Les contrats financiers complexes et les obligations d'information : partition d'un dialogue subtil entre la CJUE et les juges nationaux*, in *Revue des contrats*, 2014, p.123.

[56] Per una esposizione di tale tesi sia consentito il rinvio a D. IMBRUGLIA, *Pirmi appunti sull'*interest rate swap *non adeguato*, in *Persona e Mercato*, 2015, 2, p. 23 e *Regola di adeguatezza e validità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 2, p. 335, con l'avvertenza che l'indirizzo assolutamente maggioritario in dottrina (*ex multis*, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, *cit*., p. 498) e in giurisprudenza (da ultimo, C. App. Milano, 26 maggio 2016 n°2069 in www.ilcaso.it) milita in senso contrario e propugna la piena continuità del rimedio previsto dalle Sezioni Unite per la violazione dell'obbligo informativo di cui all'art. 29 reg. Consob 11522/1998 anche rispetto alla nuova e diversa disciplina dell'adeguatezza.

[57] Corte Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (in *Foro It.*, 2008, I, c. 784 con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*).

[58] Sulla capacità della "fonte legale" di contribuire al regolamento partecipando "alla concreta determinazione del definitivo assetto di quegli interessi" si veda, per tutti, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazioni del contratto*, Milano, 1969, p. 89.

[59] Sulla distinzione si vedano, tra i tanti, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981[IX] (*rist*.), p. 171; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 9; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ*., 2002, I, 1, p. 43. Non manca, come noto, l'opinione contraria: da ultimo, milita in senso critico rispetto alla non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

[60] In tal senso, si vedano i lavori di A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto: le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 26; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 113; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario,* Milano, 2009, p. 275; E. MINERVINI, *Errore nella convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 4, p. 943; M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1955, p. 135; R. SACCO - [G. DE NOVA], *Il*

aveva posto le basi per la categorie di norme di comportamento imperative che, anche in presenza di un contratto valido, determinano la responsabilità contrattuale della parte negligente[61], la giurisprudenza della Cassazione ha affermato che la violazione degli obblighi di comportamento posti a carico dell'intermediario "tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto"[62].

Dunque, l'eventuale violazione della regola di appropriatezza costituisce ipotesi di responsabilità precontrattuale (avente natura contrattuale)[63] e obbliga l'intermediario negligente quale parte contrattuale inadempiente al risarcimento del danno patito dal cliente.

La ricca giurisprudenza intervenuta in punto di violazioni dell'intermediario finanziario ha sempre ritenuto risarcibile il solo danno patrimoniale da inadempimento ed è stata ferma nell'escludere il risarcimento del danno non patrimoniale[64].

In particolare, seguendo la nota impostazione delle sentenze c.d. di San Martino delle Sezioni Unite[65] (le quali, una volta riconosciuto che la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale ricorre "oltre che nei casi determinati dalla legge, solo nel caso di lesione di specifici diritti inviolabili della persona, e cioè in presenza di una ingiustizia costituzionalmente qualificata"[66], hanno affermato che "[s]e l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale"[67]), la giurisprudenza di merito ha negato la risarcibilità del danno non patrimoniale, rilevando come il comportamento illecito dell'intermediario non integrasse la necessaria (almeno a leggere le Sezioni Unite) "lesione di un valore generale di rilievo costituzionale"[68]. Sul punto, anche la migliore dottrina specialistica ha mostrato di fare proprie le considerazioni della Cassazione, affermando che l'inadempimento dell'intermediario non conduce al risarcimento del danno non patrimoniale, atteso come non sia "giustificato dedurre [il valore costituzionale dell'interesse violati dall'inadempimento] dal principio della tutela del risparmio, di cui all'art. 47 Cost., che muove su di un piano diverso"[69].

Peraltro, nel risarcire il danno patrimoniale da inadempimento la giurisprudenza liquida solo il c.d. danno emergente (rappresentato dalla differenza tra la somma investita e quanto percepito in costanza dell'operazione) e non anche quello c.d. di lucro

---

contratto, in *Trattato dir. civ. Sacco,* II, Torino, 2004[III], p. 249; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amm.* TAR, 2004, 9, p. 2765.

[61] Sul punto, oltre ai lavori citati alla nota precedente, resta fondamentale il contributo di L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360. In generale sull'impiego in funzione correttiva del rapporto del risarcimento del danno da contratto valido, si vedano G. VETTORI, *Regole di validità e regole di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104; M. MANTOVANI, «*Vizi incompleti*» *del contratto*, *cit*., p. 292; L. MENGONI, *Autonomia privata*, *cit*., p. 19.

[62] Corte Cass. 26724/2007, *cit*., §1.6.

[63] Sebbene, con la sentenza 26724/2007 le Sezioni Unite non si fossero espresse sul punto, nella giurisprudenza successiva la natura contrattuale della responsabilità dell'intermediario è sostanzialmente pacifica: da ultimo, in tal senso, si veda Corte Cass., 23 maggio 2016 n.10640, a cui *adde*, in termini più generali sulla natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, Corte Cass. 12 luglio 2016, n. 14188 (in *Foro it*., 2016, I, 2695 con nota di A. PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qualificato e «culpa in contrahendo»: verso la tesi contrattualistica*). Di un notevole interesse sul tema della responsabilità precontrattuale è anche una recente sentenza della Corte di giustizia che si è discostata dalla precedente e consolidata giurisprudenza per cui un'azione di risarcimento per interruzione di relazioni commerciali stabili non inserite in un contratto quadro avesse natura extracontrattuale (sent. 17 settembre 2002, *Tacconi*, C-344/00, §27: "dalla mancanza di impegni liberamente assunti da una parte nei confronti di un'altra in sede di trattative dirette alla formazione di un contratto e dall'eventuale violazione di norme giuridiche, in particolare di quella che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nell'ambito di tali trattative, l'azione con cui si fa valere la responsabilità precontrattuale del convenuto rientra nella materia dei delitti o quasi delitti"). Nella sentenza *Granarolo*, infatti, si è affermato che "l'articolo 5, punto 3, del regolamento Bruxelles I deve essere interpretato nel senso che un'azione di risarcimento fondata su una brusca interruzione di relazioni commerciali stabilite da tempo, come quella oggetto del procedimento principale, non rientra nella materia degli illeciti civili dolosi o colposi ai sensi di tale regolamento qualora tra le parti esistesse una relazione contrattuale tacita, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare. La dimostrazione volta a provare la sussistenza di una tale relazione contrattuale tacita deve basarsi su un insieme di elementi concordanti, tra i quali figurano, in particolare, l'esistenza di relazioni commerciali stabilite da tempo, la buona fede tra le parti, la regolarità delle transazioni e la loro evoluzione nel tempo espressa in quantità e in valore, gli eventuali accordi sui prezzi fatturati e/o sugli sconti accordati, nonché la corrispondenza intercorsa" (Corte di giustizia, 14 luglio 2016, sent. *Granarolo SpA v. Ambrosi Emmi France SA*, C-196/15, §28).

[64] Trib. Rimini, 06 giugno 2007, in *Danno e resp*., 2008, p. 80.

[65] Corte Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-26975, in *Foro it*., 2009, I, c. 120 con note di G. PONZANELLI, *Sezioni unite: il «nuovo statuto» del danno non patrimoniale* e di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*.

[66] Corte Cass., n. 26972/2008, *cit*., §3.3.

[67] Corte Cass., n. 26972/2008, *cit*., §4.1.

[68] Trib. Rimini, 06 giugno 2007, *cit*.

[69] M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, *cit*., p. 531.

cessante (attesa l'impossibilità di determinare la differenza positiva tra l'operazione svolta e gli investimenti alternativi)[70].

9. L'effettività del risarcimento: il danno non patrimoniale.

A ben vedere la limitazione del danno da risarcire a titolo di rimedio per la violazione della regola di appropriatezza da parte dell'intermediario negligente andrebbe ripensata, almeno con riferimento al danno non patrimoniale. Ciò, invero, appare doveroso considerando come nel tempo presente, dove "il mercato, e il contratto con esso, tende a divenire strumento di regolazione di pressoché tutti gli aspetti della vita sociale, anzi della vita stessa, le conseguenze non patrimoniali dell'inadempimento si moltiplicano e diventano la normalità nell'economia del contratto" di modo che sia "necessario che la tutela risarcitoria – anche a fronte di pregiudizi di carattere non patrimoniale – sia giocata tendenzialmente *dentro* la logica del contratto e non secondo una logica altra"[71]. La circostanza per cui sempre più spesso interessi non patrimoniali giuridicamente rilevanti siano coinvolti nello schema dei contratti che rientrano nell'ambito di applicazione della regola di appropriatezza lascia dunque perplessi rispetto al ritenere che il risarcimento del solo danno emergente sia il "tutto quello e proprio quello" che il cliente ha diritto di conseguire in base al quadro normativo. Al contrario, appare possibile mediante un corretto uso del principio di effettività della tutela della posizione rilevante fondare delle soluzioni risarcitorie che siano più in linea con gli interessi del cliente tradito[72].

D'altronde, più ancora che con riferimento a quell'indirizzo che riconosce una protezione risarcitoria, oltre che al danno biologico, alla sofferenza e alla qualità della vita, alterate dall'evento dannoso[73] e a quelle letture che, dando rilevanza costituzionale agli interessi sottesi alle varie operazioni, giungono ad individuare nei diversi inadempimenti dell'intermediario delle risarcibili lesioni di danni non patrimoniali[74], tra la giurisprudenza di merito è dato riscontrare un indirizzo che, conformemente all'insegnamento di autorevole dottrina, contesta la circoscrizione del danno non patrimoniale da risarcire operata dalle Sezioni Unite[75] e afferma la risarcibilità del danno non patrimoniale "conseguente alla lesione dell'interesse concreto dedotto nella causa del contratto e direttamente inciso dall'evento-inadempimento", ritenendo che "ove il contratto, per la sua funzione economico-indivudale, sia obiettivamente diretto a perseguire in via esclusiva

[70] In proposito si vedano le osservazioni critiche di G. La Rocca, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 1, p. 129-131.

[71] M.R. Marella, *Struttura dell'obbligazone e analisi rimediale nei danni non patrimoniale da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 2013, 1, p. 36-37.

[72] In dottrina militano a favore di una riconduzione dell'effettività della tutela giurisdizionale nel significato implicito dell'art. 24 Cost., i contributi di L. P. Comoglio, *sub Art. 24*, in *Comm. Cost. Branca*, *Rapporti civili (art. 24-26)*, Bologna-Roma, 1981, p. 10; Id., *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1076; A. Di Majo, *Tutela (dir. priv.) (voce)*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 372; A. Proto Pisani, *I diritti e le tutele*, Napoli, 2008, p. 41; G. Vettori, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 787; in senso contrario, si veda la posizione di C. Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 195, nt. 245. Come esempi di decisioni che attuano siffatto principio, il cui significato interno è dunque quello di "tacciare di incostituzionalità tutte le eventuali restrizioni della tutela che non trovino "giustificazione nel limite dell'impossibilità naturale o dalla necessità di un bilanciamento di valori" (I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, p. 294), si veda la pronuncia della Cassazione 18 settembre 2013 n° 21255 in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121 (dove in conformità al principio dell'effettività si è negata l'interpretazione che negava l'esperibilità dell'art. 2043 c.c. nei casi in cui non fosse stato impugnata la sentenza passata in giudicato fonte di danno ingiusto) e quella della Consulta del 22 ottobre 2014 n° 238 (con cui la Corte Costituzionale ha espunto dal nostro ordinamento la norma di diritto internazionale generale che negava la giurisdizione dello Stato straniero rispetto alle azioni di risarcimento del danno da crimine contro l'umanità). In argomento, volendo, anche D. Imbruglia, *L'effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e Mercato*, 2016, 2, p. 62.

[73] Corte Cass. 12 settembre 2011, n. 18641 (in *Danno e resp.*, 2012, 13, con nota di G. Ponzanelli, *La Cassazione e il danno morale: un contributo per una lettura*); 20 novembre 2012, n. 20292 (in *Danno e resp.*, 2013, 129, con nota di G. Ponzanelli, *Non è tanto il danno esistenziale, ma il «quantum» il vero problema del danno non patrimoniale*); 3 ottobre 2013, n. 22585 (in *Danno e resp.*, 2014, 55, con nota di P.G. Monateri, *L'ontologia dei danni non patrimoniali*) e, da ultimo, 20 aprile 2016, n. 7766 (in *Foro it.*, 2016, I, 2062, con nota di G. Ponzanelli *Dolore e vita che cambia: un nuovo attacco alle tabelle milanesi sul danno non patrimoniale*).

[74] Trib. Brindisi, 02 aprile 2011 (in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, 1149, con nota di G. Ponzanelli e R. Breda, *Danno non patrimoniale per ritardo nella cancellazione dell'ipoteca*).

[75] La critica all'applicazione dell'art. 2059 c.c. in seno alla responsabilità contrattuale del danno non patrimoniale da inadempimento è diffusa (L. Nivarra, *La contrattualizzazione del danno non patrimoniale: un'incompiuta*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 2, p. 476; A. Procida Mirabelli di Lauro, *Chiaroscuri d'autunno. Il danno non patrimoniale delle sezioni unite*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale, Guida commentata alle decisioni delle S.U., 11 novembre 2008, nn.26972/3/4/5*, Milano, 2009, p. 355; V. Tomarchio, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009, p. 115) nonché risalente (G. Bonilini, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, p. 230).

e immediata un interesse non patrimoniale di una delle parti, l'inadempimento della controparte che determini in modo definitivo la compromissione della possibilità di realizzare tale interesse produce, di per sé, un pregiudizio di carattere non patrimoniale meritevole di risarcimento ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c."[76].

L'insieme di questi orientamenti potrebbe aprire al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente all'inadempimento da parte dell'intermediario della regola di appropriatezza (artt. 41 e 42 del Reg. Consob 16190/2007) nelle ipotesi in cui sia offerta la prova che il contratto di risparmio amministrato svolto in modalità non *execution-only* persegua in via immediata un interesse non patrimoniale dell'investitore.

[76] Trib. Matera, 23 settembre 2015 (in *Danno e resp.*, 2016, p. 310, con nota di M. MANFRON, *Il danno da vacanza rovinata e il danno non patrimoniale da inadempimento*). In dottrina, tale posizione è autorevolmente sostenuta, in particolare, da S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 441: "il danno non patrimoniale prodotto dall'inadempimento è risarcibile alla stregua delle norme sulla responsabilità contrattuale ogni qualvolta gli interessi non patrimoniali assumano rilievo all'interno del piano delle obbligazioni contrattuali o perché la singola obbligazione è specificamente preordinata al loro soddisfacimento o perché tali interessi rientrano, comunque, nell'area di protezione offerta dal contratto, magari ricorrendo alla presupposizione o alla causa, intesa come funzione economica individuale". Su di un piano comparatistico, è interessante osservare la esperienza inglese. Nel diritto inglese la posizione tradizionale è nel senso di escludere il risarcimento del "*disappointment of mind occasioned by the breach of contract*" (*Hamlin v. Great Northern Railway Co*. [1856] 1 H.N. 408 e *Livingstone v Rawyards Coal Co* (1880) 5 AppCas 39): come si è affermato di recente, "*a contract breaker is not in general liable for any distress, frustration, anxiety, displeasure, vexation, tension or aggravation which his breach of contract may cause to the innocent party*" (*Watts v. Morrow* [1991] 1 WLR, 1445). Proprio in tale ultima sentenza, recependo tendenze risalenti nella giurisprudenza degli anni '70 del secolo scorso, si è altresì affermato che questa regola generale conosce delle eccezioni: il risarcimento del "*the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach*" è ammesso sia nel caso di "*real physical inconvenience*" sia nelle ipotesi in cui "*the very object of the contract is to provide pleasure*" (*Watts v. Morrow*, 1445) (tra le pronunce che rientrano nella prima deroga, si vedano la sentenza che risarcisce il pregiudizio fisico successivo all'inadempimento del vettore (*Hobbs v. South Western Railway Co.* [1875] L.R. 10 Q.B. 11), quello causato da indumenti difettosi (*Grant v. Australian Knitting Mills Ltd* [1936] A.C. 85) o da una colpevole assistenza legale (*Bailey v. Bullok* [1950] 2 All ER 1167). Tale seconda deroga presenta tratti di sicuro interesse, giacché pone una relazione tra lo scopo perseguito dalle parti con la stipula del contratto ("*the very object of the contract*") e i confini risarcitori. Il *leading-case* (*Jarvis v. Swan Tours Ltd.* [1973], Q.B. 233) concerne una classica ipotesi di vacanza rovinata: rispetto alla richiesta di risarcimento avanzata da un soggetto che aveva acquistato una vacanza rivelatasi meno ricca di quanto balenato dall'agenzia, si è affermato che, considerato come un "*contract for a holiday*" sia un "*contract to provide entertainment and enjoyment*", "*the right measure of damages*" sia quella idonea a"*to compensate him for the loss of entertainment and enjoyment which he was promised, and which he did not get*". Successivamente a questa sentenza, il risarcimento del "*the disappointment, the distress, the upset and frustration caused by the breach*" è stato riconosciuto con riferimento a inadempimenti contrattuali che hanno determinato un pregiudizio, ad esempio, rispetto al pieno godimento della propria abitazione (*Watts v. Morrow,* 1421; *Ruxley Electronicas and Construction v. Forsyth* [1996] AC 344; *Farley v. Skinner* [2001] 3 WLR 889).

Attualità

LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE (CASS. N. 14188/2016).

Di Guido d'Ippolito

***SOMMARIO:** 1. Il caso - 2. Il percorso logico-argomentativo compiuto da Cass. n. 14188/2016 - 3. Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione - 4. Il contatto sociale quale fonte di obbligazioni - 5. I precedenti richiamati da Cass. n. 14188/2016 - 6. La natura della responsabilità del rapporto precontrattuale.*

ABSTRACT. La recente pronuncia in commento rappresenta il primo tentativo della Corte di Cassazione di giungere ad una completa ricostruzione della natura della responsabilità precontrattuale, in chiave contrattualistica. Per approdare a tale risultato, la Suprema Corte delinea, attraverso un ampio apparato motivazionale, la responsabilità precontrattuale come ipotesi, normativamente prevista, di c.d. responsabilità da contatto sociale.
The recent judgment analyzed represents the first attempt of the Supreme Court to come to a complete reconstruction of the nature of pre-contractual liability in a contractual perspective. To reach that conclusion, the Supreme Court reconstructs, through a broad motivational system, pre-contractual liability as a hypothesis, set by regulations, of liability from social contact.

1. Il caso

La decisione in commento si segnala all'attenzione dei lettori, per le riflessioni svolte in merito all'affermazione della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale. Nella pronuncia, per la prima volta[1], la Suprema Corte tenta di fornire una ricostruzione completa e alternativa, rispetto al proprio storico e granitico orientamento.

Dalla scarna enunciazione del fatto è possibile desumere che, in seguito alla mancata approvazione, ai sensi e per gli effetti della previsione dell'art. 19 del r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, di un contratto di appalto, una società conveniva in giudizio il Ministero della Difesa, il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, nonché la Scuola Allievi Carabinieri di Roma, in qualità di parti del contratto non approvato, al fine di ottenere la condanna dei convenuti al risarcimento dei danni asseritamente subiti.

Il Tribunale adito rigettava la domanda della società attrice, ritenendo il credito prescritto in base al disposto dell'art. 2947 c.c. Parimenti, rigettava l'appello la Corte territoriale competente, sulla base del presupposto che correttamente il giudice di prime cure avesse qualificato come ipotesi di responsabilità precontrattuale quella sottoposta al suo giudizio ed alla quale, dunque, altrettanto correttamente avesse applicato il termine di prescrizione quinquennale previsto all'art. 2947 c.c., stante la natura aquiliana della stessa

Avverso tale decisione la società appaltatrice proponeva ricorso per Cassazione basato, principalmente, sulla asserita natura contrattuale del rapporto precontrattuale; il contatto sociale intercorso tra il privato e la pubblica amministrazione sarebbe stato, infatti, idoneo a fondare un rapporto obbligatorio al quale, quindi, si sarebbe dovuto applicare il termine di prescrizione decennale di cui all'art. 2946 c.c.

Il Supremo Collegio accoglie la domanda spiegata, constatando come la responsabilità precontrattuale non possa più qualificarsi come aquiliana ma, più correttamente, debba essere inquadrata nel novero della responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato," inteso come fatto idoneo, ai sensi dell'art. 1173 c.c., a produrre obbligazioni a carico delle parti, con conseguente applicabilità del termine decennale di prescrizione *ex* art. 2946 c.c.

2. Il percorso logico-argomentativo compiuto da Cass. n. 14188/2016.

La decisione in commento presenta il pregio di aver aspirato, nel tentativo di addivenire ad una corretta qualificazione della natura del rapporto precontrattuale, ad una ricostruzione sistematica delle obbligazioni derivanti da contatto sociale qualificato, muovendo altresì, da considerazioni di ordine storico[2].

L'affermazione della natura contrattuale della responsabilità in oggetto che costituisce, allo stesso tempo, punto di partenza e di arrivo del ragionamento svolto dalla Corte, non è circoscritta ai rapporti intercorrenti con la pubblica amministrazione ma si propone come ricostruzione, in chiave generale, della responsabilità precontrattuale. Ed è proprio alla luce di tale considerazione, che verranno svolte le successive riflessioni. Dopo alcune notazione di ordine storico, dando per acclarata la ricostruzione in chiave strutturalmente complessa del rapporto obbligatorio[3], la Suprema Corte compie una

(1) Non si tratta, tuttavia, cronologicamente, della prima occasione nella quale la Corte di Cassazione abbia ricostruito la natura della responsabilità precontrattuale in chiave contrattuale; sul punto si veda, *infra*, il par. 5.

(2) Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4 ss.; le considerazioni di ordine storico sono limitate tuttavia, sorprendentemente, alla ricostruzione della teoria del c.d. contatto sociale e non delle vicende che hanno riguardato lo sviluppo delle teorie legate alla natura della responsabilità precontrattuale. Per una sintetica ricostruzione storica sul tema della responsabilità precontrattuale sin dall'epoca romanistica, cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 1 ss. Si veda, anche, la ricostruzione di CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale,* in Castronovo - Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano 2007, 325 ss, il quale, *ivi*, rileva come la responsabilità precontrattuale segni l'inizio del diritto privato moderno, nonché ID., Vaga culpa in contrahendo: *invalidità, responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, in *Europa e diritto privato*, 2010, I, 7 ss.

(3) Come noto, con il termine di rapporto obbligatorio complesso si designa l'idoneità strutturale dell'obbligazione ad accogliere al proprio interno non solo l'obbligo principale di prestazione ma anche obblighi ulteriori, come gli obblighi di protezione, che accedono al rapporto obbligatorio, in virtù delle clausole generali di buona fede e correttezza. In merito alla configurabilità degli obblighi di protezione quali obblighi autonomi rispetto all'obbligo principale di prestazione si vedano, con respiro di sintesi, MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi», (Studio critico)*, in *Rivista di Diritto commerciale*, 1954, 185; ID., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, II, 1956, 361 ss.; ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, 3, 508 ss.; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni*, Milano, 1953, 99 ss.; STOLFI, *Il principio di buona fede*, in *Trattato di diritto civile*, 1964, 163; CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, I-II, 123 ss.; ID., *Obblighi di protezione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, XXI; DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (art. 1173 – 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, 1988; ID., *La*

sintetica rassegna dei diversi ambiti nei quali ha trovato applicazione la teoria del contatto sociale giungendo, poi, ad affermare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, quale naturale corollario dell'accoglimento che il contatto sociale avrebbe avuto all'interno della giurisprudenza e della dottrina italiana. Il percorso logico-argomentativo compiuto dalla Corte può essere così sintetizzato.

L'affermazione in base alla quale la teoria del c.d. contatto sociale qualificato sarebbe «*significativamente, e pressoché uniformemente*»[4] accettata, consentirebbe di qualificare la natura della responsabilità precontrattuale come contrattuale: acclarata, infatti, l'idoneità del contatto sociale qualificato a costituire, ai sensi e per gli effetti della previsione di cui all'art. 1173 c.c., un rapporto di tipo obbligatorio «*anche in assenza di un vincolo formale delle parti*»[5] non resterebbe che ritenere che il contatto tra le parti volto alla conclusione del contratto, quale ipotesi di contatto sociale normativamente prevista, sia fonte di un rapporto obbligatorio.

A supporto di tale affermazione, vengono ripercorse alcune tappe "applicative" della teoria del contatto sociale[6], quale categoria avallata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[7], così come impiegata, unitamente alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Alla luce di tale *excursus* giurisprudenziale che disegnerebbe, nella riflessione condotta dal Supremo Collegio, un indirizzo univoco e condiviso della giurisprudenza di legittimità, sarebbe possibile affermare, tenuto anche conto degli insegnamenti della Corte di Giustizia[8], che il contatto sociale, ingeneratosi fra i soggetti che entrano in trattative per stipulare un contratto, possa essere considerato "qualificato" perché «*connotato da uno scopo che* […] *le parti intendono proseguire*» e che, pertanto, la responsabilità precontrattuale, come responsabilità derivante dalla violazione di obblighi di buona fede, debba essere ascritta alla responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato" «*inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 cod. civ.*»[9]. Ad ulteriore conferma della ricostruzione

protezione del terzo tra contratto e torto, in *Europa e diritto privato*, 2000, 1 ss.; ID., *L'obbligazione "protettiva"*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2015, 1 ss.; LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; BENATTI, *Osservazioni in tema di "Doveri di protezione",* in *Rivista trimestrale procedura civile*, 1960, 1342; ROVELLI, *Correttezza*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. Civile*, IV, Torino, 1989, 426.
Contra, BIANCA, in *Diritto civile, IV*, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 1 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 61 il quale alla nota 89 riporta, ma ritenendolo implicitamente superato, il pensiero di GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, *in Riv. it., scienze giur*., 1937, 299, il quale «*ha decisamente respinto* […] *ogni tentativo di configurare il rapporto obbligatorio come rapporto complesso*». Più di recente, tra i sostenitori della concezione unitaria dell'obbligazione, si segnala SICCHIERO, *Appunti sul fondamento costituzionale del principio di buona fede*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, 2129 ss., il quale alla pagina 2134 richiamando il pensiero di BIGLIAZZI-GERI (*Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto Civ*., II, Torino, 1988, 170) scrive «*non, dunque, un'obbligazione principale ed una, accessoria, di protezione o di sicurezza, ma un'unica obbligazione con unicità di contenuto e di oggetto*». COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti,* Roma, 1948, 3 afferma che «*in senso tecnico, invece, obbligazione, come la corrispondente* obligatio *della terminologia romana, esprime un vincolo giuridico (avente un contenuto patrimoniale) e per il quale una persona (il debitore) è tenuta ad una determinata prestazione verso l'altra (creditore)*»; alla pagina successiva, l'Autore aggiunge «*nel suo nucleo essenziale, l'obbligazione moderna coincide con quella romana*». BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni, I, La struttura*, Milano, 1948, 9, in un quadro di unità concettuale dell'obbligazione, ricorda che «*secondo il concetto tradizionale* […] *l'obbligazione è un vincolo o rapporto giuridico mercè il quale il soggetto attivo (creditore) si assicura dal soggetto passivo (debitore) – nel proprio interesse o «anche» nel proprio interesse – l'adempimento di una determinata prestazione*» e chiarisce, alla pagina 25, che «*il contenuto del rapporto obbligatorio o contenuto dell'obbligazione è dato dal diritto alla prestazione (pel creditore) e dall'obbligo d'adempierla (pel debitore)*»; si vedano, inoltre, MAJELLO, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 58 ss. e NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, in *Trattato Cicu-Messineo*, IV, Milano, 1984. 17 ss.
In giurisprudenza, la categoria degli obblighi di protezione è stata recepita, seppur con riferimento al contratto con effetti protettivi nei confronti dei terzi, a far data da Cass. civ., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, 690. A tal riguardo si vedano, per tutti, le considerazioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 122, alla nota 40.

(4) Così Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4.

(5) Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4.

(6) In particolare, avuto riguardo alla responsabilità del medico operante all'interno della struttura sanitaria, alla responsabilità dell'insegnante per i danni che l'allievo provochi a sé stesso, alla responsabilità della banca negoziatrice per l'incasso di un assegno bancario, pur munito di clausola di non trasferibilità, a soggetto diverso dal titolare, nonché, da ultimo, alla responsabilità della pubblica amministrazione in caso di violazione di obblighi procedimentali.

(7) Si veda sul punto Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 8.

(8) Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188 che alla pagina 13 richiama C. Giust., 17/6/1992, C- 261/91, Handte. In merito alla responsabilità precontrattuale in ambito europeo ed alla luce delle pronunce della Corte di Giustizia si vedano, per quanto qui di interesse, CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1241 ss., ID., Vaga culpa in contrahendo: *invalidità, responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, cit., 42 ss., SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Responsabilità civile e previdenza,* VI, 2012, n.3.

(9) Così Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 18.

proposta nella motivazione, si richiamano due precedenti di legittimità, nei quali si era già addivenuti a qualificare la responsabilità precontrattuale come responsabilità da contatto sociale[10].

Il ragionamento svolto, dunque, pare direzionato alla dimostrazione dell'inevitabilità della conclusione raggiunta, la quale viene implicitamente resa come il «*coerente e inevitabile sviluppo di posizioni ormai pacificamente recepite dalla giurisprudenza più recente e che pertanto devono essere semplicemente confermate ed adattate alla specificità del caso esaminato*»[11].

Tanto considerato, dunque, appare evidente come sia la tenuta del ragionamento, svolto da Cass. n.14188/2016, a giustificarne la conclusione.

Le considerazioni che seguono avranno lo scopo di verificare, quindi, la correttezza della prospettiva nella quale è stato inserito l'*excursus* giurisprudenziale, la coerenza dei precedenti richiamati, nonché, più in generale, la fondatezza del procedimento logico-giuridico adottato; per far questo ci si dovrà confrontare, seppur non certo con aspirazioni di completezza, con le teorie, più o meno esplicitamente, richiamate nella pronuncia in commento, giacché pare sia proprio da queste che la Suprema Corte tragga il fondamento della propria riflessione.

3. Il rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione.

La teoria del contatto sociale e quella dell'obbligazione senza prestazione, entrambe richiamate da Cass. n. 14188/2016, sono state spesso considerate strettamente connesse, specie dai sostenitori della teoria da ultimo nominata. Avuto riguardo alle vicende della nostra giurisprudenza, l'inizio di tale connessione è da rinvenirsi in Cass. n. 589/1999[12]. Nella pronuncia appena richiamata, la prima, come noto, ad aver impiegato l'espressione contatto sociale, si faceva riferimento[13], altresì, all'obbligazione senza prestazione[14]. La connessione è apparsa così forte, che le sentenze che hanno fatto uso del contatto sociale, sono state annoverate tra quelle che avrebbero accolto la teoria dell'obbligazione senza prestazione[15].

La teoria del contatto sociale[16] e quella dell'obbligazione senza prestazione, tuttavia, non paiono esaurire la rispettiva portata solo alla luce della connessione summenzionata; sarà, pertanto,

(10) Il riferimento è a Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648 e a Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438. È possibile rinvenire la prima pronuncia in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1227 con commento di CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 4, 2012, 1233 ss.; FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, … "contrattuale"?*, in *Contratto e impresa,* 2013, 287 ss., ed ancora la nota di commento di DELLA NEGRA, in *I contratti,* 2012, 238 ss., FASOLI, *Contatto sociale dovere di buona fede e fonti delle obbligazioni: una sentenza (quasi) "tedesca"*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, 2548 ss; ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, in *Rivista di diritto civile*, II, 2015, 344. Si vedano, altresì, le considerazioni di PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, 191 ss, cui *adde* il riferimento di cui alla nota precedente; F. FORTE – M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Il corriere giuridico. Gli speciali*, 2, 2013, spec. 21 ss. Per quanto attiene Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438 con nota di SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Responsabilità civile e previdenza,* VI, 2012, 1949 ss., si veda anche FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, … "contrattuale"?*, cit., 287 ss., nonché ; F. FORTE – M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 21. Per una sintetica analisi delle due pronunzie si rimanda al successivo par. n.5.

(11) Così ADDIS, *Sull'*excursus *giurisprudenziale del «caso Renault»*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 4, 245 ss.

(12) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro italiano*, 1999, I, 3332, con note di DI CIOMMO, *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*, e di LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?;* in *Corriere giuridico*, 1999, 446, con nota di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*; in *Nuova giurisprudenza civile*, 2000, I, 343, con nota di THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza prestazione*; in *Rivista Italiana di medicina legale*, 2001, IV, 831 con nota di FIORI – D'ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal SSN dopo la sentenza della Cassazione civile n.589/1999 detta del «contatto sociale» - Trentadue anni dopo il fatto il medico apprende che la sua responsabilità non era extracontrattuale bensì contrattuale: con le relative conseguenze;* in *Danno e responsabilità*, 1999, 294 con nota di CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*; in *Responsabilità civile*, 1999, 661, con nota di FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il «contatto sociale» conquista la Cassazione.*

(13) In merito al contenuto di Cass. 589/1999 si veda, *infra*, nel presente e nel prossimo paragrafo.

(14) ROSSI, *Contatto sociale (fonte di obbligazione),* in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Agg. V,* Torino, 2010, 352 segnala come sia ormai invalso nell'uso comune, della dottrina e della giurisprudenza, ricondurre lo schema teorico dell'obbligazione senza prestazione sotto l'etichetta della cosiddetta responsabilità da contatto sociale, e come tale termine sia foriero di equivoci e incomprensioni, ma tuttavia espressivo di una sintesi eloquente di problemi complessi.

(15) Si vedano i parr. 3 e 4.

(16) ZACCARIA, Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts *(La resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Rivista di diritto civile*, 1, 2013, 93, a proposito dell'impiego del concetto di contatto sociale rileva come lo stesso sia divenuto «*un elemento di moda, «terribilmente» di moda*».

opportuno valutare se possa darsi perfetta sovrapponibilità tra le due ricostruzioni teoriche o meno. Al di là della genesi delle due teorie[17], le cui vicende esulano dallo scopo del presente scritto, ciò che interessa è verificare, sinteticamente, l'uso che del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione è stato fatto dalla giurisprudenza, al fine di comprenderne i riflessi sul ragionamento posto in essere da Cass. n. 14188/2016.

In una tale prospettiva, pare opportuno delineare, in estrema sintesi, gli aspetti più rilevanti della teoria che postula la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione, che ha avuto quale suo massimo esponente e teorizzatore, in Italia, Carlo Castronovo[18].

Punto di partenza della riflessione condotta[19] è stata la constatazione che possano darsi alcune tipologie di responsabilità[20] che, per le loro peculiarità, si situano in una zona di possibile sovrapposizione tra un rapporto di tipo contrattuale ed uno extracontrattuale, facendo emergere il problema di quale sia il regime di responsabilità più adatto a regolare le vicende considerate[21]. In casi del genere, infatti, la responsabilità extracontrattuale sembrerebbe essere troppo generica e aspecifica ma, d'altro canto, mancherebbe quello che, tradizionalmente, è stato sempre ritenuto l'elemento indefettibile affinché si possa dar luogo a responsabilità contrattuale: l'esistenza di un contratto dal quale derivi in capo alle parti un obbligo di prestazione[22].

Che non possa più parlarsi di coincidenza tra il contenuto della prestazione e quello del rapporto obbligatorio, a cagione di una concezione complessa dell'obbligazione che vede coesistere accanto all'obbligo di prestazione anche obblighi ulteriori di protezione, che «*fanno corona alla prestazione*»[23],è questione che, ormai, appare essere

(17) Si vedano a tal riguardo, a titolo esemplificativo, CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 238 ss.; FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004, 5 ss; GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, Napoli, 2007, 49 ss.; SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, Milano, 2012, 9 e 33. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e Diritto privato,* III, 2009, 705, a proposito della terminologia, chiarisce come in dottrina sia stato precisato che il c.d. contatto sociale sia un fraintendimento linguistico, poiché il fondamento della responsabilità debba essere individuato negli obblighi generati dalla buona fede come conseguenza dell'affidamento innescato dal contatto sociale con il professionista.

(18) Sue le opere fondamentali sul tema, alle quali si rinvia per i profili non trattati; si segnalano, in modo non esaustivo, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 443 ss., ma già ID., *L'obbligazione senza prestazione,* cit., 147 ss. e ID, *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e titoli di credito,* 1993, 319 ss.; ed ancora ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e diritto privato*, I, 2004, 69 ss.; ID., *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e diritto privato*, I, 2003, 123-169 ss.; ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Europa e Diritto privato*, I, 2011, 54 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione,*cit,, 679 ss e, da ultimo. ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 128 ss. È lo stesso CASTRONOVO a chiarire in *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, cit., 135 alla nota 47 e in ID., *La nuova responsabilità civile,* cit., 468, come la terminologia «*rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*» debba essere ricondotta a LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts[14], I, München, 1987, 104 ss., 122 ss.

(19) Il riferimento, per questa e le successive considerazioni, è sempre al pensiero di CASTRONOVO; si veda, a tal riguardo, la nota precedente. Si tenterà, seppur nei limiti evidenziati, di ripercorrere i diversi passaggi della riflessione compiuta dall'Autore, così come articolati nelle prime opere che hanno avuto ad oggetto l'obbligazione senza prestazione.

(20) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* cit., 445 osservava come tra tali ipotesi possano essere enucleate le informazioni erronee o non veritiere date da un professionista (ad es., una banca a riguardo di un cliente o una guida turistica riguardo a un ristorante dato per chiuso e invece di nuovo in esercizio al momento della riedizione dell'opera); la c.d. *Prospekthaftung*, che costituisce una specie della precedente; la responsabilità degli intermediari finanziari secondo la configurazione datane dalla disciplina legislativa; la responsabilità del prestatore di servizi disegnata in una recente proposta di direttiva CEE [Proposta di direttiva del Consiglio sulla responsabilità sul prestatore di servizi, 9 novembre 1990, G.U.C.E. 18 gennaio 1991, n. C12/8] il danno cagionato dal medico a un paziente nell'adempimento di una prestazione di lavoro all'interno di una struttura sanitaria; il danno che un alunno si procuri da sé o cagioni ad altri durante le attività scolastiche e del quale si chieda il risarcimento al precettore dipendente dall'istituto con il quale è in vigore il rapporto di istruzione ed educazione dell'alunno medesimo; il danno che il professionista, nell'adempiere un'obbligazione, cagioni a soggetti che non gli sono creditori ma nella cui sfera giuridica si riflettono gli effetti negativi della sua prestazione inesatta; per l'analisi di alcune differenti ipotesi si veda CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* cit., 475 ss.

(21) Per l'apparente compresenza di alcuni elementi tipici sia di un regime che dell'altro che impedisce di procedere ad un inquadramento soddisfacente ora null'una ora nell'altra ipotesi di responsabilità; CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 443 (per questa e le successive considerazioni si impiegherà tale opera dell'Autore) parla di «*area di turbolenza ai confini tra responsabilità aquiliana e responsabilità contrattuale*». Alla pagina successiva, l'Autore rileva come una tale zona di confine non sia certamente di esclusivo appannaggio del danno c.d. meramente patrimoniale. È la stessa Cass. 14188/2016 a richiamare il pensiero di CASTRONOVO al n. 8 della propria decisione.

(22) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 446. Questa è stata, peraltro, una delle argomentazioni maggiormente impiegati da coloro i quali riconducono la responsabilità precontrattuale all'alveo della responsabilità aquiliana. Ma sul punto vedi, *infra*, al par. n. 6.

(23) L'espressione è di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 447.

accettata dalla maggioranza della dottrina[24], e dalla giurisprudenza[25].

Da qui l'ulteriore riflessione: se è possibile postulare l'autonomia[26] degli obblighi di protezione, anche se funzionalmente connessi alla prestazione, si potrebbe ipotizzare che, proprio in ragione della loro peculiare autonomia, tali obblighi potrebbero insorgere ed esistere, anche a prescindere dalla contemporanea sussistenza di un obbligo di prestazione[27].

A tale quesito si è ritenuto di poter dare una risposta positiva, basata non solo sull'autonomia strutturale degli obblighi di protezione, ma anche alla luce dell'autonoma fonte di questi, da individuarsi nella legge anche quando fonte dell'obbligo di prestazione sia il contratto[28]. Lo scopo dell'indagine condotta dall'Autore, dunque, è quello di verificare se possano darsi obblighi di protezione scissi *ab origine* da un obbligo di prestazione, la cui violazione comporti l'insorgenza di una responsabilità contrattuale[29].

In una tale prospettiva appare evidente l'assonanza tra la ricostruzione proposta e il rapporto precontrattuale[30] nel quale, pur difettando, nella prospettiva tradizionale, un vero e proprio obbligo di prestazione è possibile, tuttavia, identificare un rapporto obbligatorio, nel quale sorgono obblighi di protezione a tutela delle sfere giuridiche delle parti[31]. Proprio da una tale ipotesi di indipendenza dall'obbligo primario di prestazione, deriverebbe la conferma che gli obblighi di protezione siano dotati di autonomia, sia sotto il profilo strutturale che sotto quello funzionale. Ed una tale constatazione, in linea con il dettato dell'art. 1173 c.c., permetterebbe di postulare la conformità, con il nostro ordinamento, delle obbligazioni senza prestazione[32], delle quali un chiaro esempio potrebbe individuarsi nella norma di cui all'art. 1337 c.c. Da tale approdo prosegue l'indagine condotta dall'Autore, al fine di vagliare l'esistenza di altre ipotesi, suscettibili di essere risolte nella stessa forma giuridica della responsabilità precontrattuale, poiché analogamente presiedute dalla regola di buona fede[33], tenuto conto che quella precontrattuale sarebbe «*solo una specie di responsabilità da violazione dell'affidamento*»[34].

La responsabilità, connessa alle fattispecie considerate originariamente dall'Autore[35], viene ricostruita come ipotesi di violazione di autonomi obblighi di buona fede nati in funzione dell'altrui affidamento, in ragione di un contatto instauratosi tra i soggetti coinvolti, nonché in ragione dello *status* professionale del soggetto da ritenere responsabile nei confronti del danneggiato[36].

La ricostruzione sinteticamente delineata avrebbe avuto un ampio accoglimento da parte della dottrina[37] affermandosi, altresì, all'interno della giurisprudenza che ne avrebbe consacrato non solo l'integrazione nel nostro ordinamento giuridico ma anche, implicitamente, il fondamento propostone dallo stesso Autore[38].

Pur riconoscendo i chiari vantaggi sotto il profilo sistematico, la ricostruzione proposta induce alle seguenti riflessioni.

Una prima considerazione potrebbe essere svolta in merito alla possibilità di impiego, in via analogica, della norma di cui all'art. 1337 c.c. alle ipotesi contemplate, contrassegnate dalla violazione di un affidamento ingenerato nei confronti di un consociato, anche in ragione dello *status* professionale di uno dei soggetti coinvolti. Proprio in virtù dell'analogo affidamento violato nelle ipotesi richiamate, si giustificherebbe l'applicazione in via analogica della norma sulla responsabilità precontrattuale[39]. Ma, avuto riguardo al contenuto della disposizione dell'art. 1337 ed ai presupposti

(24) Si vedano i riferimenti contenuti alla precedente nota n.3.

(25) A tal riguardo, a titolo esemplificativo, si veda proprio quanto riferito in Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 7; si vedano, inoltre, i riferimenti alla precedente nota n.3.

(26) A tal riguardo si veda, per tutti, MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, cit., 369.

(27) Così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 447.

(28) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 447.

(29) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 448. Si vedano anche le riflessioni svolte da NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2014, 45 ss. Un'indagine di tal portata impone un confronto tra i casi concretamente considerati e i due regimi di responsabilità civile: così CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 448. Nelle pagine successive l'Autore, chiarendo diversi equivoci che si annidano in tema di caratteristiche della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, giunge alla conferma che solo due siano le forme di responsabilità e che, pertanto, i casi considerati debbano, necessariamente, esseri ricondotti nell'alveo di una delle due.

(30) Qui l'Autore richiama, condividendone il percorso logico-argomentativo e il punto di approdo, l'opera di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit. Sul punto si veda, *infra*, il par. 6.

(31) Si veda la nota precedente.

(32) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 467.

(33) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 469 e 470.

(34) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 470 ed anche 474; l'affermazione pare fondarsi, fra l'altro, anche sulle considerazioni svolte da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370.

(35) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* cit., 445.

(36) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 475 ss., nonché in merito specificamente al rapporto tra medico e paziente si veda 482 ss.

(37) Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile,* cit., 131, alla nota 100.

(38) CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile,* cit., 131 ss.

(39) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 470 ss.

del procedimento analogico, una tale operazione ermeneutica non pare del tutto persuasiva. Come noto[40], presupposto affinché si possa impiegare il procedimento analogico, è la sussistenza di una lacuna[41] nell'ordinamento che impedisca di applicare, anche in via estensiva, la disciplina già presente[42]. A tal riguardo, potrebbe rilevarsi che, per le ipotesi contemplate, in ogni caso ci si potrebbe sempre avvalere, sussistendone i requisiti, della tutela aquiliana, grazie all'ampiezza della formulazione della disposizione di cui all'art. 2043 c.c.[43]. Né, pare, che pur alla luce della peculiarità delle ipotesi considerate, potrebbe sostenersi che la carenza di una tutela di tipo contrattuale, integri, di per sé, un'ipotesi di lacuna dell'ordinamento. Ma anche ove non si reputasse dirimente la superiore considerazione, pare potersi rilevare quanto segue. Come noto, assunta l'esistenza di una lacuna nell'ordinamento, il criterio in base al quale procedere nell'*analogia legis*, all'individuazione della norma da applicarsi alla fattispecie considerata è da identificarsi nella *eadem ratio*[44] che deve accomunare le due ipotesi. In tale prospettiva, sarà necessario provare ad individuare preliminarmente la *ratio* dell'art. 1337 c.c., al fine di verificarne l'eventuale identità con le ipotesi che si assume debbano essere regolate nella medesima forma giuridica[45]. La disposizione richiamata ha il fine di estendere l'operatività degli obblighi di correttezza e buona fede, anche alla fase delle trattative e di formazione del contratto[46].

Lo scopo di una tale disposizione, dunque, appare quello di tutelare dei soggetti che, seppur non ancora parti di un rapporto contrattuale perfetto, si trovino in una situazione di «*contatto sociale*»[47] che, proprio perché finalisticamente orientata alla conclusione di un contratto, necessita di essere specificamente tutelata, in virtù della «*possibilità (che altrimenti non avrebbe) di ingerenze dannose nella sfera giuridica della controparte*»[48].

L'elemento che, quindi, fonda e giustifica l'estensione degli obblighi di buona fede e correttezza, e che differenzia tale situazione da tutte le altre, è proprio l'esistenza di una relazione che sorge e si intrattiene allo scopo di instaurare trattative e concludere un contratto[49]. Di un rapporto obbligatorio così insorto, l'affidamento obiettivo costituisce un epifenomeno che segna, temporalmente e qualitativamente, il momento dal quale insorge l'obbligo di comportarsi in accordo con le clausole di buona fede e correttezza[50]. Volendo, dunque, identificare quale sia la *ratio* della norma di cui all'art 1337, la stessa dovrebbe essere fatta coincidere con la necessità di tutela che quella specifica situazione di contatto negoziale impone: tutela attuata attraverso l'estensione degli

(40) Sul tema dell'analogia si segnalano, con respiro di sintesi, BOBBIO, *Analogia,* in *Novissimo Digesto Italiano,* Torino, 1957 601 ss.; CARCATERRA, *Analogia (Teoria Generale)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, 1 ss.; ALPA, *L'analogia e la finzione,* in *Trattato di diritto civile (diretto da R. SACCO), II, Le fonti del diritto italiano 2, Le fonti non scritte e l'interpretazione,* Torino, 1999, 297, ss.; GIANFORMAGGIO, *Analogia,* in *Digesto discipline privatistiche, Sez. civ*., I, 320 ss.; BIANCA, *Diritto Civile*, I, Milano, 2002, 99 ss.

(41) Per tutti, BOBBIO, *Analogia,* cit., 604.

(42) Così CARCATERRA, *Analogia (Teoria Generale)*, cit., 8.

(43) In questo senso anche LAMBO, *Obblighi di protezione,* cit., 387.

(44) Cfr. CARCATERRA, *Analogia,* cit., 10 ss. e BOBBIO, *Analogia,* cit., 603. In particolare quest'ultimo Autore chiarisce che «*se la* ratio legis *è la ragion sufficiente della norma giuridica, si dovrà dire, in base al principio di validità del ragionamento per analogia, che l'estensione dal caso regolato al caso non regolato è legittima quando il secondo ha in comune col primo la* ratio legis*, o per dirla con le parole usate tradizionalmente dai giuristi, quando la somiglianza dei due casi consiste nell'avere l'*eadem ratio».

(45) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 469 e 470.

(46) Cfr. *Relazione al codice civile*, cit., n. 612, nella quale è dato, altresì, leggere «*l'obbligo predetto è richiamato in via generale nell'art. 1337 come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione che richiedono una pacifica collaborazione produttiva*». Si veda, tal riguardo, per tutti MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 364.

(47) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 361. Si segnala come l'espressione contatto sociale fosse stata già impiegata, in ambito di responsabilità precontrattuale, da BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni*, Milano, 1953, 84.

(48) Così MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 364.

(49) In tal senso MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 370.

(50) Cristallino appare, come sempre, il concetto espresso da MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit., 370, il quale in merito al fatto costitutivo che giustifichi l'insorgenza della responsabilità precontrattuale, rileva: «*in generale, si può affermare che la relazione diretta alla stipulazione di un negozio si qualifica come fonte di un particolare rapporto obbligatorio che vincola le parti a comportarsi secondo buona fede, nel momento in cui sorge nei confronti di una o di ciascuna parte un affidamento obiettivo dell'altra parte. Solo normalmente questo momento coincide con l'inizio delle trattative*»; e ancora: «*la rilevanza dell'affidamento come elemento essenziale della fattispecie cui è collegato il comando dell'art. 1337, risulta espressamente degli artt. 1338 e 1398, e del resto è implicita nel concetto stesso di buona fede oggettiva, ravvisata appunto come norma volta alla tutela dell'affidamento di un soggetto nella lealtà, nella probità, nella correttezza di un altro soggetto, con cui il primo è entrato in una relazione di affari*».

obblighi di buona fede e correttezza alla fase precontrattuale. Ed è questo l'elemento che, al fine di giustificare l'applicazione analogica di una tale disposizione ad ulteriori fattispecie, dovrebbe essere presente. In altre parole, è la specificità riscontrabile in quel contatto volto a porre in essere le trattative e a concludere il contratto che giustifica l'estensione, alla fase precontrattuale, di quegli obblighi di protezione propri del rapporto contrattuale.

L'intenzionalità e lo scopo rivestono, dunque, un ruolo qualificante nel rapporto precontrattuale.

E, a ben guardare, una tale specificità pare del tutto assente nella ricostruzione dei casi da ascrivere alla categoria dell'obbligazione senza prestazione, difettando il contatto di tipo negoziale e, anzi, negandosi *in nuce* che lo scopo dei soggetti coinvolti sia quello di giungere all'instaurazione di un rapporto obbligatorio, connotato da un obbligo principale di prestazione e da obblighi di protezione accessori.

L'estensione analogica, dunque, della norma contenuta dall'art. 1337 c.c. alle ipotesi di cui sopra, non sembra essere condivisibile[51]; sotto tale profilo non hanno del tutto persuaso le repliche fornite alle superiori considerazioni[52], soprattutto in merito all'identificazione di quale sia la lettura della norma da applicarsi analogicamente.

Ed infatti, in merito alla supposta applicabilità analogica tra l'ipotesi di cui all'art. 1337 e le fattispecie considerate, ci si troverebbe di fronte a situazioni aventi differente scopo e diverso contenuto precisamente perché non destinato alla conclusione di un contratto[53]. Ma è, invece, proprio di diversità di scopo che si ritiene si debba parlare rispetto alle fattispecie contemplate, tanto più ove si consideri la chiarezza, sul punto, della disposizione dell'art. 1337 in base alla quale si può ritenere che proprio lo scopo del contatto avvenuto tra le parti, quello di condurre trattative e concludere un contratto, sia l'elemento indefettibile, il nucleo fondamentale in funzione del quale è individuabile la *ratio legis* che fatto concreto e fattispecie devono avere in comune[54]. Parimenti non convince la teorizzazione di una più ampia categoria di lesione dell'affidamento[55], dedotta dalla generalizzazione di

(51) In questo senso, si veda, da ultimo, DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 11, il quale rileva che «*proprio muovendo dalla "specificità" (del caso) della* culpa in contrahendo*, non sembra sia consentito "navigare" oltre di essa, nel "mare aperto" di rapporti aventi diversa natura e collocazione*». Concorde con la posizione espressa è, altresì, LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 388, il quale puntualizza come il contatto e l'affidamento non siano gli unici elementi che caratterizzano la fattispecie disciplinata dall'art. 1337; ed infatti, il comportamento delle parti, assoggettato da questa norma alla buona fede, ha come scopo la conclusione di un contratto, e questa circostanza non può essere esclusa senza snaturare l'esigenza per la quale si è inteso estendere alle trattative la buona fede oggettiva prevista per l'attuazione del rapporto obbligatorio inteso in senso tradizionale. A ben vedere l'elemento che più di ogni altro connota la previsione dell'art. 1337 pare essere proprio lo scopo di concludere un contratto, e questo obiettivo ricorre naturalmente soltanto nelle trattative e nella formazione del contratto. Si consideri, inoltre, quanto affermato dallo stesso CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 471 e 473 il quale sottolinea come si possa parlare di responsabilità precontrattuale solo ove le parti instaurino effettivamente trattative e abbiano in animo di concludere un contratto. Si vedano, inoltre, le considerazioni di SCAGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 203.

(52) CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 698 il quale osserva: «*è chiara l'incomprensione di chi ritiene che gli estremi dell'applicazione analogica non vi sarebbero perché della responsabilità precontrattuale presupposto non è lo* status *di una parte, come invece sarebbe nella obbligazione senza prestazione; essendo chiaro che lo* status *che viene in evidenza nell'obbligazione senza prestazione costituisce l'elemento che qualifica il contatto sociale, in funzione dell'affidamento, come nella responsabilità precontrattuale tale elemento è costituito dalla qualità di parte che la legge attribuisce ai soggetti in trattativa, qualità senza la quale non si spiega l'obbligo di comportarsi secondo buona fede che secondo è indice sicuro di un rapporto obbligatorio'*». Di tale ultima riflessione, in particolare non persuade il punto d'approdo. La sensazione è che ciò che più rilevi nella previsione di cui all'art. 1337, tanto da giustificare l'estensione a questa fase degli obblighi di protezione, è che i soggetti entrino in rapporto al fine di condurre trattative e concludere un contratto; tutto il resto, costituisce epifenomeno o conseguenze di un tale scopo che è chiaro e palese nella volontà delle parti. E proprio perché tale è l'elemento che ha giustificato, nel pensiero del legislatore, l'estensione degli obblighi di buona fede e correttezza ad una fase che, diversamente, non li vedrebbe coinvolti, è proprio la ragione delle parti che giustifica la tutela a dover esser ricercata nella fattispecie che si assume di voler regolare mediante interpretazione analogica dell'art. 1337; elemento che, come si è avuto modo di evidenziare, è del tutto carente nelle ipotesi proposte dalla teorica dell'obbligazione senza prestazione.

(53) Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 140; l'Autore, chiarisce, nelle pagine seguenti, come il contatto sociale qualificato possa generare solo obblighi di protezione.

(54) Sono le parole dello stesso CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 34 proprio a proposito dell'ipotesi di cui all'art. 1337. L'affermazione acquista ancor più forza, ove si tenga conto che era stato lo stesso CASTRONOVO in *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 334-335, alla nota 2 ad affermare, in merito alla ricostruzione proposta da GHIDINI, *La responsabilità del produttore dei beni di consumo,* I, *Profili precontrattuali*, Milano, 1970 del rapporto tra produttore e consumatore in termini di responsabilità precontrattuale, che «*la tesi* […] *non resiste alla obiezione per la quale fare a capo ad un modello di responsabilità che, come quella precontrattuale, sola può sorgere in sede di trattative volte alla stipulazione di un contratto, per descrivere una relazione tra soggetti che mai in ipotesi la stipuleranno, è contraddittorio*».

(55) Ugualmente critico appare VENOSTA, *Prestazioni non dovute, "contatto sociale" e doveri di protezione "autonomi"*, in *Europa e diritto privato*, 1, 2014, 112 che rileva, a tal proposito, come non sia sembrata sufficientemente dimostrata la generalizzazione dell'indicazione proveniente dall'art.

solo alcuni degli elementi previsti dalla disciplina della responsabilità precontrattuale, della quale l'ipotesi di cui all'art. 1337 sarebbe solo una delle possibili estrinsecazioni[56]. Né, pare esser solutivo l'impiego del *medium* dello *status*[57] di uno dei soggetti coinvolti nel contatto al fine di identificare, unitamente all'affidamento, coordinato con la buona fede[58], come elemento atto a determinare l'insorgenza di una obbligazione senza prestazione[59]. Ed ancora, un'ulteriore considerazione attiene alla «*difficoltà di abbandonare il criterio secondo cui la responsabilità contrattuale presuppone un obbligo specifico di comportamento, finalizzato ad un risultato utile per colui che ne è il destinatario (prestazione)*»[60]; per potersi parlare di rapporto obbligatorio, in altri termini, si dovrebbe poter rinvenire sempre all'interno di questo un obbligo di prestazione. Tanto più ove si consideri che proprio di prestazione si dovrebbe poter parlare ogni volta che ci si trovi davanti ad un comportamento «*orientato a fare ottenere un risultato favorevole a soggetti (o a cerchia di soggetti) determinati e cioè di un obbligo funzionale alla soddisfazione di un diritto*», come avviene nelle fattispecie considerate[61].

Per comprendere fino in fondo le implicazioni di quanto sin qui, brevemente, ricostruito, pare a chi scrive doversi considerare, seppur in estrema sintesi, l'ipotesi che, forse più di tutte, ha costituito terreno di confronto sulla teorica dell'obbligazione senza prestazione: quella della responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria[62]. È proprio su questo tema[63], che la teoria dell'obbligazione senza prestazione si intreccia, soprattutto in giurisprudenza, con quella della c.d. responsabilità derivante da contatto sociale[64] qualificato; appare pertanto opportuno, considerare le due ricostruzioni insieme al fine di individuarne gli, eventuali, diversi profili. La parabola evolutiva

1337. Se, infatti, questa norma autorizza a pensare che possa sussistere un rapporto di protezione privo di collegamento con un dovere principale di prestazione, non è certo che essa di per sé, esprima un principio generale valido anche al di fuori delle trattative contrattuali; e comunque non aiuterebbe a comprendere quali siano i tratti del "contatto sociale qualificato", diverso dalle trattative che ne giustificano l'estensione.

(56) A tal riguardo, è illuminante la riflessione di DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 11 che pare opportuno riportare integralmente: «*l'innalzamento a categoria del più ampio principio della c.d. responsabilità da (violazione dell') affidamento* Vertrauens-haftung *si rivela insincero ed inappropriato sotto un duplice profilo. È insincero perché qui nella trattativa contrattuale o, più genericamente, nel rapporto derivante da un "contatto sociale" l'affidamento è oltrepassato da uno specifico dovere di comportamento (come quello di buona fede), che si carica, esso, di fornire precisa e puntuale garanzia protettiva al soggetto. E' inappropriato, ove "esportato" verso altri e ben diversi rapporti, perché viene ad alimentare di risvolti soggettivi una responsabilità che può basarsi su elementi oggettivi, rapportati a standards di comportamenti etico-sociali, connessi a ben precisi ruoli e funzioni che il soggetto riveste* ; ed ancora, poco dopo, l'Autore sottolinea come «*il concetto di "affidamento", disancorato dalla buona fede innestata in un determinato rapporto, perde, a tal punto, di senso e di significato specifici*». Alla pagina 14, l'Autore evidenzia un ulteriore aspetto di critica rispetto a costruzione dell'obbligazione senza prestazione: «*la forzatura, ancor più evidenti, è di ritenere che rapporti siffatti, destinati ad inverarsi alla sola occasione dell'insorgere di danni, così che il rapporto nasce dal danno e cominci con esso e non prima, riproducendo in tutto e per tutto il non-rapporto aquiliano, abbiano poi bisogno di trovare rispondenze in fattispecie negoziali o in atti ad esse assimilabili*».

(57) Si veda, ad esempio, CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 466, 475 e 482; per una posizione più netta sul tema dello status professionale: SCOGNAMIGLIO, *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status,* in *Giurisprudenza italiana,* 1995, 356 e 363 ss., nonché ID, *Ancora sulla responsabilità della banca per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, II, 665 e 658 ss. Su tale aspetto, più di recente, ha puntualizzato CASTRONOVO in *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 698.

(58) CASTRONOVO in *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 695.

(59) A tal proposito si vedano le osservazioni di LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 340 ss., il quale sottolinea la difficoltà, per l'interprete, nell'identificare quali attività economiche siano idonee ad essere fonte sicura di obblighi di salvaguardia della sfera giuridica altrui. Sul medesimo punto DI MAJO, *Profili della responsabilità civile*, Torino, 2010, 73 il quale chiarisce come a differenziare un rapporto di tipo contrattuale da uno "casuale" non basti richiamare una situazione che faccia leva su «ruoli» e vesti specifiche rivestiti dal soggetto dell'incontro perché in tal modo, attraverso la buona fede, non si farebbe che descrivere, in altro modo, lo stesso «ruolo» o veste rivestiti dal soggetto e (o lo specifico dovere su di esso incombente.

(60) Così DI MAJO, *La responsabilità contrattuale,* cit., 29 ss. e ID, *Le tutele contrattuali*, cit., 66.

(61) Così DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corriere giuridico,* 2007, 1712.

(62) CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* cit., 475 ss., ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione,* cit., 705 ss., ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 59 ss., ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., 129 ss; nello stesso senso GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, cit., 81. Ed infatti, considerato come la Corte abbia posto, a fondamento del proprio ragionamento, l'equazione tra responsabilità da contatto sociale, obbligazione senza prestazione e rapporto precontrattuale, sarebbe sufficiente considerare un solo ambito, ove nello stesso emergesse la non sovrapponibilità contenutistica e strutturale tra le tre ipotesi, al fine di inficiare il ragionamento di Cass. 14188/2016.

(63) Anche se non si tratta certo dell'unico; si pensi, ad esempio, alla responsabilità dell'insegnante, nel caso di lesioni occorse all'alunno, così come delineata da Cass. civ., S.U., 27 giugno 2002, n. 9347.

(64) Si veda la precedente nota n. 47.

dei concetti potrà essere disegnata, attraverso alcune pronunzie esemplificative[65].

4. Il contatto sociale quale fonte di obbligazioni.

La Suprema Corte, in Cass. n. 14118/2016, come sopra ricordato, muove dall'affermazione che la teoria del c.d. contatto sociale sarebbe «*significativamente, e pressoché uniformemente*»[66] condivisa e, a conferma di tale assunto, richiama i propri precedenti nei diversi ambiti applicativi della teoria in esame.

Preliminarmente, sia consentito precisare come non pare condivisibile, sotto il profilo semantico e logico, la formula "responsabilità da contatto sociale"[67], giacché più correttamente dovrebbe parlarsi del *contatto sociale quale fonte di obbligazione*, atteso che, quale che ne sia la ricostruzione teorica condivisa, il contatto sociale qualificato sarebbe quel fatto, giusta la previsione dell'art. 1173 c.c., in conformità all'ordinamento, idoneo a produrre obbligazioni. La responsabilità, dunque, non potrebbe certo derivare dal contatto sociale qualificato, bensì, in ogni caso, dalla violazione di quegli obblighi relativi che costituiscono quel rapporto di tipo, appunto, obbligatorio, sorto in virtù del contatto sociale qualificato[68].

Nella motivazione della sentenza in commento, è dato anche leggere come la ricostruzione della teoria del contatto sociale qualificato, frutto di «*una vera e propria evoluzione giurisprudenziale*», sarebbe connotata, altresì, «*dalla piena condivisione delle elaborazioni dottrinali in tema di responsabilità contrattuale da "contatto sociale qualificato*»[69]. Ed ancora, ulteriori richiami, a fondamentali studi dottrinari sul tema, vengono effettuati attraverso l'allusione ad una formula di responsabilità che si «*colloca ai confini tra contratto e torto*»[70], nonché all'obbligazione senza prestazione[71]. Considerato come un'analisi di tutti gli ambiti nei quali si è fatto uso, nella giurisprudenza di legittimità, della teoria del contatto sociale esulerebbe dallo scopo del presente lavoro, è possibile identificare, quale materia rappresentativa dell'evoluzione giurisprudenziale sul tema, come sopra già accennato, quella della responsabilità del medico operante all'interno di una struttura sanitaria, ambito che più di tutti ha segnato il punto di confronto delle teorie del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione[72]. Appare evidente, infatti, che se non vi fosse quell'unitarietà e uniformità di vedute in merito alla teoria del contatto sociale, così come accolta dalla giurisprudenza di legittimità, o non vi fosse corrispondenza tra questa e la teoria dell'obbligazione senza prestazione, o, ancora, non vi fosse sovrapponibilità tra la costruzione teorica legata al contatto sociale e l'ipotesi del rapporto precontrattuale, verrebbe meno il ragionamento svolto da Cass. n. 14188/2016.

A tal riguardo, colpisce come in materia di contatto sociale, ed ancor più in materia di responsabilità medica, non venga indicato come proprio precedente l'arresto n. 589 del 1999[73], sentenza nella quale per la prima volta si è accolta in giurisprudenza la teoria del contatto sociale, richiamando, altresì, l'obbligazione senza prestazione.

Se v'è uniformità di pareri in merito al valore di *leading case* da conferire alla decisione richiamata[74], nella quale si afferma la natura contrattuale della responsabilità del medico operante in una struttura sanitaria in ragione del rapporto obbligatorio che si instaura tra questi e il paziente per contatto sociale[75], l'argomentazione attraverso la quale la Corte giunge a tale decisione, nonché il fondamento della stessa, non sono perfettamente univoci[76], consentendo così che della

(65) È possibile trovare un'indicazione in tal senso, ad esempio, in CASTRONOVO, *Ritono all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss.

(66) Così Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4.

(67) Formula richiamata anche da Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 8 ss.

(68) In merito all'uso dell'espressione responsabilità da contatto sociale, CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1234 parla di «*vulgata giurisprudenziale*».

(69) Così Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 8.

(70) Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 87; si tratta di un chiaro richiamo all'espressione utilizzata da CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione,* in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, 1995, 147 ss.

(71) Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 14; anche in questo caso è chiaro il riferimento alla ricostruzione proposta da CASTRONOVO; sul punto si veda il paragrafo precedente.

(72) In questo senso CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile,* cit., 475 ss., ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione,* cit., 705 ss., ID., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 59 ss., ID., *Eclissi del diritto civile*, cit., 129 ss.

(73) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, cit.; si veda la precedente nota n. 12.

(74) Per tutti, di recente CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 131.

(75) Cfr. Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit. Nella motivazione della pronuncia richiamata viene anche richiamata la categoria dei rapporti contrattuali di fatto; per tutti, sul tema si veda BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, 353 ss.

(76) LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., 353, dopo aver ricordato come nella suindicata pronuncia la Supra Corte

stessa pronunzia si potessero fornire interpretazioni tra loro discordanti[77]. Nonostante l'ultima considerazione, la decisione richiamata è stata salutata come coronamento e conferma della validità della ricostruzione della categoria dell'obbligazione senza prestazione in Italia[78], ed è anche per tale ragione che costituisce un utile punto di partenza per le riflessioni che interessano in questa sede.

In realtà, pare potersi affermare che l'impianto motivazionale di Cass. n. 589/1999 possa essere ben ricostruito secondo altra direttiva: il richiamo[79] alla categoria dell'obbligazione senza prestazione non sembra costituire, infatti, il vero fulcro della decisione. A ben guardare, dopo un iniziale cenno alla categoria dell'obbligazione senza prestazione, l'attenzione della Corte si sposta[80] su altri aspetti che, tralasciando la questione del rapporto sotto il profilo strutturale, si concentrano verso quello costitutivo richiamando, invece, concetti come quello di «*rapporto contrattuale di fatto o* […] *contatto sociale*»[81].

Il discorso condotto dalla Corte approda, dunque, alle fonti dell'obbligazione[82], chiarendo come, nell'ipotesi considerata, il contatto sociale qualificato ingeneri un rapporto obbligatorio da sottoporsi, *tout court*, alle «*regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto*»[83] e che il profilo contenutistico[84] degli obblighi riconducibili in capo al medico sia esattamente il medesimo, a prescindere che tra medico e paziente sia stato concluso o meno uno specifico contratto[85].

Ed infatti, l'obbligazione del medico concretizzandosi e attualizzandosi non per l'assunzione di uno specifico obbligo nei confronti del paziente, ma in occasione dell'esecuzione della prestazione sanitaria, si atteggia, quanto al suo

richiami sia l'obbligazione senza prestazione sia i rapporti contrattuali di fatto, definisce «*anfibia*» la soluzione adottata; in senso analogo THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza prestazione*, cit., 348 afferma lasci perplessi la circostanza che la Corte non abbia precisato se dal contatto tra medico e paziente scaturisca un mero obbligo di protezione, in armonia con la teoria dell'obbligazione senza prestazione, ovvero un vero e proprio obbligo di prestazione, come lascerebbe supporre il riferimento alla categoria dei rapporti contrattuali di fatto.

(77) A scopo meramente esemplificativo, si consideri da un lato la posizione di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 483 ss. e, dall'altro, la posizione di DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 446 ss.

(78) In tal senso, di recente CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 131.

(79) Nella motivazione, al punto 6.1, è dato, infatti, leggere che «*un recente, ma sempre più consistente, orientamento della dottrina ha ritenuto che nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configurerebbe pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto poiché sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, e la violazione di esso si configura come* culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale*».

(80) Così DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* cit., 448, ed anche alla pag. 450 ove viene ribadito come l'elemento di novità che esibisce la responsabilità del medico dipendente, sia più sul versante (del sistema) delle fonti di *obligatio* che non su quello di una diversa tipologia di obbligazione (obbligo senza prestazione). ZACCARIA, Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts *(La resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., 94, definisce il fondamento teorico, della decisione qui richiamata, abbastanza stringato e di alquanto dubbia consistenza.

(81) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, 6.2. Per una ricostruzione della teoria del contatto sociale, alla luce della giurisprudenza e della dottrina tedesca, si veda ZACCARIA, Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts *(La resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., 78 ss.; si veda, altresì, DI MAJO, *Una dottrina unitaria della obbligazione civile (a proposito del secondo libro del BGB)*, in *Europa e diritto privato*, 2008, 221 ss.

(82) DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* cit., 449. Nella motivazione della sentenza, al punto 6.2, viene evidenziato come la categoria del contatto sociale «*mette in luce una possibile dissociazione tra la fonte – individuata secondo lo schema dell'art. 1173 – e l'obbligazione che ne scaturisce. Quest'ultima può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore*». A tal proposito rileva CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 487 che «*di sfasatura tra l'obbligazione e la sua fonte si potrebbe parlare se, l'obbligazione senza prestazione nascendo da uno dei fatti innominati ai quali fa riferimento l'art. 1173, la si assoggettasse a una disciplina che fosse propria delle obbligazioni nate da contratto. La legge conosce invece una disciplina unitaria delle obbligazioni, che prescinde dalla considerazione della fonte*». È proprio tale circostanza che sembra voler sottolineare la motivazione della Corte, chiarendo che pur in assenza di un contratto, l'obbligazione che ne scaturisce è un'obbligazione alla quale dovrà essere applicatala disciplina peculiare delle obbligazioni nate da contratto, con questo confermando la ricostruzione in base alla quale dal contatto sociale deriverebbe un'obbligazione completa di prestazione e obblighi accessori.

(83) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., n. 6.2.

(84) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit., n. 6.3: «*in altri termini, la prestazione (usando il termine in modo generico) sanitaria del medico nei confronti del paziente non può che essere sempre la stessa, vi sia o meno alla base un contratto d'opera professionale tra i due*».

(85) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, 6.3, con la differenza che «*l'esistenza di un contratto potrà essere rilevante solo al fine di stabilire se il medico sia obbligato alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività è obbligatoria per legge*) […]. *In assenza di dette ipotesi di vincolo, il paziente non potrà pretendere la prestazione sanitaria dal medico, ma se il medico in ogni caso interviene (ad esempio perché a tanto tenuto nei confronti dell'ente ospedaliero, come nella fattispecie) l'esercizio dell'attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non potrà essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico*».

contenuto, come una normale obbligazione «*che richiama comportamenti destinati a produrre un risultato utile per il creditore (e cioè il* dare facere oportere *delle fonti)*»[86].

Ed una tale considerazione permette di affermare che «*in principio, si può dire, v'è dunque la prestazione cui segue come effetto necessario l'obbligazione*»[87].

Sarebbe, dunque, il contatto sociale che si ingenera tra medico e paziente che renderebbe il primo debitore di una prestazione nei confronti del secondo, prestazione che avrà ad oggetto non solo obblighi di protezione, ma veri e propri obblighi di prestazione che vanno ben al di là del garantire che la condizione del paziente non abbia a risultare peggiore di quella che sarebbe stata ove nessun "contatto" si fosse verificato, cioè dell'obbligo statico di protezione[88].

La ricostruzione da ultima delineata, che si ritiene di condividere, ha suscitato alcune repliche[89] da parte di coloro i quali, invece, hanno visto nella sentenza in commento un chiaro, e completo, recepimento dell'obbligazione senza prestazione da parte della giurisprudenza italiana.

Rispetto alla prospettata esistenza di una prestazione sanitaria, si replica che sicuramente il paziente si attenderà un risultato utile, ma non dal medico, bensì dalla struttura sanitaria[90], giacché non potrebbe individuarsi una posizione contrattualmente indipendente in capo al medico, rispetto a quella della stessa struttura sanitaria né, sotto tale profilo, rileverebbe anche l'eventuale circostanza che il medico sia ritenuto responsabile per *culpa in non faciendo*[91], tenuto conto che l'inversione, sopra ricordata, tra prestazione e obbligazione costituirebbe «*una non spiegata inversione tra fatto e diritto* […] *della quale non si fornisce altra ragione che il puro fatto*»[92].

Si è affermato che le successive pronunzie della Suprema Corte di Cassazione[93] si sarebbero mosse

(86) Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* cit., 450; poco dopo l'Autore sottolinea come la normale sequenza che vede l'obbligazione precedere la prestazione si presenti, nell'ipotesi considerata, capovolta, giacché è quest'ultima a precedere la responsabilità e quindi l'obbligazione, nell'ambito di una particolare valorizzazione del momento esecutivo. In generale non appare condivisibile l'idea di voler ridurre gli obblighi di cura a meri obblighi di protezione come, invece, propone Castronovo, *La nuova responsabilità civile,* 484 e 485; ed ancora, nello stesso senso Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 60 alla nota 15, in critica alla posizione di Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, 333, il quale rileva che il ricco contenuto dell'obbligazione del medico non può essere ridotto a «*mero dovere di protezione dell'altrui sfera giuridica*» e che «*si mistifica la realtà sostenendo che il medico deve osservare gli obblighi professionali verso l'ente ospedaliero e non verso il malato*», afferma che si «*tratta di stabilire nei confronti di chi valga questa pretesa, distinguendo con precisione i profili formali da quelli sostanziali. Ora anche la Cassazione afferma che il medico ospedaliero non è debitore della prestazione nei confronti del paziente, dato che, aggiungiamo noi, non se ne vede la fonte. Se questo è vero, rimane misterioso in base a quale profilo formale si possa ipotizzare un'obbligazione di risultato del primo nei confronti del secondo*».

(87) Così Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* cit., 451; indicativo, a tal proposito, appare il seguente passaggio nella motivazione della sentenza: «*la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente hanno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi (qualificazione che* discende *non dalla fonte dell'obbligazione, ma dal contenuto del rapporto)*».

(88) Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* cit., 451.

(89) Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 59, a proposito del contributo di Di Majo sopra citato, rileva «*ma la nota va in senso contrario alla decisione, o meglio ne sfrutta gli aspetti problematici che agli occhi del nostro Autore ne mitigano l'adesione alla nuova figura*»; ed ancora si veda Id., *La nuova responsabilità civile,* cit., 487 ss.; Id., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 708 ss.; Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 59 ss.

(90) Castronovo, *La nuova responsabilità civile,* cit., 488 ss.

(91) Castronovo, *La nuova responsabilità civile,* cit., 489 aggiunge come il medico che svolge la sua attività sul paziente, si limita a dare attuazione al rapporto obbligatorio come ausiliario dell'ente di cura, il quale, ai sensi dell'art. 1228 c.c., risponde dei fatti dolosi o colposi di esso; e l'ausiliario in quanto tale non è soggetto passivo di un rapporto obbligatorio autonomo nei confronti del creditore, essendo e potendo essere soltanto colui mediante la cui opera il debitore esegue la prestazione. Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 709, più di recente, e proprio in replica alla ricostruzione sopra ricordata di Di Majo, sottolinea la circostanza che sostenere che il medico risponde per *culpa in non faciendo* non risolverebbe il problema, poiché si tratterebbe ancora di individuare, all'interno della responsabilità contrattuale di quale obbligo, se di prestazione o accessorio, si tratti; a tal riguardo l'Autore sottolinea come il medico che non ha assunto in proprio alcun obbligo di prestazione e che anzi adempie un obbligo di prestazione altrui, non potrebbe dirsi tecnicamente inadempiente. Né sarebbe possibile dalla natura contrattuale della sua responsabilità ricavare che questi risponderebbe allo stesso titolo della struttura sanitaria, poiché solo quest'ultima è debitrice nei confronti del paziente.

(92) Così Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 709, il quale aggiunge: «*e il fatto in sé non è in grado di andare oltre sé, se non si assortisce di una dimensione normativa che lo proietta verso l'effetto*»; affermazione ribadita in Id., *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale* cit., 59 ss.

(93) Così Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 richiama, alla nota 72, Cass. civ., 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 540 con nota di Klesta Dosi e nelle pagine successive Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826

sempre nel solco della teoria dell'obbligazione senza prestazione, confermando l'impostazione della stessa propostane[94], pur essendo approssimative, sotto alcuni profili[95], ma in ogni caso giungendo a rilevare con precisione «*la diversità di struttura e di rilevanza giuridica dell'obbligazione (senza prestazione) del medico o paramedico e della struttura sanitaria*»[96]; né il ricondurre entrambe le responsabilità all'ipotesi di cui all'art. 1218 c.c. potrebbe indurre ad omogeneizzare i due rapporti sotto il profilo strutturale[97]. Nella normale realtà ospedaliera, della quale si occupa l'obbligazione senza prestazione, si osserva[98], la prestazione del medico è da questi dovuta solo nei confronti della struttura sanitaria.

Ed ancora, l'identità di contenuto della prestazione del medico a prescindere dalla sussistenza o meno di un contratto, come prospettata nella pronuncia sopra ricordata, avrebbe avuto ben altro scopo rispetto a quello di affermare la sussistenza di una prestazione, poiché «*innestata comunque in un contesto di piena accettazione dell'obbligazione senza prestazione da parte della Suprema Corte*»[99]. E la considerazione appena riferita consentirebbe, inoltre, di interpretar nello stesso senso anche altre pronunce[100], e di poter affermare che il creditore della prestazione del medico sarebbe solo la struttura sanitaria[101].

La carenza di prestazione, infatti, troverebbe conferma nella struttura giuridica analoga a quella della responsabilità precontrattuale nella quale, si afferma, è certamente carente l'obbligo di prestazione[102].

Vista, allora, l'irriferibilità della qualifica di creditore, in capo al paziente[103], di una prestazione dovutagli dal medico, l'obbligazione senza prestazione rimarrebbe l'unica soluzione plausibile al problema della responsabilità del medico[104], considerato, altresì, che l'affidamento del paziente non sarebbe in grado di dar vita a niente di più che a un'obbligazione senza prestazione[105], un rapporto obbligatorio che si costituisce *ex lege*, in seguito al contatto sociale qualificato, come insieme di obblighi funzionali allo scopo di tutela dell'altrui sfera giuridica[106].

Le superiori considerazioni, tuttavia, non appaiono fino in fondo persuasive.

Oltre a quanto più sopra riferito in merito alla presunta possibilità di impiego analogico della norma di cui all'art. 1337 c.c., altri sono gli aspetti che non sembrano superabili.

---

nonché Cass. civ., S. U., 11 gennaio 2008, n. 577. Per una ricognizione della giurisprudenza in materia, si veda ZACCARIA, Der aufhaltsame aufstieg des sozialen kontakts *(La resistibile ascesa del contatto sociale)*, cit., 96 alle note 65-68.

(94) CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 ss.

(95) In merito alla pronuncia sopra richiamata, si veda CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 ss.

(96) Così CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 710 che richiama Cass. civ., S.U., n. 577/2008 la quale «*rilevando la complessità del rapporto che si instaura tra la struttura sanitaria e il paziente, ha criticato il «riduttivo appiattimento della responsabilità della struttura su quella del medico»*.

(97) CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 711.

(98) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 61.

(99) Così CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 63; l'unico intento sarebbe stato infatti, spiega l'Autore, di asseverare la natura contrattuale della responsabilità del medico, nonché di accreditare il superamento, che con quella decisione veniva operato, della precedente giurisprudenza, la quale aveva continuato a qualificarla extracontrattuale. Piena adesione che deriverebbe da un passo della richiamata sentenza: «*la pur confermata assenza di un contratto, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado di neutralizzare la professionalità (...) che qualifica ab origine l'opera di quest'ultimo, e che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professione ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui»* (così Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589, n. 6.3).

(100) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 63 richiama Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826.

(101) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64.

(102) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit.,64; nel caso dell'obbligazione senza prestazione, infatti, il contatto qualificato unitamente allo *status* professionale del medico farebbero sorgere un affidamento che sarebbe, poi, reso rilevante dalla buona fede quale fonte di obblighi.

(103) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit.,64.

(104) Così CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64.

(105) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 64. Alla pagina 66, l'Autore chiarisce come il concetto di obbligazione senza prestazione, una volta accolto nella sua teorizzazione, permetterebbe di cogliere come la natura obbligatoria di un rapporto non debba essere ricondotta al contenuto del rapporto ma alla dimensione formale nella quale le parti si trovano l'una di fronte all'altra e, dunque, la vera essenza dell'obbligazione consisterebbe nella *relazionalità* come matrice di qualificazione del reciproco porsi di soggetti l'uno di fronte all'altro e in contemplazione dell'altro; relazionalità che, nel momento in cui caratterizza l'obbligazione, con o senza prestazione, si rivela l'aspetto costante, la cornice dentro la quale la prestazione si inscrive solo come una variabile possibile; nelle pagine successive l'Autore sviluppa le implicazioni di questa chiave di lettura.

(106) CASTRONOVO, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, cit., 67.

Innanzitutto, accogliendo l'ipotesi che un'obbligazione possa sussistere senza un corrispettivo obbligo di prestazione, verrebbe a mancare ogni parametro che possa consentire di definire la situazione di responsabilità in base a comportamenti promessi o comunque pattuiti[107] comportando, peraltro, il mutamento del tipo di interesse protetto[108]. Ma, come più sopra già sottolineato, sotto il profilo strutturale e di teoria generale, non convince l'ipotesi che all'interno dell'obbligazione possa difettare una qualsiasi prestazione[109]. Diverse possono essere le fonti di obblighi specifici la cui violazione dia luogo a responsabilità contrattuale, ma le stesse dovranno pur sempre essere saldamente radicate, a loro volta, in rapporti, originati da atti e iniziative e da cui sorgono doveri e pretesi di comportamenti, che riproducono (schemi di) possibili «prestazioni» ossia di comportamenti esigibili non dal *quisque de populo* ma dal soggetto con cui si è entrati in rapporto[110], pena il rischio di un indebito ampliamento delle ipotesi foriere di responsabilità contrattuale, con l'unico limite degli incontri casuali[111]. Ed è, invece, proprio la nozione di prestazione[112], per quanto interpretata in chiave moderna, che funge ancora da valido criterio per delimitare ciò che è oggetto di progetto o previsione in termini di dover essere da ciò che invece non lo è, perché affidato all'incontro «casuale» tra due soggetti[113].

Ed ancora.

Una volta che si sia postulato che il contatto sociale, sotto il profilo delle fonti, terrebbe le veci del contratto, non si comprende come mai il rapporto attivato dovrebbe limitarsi a sorgere al fine di tutelare da un danno l'altro soggetto e non ad essere dotato di obblighi idonei ad arrecare benefici al soggetto[114]; in altre parole, «*attivato il circuito del contratto – contatto sociale, e secondo il quale il "contatto sociale" tiene le veci del contratto, non si vede ragione perché la responsabilità del medico non debba richiamare la "prestazione" ma la mera "protezione" del paziente*»[115].

Muovendo da quanto sin qui rilevato in riferimento alla sentenza n. 589/1999, un successivo sviluppo delle argomentazioni proposte in quella sede può essere rintracciato in Cass. n. 8826/2007[116], relativa ad un caso di supposta responsabilità civile da attività medico-chirurgica; in tale occasione la Corte di Cassazione, con una sentenza che ha effettuato un'approfondita disamina dei principali profili della materia, tanto da indurre un Autore a qualificarla come «*scolare*»[117], ha preso posizione anche in merito alla questione del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione.

Tale è l'importanza della pronuncia, nella prospettiva che qui interessa, da indurne a riportarne integralmente alcuni passi.

I Giudici della Suprema Corte, ben consapevoli del dibattito sorto in merito al tema della responsabilità del medico c.d. strutturato, hanno nella richiamata occasione, espressamente affermato che la natura contrattuale della responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente «*è da questa Corte con consolidato orientamento fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la*

(107) Così Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 65.

(108) Di Majo, *Le tutele contrattuali*, cit., 65: osserva come muti anche logicamente il tipo di interesse protetto che non è quello all'adempimento ma sostanzialmente a non subire danno nella propria sfera giuridica, il che presuppone che si passi dalla risarcibilità dell'interesse positivo a quello dell'interesse negativo.

(109) Cfr. Di Majo, *Le tutele contrattuali,* cit., 66: «*potranno essere anche ragionevolmente larghe le maglie del* dare facere oportere *delle fonti ma quel che conta è che tale* dare facere oportere *sia comunque giuridicamente configurabile, perché ancorato ad un determinato rapporto che ne proietti l'esecuzione in termini di «dover essere». Ai di là di ciò v'è l'ambito occupato dal torto aquiliano*».

(110) Di Majo, *Le tutele contrattuali,* cit., 66.

(111) A tal riguardo si vedano le riflessioni di Di Majo, *Le tutele contrattuali,* cit., 66.

(112) Di Majo, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corriere giuridico*, 12, 2007, 1712, rileva come debba esser, in ogni caso, definito prestazione quel comportamento che sia orientato a far ottenere un risultato favorevole a soggetti, o ad una cerchia di soggetti, determinati e cioè di un obbligo funzionale alla soddisfazione di un diritto.

(113) Così Di Majo, *Le tutele contrattuali,* cit., 69 ss.

(114) Di Majo, *L'obbligazione "protettiva",* cit., 14.

(115) Così Di Majo, *L'obbligazione "protettiva",* cit., 14; l'Autore aggiunge come, più in generale, anche a prescindere dal richiamo a "contatti" più o meno "sociali" e/o "negoziali", resta che obbligazioni siffatte, ove orientate verso esiti predeterminati, così come rappresentati da "prestazioni", hanno il loro fondamento giustificativo in circostanze o situazioni caratterizzate dalla stessa "posizione" in cui versano i soggetti, sia debitori che creditori, così da concretizzare una fonte "atipica" di obbligazioni, così come testualmente prevista dall'art. 1173 c.c.

(116) Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, in *La responsabilità civile,* 2007, 967 ss., con nota di Faccioli, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione; ivi*, 2007, 1028, con nota di Partisani, *Il contratto atipico di spedalità e cura: nuove regole di responsabilità;* in *Danno e responsabilità*, 10, 2007, 980, con nota di Scalisi, *Professione medica: doveri, divieti e responsabilità.*

(117) Faccioli, *Vecchi e nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in una sentenza "scolare" della Cassazione,* cit., 1028.

struttura sanitaria. Al riguardo, vale precisare, non si tratta di contatto sociale dal quale insorge, secondo quanto prospettato da una parte della dottrina, una obbligazione senza prestazione»[118].

Poco dopo, ed è qui il punto chiave della pronuncia, è dato leggere che «*nel contatto sociale è infatti da ravvisarsi la fonte di un rapporto che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi*»[119].

Nella pronuncia in questione, dunque, emerge inequivocabilmente l'affermazione che dal contatto sociale inteso, correttamente, quale fonte *ex* art. 1173 c.c.[120] derivi un rapporto obbligatorio «*che quanto al contenuto non ha ad oggetto la "protezione" del paziente bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d'opera professionale*» e che «*la responsabilità sia del medico che dell'ente ospedaliero trova titolo nell'inadempimento dell'obbligazioni ai sensi degli artt. 1218 ss. c.c.*»[121]. Nella sentenza, peraltro, viene espressamente indicato, quale prima pronuncia del consolidato orientamento appena espresso, proprio Cass. n. 589/1999 confermando, dunque, la fondatezza dell'interpretazione sopra richiamata[122] e, implicitamente, indicando come, in realtà, non vi fosse stata alcuna adesione da parte della Corte di Cassazione alla teoria dell'obbligazione senza prestazione[123].

A ben vedere, oltre alla pronuncia appena considerata, ed ai precedenti ivi richiamati, una conferma che questa fosse la corretta configurazione strutturale da attribuire alle obbligazioni sorte dal contatto sociale era stata già fornita, indirettamente, dalla sentenza Cass. n. 14934/2002[124], seppur relativamente ad altra ipotesi di responsabilità professionale. Nella relativa motivazione, infatti, è dato leggere che «*presupposto della responsabilità da "contatto sociale" è che l'esercente della professione protetta effettui una prestazione inesatta in favore di un soggetto, che ne riceva un danno. Se detta prestazione manca nei confronti del soggetto che si ritiene danneggiato, non può sussistere neppure una responsabilità del notaio da contatto sociale*»[125].

Il brevissimo percorso tracciato, in merito alle vicende della responsabilità del medico strutturato, può trovare un suo punto di arrivo, almeno sotto il profilo dell'impostazione, in Cass. n. 577/2008[126],

(118) Così Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.

(119) Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit.; la conferma che l'obbligazione insorta concretizzi un vero e proprio rapporto obbligatorio completo di prestazione fornisce fondamento all'eventuale azione da parte del paziente anche per la mera inalterazione delle proprie condizioni cliniche in seguito al trattamento eseguito; in tal senso si veda SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., 60 ss.

(120) Si vedano, sul punto, le riflessioni svolte da GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, in *Danno e responsabilità*, 10, 2012, 933.

(121) Cass. civ., sez. III, 13 aprile 2007, n. 8826, cit. Le osservazioni condotte su tale aspetto da CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss., sembrano non attribuire rilevanza al dato letterale della pronunzia.

(122) DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione,* cit., 446 ss.

(123) Si veda, a tal riguardo, GAZZARA, *Danno alla persona da contatto sociale: responsabilità e assicurazione*, cit., 76, rileva come sembri quanto meno azzardato l'assunto secondo cui la novità del nuovo corso giurisprudenziale starebbe nell'aver ammesso la configurabilità nel nostro ordinamento di obbligazioni senza obbligo primario di prestazione, mentre la vera novità andrebbe rintracciata, piuttosto che sul piano del contenuto del rapporto obbligatorio, sul piano delle fonti; alla pagina 92 sottolinea, rispetto alla sentenza n. 589/1999 come l'accoglimento della teoria dell'obbligazione senza obbligo primario della prestazione sia del tutto apparente e meramente nominalistico e, alla pagina 94, come aldilà degli *obiter dictum,* la giurisprudenza non abbia affatto riconosciuto nel rapporto tra medico dipendente e paziente un'obbligazione senza prestazione».

(124) Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 2002, n. 14934 in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, 1, 1, p. 112 con nota di BARBANERA, *La responsabilità da contatto sociale approda anche tra i notai*.

(125) Cass. civ., sez. III, 23 ottobre 2002, n. 14934, cit.

(126) Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577 in *Danno e responsabilità*, 2008, 788 ss., con nota di VINCIGUERRA, *Nuovi (e provvisori?) assetti della responsabilità medica; ivi*, 871 ss., con nota di NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*; *ivi*, 1002 ss., con nota di GAZZARA, *Le S.U. "fanno il punto" in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*; in *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, 77 ss. con nota di GORGONI, *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*.

L'impostazione teorica accolta nella pronuncia richiamata costituisce l'interpretazione unanimemente accolta da tutta la giurisprudenza successiva sul tema; a titolo meramente esemplificativo si vedano le recenti Cass. civ., sez. III, 03 ottobre 2016, n. 19670 e Cass. civ., sez. III, 20 aprile 2016, n. 7768, nella quale è dato leggere che «*la responsabilità del medico dipendente dell'ente ospedaliero verso il paziente è fondata sul contatto sociale instaurantesi tra quest'ultimo ed il medico chiamato ad adempiere nei suoi confronti la prestazione dal medesimo convenuta con la struttura sanitaria, che è fonte di un rapporto il quale quanto al contenuto si modella su quella del contratto d'opera professionale, in base al quale il medico è tenuto all'esercizio*

precedente richiamato proprio da Cass. n. 14188/2016[127]. Anche in tale sentenza molte sono state le questioni affrontate[128]; per quanto qui di interesse è possibile evidenziare come nella pronuncia venga ribadita, in via definitiva e a Sezioni Unite, la natura contrattuale, fondata sul contatto sociale, della responsabilità del medico operante all'interno della struttura sanitaria, indicando tra i precedenti di tale orientamento proprio la sentenza n. 589/1999[129]. Viene, inoltre, ribadita l'autonomia del rapporto tra medico e paziente, rispetto a quello tra struttura e paziente, chiarendo ulteriormente il contenuto e la portata delle rispettive prestazioni[130], nonché la assoluta coincidenza degli oneri probatori che il creditore, queste le parole usate della Corte[131] per riferirsi al paziente, deve assolvere; nessuna differenza, infatti, viene sottolineata tra il rapporto sussistente tra il paziente e la struttura sanitaria, da un lato, e tra il paziente e il medico, dall'altro.

È possibile rilevare, avuto riguardo alla vicenda della responsabilità del medico c.d. strutturato, come la giurisprudenza della Cassazione abbia chiarito che l'obbligazione che trovi la sua fonte nel contatto sociale qualificato, sia un'obbligazione analoga a quella che abbia la sua fonte in un contratto, con ciò distinguendo nettamente, strutturalmente e contenutisticamente, dunque, il rapporto obbligatorio con fonte nel contatto sociale qualificato da quello definito, dalla dottrina, come obbligazione senza prestazione [132]. Ecco che allora l'affermazione, forse troppo sbrigativa, alla luce di quanto sin qui considerato, contenuta in Cass. n. 14188/2016 in base alla quale vi sarebbe una visione uniforme da parte della giurisprudenza di legittimità in merito alla teoria del contatto sociale e di come questa, postuli in accordo alla teoria dell'obbligazione senza prestazione, l'ascrivibilità della responsabilità precontrattuale alla c.d. responsabilità da contatto sociale, inizi a rivelare la sua approssimatività ed infondatezza.

Da quanto osservato, infatti, è emerso come non possa affermarsi che l'orientamento giurisprudenziale[133] in materia di c.d. responsabilità

della propria attività nell'ambito dell'ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto "contatto", e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi (v. Cass., 8/10/2008, n. 24791; Cass., Sez. Un., 11/0/2008, n. 577; Cass., 13/4/2007, n. 8826. E, da ultimo, Cass., 19/10/2015, n. 21090)».

(127) Cfr. Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 9.

(128) Oltre a quelle indicate *infra* nel testo, infatti, la pronuncia in esame si occupa del definitivo superamento, in materia di riparto dell'onere probatorio, della distinzione tra obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzo; si afferma l'applicabilità dei principi in materia di prova dell'inadempimento così come enucleati in Cass. civ., S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533; ed ancora, viene sancita la perfetta equiparazione, sotto il profilo della responsabilità, tra strutture sanitarie di tipo pubblico e private.

(129) Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, n. 3.1 della motivazione.

(130) Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, nn. 3.2, 3.3. e 3.4 della motivazione. In una diversa prospettiva, rispetto a quanto indicato nel testo, si pone NICOLUSSI, *Sezioni sempre più unite contro la distinzione fra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi. La responsabilità del medico*, cit., 874. A tal riguardo si veda anche CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, cit., 705 ss.

(131) Cass. civ., S.U., 11 gennaio 2008, n. 577, n. 4.1.

(132) Rileva SANTORO, *La responsabilità da contatto sociale*, cit., 62, riferendosi alla sentenza n. 577/2008, che «*diversamente dalla sentenza n. 589/1999, le Sezioni Unite parlano di "responsabilità da contatto sociale" senza alcun riferimento all'obbligazione senza prestazione, lasciando aperto il dibattito su tale ultima figura*». Ferma la correttezza di tale considerazione, tuttavia è possibile anche rilevare che considerando Cass. n. 577/2008 come esito, attuale, di un percorso che iniziando da Cass. n. 589/1999, abbia visto in Cass. n. 8826/2007 un suo importante momento, è possibile ricondurre il mancato riferimento alla categoria dell'obbligazione senza prestazione ad una scelta consapevole data dalla ricostruzione dell'obbligazione derivante da contatto sociale qualificato come rapporto obbligatorio pieno. In merito al tema della responsabilità del c.d. medico strutturato, successivamente alle vicende giurisprudenziali e dottrinali sopra brevemente richiamate, deve evidenziarsi come sia successivamente intervenuta la legge 8 novembre 2012, n. 189 con la quale si è convertito, con modificazioni, il decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, c.d. decreto Balduzzi. In particolare per quanto qui di interesse, può sottolinearsi come l'art. 3 dello stesso, pur nella sua non felice formulazione, non abbia comportato cambiamenti nella giurisprudenza di legittimità in merito alla riconducibilità della responsabilità del medico all'alveo della responsabilità contrattuale; si veda, per tutte, Cassazione Civile, Sezione VI, ordinanza n. 8940/2014.Tuttavia, deve segnalarsi come sia attualmente al vaglio delle Camere l'Atto Camera n. 1769, il disegno di legge c.d. Madia, recante Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario, nel quale è invece la responsabilità del medico strutturato è configurata come extracontrattuale.

(133) A tal riguardo si vedano le significative considerazioni di ADDIS, *Sull'*excursus *giurisprudenziale del «caso Renault»*, cit., 251: «*un orientamento giurisprudenziale può formarsi solo se la regola di diritto posta alla sua base è esattamente compresa e riformulata dai giudici successivi, i quali sono anzitutto chiamati a conoscere le pronunce precedenti e ad invocarle con prudenza e consapevolezza critica, allo scopo di collocare la decisione che essi intendono prendere nel giusto contesto, non esitando, laddove necessario, a dare analitico conto delle ragioni che li spingono a dissentire dalle posizioni precedenti o a sottoporle ad un'interpretazione evolutiva che sancisca la formulazione di un nuovo principio considerato più conforme al mutare della società nei suoi rapporti con il diritto. Quello che nessuno può (deve) fare – e, in particolare, non possono (devono) fare i giudici della Cassazione, chiamati a perseguire una funzione nomofilattica – è alterare le sentenze precedenti, richiamandole a sproposito e facendo dir loro quello che, in realtà non ha formato oggetto della*

da contatto sociale qualificato abbia recepito, *tout court*, gli orientamenti dottrinari in materia di obbligazione senza prestazione. Ed anzi, si è tentato di dar conto di come da una valutazione di alcuni rilevanti precedenti in materia sia emersa un'incompatibilità tra le due costruzioni teoriche. In altre parole, come già evidenziato, una volta attivato il circuito del rapporto obbligatorio in base ad un atto o un fatto idoneo a produrlo, così come viene ritenuto il contatto sociale qualificato, non si vede perché lo stesso debba mancare degli elementi strutturali tipici del rapporto obbligatorio[134]. Il rapporto obbligatorio derivante dal contatto sociale qualificato emerge, dunque, strutturalmente e contenutisticamente difforme rispetto al rapporto precontrattuale.

Il ragionamento svolto dalla Suprema Corte parrebbe, sino a questo punto, sprovvisto di fondamento.

Un ulteriore aspetto di dissonanza tra quanto sin qui brevemente rilevato e le argomentazioni contenute in Cass. n. 14118/2016 è il seguente: mentre nella ricostruzione teorica precedentemente richiamata l'obbligazione senza prestazione e la correlativa responsabilità per lesione dell'affidamento costituirebbero un'estensione analogica della norma di cui all'art. 1337 c.c., nella riflessione della Corte si assiste ad una curiosa inversione logico-giuridica del ragionamento indicato[135]. Inversione che, pare, non possa condividersi poiché inesatta sia nelle premesse che nel punto di arrivo[136], a maggior ragione ove si tenga conto che nell'arresto *de quo* si prescinda, in maniera sorprendente, dall'analisi delle norme che specificamente si occupano, nel codice civile, della responsabilità precontrattuale[137].

5. I precedenti richiamati da Cass. n. 14188/2016.

Si rende ora necessario, brevemente, analizzare il contenuto dei precedenti richiamati da Cass. n. 14188/2016. Deve, infatti, valutarsi se le motivazioni delle sentenze richiamate possano contenere elementi idonei a integrare le argomentazioni contenute nella parte motiva dell'arresto qui in commento.

L'affermazione in base alla quale la responsabilità precontrattuale sarebbe da ricondurre alla responsabilità da contatto sociale, infatti, non è stata proposta per la prima volta all'interno della sentenza qui analizzata[138]. Già in occasione delle pronunce 27684/2011[139] e 24438/2011[140]

loro riflessione o, addirittura, in esse è stato espressamente negato».

(134) Si veda la precedente nota n. 115. Ed ecco perché, probabilmente, in accordo con le parole di MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 109, secondo le quali gli obblighi di protezione «*nella fase delle trattative e della formazione del contratto* […] *costituiscono un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*», si può considerare il rapporto precontrattuale come l'unica ipotesi, allo stato, accoglibile nel nostro ordinamento, perché normativamente prevista, di obbligazione senza prestazione, ove si ritenga di assumere che vi sia perfetta ed esclusiva sovrapponibilità tra gli obblighi di protezione e gli obblighi assunti dalle parti in funzione della conduzione delle trattative e della conclusione del contratto. E questo, non perché l'approccio che qui si ritiene di condividere, sia frutto di un *mero apriorismo*, così come definito da CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione,* cit., 694, ma proprio perché l'indice che permette di qualificare la relazione come assistita dagli obblighi di correttezza e buona fede è da ricondursi allo scopo che le parti si pongono allorché entrino in contatto: porre in essere trattative e concludere un contratto. In questo senso si vedano anche le considerazioni di DI MAJO, *L'obbligazione protettiva*, cit., 11 ss.

(135) In tale prospettiva ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit., 344.

(136) Si vedano le considerazioni di NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 58 definisce *alquanto sconcertante* l'operazione ermeneutica proposta dai giudici della Suprema Corte di Cassazione nella pronuncia n. 27648/2011, sulla quale si veda, *infra*, nel testo ed alla nota 124. Si vedano, altresì, le considerazioni di ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit., 344 ss.

(137) Sul punto si rimanda, *infra*, a quanto osservato nel par. 6.

(138) A tal riguardo ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit., 345, pienamente condivisibili, in merito alla necessità che una pronuncia dal contenuto analogo a quella qui in commento avrebbe dovuto essere assunta a Sezioni Unite. La sentenza della Corte d'Appello impugnata con il ricorso per Cassazione è stata depositata in data 10 giugno 2010, ben oltre, dunque, il termine previsto per l'entrata in vigore delle modifiche, in merito alle decisioni da assumersi a Sezioni Unite, attuate per l'effetto della previsione dell'art. 8 d. lgs.2 febbraio 2006, n. 40, vale a dire a decorrere dal 2 marzo 2006. Per quanto riguarda, invece, la giurisprudenza di merito è possibile rinvenire, in tema di qualificazione della responsabilità precontrattuale come responsabilità contrattuale, alcuni precedenti, tra i quali si segnalano App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 2, 49 ss., Trib. Milano, 11 gennaio 1988, in *Giurisprudenza commentata*, 1988, II, 585 ss.; App. Milano, 6 novembre 1987, in *Giurisprudenza italiana*, I, 2 796; Trib. Milano, 17 settembre 1973, in NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, 113e, più di recente, Trib. Milano, 25 luglio 2008, n. 9828, rinvenibile su *Il caso.it*, Sez. Giurisprudenza, 1645 - pubb. 26/03/2009.

(139) Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, cit. Si veda la precedente nota n. 10.

(140) Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, cit. Si veda la precedente nota n. 10..

richiamate[141], si era giunti, seppur attraverso motivazioni alquanto meno complesse e articolate, a postulare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale quale ipotesi di contatto sociale qualificato, attraverso una singolare inversione di ordine storico e sistematico, affermando quindi che non sarebbe la responsabilità da contatto sociale a rappresentare uno sviluppo della *culpa in contrahendo*, ma al contrario quest'ultima ad individuare una variante della prima[142].

Avuto riguardo alla prospettiva che qui interessa, non pare potersi rinvenire un efficace impianto motivazionale in nessuna delle due richiamate decisioni.

Nel testo di Cass. n. 27648/2011 è dato, infatti, leggere solo, per i profili in questa sede rilevanti, che l'ipotesi di cui all'art. 1337 c.c. «*delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita da un rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede*»[143] e che «*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 antigiuridica, e non anche la colpa. 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., sicché deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità abbia l'onore di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno*»[144]. Dunque, con altre parole, a monte si postula l'esistenza del contatto sociale qualificato e, solo dopo, derivato di quello, della responsabilità precontrattuale che costituirebbe un'ipotesi specificamente normata di contatto sociale che, proprio (e, sembrerebbe, soltanto) in quanto ipotesi di contatto sociale, presenterebbe tutti i requisiti di cui all'art. 1173 c.c. e, pertanto, sarebbe idonea a far sorgere un rapporto obbligatorio[145].

Ancora più timida e apodittica è l'affermazione compiuta da Cass. n. 24438/2011 nella quale è dato rinvenire che «*la responsabilità a base della domanda di risarcimento non è qualificabile come contrattuale, cui si avvicina perché consegue 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, ma non può per la stessa ragione, neppure parificarsi a quella meramente extracontrattuale*»[146].

Nessuno dei due precedenti, dunque, si connota per un apparato motivazionale strutturato e convincente.

La circostanza si colora di maggiore gravità, ove si tenga conto della totale assenza di un serio confronto con il precedente, granitico, orientamento della giurisprudenza di legittimità[147], rispetto al quale si sarebbe dovuto commisurare il Collegio che per primo avesse ricostruito la natura della responsabilità del rapporto precontrattuale in termini contrattuali[148]. Le motivazioni delle sentenze richiamate, ed il ragionamento nelle stesse contenute, non sembrano quindi essere dotate di forza persuasiva, ove si tenga conto dei più che laconici richiami normativi e considerato che il fondamento delle stesse si basi esclusivamente su un generico richiamo al contatto sociale[149], ancor

(141) Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, cit., 16 ss. Per una sintetica ricostruzione delle due vicende sottese alle pronunzie richiamate, si veda FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, ... "contrattuale"?*, cit., 287 ss.

(142) Cfr. NIVARRA, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, cit., 59, il quale afferma che «*filologicamente parlando si tratta, come visto, di un notevole svarione*»; concorde SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 1949.

(143) Così Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., al n. 8.

(144) Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., al n. 8.

(145) Denuncia l'assenza di una convincente base d'appoggio del ragionamento sintetizzato ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit., 347, sottolinenado, alla pagina 357, come la pronuncia in esame abbia costituito un'occasione persa per riflettere fondatamente sulla natura della responsabilità precontrattuale; nello stesso senso, seppur forse sotto altra prospettiva, PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 192.

(146) Cfr. Cass. civ., sez. I, 21 novembre 2011, n. 24438, cit.; tiepida e tentennante la definisce PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 191 alla nota 204.

(147) Per il quale si vedano, tra i più risalenti precedenti, Cass. civ., 23 aprile 1947, in *Giur. compl. Cass. civ.,* 1947, I, 430; Cass. civ., 12 gennaio 1954, in *Foro italiano,* 1954, I, 1108; Cass. civ., 5 maggio 1955, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1956, II, 360.

(148) Sottolinea la circostanza CASTRONOVO, *La Cassazione supera sé stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1233 rilevando come la Corte si sia pronunciata con affermazioni piane e pacate, come si trattasse di risapute ovvietà, a fronte, invece, di un orientamento che *ab immemorabili* era attestato sulla qualificazione aquiliana della responsabilità precontrattuale.

(149) PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 192: evidenzia come l'aspetto che debba essere stigmatizzato sia la centralità assegnata alla fragile figura del "contatto sociale". Sottolinea i rischi dell'uso indiscriminato del contatto sociale, proprio relativamente alla richiamata sentenza, ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit. 354 ss.

più ove si tenga conto che, come si è avuto modo di sottolineare precedentemente, il contatto sociale, quale fonte dell'obbligazione, sarebbe idoneo ad ingenerare un rapporto obbligatorio contenutisticamente e strutturalmente completo e complesso e, dunque, ben difforme da quello precontrattuale.

Se è vero che il punto d'arrivo dei precedenti richiamati, quello sulla qualifica della responsabilità precontrattuale come *latu senso* contrattuale[150] o, forse più correttamente, da inadempimento dell'obbligazione[151], può essere condivisibile[152], è anche vero che il percorso svolto per giungere a tale approdo, analogamente a quello compiuto alcuni anni dopo da Cass. n. 14188/2016, non può considerarsi né neutro[153] né convincente[154]. Non è sicuramente neutro perché, implicitamente, l'aver scelto il mezzo del contatto sociale per affermare la natura contrattuale della responsabilità da ricondursi alla fase precontrattuale ha significato, tra l'altro, tralasciare tutte quelle altre argomentazioni, alquanto più convincenti, anche sotto il profilo sistematico, già evidenziate dalla miglior dottrina[155]. Non è convincente, inoltre, non solo per le carenze dell'impianto motivazionale, ma anche, e la circostanza non è certo di poco conto, perché nelle due pronunzie rese nel 2011, come del resto anche nella sentenza qui in commento, risulta essere del tutto assente[156], qualsiasi riferimento approfondito alla norma di cui all'art. 1337, che dovrebbe costituire imprescindibile elemento d'analisi ove si voglia pervenire alla qualificazione della natura della responsabilità della fase precontrattuale[157].

Tale circostanza, di per sé, sarebbe già sufficiente per inficiare il percorso logico-argomentativo adottato dai giudici di legittimità; ove, infatti, la scelta di prescindere dal dato normativo fosse stata dettata da ragioni fondate, si sarebbero dovute poter leggere le ragioni di una tale esclusione[158].

Tuttavia, nulla di tutto ciò è dato rinvenire nelle decisioni qui richiamate.

La mancanza da ultimo ricordata sembra connotarsi di ancora maggior gravità ove si tenga conto della storia legata alla *culpa in contrahendo* che ha condotto il legislatore alla predisposizione delle norme di cui agli artt. 1337 e 1338[159].

Deve, inoltre, sottolinearsi, a conferma forse della non persuasività dei due precedenti del 2011, la particolare circostanza di come le due pronunce richiamate siano passate, in pratica, inosservate nel panorama della giurisprudenza di legittimità che, allorquando si è trovata a dover prendere nuovamente posizione in merito alla natura della responsabilità precontrattuale, lo ha fatto senza tener conto delle stesse[160]. Se, infatti, sotto il profilo, per così dire, formale, certo non può negarsi alle pronunzie del 2011 la qualifica di veri e propri precedenti[161], lo stesso non può dirsi in quanto alla capacità persuasiva delle stesse che forse, proprio in ragione del loro debole impianto motivazionale, non hanno avuto la forza di imporsi nel panorama giurisprudenziale. Nessun accenno, neppur sotto tale aspetto, pare esservi all'interno della sentenza qui in commento, che richiama le due precedenti pronunce limitandosi a riportare i principi nelle

(150) Usa questa formula TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990.

(151) Tale espressione, che peraltro ha il pregio di richiamarsi al linguaggio impiegato dal codice civile, pare trovare consensi in dottrina; a titolo meramente esemplificativo si vedano FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, … "contrattuale"?*, cit., 290, e CASTRONOVO, Vaga culpa in contrahendo: *invalidità, responsabilità e la ricerca della* chance *perduta*, cit.,1 ss.

(152) Si veda, *infra*, par. 6.

(153) Ne sottolinea la non necessarietà PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., 193; sotto il diverso profilo dell'onere probatorio e in un diverso orizzonte ricostruttivo DELLA NEGRA, nella nota a Cass. civ., sez. I, 20 dicembre 2011, n. 27648, cit., 239.

(154) In questo senso SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 1949. Si veda, inoltre, 1337 ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit. 347, il quale contesta la possibilità di impiegare il contatto sociale *sic et simpliciter* come fonte d'obbligazione, sottolineando, nelle pagine successive, come siano necessari degli «*elementi ordinamentali*».

(155) A tal riguardo si veda quanto si avrà modo di ripercorrere nel par. 6.

(156) Ma sul punto *infra* al par. 6.

(157) Sottolinea, in merito al ragionamento svolto da Cass. 27648/2011, la necessità di muovere proprio dal dato dell'art. 1337 ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit., 357.

(158) Quale che fosse la strada prescelta per giungere ad affermare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, infatti, ci si sarebbe in ogni caso dovuti confrontare con il dato normativo.

(159) A tal riguardo si rinvia al par. 6.

(160) Si vedano, a mero titolo esemplificativo, ancora per l'affermazione della natura aquiliana della responsabilità precontrattuale Cass. civ., 29 luglio 2011, n. 16735, in *Massimario del Foro italiano*, 2011; Cass. civ., 10 gennaio 2013, n. 477 in *Danno e responsabilità,* 2013, 754 ss. con nota di DELLA NEGRA, *La natura della responsabilità precontrattuale: la quiete dopo la tempesta*; Cass. civ., 13 febbraio 2013, n. 3579, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 693 ss.; Cass. civ., 13 febbraio 2013, n. 3579, in *Nuova giurisprudenza civile* commentata, 2013, 693; Cass. civ., S.U., ord., 23 marzo 2011, n. 6594, in *Corriere giuridico*, 2011, 937 ss., con nota di DI MAJO, *L'affidamento nei rapporti con la p.a.*;

(161) Così FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, … "contrattuale"?*, cit., 289.

stesse contenuti e affermandone la condivisibilità[162]. Pertanto, il richiamo ai precedenti non pare aggiungere alcun elemento utile ad irrobustire l'impianto motivazionale di Cass. n. 14188/2016.

Nel richiamo ai due precedenti indicati può scorgersi, probabilmente, una duplice ragione. La prima, dichiarata, di avallo e legittimazione del ragionamento svolto sino a quel punto in merito alla supposta esistenza di una visione unica e condivisa della teoria del contatto sociale e dell'obbligazione senza prestazione, che avrebbe quale suo epilogo naturale quello dell'inquadramento della responsabilità precontrattuale all'interno di quella c.d. da contatto sociale[163].

L'altra ragione, meno evidente forse, è verosimilmente da rintracciare nell'utilità e nella comodità[164] di tali richiami, che consentono alla Corte di sottrarsi alla necessità del confronto con l'orientamento granitico della propria giurisprudenza in merito alla natura della responsabilità precontrattuale.

Le pronunzie richiamate, infatti, a causa del loro alquanto ridotto impianto motivazionale non paiono in grado di svolgere, come sopra chiarito, alcuna funzione di supporto al ragionamento del Collegio ma si sono, tuttavia, ben prestate a costituire quasi un *escamotage* attraverso il quale, anche in Cass. n. 14188/2016, così come nei suoi due precedenti, la Suprema Corte ha potuto evitare, se non incidentalmente[165], di confrontarsi con il proprio storico orientamento, inossidabile per molti decenni[166] e del tutto insensibile al dibattito dottrinario esistente in materia[167].

6. La natura della responsabilità del rapporto precontrattuale.

Alla luce di quanto sin qui considerato, nessuno dei passaggi dell'*iter* argomentativo proposto da Cass. 14188/2016 appare condivisibile.

È bene precisare che una tale considerazione sia da limitarsi al modo con il quale il Collegio ha svolto il proprio ragionamento, e non al punto d'approdo raggiunto[168]. Al fine di affermare la natura contrattuale[169] della responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi che sorgono in occasione del rapporto precontrattuale è possibile, infatti, procedere secondo altro percorso argomentativo.

Per far questo, tuttavia, si ritiene che imprescindibile punto di partenza debba consistere nell'analisi dell'art. 1337 c.c.; aspetto che, invece, sorprendentemente, la Corte ha deciso di trascurare, fatta eccezione solo per meri richiami nominalistici; le argomentazioni adottate da Cass. 14188/2016 si sarebbero ben potute spendere in un altro contesto ordinamentale, sprovvisto di puntuali previsioni normative. Proprio tenuto conto della portata dell'art. 1337, risulta difficilmente spiegabile l'approccio perseguito dalla Suprema Corte, il quale ha proposto, di fatto, una lettura abrogatrice dell'articolo in oggetto[170].

E non v'è chi non veda come una tale prospettiva non possa essere condivisa.

Colpisce molto, ancora, pur a fronte della chiara aspirazione di ricostruire il tema oggetto della pronuncia, anche avuto riguardo al profilo storico[171], che manchi qualunque riferimento alla storia della responsabilità precontrattuale in Italia e di come questa possa e debba essere ricollegata alle norme che positivamente la prevedono nel codice civile.

In realtà, come più volte ribadito, il dato normativo di partenza non può essere ignorato, anche in considerazione della circostanza che sia una corretta interpretazione delle norme rilevanti, prima fra tutte proprio l'art. 1337, a fornire elementi

(162) Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 17.

(163) Sul punto si veda quanto osservato nei precedenti paragrafi.

(164) Tornano alla memoria, a tal riguardo, le parole di CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, in *Rivista di diritto processuale*, 1949, 42 ss., il quale, seppur in tempi in cui il numero di giudizi resi dalla Corte di Cassazione era infinitamente inferiore, avvertiva dei rischi nell'uso del precedente come comoda alternativa ad una attenta attività critica che, a maggior ragione, dovrebbe contrassegnare l'operato dei giudici di legittimità.

(165) Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4.

(166) FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque, … "contrattuale"*, cit., 285.

(167) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, vol. XII, II, *Il contratto in generale*, Torino, 2000, 347.

(168) Sulla necessità di un corretto inquadramento teorico della responsabilità in esame, a titolo esemplificativo, ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 348 ss.

(169) Sottolinea che l'espressione "responsabilità contrattuale" sia una sineddoche MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente),* in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1072.

(170) Né potrebbe sorgere dubbio alcuno rispetto all'applicabilità degli artt. 1337 e 1338 ai contratti conclusi con la P.A.; a tal riguardo, con respiro di sintesi, si segnalano, Cass. civ., 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Foro italiano*, Rep. 1989, voce *Contratti della p.a.*, [1730], n. 36; Cass. civ., sez. Lav., 7 aprile 1992, n. 4226, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1, 1890; Cass. civ., sez. I, 6 marzo 1998, n. 2519, in *Giustizia civile*, 1998, I, 1242; Cass. civ., sez. III, 7 febbraio 2006, n. 2525, in *Foro Italiano*, Rep. 2006, voce *Contratto in genere*, [1740], n. 402.

(171) Cass. civ., sez. I, 12 luglio 2016, n. 14188, 4 ss.

dai quali non si dovrebbe poter prescindere, nell'ottica di una riflessione volta a determinare la natura della responsabilità precontrattuale.

Ripercorrendo un percorso puntualmente tracciato[172], il punto dal quale prendere le mosse è l'introduzione nel codice del 1942 della norma di cui all'art. 1337, con la quale venne per la prima volta[173] esplicitamente sancita una responsabilità a carico delle parti, derivante da comportamenti contrari alla buona fede, nella fase delle trattative e della conclusione del contratto.

La nuova norma, diversamente forse dalle intenzioni del legislatore[174], ha ulteriormente alimentato il dibattito dottrinario in merito alla *vexata questio* sulla natura della responsabilità precontrattuale, tanto che ancora alcuni anni dopo l'introduzione della stessa, un Autore, non senza una punta di ironia, osservava che siccome nel vigore del codice abrogato si ammetteva che taluno fosse responsabile per la rottura ingiustificata delle trattative o per aver dato causa alla formazione di un contratto invalido, e si discuteva soltanto se la responsabilità dipendesse da colpa contrattuale o colpa aquiliana, dopo l'entrata in vigore degli odierni artt. 1337 e 1338, a qualcuno è sembrato che non fosse cambiato nulla, tant'è che si continua a discutere sull'indole della responsabilità, se la *culpa in contrahendo* sia aquiliana o meno[175]. Se la giurisprudenza è risultata, per un lunghissimo periodo, granitica nell'attribuire natura extracontrattuale all'ipotesi di cui all'art. 1337[176], non uguale uniformità, come detto, si è riscontrata in ambito dottrinario, ove le ricostruzioni proposte si sono mosse in tre direzioni differenti: quella contrattuale[177], quella aquiliana[178] e, da ultimo, l'ipotesi in base alla quale la responsabilità in esame costituirebbe un *tertium genus* che raccoglierebbe elementi sia della prima che della seconda[179].

Le ragioni del protrarsi di un tale dibattito sono probabilmente da ricercarsi, oltre che nella diversità di approccio al tema[180], anche nella circostanza che

(172) Il riferimento è alle riflessioni compiute da MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, cit., 360 ss.

(173) Nella vigenza del codice abrogato, la dottrina italiana che riteneva possibile affermare la responsabilità per ingiustificato recesso dalle trattative o per mancata comunicazione di una ragione di invalidità, individuava la norma di riferimento nell'art. 1151, assimilabile all'attuale art. 2043, rendendo quindi più lineare l'affermazione di quelle ipotesi di responsabilità in chiave extracontrattuale; tal riguardo si veda ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 350. Tale circostanza, peraltro, sarebbe un ulteriore elemento a supporto della ricostruzione della norma di cui all'art. 1337 come ipotesi di responsabilità derivante dall'inadempimento di obblighi relativi. Si vedano anche le considerazioni di BENATTI, Culpa in contrahendo, in *Contratto e impresa*, 1987, 287 ss., nonché, più di recente, TURCO, *L'interesse negativo nella* culpa in contrahendo, in *Rivista di diritto civile*, 2007, 2, I, 192 ss.

(174) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 352.

(175) Così letteralmente STOLFI, *Il principio di buona fede,* cit., 164

(176) Si rinvia alle considerazioni svolte nei precedenti paragrafi.

(177) Si vedano, fra gli altri, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1956, II, 360 ss.; ID., *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi», (Studio critico)*, in *Riv. Dir. comm.*, 1954, 185 ss.; STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Foro italiano*, 1954, I, 1110; ROMANO, *Buona fede (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 677; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963; ID., *Responsabilità precontrattuale (Diritto civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXVII, Roma, 1991, 1; SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970; ID., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, Torino, 1968, 674; CARUSI, *Correttezza (Obblighi di),* in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 710; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Bessone, vol. XII, II, *Il contratto in generale*, Torino, 200;, TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto,* in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147 ss.

(178) Con respiro di sintesi, si segnalano, BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1948, 117; CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, 463 ss.; BESSONE, *Buona fede in senso oggettivo*, *recesso dalle trattative e responsabilità per danno «ingiusto»*, in *Giurisprudenza di merito*, 1978, I, 1165; BIANCA, *Diritto civile,* III, *Il contratto*, Milano, 2000, 161 ss.; OSTI, *Contratto*, in *Novissimo Digesto italiano,* IV, Torino, 1968, 514; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (artt. 1321-1469 c.c.),* Milano, 1948, 174 ss.; G.PATTI-S.PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 1993, 34 ss; SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 2008; GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Rivista di diritto civile*, 2004, 2, I, 295 ss.

(179) Soprattutto CUFFARO, *Responsabilitò precontrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milano, 1988, 1270. A tale approccio può essere ricondotta anche la posizione di chi propende per una soluzione casistica come, a mero titolo esemplificativo, GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale*. *Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, 159 ss, LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 792 ss.
In merito alla non condivisibilità della prospettazione di un terzo tipo di responsabilità si vedano le puntuali riflessioni di CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 448 ss.

(180) Nota è l'autorevole affermazione, probabilmente connotata da una vena ironica, di BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 83, il quale riduce la questione ad una «*preferenza di gusto*».

la responsabilità precontrattuale sia un'ipotesi di responsabilità di confine[181].

Senza addentrarsi in aspetti eccessivamente specifici sul tema, che esulerebbero dallo scopo delle riflessioni qui condotte, si vuole sottolineare come si ritenga condivisibile quella *tradizionale* ricostruzione della natura della responsabilità precontrattuale quale responsabilità da inadempimento[182], o *lato sensu* contrattuale, derivante dalla violazione di quegli obblighi di buona fede che sorgono in occasione del contatto negoziale fra le parti.

Per ripercorrere, sinteticamente, i diversi aspetti di tale ragionamento è bene, innanzitutto, muovere dalla portata della norma di cui all'art. 1337 c.c.

A tal fine pare che già possano rinvenirsi alcuni elementi rilevanti nella Relazione al codice civile[183], nella quale, a proposito dei soggetti destinatari della previsione considerata, si impiegano le espressioni *parti*[184] e *soggetti di un rapporto contrattuale*, già di per sé indicative di una determinata tipologia di rapporto giuridico. Nella stessa sede si afferma, altresì, come gli obblighi di correttezza e buona fede presiedano alle fasi delle trattative e della formazione del contratto, e come le stesse debbano considerarsi rientranti nella sfera del contratto stesso[185], suggerendo, dunque, un'estensione del rapporto obbligatorio anche alla fase che precede la conclusione del contratto.

La terminologia usata, sia nella norma in esame, sia nella Relazione al codice, sembra fornire una chiara indicazione in merito alla qualifica obbligatoria del rapporto che si instaura tra coloro che entrano in contatto per porre in essere trattative e al fine di concludere un contratto. La circostanza appare ancora più evidente ove la si raffronti con la terminologia impiegata nella Relazione al codice civile a proposito delle obbligazioni derivanti da fatto illecito[186], del tutto difforme da quella appena richiamata.

Anche la scelta topografica, compiuta dal legislatore del 1942, non sembra una scelta neutra[187] e, anzi, sembra fornire un ulteriore elemento, seppur non certo dirimente, a supporto della ricostruzione che ritiene di qualificare la responsabilità precontrattuale come contrattuale[188].

In linea con la ricostruzione in chiave contrattualistica e coerente con i principi del codice civile, oltre che difficilmente contestabile [189], appare, inoltre, la qualificazione della buona fede di cui all'art. 1337 come oggettiva[190]. Come noto, infatti, la buona fede oggettiva è nata e si è sviluppata all'interno dei rapporti obbligatori, come direttiva in base alla quale ogni parte deve orientare il proprio comportamento[191]; che l'ambito di operatività proprio della buona fede oggettiva sia il rapporto obbligatorio è così vero che «*quando una norma giuridica assoggetta lo svolgimento di una relazione sociale all'imperativo della buona fede, ciò è un indice sicuro che questa relazione sociale si è trasformata, sul piano giuridico, in un rapporto obbligatorio, il cui contenuto si tratta appunto di*

(181) Per tutti ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 352.

(182) A titolo esemplificativo MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale*, cit., 360 ss.; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit.; STOLFI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, cit., 1110 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit., 674 ss. e CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 503 ss. cui *adde* i riferimenti della precedente nota 175.

(183) Cfr. *Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice civile, Roma, 1943*, n. 612.

(184) Formula, peraltro, usata anche all'interno della norma di cui all'art. 1337 c.c.

(185) Cfr. *Relazione al Codice civile*, cit., n. 612 la quale riporta che «*è dominata dall'obbligo di correttezza e da quello di buona fede (in senso oggettivo) la materia delle trattative contrattuali e quella concernente i contratti c.d. per adesione. L'obbligo predetto è richiamato in via generale dall'art. 1337 come base del comportamento delle parti nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto. Questo obbligo esige dai soggetti di un rapporto contrattuale, nella sfera del rapporto stesso, un comportamento ispirato dal senso della probità, sia nella rappresentazione leale e non cavillosa dei diritti e degli obblighi che ne derivano, sia nel modo di farli valere o di osservarli, con riguardo in ogni caso allo scopo che il contratto vuol soddisfare, all'armonia degli interessi delle parti e di quelli superiori della Nazione, i quali richiedono una pacifica collaborazione produttiva*».

(186) Si veda la *Relazione al codice civile*, cit., n. 793 ss.

(187) *Contra*, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 127 che non ritiene il criterio topografico rilevante sotto tale profilo. Sulla rilevanza della collocazione topografica delle norme, si veda il pensiero di DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale,* cit., 35 ss.

(188) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 361 ritiene che nessuno spunto possa essere legittimamente tratto dalla collocazione della norma, in considerazione della circostanza che gli obblighi insorgenti nella fase precontrattuale non derivino dall'accordo negoziale, ma che la ragione di una tale collocazione sia da ricollegarsi al momento di insorgenza degli interessi che la disposizione vuole tutelare.

(189) Si veda la *Relazione al Codice Civile*, n. 612 che sul punto non lascia dubbio alcuno.

(190) Cfr. SAPONE, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 81; l'Autore pur propendendo per la tesi che vuole aquiliana la responsabilità di cui all'art. 1337, qualifica come oggettiva la buona fede in questione.

(191) MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 364, che aggiunge «*perciò il contrario della buona fede (in senso oggettivo) si risolve nel concetto (oggettivo) di inadempimento, tant'è che, sotto questo profilo, nel linguaggio romano l'espressione «fidem praestare» designa l'adempimento di una obbligazione*; ancora, poco dopo, l'Autore afferma che «*l'applicazione del principio di buona fede (oggettiva) presuppone dunque uno specifico vincolo obbligatorio, presuppone che ci siano un debitore e un creditore (arg. ex art. 1175 cod. civ.)*».

specificare a stregua di una valutazione di buona fede»[192].

A ragionare diversamente e riconducendo, dunque, la fase precontrattuale nell'alveo della responsabilità aquiliana, per poter parlare di buona fede in ambito extracontrattuale, la stessa non potrebbe essere considerata nella sua variante oggettiva, quale norma obiettiva di condotta assunta come criterio di specificazione di una serie di obblighi reciproci, imposti alle parti delle trattative indipendentemente dall'esito della conclusione di un valido contratto, ma dovrebbe essere intesa in senso soggettivo e, dunque, quale atteggiamento psicologico che un consociato avrebbe rispetto alla violazione dei doveri di condotta, che ciascuno ha nei confronti degli altri, in quanto titolari di diritti assoluti.

In altre parole, in tale ricostruzione, la buona fede non sarebbe idonea ad ingenerare obblighi a carico delle parti nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, ma avrebbe solo la funzione di fissare un elemento soggettivo necessario per il risarcimento del danno derivato dalla violazione di doveri già esistenti indipendentemente dall'art. 1337[193].

Ad accogliere la prospettiva aquiliana, dunque, il significato della disposizione sarebbe questo: il danno ingiusto cagionato a una parte delle trattative, da un comportamento dell'altra parte causalmente connesso alla specifica relazione instaurata al fine della formazione di un contratto, sarebbe risarcibile solo in quanto il torto sia stato compiuto in mala fede. L'art. 1337 c.c. prospetterebbe, in altri termini, una figura speciale di fatto illecito, dove la misura della responsabilità dell'autore non sarebbe data dal canone della *culpa-diligentia* sancito dall'art. 2043, bensì dalla mala fede [194].

Ma tale prospettiva appare per nulla persuasiva[195], giacché avrebbe, fra l'altro, quale corollario che la norma di cui all'art. 1337 sarebbe stata *inutiliter data*[196].

Muovendo dalla giusta prospettiva, invece, è possibile cogliere che con la norma di cui all'art. 1337, il legislatore del 1942 abbia inteso sancire l'estensione dell'operatività della clausola di buona fede oggettiva al momento delle trattative e della formazione del contratto, di modo tale che sin da questa fase della vicenda contrattuale, a carico di entrambe le parti, insorgerebbero quegli obblighi specifici di correttezza già previsti, in via generale, all'art. 1175[197], in ragione del verificarsi di un contatto tra le sfere giuridiche delle parti, potenzialmente pericoloso per l'incolumità o il patrimonio delle stesse[198]che, diversamente, non avrebbero[199].

Un ulteriore argomento si basa sulla considerazione della tipologia di comportamenti derivanti dalla stessa previsione normativa[200]. Non possono ricondursi a questa, infatti, solo obblighi aventi contenuto negativo, inteso come «*facere necessario alla conservazione e al mantenimento dello stato passivo che nulla innova circa la direzione di quei doveri*»[201], tipici doveri dei rapporti extracontrattuali, bensì anche obblighi

(192) Così MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit.,364. Inoltre, spostare il campo d'azione della norma relativa alla responsabilità precontrattuale, nell'ambito della responsabilità aquiliana avrebbe un'ulteriore conseguenza per nulla trascurabile. Considerato come l'elemento portante, in grado di strutturare la responsabilità nella fase delle trattative e della conclusione del contratto, sia la buona fede (così SAPONE, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 81), questa assumerebbe significato e portata difformi a seconda del regime al quale si ritiene di dover ricondurre la responsabilità di cui all'art. 1337. Ancora l'Autore rileva, poco dopo, come « ».

(193) MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 362.

(194) Così MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 362. Si veda anche la successiva nota n. 198.

(195) Si vedano le ulteriori considerazioni di MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 362.

(196) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 361.

(197) A tal riguardo si vedano i contributi di cui alla nota 3.

(198) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità* precontrattuale, cit., 364. Nello stesso senso cfr. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di),* cit., 712 e ROVELLI, *Correttezza*, cit., 427.

(199) Relativamente a questo profilo, cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit. 133 ss. sottolinea la circostanza che il principio dell'art. 1337 derivi da quello sancito nell'art. 1175, risulterebbe provato non solo dalla genesi della prima norma, nonché da considerazioni di ordine storico, ma anche dalla parziale identità di contenuto delle due norme (entrambe, infatti, impongono doveri di comunicazione, di segreto e di custodia e, in special modo, dalla identità di *ratio*: entrambe le disposizioni presuppongono un «contatto» tra due sfere di interessi, il quale esige dalle parti un atteggiamento particolarmente riguardoso e corretto volto ad evitare eventi dannosi, nonché un impegno di collaborazione per raggiungere lo scopo cui esse tendono: scopo che nell'art. 1337 è dato dalla conclusione del contratto, e nell'art. 1175 da una migliore realizzazione del risultato che esse si propongono di conseguire attraverso il rapporto contrattuale.

(200) Appare persuasiva la riflessione di MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 362 ss. secondo la quale ove la disposizione di cui all'art. 1337 fosse interpretata come specificazione della responsabilità aquiliana, la statuizione dell'art. 1337 si ridurrebbe ad una banale ripetizione del dovere di non ledere l'altrui diritto assoluto, ed ancora appare chiaro come un'interpretazione che di fatto renda inutile, abrogando implicitamente, il dettato della disposizione in oggetto non possa essere condivisa. Sottolinea l'insuperabilità di una tale riflessione, nella ricostruzione in chiave aquiliana della responsabilità precontrattuale, ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 361.

(201) Così BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 130.

relativi[202] che tendano anche «*al promuovimento e al soddisfacimento dell'aspettativa di un determinato soggetto*»[203]; considerata la fonte di tali obblighi, infatti, la semplice astensione non sarebbe sufficiente[204].

In altre parole, tutti quegli obblighi comportamentali che derivano dalla buona fede e correttezza all'interno del rapporto contrattuale, coincidono con quelli che derivano a carico di entrambe le parti in forza della disposizione di cui all'art. 1337. Ed allora, appare quanto mai difficile sostenere che si possa attribuire una diversa natura alla responsabilità susseguente alla violazione degli obblighi derivanti dall'art. 1337, rispetto a quelli derivanti dall'art. 1175[205]; a maggior ragione, ove si consideri, come già accennato sopra, che l'art. 1337 si concretizzi in una estensione della portata della norma di cui all'art. 1175 anche alla fase delle trattative[206]. Né avrebbe senso obiettare che gli obblighi derivanti dall'art. 1175 sarebbero accessori, rispetto ad un rapporto obbligatorio già instauratosi, mentre lo stesso non potrebbe dirsi avuto riguardo a quelli derivanti dall'art. 1337[207].

---

(202) Dunque di diversa natura rispetto a quei doveri assoluti, la cui violazione comporta la responsabilità di cui all'art. 2043 c.c. A tal riguardo si vedano ROVELLI, *Correttezza*, cit., 426, BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 128 e gli Autori *ivi* richiamati alla nota 35, nonché, nello stesso senso, MENGONI, *Sulla natura delle responsabilità precontrattuale,* cit., 369 alla nota 16. Cfr. anche, ROMANO, *Buona fede (dir. priv.),* cit., 682 il quale sostiene come il fatto che nella fase precontrattuale vi sia vigenza della normativa sulla correttezza sia un chiaro indice che ci si trovi al di fuori dell'ambito dell'art. 2043 del codice civile. Si vedano, altresì, STOLFI, *In tema di responsabilità* precontrattuale, in *Foro* italiano, 1954, I, 1111, e, di recente, ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 355.
Critico rispetto alla tesi contrattualistica «*quanto meno nella sua formulazione tradizionale*», pur condividendone il punto d'approdo, è TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, cit., spec. 741. Le ragioni del dissenso vengono individuate in una asseritamente non puntuale analisi della norma di cui all'art. 1337 c.c., nonché nella circostanza che il fondamento della qualifica in termini contrattuali della responsabilità in esame verrebbe «*tendenzialmente mutuato dalla* summa divisio *fra i diritti reali od assoluti e diritti di credito o relativi e, per converso, fra doveri assoluti (o in senso stretto) ed obblighi*», ripartizione che, nel pensiero dell'Autore, in ragione del suo eccessivo formalismo, non sarebbe idonea a sostenere la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale. Meglio sarebbe, sottolinea l'Autore nelle pagine successive, l'impostazione di chi avrebbe identificato quale elemento rilevante la preesistenza, alla lesione, di una relazione giuridicamente rilevante; a tal fine viene richiamato il pensiero di SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 214. E tuttavia, alla pag. 753, TURCO aggiunge come neanche tale circostanza sarebbe di per sé dirimente, atteso che oltre alla preesistenza di un vincolo, sarebbe necessario che il diritto «*disciplini* ex ante *il conflitto di interessi fra le parti e non intervenga solo* ex post» nonché, ed è questo l'elemento solutivo nella ricostruzione proposta, è necessario che vi sia una «*interazione reciproca fra posizione debitoria e creditoria, che scandisca la dinamica del rapporto: alla cui stregua* […] *è agevole individuare nella predeterminazione relativa del contenuto del vincolo e nel progressivo modellarsi dell'obbligo sulla pretesa e di quest'ultima sul primo, nell'attuazione dell'obbligazione*». Rispetto a tali considerazioni, è possibile osservare, preliminarmente, come sia lo stesso SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 214, alla nota 3 a richiamarsi direttamente, seppur non esclusivamente, al pensiero di MENGONI (indicato da TURCO come il fautore della tesi contrattualistica nella sua formazione tradizionale). Inoltre, le critiche rivolte da TURCO alla ricostruzione c.d. tradizionale, sembrano, implicitamente, considerare che ognuna delle argomentazioni impiegate debba essere di per sé sola dirimente. In realtà, pare proprio che il vantaggio di una ricostruzione complessa come quella prospettata, nelle sue molteplici linee fondamentali, da MENGONI abbia il pregio di fornire spiegazioni a più livelli, sfruttando molteplici elementi a supporto, e di riscontro, della tesi sostenuta. Se vi fosse stata un'argomentazione unica e definitiva, in merito alla determinabilità della natura del rapporto precontrattuale, probabilmente, non avremmo assistito ad un dibattito dottrinario così fecondo e duraturo. Da ultimo, si desidera sottolineare che tutti gli elementi ritenuti, nella ricostruzione di TURCO, idonei a qualificare come contrattuale la responsabilità precontrattuale, possano ben essere rintracciati già nella ricostruzione prospettata da MENGONI e nel testo sinteticamente richiamata, purché si accetti di considerare la complessità delle argomentazioni, nonché la concatenazione delle stesse come un *unicum* idoneo a determinarne la «*insuperabile persuasività*» (così SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 1949).

(203) BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 130; si veda anche ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 362 ss.

(204) A tal riguardo sia consentito il rimando ai riferimenti di cui alla nota n. 3.

(205) Si veda la precedente nota n. 197.

(206) In tal senso cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 134: «*ne consegue che anche l'inosservanza di un obbligo precontrattuale di buona fede deve determinare una responsabilità contrattuale al pari della violazione dei* «doveri di correttezza» *che sorgono* ex contractu»; parimenti ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 364 ss. e 367 ss.

(207) In tal senso cfr. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale,* cit., 135; l'Autore *ivi* chiarisce come una tale obiezione si rivelerebbe poco consistente, poiché quando si sostiene che un obbligo abbia carattere autonomo oppure strumentale, si dà rilievo soltanto al suo profilo funzionale, cioè allo scopo che esso tende a realizzare e da tale considerazione non si potrebbe certo trarre alcuno spunto in ordine al problema della natura della responsabilità per violazione di quell'obbligo, in quanto questo problema si risolve tenendo unicamente presente se si è verificata una violazione di una «obbligazione» oppure di uno dei doveri rientranti nel sistema dell'art. 2043 c.c. Rispetto all'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337, si deve ritenere che esso si configuri come obbligazione, la quale trovi la sua fonte non nella volontà delle parti in trattative, secondo l'insegnamento della meno recente dottrina tedesca, ma nella legge, e pertanto sulla base di tale considerazione rientrerebbe nella terza categoria della classificazione gaiana, riprodotta fedelmente nell'art. 1173 c.c.

Ulteriori conferme, in questo senso, possono rinvenirsi attraverso una sistematica interpretazione di quelle norme che costituiscono specificazione della generale previsione contenuta nell'art. 1337[208].

Sotto altro profilo, in merito alla qualifica in termini obbligatori del rapporto precontrattuale, è necessario sottolineare come la natura contrattuale di questo vada affermata per ragioni ontologiche, e non in virtù di un fatto ulteriore e successivo come la conclusione del contratto. Il verificarsi o meno di tale ultima circostanza non appare rilevante, infatti, né ai fini della configurabilità di una autonoma responsabilità precontrattuale[209], né in merito alla determinazione della natura della responsabilità in esame. Se si ipotizzasse che la qualifica in termini contrattuali possa darsi solo ove si sia successivamente concluso un contratto valido si violerebbe, implicitamente, il principio di non contraddizione che costituisce limite anche all'attività del legislatore, giacché «*non può derivare dal contratto un obbligo che già sussiste all'atto della formazione del contratto medesimo*»[210].

Il rapporto precontrattuale[211] non trova il suo fondamento costitutivo nel contratto che venga, eventualmente, successivamente stipulato bensì già, *ex* art. 1173 c.c[212], nella buona fede, quando sorga l'affidamento[213] obiettivo in una parte nella lealtà e correttezza del comportamento altrui, una volta che queste siano entrate in una relazione qualificata volta alla stipulazione di un contratto[214].

Più precisamente[215], è la relazione diretta alla stipulazione di un negozio[216] a qualificarsi come fonte di quel rapporto obbligatorio precontrattuale, nel quale le parti sono vincolate a comportarsi secondo buona fede. Ciò che, dunque, rileva è quel contatto, che può definirsi negoziale[217], che si crea tra le parti quale fatto idoneo a fungere da fonte del rapporto obbligatorio precontrattuale, da considerarsi come rapporto complesso[218].

(208) A far luogo dall'art. 1338; sul punto si rimanda alle puntuali le osservazioni di BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, cit.., 131 ss., e di MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 365 ss., nonché di ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 372 ss.

(209) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale,* cit*.,* 365. In merito all'accoglimento di tale principio nella giurisprudenza di legittimità si veda, per tutte, Cass. civ., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro italiano*, 2006, I, 1105.

(210) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 367.

(211) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit.,370.

(212) Per tutti GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Rivista di diritto civile*, 1965, I, 70 ss.

(213) Si vedano le indicazioni, in merito al concetto di affidamento ed alle diverse caratteristiche dello stesso nel diritto privato e nel diritto amministrativo, contenute in ADDIS, *Legittimità dell'affidamento, autoresponsabilità del contraente pubblico e obbligo di diligenza del contraente privato*, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, II, 106, in particolare 107 ss. Si veda in chiave critica rispetto al ruolo dell'affidamento nel contesto delle fonti delle obbligazioni DI MAJO, *L'obbligazione "protettiva"*, cit., 1 ss.; cfr. la precedente nota n. 56.

(214) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370.

(215) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370

(216) BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 84, sottolineava la circostanza che il rapporto dovesse qualificarsi come «*rapporto giuridico*», accedendo alla ricostruzione in termini di natura contrattuale del rapporto precontrattuale, ma come in tale fase non potesse ancora affermarsi l'esistenza di un rapporto di obbligazione.

(217) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 355 sottolinea che «*il contatto sociale, «ordinato» da un progetto precedente, fa sorgere il rapporto obbligatorio*».

(218) In questo senso, letteralmente, MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370. Come noto la ricostruzione dell'obbligazione in termini di struttura complessa postula l'esistenza accanto all'obbligo di prestazione di una serie di obblighi ulteriori e autonomi, definitivi come obblighi di protezione; sul punto si vedano i riferimenti contenuti alla precedente nota n. 3. La qualifica del rapporto precontrattuale come rapporto complesso sembrerebbe, in tal senso, far immaginare che non possa ritenersi composto esclusivamente da obblighi di protezione. L'affermazione trova ulteriore riscontro in un ulteriore passaggio dell'opera: alla pagina 364 è dato leggere che «*l'applicazione del principio della buona fede (oggettiva) presuppone dunque uno specifico vincolo obbligatorio, presuppone che ci siano un debitore e un creditore (arg.* ex *art. 1175 cod. civ.)*»; parlare di debitore e creditore, prima che vengano violati gli obblighi nascenti dalla buona fede, dovrebbe implicare l'esistenza di un obbligo di prestazione. In ID., *Responsabilità contrattuale (diritto vigente),* cit.,1073, viene sottolineata la circostanza come sia il regolamento della situazione di interessi a dare senso e direzione alla struttura unitaria del rapporto obbligatorio ed, ancora, ID., *La parte generale delle obbligazioni*, in *Rivista critica di diritto privato*, 1984, 512, sempre a proposito degli obblighi di protezione rileva che «*alla stregua dell'art. 1175 e, nella misura in cui sono da esso coinvolti, gli obblighi di protezione ricevono la loro determinazione di senso non più dal dovere generico di* neminem laedere, *bensì dal rapporto specifico in cui sono inseriti. Il rapporto obbligatorio, inteso come rapporto fondamentale, non è un'entità normativa ontologicamente distinta da singoli obblighi e diritti che lo costituiscono, né nemmeno è semplicemente la loro somma. Esso possiede una sua autonomia in quanto i singoli elementi sono essenzialmente determinati dalla loro posizione nella struttura unitaria del rapporto; se ne fossero separati cesserebbero di essere ciò che prima erano*». Si veda anche TURCO, *L'interesse negativo nella* culpa in contrahendo, cit., 180, il quale afferma che «*l'assenza di un obbligo primario («*ohne primäre Leistungspflicht»*) di prestazione nel rapporto precontrattuale non andrebbe peraltro intessa come sinonimo di mancanza o assoluta indeterminatezza della prestazione medesima, consistente nel comportamento di volta in volta specificamente richiesto a ciascuna parte, e non escluderebbe pertanto la sussistenza di un vero e proprio rapporto obbligatorio e di un interesse all'adempimento di tale*

Certamente, dunque, il rapporto precontrattuale può essere definito come rapporto che si fonda *ex lege* nel rispetto della previsione di cui all'art. 1173 c.c., ma appare evidente che una definizione in tal senso risulti essere fortemente imprecisa e riduttiva, perché non chiarisce il fatto[219] al quale la legge riconduce la nascita del rapporto obbligatorio precontrattuale, fatto che, come sopra chiarito, è da individuarsi nella circostanza specifica che quel contatto sia volto, sinteticamente, alla stipulazione di un contratto[220].

Le considerazioni sin qui svolte consentono di affermare la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, sulla base di una riflessione che pare avere il pregio di essere ben più fondata e persuasiva, soprattutto sotto il profilo sistematico[221], rispetto a quella proposta in Cass. 14188/2016.

In particolare, l'impiego del contatto sociale qualificato, compiuto nella pronuncia in esame, oltre che inesatto nella prospettiva della decisione, pare non necessario al fine di giungere all'affermazione della natura contrattuale del rapporto precontrattuale.

La considerazione appare tanto più fondata, ove si tenga conto che l'impiego fatto nella giurisprudenza di legittimità del contatto sociale sia stato nel senso di ritenere lo stesso idoneo ad assurgere a fonte[222] di un rapporto obbligatorio strutturalmente e contenutisticamente analogo a quello che trovi la sua fonte in un contratto.

Se proprio si fosse voluto fare riferimento al contatto sociale, si sarebbe potuto procedere diversamente.

Dopo essersi richiamata alla ricostruzione brevemente tratteggiata nel presente paragrafo e muovendo da questa la Corte avrebbe potuto, infatti, procedere al fine di destituire di fondamento, una volta per tutte, l'argomentazione tradizionalmente impiegata dai sostenitori della tesi aquiliana, in critica alla teoria contrattualistica, basata sulla mancanza, nel rapporto precontrattuale, di un contratto idoneo a determinare l'insorgenza del relativo regime di responsabilità[223].

Come si è avuto modo di evidenziare, infatti, sin da Cass. n. 589/1999[224], proprio grazie all'impiego del contatto sociale qualificato, si è chiarito come possa darsi una dissociazione tra la fonte dell'obbligazione e il relativo regime di responsabilità[225] e di come, dunque, in altri termini, non possa più sostenersi che condizione necessaria, affinché possa darsi luogo a responsabilità contrattuale, sia l'esistenza di un contratto concluso tra le parti.

Ed ecco che allora, sulla base di tale considerazione, quale ulteriore argomento di riprova della fondatezza della ricostruzione "tradizionale" richiamata, si sarebbe potuto aggiungere un ulteriore tassello, sottolineando come l'argomentazione in base alla quale non possa

---

comportamento; ma servirebbe principalmente a distinguere dal punto di vista «direzionale» l'obbligo avente ad oggetto la prestazione del contratto in itinere *dal comportamento oggetto degli obblighi prenegoziali*». Si vedano anche, in tema di rapporto precontrattuale, le riflessioni di ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 369 il quale osserva che «*una volta riconosciuto che buona fede e correttezza hanno la funzione di determinare il contenuto della prestazione, da un punto di vista del diritto sostanziale riesce pienamente nominalistica la questione di stabilire se il criterio di diligenza rimanga esterno alla determinazione del contenuto dell'obbligazione (che si stabilisce soltanto sulla regola di correttezza precontrattuale), posto che l'obbligo, così individuato, va comunque sottoposto, ai fini del giudizio di responsabilità, ad una valutazione in termini di diligenza*».
In merito alla ricostruzione del rapporto obbligatorio come rapporto complesso si veda, altresì, MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi»,* cit., 283, alla nota 13, ove il rapporto obbligatorio viene sempre concepito come rapporto dotato, quanto meno al momento della sua insorgenza di un obbligo primario di prestazione; il rapporto obbligatorio ben potrà poi estinguersi o conservare «*una funzione relativa ad uno scopo diverso da quello a cui era preordinato l'obbligo di prestazione*».

(219) ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 365: chiarisce come sia il fatto delle trattative e dell'inizio della fase di formazione del contratto ad essere dalla legge assunto come idoneo a produrre un'obbligazione specifica di comportarsi in conformità alla buona fede oggettiva.

(220) MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 370

(221) Nonché del tutto autosufficiente e, dunque, non necessitante dell'impiego di ulteriori elaborazioni teoriche. Di diverso avviso sembra essere CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, cit., 1237 che sottolinea l'accoglimento dell'insegnamento di MENGONI, ma «*filtrato attraverso gli sviluppi della Sua scuola*», riferendosi alla teoria dell'obbligazione senza prestazione.

(222) Si vedano i precedenti paragrafi nn. 3 e 4.
Perplessità in merito all'ascrivibilità del contatto sociale tra le fonti di un rapporto obbligatorio esprime ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit., 350 ss. Si veda, inoltre, quanto osservato da GALATI, *Il contatto sociale nel contesto delle fonti di obbligazione: considerazioni su contatto qualificato e art. 1173 c.c.*, cit., 946 ss. Sulle obbligazioni derivanti dalla legge si vedano le osservazioni di DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale (art. 1173 – 1176)*, in *Comm. cod. civ. Scialoja – Branca*, 1988, 225 ss. Si veda anche la successiva nota n. 215.

(223) Sul punto, per tutti, si rimanda alle considerazioni di ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 347 ss. e 358 ss.

(224) Cass. Civ., sez III, 22 gennaio 1999, n. 589, cit.; sul punto si veda quanto rilevato al precedente par. 4.

(225) La riflessione può essere già rinvenuta in RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1979, 156, il quale chiariva come proprio in ragione della richiamata dissociazione, l'obbligazione può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale pur se il fatto generatore non è il contratto, come accade quando il contratto manchi o sia nullo.

affermarsi la natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, in ragione della mancanza di un contratto, costituisca affermazione che non possa più trovare asilo nel nostro ordinamento.

Ad un tale risultato la Suprema Corte sarebbe ben potuta pervenire ove, da un lato, avesse profuso una forse maggiore attenzione nell'analisi del contenuto dei propri precedenti[226] e, dall'altro, avesse con più coscienza impiegato le migliori elaborazioni dottrinarie in materia[227], aspetti entrambi necessari e complementari nel difficile mestiere del decidere[228] che è, ed è bene ricordarlo, sempre un privilegiare alcune soluzioni rispetto ad altre[229] e, dunque, operazione intellettuale sempre pregna di rilevanti conseguenze giuridiche.

Resta, anche in questo caso[230], la sensazione che la Corte di Cassazione abbia perso l'occasione di svolgere, realmente, una riflessione fondata e completa sul tema della natura della responsabilità precontrattuale.

Un'incompiuta, dunque, ancora una volta.

---

(226) Si vedano le considerazioni di ADDIS, *Sull'*excursus *giurisprudenziale del «caso Renault»*, 251 ed i riferimenti *ivi* indicati alle note nn. 18 e 19.

(227) Sul punto CASTRONOVO-REALMONTE, *Le ragioni del diritto: teoria giuridica ed esperienze applicative nel diritto civile dalla prospettiva delle obbligazioni*, in *Jus*, 1996, 104 ove si legge che «*una giurisprudenza può veramente dirsi legittimata solo quando abbia fatto i conti con la dottrina*»; ed ancora, poco dopo, si sottolinea come «*né la Cassazione, somma autorità pratica del diritto giurisprudenziale, può fraintendere sé stessa concependosi come somma autorità conoscitiva del sistema*».

(228) Si vedano le riflessioni tra caso, decisione e regola giuridica di BENEDETTI, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi,* in Scintillae iuris. *Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 173, ora in BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, 2014, 33 ss. Cfr., altresì, BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, 225 ss. e 357 ss.

(229) In questo senso IRTI, *Dubbio e decisione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2001, I, 64. Probabilmente proprio per le implicazioni, ontologiche, del processo decisionale, di maggior travaglio come fonte della quintessenza della saviezza giuridica, parla CARNELUTTI, *Giurisprudenza consolidata (ovvero della comodità del giudicare)*, cit., 42, proprio con riguardo ai giudici della Cassazione.

230 Sottolinea tale circostanza, avuto riguardo a Cass. n. 27648 /2011 ZACCARIA, *La natura della responsabilità per* culpa in contrahendo *secondo il punto di vista del gambero*, cit., 357.

Persona e Mercato