

NORME, DOGMATICA E SENTENZE: QUID IURIS?

Di Giuseppe Vettori

| 73

SOMMARIO: 1. *La dogmatica giuridica e la contemporaneità.* - 2. *La dogmatica e le nuove categorie.* - 3. *Scienza giuridica e realtà sociale.* - 4. *Il controllo giudiziale del contratto.* - 4.1 *La fase precontrattuale.* - 4.2 *Il controllo sul contenuto.* - 4.3 *Il giudizio di meritevolezza.* - 5. *Il problema del contatto sociale.* - 6. *La distribuzione dell'onere della prova*

ABSTRACT. *Il saggio sottolinea la necessità di un proficuo confronto fra l'interpretazione giudiziale e il controllo dogmatico della decisione.*

The essay highlights the need for a fruitful comparison between judicial interpretation and dogmatic control of the decision.

1. La dogmatica giuridica e la contemporaneità.

| 74

Si avverte con forza la necessità di una maggiore integrazione fra legge, dottrina e giurisprudenza per evitare “decisioni eccentriche” o “teorie avventurose”¹, nella regolazione di problemi di vita complessi² e da sempre, si ipotizzano tre modalità di intervento. 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 delle difficoltà ed “hanno in comune la tendenza a fare a meno della dogmatica giuridica”³.

Se è così, si tratta di precisare di quale dogmatica abbiamo oggi bisogno, visto che la sua finalità è intesa in modo diverso e si dibatte da sempre “fra teoria e pratica, empirismo e dogmatismo, relatività e assolutezza”; fra chi “vorrebbe immergerla nella storia, chi ne farebbe un modello di astratta logicità; e chi prefigura un’esistenziale compenetrazione di soggetto e oggetto”⁴.

Un dialogo negli ultimi decenni del novecento traccia una via che arriva sino ad oggi.

Nei primi anni settanta si è rivalutato il ragionamento per concetti per una pluralità di ragioni. La dogmatica filtra le informazioni, isola alcuni punti fermi ed aumenta la capacità di comprensione, sviluppando “il numero e la varietà delle costruzioni giuridiche relative ai casi da risolvere”⁵. In tal modo fa sì che “quel volgere lo sguardo ora alle norme e ora ai fatti..non resti senza guida, ma sappia di essere vincolato al sistema giuridico”⁶ tramite un “controllo di coerenza in vista della decisione di altri casi”, e la ricerca delle

“possibili determinazioni di senso del diritto” diverso da quello delle norme e delle decisioni⁷.

La conclusione fu netta. Il diritto positivo si era sbarazzato troppo in fretta della giurisprudenza dei concetti⁸. Alla logica sistematica occorre aggiungere qualcosa. Un’interpretazione orientata alle conseguenze, capace di rielaborare “secondo un criterio di economicità.. la complessità esterna dei rapporti sociali”⁹.

La risposta di Mengoni è stata ancora più diretta, senza ritorni al passato.

L’attenzione alle conseguenze può essere un metodo di ampliamento della ricerca di soluzioni razionali, ma non è un procedimento di verifica ricavabile dal sistema. Il quale esige una selezione basata sui principi costituzionali di “economicità, giustizia sociale e libertà individuale”. Non solo. L’argomentazione dogmatica deve a sua volta essere soggetta al controllo dell’argomentazione pratica che “rimedia all’incapacità di cogliere le trasformazioni sociali, limita la tendenza a ridurre al già conosciuto anche ciò che non è riducibile e impedisce usi distorti delle categorie sistematiche”. Tutto ciò ripristinando i legami tra diritto e giustizia materiale¹⁰ con la convinzione forte che i principi e i diritti appartengono al diritto e alla morale ma devono essere attuati nei modi e con le tecniche di una nuova argomentazione giuridica¹¹.

Un metodo, secondo una voce autorevole, che rifiuta il positivismo e “descrive e preannuncia un’altra generazione” di giuristi, ma anche “un pensiero controrivoluzionario” che si oppone all’ideale borghese-capitalistico, all’impersonale astrattezza dei rapporti umani, alla rigida calcolabilità delle decisioni giudiziarie”¹². Da qui “il vero e serio antagonismo nella nostra contemporaneità”¹³.

Da un lato l’attenzione al testo e alla sua analisi condotta da un “pensiero lento” che “esercita e

¹ LIPARI, *Introduzione*, in C. Perlingieri e L. Ruggieri, *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 16; ID., *Il diritto civile fra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 39 ss.

² LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, trad. di A. Febbrajo, Bologna, 1978, p.79.

³ LUHMANN, *op. loc. cit.*

⁴ IRTI (a cura di), *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, 2004, ed ivi l’introduzione a p. V.

⁵ FEBBRAJO, *Introduzione all’edizione italiana di Luhmann, Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, cit., p.16-17

⁶ LUHMANN, *op. cit.*, p. 49 Secondo l’A. giustizia e dogmatica sono il riflesso della unità e complessità del sistema giuridico. “La giustizia, come perfezione dell’unità del sistema, si riferisce alle richieste che sono rivolte al diritto dall’intera società; la dogmatica rappresenta il livello, interno al sistema giuridico, nel quale queste richieste vengono rispecificate e operazionalizzate” p. 53 ss.

⁷ Questo insieme di criteri deve essere basato sulla differenziazione fra eguale e diseguale, ma anche su un orientamento alle conseguenze nell’applicazione del diritto senza sconfinamenti. Perché “la giustizia non può essere intesa come una norma giuridica superiore, ma solo come l’espressione di un’adeguata complessità del sistema giuridico” che, a sua volta, “sposta il punto di partenza da cui muove una ricerca di giusti concetti, di giuste teorie e soluzioni” all’interno dell’ordine giuridico.

⁸ MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 111 v. già *L’argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 1, p. 16.

⁹ LUHMANN, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰ MENGONI, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 1 ss

¹² IRTI, *Gli eredi della positività*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, 1, p. 17.

¹³ IRTI, *op. cit.*, p. 18.



promuove il rigore delle parole, svolge l'umile ricerca della coerenza sistematica¹⁴. Dall'altro una visione del diritto che non si esaurisce nelle regole ma si confronta con i principi, senza rinunciare alla certezza e attento alla ricerca di nuove categorie affidabili¹⁵. Che fare?

2. La dogmatica e le nuove categorie.

Da tempo si osserva che le vecchie categorie hanno perso progressivamente il loro ruolo. Da strumenti operativi e schemi conoscitivi sono diventate indici lessicali ove convivono modelli diversi e diversi esiti operativi, sino a perdere gran parte del suo significato. Basta pensare al diritto soggettivo una volta abbandonata, con la teoria dell'abuso, l'idea che spetti al titolare la scelta dei modi con cui dare attuazione al suo interesse rispetto ad un bene. Al contratto frantumato in una serie di figure descritte con numeri e aggettivi¹⁶. All'illecito che si svincola da una rigida fattispecie e si disperde in una clausola generale di ingiustizia da concretizzare volta a volta¹⁷.

Da qui un'esigenza. Se questi concetti hanno perduto la loro univocità occorre ripensare il modo in cui vengono utilizzati "facendo emergere la varietà degli esiti interpretativi che il richiamo a ciascuno di essi sottende", per rifondare il diritto civile attorno a schemi configurati solo dopo una ricognizione del procedimento interpretativo. Una dogmatica dunque, rifondata attraverso l'attenzione ad una prassi sempre più restia a classificazioni rigide e un pensiero inverso a quello che portò, in passato, ad elaborare quelle "Dottrine generali del diritto" utilizzate da diverse generazioni di giuristi fra gli anni 50 e 90 del novecento¹⁸.

Occorre subito un'osservazione.

Quell'opera non è stata solo un'algida astrazione concettuale delle norme del codice, ma una lucida scelta di un positivismo capace di garantire un ordine e di contribuire al rafforzamento dello Stato repubblicano. Tanto che l'autore avvertì subito la fine di quel ciclo storico e, nella sua conclusione, nel 1981, del Convegno di Messina sui

"Cinquant'anni di esperienza giuridica in Italia",¹⁹ usò parole chiare.

Il diritto positivo espresso da "un'autorità delegata ad imporlo" non è più il solo canale. La realtà sociale sorretta dal "comune consenso" come 'regola vincolante della condotta umana, diventa diritto, in concorrenza con il diritto scritto". Il pericolo che ciò determini qualche arbitrio..non giustifica la negazione di un diritto realmente esistente, perché non è la forza o il potere a sorreggere il diritto, ma il consenso della comunità che la dottrina formalistica non può ignorare. Insomma il diritto che conta è il diritto effettivo, non quale dovrebbe essere, ma qual è. "Il fatto sorretto dal consenso generale, fa legge"²⁰.

Le conferme già allora erano molte.²¹ Ed è evidente, in quelle parole, il superamento del modello ottocentesco²² che ha resistito, in Italia, sino agli anni 60 del novecento e ha subito, poi, una trasformazione radicale²³, nella seconda metà del novecento²⁴.

¹⁹F. SANTORO-PASSARELLI, *Considerazioni conclusive*, in AA. VV., *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Messina-Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano, 1982, p. 1455-1458; Id., *Quid iuris?*, in *Ordinamento e diritto civile, Ultimi saggi*, Padova, 1988, p. 25 ss.

²⁰F. SANTORO-PASSARELLI, *Quid iuris?*, op. cit., p. 27-29.

²¹F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 27. La caduta degli ordinamenti dell'Europa orientale aveva determinato di colpo, senza rivoluzione o revisione costituzionale un nuovo diritto. Le discrasie fra Costituzione, legge ordinaria o la prassi confermavano, in Italia, l'importanza del diritto non scritto. "Sfasature che, per non essere incostituzionali, (andavano) ricondotte a regole costituzionali non scritte divergenti da quelle scritte nella Costituzione. Si pensi all'eguaglianza dei coniugi riconosciuta dall'art. 29 con alcuni limiti, non presenti nella riforma del diritto di famiglia. Alla tutela dei figli naturali, ammessa dall'art. 30 con limitazioni già allora quasi del tutto eliminate dalla nuova normativa. Allo sciopero affermato in Costituzione a difesa di interessi professionali e riconosciuto dalla Corte anche per sole ragioni politiche. Tutto ciò confermava, già allora, la vigenza e la forza di una regola costituzionale non scritta, maturata "nella coscienza sociale" come un diritto effettivo che la scienza giuridica e i giudici debbono individuare e precisare nel rispetto della certezza e dell'eguaglianza dei consociati.

²²V. N. BOBBIO, *Teoria della giustizia. Lezioni di filosofia del diritto* (1953), Aragno Editore, Torino, 2012. Le regole e le tutele stanno nei codici. I diritti e i principi appartengono alla Politica e il giudice può solo dare voce ai suoi comandi. Il primato della legge e delle regole domina ovunque, nell'Europa continentale e, in forma diversa, nella tradizione di *common law*. Le motivazioni sono espresse con lucidità e recepite da tutti come tratto comune del tempo. Si è voluto opporsi al modello affermatosi in America per una ragione scritta nella nostra storia, nata dalla Rivoluzione francese e consolidata nella conquista della sovranità popolare che non può essere rovesciata dai Tribunali. Il nocciolo del positivismo europeo sta tutto qui

²³Per una sintesi v. *I Principi nell'esperienza giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014, p.3 ss. Il primo codice civile del Regno d'Italia fu emanato il 2 aprile 1865 quando Firenze era capitale e l'art. 3 di quel testo richiama come criterio

¹⁴ ORLANDI, *Ripartire dalla lentezza*, in *Nuovo diritto civile*, 2016, 1, p. 9.

¹⁵ SACCO, *Prospettive della scienza giuridica civilistica agli inizi del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 417

¹⁶ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi*, in *Persona e Mercato*, 2012, p. 10

¹⁷ LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, in part. pp. 4 ss.; Id., *Il diritto civile fra legge e giudizio*, op. cit., p. 60 ss.

¹⁸ LIPARI, *op. cit.*, pp. 33, 38 ss.

Ebbene ci si può chiedere quale sia oggi la funzione promozionale del diritto civile e il ruolo della dogmatica e della giurisprudenza nel contribuire a fissare un ordine in sintonia con i tempi, ma non assorbito dalla contemporaneità. La quale, lo ricordo sempre a me stesso, non esprime, di per sé, coincidenza con il presente, ma “una singolare relazione con il proprio tempo che aderisce ad esso e, insieme, ne prende le distanze”²⁵ per percepirne le luci e le ombre.

3. Scienza giuridica e realtà sociale.

Occorre iniziare dal tema oggi più controverso.

L'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato è criticata con forza²⁶,

ermeneutico e di chiusura i principi generali del diritto”. Nel maggio 1940 si tenne a Pisa un Convegno che nel titolo conteneva un preciso proposito: “Formazione legislativa dei principi generali del diritto”. La ragione era politica naturalmente. Il nuovo codice civile era in formazione, ma non risultava conforme all'ideologia del tempo. I principi sovrapposti al codice e a tutto l'ordinamento dovevano consentire questo allineamento. La reazione negativa dei giuristi del tempo fu netta e scandita da una serie di preoccupazioni. La cautela nei confronti di un'opera oppressiva dell'ideologia. I timori per le insidie del diritto naturale “inteso come un incombente (e sfuggente) minaccia da esorcizzare”. L'avversità nei confronti del giudice legislatore. L'esito fu la codificazione di una norma molto diversa dalla precedente. L'art. 12 delle Disposizioni al codice civile vigente fa riferimento “ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”. L'esito era chiaro. Si restringeva lo spazio dei principi per una pluralità di motivi. La giuridicità non ne ha bisogno perché è contrassegnata dalla positività e dalla statualità del diritto. Solo così si può assicurare certezza e stabilità dell'ordinamento e ribadire la centralità del codice civile.

²⁴ U. BRECCIA, *Principi: luci ed ombre nel diritto contemporaneo*, in *Riv. it. sc. giur.*, cit. p. 121 ss, ed ivi A. JANNARELLI, *I principi nell'elaborazione del diritto privato moderno: un approccio storico*, p. 77 ss.; G. ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*, p. 77 ss. La Corte costituzionale, nella sua prima sentenza del 1957, ribadisce il valore giuridico delle norme costituzionali, prive di fattispecie. I civilisti, già negli anni sessanta, iniziano a sottolineare la forza espansiva dei principi di eguaglianza e solidarietà e si impegnano negli anni successivi in una vera e propria rilettura degli istituti civilistici. I magistrati nel Convegno della loro Associazione svolto a Gardone nel 1965 si dichiarano pronti, in un vero e proprio manifesto, all'applicazione diretta della Costituzione. La Corte costituzionale, dagli anni novanta, afferma che le norme “si dichiarano incostituzionali solo se non si può trarre da esse un' interna costituzionalità”, invitando i giudici e gli interpreti ad un controllo diffuso che spinge ad una interpretazione costituzionalmente orientata

²⁵ AGAMBEN, *Che cosa è il contemporaneo?*, Roma, 2008, p. 9 ss.

²⁶ G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia civile*, 2016, 3, p. 443 ss.

esaminando a fondo il dialogo nella dottrina civilistica più autorevole²⁷. Altrettanto netta è la critica al neo-costituzionalismo²⁸ che ampliando i poteri del giudice vanifica, secondo questa visione, il metodo positivo e finisce per ridurre il diritto a pratica affidata soprattutto alla giurisprudenza, tramite l'utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme²⁹. Che viene analizzata criticamente sotto due profili. La funzione creativa del giudice e il ruolo della Corte costituzionale³⁰.

Anzitutto si osserva che i colpi più forti al positivismo giungono, nel 900, dalla giurisprudenza degli interessi, il realismo scandinavo e americano, la teoria dell'argomentazione, l'ermeneutica contemporanea, la pre-comprensione e alcune teorie analitiche. Ma si isola alla base un pregiudizio ideologico, volto a sostituire ad un processo democratico fondato sulla legge, un processo aristocratico che alimenta la creatività della

²⁷ G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 456, l'attenzione critica è rivolta in particolare alle opere di P. PERLINGIERI secondo cui “le norme costituzionali vincolano qualsiasi potere legittimato a dettare regole che concorrono a comporre l'ordinamento del caso concreto”, sicché un principio può aspirare a ricevere sempre la massima attuazione possibile anche in contrasto con il bilanciamento operato dal legislatore” v. G. D'AMICO, *op. cit.*, p. 455-60 e note 25 ss, in part. 26 v. *La persona umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, p. 11 ss.; Id., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 2006; 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.

²⁸ Si fa riferimento in particolare alle opere di G. BONGIOVANNI, *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 749; C.R. LUZZATI, *Del giurista interprete. Linguaggio, tecniche, dottrine*, Torino, 2016, e in particolare L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2771 ss.

²⁹ V. da ultimo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir. ann.*, IX, 2016, p. 391 ss.

³⁰ V. da ultimo anche L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione giustizia*, 2016, 4, p. 1ss. Secondo l'a. la discrezionalità interpretativa del giudice “genera squilibri nei rapporti fra i poteri” e “crea tensioni e conflitti che rischiano di minare alla radice il principio di legalità e la tenuta dello Stato di diritto. Una ricostruzione diversa si basa per l'a. su alcune scelte di fondo: evitare l'eccessiva estensione del ruolo dei principi. “una norma può essere concepita come principio se è inapplicabile perché nessun comportamento predeterminato è configurabile come applicazione o violazione”. Come nel caso dei principi direttivi (art. 1 e 3 Cost) o regolativi (eguaglianza libertà e diritti sociali). In caso di conflitto fra principi regolativi spesso esiste un livello logicamente subordinato (come il rapporto autonomia privata-legge). Quando ciò non accade il problema si risolve con una ponderazione “non delle norme ma delle condizioni e circostanze del fatto”. Sicché “in entrambi i casi sono salvi il principio di legalità e la soggezione alla legge”.



giurisprudenza e il “ruolo di un ordine di sapienti”, custodi del diritto³¹.

Così si nega, con puntuale e minuziosa motivazione, il potere del giudice di creare le norme e si svuotano alcune categorie ordinanti come il diritto vivente di incerta individuazione, la fattualità, che dimentica la distinzione fra essere e dover essere, la teoria dell’argomentazione, per cui l’opinione sociale è oggetto dell’atto cognitivo, e il realismo ove il consenso sociale è strumento di verifica. Fino ad escludere ogni confusione fra legislazione e giurisdizione, incompatibile, si osserva, con il principio democratico ed i cardini dello Stato di diritto. Espresi dall’art. 12 delle preleggi del codice civile italiano e dall’art.101 delle Costituzioni, patrimonio entrambi della scienza giuridica europea³².

Non solo. Si esclude che i principi possano operare direttamente in presenza di “lacune provocate dall’omessa produzione di norme³³ e si nega che le norme costituzionali possano rilevare in positivo nella determinazione delle clausole generali³⁴, usando in modo improprio i principi, ³⁵ per semplificare il ragionamento giuridico o per disporre la invalidità per violazione diretta di essi³⁶. Né pare accettabile una prospettiva rimediabile per l’impossibilità di dar valore ad elementi non

compresi nella fattispecie, violando in tal modo alcuni principi del nostro ordinamento”³⁷ che esigono, secondo tale visione, di trovare solo “nell’enunciato (linguistico) legislativo... il criterio” di decisione. Delegare questo compito al giudice³⁸ contribuirebbe al tramonto del diritto civile³⁹ e alla perdita di cardini delle società occidentali capitaliste, come la prevedibilità e la certezza del diritto.⁴⁰

E’ possibile e più convincente un’ altra visione, basata su un perno forte e un metodo chiaro.

La scienza giuridica come la filosofia si trova ,oggi, di fronte al problema fondamentale di collocare il soggetto e le norme nel loro tempo, senza l’ausilio di una fede o di una qualche Autorità, laica o religiosa⁴¹. Basta pensare che la più recente riflessione filosofica sulle origini della modernità muove ancora da due figure cruciali della storia dell’umanità come Macchiavelli e Galileo. Ed è facile capire il perché. Uno ha secolarizzato l’agire umano da un contesto metafisico e dai vincoli di un’etica religiosa. L’altro ha fondato , applicando le categorie matematiche alla realtà fisica, una moderna concezione della natura e del suo rapporto con l’umano⁴².

Ebbene la dogmatica giuridica ha una funzione essenziale al riguardo per un motivo chiaro:“la legge deve essere posta, ma poi per essere efficace ha bisogno di applicazione e a sua volta per essere applicata ha bisogno di essere compresa”⁴³. Sicché il vincolo fra legislazione e giurisdizione “non può essere ridotto a vincolo gerarchico” . Il loro legame è “ reciproco e funzionale”⁴⁴. Ma ecco il punto.

³¹ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, 2016, ann. IX, p. 393 ss. ed ivi un’ampia analisi della dottrina più autorevole.

³² M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 425 ss.

³³ G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 486 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”. Sicché la creazione giudiziale di una regola per il singolo caso “incerta e controversa” “potrebbe finire per violare lo stesso principio di eguaglianza e la divisione dei poteri.

³⁴ G.D’AMICO, *op. cit.*, p. 495-496. come accade in giurisprudenza per la clausola di buona fede e il principio di solidarietà perché ciò si reputa inutile, fonte di equivoci (quando si considera buona fede come una regola di validità), ma soprattutto eversivo nel consentire l’intervento del giudice sul contenuto del contratto, in assenza di una disposizione specifica (art. 33 ss cod. cons.) o eccezionale (1384 e 1526 c.c.). Si vanificherebbe in tal modo la libertà contrattuale perché soggetta, così, non soltanto a “limiti specifici e predeterminati”, ma ad un controllo giudiziale capace di destabilizzare il sistema e di trasformare un ordinamento di diritto scritto in un diritto giurisprudenziale

³⁵ Cass., 19 giugno 1999, n. 20116, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58 ss.; Cass., 18 settembre 2009, n.14343 in *Contratti*, 2010, p. 22 ss.; Corte cost., ord, n. 77 del 2014.

³⁶ V. il richiamo a Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900 ove un contratto di investimento (for you) si reputa non meritevole di tutela ex art. 1322 c. 2 per il contrasto co i principi desumibili dagli artt. 38 e 47 a tutela del risparmio.

³⁷ G. D’AMICO, *op. cit.*, pp. 487 ss., in part. 507.

³⁸ 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. Il che sembra conferire un ampio potere alla giurisprudenza nella scelta e nell’utilizzo, limitato o meno, dei principi.

³⁹ C. CASTRONOVO, *Eclisse del diritto civile*, Milano, 2015, p.

⁴⁰ N. IRTI, *Un diritto prevedibile*, Torino, 2016, p. e G. D’AMICO, *op. cit.*, p. 492, nota 124.

⁴¹ Da ultimo v. T. ANDINA, *Ontologia sociale: transgenerazionalità, potere, giustizia*, Roma, 2016 e M. De Caro e M. Ferraris, *Bentornata realtà*, Torino 2012.

⁴² Il 10 e 11 novembre 2016 si è svolto a Boston un convegno organizzato dalla Harvard University e Tufts University su *The italian Roots of Modernity: Machiavelli e Galileo*, v. una sintesi dell’intervento di M. De Caro, in *Sole* 24 ore del 6 novembre 2016, p. 29

⁴³ F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999, p. 161

⁴⁴ V. da ultimo N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, *op. cit.*, p. 39 ss.

Le norme, il testo, le parole nel diritto applicato di oggi si compongono di precetti concreti e di principi (senza fattispecie), in una relazione non facile da chiarire, ma già presente nel pensiero Kantiano, ove la conoscenza per principi è definita come percezione del “particolare nel generale, mediante concetti”⁴⁵. Ossia un ragionamento logico, scandito da sillogismi, di vario tipo, capaci di costruire e mediare fra norme e fatti che orientano, con grande attenzione alla verità effettuale.

Certo la progressiva trasformazione costituzionale del nostro ordinamento ha imposto un rilievo forte delle differenze. Tramonta l'uomo senza qualità e divengono centrali la persona con il suo diritto a una vita libera e dignitosa (art.36 Cost.) e la Repubblica (in ogni sua manifestazione) con il compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della personalità. Sicché fatti e situazioni (soggetti, proprietà, contratto) debbono essere ripensati muovendo dalle differenze che leggi, sentenze e dogmatica debbono ricondurre a sistema muovendo da un presupposto solido.

I dati fondamentali del rapporto giuridico sostanziale e processuale⁴⁶ vanno riletti alla luce di due norme costituzionali. L'art. 24 che dispone la parità tra le situazioni giuridiche sostanziali di diritto e interesse e l'art. 111 che disciplina la terzietà del giudice, la sua imparzialità e ancora la parità delle parti. Ciò significa che la disparità può essere rilevante solo in presenza del dettato di una norma, dell'uso di una clausola generale o del richiamo positivo del fatto. In tutti questi casi, come si chiarisce in modo limpido in un bel libro⁴⁷, la rilevanza della disparità non si ha nel momento della identificazione della situazione soggettiva ma nel momento dell'accertamento giudiziale della disuguaglianza⁴⁸. Ove è spesso poco significativa, al di fuori di ipotesi tipizzate, la misura del potere. Mentre deve essere potenziata la forma delle azioni

e delle tutele ipotizzabili⁴⁹, essendo pienamente consapevoli di quanto la ripartizione dell'onere della prova, effettuata dalla norma o creata dalla giurisprudenza, “incida sulla disciplina sostanziale del rapporto” e sulla sua concreta regolazione⁵⁰.

Questo metodo è sperimentato, con luci e ombre di recente, nella migliore dottrina e giurisprudenza in dialogo fra loro. Basta qualche esempio.

4. L'equilibrio nel contratto.

Come è noto la distinzione concettuale fra regole di validità e di responsabilità è sostenuta con piena consapevolezza dalla Corte di Cassazione che, nonostante alcune critiche,⁵¹ amplia l'intervento giudiziale in entrambi i settori.

4.1. La fase precontrattuale.

Ciò che è accaduto è noto. Da un lato si estende l'ambito della responsabilità precontrattuale, del contatto sociale e dell'onere probatorio. Dall'altro si potenzia il rilievo d'ufficio della nullità e della eliminazione degli effetti, tramite il giudizio di meritevolezza. In entrambi i casi il giudice di legittimità e la scienza giuridica ripensano precedenti argomentazioni formalistiche o inadeguate in base ai principi del processo e dell'accertamento del fatto⁵². Con momenti di condivisione e di dissenso⁵³.

⁴⁹ E' questa la conclusione che emerge anche dal sistema inglese su cui si veda il bel saggio recente di M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Undue Influence e della Uncoscionability*, Padova, 2005, in part. p. 32

⁵⁰ v. G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 46 ss.; ID., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano, 1998, p. 625 ss.; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna Roma, 1987, p. 109 ss.; M. TARUFFO, *Onere della Prova*, in *Dig. disc. civ.*, Torino, 1995, p. 65 ss.

⁵¹ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; G. D'AMICO, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 41 ss.; ID., *Responsabilità precontrattuale anche in caso di contratto valido? (l'isola che non c'è)*, in *Giust. civ.*, 2014, I, p. 197 ss. e da ultimo F. MARONE, *L'incidenza dell'elaborazione dogmatica sulla giurisprudenza intervenuta in ordine all'ammissibilità nel sistema giusprivatistico italiano del principio di non interferenza tra regole di condotta e di validità*, in C. Perlingieri e L. Ruggieri, *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 509 ss.

⁵² V. ancora TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale fra tradizione e innovazione*, op. cit., p. 88 ss. e da ultimo D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in*

⁴⁵ KANT, *Critica della ragion pura*, trad. it. di Gentile e Lombardo-Radice, Bari, 1945, p. 282 “Direi conoscenza per principi quella in cui conosco il particolare nel generale mediante concetti”, “E' un antico desiderio ..che si possa scoprire, in luogo ella infinta molteplicità delle leggi, i loro principi; giacché soltanto in ciò può consistere il segreto per semplificare come si dice la legislazione” (p. 283). Ancora, (p. 285) “la relazione..rappresentata dalla premessa maggiore come regola fra una conoscenza e la sua condizione, costituisce le differenti specie di sillogismi. Essi perciò sono di tre specie .. sillogismi categorici, o ipotetici, o disgiuntivi”.

⁴⁶ V. così il limpido e illuminante saggio di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una Giustizia “non amministrativa”*, Milano, 2005, p. 115 ss.

⁴⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p.116.

⁴⁸ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 117-118



Nel ripensare la responsabilità precontrattuale il ragionamento evoca il metodo e l'essenza del saggio di Jering che, alla fine dell' ottocento, fu qualificato come una vera e propria "scoperta giuridica"⁵⁴. Mossa dall'intuizione che un' adeguata tutela dei contraenti non può prescindere da una valutazione del loro comportamento nella fase antecedente la conclusione dell'accordo. La costruzione giuridica era scandita da precisi passaggi.

L'autore muove dal problema se il soggetto che è stato causa della nullità debba risarcire il danno sofferto dall'altro per aver confidato sulla validità del contratto. Nel diritto romano non poteva essere concessa né l'*actio doli* (in assenza di una condotta dolosa) né l'*actio legis aquiliae* (che presupponeva una lesione alla persona o alle cose), ma la consultazione del Digesto offre una soluzione. Jering trae da alcune fonti l'esperibilità di un *actio ex contractu* anche in presenza di un atto invalido (perché la cosa era *extracommercio*)⁵⁵.

Il motivo di ciò gli era apparsa chiara. Il contratto non determina solo un obbligo di adempimento ma anche l'obbligo di risarcire il danno. La nullità esclude il primo effetto, ma non il

secondo che permane e può essere oggetto di un autonoma *actio*. Non solo. Fondamento di tale ulteriore obbligo è la colpa e da qui si trae la regola generale. Ogni volta che ricorra una *culpa in contraendo* sorgerà un obbligo di risarcire il danno.

Tale costruzione ha avuto fortuna in ogni ordinamento, seppur con rilievo e tempi diversi. In Italia alcuno pensa, in passato e non solo, che la clausola generale di buona fede ceda di fronte ad una regola speciale come l'art. 1338 e alle regole di validità che dovrebbero assorbire ogni altro comportamento scorretto prima del contratto. Ma la presenza di specifiche norme che ammettono la coesistenza di un contratto valido e di un obbligo risarcitorio (1440, 1812, 1821, 1892, 1893) smentisce tale rilievi. Certo tale coesistenza e compatibilità va verificata e disciplinata, volta a volta, nei vari settori dell'ordinamento⁵⁶.

Se il contegno illecito si verifica nella fase di trattative e di conclusione del contratto siamo nell'ambito di una responsabilità precontrattuale che la giurisprudenza più recente⁵⁷ inquadra nell'area contrattuale, aderendo all'antica intuizione di Luigi Mengoni⁵⁸ o alla più recente discussa figura del contatto sociale⁵⁹, la quale, in verità,

particolare nei rapporti contrattuali), in *Giust. civ.*, 2016, 3, p. 443 ss.

⁵³ E' noto che, di fronte a norme che impongono obblighi senza precisare le conseguenze della violazione, si trattava di indicare il rimedio consentito dal sistema e la Suprema Corte ha utilizzato una semplificazione utilissima. La violazione determina nullità se l'obbligo incide sulla struttura e gli elementi essenziali dell'atto, genera responsabilità se incide su un comportamento delle parti. Ma la vera novità è un'altra. Si precisa che le regole di validità non esauriscono ogni altra valutazione sui conegni posti in essere nella fase formativa e che la responsabilità precontrattuale o contrattuale può essere affermata anche in presenza di un contratto già concluso e valido. Ciò significa riconoscere che a fianco delle norme sui vizi del consenso e la rescissione coesiste ed opera una regola duttile e primaria che impone di informare, di non approfittare, di non porre in essere pratiche sleali e ingannevoli. In tal caso pur essendo il contratto concluso e valido ma pregiudizievole per effetto di tali conegni è possibile richiedere il risarcimento dei danni sofferti. La novità rispetto al passato anche recente è chiara. Si riteneva e si ritiene che le norme di validità esauriscano e assorbano ogni altra valutazione e che sia dunque impossibile affermare il dovere di risarcire per fatti posti in essere prima di un contratto concluso e valido. Ciò sarebbe contrario ad un'esigenza di certezza e stabilità delle relazioni giuridiche. Ma alcune sentenze delle Sezioni Unite fanno chiarezza e danno continuità ad un indirizzo sorretto da una precisa costruzione.

⁵⁴ BENATTI, voce *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur.*; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, II, 2000, 347; Id., *Correttezza*, in *Digesto civ.*, IV, Torino, 1989, 423; M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale è, dunque... "contrattuale"?*, in *Cont. imp.*

⁵⁵ Per tali osservazioni v., già, G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Persona e mercato*, 2013.

⁵⁶ I. PAGNI, *op. cit.* Nel diritto amministrativo dopo la svolta della Cassazione e il conflitto con il Consiglio di Stato si doveva trovare una soluzione capace di «valutare la reazione che corre tra il diritto all'annullamento dell'atto e il diritto al risarcimento del danno in quella particolare materia. Si arriva così all'art. 30 del d.lgs. 20 luglio 2010, n. 104 che regola la coesistenza e l'autonomia dell'azione di danni derivanti dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa e precisa che il giudice nel determinare il risarcimento «valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti».

⁵⁷ V. ora Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, in *Foro it.*, 2016, I, 2695, con nota di A. PALMIERI, *Trattative, contatto sociale qualificato e 'culpa in contraendo': verso la tesi contrattualistica*.

⁵⁸ V. Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Foro it.*, 2012 ove si tratta della domanda di danni conseguenti a una gara in presenza di un comportamento «lesivo dell'affidamento in una condotta regolare e lecita del convenuto». In particolare si fa riferimento ad un'ignoranza di una «causa di invalidità del negozio nota a controparte» che comunque era tenuta a conoscerla, in una situazione analoga a quella prevista dall'art. 1338 c.c. Pur in assenza del contratto si afferma la responsabilità per «la violazione dell'obbligo di buona fede applicabile già per il contatto precedente e preparatorio del negozio, derivato tra le parti per effetto del bando e delle attività successive di gara». Tale violazione secondo la Corte «non deriva da mero inadempimento contrattuale né è effetto di un torto aquiliano» ma determina responsabilità perché la parte che ha indetto la gara era in mala fede e ha leso una posizione soggettiva preesistente nata da un contatto qualificato appunto dalla regola di buona fede.

⁵⁹ Cass. 20 dicembre 2011, n. 27648 vedila in *I contratti*, 2012, 4, con nota critica di F. Della Negra. Ma v. anche Cass. 26 aprile 2012, n. 6526 e Cass. 18 aprile 2012, n. 6061.

aleggia in entrambe le ipotesi con critiche⁶⁰ e adesioni convinte⁶¹. Non solo. E' chiara la visione di analisi economica. Si tende, in presenza di comportamenti scorretti, a conservare il contratto e a riequilibrare l'operazione economica con il risarcimento che può avere una precisione chirurgica, secondo una linea coerente con il principio del cumulo dei rimedi affermato nelle fonti e nei principi europei⁶².

Questo indirizzo necessita di correttivi che una buona dogmatica consente di precisare. Il giudice deve accertare, su impulso di parte, l'esistenza di un comportamento scorretto e ciò in base ad un giudizio, non di fatto ma di diritto, secondo un procedimento e una motivazione che è censurabile sotto il profilo della legittimità. Sicché l'accertamento della buona o male fede è regola di diritto al pari di qualsiasi altro giudizio. D'altra parte la vicenda andrà esaminata in base alle circostanze specifiche e alla concreta condotta di entrambe le parti. Se la conclusione del contratto è avvenuta con la piena consapevolezza, di entrambi i contraenti, dell'esistenza di comportamenti scorretti non si potrà poi sollevare la violazione della buona fede, senza *venire contra factum proprium*. Queste ed altre accortezze possono consentire giudizi equilibrati e ragionevoli.

4.2. Il controllo sul contenuto.

Qualcosa di altrettanto significativo si è avuto con l'ordinanza costituzionale sulla caparra.

La Corte ⁶³ ha dichiarato inammissibile la censura di costituzionalità e sollecitato il giudice ordinario alla correzione di una caparra eccessivamente gravosa tramite l'art. 2 della Costituzione che, osserva, entra nel contratto e deve trovare una corretta attuazione nella sua disciplina.

⁶⁰ A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialenkontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 77 ss.

⁶¹ V. ora sul punto C. CASTRONOVO, *Eclisse del diritto civile*, cit.; A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 812 ss.

⁶² La Corte di Giustizia europea, nel caso *Courage*, in presenza della domanda di risarcimento di una parte di un contratto affetto da nullità ha ritenuto possibile cumulare le due azioni superando la tradizione di *civil law* ove "l'invalidazione è destinata a prevenire e sostituire il risarcimento". Ancora nel testo di *Common frame of reference* si afferma con chiarezza la cumulabilità dei rimedi che non siano fra loro incompatibili (art. III- 3:102) ,secondo una logica che ammette ,in caso di lesione di un interesse protetto, tutte le tutele che sia possibile esperire salvo le ipotesi di incompatibilità logica.

⁶³ Corte cost., 24 ottobre 2014, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 e Corte Cost., 22 aprile 2014, n. 77, ivi, 2014, I, 2035.

Lo strumento indicato è l'azione di nullità per violazione della buona fede secondo una opinione già espressa dal relatore⁶⁴.

Era facile immaginare reazioni di segno opposto e di tono diverso che non sono mancate. La Corte di Cassazione, alcuni mesi dopo, ha ribadito l'opinione tradizionale⁶⁵. La dottrina ha manifestato il proprio dissenso ⁶⁶ con motivazioni diverse ⁶⁷ e individuato soluzioni alternative a quelle indicate dalla Corte costituzionale. Da un'interpretazione analogica dell'art. 1384⁶⁸ ad una corretta qualificazione della clausola contrattuale ⁶⁹ rimarcando i pericoli di un'eccessiva discrezionalità del giudice⁷⁰ o, al contrario, un'opportuna sua attenzione ai precetti costituzionali⁷¹.

Ebbene l'ordinanza ha avuto un merito nel ribadire con forza che il giudice ordinario deve individuare il rimedio nel confronto fra norme dei codici e principi costituzionali. Non ha convinto, invece, l'indicazione rigida di una tutela e del modo in cui l'interpretazione del giudice deve raggiungere il suo scopo. Non fosse altro perché è ancora isolata, nella giurisprudenza teorica e pratica, l'idea che la clausola di buona fede, come norma imperativa, potenziata dal principio di solidarietà,

⁶⁴ MORELLI, *Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici*, in *Giust.civ.*, 1999, II, p. 3 ss.

⁶⁵ Cass., 30 giugno 2014, n. 14776 in *Foro it.*, 2015, I, c. 1044 con nota di MACARIO, *La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le Corti*.

⁶⁶ D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *I Contratti*, 10, 2014, p. 926 ss. in part. 934-935. Da un lato si sottolineano i lati oscuri della decisione in base a diverse argomentazioni. Uno scrutinio di congruità e validità della caparra affidato al giudice in base a parametri indeterminati comporta sostituire ad una regola posta dalla legge una valutazione "meramente orientativa e tendenziale" in netto contrasto con "il principio dell'autonomia privata". Con il rischio di profonda trasformazione del nostro ordine giuridico

⁶⁷ PARDOLESI, *Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2042 ss. e SAPONE, *Buona fede e onnipotenza dell'interprete*, in *Per. danno*, 2014, per il quale La buona fede costituzionalizzata in funzione di controllo dell'adeguatezza del rapporto di scambio assumerebbe il ruolo di super-principio capace di oscurare il ruolo dei rimedi tradizionali (vizi del consenso e rescissione) e di vanificare il ruolo della autonomia privata

⁶⁸ PATTI F.P., *Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 685 ss.; ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di "penale" e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 ss.

⁶⁹ PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, p. 854.

⁷⁰ così MACARIO, op. loc. cit.

⁷¹ SCODITTI, *Il diritto ei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, 2039 ss.



determini la nullità, ai sensi dell'art. 1418 c.c. di un atto di autonomia e nella specie di una caparra eccessiva. Per almeno due motivi. La norma prevede la nullità "salvo che la legge non disponga diversamente" e la disciplina del codice (art.1338 c.c.), è univoca nel prevedere un risarcimento e non l'invalidità per la violazione di una clausola generale che dispone obblighi di comportamento fra le parti, secondo una costruzione che ha i tratti e il rigore di un principio di "diritto vivente" da cui non è opportuno discostarsi⁷² se si ha a cuore l'esigenza di coerenza sistematica⁷³. Diverso è il problema della possibile inefficacia di una clausola per effetto della inesigibilità di un contegno in mala fede. In tal caso "la clausola negoziale è improduttiva di effetti non in quanto tale, ma *ab-extrinseco*, per la violazione dell'art.1375, ciò perché "avuto riguardo alle circostanze del caso concreto è contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola"⁷⁴.

Tale conclusione spinge a ripensare la stessa categoria dell'inefficacia⁷⁵ adatta a disciplinare vicende nuove e complesse⁷⁶ ed è evidente la

ricerca di un rimedio effettivo, conforme alla norma imperativa e adeguato alla concreta ed equilibrata tutela delle parti coinvolte.

4.3. Il giudizio di meritevolezza

Nel dare continuità alla distinzione fra regole di validità e di responsabilità⁷⁷ si amplia l'ambito dei rimedi invalidanti.

La Corte valuta il contenuto, controverso, della clausola (*claim made*) che "condiziona la copertura assicurativa a due fatti: il sinistro e la denuncia che debbono verificarsi entrambi nel periodo di vigenza della polizza". Si esclude l'illiceità ma ci si chiede, giustamente, sino a che punto le parti possano snaturare il contratto di assicurazione, condizionando la copertura ad una barriera temporale che in certi casi appare intollerabile. Da qui la sollecitazione di un'indagine sulla meritevolezza della clausola, sull'applicazione dell'art. 33 del codice del consumo 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.

La critica di alcuni commentatori è tanto forte quanto ingiustificata. Il rinvio alla meritevolezza e alla causa come strumenti di controllo dell'autonomia privata, è considerato pericoloso sino ad evocare una tempesta perfetta che vanificherebbe un criterio astratto e generale sulla validità di questa e altre clausole, sola garanzia di certezza e prevedibilità.

Si tratta solo di mettere a fuoco forme giuridiche a lungo inefficienti per la perdita di capacità regolativa del loro tempo e il ruolo della dogmatica e delle sentenze è decisivo⁷⁸. Una recentissima

successivi alla pattuizione, superiore o inferiore al limite fissato dal legislatore e dall'organo di vigilanza. La Corte di Cassazione e l'Arbitro bancario e finanziario hanno ipotizzato soluzioni diverse. La prima ribadisce la validità della clausola che pattuisca *ab origine* interessi non usurari, ma osserva che la disciplina del rapporto non può non assegnare rilevanza al superamento sopravvenuto di tali limiti e utilizza il rimedio della nullità sopravvenuta e della correzione automatica ai sensi degli art. 1419 e 1339 c.c.. Il secondo utilizza la buona fede *in executivis* come canone di valutazione del contegno e della clausola che determina il superamento (oltre o sotto la soglia legale) durante il rapporto. ABF Coord., 28 marzo 2014 n. 1875, ABF Coord. 10 gennaio 2014, n.77 e la nota di PALMIERI, op. loc. cit..

⁷⁷ Cass. 8462/2014 e 26721/2007

⁷⁸ D'altra parte il diritto inglese è di estremo interesse sul punto. Dall'utilizzo delle figure di vizi del consenso in funzione di protezione del contraente più debole (*mistake, misrepresentation, duress*), alle figure della *undue influence* e *unconscionability* come rimedi specifici contro abusi e approfittamenti⁷⁸, ove assumono un ruolo rilevante le *presumed*

⁷² Così Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2014 ss ed ivi il richiamo a Cass. 10 aprile 2014, n. 8462; Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724.

⁷³v. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, con commento di ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 892 ss., confermata da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. contr.*, 2008, 2, p. 104 ss. Sul punto, per una replica a GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423 e alla sua analisi delle sentenze Cass. 26 ottobre 1995 n.11151, in *Giur.it.*1996,II,329. sull'abuso di voto e Cass. 2 novembre 1998, n.10926, in *Foro it.*, 1998, I, 3081 e Cass., 6 giugno 2002, n. 941, si veda VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. loc. cit.; VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, 4, p. 915, e ora in *Id.*, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, cit., p. 166 ss., p. 181 ss. v. ora la bella e densa monografia di PIRAINO, *La buona fede oggettiva*, Torino, 2015.

⁷⁴ Così SCODITTI, *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 131; SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, op. cit., p. 214. Si veda anche Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, nota di BARONE, e da ultimo Cass., 9 agosto 2016, n. 16827, con cui si dichiara la liberazione dei fideiussori in presenza di un comportamento abusivo della Banca che ha concesso credito al garantito insolvente.

⁷⁵ SCALISI, op. loc. cit.

⁷⁶ Cass. 27 settembre 2013, n. 22204, Cass. 11 gennaio 2013 n. 602-603 e la nota di PALMIERI, *Usura e sanzioni civili: assetti ancora instabili*, in *Foro it.* 2014,I,149 Basta pensare al tema dell'usura sopravvenuta tornata, dopo le pronunzie della Corte costituzionale (nel 2000) al centro della riflessione in sedi diverse, tutte sensibili ad un problema. Le oscillazioni del tasso di interesse nel corso del rapporto che può risultare, in momenti

sentenza è esemplare ⁷⁹ nel precisare il ruolo attuale della meritevolezza degli interessi, prevista dall'art.1322 c.c. come requisito necessario degli atti di autonomia atipici⁸⁰ e il ragionamento è apprezzabile per diversi motivi.

Si sottrae il giudizio dalle premesse corporative del codice del 1942 e si aggancia ai principi di ordine pubblico, riletti alla luce delle norme costituzionali. In particolare gli articoli 2, 4 secondo comma e 41 secondo comma che sottopongono a controllo il risultato di ogni pattuizione privata in base ai principi di solidarietà, parità e non prevaricazione. Si esaminano poi alcuni significativi precedenti giudiziari⁸¹ per ricondurre a sistema i tratti di questo controllo giudiziale nei confronti di “patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, hanno per “scopo o per effetto di a) attribuire ad una delle parti *un vantaggio ingiusto e sproporzionato senza contropartita per l'altra* (Cass. n.22950 del 2015 e n. 19559 del 2015); b) porre una di esse in una posizione di *indeterminata soggezione* rispetto all'altra(Cass. n. 4222 del 2017, n. 3080 del 2013, n. 12454 del 2009, n.1898 del 2000, n.9975 del 1995); c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori *doveri di solidarietà* (Cass. n. 14343 del 2009).

undue influence nelle quali “non vi è necessità di dimostrare la pressione psicologica subita” sia per l'esistenza di un rapporto di fiducia (medico, *solicitor, trustee*) sia perché “il beneficiario di una attribuzione riveste una posizione ufficiale, in virtù della quale si presume abbia un potere di dominio del disponente”⁷⁸. Sino alle situazioni di *serious disadvantage* che racchiudono forme di incapacità a “tutti i possibili stati di indigenza o di inesperienza” al *financial need* che evoca “le condizioni di difficoltà economica e finanziaria diverse dalla contingente carenza di liquidità. V. per un efficacissima sintesi, M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 45 ss.

⁷⁹ Cass., 28 aprile 2017, n. 10509.

⁸⁰ Si prende atto (in continuità con le Sezioni Unite) che la clausola *claim made* non è nulla per inesistenza del rischio (ai sensi dell'art. 1895 c.c.), non è vessatoria (ex art. 1341 c.c.) perché delimita l'oggetto del contratto di assicurazione, ma può essere non meritevole, appunto, in base ad un controllo da fissare in concreto.

⁸¹ Una clausola contenuta in contratto di concessione (Cass., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 422), i contratti *myway* (Cass., 10 novembre 2015, n. 22950) *foryou* (Cass., 30 settembre 2015, n. 19559), un contratto contrario alla concorrenzialità del mercato (Cass., 8 febbraio 2013, n. 3080), un clausola apposta ad un mutuo di scopo (Cass., 19 luglio 2012, n. 12454), una patto contrario ai doveri di solidarietà apposto ad un contratto di locazione (Cass., 19 giugno 2009, n. 14343), un contratto fiduciario fra un cliente e la banca (Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898), un patto parasociale di voto (Cass., 20 settembre 1995, n. 9975), una clausola penale eccessiva (Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128).

Questa argomentazione resiste ad un controllo dogmatico. Basta solo qualche cenno⁸².

L'esistenza di un vantaggio ingiusto e sproporzionato è censurato dai Principi Lando (art. 4:109) se l'altra parte si trovi in una situazione di dipendenza o una relazione di fiducia o una situazione di bisogno economico o necessità urgenti, sia affetta da prodigalità, ignoranza, esperienza o accortezza necessaria a contrattare. IL DCFR (7:207 *unfair exploitation*) usa riferimenti analoghi mentre i principi *Unidroit* censurano, all'art. 3.10, il vantaggio eccessivo e ingiusto in presenza di uno stato di dipendenza, di difficoltà economiche o immediate, oppure di imperizia, inesperienza o mancanza di abilità a trattare, con riguardo alla natura o scopo del contratto. Il diritto anglosassone usa tecniche analoghe come *l'Undue Influence* e la *Uncoscionability*⁸³.

Non solo. Il controllo della libertà contrattuale in base al limite dell'ordine pubblico e a nuove figure è presente nelle codificazioni europee e nella loro riforma. La recente modifica del *code civil* introduce alcune significative novità in tema di equilibrio negoziale. Dall'ampio riferimento alla buona fede (1104), all'obbligo analitico di informazione prenegoziale (1112 .1 -2), alla presenza di abuso dello stato di dipendenza di una parte (1143), alla nullità di clausole di un contratto oneroso in presenza di un corrispettivo *illusoire ou dérisoire* (1169) o di clausole, in ogni contratto, che privino di sostanza l'obbligazione essenziale del debitore (1170). Non solo. Si pensi all'eliminazione delle clausole di un contratto per adesione in presenza di un significativo squilibrio fra i diritti e obblighi delle parti(1171) e del venir meno di un elemento essenziale del contratto (1186)⁸⁴.

E' evidente come la ricerca di un rimedio effettivo in tema di squilibrio negoziale sia al centro della attenzione del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza. Un coordinamento e un dialogo è

⁸² V. R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, e da ultimo R. Scarciglia, *Metodi e comparazione giuridica*, Padova, 2017.

⁸³ V. M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 23 ss.

⁸⁴ V. in particolare M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Contract et engagement unilatéral*, 4ed., Paris, 2016, p. 41 ss. e G. Alpa, *Il progetto francese di riforma del diritto contrattuale*, in Riv. crit. dir. priv., 2015, p. 96 s.; A BÉNABENT-L. AYNÉS, *Réforme du droit des contrats e des obblitions: aperçu général*, Recueil Dalloz, 2016, p. 434 ss.; P. GROSSER, *La négociation dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général e de preuve des obligations*, in *AJ Contrat-AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution*, 2016, p. 270-271. V. D. MAZEAUD, *Prime note sulla Riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in Riv. dir. civ., 2016, 2, p. 432 ss.



allora necessario. Senza rifiuti o aprioristiche chiusure.

5. Il problema del contatto sociale.

Si pensi, ancora, al contatto sociale utilizzato dalla Cassazione da oltre 15 anni, difeso da parte della dottrina e dalla giurisprudenza⁸⁵ e “abrogato” ora dalla nuova legge sulla responsabilità sanitaria che elimina, con un tratto di penna, tale figura proprio nell’ipotesi più diffusa e discussa⁸⁶.

La vicenda è emblematica di un dialogo chiuso, solo apparentemente, con un atto legislativo che impone, per legge, la qualifica giuridica di un fatto (la responsabilità del sanitario). Ma procediamo con ordine.

Il concetto, in assenza di un criterio dogmatico rigoroso, era certo, divenuto potenzialmente amplissimo. E proprio questo è stato il timore di una parte della dottrina e degli operatori preoccupati per l’erosione di margini certi nel sistema della responsabilità civile⁸⁷.

Si è replicato che la costruzione ha una solida base dogmatica, anche al di là della influenza della dottrina tedesca, e trova una giustificazione teorica e sistematica in una lettura attenta del profilo del rapporto obbligatorio. Che ha ora tratti evidenti di complessità: non più la semplice antitesi di una o più pretese contrapposte, bensì una struttura articolata intorno all’obbligo principale di prestazione, in corrispondenza ed in dipendenza del

quale sorgono ulteriori obblighi⁸⁸ per soggetti che vi prendono parte⁸⁹. Rapporto costruito con cura dalla dottrina,⁹⁰ ribadito dalla giurisprudenza⁹¹, ma oggetto di critiche⁹² e adesioni rigorose⁹³.

88 Sulla figura degli obblighi di protezione in dottrina cfr. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, III ed., Giuffrè, Milano 2006, p. 556; BALDASSARRI, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in CENDON, *La responsabilità civile*, vol. I, *Danno e risarcimento in generale*, Utet, Torino, 2001, p. 326; MONATERI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in CENDON, *I danni risarcibili nella responsabilità civile*, vol. VIII *Aspetti processuali ed applicativi*, Utet, Torino, 2005, p. 302; DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 20; ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 644. Alcuni di questi obblighi corrispondono per contenuto al dovere generale di *neminem laedere*, cosicché la loro violazione dovrebbe trovare tutela nell’ambito dell’azione extracontrattuale in virtù di un contatto sociale ribadito giurisprudenza ma oggetto di forti critiche per la dubbia consistenza del rinvio all’art. 1173 e per l’uso di un istituto non disciplinato nel nostro ordinamento, ma emersa nella dottrina tedesca poi superata dal nuovo § 311 del BGB interpretato, in Germania, nel senso di escludere dai “contratti simili” a quelli dei numeri 1 e 2 della norma l’ipotesi di “contatto sociale semplice”.

89 La teorizzazione degli obblighi di protezione nasce in Germania, muovendo dal presupposto che il rapporto obbligatorio sia articolato in un obbligo di prestazione (*Leistungspflichten*) e in uno di comportamento (*Verhaltenspflichten*) collaterale alla prestazione. Lo svilupparsi di questa impostazione fu favorita dalla natura tipica della responsabilità extracontrattuale. Viene, quindi, individuato un rapporto preparatorio, con carattere di accessorialità rispetto alla vendita, in base al quale ciascuna delle parti è tenuta ad osservare la diligenza necessaria al fine di evitare pregiudizio alla persona o ai beni dell’altra. Da qui, nacque lo spunto di pensare ad una figura di obbligazione costituita *soltanto* da doveri secondari ed accessori, la c.d. *obbligazione senza prestazione*. Per una bibliografia cfr. FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Cedam, Padova, 2004, p. 6 ss. e in particolare C.Castronovo, op. cit. p.567.

La riforma del 2001 del BGB ha espressamente preso in considerazione tali obblighi, così modificando il § 241, **Doveri derivanti dal rapporto obbligatorio**. (1) Il rapporto obbligatorio legittima il creditore a pretendere dal debitore l’esecuzione di una prestazione. La prestazione può anche consistere in una omissione. (2) Il rapporto obbligatorio può, in relazione al suo contenuto, obbligare ciascuna delle parti ad avere riguardo per i diritti, i beni giuridici e gli interessi dell’altra parte.

90 V. ora l’ottimo approfondimento in H. STOLL-R. FAVALE-M. FEOLA-A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L’obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016.

91 Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648 vedila in *I contratti*, 2012, 4, con nota critica di F. DELLA NEGRA. Ma v. anche Cass., 26 aprile 2012, n. 6526 e Cass., 18 aprile 2012, n. 6061.

92 A. ZACCARIA, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialenkontakts (la resistibile ascesa del “contatto sociale”)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 77 ss. per la dubbia consistenza del rinvio all’art. 1173 e per l’uso di un istituto non disciplinato nel nostro ordinamento, ma emerso nella dottrina tedesca poi superata dal nuovo § 311 del BGB interpretato, in Germania, nel senso di escludere dai “contratti simili” a quelli dei numeri 1 e 2 della norma l’ipotesi di “contatto sociale semplice”

⁸⁵ Quando tale figura ha fatto il suo ingresso nelle sentenze delle Corti italiane, l’aggettivo si identificava con l’esercizio di una professione protetta, quale il medico o l’insegnante e successivamente, si è estesa anche in capo alla Banca, al notaio, o all’avvocato; e così con progressive estensioni si è inclusa nell’area dell’istituto l’attività del mediatore, o dell’ex datore di lavoro, dell’analista finanziario, della parte che violi l’affidamento precontrattuale, dello Stato, fino ad arrivare alle ipotesi che abbiamo qualificato come improprie (contratto di parcheggio). Pertanto, ci si chiede se, allo stato attuale, sia sufficiente un mero contatto sociale affinché derivi la responsabilità *ex contractu*, oppure occorra qualcosa in più. La questione è di natura esegetica: letteralmente, si tratta di assegnare al termine *qualificato* un significato coerente con la *ratio* che informa l’istituto di origine giurisprudenziale.

⁸⁶ V. la recentissima legge sulle “Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario del 17 marzo 2017 n. 24 ove si dice all’art. 7 n. 2 che “l’esercente la professione sanitaria risponde del proprio operato ai sensi dell’art. 2043 c.c. salvo che abbia agito nell’adempimento di un obbligazione contrattuale assunta con il paziente”.

⁸⁷In chiave critica, si vedano le considerazioni di A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialenkontakts (La resistibile ascesa del contatto sociale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, p. 77 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 128 ss..

Osservo solo che la giurisprudenza italiana, in dialogo con una parte della dottrina, si è preoccupata di precisare la fonte che consente di trascorrere da una forma di mero contatto di fatto ad una figura dotata di rilevanza giuridica. Ed è bene ricordare che a tal fine non è affatto necessario che esista una norma espressa, ma la rilevanza può trarsi dalla osservazione attenta del sistema⁹⁴. Analisi che si fonda, sin dal primo precedente,⁹⁵ dando rilievo ad un principio da cui si trae, assieme ad altri dati, la giuridicità del rapporto. Il caso di specie trattava di responsabilità medica e il criterio formale era ricavato dall'art. 32 della Costituzione. Da qui la conversione del fatto in diritto.

Negli altri casi la ricognizione specifica della relazione è stata condotta su altri elementi giuridici e non di fatto. Fra questi, da ultimo⁹⁶, quanto previsto dall'art. 1337 per il quale l'ultima giurisprudenza utilizza ancora la figura del contatto sociale⁹⁷, nonostante le critiche⁹⁸, ma anche le condivisioni della dottrina e soprattutto i precedenti dogmatici a cui si dà continuità⁹⁹ dopo una fase di formalismo accentuato nella dottrina civilistica¹⁰⁰.

⁹³ V. ora sul punto A. DI MAJO, *Giustizia e "materializzazione" nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole) di fattispecie e (regole) di procedura*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 3, 812 ss.

⁹⁴ V. P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni generali)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 133 ss..

⁹⁵ Cass., 22 gennaio 1999, n. 589 «La più recente ed autorevole dottrina ha rilevato che l'art.1173 c.c., stabilendo che le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito o da altro atto o fatto idoneo a produrlo in conformità dell'ordinamento giuridico, consente di inserire tra le fonti principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui con specifico riguardo alla fattispecie, può annoverarsi il diritto alla salute) che trascendono singole proposizioni legislative».

⁹⁶ Cass., 12 luglio 2016, n. 14188, cit. Sul punto è possibile rivendicare una priorità della nostra dottrina che individuò subito una regola efficiente e utile che solo da poco è stata inserita nel BGB. Con essa, osservava nel 1957 Luigi Mengoni, si sottrae all'area dell'illecito indifferenziato e dalla sfera del fatto una relazione sociale che è qualificata dal rispetto della buona fede. Si può dubitare che da questo obbligo nasca la prestazione che è richiesta dal nostro art. 1174

⁹⁷ Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648 vedila in *I contratti*, 2012, 4, con nota critica di F. Della Negra. Ma v. anche Cass., 26 aprile 2012, n. 6526 e Cass., 18 aprile 2012, n. 6061.

⁹⁸ A. Zaccaria, *Der Aufhaltsame Aufstieg des Sozialkontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 77 ss.

⁹⁹ Travaglino, *op. cit.*, p. 81 nota 32 richiama sul possibile uso separato o in cumulo delle azioni di annullamento e risarcimento CARNELUTTI, *Osservazioni a Cass. Firenze 1923*, in *Foro it.*, 1923, I, 605, TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937 e, in Francia CHARDON, *Trattato del dolo e della frode in materia civile e commerciale*, Napoli, 1829, Savatier, *Etude sur le dol*, Parigi, 1881. Ma si potrebbe citare ora la riforma del code civil.

¹⁰⁰ I. PAGNI, *op. cit.* L'autonomia fra azione di impugnazione e azione di danni risulta nel sistema e nel diritto civile dove si regola in più occasioni il «concorso tra le varie forme di

Ebbene qualificare *ex lege* come forma "imperativa" di responsabilità aquiliana la condotta illecita del medico dipendente solleva dubbi e non chiude affatto la questione di un controllo dogmatico di razionalità

Basta pensare che la verità giuridica di un fatto non si determina solo con una definizione o un atto di imperio, ma appartiene ad una dinamica plurale atta a recepire istanze diverse.

Insomma la legge non può disgiungere le idee e il sistema dai fatti. Qualificare il rapporto di cura non spetta solo alla legge, ma "ad un momento storico e logico" del "convertirsi" della "realtà in "diritto positivo"¹⁰¹. Mutare un indirizzo giurisprudenziale sul fatto è certo possibile. Resta da esaminare se ciò possa essere eseguito d'imperio con una finalità politica (il timore di una medicina difensiva) da bilanciare con altri interessi.

Sul punto non mancheranno riflessioni attente. Basta qui una notazione.

Spetta alla scienza giuridica, nella sua totalità di voci teoriche e pratiche, "evitare l'illusione ricorrente di attribuire a questo o a quell'aspetto dell'esperienza giuridica il carattere di depositario carismatico della giuridicità"¹⁰² che non appartiene né al solo pensiero né ad un comando, ma ad un'azione complessa di conoscenze e di valutazioni che esige di valutare i fatti con mani sicure¹⁰³.

Nel rapporto di cura si doveva e si deve trovare la forma e il rimedio più adeguato al fatto da

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

¹⁰¹ A.E. CAMMARATA, *Introduzione a S. Romano, Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, 1969, p. 1.

¹⁰² G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, e l'introduzione di P. Piovanini, p. XIII ss. Insomma "l'esperienza giuridica esorta ad una valutazione integrale e concreta del diritto. Combatte le astrattezze della dottrina ma ne esalta lo sforzo di astrazione, distinguendo quelle da questo. Per conseguenza, combatte la parzialità che è alla radice della confusione fra il diritto e la legislazione, nega la riduzione del diritto alla legge"

¹⁰³ E. BALDUCCI, *La verità e le occasioni*, Alba, 1960, p.101. "chi discute la verità senza farla, la perde mentre chi fa la verità arriva alla sua luce"



regolare, con l'aiuto della tecnica e della scienza giuridica. L'uso o il rifiuto di una categoria (responsabilità aquiliana o contrattuale) l'applicazione per legge di una o di un'altra norma (art. 2043 e 2018 c.c.) può non bastare. Sono altri gli strumenti che il giurista possiede per penetrare la verità civilistica del fatto. Il sistema giuridico sulla sicurezza delle cure, l'onere della prova, il concetto di causalità, l'ambito e l'imputazione del danno risarcibile. L'uso di questi strumenti è spesso più utile di una qualificazione netta entro la sottile linea di confine fra responsabilità contrattuale e aquiliana, come dimostra la storia recente.

Ma c'è di più. La legge contiene un irragionevole contraddizione.

La relazione giuridica fra medico dipendente e malato è confermata (o creata) dall'art.1. In modo chiaro. Il diritto alla sicurezza (parte costitutiva del diritto alla salute) si ha nei confronti della struttura e di tutto il personale "compresi i liberi professionisti convenzionati". I quali hanno, dunque, un obbligo nella fase di prevenzione sino alla fase terminale della malattia. Come si precisa, altrettanto chiaramente, nella legge sulle cure palliative¹⁰⁴.

Sicché ci sono diritti e obblighi, fra paziente e medico dipendente, in ogni fase del rapporto di cura e tale relazione è giuridica non di fatto perché disposta da precise indicazioni normative la cui violazione determina una responsabilità contrattuale. Non si può replicare che si tratti di un dovere generico, riferibile ad una responsabilità aquiliana¹⁰⁵, perché un dovere relativo ad un

rapporto individuato non può che assumere la veste di un obbligo e di un corrispondente diritto¹⁰⁶.

Se è così il richiamo nell'art. 7 della legge all'art. 2043, come norma inderogabile, dovrebbe cadere di fronte ad un giudizio di costituzionalità perché si tratta di un precetto contraddittorio e dunque irragionevole. La Corte ci ha insegnato più volte questo limite. Neppure il legislatore può negare in una norma (art. 7) una relazione giuridica dopo averla affermata e costruita nello stesso testo.

6. La distribuzione dell'onere della prova.

Come si è ricordato, altrove,¹⁰⁷ in uno Stato strutturato secondo il dogma della legalità la scelta di gravare l'onere probatorio su l'una o l'altra parte non può essere lasciata integralmente al Giudice.¹⁰⁸ Questa tensione la si avverte in ogni ordinamento quale che sia il criterio prescelto.

In Germania manca nel BGB una norma espressa al riguardo¹⁰⁹ ma esiste una regola nel nuovo codice di procedura civile e il collegamento fra regola probatoria e diritto sostanziale è scontato¹¹⁰ tanto che ha influito sulla formulazione dell'articolo 2697 del nostro codice civile. Il giurista anglo-americano in piena sintonia con il suo sistema finisce, naturalmente, "col sentire che la determinazione degli oneri probatori dipende da ragioni che attengono alla specificità del caso... e dichiara di far ricorso, a tal fine, a regole di probabilità, a valutazioni di equità o a comparazioni de interessi in conflitto"¹¹¹.

¹⁰⁴ V. G. VETTORI, *La responsabilità medica e il danno non patrimoniale fra legge e giudice. Un invito al dialogo*, in *Persona e Mercato*, 2016, p. 351. L. 15 marzo 2010 n. 38 e la sentenza della Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585 (rel Travaglino) e ora G. TRAVAGLINO, *Vaghi appunti sulla riforma della responsabilità sanitaria*, in *Giust. Civ.*, 2017, p. 3. ss.; R. PARDOLESI-R. SIMONE, *Nuova responsabilità medica: il dito e la luna (contro i guasti da contatto sociale?)*, in *Foro it.*, 2017, V, c. 161 ss.; R. PUCCELLA, *E' tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?*, in *La responsabilità medica*, Pacini editore, 2017, ed ivi M. FRANZONI, *La nuova responsabilità in ambito sanitario*, p. 5 ss.; M. GORGONI, *La responsabilità in ambito sanitario tra passato e futuro*, p.17 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, p. 35 ss.; P. ZIVIZ, *Responsabilità sanitaria: appunti sul rilievo delle linee guida in ambito civilistico*, p. 43 ss.; R. DE MATTEI, *Errore e responsabilità in medicina*, p. 60 ss.; G. TRAVAGLINO, *Il danno alla persona fra diritto e realtà*, p. 69 ss.; T. PASQUINO, *Le cure palliative nel prisma del diritto alla salute dei malati terminali*, p. 79 ss.

¹⁰⁵A. ZACCARIA, *Contatto sociale e affidamento. Attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci*, in *Jus civile*, 2017 con riferimento all'art. 1337 c.c.

¹⁰⁶ Basta citare sul punto M. GIORGIANNI, *L'obbligazione. La parte generale delle obbligazioni*, Milano, 1968.

¹⁰⁷ G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, p. 23 (dell'estratto) ora in ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 98 ss. da cui si traggono, testualmente, alcuni assaggi.

¹⁰⁸ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit. p. 46-47; ma v. anche sul punto A. Proto Pisani, *Tutela giurisdizionale differenziata*, in *Foro it.*, 1973, V, c. 239 ora in *La Tutela Giurisdizionale dei diritti. Studi*, Napoli, 2003, p. 228 ss.

¹⁰⁹ S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, cit., p. 84.

¹¹⁰ P. RESCIGNO, *Introduzione al volume 19, I, del Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, p. XIV il quale richiama anche il problema iniziale di distribuzione delle norme "fra codice civile e codice di rito. La scelta si compì nel senso di conservare al codice civile le regole fondamentali, e la motivazione di nuovo riscopre accenti di garantismo liberale. Il passaggio è ripreso ancora dalla relazione al re "la prova è ... la condizione essenziale perché un singolo diritto possa praticamente avere la sua efficacia; avere un diritto e non essere in condizione di darne la prova, equivale ad avere il diritto riposto nell'arbitrio dell'altra parte".

¹¹¹ G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, cit. p. 49; e in particolare M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit., p. 25 ss.

In Italia vige un “sistema dispositivo attenuato”¹¹² in alcuni settori. Nel processo del lavoro (art. 420 e 421 c.p.c.), nelle procedure sul divorzio (art. 5 comma 9 L.n.898 del 1970), per l’accertamento di discriminazioni(art.28 del D.lgs. 150 del 2001), nelle cause ove deve intervenire il Pubblico Ministero (art.2907 c.c. e 115 c.p.c.) e nella materia della protezione internazionale (art.3 del D.lgs. n. 251 del 2007 e art. 8 D.lgs.n.25 del 2008).¹¹³ Sicché è facile concludere che il problema dell’onere probatorio risente sempre e comunque della difficoltà di qualificazione del fatto ma ancor più della peculiarità di tale valutazione rispetto a circostanze che contraddicono i principi liberali delle codificazioni ottocentesche per affrontare il rilievo giuridico della disparità di potere¹¹⁴. Sul punto si è già detto citando l’art.24 e 111 della Costituzione . Basta qui ricordare che la specificità non va ricercata solo sul piano della differenziazione sostanziale del potere o del diritto ma anche sul piano delle dinamiche dell’ “iniziativa processuale e dell’onere della prova”¹¹⁵.

Certo il modo di intervento sul punto¹¹⁶ è stato tentato con scarso successo dagli organi comunitari¹¹⁷ e studiata a fondo dalla giurisprudenza e dalla dottrina europea¹¹⁸. Solo qualche esempio.

¹¹² V. M. ACIERNO e M. FLAMINI, *Il dovere di cooperazione del giudice, nell’acquisizione e nella valutazione della prova*, in *Persona e Mercato*, 2017, p. 31

¹¹³ v. M. ACIERNO e M. FLAMINI, op. cit., p. nota 9 ed ivi il rinvio a Cass. n. 19197 del 2015 che riconosce particolari poteri istruttori al giudice in presenza di “fatti costitutivi del diritto alla protezione internazionale (che) devono.. necessariamente essere indicati dal precedente.

¹¹⁴ V. P. CENDON e P. ZIVIZ, *L’inversione dell’onere della prova nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 758 ss. in part. 795.

¹¹⁵ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di dritto*, cit. p. 121-122..

¹¹⁶ In Inghilterra le flessibili figure della *indue influence* si costruiscono, in giurisprudenza, con un ampio impiego di presunzioni (*presumed*) e il rimedio dell’*unconscionability* pone riparo a situazioni di *serious disadvantage* in base a circostanze che rivelino approfittamento tratto dal contenuto concreto del rapporto Utilissima sul punto la ricerca di M.Meli, *La tutela della parte debole e il rapporto nel diritto contrattuale inglese*, cit.44,64,65-75,82.

¹¹⁷ La Proposta di direttiva sulla responsabilità del prestatore di servizi, in G.U. CEE, 18 ennaio 1991, NC 12/8, pubblicata anche in *Resp. Civ. e prev.*, 1991, p. 335. addossava al professionista l’onere della prova dell’assenza di colpa. in base ad una serie di ragioni espresse nei “considerando” fra le quali “la situazione rispettiva del danneggiato, privo di cognizione tecniche specifiche e del professionista che dispone di queste cognizioni”. L’abbandono di questo modello generale non ha ostacolato l’emergere di soluzioni settoriali e di tendenze giurisprudenziali assai significative.

¹¹⁸ v. prima di tale normativa v. sul punto P. CENDON e P. ZIVIZ, *L’inversione dell’onere della prova nel diritto civile*, cit., p. 777 ss.; V. DENTI, *L’inversione dell’onere della prova:*

Oltre quindici anni orsono una sentenza delle Sezioni Unite¹¹⁹ ha preso atto di una diversità di posizioni nella dottrina e nella stessa giurisprudenza di legittimità¹²⁰. Si sono accolte le motivazioni dell’indirizzo minoritario ed enunciato un principio netto. Il creditore deve solo provare il titolo e allegare l’inadempimento della controparte. Ciò in base a precise argomentazioni¹²¹. Una sentenza successiva¹²² ha consolidato questo orientamento con forti argomenti tratti dalla dottrina. Si osserva

rilievi introduttivi, ivi, p. 709, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992; M. TARUFFO, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, ivi, p. 733.

¹¹⁹ Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n.13533, in *Foro it.*, 2002, I, p. 769 ss.

¹²⁰ Un primo orientamento, maggioritario, riteneva dovesse sussistere un regime probatorio diverso in caso di adempimento, di risoluzione e di risarcimento. In caso di adempimento si reputava sufficiente la prova da parte dell’attore del titolo, perché tale fatto è il solo fatto costitutivo della pretesa. Nella risoluzione e nel risarcimento, si era osservato, sono invece due gli elementi, il contratto e l’inadempimento, sicché l’attore doveva provare l’uno e l’altro. Un secondo orientamento, minoritario, riconduceva ad unità il regime probatorio da applicare a tutte le azioni previste dall’art. 1453, sia perché dall’art. 2697 c.c. si trae un principio di persistenza del diritto che fa gravare sul debitore la prova del fatto estintivo; sia perché, in base al principio di vicinanza della prova, questa va posta a carico del soggetto nella cui sfera si è prodotto l’inadempimento e quindi sul debitore.

¹²¹ L’art. 2697 è espressione di un principio di persistenza del diritto in presenza di una fonte contrattuale, sicché grava sull’altra parte la prova del fatto estintivo. L’omogeneità del regime dell’onere della prova per le tre azioni previste nell’art. 1453 risponde ad un criterio di ragionevolezza, perché tutte le azioni previste da quella norma servono a statuire che il debitore non ha adempiuto, mentre le ulteriori pronunzie sono consequenziali a questa. La stessa possibile sostituzione della domanda ai sensi dell’art. 1453 ha compreso l’uno e l’altro diritto sotto un’unica fattispecie, senza condizionare il mutamento della domanda all’accollo di un nuovo onere probatorio. C’è poi un’esigenza ulteriore. Il creditore che deduca di non essere stato pagato avrà serie difficoltà di individuare, come oggetto di prova, fatti positivi contrari idonei a dimostrare il fatto negativo dell’inadempimento. Anche in caso di inesatto inadempimento opera tale reparto probatorio perché esiste una identica *ratio*: il debitore non è stato fedele al contratto. Naturalmente, se il convenuto fa valere l’eccezione di inadempimento ai sensi dell’art. 1460 dovrà provare il titolo e potrà limitarsi ad allegare l’altrui inadempimento. Incombe allora sul creditore la relativa prova. Tutto quanto sostenuto vale per le obbligazioni positive e non per le obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell’inadempimento è sempre a carico del creditore, anche qualora agisca per l’adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento. Ciò perché il presupposto comune ai rimedi previsti dall’art. 1453 è l’inadempimento costituito da un fatto positivo. Diversamente, per le obbligazioni negative, non vige né il principio della persistenza del diritto insoddisfatto, “perché in tali obbligazioni il diritto nasce soddisfatto e viene in considerazione solo a sua successiva violazione; né vige il principio di vicinanza della prova, “dal momento che l’inadempimento dell’obbligazione negativa ha natura di fatto positivo” che il creditore può fornire senza eccessiva difficoltà.

¹²² Cass., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, p. 1836.



che il diritto all'adempimento alla risoluzione del contratto e al risarcimento sono espressione di una responsabilità del debitore coeva al sorgere del rapporto obbligatorio. Sicché tali rimedi sono intrinseci al rapporto obbligatorio, inteso come struttura complessa, destinata a produrre un insieme funzionalmente unitario di effetti giuridici, i quali possono mutare senza che il rapporto perda la sua identità.

Ne segue che, nelle obbligazioni positive, con il contratto sorge sia il diritto alla prestazione sia, contemporaneamente, il diritto alla risoluzione ed al risarcimento del danno, tanto che la domanda di risoluzione e quella di adempimento possono essere proposte anche nel medesimo giudizio, la seconda subordinatamente alla prima. E se è così, è logico concludere che non è l'inadempimento che si pone come fatto costitutivo della domanda di risoluzione; ma è l'adempimento che si pone come fatto estintivo dei diritti sorti con il contratto in favore del creditore.

Tali considerazioni erano già state formulate in passato in modo chiarissimo, osservando che, nelle obbligazioni di dare e di fare, "l'attore non deve provare l'omissione dell'inadempimento; ciò che si deve dopo l'inadempimento è di solito ciò che si doveva prima: l'obbligazione perdura, onde all'attore basterà provare che è nata; e ciò vale anche per le conseguenze legali o convenzionali dell'inadempimento¹²³", quali la risoluzione o i danni. Nelle obbligazioni di non fare invece "l'inadempimento consiste in una azione positiva, nel fare quello che non si doveva. L'azione tende ad ottenere la rimozione di ciò che si è fatto: in questo caso il fondamento del diritto di agire dell'attore sta anche nel fatto lesivo dell'obbligazione: l'attore dovrà provare quindi il fatto lesivo compiuto dal convenuto. Similmente nella rivendica dovrà provarsi il possesso attuale del convenuto"¹²⁴.

Pochi anni dopo i criteri di distribuzione dell'onere probatorio si sono consolidati. La Corte ha precisato che quando il legislatore non vi ha provveduto "spetta al giudice-interprete ricostruire la fattispecie sostanziale controversa, identificando gli elementi costitutivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio e richiedendo all'attore la relativa prova". Ciò perché l'art. 2697 c.c. è una disposizione in bianco che "non impone temi fissi di prova" e deve essere completata dalla norma "per lo più

sostanziale, dettata per il caso concreto" facendo riferimento al principio della "riferibilità o vicinanza o disponibilità del mezzo" ricavabile dall'art. 24 della Costituzione¹²⁵ e da un argomentazione per principi robusta e equilibrata¹²⁶ nella ricostruzione delle diverse fattispecie.

Non solo. Proprio rilevando come sia doveroso per il giudice rendere effettiva la tutela dei privati che agiscono in sede giurisdizionale, la giurisprudenza di legittimità ha osservato che, in caso di paventate violazioni del diritto della concorrenza, tenuto conto dell'asimmetria informativa esistente tra le parti nell'accesso alla prova, il reparto dell'onere probatorio debba essere ricostruito anche mediante un'interpretazione delle norme processuali funzionale alla corretta attuazione del diritto della concorrenza¹²⁷.

Ancora. Nella recente giurisprudenza in tema di usura e anatocismo si è consolidato un criterio che applica, con ragionevolezza, il criterio di vicinanza, imponendo all'impresa che agisce, l'onere di provare i presupposti delle sue azioni di restituzione, perché l'attore e in particolare un'impresa è tenuto a conservare la documentazione utile a fondare la prova dei diritti fatti valere in giudizio. Sicché grava sul correntista che agisce per la restituzione l'onere di allegare con la dovuta completezza tutto ciò che è imprescindibile per ricostruire il rapporto e per verificarne la legittimità. Non solo si precisa che tale onere probatorio, posto dall'art. 2697 c.c. a carico di chi intende far valere un diritto in giudizio, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere¹²⁸. Né rileva il principio della c.d. vicinanza della prova, deputato a risolvere casi in cui la ricostruzione degli oneri probatori sia oggettivamente dubbia e non utilizzabile per scardinare la regola generale¹²⁹.

La Direttiva del Consiglio di Europa del 29 aprile 2004 n. 83 contiene "norme minime sull'attribuzione ai cittadini, di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale e la Corte di Giustizia è intervenuta per chiarire aspetti

¹²⁵ Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704 ss. con note di D. DALFINO e A. PROTO PISANI

¹²⁶ v. Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *La Responsabilità civile*, 2004, 5, p. 396 ss. con nota di M. MARTINELLI, *L'art. 2236 c.c. e la responsabilità medica: la Suprema Corte quadra il cerchio*; v. anche Cass., sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, e sul punto il bel saggio di PROTO PISANI, *L'onere della prova nella colpa medica*, in G. Vettori (a cura di), *Il danno risarcibile*, II, Padova, 2002, p. 1402 ss.

¹²⁷ Cass., 4 giugno 2015, n. 11564

¹²⁸ Cass., 7 maggio 2015, n. 9201

¹²⁹ Cass., 4 aprile 2016 n. 6511

¹²³ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 787; v. altresì G. VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, p. 46; S. PATTI, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1987, p. 109 ss.; M. TARUFFO, *Onere della prova*, in *Dig. Disc. priv.*, Torino, 1995, p. 65 ss.

¹²⁴ CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 794.

essenziali, sino a precisare un principio generale del Diritto dell'Unione. "Il diritto di essere ascoltato dei destinatari di decisioni che incidono in modo rilevante sui loro interessi" e il corrispondente dovere che "incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano provvedimenti che rientrano nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, anche quando la normativa applicabile non preveda espressamente siffatta formalità"¹³⁰

Gli esempi potrebbero continuare, ma è sufficiente aver rimarcato che l'integrazione fra legge, dogmatica e sentenze richiede uno sforzo congiunto.

La legge deve costruire forme flessibili senza rincorrere i fatti con improbabili tipizzazioni. La scienza giuridica deve costruire concetti rigorosi e adatti ai tempi¹³¹, le sentenze devono tendere alla ricerca del diritto "qual è non quale si vorrebbe che fosse"¹³² e del rimedio effettivo per ogni situazione lesa. E' inutile avanzare primazie e teorizzare metodi astratti. Occorre solo una maggiore responsabilità comune di fronte ad un delicato momento della nostra vita democratica.



¹³⁰ V. CGUE del 9 febbraio 2017 C-560/14 , punto 25 e il richiamo alle sentenze della Corte del 5 novembre 2014, Mukarubega, C-166/13, EU:C: 2014:2336, punti 49 e 50, e del 11 dicembre 2014, Boudjlida, C-249/2013, EU:C:2014:2431, punti 39 e 40. Sul punto v. ancora M. Acierno e M. Flamini, *op. ult. cit.*, ed ivi il richiamo al Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, Ginevra, 1979.

¹³¹ M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in

¹³² F. SANTORO-PASSARELLI, *Quid iuris?*, *op.cit.*