

Le clausole generali nel diritto privato

Atti del Convegno in onore di Giovanna Visintini

a cura di
Tommaso Arrigo
Alessandra Pinori



Responsabili Collana

Paola Ivaldi (*Università di Genova*)

Lorenzo Schiano di Pepe (*Università di Genova*)

Comitato scientifico

Alberto M. Benedetti (*Università di Genova*), Pierluigi Chiassoni (*Università di Genova*), Paolo Comanducci (*Università di Genova*), Gisella De Simone (*Università di Genova*), Angelo Dondi (*Università di Genova*), Carlos Esplugues Mota (*Università di Valencia, Spain*), Riccardo Ferrante (*Università di Genova*), Andrea Fusaro (*Università di Genova*), Bettina Heiderhoff (*Università di Münster, Germany*), Juan Ruiz Manero (*Università di Alicante, Spain*), Alberto Marcheselli (*Università di Genova*), Realino Marra (*Università di Genova*), Eric Millard (*Università di Paris-Ouest, France*), Marco Pietro Pavese (*Università di Genova*), Marco Pelissero (*Università di Torino*), Ilaria Queirolo (*Università di Genova*), Michele Siri (*Università di Genova*), Pascale Steichen (*Università di Nice Sophia Antipolis, France*), Lara Trucco (*Università di Genova*), Chiara E. Tuo (*Università di Genova*), Piera Vipiana (*Università di Genova*)

Le clausole generali nel diritto privato

**Il ruolo della giurisprudenza
e i limiti alla discrezionalità dei giudici**

Atti del Convegno in onore di Giovanna Visintini

a cura di

Tommaso Arrigo

Alessandra Pinori



è il marchio editoriale dell'Università di Genova



I contributi qui pubblicati sono stati revisionati dal Comitato Scientifico del Convegno “Le clausole generali nel diritto privato. Il ruolo della giurisprudenza e i limiti alla discrezionalità dei giudici” svoltosi a Genova il 19-20 maggio 2023 in onore della prof. Giovanna Visintini.

© 2024 GUP

I contenuti del presente volume sono pubblicati con la licenza
Creative commons 4.0 International Attribution-NonCommercial-ShareAlike.



Alcuni diritti sono riservati

ISBN 978-88-3618-292-3
e-ISBN (pdf) 978-88-3618-293-0

Pubblicato a novembre 2024

Realizzazione Editoriale
GENOVA UNIVERSITY PRESS
Via Balbi 5, 16126 Genova
Tel. 010 20951558
e-mail: gup@unige.it
<https://gup.unige.it>



Stampato rispettando l'ambiente da
www.tipografiaecologicakc.it
Tel. 010 877886

SOMMARIO

<i>Prefazione</i>	11
PIERLUIGI CHIASSONI <i>Frammenti di una teoria analitica delle clausole generali</i>	17
MAURIZIO LUPOI <i>Un primo approccio comparatistico al 'diritto vivente': Francia e Inghilterra</i>	33
MASSIMO FRANZONI <i>Principi generali, norme elastiche, clausole generali</i>	59
GUIDO ALPA <i>La solidarietà nel diritto privato</i>	83
TOMMASO DALLA MASSARA <i>Il 'dovere professionale di conoscere la giurisprudenza': riflessioni metodologiche nella prospettiva dell'abuso del diritto</i>	103
STEFANO TROIANO <i>La (ir)resistibile ascesa della ragionevolezza da notion floue a "metapincipio"?</i>	115
GILDA FERRANDO <i>L'interesse del minore</i>	135
MICHELE SESTA <i>Eguaglianza e solidarietà nella determinazione dell'assegno di divorzio</i>	149
RITA ROLLI <i>Funzione sociale della proprietà ieri, oggi e domani</i>	163
PATRIZIA PETRELLI <i>Il limite della normale tollerabilità nelle immissioni</i>	199
ALESSANDRO CIATTI CAIMI <i>L'interesse comune nei rapporti condominiali</i>	219

LUCA NANNI	
<i>La buona fede oggettiva</i>	237
GIORGIO AFFERNI	
<i>Buona fede e responsabilità per mancata conclusione del contratto</i>	253
CHIARA POGGI	
<i>Rupture brutale des relations commerciales établies nell'ordinamento francese.</i> <i>Un esempio di abuso di diritto nella cessazione del contratto</i>	273
ELENA Poddighe, VINCENZO ZENO-ZENCOVICH	
<i>La "correttezza" nelle condizioni generali di contratto</i> <i>delle grandi piattaforme online</i>	287
GIANROBERTO VILLA	
<i>La causa non imputabile nella disciplina dell'inadempimento</i>	301
RAFFAELLA DE MATTEIS	
<i>La diligenza professionale come parametro valutativo del fare</i>	315
CARMELITA CAMARDI	
<i>Discipline della sopravvenienza contrattuale, buona fede</i> <i>e pluralismo normativo. Premesse per una discussione</i>	323
TOMMASO ARRIGO	
<i>Interessi meritevoli di tutela, fiducia, destinazione patrimoniale</i>	351
ILARIA CARASSALE	
<i>Clausole generali e contratto di assicurazione danni. Iato o conciliazione?</i>	377
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
<i>L'ingiustizia del danno: dialogando con Giovanna Visintini</i>	395
GIULIO PONZANELLI	
<i>Sostenibilità delle regole di responsabilità civile</i>	411
FRANCESCA BERTELLI	
<i>Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto privato</i>	421
MARCO CAPECCHI	
<i>Il nesso di causalità materiale: una clausola generale?</i>	441

ALESSANDRA PINORI <i>Il criterio delle conseguenze immediate e dirette</i>	451
VALENTINA DI GREGORIO <i>L'equità nella valutazione dei danni</i>	461
MARIA VITORIA BALLESTRERO <i>Clausole generali e potere discrezionale del giudice. La giusta causa di licenziamento</i>	477
GISELLA DE SIMONE <i>La solidarietà nel diritto del lavoro. Prime riflessioni</i>	495
ALBERTO MARIA BENEDETTI <i>Gli «assetti organizzativi adeguati» tra principi e clausole generali. Appunti sul nuovo Art. 2086 C.C.</i>	511
STEFANO PAGLIANTINI <i>La circolazione dello statuto consumeristico: esperimenti in una terra incognita</i>	533
LUCIANA CABELLA PISU <i>Unfair. Le vicissitudini di buona fede e correttezza nel recepimento di tre direttive europee</i>	553
ENRICO CAMILLERI <i>Pratiche commerciali scorrette e clausola generale</i>	571
EDOARDO FERRANTE <i>L'interesse di classe</i>	593
CLAUDIO CARLO VIAZZI <i>Conclusioni</i>	617
<i>Curriculum</i>	623

PREFAZIONE

Luciana Cabella Pisu *

Il presente volume raccoglie gli atti di un Convegno organizzato a Genova il 19 e 20 maggio 2023 da un gruppo di allievi di Giovanna Visintini (oltre alla sottoscritta, Raffaella De Matteis, Tommaso Arrigo, Marco Capecchi, Alessandra Pinori) per festeggiare un suo importante compleanno.

Come prima allieva di Giovanna, in ordine di tempo, mi è stato attribuito il compito (e l'onore) di scrivere alcune pagine introduttive; e vorrei precisare che mi sento un po' come una sorella minore che è stata a fianco di Giovanna per tanti anni (decenni!): la prima di una schiera di studiose e studiosi che lei ha guidato nell'attività scientifica e nella vita accademica, indirizzandoli, consigliandoli ma anche lasciandoli liberi di scegliere la loro strada personale, come sanno fare i veri Maestri. E oggi scrivo in rappresentanza di tutti.

I lavori del convegno iniziano con una dissertazione in termini generali sulla tecnica legislativa che si esprime con clausole generali e con riflessioni comparatistiche sul c.d. diritto vivente; e, a seguire, ognuna delle clausole sparse nel nostro ordinamento privatistico (in tutto il codice civile, nei codici di settore e nelle leggi speciali) viene analizzata con metodo casistico per ricostruirne l'itinerario giurisprudenziale e individuare i limiti alla creatività dei magistrati. Il discorso è di viva attualità, perché tiene conto dell'inserimento nell'ordinamento giuridico italiano di clausole generali proveniente da fonti normative diverse, e in particolare dal diritto dell'Unione europea, con problemi sistematici non sempre di facile soluzione. Ma su questo non intendo dilungarmi, perché lascio al lettore il piacere di informarsi scorrendo le molte relazioni; mi interessa invece tratteggiare brevemente la figura della festeggiata, spiegando nel contempo il perché della scelta dell'argomento.

* Professore emerito di diritto privato dell'Università di Genova.

Il tema delle clausole generali e del ruolo delicatissimo della giurisprudenza nel renderne concreti i contenuti ha costituito un *Leitmotiv* nel lavoro scientifico e didattico di Giovanna Visintini, che ha studiato un ampio ventaglio di argomenti con occhio sempre attento all'apporto creativo della giurisprudenza: apporto che è sempre presente anche di fronte a enunciati normativi redatti con la tecnica della fattispecie, ma raggiunge il suo apice nel caso di disposizioni a contenuto indeterminato, come le clausole e i principi generali. E in ogni suo scritto Giovanna ha focalizzato l'indagine sulla elaborazione giurisprudenziale delle norme, con una metodologia che parte da un attento studio in chiave storica della disciplina normativa e degli apporti dottrinali, per giungere ad un'analisi casistica della giurisprudenza, in modo da individuare l'effettiva portata degli orientamenti stratificatisi nel tempo. Lo studio della giurisprudenza non è certo acritico, ma tende a individuare la formazione di grandi orientamenti e il tipo di risposta (adeguata o meno) che in essi viene data ai problemi emergenti nella pratica, senza mai perdere di vista la necessità di costruire su questa base un quadro sistematico coerente. Ne risultano, da un lato, una solida costruzione dottrinale offerta agli studiosi teorici, ma anche, dall'altro lato, una preziosa guida per gli interpreti che, posti di fronte a controversie concrete, possono impostare una soluzione tale da essere accolta favorevolmente in giudizio.

I temi principali dei suoi studi, in ognuno dei quali risalta l'indagine sulla concretizzazione di clausole e principi generali, sono la responsabilità precontrattuale e contrattuale (con il ruolo della buona fede), i fatti illeciti (con l'ingiustizia del danno e il ruolo della colpa), la proprietà (con particolare riferimento alla normale tollerabilità delle immissioni). In appendice al volume inseriamo il curriculum di Giovanna Visintini, con la sua sterminata bibliografia, dunque non è qui il caso di dettagliare i riferimenti: ricordo solo il volume *I fatti illeciti. I. L'ingiustizia del danno* con cui ha inaugurato la collana diretta da Galgano intitolata *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, Padova, 1987 e gli Atti, pubblicati a sua cura, di convegni da lei organizzati: *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente*, Padova, 1988; *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, Milano, 1999 e *L'abuso del diritto*, Napoli, 2016. La metodologia in essi adottata ha caratterizzato anche il *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1996, che con le sue successive edizioni è stato per anni un testo su cui molti studenti genovesi si sono formati al diritto civile.

Mi piace peraltro utilizzare il curriculum come traccia per parlare di Giovanna, della sua attività scientifica ed accademica, ma anche della sua vita. E anche un po' della vita di chi è stato suo allievo o comunque ha percorso un tratto di strada accanto a lei.

Giovanna è arrivata a Genova nel 1970, quando ha sposato Giovanni Tarello. È stato allora che l'ho conosciuta di persona, ma il mio primo contatto con lei era avvenuto tre anni prima "per interposto libro": il volume su *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, nella Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata diretta da M. Rotondi, che m'indusse a leggere anche la sua importante opera, uscita in precedenza, su *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, in cui dava prova di una piena maturità scientifica nonostante la sua giovane età.

Quei due volumi si inserivano a pieno titolo in una notevole serie di scritti che, nel decennio 1960-1970, avevano portato aria nuova negli studi sulla responsabilità civile, imprimendo ad essi una svolta decisiva. E vorrei soffermarmi brevemente su che cosa ha significato quel periodo in questo campo (ma non solo in questo).

Nel 1960 erano comparsi, rispettivamente sul *Foro pad.* e su *Jus*, due scritti brevi ma molto stimolanti: *L'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 cc.* di Rodolfo Sacco e *L'ingiustizia del danno nell'illecito civile* di Piero Schlesinger; seguiti, nel 1961, dalla monografia di Pietro Trimarchi su *Rischio o responsabilità oggettiva* e nel 1962 dalla voce *Illecito* di Renato Scognamiglio, nel *Novissimo Digesto*. Il 1964 aveva visto la pubblicazione di *Il problema della responsabilità civile* di Stefano Rodotà e di *La lesione del credito da parte di terzi* di Francesco Busnelli; e nel 1965 era uscito *Esposizione al pericolo e responsabilità* di Marco Comporti. Nel 1966 Giorgio Cian aveva pubblicato *Antigiuridicità e colpevolezza*, e nel 1967 Pietro Trimarchi era tornato in campo con il volume *Causalità e danno*.

Una fioritura imponente di opere, che dava ai giovani che si accostavano allora agli studi civilistici la consapevolezza di vivere una fase di cambiamento che avrebbe lasciato il segno. Anche perché, contemporaneamente (a metà degli anni '60) Gino Gorla aveva pubblicato sui *Quaderni del Foro italiano* la sua raccolta di *Saggi sulla giurisprudenza*, prospettando un nuovo metodo, comparativo e casistico, che consentiva di ricostruire il quadro del diritto vigente sulla base di una piena comprensione degli orientamenti giurisprudenziali effettivi e delle operazioni concretamente compiute dai giudici, al di là delle declamazioni di cui le sentenze le ammantavano.

A tutto ciò aggiungiamo che l'atmosfera di Genova era particolarmente stimolante per la presenza di figure come Franca De Marini e Giovanni Tarello, che formavano con i giovani professori venuti da fuori un gruppo legato da amicizia, convivialità e soprattutto confronto e stimolo scientifico.

In questo ambiente, nel 1970, è arrivata Giovanna Visintini, arricchendolo con il suo bagaglio di esperienza bolognese, formatasi alla scuola di Pietro Rescigno ma anche grazie alla collaborazione con Walter Bigiavi e la sua scuola: prima di tutti con Francesco Galgano, che è stato suo amico fraterno per tutta la vita

e che, in tempi più recenti (1985), l'ha voluta nel gruppo selezionatissimo dei fondatori e condirettori di *Contratto e impresa*, rivista di “dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale” la cui impostazione è in perfetta sintonia con la metodologia della nostra Amica.

Appena arrivata a Genova, Giovanna ha fatto la spola con Bologna; poi, nel 1972, ha avuto l'incarico di Istituzioni di diritto privato nell'allora Facoltà di Economia e Commercio: non a Giurisprudenza, perché lei e il marito preferivano non essere insieme nella stessa Facoltà. Quando, nel 1973, mi ha chiesto di darle una mano negli esami, è cominciata la mia collaborazione con lei, dandomi l'occasione di assistere da vicino alla nascita dei suoi nuovi, importanti lavori. Nel 1972 *La reticenza nella formazione dei contratti*; nel 1979 *La responsabilità contrattuale*; nel 1984 la curatela di *Il risarcimento del danno contrattuale ed extra-contrattuale*, a coronamento di un progetto di ricerca (uno dei tanti da lei fruttuosamente lanciati e diretti). Ed è stato in quel periodo che Giovanna ha vinto il concorso per professore ordinario: una delle primissime civiliste che sono riuscite ad infrangere il famigerato “soffitto di cristallo” della discriminazione di genere.

Nel frattempo, aveva sfruttato il suo fiuto di *talent scout* per fare scuola: a lei si era rivolta Raffaella De Matteis, tornata a Genova (dove si era laureata) dopo un periodo cagliaritano in cui aveva cominciato un percorso di studi con Angelo Luminoso, percorso poi proseguito con Giovanna. E ricordo il periodo “genovese” di Vincenzo Zeno Zencovich -da lei chiamato come professore a contratto per un corso sui contratti speciali - il quale, viaggiando tra Roma e Genova, scrisse sotto la sua guida la monografia su *Onore e reputazione nel sistema del diritto civile*. Dopo di lui, il contratto d'insegnamento fu affidato a Nello Pasquini, che in seguito, trasferitosi a Londra, è stato uno dei primi avvocati italiani a conseguire il titolo di *solicitor* esercitando la professione forense nella doppia veste. E a Genova, con Giovanna, ha iniziato la sua carriera accademica come assistente ordinario un giovanissimo Michele Sesta. Non dimentichiamo, poi, che si deve a lei l'approdo alla Facoltà economica genovese, in quel periodo, di una giovane ma già brillantissima docente di diritto del lavoro: Maria Vittoria Ballestrero.

Risale a quegli anni l'istituzione di un Dottorato in Diritto civile, cui le Facoltà di Giurisprudenza e di Economia genovesi partecipavano in consorzio con l'Università di Pisa, la Scuola Superiore S. Anna, la Facoltà di Economia di Firenze e la Facoltà di Giurisprudenza di Siena: le lezioni che si tenevano a Genova a cura di Giovanna Visintini erano sempre incentrate sulla metodologia nello studio della giurisprudenza, come non aveva dimenticato Dianora Poletti, che fu brillante dottoranda nel primo ciclo (1984-1987), che ha voluto partecipare al convegno per festeggiare Giovanna e che da poco, purtroppo, ci ha prematuramente lasciati. E

come spero non abbiano dimenticato i dottorandi dei cicli successivi, alcuni dei quali, dopo brillanti carriere, sono presenti tra i relatori odierni (per esempio Stefano Pagliantini, e così pure Alberto Benedetti e molti altri dei civilisti genovesi).

Ma Giovanna voleva fare scuola formando i suoi allievi fin dalla laurea, e quando Giovanni Tarello venne prematuramente a mancare accettò di essere chiamata a Giurisprudenza, lasciando noi di Economia più o meno in lutto, ma decollando per una carriera prestigiosa a livello di Ateneo. E di allievi ne ha fatti crescere tanti: Alessandra Pinori, Valentina Di Gregorio, Patrizia Petrelli, Tommaso Arrigo, Marco Capecchi, Matteo Dellacasa e tanti altri giovani che hanno trovato in lei consiglio e guida. Ma anche tanti colleghi che con lei hanno fruttuosamente collaborato, come è stato, fra gli altri, per Gilda Ferrando e Luca Nanni. E nel frattempo la sua produzione scientifica continuava a crescere: un'attività scientifica instancabile, che si affiancava a un altrettanto instancabile e fruttuosa attività accademica.

È stata prorettore e successivamente Preside di Giurisprudenza e poi direttore di Dipartimento, e come preside ha tra l'altro arricchito la Facoltà di docenti autorevoli: ricordo in particolare Carlo Augusto Cannata, Maurizio Lupoi e Guido Ferrarini. Ha varato in quel periodo un corso di laurea triennale per legali d'impresa, completato poi con un fortunato Master in giurista d'impresa; e, per sostenere ed affiancare il master, ha fondato un'associazione, Direc, grazie alla quale numerosi studenti del Master hanno potuto usufruire di borse di studio. Sempre in quel periodo ha promosso la fondazione di una Scuola forense, in convenzione con il Consiglio dell'Ordine degli avvocati e con l'Associazione Mauro De André.

A margine di (e nonostante) questi impegni che assorbivano gran parte del suo tempo, Giovanna non ha mai cessato di curare l'organizzazione di convegni di elevatissimo livello, i cui atti hanno dato vita a pubblicazioni di notevole interesse: ne ho già ricordati alcuni e per gli altri rinvio al curriculum allegato.

Una volta lasciato l'insegnamento e nominata professore emerito, non ha certo diminuito il ritmo della sua attività, e ha continuato a produrre studi importanti; inoltre ha fondato un Centro studi nella sua casa di Toscolano, ove organizza incontri di studio ad ampio raggio culturale, non limitandosi al campo giuridico e riscuotendo applausi per le sue collaudate capacità organizzative, ma anche per le sue notevoli doti di signorile e calda ospitalità, che molti colleghi hanno avuto occasione di apprezzare nel corso degli anni. E, forte di quelle esperienze, nel 2021 si è anche tolta il capriccio di pubblicare, per i tipi di Pacini editore, un bellissimo e colto libro che definirei di filosofia culinaria: *I menu per un weekend in campagna*.

Ovviamente quest'ultimo volume non compare nel curriculum che riportiamo in appendice, curriculum esclusivamente giuridico che non si fermerà certo al 2023, ma si arricchirà in futuro di nuove opere che attendiamo tutti con impaziente interesse.

FRAMMENTI DI UNA TEORIA ANALITICA DELLE CLAUSOLE GENERALI

*Pierluigi Chiassoni **

SOMMARIO: Premessa. – 1. Primo problema l’ambiguità delle clausole generali. – 1.1. Clausole generali-termini. – 1.2. Clausole generali-concetti. – 1.3. Clausole generali-disposizioni. - 1.4. Clausole generali-norme esplicite. – 1.5. Clausole generali-norme implicite. – 1.6. Quattro considerazioni. – 1.6.1. Una nozione prioritaria. - 1.6.2. La tecnica legislativa “per clausole generali”. - 1.6.3. Clausole generali implicite. – 1.6.4. Identificazione di clausole generali. – 2. Secondo problema: proposta di una definizione teoricamente adeguata del termine “clausola generale”. - 2.1. Quattro definizioni di “clausola generale”. - 2.1.1. Karl Engisch. - 2.1.2. Stefano Rodotà. – 2.1.3. Mario Libertini. - 2.1.4. Vito Velluzzi. - 2.2. Una modestissima proposta 3. Considerazioni conclusive. - 3.1. Clausole generali “a rime obbligate” e “a rime libere”. - 3.2. Tre posizioni dottrinali. - 3.3. Interpretazione delle clausole generali. - 3.4. Indeterminatezza delle clausole generali

Premessa.

Siamo qui riuniti, oggi, per omaggiare Giovanna Visintini nell’occasione del suo nonagesimo genetliaco.

Giovanna rappresenta la quintessenza del giurista accademico ideale. Appassionatamente dedita alla ricerca. Esploratrice (e colonizzatrice) di nuove province. Capitana lungimirante di aeree imprese scientifiche, editoriali e didattiche. Assertrice pertinace delle prerogative dell’Università quale intemerata Repubblica

* Professore ordinario di filosofia del diritto, Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova.

delle lettere. E, non ultimo, modello insuperabile di un *agere magnificum*: sempre disinteressato, sempre al servizio di esigenze culturali trascendenti.

Per queste ragioni, desidero esprimere alle organizzatrici e agli organizzatori di questo evento faustissimo – in particolare, a Luciana Cabella Pisu e ad Alessandra Pinori – il mio ringraziamento più riconoscente per avermi onorato dell’invito a esserne parte.

Il Comitato scientifico mi ha proposto di presentare un intervento dedicato a “La tecnica legislativa che si esprime con clausole generali. I criteri interpretativi”.

Non è possibile trattare, ancorché in modo sommario, della tecnica legislativa “per clausole generali”, né dei “criteri interpretativi” delle “clausole generali”, se non si dispone di una qualche teoria delle clausole generali.

Il mio contributo consisterà nell’espore due frammenti di una teoria analitica – e realistica – delle clausole generali.

Il primo frammento affronterà il problema della ambiguità dell’espressione “clausola generale” (infra, § 1).

Il secondo frammento affronterà il problema della definizione dell’espressione “clausola generale” (infra, § 2).

Le soluzioni proposte per i due problemi suggeriranno, come vedremo, alcune considerazioni conclusive in tema di “interpretazione” e “indeterminatezza” delle clausole generali (infra, § 3)¹.

1. Primo problema: ambiguità di “clausola generale”.

La locuzione “clausola generale” è una locuzione ambigua. Nel qui e ora della cultura giuridica italiana contemporanea, dal Secondo dopoguerra ad oggi, essa risulta usata in una pluralità di modi diversi e alternativi, sincronicamente differenti, diacronicamente incostanti, singolarmente indeterminati, e in taluni casi mutualmente incompatibili ².

¹ La letteratura in tema di clausole generali è sterminata. Mi limiterò a richiamare due opere collettanee: PERELMAN, VANDER ELST (a cura di), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984; CABELLA PISU, NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, Padova, Cedam, 1998. È apparsa recentemente la traduzione italiana di uno studio ritenuto classico: HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, 1933, *Introduzione e traduzione critica* a cura di NIVARRA, Pisa, 2022.

² In questi termini si esprime VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, cap. I, parlando di una vera e propria “babele”.

Che cosa intendono, a cosa si riferiscono, di che cosa parlano, le giuriste e i giuristi che, qui e ora, parlano di “clausole generali”?

Apparentemente, quando parlano di “clausole generali”, gli operatori accademici si riferiscono a cinque cose distinte. E precisamente: a termini, concetti, disposizioni, norme esplicite, o norme implicite.

In vista di un affinamento dell'apparato terminologico-concettuale relativo al fenomeno delle “clausole generali”, sembra pertanto utile distinguere cinque nozioni di “clausola generale”, corrispondenti ad altrettante classi di entità:

1. le clausole generali-termini;
2. le clausole generali-concetti;
3. le clausole generali-disposizioni;
4. le clausole generali-norme esplicite;
5. le clausole generali-norme implicite.

1.1. Clausole generali-termini.

Le clausole generali-termini (CG-termini) sono vocaboli o combinazioni di vocaboli (locuzioni, sintagmi), indeterminati (“elastici”, “a contenuto variabile”), valutativi-normativi³, contenuti all'interno di una disposizione o di una norma implicita, che gli operatori giuridici (giudici, giuriste, avvocati), in un dato contesto spazio-temporale, hanno qualificato, qualificano abitualmente, o qualificheranno prevedibilmente come clausole generali.

Ad esempio, nel qui e ora della cultura giuridica italiana, sono considerate clausole generali-termini le espressioni “buon costume”, “buona fede”, “diligenza del buon padre di famiglia”, “correttezza”, “(migliore) interesse del minore”, “interesse del figlio e dell'unità familiare”, “grave pregiudizio all'educazione della prole”, “imprescindibili motivi di coscienza”, “giusta causa”, “comune sentimento del pudore”, “normale tollerabilità”, “normale diligenza”, “adeguatezza contabile”, “danno ingiusto”, “pubblico interesse”, “diritti inviolabili dell'uomo”, “integrità dello stato democratico”, “eversione dell'ordine costituito”, ecc.

³ Cfr., p.e., RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1987, pp. 709-733, alla p. 712. Offrirò una definizione di “termine indeterminato” e “termine valutativo-normativo” nel formulare una provvisoria proposta definitoria di “clausola generale”: *infra*, § 2.2, note 24 e 25.

1.2. Clausole generali-concetti.

Le clausole generali-concetti (CG-concetti) sono il significato di clausole generali-termini. Sono il *quid* e il *quantum* di comunicazione che un interprete – giurista, giudice, avvocato – ha stabilito sia veicolato da una clausola generale-termini: il frammento di discorso significativo che un interprete – giurista, giudice, avvocato – ha stabilito costituire la traduzione giuridicamente corretta di una clausola generale-termini.

Ad esempio, data la clausola generale-termini “danno ingiusto”, un interprete potrebbe sostenere, poniamo, che essa, se correttamente intesa, esprima il concetto “danno ingiusto secondo il senso comune di giustizia”, oppure “danno ingiusto secondo i principi della retta morale fondamentalista”, o ancora “danno ingiusto secondo le ragioni dell’efficienza economica nei limiti dei principi fondamentali dell’ordine costituzionale”, ecc.

1.3. Clausole generali-disposizioni

Le clausole generali-disposizioni (CG-disposizioni) sono enunciati del discorso delle fonti (costituzionali, comunitari, legislativi, regolamentari, ecc.) nella cui formulazione compare una CG-termini.

Sono clausole generali-disposizioni, ad esempio, gli enunciati di cui agli artt. 250, 316, 844, 1175, 1337, 1343, 1354, 1366, 1375, e 2043 cod. civ.

1.4. Clausole generali-norme esplicite.

Le clausole generali-norme esplicite (CG-norme esplicite) sono enunciati normativi del discorso giudiziale, dottrinale o forense, che costituiscono il risultato dell’interpretazione(-traduzione) di CG-disposizioni e contengono una CG-concetto⁴.

Si pensi, ad esempio, alla norma esplicita, che rappresenta un possibile significato dell’art. 1175 cod. civ., secondo cui: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza osservate nel settore di attività economiche al quale attiene l’obbligazione». In essa, la sequenza di parole in corsivo

⁴Un “enunciato normativo” è, genericamente, qualunque enunciato che contenga una qualificazione deontica di comportamenti o situazioni (permesso, obbligatorio, vietato, facoltativo, illecito, autorizzato, ecc.).

(«secondo le regole della correttezza osservate nel settore di attività economiche al quale attiene l'obbligazione») esprime, in ipotesi, la CG-concetto corrispondente alla CG-termini «secondo le regole della correttezza» contenuta nella CG-disposizione dell'art. 1175 cod. civ.

1.5. Clausole generali-norme implicite.

Le clausole generali-norme implicite (CG-norme implicite), infine, sono enunciati normativi del discorso giudiziale, dottrinale, o forense, contenenti CG-termini, che non rappresentano il risultato dell'interpretazione(-traduzione) di CG-disposizioni, ma sono invece il prodotto del ricorso da parte degli interpreti a tecniche di integrazione del diritto esplicito. Quali, ad esempio: la “induzione” o “astrazione” giuridica, la derivazione da singoli principi generali o fondamentali dell'ordinamento, la derivazione da insiemi (“sistemi”) di principi e costruzioni dottrinali, la derivazione dalla natura delle cose, ecc.

Si pensi, in relazione al nostro ordinamento giuridico, alla norma implicita, ricavabile per “astrazione” o “induzione giuridica” a partire dal divieto esplicito di atti di emulazione (ex art. 833 cod. civ.), secondo cui: «Gli atti che costituiscono abuso di un diritto (esercizio abusivo di un diritto) sono vietati». In essa, la sequenza di parole in corsivo (“abuso di un diritto”, “esercizio abusivo di un diritto”) rappresenta una CG-termini, non reperibile nel discorso delle fonti, che gli operatori giuridici – giudici, giuriste, avvocate – assumono essere presente nel discorso giuridico implicito. Di solito, procedendo contestualmente a offrirne una definizione in vista di un qualche scopo pratico (decidere una controversia, formulare una proposta *de sententiis ferendis*, perorare le ragioni dell'assistito).

1.6. Quattro considerazioni.

Quattro considerazioni, prima di passare al secondo problema.

1.6.1. Una nozione prioritaria.

Delle cinque nozioni (supra, §§ 1.1-1.5), la nozione di clausola generale-termini è la nozione concettualmente prioritaria. Le definizioni delle altre quattro nozioni dipendono da essa. Un concetto è clausola generale-concetto, se, e solo se, è il significato di una clausola generale-termini. Un enunciato del discorso delle fonti è clausola generale-disposizione, se, e solo se, l'enunciato contiene un'espressione

che è (che si è inteso che sia, che si può intendere che sia) una clausola generale-termini. Una norma – esplicita o implicita – è clausola generale-norma, se, e solo se, nella sua formulazione compare un'espressione che è (che si è deciso che sia) clausola generale-concetto o clausola generale-termini.

1.6.2. La tecnica legislativa “per clausole generali”.

La nozione di clausola generale-disposizione si rivela utile a precisare la nozione di «tecnica legislativa per clausole generali». La “tecnica” consiste nel formulare (non già “norme” bensì) enunciati legislativi (disposizioni) nei quali la condotta (la fattispecie) disciplinata viene caratterizzata (“descritta”), non “in modo analitico” (preciso, ricorrendo a termini fattuali che si riferiscono a modalità operative suscettibili di osservazione e rilevazione), bensì utilizzando una proprietà identificata da un'espressione indeterminata, valutativa-normativa, atta a essere intesa come clausola generale-termini: comportarsi “secondo le regole della correttezza”; emanare atti “conformi al superiore interesse del minore”; stipulare un contratto la cui causa è “contraria al buon costume”; produrre esalazioni che “superano la normale tollerabilità”; tenere comportamenti che arrecano “grave pregiudizio all'educazione della prole”; eseguire un contratto in modo non conforme alla “buona fede”; tenere un comportamento che attenta alla “integrità dello stato democratico”, ecc.

1.6.3. Clausole generali implicite.

La nozione di clausola generale - norma implicita suggerisce che la presenza di “clausole generali” – e segnatamente: di CG-termini e di CG-concetti – all'interno di un'esperienza giuridica non è necessariamente il risultato di operazioni legislative. Non è necessariamente il prodotto della scelta, da parte del legislatore, di ricorrere alla “tecnica per clausole generali”. Può essere il risultato di una scelta dei giuristi e dei giudici, di configurare la presenza, implicita, di una clausola generale: ad esempio, della clausola generale dell’“abuso di diritto”. Questa scelta dipende a sua volta dalla presenza, nell'esperienza giuridica, di una “cultura delle clausole generali”. In particolare, dalla presenza di “dottrine delle clausole generali” (e dei corrispondenti atteggiamenti dottrinali) favorevoli all'introduzione e all'uso, nel “diritto vivente” o nel “diritto in azione”, di certe clausole generali, anche in assenza di una precisa base legislativa.

1.6.4. *Identificazione di clausole generali.*

La cultura delle clausole generali interviene non soltanto quando si tratti di configurare l'esistenza, all'interno di un ordinamento giuridico, di una clausola generale-norma implicita. E dunque in sede di integrazione del diritto. Interviene altresì quando si tratti di interpretare espressioni indeterminate, elastiche, valutative-normative, e le disposizioni che le contengono, come clausole generali-termini e come clausole generali-disposizioni. Interviene altresì, in altre parole, in operazioni di interpretazione-classificazione: nelle operazioni che consistono nell'ascrivere (o nel negare) a certe entità linguistiche il valore istituzionale di clausola generale-termini o di clausola generale-disposizione.

In ogni momento, all'interno di una cultura giuridica, vi sono espressioni indeterminate, valutative o normative, che qualunque operatore giuridico classifica pacificamente come "clausole generali". Si pensi, qui e ora, alle espressioni "buona fede", "correttezza", "buon costume". Vi possono però anche essere espressioni indeterminate, valutative-normative, la cui "natura" di clausole generali è incerta, disputata, negata. Si pensi, nella nostra cultura giuridica, alle vicende delle locuzioni "normale tollerabilità"⁵, "danno ingiusto"⁶, "diritti inviolabili dell'uomo"⁷. È precisamente in questi casi, che la cultura delle clausole generali si rende manifesta e dispiega la sua influenza interpretativa (classificatoria).

2. *Secondo problema: proposta di una definizione teoricamente adeguata del termine "clausola generale".*

Si incontrano nelle opere dei giuristi e dei teorici del diritto proposte differenti, e in taluni casi apparentemente alternative, circa la definizione del significato (dogmaticamente o teoricamente adeguato) della locuzione "clausola generale".

Sembra dunque esservi ancora spazio per ulteriori tentativi definitivi.

Quale potrebbe essere una (proposta di) definizione del concetto di "clausola generale" teoricamente adeguata?

⁵ Cfr., p.e., CAVANNA, *La normale tollerabilità nella disciplina dei rapporti di vicinato*, in CABELLA PISU, NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, cit., pp. 243-256.

⁶ Cfr., p.e., FRANZONI, *Il danno ingiusto*, in CABELLA PISU, NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, cit., pp. 413-422.

⁷ Cfr., p.e., GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, pp. 145-163.

Dal punto di vista di una teoria analitica, una definizione teoricamente adeguata di “clausola generale” è una definizione che non prende posizione, bensì rappresenta posizioni. Che non propone una posizione, tra le diverse che si incontrano in dottrina, come la sola “corretta”, bensì presenta un ventaglio il più possibile ampio e rappresentativo delle diverse posizioni sostenute in dottrina. Che non è dogmatica, ma meta-dogmatica. Che non è stipulativa in senso forte e in funzione pratica, bensì stipulativa in senso debole (esplicativa) e in funzione conoscitiva.

Con queste precisazioni, procederò in due passi. Nel primo passo, richiamerò brevemente quattro proposte di definizione del concetto di “clausola generale” formulate da eminenti giuristi o teorici del diritto. Nel secondo passo, formulerò a mia volta una proposta definitoria, conforme ai requisiti sopra indicati.

2.1. Quattro definizioni di “clausola generale”.

2.1.1. Karl Engisch.

La prima proposta definitoria proviene da Karl Engisch⁸. Per Engisch, le clausole generali (ad esempio: “intenzione ignobile”, “motivo abietto”, “scritto osceno”, “rappresentazione blasfema”) sono concetti (i) indeterminati, (ii) normativi, e precisamente (iii) normativi oggettivi (“oggettivo-normativi”).

Sono concetti indeterminati: non possiedono un significato preciso, immediatamente afferrabile alla luce di modi di pensare diffusi e consolidati nel contesto socioculturale cui appartengono.

Sono concetti normativi: il loro utilizzo a fini classificatori (di comportamenti, oggetti materiali, eventi, stati di cose, ecc.) richiede di compiere valutazioni sulla base di “norme” latamente intese come «criteri regolatori».

Sono concetti normativi oggettivi (“oggettivo-normativi”): fanno rinvio a norme extragiuridiche, sociali, che preesistono, vuoi presso «la generalità dei consociati», vuoi presso determinati «strati sociali autorevoli», di modo che la valutazione che il giudice deve compiere nell’interpretare e applicare una clausola generale ha carattere di valutazione eteronoma, non personale, non soggettiva, e in tale senso “oggettiva”⁹.

⁸ Cfr. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Alessandro Baratta, Milano, 1970, pp. 204-205.

⁹ ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pp. 204-205. Una definizione simile

2.1.2. Stefano Rodotà.

La seconda proposta definitoria proviene da Stefano Rodotà¹⁰. Per Rodotà, le clausole generali sono (i) nozioni a contenuto variabile, clausole o formulazioni elastiche, (ii) che identificano proprietà intenzionalmente “lasciate aperte”, “non analiticamente definite”, della fattispecie disciplinata da una norma (indeterminatezza intenzionale del discorso delle fonti), (iii) la cui concretizzazione (precisazione, specificazione) è affidata ai giudici, (iv) presuppone un autonomo apprezzamento della situazione di fatto, e (v) richiede il riferimento a valori e a norme sociali nei limiti dei principi costituzionali espressivi dei valori fondativi dell’ordinamento (ad es. in relazione alla buona fede, i principi di solidarietà e di eguaglianza)¹¹.

La definizione è formulata in modo da suggerire – con chiari echi da Hedemann¹² – le molteplici funzioni che le clausole generali possono assolvere; la loro disposizione a essere, all’interno di una organizzazione e cultura giuridica: (1) strumenti di rottura del tradizionale ordine concettuale¹³; (2) finestre aperte sulla società, tramite di valori che non possono essere direttamente affermati nelle norme¹⁴; (3) strumenti di riduzione del fatale iato («conflitto») tra norme che invecchiano, da una parte, e una realtà in continuo mutamento, dall’altra¹⁵; (4) modi per dare un senso all’essere del tempo giuridico, dove il presente già ingloba parte del futuro¹⁶; (5) strumenti più e meglio adeguati per dare voce a un pluralismo di

è stata proposta da Federico Pedrini, secondo cui sono clausole generali “quelle parti di una norma, e più precisamente quegli elementi della fattispecie, espressi dai termini o sintagmi valutativi presenti nella disposizione, allorché questi ultimi siano interpretati o comunque interpretabili come concetti il cui significato non sia determinabile se non per il tramite di parametri di giudizio – di solito, ma non necessariamente, desunti dall’insieme delle norme sociali o del costume – diacronicamente mutevoli e in potenziale competizione tra loro» (Pedrini, *Contro “le clausole generali” (sans phrase). Precauzioni per l’uso di una categoria dottrinale ancora tROPPO vaga*, in *Rivista AIC*, 2017, pp. 19-20).

¹⁰ Cfr. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit.

¹¹ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., pp. 721-722.

¹² Cfr. HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, cit., pp. 136-144.

¹³ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 720.

¹⁴ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 718.

¹⁵ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 718.

¹⁶ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 718.

valori, atteggiamenti, culture, presenti contemporaneamente all'interno di un'organizzazione sociale¹⁷; (6) strumenti di adattamento della disciplina giuridica dei contratti alla «specifica collocazione sociale dei contraenti»¹⁸.

2.1.3. Mario Libertini.

La terza proposta definitoria proviene da Mario Libertini¹⁹.

Nel manoscritto della sua recensione al libro di Vito Velluzzi del 2010, Libertini propone una definizione del seguente tenore: le clausole generali «in senso stretto» o proprio sono (i) norme²⁰, (ii) contenenti espressioni indeterminate, (iii) «che individuano situazioni di conflitto fra interessi parimenti tutelati dall'ordinamento», e (iv) «rimettono al giudice la determinazione del criterio di contenimento fra tali interessi, che dovrà essere applicato nel caso concreto, a seguito dell'accertamento della situazione concreta di conflitto e della valutazione comparativa degli interessi in gioco»²¹.

Nella versione pubblicata, la definizione viene mantenuta, stemperandola però all'interno di un discorso più ampio – dedicato alle diverse classi di norme nella cui formulazione sono presenti espressioni indeterminate – che vale la pena citare:

«Vi è però un'altra categoria di norme che contengono sintagmi [in]determinati; sintagmi però non collocati [...] sul terreno della descrizione della fattispecie che il giudice dovrà qualificare e valutare, bensì proprio volti a definire il tipo di intervento che il giudice è chiamato a svolgere di fronte a certe fattispecie.

¹⁷ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 718.

¹⁸ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., p. 719; cfr. anche Id., *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in CABELLA PISU, NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, cit., pp. 39-53.

¹⁹ LIBERTINI, *Recensione a Vito Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, manoscritto messomi gentilmente a disposizione da Vito Velluzzi nel 2010; Id., *Recensione a Vito Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 1, 2010, pp. 377-382.

²⁰ LIBERTINI, *Recensione a Vito Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, manoscritto: «Per fini di chiarezza comunicativa, proporrei di attribuire *solo* alle norme di questo tipo la denominazione di “clausole generali” (o, se si vuole, si potrebbe parlare di “clausole generali in senso stretto”)».

²¹ LIBERTINI, *Recensione a Vito Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, manoscritto, cit.

Prototipo delle norme di questo tipo è quella sui rapporti di vicinato: il divieto di immissioni che superino la “normale tollerabilità”, ai sensi dell’art. 844 c.c. Qui la fattispecie non è costituita (solo) dal comportamento di un proprietario, da valutare in sé e per sé, bensì da una situazione di conflitto determinatasi fra due proprietari di fondi contigui, ambedue intenzionati a realizzare, nel fondo di rispettiva proprietà, una certa modalità di godimento. Il giudice è chiamato a dirimere questo conflitto con un criterio “elastico” (quello della “normale tollerabilità”) che non può prescindere dall’esame del caso concreto e dalla valutazione comparativa della meritevolezza delle rispettive pretese.

Credo che la discussione sulle c.g. [clausole generali] si sia sviluppata, con maggiore o minore consapevolezza, proprio con riferimento a questa categoria di norme. È così che si spiega l’insistenza sul tema della elasticità (la valutazione di una stessa condotta può variare a seconda delle circostanze del caso concreto, i.e. della variabile meritevolezza degli interessi in concreto contrapposti); si spiega l’idea che la c.g. [clausola generale] sia una norma senza fattispecie (nel senso che la condotta, della cui liceità si discute, non è qualificata direttamente dalla norma stessa, ma lo sarà a seguito di una valutazione del conflitto operata dal giudice); si spiega, infine, l’idea più radicata nelle discussioni in materia, quella secondo cui la c.g. [clausola generale] si traduce in una delega al giudice del potere di dirimere un conflitto in base a criteri tratti dalla coscienza sociale [...]

La circostanza che la norma attribuisca al giudice il potere di dirimere un conflitto mediante una valutazione comparativa degli interessi concretamente in gioco, non implica (i) né che la struttura logica della norma diventi tale da rendere impossibile l’individuazione di una fattispecie; (ii) né che i criteri, che il giudice dovrà impiegare per dirimere il conflitto debbano prescindere dalla tavola di valori desumibile da fonti formali riconosciute dall’ordinamento»²².

2.1.4. Vito Velluzzi.

La quarta proposta definitoria proviene, infine, da Vito Velluzzi. Per Velluzzi, «la clausola generale è» (i) «un termine o sintagma di natura valutativa», (ii) «caratterizzato da indeterminatezza», (iii) «per cui il significato di tal[e] termin[e] o sintagm[a] non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo

²² LIBERTINI, *Recensione a Vito Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, cit., pp. 379-381, corsivi redazionali.

ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti»²³.

2.2. Una modestissima proposta.

Formulerò ora, sulla base delle proposte definitorie appena richiamate, una ulteriore proposta. Modestissima e del tutto provvisoria. Così articolata:

Le clausole generali sono (i) termini indeterminati²⁴, (ii) suscettibili di essere intesi come valutativi-normativi²⁵, (iii) utilizzati all'interno di una disposizione o nella formulazione di una norma implicita, (iv) attinenti alla caratterizzazione della condotta di comuni sudditi del diritto o di organi dell'applicazione, (v) che gli operatori del diritto (giuristi, giudici, avvocati), sulla base di una qualche "dottrina delle clausole generali", qualificano come clausole generali (clausole generali-termini), e (vi) traducono in concetti – in clausole generali-concetti – i quali, a seconda dei casi e della dottrina adottata:

²³ VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., pp. 62-63, 71, 88, corsivi redazionali.

²⁴ Un termine è "indeterminato", se, e solo se, non possiede un significato preciso, immediatamente afferrabile sulla base delle convenzioni semantiche o usi linguistici, comuni o specialistici, della lingua naturale cui appartiene.

²⁵ Un termine è "valutativo-normativo", se, e solo se, fa rinvio a valori e/o a norme ai quali occorre fare riferimento nell'applicarlo a particolari e concrete situazioni, eventi, comportamenti. Ad esempio, la clausola generale "interesse del minore" può essere – ed è solitamente – intesa come facente rinvio al valore "stato di cose che promuove al meglio i diritti del minore" (cfr., in tal senso, FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in CABELLA PISU, NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, cit., pp. 191, 195-196). Dimodoché una determinazione è "nell'interesse" di un minore, se, e solo se, realizza o favorisce uno stato di cose che promuove al meglio i diritti di quel minore (ad es., attribuendo il potere di decidere su questioni di particolare importanza, in caso di contrasto, a quello dei genitori più idoneo a curare l'interesse del figlio: art. 316 cod. civ.). Analogamente, la clausola generale "secondo buona fede", così come compare negli artt. 1337, 1366 e 1375 cod. civ., è solitamente intesa come facente rinvio alle norme che compendiano l'"obbligo etico di comportamento onesto" (cfr., in tal senso, TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 36° ed., Padova, 1995, p. 516). Dimodoché il comportamento di una parte, in sede di trattative, d'interpretazione o di esecuzione di un contratto, è "secondo buona fede", se, e solo se, è conforme alle norme dell'onestà nelle relazioni contrattuali, così come identificate e intese dai giudici.

1. (1) fanno rinvio a parametri valutativi e/o normativi interni al diritto (“ordine pubblico”; “danno ingiusto”)²⁶;
2. (2) fanno rinvio a parametri valutativi e/o normativi esterni al diritto (“buon costume”, “comune senso del pudore”, “buona fede”, “correttezza”, “regole della correttezza”)²⁷;
3. (3) fanno rinvio, congiuntamente, a parametri valutativi e/o normativi interni al diritto ed esterni al diritto (“normale tollerabilità”, “interesse del minore”, “buona fede”)²⁸;
4. (4) attuano il conferimento al giudice di poteri di valutazione di tipo arbitrale tra interessi in conflitto (“senso meno gravoso per l’obbligato”; “equo contemperamento degli interessi delle parti”; “normale tollerabilità”, “migliore interesse del minore”)²⁹.

3. Considerazioni conclusive.

Quattro considerazioni conclusive.

3.1. Clausole generali “a rime obbligate” e “a rime libere”.

Sembra opportuno distinguere tra clausole generali-termini “a rime obbligate” (“univoche”) e clausole generali-termini a “rime libere” (“equivoche”).

Sono a “rime obbligate” le clausole generali-termini che, secondo il loro significato letterale, fanno rinvio a parametri valutativi e/o normativi esterni al diritto (ad es., “comune senso del pudore”, “buon costume”).

Sono a “rime libere”, per contro, le clausole generali che, alla luce del loro significato letterale, si prestano ad essere interpretate come facenti rinvio, alterna-

²⁶ Cfr., p.e., FRANZONI, *Il danno ingiusto*, cit., p. 471: una clausola generale è una “norma in bianco che consente all’interprete di attribuirvi il contenuto più consono al caso o al rapporto, in applicazione di principi generali dell’ordinamento giuridico”.

²⁷ Cfr., p.e., HEDEMANN, *La fuga nelle clausole generali. Una minaccia per il diritto e per lo Stato*, cit., pp. 136-144; RESCIGNO, *Le clausole generali: dalle codificazioni moderne alla prassi giurisprudenziale*, in CABELLA PISU, NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, cit., pp. 30-35.

²⁸ Cfr., p.e., RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, cit., pp. 721-722; VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., pp. 62-63, p.71, p. 88.

²⁹ LIBERTINI, *Recensione a Vito Velluzzi, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, cit., pp. 379-381.

tivamente: a parametri valutativi e/o normativi giuridici (interni al diritto); a parametri valutativi e/o normativi extragiuridici (esterni al diritto); a combinazioni di parametri valutativi e/o normativi giuridici ed extragiuridici. Si pensi, ad esempio, a CG-termini come “normale tollerabilità”, “buona fede”, “danno ingiusto”.

Ciò non impedisce, tuttavia, che clausole generali-termini a rime obbligate possano essere interpretate traducendole in concetti che, poniamo, impongono al giudice di applicare norme extragiuridiche (“sociali”) nei limiti tracciati dai rilevanti principi costituzionali (cfr. *supra*, § 2.1.2).

3.2. Tre posizioni dottrinali.

La proposta definitoria (*supra*, § 2.2) cerca di tenere conto di tre posizioni dottrinali relative al significato della locuzione “clausola generale”, la cui presenza deve essere registrata.

Una prima posizione dottrinale, la cui origine può situarsi nella cultura giuridica degli stati legislativi di diritto, consiste nel ritenere preferibile riservare il *nomen* “clausola generale” a termini valutativi-normativi interpretabili come facenti rinvio a parametri extragiuridici. Soltanto se così intese, infatti, le clausole generali possono svolgere la funzione di concetti valvola (*Ventilbegriffe*): di valvole di sicurezza (*Sicherheitsventilen*) del sistema.

Una seconda posizione dottrinale, che rispecchia l’adesione all’ideologia della costituzionalizzazione dell’ordinamento, consiste nel ritenere che la corretta nozione operativa di “clausola generale” dovrebbe alludere vuoi a termini valutativi-normativi che rinviando a principi e valori fondamentali dell’ordinamento costituzionale (e dunque *interni*), vuoi a termini valutativi-normativi che rinviando a parametri/sistemi normativi extra-giuridici, la cui utilizzazione deve però essere sottoposta in ogni caso al controllo, e al filtro, della conformità a Costituzione.

Una terza posizione dottrinale, infine, consiste nell’adottare una definizione di “clausola generale” nella quale il fuoco si sposta dai parametri oggetto di rinvio (esterni e/o interni), all’attinenza delle clausole generali a conflitti tra interessi, tutti meritevoli di protezione secondo l’ordinamento, la cui composizione non può che essere effettuata *ad hoc*, su di una base caso-per-caso, a opera del giudice in veste di arbitratore.

La prima posizione, se intesa a escludere qualsiasi controllo circa la correttezza costituzionale delle decisioni fondate su parametri extra-giuridici, appare difficilmente sostenibile in uno stato costituzionale di diritto e in un ordinamento costituzionalizzato. La terza posizione può essere agevolmente armonizzata con la seconda.

3.3. Interpretazione delle clausole generali.

L'apparato terminologico-concettuale che ho delineato nell'affrontare il problema della ambiguità della locuzione "clausola generale" (*supra*, § 1) e la proposta definitoria che ho formulato, in via affatto provvisoria, affrontando il problema della definizione di "clausola generale" (*supra*, § 2.2) gettano luce sulla nozione, tutt'altro che univoca e cristallina, di "interpretazione delle clausole generali". Suggestendo che, a ben vedere, con tale locuzione ci si può riferire, sovente in maniera congiunta, a tre attività distinte, meritevoli di separata considerazione.

In primo luogo, all'attività che consiste nell'identificare una clausola generale-termini. All'operazione di interpretazione-classificazione, che consiste nel classificare un termine come dotato del valore istituzionale giuridico di clausola generale (*supra*, § 1.6.4).

In secondo luogo, all'attività che consiste nel tradurre una clausola generale-termini in una clausola generale-concetto. All'operazione di interpretazione-traduzione, che consiste nel determinare il significato di un termine che si è previamente deciso di interpretare (classificare) come clausola generale³⁰.

In terzo luogo, e infine, all'attività che, partendo da una clausola generale-concetto previamente identificata, consiste nello stabilire: (i) *quali siano* esattamente i parametri valutativi e/o normativi ai quali essa fa rinvio con riguardo a un determinato caso o classe di casi; (ii) *quale sia il contenuto di tali parametri valutativi e/o normativi* in relazione a quel caso o classe di casi; (iii) *quali rapporti gerarchici* intercorrano tra di essi. A quest'ultima forma di "interpretazione delle clausole generali" ci si riferisce sovente usando la locuzione "integrazione valutativa della clausola generale".

3.4. Indeterminatezza delle clausole generali.

Si suole pensare che le "clausole generali" siano espressioni "indeterminate". Occorre chiedersi, tuttavia, in cosa mai consista l'indeterminatezza delle clausole generali. Di quale tipo o tipi di indeterminatezza si tratti.

Si suole presentare l'indeterminatezza delle clausole generali come una *indeterminatezza da rinvio*: come una specie di *incertezza linguistica* che sarebbe

³⁰ Sull'attività (che qui chiamo) di interpretazione-traduzione di clausole generali nella giurisprudenza, cfr., p.e., VELLUZZI, *Come si interpretano le clausole generali? Note intorno ad alcuni aspetti ricorrenti*, in "Ordines". Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee", 2, Dicembre 2018, pp. 19-37.

fenomeno *diverso* dalle forme di indeterminatezza rappresentate dalla vaghezza di grado, dalla vaghezza combinatoria, dall'ambiguità, dalla generalità, e dalla genericità³¹.

Tuttavia, da un punto di vista esterno, di colui che guardi alle diverse dottrine delle clausole generali circolanti e ai modi in cui esse influiscono sull'interpretazione, le clausole generali-*termini* si rivelano essere espressioni che possono ritenersi caratterizzate da *ambiguità*. E precisamente, da *ambiguità semantica*.

Ad esempio, il problema di indeterminatezza posto da una clausola generale-termini come "danno ingiusto" è il problema, a ben vedere, di *scegliere* tra *significati alternativi*, tutti in ipotesi *prima facie* ragionevoli (non assurdi, non giuridicamente impraticabili). Stabilendo, poniamo, se "danno ingiusto" significhi: (i) danno ingiusto *secondo i principi di giustizia sottesi alla Costituzione*, oppure (ii) danno ingiusto *secondo la morale del rilevante gruppo sociale*, oppure (iii) danno ingiusto *secondo la morale oggettiva* presupposta dal legislatore, oppure (iv) danno ingiusto *secondo l'etica economica* sottesa al diritto degli incidenti, o ancora, e alternativamente, (v) danno ingiusto *secondo la prudente valutazione del giudice arbitratore* di conflitti d'interessi, ecc.

³¹ Cfr. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, pp. 302-309, 313-322; VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, cit., pp. 57-63.

UN PRIMO APPROCCIO COMPARATISTICO AL ‘DIRITTO VIVENTE’: FRANCIA E INGHILTERRA

Maurizio Lupoi *

Sommario: 1. “I grandi orientamenti” e “Les grands arrêts”. – 2. “Motifs” e “motivation” nelle sentenze della Cour de Cassation. – 3. La riforma del 2019 e i suoi esiti. – 4. La “*saisine pour avis*”. – 5. Teoria e pratica nella *common law*. – 6. La mescolanza di funzioni giudiziarie e forensi. – 7. Quadro sommario delle funzioni giudiziarie. – 8. Le nomine alle funzioni giudiziarie. – 9. Nomine alle funzioni giudiziarie: la Supreme Court. – 10. Cooptazione e omologazione. – 11. Il precedente quale regola della fattispecie; i precedenti di principio

1. “I grandi orientamenti” e “Les grands arrêts”.

Franco Galgano lanciò la collana “I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale” pubblicando la monografia di Giovanna Visintini su “I fatti illeciti”, alla quale fece immediato seguito la monografia dello stesso Galgano su “Le associazioni, le fondazioni, i comitati”. Fra le caratteristiche di “Contratto e impresa”, la rivista da lui fondata pochi anni prima, Galgano aveva posto quale fondamentale obiettivo il dialogo con la giurisprudenza civile e commerciale e così la rivista e la collana rispondevano a un unico progetto, che per essere realizzato richiedeva di occupare vasti territori culturali e professionali.

Non credo che l’assonanza del titolo della nuova collana con “*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*” di Henri Capitant fosse il frutto del caso. Siamo nel 1987 e la dottrina del diritto civile, oramai liberatasi dalla ubriacatura germanistica e non percependo alcun interesse per il cammino che la comparazione aveva da tempo intrapreso nella direzione della *common law*, era indotta a tornare alle

* Professore emerito di Sistemi giuridici comparati dell’Università di Genova.

ascendenze francesi, assopitesi dopo il fallimento del progettato codice italo-francese delle obbligazioni del 1927¹

Forse Galgano vide nella Francia un esempio di quello che sarebbe potuta diventare l'Italia nel campo della produzione del diritto per mezzo della giurisprudenza, ma il destino della nostra giurisprudenza non fu eguale a quello della francese e così “*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*” è stato continuamente riedito con aggiornamenti per ottanta anni dai successori di Capitant, fino a scindersi in due tomi e giungere nel 2015 alla tredicesima edizione², mentre da noi prese inizio una collana di monografie.

La differenza fra gli esiti della iniziativa editoriale italiana e quelli francesi era già nella scelta delle parole: i francesi richiamaavano gli “*arrêts*”, il *decisum*, gli italiani gli “orientamenti”, i ragionamenti. Lì hai una regola giuridica, qui hai una base per regole future. Ecco perché in Francia è bastata un'opera in due tomi per l'intero diritto civile, mentre da noi l'elenco delle trattazioni monografiche è tendenzialmente inesauribile.

Nel 1987 era trascorso molto tempo da quando la giurisprudenza italiana usava citare frequentemente precedenti giurisprudenziali francesi³, e talvolta perfino mimava la struttura della sentenza a frase unica scandita dagli “atteso che”; nel frattempo erano giunti a maturazione quei semi che, come vedremo, hanno oggi reso un clima culturale irriducibile all'altro.

2. “*Motifs*” e “*motivatation*” nelle sentenze della *Cour de Cassation*.

La ricerca storica ha dimostrato che le corti sovrane delle unità territoriali del regno di Francia – i Parlamenti, organi di giustizia e di amministrazione – esercitavano le proprie funzioni giurisdizionali deliberando le sentenze in segreto, in ciò non contrastati dal re fin dal XIV secolo, sostenuti dagli scrittori di questioni giudiziarie fino a Répertoire di Merlin e mai destinatari di alcuna norma che

¹ Precisamente dopo ottanta anni il progetto è stato riportato all'attenzione dei giuristi da ALPA, CHIODI (curr.), *Il progetto italo francese delle obbligazioni (1927). Un modello di armonizzazione nell'epoca della ricodificazione*, Milano, 2007.

² Capitant mancò dopo la terza edizione e il suo lavoro fu continuato dal suo allievo Léon Juilliot de la Morandière che si associò Alex Weill; restato da solo, Weill chiamò François Terré; e così via.

³ Sul punto v. ALPA, da ultimo in *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, in ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere*, Milano, 2006, testo corrispondente alla nota 17.

imponesse di rendere note le ragioni delle proprie decisioni⁴. La costituzione del Tribunal de cassation nel 1790 “auprès du corps législatif”⁵ aggiunse un carattere che da quel momento distinguerà gli ordinamenti processuali di stampo francese da tutti gli altri: afferma la legge 5 fruttidoro anno terzo che il Tribunal “ne peut jamais connaître du fond des affaires”⁶: le sue pronunce sono distaccate dalla controversia che le origina.

Il Tribunal prende il nome di Cour de Cassation il 28 floreale dell'anno XII, cioè nel 1804, e inaugura la nuova stagione per mezzo di sentenze che progressivamente si allineano al progetto di Montesquieu, condensato nella celebre immagine del giudice quale “bouche de la loi”; dopo un periodo di incertezza nasce così un metodo espositivo che nasconde il ruolo della Cassazione nella evoluzione del diritto, un ruolo che data proprio dalla seconda metà del secolo XIX⁷: è allora che prende forma quello stile asciuttissimo e privo di espressioni al di là dell'asettico scorrere dei movimenti tipici del sillogismo, sempre introdotti dalla locuzione “Attendu que” (tratta dallo stile delle difese forensi⁸) che abbiamo imparato a conoscere come tipico della Corte di cassazione francese⁹. Dello stile antico si riprende anche la caratteristica del comando del legislatore e di chi ne fa le veci e il comando non deve persuadere, anzi viene indebolito fino a essere snaturato se al dettato di ciò che deve essere fatto si somma la divulgazione delle opinioni e dei ragionamenti o addirittura si persegue il coinvolgimento dei suoi destinatari (il giudice *a quo* come la comunità dei giuristi o perfino la popolazione in genere), quella che la dottrina francese odierna denomina “fonction pédagogique”¹⁰: una

⁴ DAUCHY, DEMARS-SION, *La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien droit: principe ou usage*, in 82 *Revue hist. dr. fr. et étr.* P. 223 (2004); Sauvel, *Histoire du jugement motivé*, in *Rev. Dr. Public*, 1955, p. 5.

⁵ L. 27 novembre – 1° dicembre 1790, art.1.

⁶ Art. 254 (la data della legge corrisponde al 22 agosto 1795). Tutte le fonti legislative in materia sono riportate in TARBE. *Cour de cassation. Lois et réglemens*, Paris, 1840.

⁷ Cf. Ph. MALAURIE, *Les précédents et le droit*, in 58 *Rev. int. dr. comp.*, 2006, p. 319 ss. a p. 323.

⁸ GORLA, *Lo stile delle sentenze*, nei *Quaderni del Foro italiano*, 1968, coll. 477-479.

⁹ CHAINAIS, *La motivation des sanctions, entre dits et non-dit*, Les cahiers de la justice, 2014, p. 241, a pp. 247-252 con ampi riferimenti bibliografici (disponibile anche in rete: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2014-2-page-241.htm>); CHARTIER, *De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation*, in *Mélanges P. Draï*, Dalloz, 2000.

¹⁰ V., per esempio, DEUMIER, *La pédagogie selon la Cour de Cassation : anti-pédagogie*

assoluta novità per un organo giudiziario che reprime il dissenso del giudice del rinvio con secche decisioni della Adunanza generale¹¹ e che fino a tempi recenti ha ignorato o ha preteso di ignorare la dimensione del precedente giudiziale¹².

Occorre chiarire un aspetto terminologico per evitare il rischio dei “falsi amici”, sempre in agguato nella comparazione, collegato alla citata legge del 1790 che impone i “motifs” e alla frase con la quale le sentenze della Cassazione si concludono: “*Par ces motifs*” – ‘per questi motivi’. Tuttavia, nel linguaggio legislativo i “motifs” consistono nel richiamo dei gradi pregressi, nella enunciazione dei mezzi di ricorso e nella enunciazione della posizione assunta dalla Corte rispetto a essi: in sostanza, tutto ciò che nel sistema della frase unica è collocato fra il soggetto (“La Cour”) e il predicato (“casse” o “rejetée” o altro)¹³. La motivazione, se ci fosse, dovrebbe essere fra l’enunciazione di un mezzo di ricorso e la posizione assunta dalla Corte - e infatti è precisamente lì che non troviamo nulla se non la premessa maggiore del sillogismo decisorio senza uno straccio di giustificazione: perché quella premessa maggiore e non un’altra?

Un presidente di sezione della Cassazione francese ha così potuto affermare categoricamente in un articolo pubblicato nel 2009 sul Bollettino della Corte: «*la*

dans les arrêts, pédagogie hors les arrêts, PUAM, 2003, p. 403; Disant, La “doctrine” du juge, entre pédagogie et source du droit, in Ph. Raimbault, Mhecquard-Théron (dir.), *La pédagogie au service du droit*, PUTC, 2018, p. 125.

¹¹ Fin dalla prima regolamentazione del rapporto fra Corte di cassazione e giudice del rinvio, tutto quanto il rifiuto di adeguarsi, seguito da un nuovo ricorso per i medesimi motivi già accolti, produce è una nuova e più solenne espressione della volontà della Corte, rimessa alla *assemblée plénière* (adunanza generale), la quale può o meno ripensare la regola dettata dalla Corte al giudice del rinvio (sembra che in circa un terzo dei casi ci sia un ripensamento: CAPASSO, *Il valore della “giurisprudenza” in Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1261, nota 117) e, in caso di conferma, l’obbligo di conformazione non tollera più eccezioni.

¹² GORLA, *op. cit.*, p. 477 s.

¹³ BIGOT, *Histoire de la motivation en droit public*, in Caudal (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz, coll. “*Thèmes et commentaires*”, 2013, pp. 47-61. Il testo del decreto 16-24 agosto 1790 sulla organizzazione giudiziaria, tit. V, art. 15 è il seguente: «<La rédaction des jugements, tant sur l’appel qu’en première instance, contiendra quatre parties distinctes. Dans la première, les noms et les qualités des parties seront énoncées. Dans la seconde, les questions de fait et de droit qui constituent le procès seront posées avec précision. Dans la troisième, le résultat des faits reconnus ou constatés par l’instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement, seront exprimés. La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement».

Cour de cassation n'exprime pas la motivation de sa décision"¹⁴.

Non soltanto. Il testo della sentenza a frase unica nasconde qualsiasi rapporto con la precedente giurisprudenza, per cui se la cassazione è pronunciata per violazione della legge come interpretata o estesa o limitata dalla giurisprudenza costante la sentenza non ce lo fa sapere e neanche ci fa sapere quando ha pronunciato sulla base di un principio di diritto in totale contrasto con quanto sino allora praticato¹⁵: questo è conforme a quanto tassativamente affermato mezzo secolo da uno fra i principali testi professionali sulla struttura delle sentenze: «*Le style des jugements*» di Pierre Mimin, ove sono riprovati i richiami alla pregressa giurisprudenza, tanto per giustificare una soluzione quanto per spiegare perché si va ora in contrario avviso¹⁶. Il limitato numero dei giudici di Cassazione¹⁷ ha naturalmente favorito la creazione di uno stile uniforme nell'impiego delle varie espressioni e quindi la pulizia e asetticità del documento-sentenza¹⁸ nonostante che il numero dei ricorsi decisi non sia certo modesto¹⁹.

Un effetto concorrente deve probabilmente essere ascritto alla esistenza di un numero chiuso di «*avocats aux conseils*» e cioè di legali ai quali è riservato l'accesso alle sezioni civili della Corte di cassazione e al Consiglio di Stato. Eredi di un ufficio che prese inizio al tempo di Luigi XIV e che, tranne una breve sospensione durante la Rivoluzione, è rimasto sostanzialmente immutato (l'attuale legge regolatrice è un'ordinanza del 10 settembre 1817), questa categoria di avvocati raggruppa gli specialisti del processo dinanzi alle due giurisdizioni superiori e

¹⁴ WEBER, *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile*, in *Bull. Inf. Cour de Cass.*, no. 702, 15 mai 2009.

¹⁵ HUYETTE, *La (non) motivation des décisions de la Cour de cassation*, blog *Paroles du juge* (16 gennaio 2010). Huyette è un magistrato francese.

¹⁶ MIMIN, *Le style des jugements: vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques*, Paris, 1978, §§ 129-136, riprova i richiami alla pregressa giurisprudenza, tanto per giustificare una soluzione quanto per spiegare perché si va ora in contrario avviso.

¹⁷ La Corte è divisa in sezioni: civili (tre), commerciale, sociale e penale; vi sono addetti circa 200 magistrati e circa 50 sono addetti alla Procura generale. Ciascuna sezione ha un presidente, assistito da un decano («doyen»), titolo che spetta al magistrato più anziano, mentre un settimo presidente dirige i servizi di documentazione e studio.

¹⁸ WEBER, *Comprendre un arrêt de la Cour de cassation*, cit.

¹⁹ Nel 2021 sono stati depositati 15.871 ricorsi in materia civile e ne sono stati decisi 12.581 con una pendenza a fine anno di 19.894; i rispettivi dati per il 2020 sono: 13.643 depositati, 14.278 decisi, 18.701 pendenti a fine anno. Fonte: sito del Ministère de la justice.

forma un ordine a sé stante²⁰. Esattamente come per gli uffici giudiziari d'antico regime, l'ufficio può essere acquistato da un precedente titolare, ma soltanto se l'acquirente ha ottenuto un apposito certificato di idoneità conseguente al superamento di un esame²¹. Il numero degli uffici, oramai spesso rivestiti da società fra avvocati - all'interno delle quali l'esercizio della funzione è comunque condizionato al possesso del certificato - è stato per molti anni fissato in sessanta per l'intera Francia; in seguito all'intervento dell'Autorité de la concurrence, è stato di recente più volte aumentato ed è oggi fissato in settanta. Si stima che in tutto coinvolga 120 avvocati; di qui evidentemente la formazione e il mantenimento di un linguaggio e di modi espressivi altamente specializzati, che ben si combinano con le analoghe caratteristiche delle sentenze francesi di legittimità.

L'ultimo decennio ha però visto moltiplicarsi le contestazioni, mosse da una sempre più condivisa dottrina anche nell'ottica di un ordinamento democratico che, segnatamente in materia penale, deve convincere i destinatari delle pronunce giudiziarie²². Dal proprio canto la Corte non è rimasta inattiva e ha promosso studi e iniziative²³, per esempio per graduare l'importanza delle proprie decisioni²⁴ o per segnalare l'adesione ai propri precedenti sotto l'anòdina espressione "*doctrine de la Cour*"²⁵, e si sono visti alcuni movimenti, per vero assai timidi e comunque limitati a qualche caso, di "motivation enrichie"²⁶ e di altri allontanati-

²⁰ Con un proprio Consiglio e un proprio albo.

²¹ Certificat d'aptitude à la profession d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Interessante il racconto Julie Buk LAMENT, oggi appartenente all'Ordine degli avvocati aux Conseils, in Dalloz Actu Étudiant, *Focus sur l'avocat aux Conseils*, 2 dicembre 2014, con vasta documentazione.

²² V. per esempio CHAINAIS, *La motivation des sanctions, entre dits et non-dits*, Les cahiers de la justice, 2014, p. 241. Per il diritto pubblico si segnala il convegno svoltosi nel 2011 in Lione (Université Jean Moulin), i cui atti sono stati editi in CAUDAL (dir.), *La motivation en droit public*, Dalloz, 2013.

²³ Riferimenti bibliografici importanti in SILVESTRI, *La programmazione delle riforme della giustizia in Francia. Sinergia di un sistema*, in *Oss. Fonti*, 2020, p. 907. Dal 2022 la Cassazione ha inaugurato una raccolta annuale di studi su argomenti oggetto di recenti pronunce giurisprudenziali.

²⁴ V. CAPASSO, *Il valore della "giurisprudenza"*, cit., p. 1271 s.; il sistema della pubblicazione richiamato dall'autrice è stato tuttavia modificato dal 15 giugno 2021.

²⁵ V. LIBCHABER, *Une doctrine de la Cour de cassation?* in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 197; CAPASSO, *Il valore della "giurisprudenza"*, cit., pp. 1267-1269, con ulteriori citazioni di dottrina.

²⁶ DEUMIER (dir.), *Réflexion(s) sur la réforme de la Cour de cassation*, Dossier Dalloz,

menti dalla stretta osservanza, come per esempio la citazione di precedenti della Corte, un evento sino a allora considerato eversivo, e perfino il proporsi del tema dell'*obiter dictum*²⁷, impensabile nel regime della frase unica.

3. La riforma del 2019 e i suoi esiti.

Uno degli esiti di questi complessi movimenti è stato quella che agli occhi di molti può essere apparsa d'istinto come una rivoluzione: l'abolizione della frase unica, e quindi anche della scansione dei "motivi", introdotti da "*Attendu que*": promulgate il 5 giugno 2019 in forma di "Guida", si tratta di un insieme di regole sulla forma e sul contenuto delle pronunce di legittimità, imperniate su uno stile definito "diretto" e quindi frantumato in tante proposizioni, ciascuna con il proprio soggetto e il proprio predicato. Una delle più significative fra le nuove regole è quella che richiede la riproduzione dei mezzi di ricorso, da molti considerata il necessario ponte fra la fattispecie e la pronuncia di legittimità, e a ciascuno dei motivi fa ora seguito una parte della sentenza denominata "*Réponse de la Cour*".

Le regole della Guida sono dettagliatissime e pervengono a prescrivere le precise parole da impiegare nelle varie circostanze e anche i caratteri tipografici da utilizzare. Seguono duecento pagine di esempi, ciascuno dei quali riporta un provvedimento redatto secondo lo stile anteriore e lo ripropone secondo il nuovo stile diretto, ma tutto questo non tocca le modalità del ragionamento perché la Guida testualmente afferma che "la forma sillogistica è strettamente mantenuta"²⁸.

Le sentenze successive alla riforma sono manifestamente meno corte di prima, ma la loro lunghezza raramente eccede le due o tre pagine²⁹. Una ricerca empirica nel Bulletin che pubblica tutte le decisioni della Corte di cassazione, sezioni civili, ha mostrato che la sommaria narrazione dei fatti e della vicenda processuale raramente supera le venti righe, mentre la maggiore parte dello spazio è preso dalla enunciazione dei motivi di ricorso, sulla lunghezza della quale la Corte nulla può fare perché la Guida ha prescritto che essi siano riferiti nel dettaglio. A noi

2017, n. 31, p. 1770, spec. p. 1783 ss.; da noi CAPASSO, *La motivation enrichie, controtendenze dalla Francia*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 532.

²⁷ TOURNAUX, *L'obiter dictum de la Cour de cassation*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2011, p. 45.

²⁸ *Guide*, cit., § 1.2.4.

²⁹ Le sentenze pubblicate nel Bulletin sono talvolta precedute da una succinta massima (per usare la nostra terminologia) e sono, ma assai raramente, seguite dagli estremi di altra sentenza sulla medesima materia, ma senza alcun commento.

interessa naturalmente la “réponse de la Cour” stesa nel nuovo stile diretto: in essa si avverte il desiderio di esplicitare passaggi logico-giuridici che nella frase unica erano dati per presupposti, ma anche così la “réponse” è esclusivamente assertiva e ignora qualsiasi soluzione giuridica alternativa. L’approccio logico è rimasto il medesimo, come la Guida del 2019 aveva preconizzato. Ancor più assertive sono le pronunce di rigetto quando assumono la struttura dei “rejets non spécialement motivés”, che si limitano a richiamare l’art. 1014 del codice di procedura civile³⁰.

La Corte manifesta la necessità di una maggiore apertura, ma non intende venire meno al connaturato atteggiamento e questo spiega l’originale via delle, si potrebbero dire, auto-note a sentenza, inserite o meno nel “Rapport” annuale e espressamente rivolte al pubblico dei professionisti³¹; spiega anche la manifesta graduazione d’importanza delle proprie decisioni o assegnando un ricorso a un collegio ridotto³² o premettendo una lettera alla pubblicazione³³: ha infatti dichiarato il presidente Jean-Michel Sommer, responsabile del servizio di documentazione della Corte: “*La Cour entend résolument continuer à signifier à la communauté juridique l’importance qu’elle confère à certains de ses arrêts*”³⁴ e quindi al di fuori del testo delle pronunce e del contraddittorio giudiziario.

Tutto considerato, l’esperienza della Cour de Cassation sembra marcare un momento di diversità e inconciliabilità rispetto alla cultura giuridica italiana, tale da scoraggiare qualunque istintivo accostamento e richiedere di guardare alla nostra esperienza da quei diversi e nuovi punti di vista che la comparazione con la Francia suggerisce³⁵.

³⁰ Si tratta delle sentenze redatte “*en formule abrégée*” o del tutto prive di motivazione. Ecco un recente esempio: «<Sur les premier, deuxième, troisième, septième et huitième moyens: En application de l’article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n’y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces moyens qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation» 2^e Civ., 30 mars 2023, n. 21-21.070.

³¹ Dal *rapport* per il 2020: «<le Rapport de la Cour de cassation est aussi un précieux instrument de travail pour les praticiens du droit».

³² Il Presidente della sezione alla quale un ricorso è assegnato può farlo decidere da una “*formation restreinte*» (tre magistrati) mentre usualmente opera la “*formation de section*» (cinque magistrati).

³³ V. il corrente *Bulletins des arrêts*: “Les arrêts siglés “ R » publiés et commentés au Rapport annuel revêtent une portée doctrinale encore plus forte que les arrêts simplement “ B » et reflètent l’essentiel de l’évolution de la jurisprudence de la Cour».

³⁴ Dal *Bulletins des arrêts* del 22 febbraio 2022.

³⁵ Nella letteratura scientifica italiana si segnala il continuo lavoro di ricerca di

4. La “saisine pour avis”.

È allora pericoloso orecchiare, come è avvenuto con l'introduzione del c.d. “rinvio pregiudiziale” nella legge delega sulla riforma del processo civile italiano mimando la “saisine pour avis” francese, ma in realtà non andando oltre il nome perché l'istituto francese punta alla emissione di un mero parere della Cassazione o del Consiglio di Stato, del quale il giudice di merito richiedente tiene il conto che crede³⁶, mentre l'istituto italiano, già regolamentato nel nuovo art. 363-*bis* cod. proc. civ., introduce un giudizio con effetti diretti sul procedimento che ha originato il rinvio pregiudiziale.

La proposta di introdurre il rinvio pregiudiziale verosimilmente non è stata suffragata da una conoscenza dell'istituto francese nella sua non entusiasmante applicazione, dato che il numero medio annuale di “avis” della Cassazione in Francia è di circa 11 secondo le statistiche, ma in realtà è più basso, perché non tutti gli “avis” forniscono una risposta nel merito³⁷: non è prevedibile se analoga severità sarà impiegata da noi, rispedendo un quesito giuridico astratto al giudice mittente³⁸.

CAPASSO, che ho spesso citato in questo saggio.

³⁶ Code de l'organisation judiciaire, article L441-3: “*L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande*»; lo rilevano da noi CAPASSO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il “vincolo” di tROPPO*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 587; Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 197 con ampie citazioni di commenti italiani. In generale sull'*avis* v. SILVESTRI, *La “saisine pour avis” della Cour de cassation*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 495; LIBCHABER, *La saisine pour avis, une procédure singulière dans le paysage jurisprudentiel*, in *Rev. trim. droit civ.*, 2003, p.157.

³⁷ V., recentemente, Cour de cassation, II civ., Avis du 23 mars 2023 (Demande d'avis n° N 22-70.019): ““La question posée (...) est formulée de manière très générale et n'énonce pas de question précise de nature à commander l'issue du litige». La Corte ha talvolta dichiarato la richiesta di *avis* irricevibile, per esempio perché trasmessa prima del decorso del termine entro il quale le parti e il pubblico ministero possono esporre le proprie ragioni: così Cass., 2e Civ., Avis du 17 novembre 2022 (Demande d'avis n. E 22-70-012).

³⁸ L'art. 363-*bis* cod. proc. civ. richiede le seguenti tre condizioni per il “rinvio pregiudiziale”: <<1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi.” Trovo scandaloso che i nostri testi normativi siano regolarmente pubblicati senza alcun accento e ancora più scandaloso che nessuno protesti; per quanto vale protesto qui io.

5. Teoria e pratica nella common law.

L'assistenza di un avvocato non è richiesta in alcun procedimento giudiziario inglese: la parte può stare in giudizio da sola anche in materia penale e anche dinanzi alla Corte suprema³⁹. Alla base è necessariamente un principio, fallace quant'altri mai ma di grandissima presa, in forza del quale la legge è la legge di tutti. Torna allora il valore primigenio del termine "common law", laddove "common" si riferisce non tanto alla preclusione verso i privilegi e i particolarismi giuridici quanto alla appartenenza delle regole a un gruppo sociale che non distingue fra la produzione di una regola e la sua applicazione. Nelle grandi adunate franche, nei *Landtage* bavaresi, nelle cronache dei processi anglosassoni altomedievali dinanzi all'intera comunità la legge è la legge di tutti non perché sia da tutti assentita, ma perché è da tutti attuata e per ciò solo da tutti conosciuta: la decisione di una qualunque controversia equivale a ri-conoscere una regola e quindi a renderla stabile per il futuro: la legge è nel pubblico giudizio.

I giudici di pace, una istituzione vivissima ancora oggi sotto il nome di "magistrate", non studiano il diritto che pur debbono applicare a quel 90% dei procedimenti penali che sono decisi nelle corti nelle quali essi siedono gratuitamente e con un impegno a tempo parziale⁴⁰.

Questo insieme di elementi è coerente con il fatto che si può divenire *barrister* senza alcuna laurea in giurisprudenza, sostituita da un corso integrativo di un anno o due⁴¹, mentre grandissimo peso è attribuito sia all'apprendistato presso

³⁹ Assy, *Injustice in person. The right to self-representation*, Oxford, 2015, con ampi riferimenti anche agli Stati Uniti e al Tribunale Penale Internazionale; Padfield, *The right to self-representation in English criminal law*, 83 *Rev. int. dr. pén.*, p. 357 (2012).

⁴⁰ I *magistrate* sono in maggioranza donne (57%) e il 79% ha età superiore a 50 anni (fonte: <https://www.gov.uk/government/statistics/diversity-of-the-judiciary-2022-statistics>). Il loro numero è drasticamente sceso negli ultimi anni, passando da circa 30.000 a 13.177. Essi debbono garantire 26 mezze giornate l'anno e siedono nelle *Magistrates' court* in collegi di tre, il cui presidente ha seguito un breve corso per acquisire alcune nozioni giuridiche di base; inoltre è disponibile un consulente legale per fornire assistenza ai giudici quando richiesto. Tuttavia, per i procedimenti più importanti interviene un giudice professionale ("District Judge"). Dal 2007, nel quadro delle riforme tendenti all'aggiornamento dell'intero sistema giudiziario, esiste un *Judicial College*, che impartisce brevi corsi di formazione e di aggiornamento ai *magistrate*.

⁴¹ Lo afferma esplicitamente l'organo di gestione dell'avvocatura, sottolineando che la mancanza di una laurea in giurisprudenza non è un evento eccezionale: <<You do not have to study law at university to become a barrister. It is very common for barristers

un *barrister* sia alla frequenza di una delle quattro antiche associazioni forensi, ancora denominate “inn” (‘locandÈ) come nel Trecento, quando designavano i luoghi nei quali gli avvocati si riunivano per i pasti in comune e per un alloggio, se provenienti da fuori Londra. È facile individuare anche qui una struttura tipica della antica società germanica, che è tuttora attiva: i periodici incontri in allegria e buona compagnia che cementano i rapporti personali mentre vengono discussi temi di comune interesse professionale o commerciale.

In queste associazioni il futuro avvocato apprende l’etichetta e qui si dibattono questioni giuridiche emergenti dalla pratica professionale e entrano in gioco la tecnica processuale, la capacità di leggere e applicare i precedenti, l’abilità argomentativa, l’artificialità di nozioni giuridiche che talvolta affondano nei secoli: tutto un altro mondo, un’altra cultura rispetto a quella dalla quale abbiamo preso le mosse, “*common*” anche questa, ma “*common*” a un ceto al quale appartiene un numero limitato di persone. Si tratta degli avvocati che si staccano dalla generalità⁴² e ottengono il titolo di “consigliere del sovrano” ossia *King’s Counsel*⁴³ e colloquialmente “*silk*”, ‘seta’, perché indossano una toga di seta e non di cotone come tutti gli altri avvocati⁴⁴. Largamente inferiori a mille fino a 25 anni fa, oggi sono circa duemila fra *barrister* e *solicitor* abilitati a patrocinare dinanzi alle corti superiori⁴⁵; ciascuno di essi ha acquisito una propria specializzazione nella attività giudiziaria; di qui alcuni sotto-gruppi per materia, all’interno dei quali tutti conoscono tutti.

to complete degrees in other subjects and then ‘convert’ to law afterwards by doing a conversion course, such as a Graduate Diploma in Law (GDL)”: Bar Council, *Becoming a barrister - Online - Brochure 2022*. Il GDL ha la durata di un anno se a tempo pieno, di due se a tempo parziale. L’assenza di una formazione accademica in materia giuridica è da alcuni considerata un vantaggio competitivo: v. M. Kirby, *Modes of appointment and training of judges - a common law perspective*, in *Commonwealth Law Bulletin*, 2000, 26(1), p. 540. Esistono casi marginali (lo 0,5% nel 2021) di *barrister* senza alcun titolo universitario (fonte: Bar Standards Board, *Report on Diversity at the Bar*, 2021).

⁴² I *barrister* in esercizio alla fine di maggio 2023 erano 17306 in Inghilterra e Galles (fonte: demographics dashboard nel sito <https://www.barcouncil.org.uk/> consultato il 29 maggio 2023).

⁴³ È stato “Queen’s Counsel” negli ultimi settanta anni, cioè fino alla scomparsa di Elisabetta II.

⁴⁴ Le differenze formali non si fermano qui; per esempio, il *King’s counsel* in aula di giustizia deve essere sempre accompagnato da un *barrister* ordinario, detto *junior*.

⁴⁵ Un *solicitor* può essere abilitato a patrocinare dinanzi alle corti superiori dal 1990 (Courts and Legal Services Act 1990, section 27): si impiega allora il termine “*solicitor-advocate*”, che oggi si riferisce a alcune migliaia di professionisti.

I giudici inglesi possono non avere una laurea in giurisprudenza⁴⁶. Notevole, negli ultimi anni, la vicenda di Jonathan Sumption, laureato in storia a Oxford, ricercatore apprezzato, che passa alla pratica forense senza trascurare gli studi storici e senza seguire alcun formale corso di studi giuridici⁴⁷; egli ottiene un notevole successo professionale quale *barrister* al punto di essere nominato, senza passare per alcuno stadio intermedio, uno dei dodici giudici della Supreme Court, dove ha seduto dal 2012 al 2018⁴⁸.

Limitandomi alla Supreme Court, un altro dei dodici giudici in servizio mentre licenzio questo lavoro, Lord Leggatt, ha solo una laurea in filosofia⁴⁹ e uno dei giudici della High Court nominati del 2021, Jonathan Richards, ha solo una laurea in matematica⁵⁰.

Queste informazioni ci introducono a un tema centrale per avvicinarsi al ‘diritto vivente’ nel diritto inglese: la selezione e la carriera dei giudici.

5. *La mescolanza di funzioni giudiziarie e forensi.*

Non esiste una carriera giudiziaria in diritto inglese.

Esistono vari punti di accesso alle varie funzioni giudiziarie e molti di essi consentono l’esercizio di specifiche funzioni a tempo (molto) parziale e in concomitanza con l’ordinaria attività di *barrister* o *solicitor*⁵¹: l’attribuzione di tali funzioni è vista come un riconoscimento di eccellenza elargito all’avvocato che ne viene investito e come un pegno di successive nomine. Tre di questi punti di accesso debbono essere brevemente menzionati.

⁴⁶ Originale la ricerca svolta su questo dato da BRAUN, *Giudici e Accademia nell’esperienza inglese. Storia di un dialogo*, Bologna, 2006.

⁴⁷ Gli interessi storici di Sumption sono concentrati sulla guerra dei Cento Anni, oggetto di quattro volumi in una serie ancora incompleta.

⁴⁸ Vale la pena di leggere la vasta intervista (concessa a un giornalista suo dichiarato ammiratore) uscita sul Guardian il 6 agosto 2015: <https://www.theguardian.com/law/2015/aug/06/jonathan-sumption-brain-of-britain>.

⁴⁹ George Leggatt si laureò al King’s College di Cambridge e poi frequentò Harvard, ma il suo *curriculum* non menziona alcun dottorato o altro titolo in materia giuridica ottenuto negli Stati Uniti.

⁵⁰ Jonathan Richards è uno fra i non molti *solicitor* che hanno raggiunto alti livelli nella magistratura.

⁵¹ Cfr. VARANO, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell’Inghilterra moderna*, Milano, 1973, p. 53 ss.

I Master sono avvocati che originariamente svolgevano funzioni di supporto ai giudici della High Court, ma che nel tempo hanno acquisito un vero e proprio compito giurisdizionale e che decidono cause senza che vi siano precise regole di competenza rispetto ai giudici della High Court⁵². I Master nelle varie divisioni della High Court sono circa quindici⁵³.

I Recorder svolgono numerose attività, principalmente in materia penale⁵⁴.

L'autorizzazione a sedere nella High Court quale giudice è il terzo fra questi punti di accesso: quando un avvocato autorizzato esercita le funzioni giudiziarie nulla lo distingue dai giudici veri e propri, i quali lo considerano come (temporaneo) collega; d'altronde, non poche norme del diritto giurisprudenziale inglese derivano da sentenze rese da King's counsel facenti funzione di giudice⁵⁵ e il passaggio da giudice temporaneo a giudice permanente e a tempo pieno è piuttosto frequente.

6. Quadro sommario delle funzioni giudiziarie.

Mi occuperò da qui in poi soltanto di quella che fino a alcuni decenni fa era definita Supreme Court of Judicature con sede unicamente in Londra: High Court, Court of Appeal e Supreme Court (già Judicial Committee of the House of Lords) e quindi trascuro non soltanto la Crown Court con giurisdizione penale⁵⁶, ma anche la vasta rete dei Tribunal, dotata di un primo e un secondo grado, che decide oltre un milione di casi l'anno in diritto civile e in diritto amministrativo⁵⁷,

⁵² È tuttora discusso se i Master siano tenuti a seguire le regole enunciate nei precedenti giudiziari dei giudici della High Court; v. *Coral Reef Ltd v Silverbond Enterprises Ltd* [2016] EWHC 874 (Ch), una decisione resa da Master Matthews (oggi giudice) e la diversa posizione assunta in appello da David Foxton QC ([2016] EWHC 3844 (Ch)).

⁵³ Erano 10 nel King's Bench e 4 in Chancery al 29 maggio 2023, ma era diffusa l'idea che ne occorressero altri due in Chancery.

⁵⁴ Il Recorder deve essere disponibile per trenta giorni l'anno.

⁵⁵ Nella nota 52 ho citato una sentenza resa da "David Foxton QC" e cioè da un Queen's Counsel (era regnante la regina Elisabetta) svolgente temporaneamente le funzioni di giudice della High Court. Un'altra sentenza resa da un avvocato giudice temporaneo è riferita più avanti: nota 97 e testo relativo.

⁵⁶ Introdotta dal Courts Act 1971, la Crown Court ha 91 sedi in Inghilterra e Galles. Giudica i reati più gravi, aggiungendosi alle *magistrates' court* (sulle quali v. sopra, nota 40 e testo relativo).

⁵⁷ Fonte: <https://www.judiciary.uk/courts-and-tribunals/tribunals/about-the-tribunals/>, ma altre fonti, egualmente governative, riportano un numero assai inferiore. I Tribunal sono

i tribunali del lavoro, che seguono regole proprie⁵⁸, e la ancora più pregnante struttura della County Court, che dal 2014 assomma tutta la giurisdizione civile di primo grado sulle controversie economiche di valore fino a 25.000 sterline⁵⁹ e su ogni altra controversia (famiglia, minori, fallimenti) che non appartenga alla competenza di un Tribunal: si stima che l'80% delle controversie civili sia decisa nella County Court, principalmente da giudici con varia denominazione, spesso a tempo parziale⁶⁰, o da Circuit Judge che hanno competenze sia civili che penali⁶¹.

In sostanza, tratterò della giustizia dalla High Court in su: essa include i rari appelli contro le sentenze rese dal complesso di corti ora elencato e le controversie che giungono in prima istanza e le pochissime che proseguono nei gradi superiori. Nel 2022 hanno avuto inizio 17.200 cause nella High Court, 608 nella sezione civile della Court of Appeal⁶² e poche decine nella Supreme Court⁶³.

Il numero dei relativi giudici è corrispondentemente esiguo: circa 190 (compresi i Master) nella High Court, che da pochissimi anni gode anche di sette sedi oltre Londra⁶⁴, circa 44 nella Court of Appeal, che ha una sola sede per tutta

stati riorganizzati dal Courts and Enforcement Act 2007 in due gradi di giudizio: First-tier e Upper Tribunal. Nei Tribunal siedono 500 giudici a tempo pieno e molti di più a tempo parziale, compensati con un onorario a seduta, attualmente di £ 696 (circa 800 euro) per un giudice d'appello e di £ 537 (circa 620 euro) per un giudice di primo grado.

⁵⁸ Gli Employment Tribunal sono fuori della rete dei Tribunal, ma sono soggetti alla vigilanza del Senior President dei Tribunal.

⁵⁹ Circa 28.750 euro.

⁶⁰ *Deputy District Judges* con un impegno fra 15 e 50 giorni l'anno, e *Recorders*. I *District Judge* (in numero di circa 400) sono invece giudici a tempo pieno.

⁶¹ I *Circuit Judge* sono circa 600, scelti fra i *barrister* e i *solicitor* abilitati a patrocinare dinanzi le corti superiori.

⁶² La Court of Appeal, sezione civile, ha reso 372 sentenze nel 2022, ma 560 nel 2021 a fronte di 530 appelli ricevuti (la fonte dei dati in questa nota e nella precedente sono i rapporti trimestrali pubblicati in rete dal Ministry of Justice, *Civil Justice Statistics Quarterly*).

⁶³ La Supreme Court ha reso 56 sentenze nel 2021-22 e 54 nel 2020-21. Negli anni precedenti la produzione di sentenze è stata più elevata, ma sempre ben inferiore al centinaio: per esempio, 78 nel 2017-18 e 83 nel 2014-15. Il carico della Supreme Court comprende un vasto numero di richieste di autorizzazione a ricorrere (fra le 175 e le 200 negli ultimi due anni).

⁶⁴ Dal 2017 sono operative le Business and Property Courts of England & Wales, che hanno ereditato competenze della Queen's Bench Division e della Chancery Division. Oltre che a Londra, esse hanno sedi in Manchester, Birmingham, Leeds, Cardiff (The

l'Inghilterra e il Galles, e 12 nella Supreme Court; in tutto meno di 250 persone: la vetta di una piramide giudiziaria che, pur fortemente aguzza, lo è assai meno di pochi decenni fa⁶⁵. Sebbene non si tratti di espressione tecnicamente corretta, le indicherò collettivamente come "corti superiori"⁶⁶.

L'ambito di questo saggio mi impedisce di tentare di spiegare come possa funzionare armonicamente un sistema processuale di altissima complessità dal punto di vista della ripartizione della competenze fra i vari organi, considerando anche l'esistenza di più modelli procedurali in primo grado, fra i quali scegliere di volta in volta per puntare alla soluzione più giusta della controversia⁶⁷, e una radicata informalità nella selezione del giudice (vediamo giudici della Supreme Court in pensione che tornano per giudicare in alcuni casi⁶⁸, e giudici della High Court che vanno a giudicare in altre sedi e altri organi giudiziari quando ciò appaia opportuno); tuttavia, il funzionamento armonico appare dalla mancanza nelle raccolte di giurisprudenza di sentenze in materia di competenza e nella dottrina di voci antagoniste rispetto all'attuale assetto. Possibili ragioni di ciò sono l'elevato tasso di discrezionalità dei capi degli uffici giudiziari e degli stessi giudici investiti di una causa⁶⁹, la fonte delle norme sulla organizzazione degli

Business and Property Court for Wales), Bristol, Liverpool and Newcastle-upon-Tyne. Nel calcolare il numero dei giudici della High Court ne ho considerati circa 110 a Londra e circa 70 nelle sette sedi decentrate.

⁶⁵ Nel 1950 i giudici delle corti superiori erano 58, nel 2019 erano 153; prendo questi dati aggregati da N. ANDREWS, *Precedents in Practice: the English Experience*, in V. BARSOTTI - A. SIMONI (curr.), *Processo e cultura giuridica. Scritti per gli 80 anni di Vincenzo Varano*, Torino, 2020, p. 191 nota 51.

⁶⁶ Si vedrà più avanti che la Supreme Court è considerata un organo con proprie regole di accesso: per le altre corti superiori la terminologia "Senior Courts" comprende High Court, Court of Appeal e Crown Court (della quale non parlerò perché è sottoordinata nella gerarchia) e non Supreme Court: mi occorre quindi una categoria di comodo.

⁶⁷ HEPAJ, *Il processo civile inglese visto da un civilista*, in *Trusts*, 2022, p. 1018; FICCARELLI, *Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale*, Napoli, 2011, p. 38. Cfr. LUPOLI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, p. 18.

⁶⁸ La section 39 del Constitutional Reform Act 2005 istituisce un "Supplementary Panel" di giudici in pensione graditi al Presidente (così la subs. 4), il quale può prelevare giudici all'occorrenza per comporre i collegi; questo è avvenuto per esempio nel 2016-2017 quando, andato Lord Toulson in pensione, il Presidente preferì non dare impulso alla nomina del successore e nel frattempo si avvale dei supplenti.

⁶⁹ Sulla quale v. VARANO, *Verso un nuovo ruolo del giudice in Inghilterra*, in *Riv. dir. civ.*,

uffici e sulla competenza non tanto nella legge quanto nella regolamentazione (“*Practice Directions*”) emanata dalla stessa magistratura e frequentemente da essa modificata e resa nota anche per mezzo di “Guide” rivolte ai professionisti e al pubblico in genere per adattarsi alle difficoltà applicative via via rilevate; l’ampia discrezionalità della quale godono i capi degli uffici senza essere soggetti a reclami⁷⁰; infine la regola, oramai tendente all’applicazione generalizzata, dell’appello al giudice superiore visto non come un diritto, ma quale esito di una valutazione discrezionale del giudice (*a quo* o *ad quem*) circa l’esistenza di “*a real prospect of success*” o di altra “*compelling reason*” (si noti l’indeterminatezza) in favore di portare il divisato appello in discussione⁷¹.

Altre possibili ragioni sono il costo elevato dell’assistenza legale⁷², però da raffrontare con le vaste disponibilità di sostegno economico ai non abbienti fin dalla fase di valutazione delle prospettive di successo di una controversia da iniziare⁷³, e la dottrina del precedente giudiziale. Quest’ultimo tema ci riconduce al punto di partenza (§ 5) e alla tesi, ivi enunciata, che “la legge è nel pubblico giudizio”: descriverò allora come si giunge a quella vetta della piramide giudiziaria che sono le corti dalla quali dipende lo sviluppo dell’intero ordinamento giuridico. Sebbene non si tratti di espressione tecnicamente corretta, le indicherò collettivamente come “corti superiori”.

7. *Le nomine alle funzioni giudiziarie.*

Fino a pochi anni fa tanto i “consiglieri del re” quanto i giudici delle corti superiori erano scelti dal Lord Cancelliere, il quale era, al tempo stesso, un giudice, un membro della Camera dei Lord, un ministro e il capo dell’ordine giudiziario. Egli traeva i Queen’s Counsel (regnando Elisabetta II, oggi tramutati automaticamente in King’s Counsel) dall’insieme dei *barrister* e dai pochi *solicitor* che avevano ottenuto la licenza di patrocinare dinanzi alle corti superiori: circa la selezione

2002, p. 763.

⁷⁰ Per esempio, il numero dei giudici che formano un collegio è spesso non predeterminato ed è rimesso alla decisione del capo dell’ufficio.

⁷¹ Quella riportata nel testo è la regola applicabile agli appelli contro sentenze della High Court (Common Procedure Rule 52.6),

⁷² HEPAJ, *Il processo civile inglese*, cit., §5.

⁷³ Cfr. PASSANANTE, voce *Processo civile inglese*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, III, Milano, 2010, p. 1009.

dei giudici, il Cancelliere consultava riservatamente i giudici più anziani alla ricerca dei migliori avvocati da promuovere, scegliendoli fra i “consiglieri del re”. Individuato un avvocato ritenuto idoneo, gli veniva formulata la proposta senza alcuna formalità e, in caso di sua accettazione, il nome veniva fatto pervenire al sovrano⁷⁴; di qui la lettera di nomina sotto il sigillo reale⁷⁵.

È stato solo nei primi anni di questo secolo che le critiche, già esistenti da qualche tempo e formulate anche a livello internazionale, hanno indotto il parlamento a una radicale revisione, manifestatasi con il Constitutional Reform Act del 2005 e con altre leggi nel medesimo torno di anni. Oggi esiste una commissione, la King's counsel Selection Panel, deputata a selezionare i King's counsel, e un'altra, la Judicial Appointments Commission, deputata a selezionare i giudici sia delle corti superiori sia di altre corti⁷⁶. Entrambe le commissioni debbono essere presiedute da un non giurista e da non giuristi è composta circa la metà dei loro membri⁷⁷.

I *barrister* o i *solicitor* che ritengono di meritare il titolo di King's counsel partecipano a una “*competition*”, indetta annualmente dalla specifica commissione, la quale decide chi fra essi intervistare e poi, valutato ogni elemento fornito dai candidati principalmente sulle rispettive carriere forensi, incluse lettere di presentazione da parte di clienti e di giudici, redige una lista dei più meritevoli e la presenta al Lord Cancelliere, il quale la consegna al sovrano⁷⁸. Nessuno ha mai ventilato la possibilità che le decisioni della Commissione, la quale non motiva le proprie scelte, siano oggetto di ricorso a un organo giurisdizionale⁷⁹.

⁷⁴ Se la nomina riguardava un giudice della Court of Appeal o un Law Lord (componente del Judicial Committee della House of Lords).

⁷⁵ Cfr. Sir Sydney KENTRIDGE QC, *The Highest Court: Selecting the Judges*, in 62 Cambridge LJ p. 55 (2003).

⁷⁶ Elencato nell'allegato 14 dal Constitutional Reform Act 2005.

⁷⁷ Attualmente (2023) presidente della commissione per la selezione dei King's Counsel è Monisha Shah, attiva nel campo della formazione artistica; il precedente presidente è stato Sir Alexander Allan, già capo dei servizi informativi del governo britannico; presidente della commissione per la selezione dei giudici è Helen Pitcher, non una giurista, ma presidente della Criminal Case Review Commission, un organismo che indaga sugli errori giudiziari.

⁷⁸ Nell'ultima procedura, terminata il 27 marzo 2023, sono state presentate 280 domande, 144 candidati sono stati intervistati e 95 sono stati proposti per la nomina e effettivamente nominati. Può essere interessante riferire che la tassa di ammissione è di 2.370 sterline e in caso di nomina occorre versare l'ulteriore somma di 3.390 sterline (dati del 2023).

⁷⁹ Esiste un “Complaints Committee” al quale qualunque candidato insoddisfatto può rivolgersi, ma esso non ha il potere di modificare l'esito di una *competition*.

Similmente si procede per la nomina dei giudici; la principale differenza è che la Judicial Appointments Commission rende note periodicamente le vacanze giudiziarie, incluse quelle all'interno della stessa commissione, la quale quindi coopta i propri membri senza alcuna interferenza governativa o di altra pubblica autorità, e gli interessati si candidano a una specifica posizione: come già detto, non esiste una carriera giudiziaria in Inghilterra e quindi non esistono neanche gli avanzamenti: ogni nomina è, almeno teoricamente, frutto di una indipendente selezione. Chiunque può concorrere a qualsiasi nomina giudiziaria, raramente sono richiesti requisiti formali. La valutazione riguarderà poi l'attitudine del candidato a ricoprire il posto, vagliata, se del caso, attraverso giochi di ruolo, e la sua competenza specifica. Tutto si svolge esattamente come la valutazione di un dirigente da assumere in una ditta privata e l'obiettivo di scegliere i più meritevoli per lo specifico posto è frequentemente menzionato⁸⁰.

L'esito della selezione è comunicato al Cancelliere, il quale, secondo la tipologia di giudice coinvolta, procede direttamente alla nomina o trasmette le proposte al Primo Ministro per l'inoltro al sovrano e la nomina formale. Peraltro, il Cancelliere può, con provvedimento motivato, rigettare una proposta della commissione o chiederle di deliberare nuovamente.

L'obiettivo della inusuale regola sulla rilevante presenza di non giuristi quali presidenti e quali membri delle commissioni di valutazione, dei King's counsel come dei giudici, è quello di allontanare i procedimenti dalla prassi anteriore, chiaramente legata ai vincoli di amicizia e di comuni interessi, e di favorire l'ingresso di persone "diverse", spesso indicate come "BAME,"⁸¹ oltre che di incrementare la percentuale di donne⁸².

⁸⁰ Debbo fornire almeno un esempio per cercare di trasmettere il senso del procedimento di selezione; qui di seguito un "bando" del giugno 2023: Senior Circuit Judge, Designated Family Judge We have been asked to identify four candidates to recommend for the post of Senior Circuit Judge, Designated Family Judge (1x Wolverhampton and Telford, 1x Bristol, 1x Cardiff, 1x Northumbria and North Durham (Newcastle). The Designated Family Judge (DFJ) carries out significant leadership and management duties. Every Designated Family Centre has a DFJ who is responsible for that centre and for other family hearing centres in the area. They are responsible for leading all levels of the family judiciary at the courts for which they have responsibility, and for ensuring the efficient and effective discharge of judicial family business at those courts. Launch Date: June 2023.

⁸¹ Black, Asian and minority ethnic. Le leggi includono sovente disposizioni che favoriscono o consentono di favorire, a parità di altre considerazioni, i BAME allo scopo di aumentare la "diversity".

⁸² Negli anni dal 2017 al 2021 hanno superato la *competition* mediamente 10 BAME l'anno e un eguale numero non la ha superata (QC Secretariat, *Ethnic Minority Statistics*, 2022).

8. *Nomine alle funzioni giudiziarie: la Supreme Court.*

La Corte Suprema del Regno Unito⁸³ venne istituita nel 2009 per distaccare l'esercizio della giurisdizione dal potere legislativo (Camera dei Lord) dopo secoli di commistione. Essa è composta da dodici giudici⁸⁴ e la sostituzione dei giudici venuti meno è affidata a una serie di consultazioni che una commissione composta dal presidente e il vicepresidente della stessa Corte e da altri titolari di alti uffici giudiziari svolge con organi pubblici e con i giudici più anziani non interessati a ricoprire il posto in questione: in sostanza, il metodo antico elevato a procedimento legittimato normativamente⁸⁵; ne risulta la proposta di un nome al Lord Cancelliere, il quale può rifiutarla o chiedere che sia riconsiderata⁸⁶, ma in mancanza la trasmette al Primo Ministro che la inoltra al sovrano per la formalizzazione⁸⁷.

I dodici giudici attuali (2023) sono un irlandese, un gallese, due scozzesi e otto inglesi: la corretta ripartizione fra le aree giuridiche del Regno Unito sembra essere stata rispettata senza che vi sia un obbligo legale in proposito⁸⁸.

Chi volesse accertare se il tradizionale sistema di selezione amichevole (non saprei come altrimenti denominarlo) sia ancora in vigore nonostante le riforme che ho sopra riferito potrebbe esaminare i *curricula* dei dodici giudici in carica nel 2023 sulla base di tre elementi: nel Regno Unito esistono oggi un centinaio di School of Law; tanto i *barrister* che i *solicitor* possono oggi accedere a qualsiasi ufficio giudiziario; alle selezioni per la nomina a giudice delle varie denominazioni e categorie si presenta oggi un numero di donne pari o superiore alla metà dei candidati.

⁸³ In materia civile è giudice di ultima istanza anche per la Scozia.

⁸⁴ Constitutional Reform Act 2005, sect. 23.

⁸⁵ La commissione ha cinque componenti: il presidente e il vicepresidente della Corte Suprema e un membro preso da ciascuna Judicial Appointment Commission: inglese, scozzese e nord-irlandese; qualora si tratti di scegliere il presidente o il vicepresidente, il loro posto nella commissione è preso da un giudice anziano secondo l'ordine previsto dalla legge: v. la Schedule 8 al Constitutional Reform Act 2005.

⁸⁶ Constitutional Reform Act 2005, sect. 26-31 (ho semplificato le dettagliatissime prescrizioni).

⁸⁷ Nessuno ha mai pensato che la nomina sia assoggettabile a impugnazione o altra forma di contestazione giurisdizionale.

⁸⁸ Sul numero dei giudici scozzesi nel comitato giudiziario della House of Lords e oggi nella Supreme Court v. BRAUN, *Scottish Judges in Westminster: The Case of Lord Dunedin*, in JANSEN e MEIER (eds.), *Iurium Itinera, In Honour of Reinhard Zimmermann for His 70th Birthday*, Tübingen, 2022, 31-35.

Circa il primo elemento, l'esame dei *curricula* mostra che, tranne uno, tutti i giudici della Supreme Court hanno conseguito un titolo accademico o a Oxford o a Cambridge e che due hanno conseguito titoli in entrambe le università⁸⁹. Sotto questo profilo, dunque, l'“*old boy network*” sembrerebbe attivo quanto e più di prima.

Circa il secondo, i *barrister* (e per la Scozia gli *advocate*) e i *solicitor* abilitati a p V. il corrente *Bulletins des arrêts*: «*Les arrêts siglés « R » publiés et commentés au Rapport annuel revêtent une portée doctrinale encore plus forte que les arrêts simplement « B » et reflètent l'essentiel de l'évolution de la jurisprudence de la Cour*»: patrocinare dinanzi le corti superiori sono egualmente legittimati a concorrere a qualsiasi nomina nelle corti superiori⁹⁰, mentre tradizionalmente lo erano solo i primi: tuttavia, il rapporto nelle corti superiori è 97%-3%⁹¹ e fra i dodici giudici attualmente in carica nella Supreme Court neanche uno ha svolto attività professionale quale *solicitor*.

Circa il terzo, attualmente un solo giudice della Supreme Court è donna. La proporzione statisticamente accertata delle donne nelle corti superiori è di circa un quarto, ma non, sembrerebbe, nella Supreme Court ove solo per un breve periodo le donne sono state più di una, sebbene inclusa la presidente⁹².

9. Cooptazione e omologazione.

Traendo le fila da quanto è emerso dai procedimenti di nomina dei King's counsel, dei giudici delle corti superiori e dei giudici della Supreme Court viene spontaneo chiedersi se l'eccezionale sommovimento centrato sul Constitutional Reform Act del 2005 abbia avuto reali effetti sulla composizione del personale giudiziario. Non ho le competenze per tentare una risposta, ma un paio di considerazioni sembrano evidenti.

⁸⁹ Una disamina delle sedici nomine di giudici della High Court o della Court of Appeal avvenute nel 2021 mostra che undici hanno studiato a Oxford o a Cambridge e gli altri cinque in altrettante università.

⁹⁰ Una precisa elencazione dei legittimati, che tiene conto delle equivalenti qualifiche in Scozia e Irlanda del Nord, è nella section 25 del Constitutional Reform Act 2005.

⁹¹ Fonte: Bar Standards Board, *Report on Diversity at the Bar*, 2020.

⁹² Lady Hale of Richmond dal settembre 2017 al gennaio 2020. Una vslutazione sulle donne nelle professioni legali è in PINTO, HUDSON, MCGOWAN, *100 years of women in the legal profession -some personal relections from three perspectives*, in *Criminal Law Review*, 2019, p. 1002.

Una è che nulla è cambiato per quanto riguarda la Supreme Court.

L'altra è che, per quanto riguarda le altre corti superiori e la selezione di King's counsel, le statistiche mostrano la "diversity" con riferimento all'ingresso di BAME⁹³, ma occorre intendersi: la società inglese non ha mai precluso l'accesso agli stranieri nelle professioni, nell'università e nell'insegnamento universitario, anzi ha accolto chiunque mostrasse merito e – questo è il dato scriminante - chi è stato accolto ha regolarmente fatto di tutto per omologarsi. Un esempio vistosissimo è l'attuale Primo Ministro britannico, ma esempi meno vistosi sono migliaia. Nel campo specifico della magistratura, nell'aprile 2023 il re ha nominato giudice della High Court il King's counsel Eason Rajah, nato e inizialmente educato in Malesia e poi giunto in Inghilterra ove ha seguito precisamente il tipico *cursus honorum* degli inglesi che ho sopra delineato⁹⁴. Nella Court of Appeal siede Lord Justice Singh, che indossa il turbante che caratterizza l'etnia *sikh* in luogo della classica parrucca⁹⁵, ma la sua carriera si è svolta quasi interamente sotto il vigore della precedente prassi di sondaggi e scelte riservate. Due vicende analoghe nelle origini e nell'esito, le quali mostrano che della riforma costituzionale, almeno per quanto riguarda l'accesso alla magistratura, forse non c'era bisogno.

Nella vetta aguzza di una piramide sono quindi persone che appartengono al medesimo ambiente culturale, per nascita o per educazione o per scelta cosciente; il meccanismo della cooptazione è rafforzato dal meccanismo della omologazione e questo spiega anche perché non esista in Inghilterra alcun organo con funzioni analoghe a quelle del nostro Consiglio superiore della magistratura⁹⁶.

⁹³ Per i King's counsel v. sopra, nota 82.

⁹⁴ Nominato *barrister* nel 1989, King's Counsel nel 2011, Recorder nel 2016, poi autorizzato a sedere nella High Court e infine nominato giudice della High Court.

⁹⁵ Lord Justice Singh è nato a Delhi. Ha studiato a Cambridge e poi negli Usa. King's Counsel dal 2001, Deputy High Court Judge nel 2003 a 39 anni, età precoce per la nomina. Poi Recorder e infine giudice titolare della High Court nel 2011 e della Court of Appeal nel 2017.

⁹⁶ Un Judges' Council esiste dalla fine dell'Ottocento ed è stato più volte ristrutturato in seguito alle riforme degli ultimi decenni; attualmente è composto da 11 membri *ex officio* e da 14 in rappresentanza di altrettante categorie di giudici (ciascuna della quali elegge quindi un proprio rappresentante). Il Judges' Council nomina tre membri della Judicial Appointment Commission, ma non riveste alcun ruolo né sulle nomine dei giudici né sulla valutazione del loro lavoro. Esso è considerato quale organo di supporto del Lord Chief Justice, ma le effettive funzioni di supporto sono svolte dal Judicial Executive Board, composto solo da membri *ex officio*, che si riunisce informalmente anche su base settimanale (ho assunto queste informazioni del sito Courts and Tribunals Judiciary, visitato il 4 giugno 2023).

10. *Il precedente quale regola della fattispecie; i precedenti di principio.*

Nel marzo 2023 un King's counsel facente funzione di giudice temporaneo della High Court ha concluso la motivazione di una propria sentenza dichiarando di non essere certo della correttezza di tre precedenti decisioni della stessa corte su un tema di procedura, ma di essersi a esse uniformato per ragioni di colleganza e perché l'incertezza su questioni di procedura è dannosa per le parti⁹⁷. Questa è una precisa dimostrazione di come funziona lo *stare decisis*: il giudice contribuisce alla creazione giurisprudenziale del diritto quando riesce a trattenersi dal contestare la regola da altro giudice dettata in una precedente decisione e che quindi è una regola giuridica esistente. Che la condivide o meno non conta nulla.

La regola. Lasciamo stare il termine "*ratio decidendi*", che individua un concetto del diritto comune europeo rinascimentale passato in Inghilterra e riscoperto da Gino Gorla⁹⁸; una corretta collocazione comparatistica del diritto inglese del precedente giudiziale richiede di muovere dalla regola della fattispecie, individuata dal giudice nella sentenza, perché solo così emerge la specificità del diritto inglese: nella sentenza non è un orientamento, come da noi, non è l'esito di un sillogismo, come in Francia, è l'individuazione di quanto nel caso di specie va fatto affinché gli interessi coinvolti trovino giusto riconoscimento.

Ho sottolineato nelle pagine precedenti come in Inghilterra non esista una carriera giudiziaria e questo significa che, ferme le attribuzioni della gerarchia nelle impugnazioni e nel riesame di una questione già decisa soltanto da corti sotto-ordinate, l'enunciazione di una regola è, in linea di principio, un apporto al diritto oggettivo, da chiunque provenga. Lo dimostra per prima la Supreme Court, che si ritiene vincolata dai propri precedenti e che della eccezionale facoltà di derogarvi, enunciata nel 1966 quando era ancora un organismo della House of Lords⁹⁹, ha fatto un uso assai restrittivo: circa una volta ogni due anni¹⁰⁰.

⁹⁷ *Kieran Corrigan & Co Ltd v OneE Group Ltd* [2023] EWHC 649 (Ch). L'avvocato in questione è Jonathan Hilliard KC, con laurea e Master a Cambridge, risultato primo in entrambi i corsi.

⁹⁸ GORLA, in molti fra i saggi pubblicati nei *Quaderni del Foro italiano* e poi ristampati in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

⁹⁹ LUPOI, *Il giudice legislatore: una recente esperienza inglese*, in *Foro it.*, Quaderni, 1968, 547.

¹⁰⁰ ANDRES, *Precedents*, cit., 195.

Questa impostazione è supportata dal fatto che numerosissime regole giuridiche inglesi derivano da una singola sentenza, talvolta di primo grado, che per decenni o anche per un secolo e più nessun giudice ha contestato e anzi che tutti i giudici hanno applicato. Mi limito a tre esempi.

Primo esempio. Dovendo agire o essendo convenuto in giudizio, un trustee non ha mai la certezza che sia legittimo sostenere i relativi costi attingendo ai beni del trust. Nel 1893 al trustee del trust della defunta Sarah Beddoe viene contestato di avere sostenuto spese legali con i fondi del trust e la Court of Appeal afferma, pur in mancanza di una norma in proposito, che il giudice può decidere a chi facciano carico i costi legali prima che essi siano sostenuti¹⁰¹. Nasce così il “Beddoe Order”¹⁰², oggi ritenuto vigente in molti ordinamenti legati al diritto inglese dei trust.

Secondo esempio. Nessuna norma consente che la parte che sta in giudizio da sola possa avere di fianco a sé una persona che la sostenga, prenda appunti per lei e le suggerisca sotto voce cosa dire o fare; questo è però stato ammesso dalla Corte d'appello nel caso del signor McKenzie del 1970 e da allora la persona in questione è detta “McKenzie friend” e si trova oltre che in Inghilterra¹⁰³ in molti altri ordinamenti di matrice inglese senza alcun supporto normativo.

Terzo esempio. Una sentenza di primo grado del 2001¹⁰⁴ è diventata in pochi anni di uso comune non solo in Inghilterra¹⁰⁵: essa consente a un trustee alle prese con una decisione di vitale importanza (la descrizione in inglese è “*momentous decision*”) di chiedere al giudice una direttiva su come comportarsi, sebbene ciò richieda che il giudice affronti il merito della decisione stessa: la conseguenza ovviamente è che, seguendo la direttiva, il trustee andrà esente da responsabilità.

Questi tre casi, come migliaia di altri, hanno individuato ciò che, secondo il rispettivo giudice, andava fatto in una specifica situazione di fatto affinché gli interessi coinvolti trovassero giusto riconoscimento. Altre soluzioni, anche radicalmente diverse, sarebbero state certamente possibili e questo è il punto:

¹⁰¹ *Re Beddoe. Downes v. Cottam* [1893] 1 Ch 547.

¹⁰² Per una recente applicazione da parte di un Master v. *Maria Clyne (as Executrix of the Estate of Patrick Conlon) v Kevin Conlon* [2021] EWHC 2444 (Ch).

¹⁰³ Esiste un modello per chiedere al giudice penale il permesso di avere con sé un “McKenzie friend”: Criminal Procedure Rules, Part 18.

¹⁰⁴ *Public Trustee v Cooper* [2001] WTLR 901.

¹⁰⁵ Risultano precedenti in Jersey, Guernsey, Isole Vergini, Nuova Zelanda (*Re PV Trust Services* [2017] NZHC 2957).

le opzioni scartate o perfino neanche considerate cedono il passo alla soluzione enunciata, una regola giuridica che da quel momento esiste. Non occorre allora che un secondo giudice affermi di pensarla allo stesso modo del primo e infatti espressioni come “costante” o “consolidato” non esistono nel linguaggio giuridico inglese; se mai, si impiega “line of precedents”, ma per indicare che a un certo precedente hanno fatto seguito altri che hanno applicato la medesima regola pur nella diversità dei casi concreti.

Ne derivano due rilevanti conseguenze nell’approccio comparatistico al tema del diritto vivente: primo, una regola giuridica rimane tanto più a lungo in vita quanto più essa è vicina ai fatti che ne hanno cagionato l’enunciazione e, secondo, l’anzianità di un precedente non conta, anzi più esso è datato più è autorevole.

La prima affermazione contrasta la regola con i concetti, il particolare con il generale e apre la via a ordinamenti giuridici non ordinati, se mi si passa il gioco di parole; a ordinamenti incoerenti, per dirla tutta, che nell’incoerenza trovano i presupposti del loro progresso. La ragione di questo sviluppo è nella stessa legge di funzionamento dell’evoluzione giuridica per mezzo di precedenti come sopra delineata: la soluzione del conflitto di interessi caratterizzante una fattispecie può ben essere ispirata da criteri generali, da principi, da visioni globali, ma tutto questo può benissimo non essere esplicitato, di regola non lo è e se lo fosse indebolirebbe il precedente. Il precedente come regola è un incremento del diritto obiettivo perché modifica la realtà giuridica e in tanto la modifica in quanto non ha necessità di alcuna intermediazione o passaggio logico per essere applicato. L’inerente incoerenza a livello ordinamentale discende proprio dalla irrilevanza (tranne casi limite, meramente teorici o di scuola) di tutto ciò che ha portato il giudice a scegliere quella regola e non un’altra fra le tante possibili e di qualunque costruzione di principio o concettuale che probabilmente nella sua mente esiste, ma che non c’è alcun motivo per ritenere che sia generalmente condivisa. Di qui l’ineliminabile incoerenza fra le regole enunciare giurisprudenzialmente dai singoli giudici in diritto inglese, talmente connaturata da essere divenuta il fondamento dello stesso *case method* o analisi casistica.

La forza del diritto inglese e della *common law* in genere e la ragione del prevalere di quest’ultima su scala mondiale stanno proprio nella loro incoerenza, perché è essa che consente di reagire prontamente e senza remore a circostanze nuove: una fruttifera incoerenza.

La seconda conseguenza sopra indicata, circa l’anzianità del precedente, con-

trasta nettamente con la prassi professionale in molte società occidentali¹⁰⁶ e ulteriormente distingue il diritto inglese, ma l'anzianità significa affidamento dei consociati e poco, anzi nulla, importa – questo è il dato essenziale – che una diversa regola appaia oggi più idonea o – e questo poi non conta nulla nell'impostazione che sto proponendo – che essa appaia più conforme ai principi.

Tutti questi ragionamenti hanno naturalmente un limite perché esistono anche i precedenti di principio, cioè quelli che per dettare la regola della fattispecie sono costretti a radicarla in un più generale precetto, come per esempio quando per dichiarare che la clausola di esonero dalla responsabilità dedotta dal convenuto liberava il soggetto obbligato fino al limite della “*actual fraud*” è stato necessario affermare che in diritto inglese solo la responsabilità per “*actual fraud*” è sottratta alle convenzioni private¹⁰⁷. Non è allora inspiegabile che questo precedente di principio abbia distaccato il diritto inglese da altri, che quel principio non condividono.

La grande massa dei precedenti appartiene però all'altra categoria, quella dei precedenti-regola. Essa, vicina alla fattispecie e non bisognosa di passaggi applicativi, è precisamente quanto i litiganti che stanno in giudizio di persona capiscono senza difficoltà e lo stesso vale per i giudici delle corti inferiori che mai perverranno alle corti superiori e, volendo giungere all'estremo, per gli avvocati privi di formazione giuridica universitaria. Tutta la base della piramide, in altre parole, lasciando alla vetta aguzza i precedenti di principio e le sofisticazioni concettuali che non raramente caratterizzano le sentenze dei giudici delle corti superiori¹⁰⁸.

¹⁰⁶ D'ALESSANDRO, in *Rumore (ovvero: come la pseudo-scienza stia soffocando la scienza vera)*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 96; ma già GORLA, “*Brevi temporis praescriptio*” e “*neglectio*” della giurisprudenza in Italia: comparazione con la Francia, in *Foro it.*, Quaderni, 1967, 27.

¹⁰⁷ *Armitage v Nurse* [1998] Ch 241, e in *Trusts*, 2007, 608.

¹⁰⁸ Il lettore italiano di questo saggio non può certamente immaginare che in una sentenza della House of Lords di poco più di venti anni fa - *Foskett v McKeown and others* [2001] 1 AC 102 - si svolse una coltissima discussione fra i giudici sul concetto di “*confusio*” in diritto romano con puntuali citazioni dal Digesto e dalle Istituzioni.

PRINCIPI GENERALI, NORME ELASTICHE, CLAUSOLE GENERALI

Massimo Franzoni *

Sommario: 1. Norme elastiche e clausole generali. – 2. L'equità è una norma elastica, ma non è una clausola generale. – 3. La buona fede e l'equità nei principi Unidroit. – 4. La buona fede, l'equità e il dovere di ricontrattazione. – 5. La funzione unitaria dell'abuso di diritto e dell'*exceptio doli generalis*, nell'ambito del giudizio secondo buona fede. – 6. La comparsa della ragionevolezza. – 7. Il diritto comunitario e la ragionevolezza. – 8. Conclusioni su norme per clausole generali, per concetti indeterminati o elastici e per fattispecie analitiche. – 9. Principi generali e norme elastiche.

1. Norme elastiche e clausole generali.

Saranno l'oggetto della nostra riflessione: la colpa (art. 2043 c.c.); la correttezza (art. 1175 c.c.); la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.); l'equità (art. 1374 c.c.); la buona fede (art. 1375 c.c.); l'obbligo degli amministratori di società di convocare l'assemblea «senza indugio», quando si sono verificate perdite (artt. 2446 s. c.c.)¹; l'ordine pubblico e il buon costume (art. 1343 c.c.)²; il danno ingiusto (art. 2043 c.c.); più di recente si è aggiunta anche la figura della ragionevolezza, una *new entry* di provenienza in parte sovranazionale³, sulla quale, *infra*, 7.

* Professore ordinario di diritto privato dell'Università di Bologna.

¹ La stessa espressione ricorre altre 18 volte in altrettante norme del codice civile con la medesima funzione.

² Nel codice civile queste figure ritornano altre 8 volte.

³ Cfr. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2016, preziosa per l'ampia

Quest'elenco, non esaustivo, è volutamente redatto un po' alla rinfusa, ha il solo scopo di dare atto che le molte norme elastiche, una volta individuate, richiedono successivamente una ulteriore verifica, per costatare quale sia la funzione all'interno dell'ordinamento giuridico⁴. Riprendo così uno dei temi che ha caratterizzato la nascita della rivista *Contratto e impresa*, fondata da Francesco Galgano, che, soprattutto nella prima stagione, ha studiato proprio il precedente giudiziario legato⁵, all'impiego delle clausole generali⁶.

In queste pagine, si vorrebbe dimostrare che fra le norme elastiche e le clausole generali vi sono aspetti in comune, e radicali differenze. È comune la incapacità dell'interpretazione letterale di fornire elementi davvero esaurienti per individuare il precetto della norma. Questa constatazione prescinde dalla critica al noto brocardo *in claris non fit interpretatio*, pensato per il contratto⁷ e per l'interpretazione della legge⁸. La vera questione è che il senso comune delle parole impie-

riflessione critica sulla figura; il primo studio sistematico è di TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005; *infra*, § 8.

⁴Cfr. LIBERTINI, *Ancora a proposito di principi e clausole generali, a partire dall'esperienza del diritto commerciale*, in *Giurisprudenza e autorità indipendenti nell'epoca del diritto liquido – Studi in onore di Roberto PARDOLESI*, curato da DI CIOMMO e TROIANO, Roma-Piacenza, 2018, p. 495 ss.

⁵Solo per semplicità, rinvio a GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 701 ss.; Id., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, *ivi*, 2012, p. 77 ss., come esempio di limite nel creare e nell'avvalersi di precedenti giurisprudenziali.

⁶Come esempio di interpretazione della clausola generale del danno ingiusto, cfr. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impr.*, 1985, p. 1 ss., il saggio è stato ripubblicato nella sua versione originaria, *ivi*, 2023, p. 3 ss.

⁷Cfr. Cass., 15 luglio 2016, n. 14432, in *Mass. Foro it.*, 2016: "in materia di interpretazione del contratto, sebbene i criteri ermeneutici di cui agli art. 1362 e ss. c.c. siano governati da un principio di gerarchia interna in forza del quale i canoni strettamente interpretativi prevalgono su quelli interpretativi-integrativi, tanto da escluderne la concreta operatività quando l'applicazione dei primi risulti da sola sufficiente a rendere palese la <<comune intenzione delle parti stipulanti>>, la necessità di ricostruire quest'ultima senza "limitarsi al senso letterale delle parole", ma avendo riguardo al "comportamento complessivo" dei contraenti comporta che il dato testuale del contratto, pur rivestendo un rilievo centrale, non sia necessariamente decisivo ai fini della ricostruzione dell'accordo, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali non è un *prius*, ma l'esito di un processo interpretativo che non può arrestarsi al tenore letterale delle parole, ma deve considerare tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore".

⁸Cfr. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, spec. cap. IX.

gate, specie nelle clausole generali, non è in grado di esprimere alcun contenuto precettivo, giacché lo scopo del legislatore è quello di rimettere all'interprete il compito di creare (o di completare) il precetto.

Vi sono poi aspetti che valgono a differenziare le norme elastiche dalle clausole generali, allo stesso modo in cui i contratti gratuiti non costituiscono l'insieme all'interno del quale collocare anche e i contratti con causa di liberalità. Proprio la qualità di quest'ultima rende necessario descrivere i contratti di liberalità come un cerchio che è soltanto per una parte all'interno di quello della gratuità, poiché per la rimanente è all'esterno: lo spirito di liberalità indica una qualità diversa dalla gratuità. Così le clausole generali sembrano godere non soltanto una maggiore elasticità rispetto alle norme elastiche in senso stretto, ma, in sede di applicazione, sembrano avere guadagnato l'attitudine a creare diritti o a renderli inesigibili per una parte del rapporto.

Per poter dimostrare questo assunto, occorre esaminare alcuna delle figure appena elencate e trarre da quest'esame qualche conseguenza, alla luce del modo in cui sono state applicate. L'equità e la buona fede sono quelle che meglio si prestano a soddisfare questa esigenza.

2. L'equità è una norma elastica, ma non è una clausola generale.

L'art. 1374 c.c. indica l'equità come ultima fonte di integrazione del contratto; il successivo art. 1375 c.c. stabilisce che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede; e quest'ultima è tradizionalmente considerata una clausola generale. Il rapporto fra equità e clausole generali è un tema classico nella trattazione degli specialisti. Le opinioni dei più escludono che l'equità possa essere considerata specie del più ampio genere delle clausole generali⁹. A sostegno di questa tesi affermano che la tecnica di applicazione di una clausola generale è diversa dal modo in cui è impiegata l'equità, vedremo per quale ragione, *infra*, §§ 8 e 9.

⁹ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 214; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 172 s.; la tesi è sostenuta anche da coloro che attribuiscono un rilievo generale all'equità, proprio muovendo dall'interpretazione dell'art. 1374 c.c. cfr. ancora GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1987, p. 748 ss., dando conto di un'opinione che definisce minoritaria; MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, p. 5 ss., spec. p. 19. La riflessione più recente su questi temi è raccolta nel volume *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di CABELLA PISU e NANNI, Padova, 1998, in cui sono raccolti i contributi di tutti gli studiosi italiani sul tema, con l'apporto di quelli di cultura tedesca, francese e inglese.

È stato affermato che applicare la buona fede significa creare una regola generale adatta per il caso di specie, ma anche ad altri analoghi: qui pare decisivo il ruolo del precedente giurisprudenziale, seppure al limitato fine di orientare l'operato del futuro interprete. Nell'equità, invece, la creazione di una regola è dettata dall'esperienza¹⁰ e vale soltanto per risolvere il caso in concreto; il profilo dell'uso della discrezionalità del giudice non sembra risolutivo per questi fini¹¹.

Questo dato troverebbe conferma nel fatto che l'equità può essere impiegata soltanto dove una norma espressamente la chiami in causa, sicché non costituisce «un autonomo principio regolativo»¹². Questo modo di intendere l'equità dell'art. 1374 c.c. ha accomunato anche il danno ingiusto dell'art. 2043 c.c. Ad inaugurare questa lettura fu Carnelutti, secondo il quale l'art. 1171 c.c. del 1865, antesignano dell'art. 2043 c.c., sarebbe una norma secondaria, poiché prevederebbe la conseguenza della violazione di una norma primaria da ricercarsi altrove¹³. In questo modo la norma secondaria, sarebbe per l'appunto secondaria, poiché presupporrebbe sempre una norma primaria, dunque non potrebbe essere considerata una clausola generale, quest'ultima essendo una norma completa che non necessita di null'altro. Questa è la ragione per la quale per lunghissimo tempo il danno ingiusto dell'art. 2043 c.c., inteso come danno *contra ius*, non è stato applicato con il carattere proprio delle clausole generali. Ora è diventata a tutti gli effetti una clausola generale, dopo l'ingresso della tutela della lesione degli interessi legittimi e il riconoscimento delle situazioni di fatto, in quanto lesive di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ancorché non costituenti diritti soggettivi¹⁴.

¹⁰ Cfr. SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, Torino, 1993, p. 416, definisce queste regole d'esperienza come norme di opinione alle quali si è tentato di apparenare la costituzione: RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 165 ss., 180 ss., lo ha fatto per la correttezza e la buona fede; GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 176, lo ha fatto per l'equità. In termini analoghi, TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contratto e impr.*, 1998, p. 486.

¹¹ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 225.

¹² Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 225; questa tesi è contestata da Sicchiero, *Equità correttiva*, in *Contratto e impr.*, 2021, p. 1174 ss., secondo il quale l'equità dell'art. 1374 c.c. dovrebbe avere un contenuto analogo a quello della buona fede dell'art. 1375 c.c.

¹³ Cfr. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Milano, 1926, p. 62.

¹⁴ Ho sviluppato diffusamente questi ragionamenti in *Dei fatti illeciti*, in *Comm. SCIALOJA e BRANCA*, Bologna, 2020, *sub* art. 2043, p. 139 ss.; recentemente con grande

Proprio perché non è espressione di un principio generale, anche in presenza di un'esplicita domanda di parte, l'equità dell'art. 1374 c.c. non è nella disponibilità del giudice, mentre lo è la facoltà discrezionale e l'impiego della clausola generale di buona fede dell'art. 1375 c.c., poiché la sua portata è equiparata alla legge che è la fonte primaria di integrazione del contratto¹⁵. La buona fede oggettiva, infatti, non si ferma a delimitare «*diritti e doveri delle parti*», «*ma richiede un impegno di solidarietà che va oltre, e che obbliga ciascuna parte a tener conto dell'interesse dell'altra a prescindere da determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali*»¹⁶. Vedremo *infra*, § 5, che la funzione della buona fede è anche quella di rendere inesigibile una pretesa fondata sul contratto, secondo una interpretazione letterale; e questa circostanza rende la clausola generale di buona fede fra quelle a contenuto più ampio.

3. La buona fede e l'equità nei principi Unidroit.

Le applicazioni della clausola di correttezza e buona fede e dell'equità consentono ormai di poter affermare che l'ambito della prima è più ampio qualitativamente e quantitativamente rispetto alla seconda. Sicché l'equità si pone come criterio residuale di integrazione del contratto, solo quando il legislatore abbia fatto espressamente riferimento ad essa, seppure con l'impiego di formule lasche come ad es., secondo l'art. 2233, comma 2°, c.c., il giudice a certe condizioni può determinare il compenso del professionista intellettuale, adeguandolo «*all'importanza dell'opera e al decoro della professione*». Per di più l'equità opera soltanto sul piano del contenuto economico dello scambio fra le prestazioni, ma non può comportare la nascita di diritti che l'accordo non abbia già previsto e, normalmente, neppure può comportare l'inefficacia di clausole. Non sono una vera e propria eccezione gli artt. 1384 e 1526, comma 2°, c.c., poiché

lucidità, VISINTINI, *Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto*, in *Contratto e impr.*, 2023, p. 31, spec. p. 36 ss., e l'efficace sintesi nelle sue conclusioni, p. 51 ss.

¹⁵ RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 246: «l'equità, allora, non può essere compresa tra le clausole generali, proprio perché essa non si risolve nella individuazione di un parametro, sia pure elastico, ma unicamente in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti». Diviene in questo modo nodale la motivazione che il giudice deve offrire sul punto della valutazione delle circostanze del caso. Quando la motivazione sia corretta, risolvendosi in un giudizio sul fatto, non potrà essere censurata in sede di legittimità, poiché l'equità non è fonte di diritto.

¹⁶ BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 1984, p. 493.

il diritto non è inventato dal giudice, ma questi può decidere se riconoscerlo oppure non riconoscerlo¹⁷.

Una conferma di questo ragionamento si trova anche nei Principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit. Questi, pur non avendo diretta efficacia verso alcuno, non provenendo da organi nazionali o internazionali dotati di potere legislativo, per l'autorità dei loro estensori certamente sono capaci di influenzare gli interpreti. Orbene in questi l'equità non è mai espressamente menzionata, mentre la buona fede è elevata al rango di principio del diritto, del quale in alcune norme si trova una diretta applicazione¹⁸. Inoltre si tratta delle stesse norme nelle quali nel sistema italiano sono menzionate la correttezza e la buona fede¹⁹.

¹⁷ Non entro nel merito del potere del giudice di pronunciarsi anche d'ufficio sulla riduzione della penale, per tutte segnalo Cass., 4 novembre 2021, n. 31835, in <https://shorturl.at/ePXDS>: «il potere di riduzione equitativa della clausola penale ex art. 1384 c.c. che, in quanto volto a tutelare l'interesse generale dell'ordinamento di assicurare l'equilibrio contrattuale, può essere esercitato d'ufficio, anche qualora le parti abbiano convenuto la irriducibilità o segnatamente l'esclusione dell'applicabilità dell'articolo 1526 c.c., fermi restando gli oneri di allegazione e prova, incombenti sulla parte, in ordine alle circostanze rilevanti per la relativa valutazione e che, pur rientrando nella discrezionalità del giudice di merito, conserva un margine di sindacabilità in sede di legittimità, se non altro negli aspetti relativi alla motivazione».

¹⁸ Questo aspetto è sottolineato in modo particolare da ALPA, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contratto e impr. – Europa*, 1996, p. 318 s., il quale elenca gli artt. 1.7, 2.4, 2.14, 2.16, 2.17, 2.18, 4.1, 4.2, 4.8, 5.2, 5.3, 5.8, 7.12, 7.17, 7.2.2, 7.4.8, nei quali la buona fede assume rilievo, al di fuori, dunque, della sola fase delle trattative. Ricorda ancora che al medesimo principio è ispirato l'art. 7 della Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980, ratificata dalla l. 11 novembre 1985, n. 765.

¹⁹ Questi principi hanno già sollevato un attento dibattito tra gli specialisti della materia e anche tra i civilisti, per una prima informativa: BONELL, BONELLI, FERRARI BRAVO, CARBONE, KAHN, GIARDINA, LALIVE, LUZZATTO, LANDO, FERRI G DI MAJO, KRAMER, FARNSWORTH., FONTAINE, BERNARDINI, DROBNIG, ALPA, SCHLECHTRIEM, CASTRONOVO e TALLON, *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997; BONELL, *I principi Unidroit – Un approccio moderno al diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 231; TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei principi Unidroit*, in *Contratto e impr. – Europa*, 1997, p. 141; DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contratto e impr. – Europa*, 1996, p. 287; FERRARI, *I "principi per i contratti commerciali internazionali" dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contratto e impr. – Europa*, 1996, p. 300; FERRI, *Il ruolo dell'autonomia delle parti e la rilevanza degli usi nei principi dell'Unidroit*, in *Contratto e impr. – Europa*, 1996, p. 825; ALPA, *La protezione della parte debole nei principi Unidroit*

Con queste premesse si può ancora affermare che l'equità comporta l'impiego di un criterio per regolare il caso singolo, mentre l'impiego delle clausole generali vale per applicare ad un caso singolo un *regula iuris* creata per avere vigenza generale, con la tecnica descritta nel § prec.²⁰. Sicché, nonostante la creazione della regola da applicare sia di fonte giurisprudenziale in entrambe le ipotesi, è diversa la funzione che questa assolve. Per l'integrazione equitativa questa regola, quando non sia direttamente trovata nel mercato, è esclusivamente funzionale al caso da decidere: il valore del precedente consente il controllo della motivazione nel caso da dirimere. Mentre per le clausole generali la regola è introdotta per risolvere un conflitto, ma con la consapevolezza che essa, una volta creata, entrerà nell'ordinamento giuridico, quale espressione del «diritto vivente», poiché questa è la funzione di una clausola generale²¹.

A questa cadenza si adegua anche la liquidazione equitativa del danno, secondo l'art. 1226 c.c. Questa modalità di liquidazione presuppone la prova di un danno certo nella sua esistenza attraverso la stima che trova nell'art. 1223 c.c. la sua regola fondante: le conseguenze immediate e dirette. Una volta che il danno patrimoniale o non patrimoniale esista, può essere liquidato: non è possibile equitativamente inventare un danno patrimoniale o non patrimoniale.

dei contratti commerciali internazionali, in *Economia e dir del terziario*, 1996, p. 519; PERNAZZA, *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: codificazione ed innovazione in un nuovo modello di uniformazione del diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 297; MARI, *Le prime decisioni arbitrali in applicazione dei principi Unidroit*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, p. 495, in nota a Coll. arb, internaz. Vienna 15 giugno 1994 e Coll. arb, internaz. Vienna 15 giugno 1995); VENEZIANO, *La convenzione sulla vendita internazionale e i principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *due recenti lodi della corte arbitrale della camera di commercio di Vienna*, in *Riv. arbitrato*, 1995, p. 547, in nota a Coll. arb, internaz. Vienna 15 giugno 1994; DE NOVA, *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5; DRAETTA, *Principi Unidroit per i contratti internazionali e progetto di codice europeo dei contratti – Due proposte a confronto*, in *Dir. comm. internaz.*, 1994, p. 681; BONELL, *I principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali: origini, natura e finalità*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, p. 3.

²⁰ Cfr. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ. SCIALOJA e BRANCA*, cit., sub art. 1375, p. 96.

²¹ Questa idea è sostanzialmente rimasta immutata nel corso del tempo: TRABUCCHI, *Il nuovo diritto onorario*, in *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 495; Torrente, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 1261.

4. *La buona fede, l'equità e il dovere di ricontrattazione.*

La distinzione tra l'impiego dell'equità e della buona fede si coglie bene nell'indagine sul seguente caso abbastanza frequente nella pratica degli affari. Si ipotizzi che un contratto venga perfezionato con un patto che rimetta ad un tempo successivo la contrattazione su alcuni punti, non essenziali dell'iniziale accordo; si dia anche per ammesso che questa clausola non possa avere l'efficacia di un contratto preliminare²². In passato la giurisprudenza ha impiegato con l'analogia l'art. 1349 c.c., che attribuisce ad un terzo la determinazione dell'oggetto del contratto o, in mancanza, al giudice. In questo modo, il caso è stato risolto mediante un tipico intervento del giudice che, avvalendosi dell'equità, può integrare il contratto²³. Tuttavia, questa conclusione in sé corretta è frutto di una semplificazione, specie se si considera che l'equità dell'art. 1374 c.c. costituisce una sintesi di altre norme espressamente attributive del potere di integrare giudizialmente il contratto con equità.

Senza un riferimento più puntuale, infatti, il giudice non sarebbe autorizzato a determinare il contenuto del regolamento con giudizio equitativo. Si può, invece, sostenere che, in forza di quella clausola contrattuale, o di una sopravvenienza importante, poiché supera l'alea ordinaria in un contratto di durata, ancorché non riconducibile alle ipotesi scrutinabili nelle vicende risolutorie codicistiche²⁴, non pare conforme a buona fede il comportamento della parte che rifiuti di contrattare successivamente o che tenga una condotta ostruzionistica nella conduzione della nuova trattativa, allo scopo di non raggiungere alcuna intesa²⁵. Il

²² Il tema è stato rivisitato da SANTARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023, spec. p. 281 ss., che giunge ad escludere l'obbligatorietà della rinegoziazione; pertinenti sono le osservazioni di CAMARDI, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa e dir. privato*, 2008, IV, p. 858 s.

²³ Cfr. le riflessioni di RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 194 ss., anche per l'indicazione dei precedenti sul punto, di alcuni dei quali ho dato conto in FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, cit., sub art. 1374, cap. III, §§ 6 e 7.

²⁴ Sono i limiti normalmente indicati da chi ha affrontato il tema, cfr. SANTARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, cit., p. 288.

²⁵ Questo dibattito ha ripreso vigore in conseguenza dell'evento pandemico, per una rassegna delle diverse posizioni FRANZONI, *Il Covid – 19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 1 ss., spec. p. 12 ss.; p. 17 ss., in cui è citata la Rel. 8 luglio 2020, n. 56, dell'Uff. Mass. della Cass., in http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Tematica_Civile_056-2020.pdf, che, nel § 9, afferma:

comportamento della parte in mala fede forse non è sanzionabile con un rimedio analogo a quello della sentenza che sta in luogo del contratto, secondo l'art. 2932 c.c., ma non si può concludere che il rischio della condotta della parte sleale debba ricadere sull'altra, senza rimedio alcuno²⁶. In questo modo non si renderebbe alcun omaggio all'autonomia contrattuale. Proprio la buona fede dell'art. 1375 c.c. può qui integrare il contratto, rafforzando quell'obbligo a contrarre che altrimenti non sarebbe concretamente esigibile. Con la buona fede si può censurare la condotta di quella parte, facendogli perdere il diritto di trattare sulle condizioni lasciate in sospeso. Una volta dato ingresso a questo rimedio, il giudice ben può con giudizio equitativo stabilire il contenuto del diritto del quale la parte scorretta ha rifiutato la determinazione²⁷.

“l'obbligo di rinegoziare impone di intavolare nuove trattative e di condurle correttamente, ma non anche di concludere il contratto modificativo. Pertanto, la parte tenuta alla rinegoziazione è adempiente se, in presenza dei presupposti che richiedono la revisione del contratto, promuove una trattativa o raccoglie positivamente l'invito di rinegoziare rivolte dalla controparte e se propone soluzioni riequilibrative che possano ritenersi eque e accettabili alla luce dell'economia del contratto; di sicuro non può esserle richiesto di acconsentire ad ogni pretesa della parte svantaggiata o di addivenire in ogni caso alla conclusione del contratto, che, è evidente, presuppone valutazioni personali di convenienza economica e giuridica che non possono essere sottratte né all'uno, né all'altro contraente. Si avrà, per contro, inadempimento se la parte tenuta alla rinegoziazione si oppone in maniera assoluta e ingiustificata ad essa o si limita ad intavolare delle trattative di mera facciata, ma senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo. L'inosservanza dell'obbligo in questione dimora nel rifiuto di intraprendere il confronto oppure nel condurre trattative maliziose (senza, cioè, alcuna seria intenzione di addivenire alla modifica del contratto).

²⁶Ma cfr. Rel. 8 luglio 2020, n. 56, dell'Uff. Mass. della Cass., cit. alla nota prec., in cui si ipotizza il contrario, ossia ritiene che dal dovere di ricontrattare secondo buona fede si possa accedere all'impiego dell'art. 2932 c.c.; cfr. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, pp. 408 ss., 426, il primo studio sistematico su questa controversa questione, sul quale è ritornato Id., *Le sopravvenienze*, in *Tratt. del contratto*, V, 2, diretto da ROPPO, 2^a ed., Milano, 2022, pp. 853 ss., 862 (testo e nota 46). C'è anche chi, CONSOLO e GODIO, *La "impasse" del combinato degli art. 2932-2908-2909 c.c. e l'alternativa dell'art. 614 bis c.p.c. dopo la riforma del 2015 per gli obblighi a contrarre ed anche solo a negoziare*, in *Corriere giur.*, 2018, p. 370 ss., ha suggerito l'applicazione dell'art. 614 bis c.p.c., alla violazione del dovere di ricontrattare.

²⁷È proprio questa la soluzione adottata dalla Federal Court [Canada] British Columbia, 21 settembre 1990, in *Foro pad.*, 1996, I, c. 40: “qualora le parti abbiano pattuito di concordare in seguito il corrispettivo di un contratto, è implicita un'obbligazione di negoziare in buona fede e di non rifiutare il proprio consenso irragionevolmente. Benché in genere non sussista un'obbligazione implicita di negoziare in buona fede, tuttavia

Questo esempio può dare la misura dei rapporti che intercorrono fra le figure della buona fede e dell'equità: entrambe mirano a garantire l'esecuzione del contratto secondo l'originario programma fissato dalle parti, o di completarne le parti mancanti, ma diverse sono qualitativamente e quantitativamente le aree di incidenza. La repressione di un abuso con la buona fede è il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità, «senza fare della buona fede lo strumento di un giudizio equitativo»²⁸.

5. La funzione unitaria dell'abuso di diritto e dell'exceptio doli generalis, nell'ambito del giudizio secondo buona fede.

Molti dei casi risolti dai giudici, in applicazione implicita o esplicita dell'abuso di diritto o dell'*exceptio doli generalis*, non potrebbero spiegarsi se non con ricorso all'esistenza della clausola generale di correttezza e di buona fede, a fondamento della quale c'è l'esigenza di solidarietà nel rapporto obbligatorio. Tra queste figure c'è una sostanziale scambiabilità, nel senso che l'una e l'altra ben possono essere impiegate per risolvere lo stesso conflitto²⁹. Sicché le diverse espressioni altro non sono che la medesima rappresentazione della clausola di buona fede riflessa in ambiti diversi o in momenti diversi del rapporto obbligatorio³⁰. L'abuso del diritto e l'*exceptio doli generalis* altro non sono che modi alternativi per designare un comportamento scorretto di uno dei soggetti o di una parte contrattuale, il cui rilievo può incidere anche nella fase di esecuzione del rapporto³¹. E a questa

qualora risulti un'aspettativa delle parti, l'obbligo di negoziare in buona fede sussiste». Cfr. Sicchiero, *Equità correttiva*, in *Contratto e impr.*, 2021, p. 1174 ss., il quale tuttavia nella premessa del suo ragionamento pone l'equità al posto del dovere di buona fede, ma negli effetti le posizioni si equiparano.

²⁸ NANNI, *La buona fede contrattuale*, in *I grandi orientamenti di giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da Galgano, Padova, 1988, p. 149; in termini analoghi ai ragionamenti svolti nel testo, oltre agli aa. già cit., MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, p. 19.

²⁹ Questa è la tesi di NANNI, *La buona fede contrattuale*, cit., p. 599 ss.; Cass., 21 maggio 1973, n. 1460, in *Mass. Foro it.*, 1973, che equipara la buona fede al divieto degli atti di emulazione. In precedenza RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, spec. p. 232, aveva collegato l'abuso di diritto alla correttezza e alla buona fede, anziché alla norma sugli atti emulativi: art. 833 c.c.

³⁰ Già RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 148.

³¹ DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. SCIALOJA e BRANCA*, cit.,

soluzione si può giungere in via diretta, senza dover ricorrere ad altre costruzioni concettuali, come la teoria dell'affidamento, dal contenuto altrettanto incerto³². A meno che non si legga l'affidamento come il riflesso soggettivo di modelli di contegno desunti da *standards* sociali normalmente accettati, come ad esempio la correttezza professionale richiamata dall'art. 2558, n. 3, c.c. In questo modo anche l'affidamento diventa un diverso modo di esprimere il precetto espresso con gli artt. 1175 e 1375 c.c.

Non è decisiva la disputa sul fondamento etico o costituzionale della clausola generale di buona fede. Nella costituzione c'è il fondamentale rilievo al dovere di solidarietà, tuttavia potrebbe pure affermarsi che l'ordinamento ha interesse che i rapporti economici nascano e si attuino secondo una elementare regola di trasparenza. Dunque a prevalere è l'esigenza di garantire l'uguaglianza sostanziale propugnata dalla costituzione nell'art. 3, comma 2°, oppure la logica di un mercato liberista, garante del rispetto che l'operatore non sia premiato se il suo comportamento è furbo e malizioso³³?

sub art. 1175, pp. 330-333, ha esaminato l'uso della buona fede nei Paesi di *Common Law*, e non pare che le conclusioni raggiunte siano diverse da quelle esposte nel testo per il sistema italiano. L'esecuzione secondo buona fede (*The Good Faith Performance*) ha in sé: *a*) l'obbligo di non pregiudicare le ragioni dell'altra parte; *b*) l'esigenza di tutelare la parte più debole (*weaker*), intesa soprattutto come quella che è soggetta all'esercizio della discrezionalità dell'altra, il cui operato, dunque, deve essere soggetto al giudizio di buona fede; *c*) la valutazione sull'interesse concretamente perseguito dalle parti del contratto, così da evitare che una possa abusare del suo diritto, ad es., riappropriandosi di occasioni perdute (*forgone opportunities*) per effetto della conclusione del contratto, così danneggiando l'altra; *d*) nel porre in stretta correlazione l'impiego della buona fede con le regole dell'inadempimento contrattuale.

³² Questa è invece la scelta fatta in molte sentenze meno recenti, come quella della Cass., 19 novembre 1968, n. 3765, in *Mass. Foro it.*, 1968, che ha ritenuto inadempiente la banca che ha richiesto di verificare il benefondo degli assegni versati dal correntista, quando in passato aveva ingenerato l'affidamento contrario. In via più diretta i giudici avrebbero potuto decidere che il comportamento della banca era stato di mala fede, perché in contrasto con il divieto di *venire contra factum proprium*.

³³ Ad es. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. SCIALOJA e BRANCA*, cit., *sub* art. 1175, p. 314, osserva che "l'ancoraggio anche ai valori costituzionali (ad. es. ai principi del rispetto della dignità dell'uomo) non sempre è risolutivo dei problemi connessi ad una valutazione, in termini di correttezza-buona fede, dell'agire del soggetto». I principi costituzionali "dovrebbero subire mediazioni e filtri ulteriori, che abbiano riguardo al concreto rapporto fra le parti instaurato». In un altro passo segnala il ruolo sovrabbondante e di *obiter dictum* del richiamo alle norme costituzionali (ivi, p. 342).

La risposta a questi quesiti non può essere irrevocabilmente data. Certo è che l'impiego della buona fede nel diritto del lavoro sembra orientata proprio alla tutela della solidarietà che risulta dalla lettura coordinata degli artt. 2 e 3, comma 2°, cost. Negli altri contratti prevale la tutela del rispetto delle regole del corretto scambio in un mercato che non accoglie il motto: «chi ha avuto, ha avuto, e chi ha dato, ha dato». Questo spiega perché dalla buona fede possano nascere obblighi per un contratto, il cui atto di scambio sia predeterminato dalle parti secondo una certa scelta iniziale; ma non si possa, ad esempio, modificare il corrispettivo dovuto mediante equità. Gli obblighi riconducibili alla buona fede attengono all'esecuzione del rapporto, non invece alla nascita del rapporto stesso, le cui vicende sono estranee al diritto, salvo la presenza di vizi genetici, sempre salvo il limite posto dagli artt. 1337 e 1338 c.c. In altri termini, date certe condizioni nelle quali il diritto non può entrare, proprio quelle condizioni devono trovare l'esecuzione che è legittimo attendersi, secondo un'idea di mercato che prende a modello quello di contraenti corretti. Sono tali le parti che non abusano dei propri diritti; che non si pongono in situazioni maliziosamente preordinate al raggiungimento di profitti il cui costo l'altro *partner* non poteva ragionevolmente prevedere al momento della perfezione del contratto; che sono tenuti a cooperare anche laddove il testo del contratto non ponga alcun obbligo e anche se quel contratto espressamente lo esclude. La valutazione su tutte queste circostanze deve essere rimessa al prudente apprezzamento del giudice che applica la clausola dell'art. 1375 c.c., quale concretizzazione dell'art. 41 cost., di cui diremo fra breve.

Con un linguaggio un po' antico, si può affermare che la garanzia per una rapida e sicura circolazione della ricchezza passa attraverso la tutela oggettiva dell'atto di scambio. Se al confronto con il singolo atto questo non risulti conforme al modello astratto, il giudice ha il potere di rilevare l'esistenza di ulteriori obblighi, in applicazione del generale dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede³⁴. Dall'inadempimento di questi obblighi, possono derivare conseguenze sul piano risarcitorio, l'obbligo di esecuzione in forma specifica oppure la perdita di efficacia giuridica dell'atto compiuto.

Della stessa opinione mi sembra anche BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *QUADRIMESTRE*, 1988, p. 555 ss.

³⁴ Da ciò si ricava che un limite all'*exceptio doli* è dato dal fatto che l'abuso deve sussistere nel momento in cui si fa valere e non deve riguardare circostanze sopravvenute, Cass., 16 luglio 1997, n. 6503, in *Mass. Foro it.*, 1997: principio affermato in un caso in cui l'istituto bancario, successivamente alla negoziazione del titolo, aveva eseguito il pegno su merci che sapeva già vendute al trattario.

Con un linguaggio più consono ai nostri tempi si può affermare che la rinegoziazione, eseguita in applicazione della clausola generale di buona fede, consente al giudice, in accoglimento della pretesa di una parte, di realizzare l'interesse del mercato, ormai una delle qualità dell'Ordine pubblico economico che trova nell'art. 41, comma 2°, cost. Le regole fondative in positivo dipendono dall'utilità sociale; in negativo, dipendono dal divieto di «recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

I criteri per valutare il miglior funzionamento del mercato, inoltre, sono desumibili dalla norme di fonte dell'Unione e dai testi che richiamo principi del commercio internazionale, diretti a favorire la libera circolazione delle persone e delle merci³⁵.

6. *La comparsa della ragionevolezza.*

L'attualità di questi temi non è venuta meno con la nuova stagione legislativa di fonte comunitaria, poiché in questa sempre più spesso c'è l'impiego di espressioni dal contenuto sicuramente elastico. Alludo alla ragionevolezza concetto nato in un ambiente pubblicistico³⁶, impiegato dalla consulta come elegante tecnica per motivare la conformità o la non conformità delle norme ordinarie alla costituzione³⁷, che progressivamente è transitato nel diritto dei contratti³⁸. Questa espressione, per la verità non era completamente estranea al linguaggio del codice civile del 1942 che la aveva impiegata in ben tre norme (artt. 49; 1711; 1637 c.c.), ma dubito che vi fosse allora la consapevolezza di impiegare il concetto nel modo in cui oggi lo si intende. Penso che sia stata impiegato allo stesso modo in cui nell'art. 1195 c.c., a proposito della quietanza di pagamento, è adoperata la parola "sorpresa", senza la consapevolezza che quella stessa ha assunto nel linguaggio più

³⁵ La tesi era già stata sostenuta da RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 53, che, con il linguaggio del tempo sosteneva che il concorso di fonti del regolamento contrattuale assicura la contemporanea realizzazione di interessi di natura sociale, collettiva e pubblica.

³⁶ Cfr. PALADIN, voce *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. del dir.*, Aggiornamento I, Milano, 1997, p. 899 ss.

³⁷ Fra i primi significativi interventi che l'hanno messa in rilievo, cfr. CORASANITI, *La ragionevolezza come parametro del giudizio di legittimità costituzionale*, in *Dir. e società*, 1995, p. 1 ss.

³⁸ Oltre ai riferimenti menzionati *supra*, § 1, cfr. il lungo saggio di TROIANO, voce *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, [Annali VI], Milano, 2013, p. 763 ss.

moderno, come sinonimo di comportamento contrario ai doveri di solidarietà sociale, quindi scorretto o contrario a buona fede come diremmo oggi.

Orbene la ragione per la quale è ancora attuale quella riflessione sulla distinzione all'interno delle norme elastiche è che la ragionevolezza della quale si è fatto cenno, quantomeno funzionalmente si pone in contesti linguistici con significati diversi, così che non si può equipararla alla diligenza o alla buona fede. Senonché talvolta la ragionevolezza è sinonimo di diligenza o di colpa, talaltra è sinonimo di buona fede o di correttezza nell'esecuzione del contratto o nell'interpretazione. È certo che la sua importanza va apprezzata anche per il fatto che la stessa ragionevolezza è impiegata allo stesso modo nei Principi Unidroit e anche nei Principi di diritto europeo dei contratti c.d. Principi Lando. Addirittura nei Principi Unidroit, per valutare la scelta sulla clausola da inserire nel contratto, «qualora le parti di un contratto non si siano accordate su una clausola del contratto che sia importante per la determinazione dei loro diritti e obblighi, si intende inserita una clausola adeguata alle circostanze» il successivo comma, oltre a valutare «(a) l'intenzione delle parti; (b) la natura e lo scopo del contratto; (c) la buona fede»; richiede anche una valutazione separata quanto a «(d) la ragionevolezza» (art. 4.8).

Pare, in definitiva, che in taluni ambiti sia corretto leggere la ragionevolezza come elemento che si aggiunge alle norme elastiche già conosciute nel nostro sistema: la correttezza, la buona fede e la diligenza, il «senza indugio» e così via. Si avverte l'idea che, dopo aver bandito la contratto dai Principi, e ora anche dal *Code Napoléon*, la ragionevolezza possa fungere da criterio meno impegnativo per recuperarne la funzione, in sede esecutiva. Così, la ragionevolezza sembra quasi indicare la compatibilità di una certa clausola rispetto al contratto, nel senso della convenienza dell'affare per l'economia in generale: una sorta di giudizio causale *a posteriori*³⁹. Sembra cioè che alla buona fede pos-

³⁹ Qualcosa di simile si trova nell'uso che della irragionevolezza ha fatto la Corte costituzionale nella declaratoria di incostituzionalità delle leggi, fra le tante Corte cost., 12 novembre 2004, n. 339, in *Foro it.*, 2005, I, c. 20: “è orientamento costante di questa corte che le disposizioni delle leggi regionali secondo le quali la determinazione del valore di un immobile proprio, ai fini dell'applicazione di norme sulle assegnazioni di alloggi dell'edilizia residenziale pubblica, deve riferirsi ai criteri dettati dalla l. 27 luglio 1978, n. 392, dopo che questa, nella parte che interessa, era stata modificata e abrogata, violino il principio di ragionevolezza apparendo espressione di una “impostazione di fondo ormai superata”; e la recentissima Corte cost., 10 febbraio 2006, n. 50, in *Famiglia, persone e succ.*, 2006, p. 403, con nota di BASINI, *La morte del Minotauro: la consulta dichiara*

sa essere attribuito il senso di rendere solidale lo scambio, nell'interesse delle parti; mentre alla ragionevolezza sia attribuito il senso di rendere compatibile quella stessa clausola inserita nel contratto, nell'interesse generale. Paradossalmente, alla ragionevolezza così concepita, potrebbe essere attribuito il senso di verificare se con quella inserzione il contratto sia più idoneo a realizzare una certa funzione sociale.

Senza azzardare troppo, si può ritenere che la ragionevolezza è un concetto che impone al giurista nazionale di alzare lo sguardo per cogliere le influenze che provengono da culture diverse da quella propria le quali, fermo il principio *pacta sunt servanda*, tuttavia non lo assolutizzano e lo finalizzano alla migliore tutela del mercato.

7. Il diritto comunitario e la ragionevolezza.

Il pensiero corre immediatamente al diritto di fonte comunitaria che spesso introduce nell'ordinamento interno regole e figure proprie di culture diverse, talvolta appartenenti al *common law*. Così è stato per la ragionevolezza, come osservava in precedenza, a metà tra i concetti elastici conosciuti (diligenza, buona fede, correttezza) e il principio di compatibilità, inteso questa volta come quella soluzione che garantisce il miglior grado di effettività al diritto vivente.

L'importanza di questa nuova categoria si apprezza se soltanto si fa una ricerca con l'ausilio di qualche mezzo informatico. Qualche dato, seppure di larga massima, può essere indicativo. Se ricerchiamo la ragionevolezza all'interno della legislazione comunitaria troveremo la ricorrenza del termine in circa 364 testi⁴⁰; se la stessa ricerca è rivolta alla legislazione nazionale troveremo che quel termine ricorre in almeno 74 leggi⁴¹. Per completezza ricordo che nel codice del consumo la ragionevolezza compare in ben 14 norme: art. 3; art. 18; art. 20; art. 22; art. 23; art. 26; art. 27; art. 33; art. 103; art. 104; art. 105; art. 116; art. 117; art. 129 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206. Un dato ancora più sorprendente è che il sostantivo ragionevolezza sommato agli impieghi aggettivati e all'avverbio ragionevol-

la illegittimità costituzionale dell'art. 274 c.c. È la irragionevolezza della disposizione normativa che la rende incostituzionale, per contrasto con l'art. 3 cost. Da qui a sostenere che il controllo della Corte è rivolto verso la stessa fattura delle leggi, per il tramite dell'art. 3 cost., il passo è relativamente breve.

⁴⁰ Fonte <https://shorturl.at/JoSQL>.

⁴¹ Fonte: <https://shorturl.at/Wl4Ms>.

mente ricorre ben 184 volte nei principi Unidroit dell'attuale versione impiegata. L'espressione, nel significato che stiamo esaminando, è entrata anche nel testo costituzionale all'art. 111, comma 2°: «Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata».

Una prima osservazione va indirizzata proprio all'uso del concetto, dal momento che in molte ipotesi questa si identifica con la diligenza o la colpa⁴², ossia come un ulteriore criterio per valutare l'esattezza dell'adempimento (ad es. termine ragionevole), altre volte come sinonimo di correttezza e di buona fede⁴³, altre volte ancora come giudizio prognostico⁴⁴. Verrebbe da chiedersi la ragione per la quale il legislatore nazionale, dovendo dare attuazione alle direttive comunitarie, non abbia scelto di tradurre quella parola secondo il contesto linguistico di riferimento per il diritto interno. Per l'interprete, sarebbe inutile cercare scorciatoie che

⁴² Così ad es. l'art. 181, comma 4°, d.lg. 24 febbraio 1998, n. 58 e l'art. 12, comma 3°, lett. b), l. 28 dicembre 2005, n. 262, impiegano l'espressione *investitore ragionevole* e non quella della tradizione: *investitore diligente*.

⁴³ Cfr. ad es. l'art. 129, comma 2°, lett. c), d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, rubricato «*Conformità al contratto*», secondo il quale si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se «c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura». Qui la funzione della ragionevolezza è di garantire un certo equilibrio nel sinallagma del contratto che è tipico della buona fede nell'esecuzione.

⁴⁴ Ad es. l'art. 2427 *bis*, comma 3°, lett. b), c.c., rubricato «*Informazioni relative al valore equo "fair value" degli strumenti finanziari*», prevede che il *fair value* è determinato con riferimento «b) al valore che risulta da modelli e tecniche di valutazione generalmente accettati, per gli strumenti per i quali non sia possibile individuare facilmente un mercato attivo; tali modelli e tecniche di valutazione devono assicurare una ragionevole approssimazione al valore di mercato». Lo stesso dicasi per l'art. 2426, comma 1°, n. 1, c.c., secondo il quale le immobilizzazioni sono iscritte al costo di acquisto o di produzione, computando «anche altri costi, per la quota ragionevolmente imputabile al prodotto, relativi al periodo di fabbricazione e fino al momento dal quale il bene può essere utilizzato; con gli stessi criteri possono essere aggiunti gli oneri relativi al finanziamento della fabbricazione, interna o presso terzi». Alle conclusioni del testo era già giunto TROIANO, *I riferimenti alla "ragionevolezza" nel diritto dei contratti: una prima classificazione*, in *Obbligazioni e contratti*, 2006, p. 200; Id., «*Ragionevolezza*» e concetti affini: il confronto con diligenza, buona fede ed equità, *ivi*, 2006, p. 679; e più diffusamente Id., *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

passano attraverso la “pigrizia” del legislatore che predilige sempre e comunque una traduzione letterale, anziché concettuale, come dovrebbe essere. Il dato oggettivo è che ora accanto alla diligenza, alla colpa, alla correttezza, alla buona fede, talvolta anche all’equità, troviamo la ragionevolezza, nata in ordinamenti di *Common law*. Questo significa che una certa terminologia, cui non necessariamente resta attaccato il riferimento concettuale dell’ordinamento giuridico originario, dato che questo dipende dalla cultura dell’interprete, trova una nuova allocazione. Anche nell’ordinamento giuridico italiano, per il tramite del diritto di fonte comunitaria, ha fatto ingresso la ragionevolezza la quale, non necessariamente dovrà continuare ad essere declinata nella diligenza, nella correttezza e così via. Anche questo può essere catalogato come una influenza del diritto di fonte comunitaria nel diritto interno, passibile di produrre mutamenti nel diritto vivente.

C’è anche un altro uso del termine ragionevolezza sul quale vale la pena di soffermarsi. Così quando il legislatore prescrive che «un prodotto è difettoso quando non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze» (ora art. 117 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), seppure con linguaggio diverso si allude alla ragionevolezza, da intendersi quale sinonimo di solidarietà ed equilibrio all’interno di un rapporto fra soggetti in posizione contrapposta. Nell’ambito del rapporto contrattuale questa funzione è assolta proprio dalla buona fede dell’art. 1375 c.c. Nell’ambito dell’illecito aquiliano questa stessa funzione è assolta dalla solidarietà sociale dell’art. 2 cost. scrutinata attraverso l’ingiustizia del danno dell’art. 2043 c.c.

Ancora secondo l’art. 2467, comma 2°, c.c., rubricato «*Finanziamenti dei soci*», «ai fini del precedente comma s’intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento». Qui pare che la ragionevolezza svolga una funzione diversa, quella di guida per l’interprete verso la migliore qualificazione del fatto o dell’atto. In un significato analogo troviamo ancora la ragionevolezza nell’art. 180, comma 1°, lett. c), d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, quando nel definire le «prassi di mercato ammesse», la legge dispone che sono tali quelle «prassi di cui è ragionevole attendersi l’esistenza in uno o più mercati finanziari e ammesse o individuate dalla CONSOB in conformità alle disposizioni di attuazione della dir. 2003/6/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003».

Gli esempi potrebbero proseguire ancora ma paiono già sufficienti per concludere che la modifica del diritto interno provocata dal diritto di fonte comunitaria

può trovare causa anche dalla interferenza tra le diverse lingue. Certo l'impiego della parola ragionevolezza, ossia l'uso di un concetto elastico, è sintomatico del modo in cui il diritto di fonte comunitaria intende trovare applicazione nei diversi ordinamenti: attraverso l'adattamento ossia sfruttando la migliore compatibilità possibile. La logica è quella della creazione di un sistema uniforme, di dimensione soprannazionale, creando le condizioni per le quali, per così dire "dal basso", i singoli ordinamenti nazionali possano produrlo.

Per il resto la natura della ragionevolezza non è determinabile *a priori*, dipende dal contesto linguistico in cui è impiegata. Quando è sinonimo di buona fede o di correttezza è una clausola generale; quando è sinonimo di diligenza, resta soltanto una norma elastica; quando la norma menziona un termine ragionevole, può essere utile adottare lo stesso criterio per misurare il tempo suggerito dal codificatore con l'espressione: «senza indugio». Salvo il primo, in tutti questi casi la ragionevolezza non è una clausola generale, rientra fra le norme elastiche. Certo la *ratio* normativa pare quella di voler privilegiare un rapporto equilibrato fra i soggetti del rapporto, senza preferire uno a scapito dell'altro. Entro certi limiti, ci sono le premesse per individuare nella ragionevolezza un principio desunto per astrazione dalle singole norme, in un certo ambito, utile per orientare l'interprete nella soluzione dei diversi conflitti. In altri contesti ancora indica il fine al quale deve essere orientata l'attività dell'interprete, aspetto questo sul quale ci soffermeremo fra breve, *infra*, § 9.

8. Conclusioni su norme per clausole generali, per concetti indeterminati o elastici e per fattispecie analitiche.

Posto che le clausole generali appartengano al più ampio genere dei concetti elastici o indeterminati⁴⁵, può valer la pena di indugiare ancora per meglio comprendere in che cosa questi si differenziano dagli altri concetti generali o elastici che non sono clausole generali. Non è decisivo osservare il loro modo di produzione nel «diritto vivente» o, come meglio si dovrebbe dire, del «diritto materiale», mutuando così un termine già sperimentato dai costituzionalisti. Per conoscere quale

⁴⁵ Cfr. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione sulle clausole generali*, Napoli, 1983, p. 3 ss., dal quale si apprende che, anzi, le diverse figure paiono trattate allo stesso modo. Nello stesso senso, VISINTINI, *Principi e clausole generali nella disciplina dei fatti illeciti*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 407.

sia la portata dell'obbligo di convocare l'assemblea «senza indugio», verificatesi le condizioni dell'art. 2446, comma 1º, c.c., l'amministratore di una società di capitali deve adoperare la medesima tecnica che seguita il conduttore che abbia sempre pagato il canone con assegno bancario e che per la prima volta, dopo anni, si veda richiedere un pagamento in contanti per mezzo di uno sfratto per morosità intimato dal locatore⁴⁶. Deve, in altri termini, cercare nella tipizzazione sociale dei comportamenti la semplificazione della regola precettiva: in ultima istanza deve cercare nei precedenti giurisprudenziali la regola da seguire.

Neppure è utile qualificare le clausole generali quali norme che attribuiscono all'interprete, dunque alla sentenza del giudice, il rango di fonte del diritto. Secondo questa tesi, in presenza di una clausola generale, il precedente giurisprudenziale assumerebbe il ruolo di una fonte del diritto di portata equiparabile alla legge in applicazione della quale è resa la sentenza. Questa soluzione consentirebbe di distinguere sul piano dell'efficacia le clausole generali dagli altri concetti elastici, ma difetta di una solida base che consenta di individuare un'eccezione all'interno di un sistema che non contempla le sentenze tra le fonti del diritto⁴⁷.

La differenza tra le clausole generali e le altre norme che contengono concetti elastici non è tanto ontologica⁴⁸, quanto funzionale. Certo, dal confronto fra la buona fede, la diligenza, la ragionevolezza, si evince che la seconda presenta un grado di indeterminatezza inferiore alla buona fede. Si evidenzia altresì che spesso vi è un uso implicito della buona fede, eventualmente attraverso l'impiego improprio della diligenza; e anche questo fatto conferma il carattere maggiormente indeterminato di una clausola generale rispetto ad una norma elastica. Temendo l'esercizio di un potere troppo elevato, i giudici fondano le decisioni su concetti che, seppure elastici, presentano un minor grado di indeterminatezza. Altre volte è la buona fede a costituire il criterio al quale ancorare un giudizio di censura di una certa condotta in quanto costituisce abuso di diritto o una "*exceptio doli generalis*".

⁴⁶ Su quest'ultimo es., cfr. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, cit., sub art. 1375, paragr. 9.1.

⁴⁷ Il problema è accennato e risolto allo stesso modo da DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. SCIALOJA e BRANCA*, cit., sub art. 1175, p. 305, nota 1.

⁴⁸ Lo stesso DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. cod. civ. SCIALOJA e BRANCA*, cit., sub art. 1175, p. 305, spec. nota 1, che a lungo indaga sulla differenza, rileva che "una definizione della "clausola generale" può essere data più in negativo che in positivo" (il corsivo è dell'a.).

Ma è l'aspetto funzionale quello davvero dirimente. Soltanto con le clausole generali si possono creare diritti autonomi da una stretta previsione legale (è il caso degli artt. 1337 e 2043 c.c.) o da una espressa previsione contrattuale (è il caso dell'art. 1375 c.c.); e lo stesso vale per talune applicazioni della ragionevolezza (*supra*, § 6 s.).

In tutti gli altri casi in cui vi sono norme elastiche, l'esistenza del diritto c'è già: rimessa all'interprete è soltanto la sua misura. Così ogni debitore ha l'obbligo di adempiere con la diligenza del buon padre di famiglia, incerto è se nel caso di specie si sia comportato conformemente a quel canone, la cui predeterminazione è rimessa al giudice. Su questa linea si colloca anche la colpa professionale fra colpa ordinaria, colpa grave di certe norme del codice come l'art. 2236 c.c. La colpa professionale è stata modellata su criterio della perizia, quindi privilegiando una regola tecnica sulle altre e questo si è reso possibile grazie al carattere elastico della colpa, ma questo non ha mai messo in discussione la sussistenza di un preciso obbligo di comportamento da parte di qualcuno nei confronti di altri⁴⁹.

Al contrario non è certo se, rispetto ad un certo contratto che espressamente nulla dispone, il contraente debba o non debba custodire la cosa oggetto della prestazione principale; non è certo se una elargizione possa configurare adempimento «di doveri morali o sociali», agli effetti dell'art. 2034, comma 1°, c.c.; neppure è certo se un fatto sia tale da cagionare un danno ingiusto, secondo l'art. 2043 c.c.

9. Principi generali e norme elastiche.

Per finire vale la pena di interrogarci come collocare i principi generali, strutturalmente diversi dalle figure esaminate finora, ma con qualche elemento in comune con le norme elastiche e le clausole generali. Ad esempio, entro certi limiti, tutte queste figure devono essere periodicamente ridefinite, poiché sarebbe quasi anacronistica una nozione stipulativa. La portata di questi concetti, quindi il loro portato precettivo, dipende dal modo in cui in un certo momento storico essi sono impiegati dagli operatori del diritto, ciò consente di ricavare una regola di condotta, nominata in un certo modo, per un rapporto giuridico⁵⁰. Dunque l'attribuzione della natura di principio, di norma elastica, di clausola generale di

⁴⁹ Il dibattito è riassunto in FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2023, p. 1 ss., p.21 ss., ove naturalmente molti altri riferimenti.

⁵⁰ Su questa parte è importante ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, parte III, cap. 11°.

una certa disposizione è rimessa all'attività dell'interprete⁵¹.

Preliminarmente è utile distinguere i principi generali dalle altre figure, che quantomeno trovano nella scrittura di una norma la loro ragion d'essere. Tuttavia questo procedere non è sicuro: spesso, ad esempio, la buona fede viene invocata come principio e come clausola generale, secondo i contesti normativi e sistematici, lo stesso vale per la ragionevolezza, per la precauzione⁵². Questa circostanza certo non favorisce la chiarezza, anzi esplicita la difficoltà nel muoversi fra questi concetti.

Pur con queste insidie, mi pare ragionevole sostenere che i principi, rispetto alle altre figure ricordate, hanno di diverso il fatto che non necessariamente si rappresentano in norme di diritto positivo, quantomeno alla luce dell'indagine storica. Spesso i principi generali sono il risultato di un processo di astrazione che muove dalla lettura di norme collocate in variegati contesti, sicché si possono definire come il minimo comune denominatore di variegati precetti. Valga un esempio per tutti: dal divieto degli atti emulativi dell'art. 833 c.c., dall'idea della inesigibilità della prestazione ricondotta all'art. 1375 c.c., si può desumere la vigenza del divieto dell'abuso del diritto, anche per contrasto con il dovere di solidarietà sociale dell'art. 2 cost. Alcuni ordinamenti trovano una norma espressa che vieta l'abuso del diritto, si può sostenere che nel nostro sistema la norma di diritto positivo è surrogata dalla individuazione di un principio desunto per astrazione da norme collocate in particolare contesti. Il carattere astratto della produzione dei principi generali ha fatto sì che, secondo una certa opinione, questi avrebbero la natura di fonte del diritto. Secondo una concezione molto autorevole, un nucleo fondante di principi sarebbe addirittura il vero caposaldo, forse presupposto, della costituzione italiana e ne sarebbero a presidio⁵³.

Non affronteremo espressamente la questione, certo è che talvolta l'argomen-

⁵¹ Su tutti questi aspetti rinvio ai preziosi contributi di ALPA, *Principi generali*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 355 ss., che esamina la questione dal punto di vista storico e comparatistico, giungendo per approssimazioni successive a delineare la natura e la funzione attuale dei principi, dando atto delle diverse opinioni al riguardo; a questo è complementare, e non è solo un aggiornamento, Id., *Principi generali [aggiornamento 1°]*, in *Digesto civ.*, Torino, 2014, p. 493 ss.; RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2019, è un testo di quasi 1000 pagine alla cui stesura ha contribuito la più attenta dottrina italiana.

⁵² Cfr. ALPA, *Principi generali [aggiornamento 1°]*, in *Digesto civ.*, cit., § 8, che ha come titolo di per sé esaustivo "l'uso inappropriato del termine "principio" da parte dei giudici».

⁵³ Cfr. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, cit., parte II; LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna, 2021, p. 52 ss.

tazione per principi è servita per creare una regola attraverso un *overruling*. Oltre ai casi riportati in precedenza come la buona fede, segnalo il c.d. principio di “vicinanza della prova”, che si colloca a metà strada tra un uso improprio del sostantivo principio e il desiderio di introdurre una vera e propria regola, assente nell’ordinamento; tant’è che spesso la vicinanza della prova, nella motivazione delle decisioni, assume la natura di una *ratio decidendi* alternativa, poiché la sentenza contiene già una autonoma *ratio decidendi*, normalmente coerente con l’art. 2697 c.c.⁵⁴.

Vi sono poi norme che all’apparenza esprimono principi generali, ma che più propriamente esplicitano la *ratio legis* di un complesso di norme variegato in un certo settore⁵⁵. Così, mentre l’art. 41, comma 1°, cost. nell’affermare che «l’iniziativa economica privata è libera», riproduce il principio cardine dell’autonomia privata al suo massimo grado, la «funzione sociale» della proprietà nell’art. 42, comma 2°, cost., il «giusto processo» dell’art. 111, comma 1°, cost., indicano invece il fine verso il quale fare convergere il senso della legislazione di settore, in fase di applicazione. Il testo di quest’ultima norma è inequivoco: «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», lasciando chiaramente intendere che sono le norme ordinarie a dover essere interpretate nel modo da realizzare il fine del giusto processo.

Questo criterio distintivo vale anche per talune norme ordinarie come, ad esempio, a mero titolo esemplificativo, l’interesse del minore negli artt. 252, 273, 317 *bis*, ecc. c.c. Questo non indica una regola di comportamento, ma come decidere una lite «in modo da realizzare un certo interesse, non precisato e definito, che deve essere stabilito di volta in volta» dal giudice per realizzare il fine voluto dal legislatore⁵⁶.

La funzione sociale della proprietà, il giusto processo, l’interesse del minore, non esprimono principi generali, indicano il fine cui devono tendere le norme da

⁵⁴ Su questi aspetti, FRANZONI, *La “vicinanza della prova”, quindi ...*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 360 s., in cui è posto in correlazione questa vicenda con l’uso (o forse l’abuso) della causa in concreto, indagato da 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 ss.

⁵⁵ È proprio questo il tema affrontato da LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contratto e impr.*, 2009, p. 73 ss.

⁵⁶ PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell’applicazione giurisprudenziale*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 246 s.

applicare di volta in volta, in un certo ambito. Si tratta della esplicitazione di una *ratio legis* che l'interprete deve attribuire ad un complesso di altre norme. Certo il carattere strutturale della norma non è quello per fattispecie determinata, presenta un alto grado di elasticità, ma questa qualità di per sé non conduce ad una collusione univoca: anche i principi generali, quando sono riprodotti in norme, e le clausole generali sono norme elastiche, poi vi sono norme che, pur non appartenendo a nessuna delle menzionate categorie, tuttavia sono norme elastiche.

In conclusione, il diritto vigente, come espressione del diritto vivente, si rappresenta come quella forma di mediazione sociale nella quale l'interprete svolge un ruolo fondamentale, pari a quello del legislatore⁵⁷. La prima legittimazione di questo ruolo è stato l'impiego sempre più significativo delle norme elastiche, declinate anche come clausole generali. Seppure, con un po' di approssimazione, si pensi al ruolo della buona fede nella rilettura dell'autonomia privata, operata a legge invariata, si pensi al ruolo che il danno ingiusto ha avuto sia nel ridisegnare l'equilibrio dei rapporti fra privati e nella creazione di nuovi diritti della personalità. Si pensi al ruolo che le clausole generali contenute nella costituzione hanno avuto, nella rilettura del diritto privato in chiave di maggiore valorizzazione della persona⁵⁸.

Contestualmente, l'impiego sempre più massivo dei principi, intesi tradizionalmente come principi generali, «principi regolatori della materia» (art. 339, comma 3°, c.p.c.), principi costituzionali⁵⁹, hanno assunto un ruolo fondamentale nella costruzione del precetto normativo, del quale la legge ha finito per essere soltanto un componente. In questo processo che vede nel giudice colui che crea il comando da applicare, si satura quel concetto di diritto vivente che caratterizza il nostro tempo e che, fra l'altro, appoggia anche sull'impiego di principi, di clausole generali e di norme elastiche. Il giudice è la figura in primo piano, ma è soltanto l'ultimo anello della catena che vede collegati fra loro una pluralità di operatori: ci sono gli avvocati, i consulenti tecnici, ma soprattutto la dottrina, il cui compito è di riportare a sistema il disordine della vita quotidiana.

⁵⁷ La tesi è enunciata da GALGANO, voce *Negoziio giuridico (Teoria gen.)*, in *Enc. del dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 935, che si richiama a Tarello, per spiegare che il giurista è un mediatore sociale che svolge un ruolo in un ambito diverso da quello del legislatore, ma non differente da questi. Non è certo se in quegli anni il Maestro si fosse prefigurata l'evoluzione che molto sommariamente è descritta nel testo e che negli anni a venire avrebbe contribuito a spiegare attraverso il ruolo assunto dalla giurisprudenza. Di sicuro quella lettura è illuminante, per il tempo in cui è stata scritta.

⁵⁸ Cfr. LIPARI, *Elogio della giustizia*, cit., cap. V.

⁵⁹ Ancora LIPARI, *Elogio della giustizia*, cit., p. 48 ss.

LA SOLIDARIETÀ NEL DIRITTO PRIVATO

Guido Alpa *

Sommario: 1. La sostenibilità, termine politico ed economico. – 2. La sostenibilità come concetto normativo e il dibattito sulla società per azioni. - 3. Il percorso normativo del concetto di «sostenibilità». – 4. Tre casi paradigmatici di responsabilità sociale delle imprese per violazione di diritti fondamentali: Vedanta, Okpabi, Milieudefensie

1. La sostenibilità, termine politico ed economico.

Il termine «sostenibilità» è stato introdotto solo di recente nel vocabolario giuridico e, come tutti i termini che presentano un suffisso del verbo in «ibile», esprime la possibilità – o la necessità – di quanto predicato nel verbo. Da questo punto di vista, dunque, non è un termine che definisce un confine semantico certo, ma, se mai, esprime un cammino *in progress* e al contempo un criterio di giudizio, che consente di verificare se quanto enunciato nel verbo sia stato poi oggetto di adempimento. Tanto per esemplificare, nel codice civile viene usato spesso il termine «possibile», che consente di verificare, sulla base della situazione in cui versa il soggetto, se egli fosse stato in grado di eseguire quanto richiesto dal precetto normativo, e di misurare il suo comportamento sulla base di standard, come la diligenza, declinata nei suoi diversi significati, o sulla base di clausole generali, come la buona fede e la correttezza, eventualmente tenendo conto di quanto normalmente accade in situazioni simili, e anche del comportamento di soggetti appartenenti alla medesima categoria. Altro esempio significativo è dato, nel linguaggio della dottrina, dal termine «esigibile», che implica un controllo sull'adempimento delle obbligazioni: secondo le regole di buona fede e correttezza al

* Professore emerito di diritto privato dell'Università "La Sapienza" di Roma.

debitore non si può chiedere uno sforzo esteso fino al limite dell'«impossibile». Ciò che è «sostenibile» esprime per l'appunto un metro che controlla ciò che è stato sostenuto per verificare se – nelle condizioni in cui si trovava il soggetto – fosse possibile richiedergli uno sforzo maggiore o se, date le circostanze, quanto effettuato doveva ritenersi sufficiente.

L'indeterminatezza del termine è propria della indeterminatezza e della elasticità delle clausole generali, di per sé necessariamente indefinite.

Proprio per queste ragioni può essere utile ricostruirne l'ingresso nel mondo del diritto, atteso che, da quel momento, il termine diviene un *concetto normativo*, e come tale esprime un comando, che, se non osservato, importa una sanzione, o come si diceva, un metro di giudizio, sulla base del quale stabilire se sia applicabile o meno una sanzione.

Il primo documento ufficiale in cui il tema viene enunciato – senza peraltro pretendere di essere imperativo – risale al 1972, in occasione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente umano tenutasi a Stoccolma, in cui si è richiamata l'attenzione sul fatto che, per migliorare in modo duraturo le condizioni di vita dell'umanità, occorre salvaguardare le risorse naturali a beneficio di tutti; per raggiungere tale obiettivo è necessaria una collaborazione internazionale. A Stoccolma si è quindi posto l'accento sulla necessità di proteggere l'ambiente in cui l'essere umano vive e di trovare una soluzione ai problemi ambientali, senza tuttavia dimenticare gli aspetti sociali, economici e di sviluppo delle popolazioni.

La premessa da cui muove la Dichiarazione conclusiva è che:

«L'uomo ha un diritto fondamentale alla libertà, all'eguaglianza e a condizioni di vita soddisfacenti, in un ambiente che gli consenta di vivere nella dignità e nel benessere, ed è altamente responsabile della protezione e del miglioramento dell'ambiente davanti alle generazioni future».

«Essa costituisce la base per ogni programma di azione per rendere possibile l'attuazione di questo diritto. Siamo in presenza di un accordo tra Stati, e per l'appunto i propositi espressi riguardano il comportamento degli Stati: i privati, gli uomini considerati come tali, sono i destinatari degli effetti di quei comportamenti, effetti che comprendono anche le «generazioni future».

Nel testo si legge, tra l'altro, che:

«(...) 12. Si dovranno mettere a disposizione risorse atte a conservare e migliorare l'ambiente, tenendo particolarmente conto dei bisogni specifici dei Paesi in via di sviluppo, dei costi che essi incontreranno introducendo la tutela dell'ambiente nel proprio programma di sviluppo e della necessità di fornire loro, se ne fanno richiesta, aiuti internazionali di ordine tecnico e finanziario a tale scopo.

13. Per una più razionale amministrazione delle risorse e migliorare così l'ambiente, gli Stati dovranno adottare nel pianificare lo sviluppo misure integrate e coordinate, tali da assicurare che detto sviluppo sia compatibile con la necessità di proteggere e migliorare l'ambiente umano a beneficio delle loro popolazioni».

L'ambiente è il principale obiettivo della Dichiarazione, proprio perché, essendo inteso come habit umano, è la cornice entro la quale si gioca la sopravvivenza attuale e futura dell'umanità.

Nel 1987, sempre nell'ambito dell'attività dell'ONU, la presidente della Commissione Mondiale su Ambiente e Sviluppo (World Commission on Environment and Development, WCED), Gro Harlem Brundtland presenta il rapporto «Our common future» («Il futuro di tutti noi»).

Il Rapporto si estende per più di trecento pagine, è articolato in tre parti (le preoccupazioni, le sfide, gli impegni) e delinea un'agenda che è consegnata agli Stati al fine di controllare, migliorare, salvare l'ambiente. Le imprese non sono destinatarie degli impegni, e tuttavia gli Stati, per realizzare gli impegni, debbono intervenire sull'economia al fine di realizzare «uno sviluppo sostenibile».

Nel rapporto Brundtland «*Our common future*» si constata che i punti critici e i problemi globali dell'ambiente sono dovuti essenzialmente alla grande povertà del sud del mondo e ai modelli di produzione e di consumo non sostenibili del nord del mondo. Il rapporto evidenzia quindi la necessità di attuare una strategia in grado di integrare le esigenze dello sviluppo e le esigenze dell'ambiente. Questa strategia è stata definita in inglese con il termine «*sustainable development*», attualmente di largo uso, e tradotto con «sviluppo sostenibile», definizione il cui contenuto è indicato come segue:

«Lo sviluppo sostenibile è quello sviluppo che consente alla generazione presente di soddisfare i propri bisogni senza compromettere la possibilità delle generazioni future di soddisfare i propri» (WCED, 1987).

La tutela della natura in coordinamento con l'ampliamento dei diritti dell'essere umano ha formato oggetto di successivi elaborati documenti e conferenze internazionali che hanno fissato alcuni principi e obiettivi da conseguire da parte dei Governi per promuovere lo sviluppo economico tutelando l'ambiente. Si ricordano:

- 1992 – a Rio de Janeiro, la Conferenza ONU sull'Ambiente e lo Sviluppo di (Summit della Terra);
- 2002 – in Sud Africa, il Summit Mondiale sulla Sostenibilità Ambientale;
- 2002 – a Monterrey in Messico, la Conferenza Internazionale per il Finanziamento dello Sviluppo;
- 2008 – a Doha in Qatar, la Seconda Conferenza Internazionale sul Finanziamento allo Sviluppo;

- 2010 – Il primo documento europeo è dato da Strategia «Europa 2020», per una crescita intelligente e sostenibile ed inclusiva;
- 2012 – a Rio de Janeiro «Rio+20», la Conferenza Mondiale sullo Sviluppo Sostenibile (The Future We Want);
- 2015 – a New York, il Summit per l'adozione dell'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile».

L'esame di questi documenti indica come dalla strategia che considerava come destinatari degli impegni solo gli Stati si sia gradualmente passati ad una strategia più estesa e onnicomprensiva, in cui si coinvolgono anche le imprese e i singoli, in modo che dal coordinato concorso di istituzioni pubbliche e istituzioni private si possa raggiungere l'obiettivo prefisso.

Il coinvolgimento diretto delle imprese fa sì che questa problematica non si sviluppi soltanto nell'ambito delle analisi macroeconomiche e di politica internazionale, ma si estenda a ricomprendere le analisi economico-aziendali¹.

Il dibattito sulla razionale distribuzione delle risorse, sui costi della tutela dell'ambiente, sui programmi di difesa dei diritti umani si sono accentuati in tutto il pianeta.

Per rimarcare la rilevanza degli interessi protetti si sono inseriti in alcune costituzioni dei Paesi meno sviluppati, quali quelli del Sudamerica, obblighi di protezione da osservare nei confronti di nuovi soggetti di diritto.

La Corte costituzionale della Repubblica di Colombia ha riconosciuto la Foresta Amazzonica Colombiana come soggetto di diritto. Nella sentenza n. 4360 del 5 aprile 2018, la Corte Suprema di Giustizia definisce la natura «*sujeto de derechos*» a cui sono stati concessi gli stessi diritti di una persona fisica, tra cui quello alla vita. La soggettività giuridica ha attribuito a questo ecosistema vitale per il mondo il diritto di protezione, conservazione, mantenimento e manutenzione che incombe sullo Stato e sulle entità territoriali del bacino amazzonico, e nella sentenza è stato ordinato di intervenire con urgenza per arginare la deforestazione della foresta pluviale. La pronuncia della Corte Suprema di Giustizia si sofferma altresì sull'analisi della Costituzione colombiana dalla prospettiva della tutela dell'ambiente, considerandola come una «*Constitución Ecológica*» o «*Constitución Verde*», ed elevando il concetto di tutela ambientale a diritto fondamentale dell'uomo. Infatti, nella citata sentenza, la Corte Suprema di Giustizia sottolinea che l'ambiente costituisce un diritto di rango costituzionale, contenuto nel capi-

¹ V. per tutti PERRINI, *Sostenibilità*, Milano, 2018.

tolo III della Carta Magna costituzionale colombiana, rubricato «i diritti collettivi e dell'ambiente» (artt. 79 e 80).

In ogni caso «il principio di sostenibilità è diventato un punto di riferimento per le scelte economiche e sociali a livello globale»².

2. La sostenibilità come concetto normativo e il dibattito sulla società per azioni.

Più difficile è tracciare il percorso sul terreno giuridico, perché, al di là della rilevanza testuale del termine, di cui si discuterà tra poco, la sostenibilità, cioè il raggiungimento di obiettivi che rendano compatibile l'iniziativa economica privata con la tutela dei diritti umani e dell'ambiente, si colloca al centro di un dibattito che coinvolge la *corporate social responsibility*, la *corporate governance*, il bilancio sociale delle imprese e altri aspetti tecnicamente complessi.

In queste occasioni il tema "sostenibilità" può essere valutato sotto diverse prospettive. Il primo riferimento è alla "teoria sociale dell'impresa", quale base teorica di stampo europeo, da esaminare nel contesto della disciplina generale dell'attività d'impresa.

Se ne discuteva già prima della introduzione del codice civile del 1942 (e in particolare nell'ambito del diritto corporativo) e poi il discorso si è accentuato nel corso degli anni Cinquanta. Si muoveva da una considerazione di base, accolta anche nel testo del codice, e cioè dalla distinzione dell'interesse che fa capo alla società rispetto dell'interesse proprio dei soci.

L'analisi degli interessi tutelati nel contesto della disciplina giuridica delle attività considerava indiscutibile che la società dovesse realizzare finalità di natura privata – la realizzazione del profitto – perché in un mercato libero in cui l'iniziativa privata si poteva svolgere senza essere piegata agli interessi dello Stato, la massimizzazione del profitto era per così dire lo scopo naturale dell'impresa. Di qui le reazioni di quanti, di fronte a programmi di conversione delle imprese private alla realizzazione di interessi pubblici si erano espressi contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata³.

L'art. 41 Cost. doveva essere inteso come un precetto che consentiva al legislatore di limitare l'iniziativa economica per ragioni di "utilità sociale" ma ciò non

² GIOVANNINI, *Il principio della sostenibilità*, in *Aspenia*, 2019, p. 76.

³ MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 618 ss.; Asquini, *I battelli del Reno*, in *Riv. soc.*, 1959, p. 619 ss

implicava che la singola impresa dovesse, di sua iniziativa, porsi obiettivi di tutela di interessi altri, rispetto a quello dell'impresa medesima.

Se mai si discuteva quanto si dovessero tenere in conto gli interessi dei soci, in particolare il loro diritto alla divisione degli utili e al dividendo.

Al quesito la dottrina prevalente diede una risposta che qualificava la società come un'istituzione autonoma dai soci, portatrice di un proprio interesse, l'«interesse sociale», cui il diritto dei soci alla percezione degli utili era condizionato alla disponibilità delle risorse dopo che erano state soddisfatte le esigenze della società, funzionali al conseguimento del proprio scopo.

Posizione superata nel periodo successivo, per iniziativa di molti studiosi che avevano iniziato a discutere sul significato e i contenuti della formula «interesse sociale»⁴.

Alla fine del secolo scorso si è convenuto che non esista un interesse dei soci diverso da quello della società, posto che i soci all'interno della società concorrono a sviluppare l'interesse comune; se mai si potrà discutere tra interessi dei soci di maggioranza e dei soci di minoranza. E, tenendo conto delle teorie fondate sull'analisi economica del diritto, di stampo americano, è prevalsa la concezione della società non come ente a sé stante ma come un "fascio di contratti" ovvero come espressione delle volontà contrattuali dei soci che si manifesta nei meccanismi di *governance* che vanno modificandosi per consentire di dare rilievo ai particolari diritti dei singoli o dei gruppi di soci nei confronti di altri rispetto alla gestione operativa, alla definizione di obiettivi strategici, alla politica di remunerazione degli investimenti da parte della società.

La dottrina viene recepita anche in Italia con la riforma del diritto delle società del 2003 e con l'espansione della tutela dei diritti degli interessi dei singoli soci nella dinamica gestionale della società.

Tuttavia, il quadro normativo per la definizione dei contenuti dell'interesse sociale che la società deve perseguire si è complicato in relazione all'estensione degli interessi esterni alla compagine dei soci che trovano affermazione e conseguente protezione nell'ordinamento e che vanno di fatto ad integrare gli interessi dei soci. Occorre sempre più combinare nella gestione dell'impresa l'interesse al profitto con la tutela di interessi diffusi della comunità civile in cui l'impresa opera con costante sviluppo dell'attenzione dovuta alla cura anche di tali interessi esterni.

⁴ V. in particolare, JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, recensito criticamente da Ferri, in *Riv. dir. comm.*, 1965

Non è ancora una teoria di socializzazione dell'impresa ma si tratta certamente di un'integrazione del contenuto dell'interesse proprio della società che si pone pertanto come entità autonoma rispetto ai propri soci. In tale contesto si va anche affermando il ruolo di soggetti esterni alla compagine societaria, genericamente indicati come *stakeholder*, la cui definizione ha creato e continua a creare equivoci per la determinazione del perimetro dei soggetti e degli interessi che vi sono compresi, per cui ci si è volti verso una visione molto ampia della stessa nozione, lasciando agli amministratori ed alla loro discrezionale valutazione la definizione dei relativi contenuti in funzione della concreta attività della società e dell'ambito dei suoi rapporti con l'ambiente sociale e naturale.

Ne è derivata un'ulteriore evoluzione della dottrina, e un ritorno della concezione "istituzionale" della società, intesa come espressione di un'entità autonoma e comune non solo ai soci ma anche di altri portatori di interesse da tutelare nella gestione sociale.

Recentemente si è anche affermato che la teoria contrattualistica della società sia da ritenere abbandonata.

La discussione è ancora in corso tra i sostenitori della priorità della tutela degli interessi degli "stockholders"⁵ e coloro che, facendo appello alla "Corporate Social Responsibility" e alla tutela degli stakeholders, ritengono che la società ancorché di diritto privato debba farsi carico della tutela di interessi altri, diversi da quella dei soci, che sono coinvolti nella sua attività, come i dipendenti, i fornitori, i clienti, gli utenti, e poi ovviamente l'ambiente e di diritti umani⁶.

In altri termini, la primazia degli "shareholder" non è più un dogma⁷ ed il loro potere deve essere condiviso con i titolari degli interessi "altri" rispetto a quelli dei soci.

Nel libro del 2021 sul «Capitalismo degli *stakeholder*» di Klaus Schwab, fondatore del *World Economic Forum*, viene promosso un modello secondo cui le aziende private non sono soltanto entità in cerca di profitto, ma agiscono anche a

⁵ HANSMANN, *Corporation and Contract*, Working Paper, 2006; HANSMANN e KRAAKMANN, *The End of History for Corporate Law*, Working Paper, 2000.

⁶ V. FREEMAN e REED, *Stockholders and Stakeholders: A New Perspective on Corporate Governance*, in *25 Calif. Manag. Rev.*, 1983, p. 88 ss.

⁷ *Shareholder Theory Summary*, Lawteacher.net, July 2021; SMITH e ROENNEGARD, *Shareholder Primacy, Corporate Social Responsibility and the Role of Business Schools*, in *J. of Bus. Ethics*, 2014, p. 1 ss.; HAYDEN e BOODIE, *Reconstructing the Corporation*, Cambridge, 2021.

beneficio della società più allargata (non solo degli azionisti). Si passa dunque da “*shareholder capitalism*” a “*stakeholder capitalism*” con l’esigenza di fornire una più articolata indicazione degli obiettivi della attività di impresa.

Il dibattito è penetrato anche in Italia, ove si è intrecciato con la discussione sulla nozione di “società”, sullo scopo della società, e sulle categorie di interessi protetti, con la discussione sulla responsabilità sociale dell’impresa e sui contenuti e sulle prospettive della economia sociale d’impresa⁸.

Gli obiettivi della sostenibilità sono ormai tipizzati nella scala degli interessi⁹. Sono certamente obiettivi rimarchevoli, ma un conto è considerarli come scopi che gli Stati sulla base di accordi di cooperazione internazionale, possono realizzare, altro conto è proporli ai privati.

Certo, alcuni sono già oggetto di previsione costituzionale, altri di una legislazione articolata, come ad es., la protezione della salute, l’utilizzazione dell’acqua o della terra; altri non sono proponibili come obiettivo dei privati, ma le “*big corporations*” possono concorrere nel perseguirli.

Eccoli nell’ordine indicato dalla Dichiarazione dell’ONU del 2015 (*Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, su *United Nations – Sustainable Development knowledge platform*)¹⁰.

⁸ Nell’ampia messe di contributi v. ANGELICI, *Divagazioni sulla “responsabilità sociale” d’impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, p. 3 ss.; MARASÀ, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2017, 2, p. 8 ss.; STELLA RICHTER Jr., *Società benefit e società non benefit*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2017, 2, p. 1 ss.; LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell’impresa*, in *Orizzonti del diritto commerciale*, 2013, p. 1 ss.; Conte, *L’impresa responsabile*, Milano, 2018

⁹ BARBIER e BURGESS, *Sustainable Development Goals and the Systems Approach to Sustainability*, in *11 Economics*, 2017, p. 1 ss.; ROLLI, *L’impatto dei fattori ESG sull’impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2021.

¹⁰ “Sconfiggere la povertà: porre fine alla povertà in tutte le sue forme, ovunque; – sconfiggere la fame: porre fine alla fame, garantire la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere un’agricoltura sostenibile; – buona salute: garantire una vita sana e promuovere il benessere di tutti a tutte le età; – istruzione di qualità: garantire a tutti un’istruzione inclusiva e promuovere opportunità di apprendimento permanente eque e di qualità; – parità di genere: raggiungere la parità di genere attraverso l’emancipazione delle donne e delle ragazze; – acqua pulita e servizi igienico-sanitari: garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile di acqua e servizi igienico-sanitari; – energia rinnovabile e accessibile: assicurare la disponibilità di servizi energetici accessibili, affidabili, sostenibili e moderni per tutti; – buona occupazione e crescita economica: promuovere una crescita economica inclusiva, sostenuta e sostenibile, un’occupazione piena e produttiva e un lavoro dignitoso per tutti; – innovazione e infrastrutture: costruire

3. Il percorso normativo del concetto di «sostenibilità».

L'Unione Europea ha cominciato ad occuparsi del tema all'inizio degli anni duemila con documenti circoscritti a specifici aspetti, i diritti dei lavoratori, i diritti dei soci di minoranza, i diritti dei consumatori e la protezione dell'ambiente. Questa politica economica e sociale – che risale alla concezione germanica dell'economia sociale di mercato – è assai discussa, sia da parte di coloro che la ritengono limitante della libera iniziativa economica, sia da parte di coloro che vi intravedono un'immagine di un capitalismo “dal volto umano”¹¹.

Il quadro normativo che attualmente si informa alla responsabilità sociale dell'impresa e traduce in termini giuridici il principio di sostenibilità è principalmente costituito da:

(i) la dir. 2014/95/UE (c.d. «*Direttiva sull'Informazione non finanziaria*») che impone obblighi informativi riguardo alla gestione dei rischi ambientali e sociali legati all'attività dell'impresa. La disciplina relativa è fondata sulla visione di un ruolo globale dell'impresa come operatore che deve guardare al *lungo periodo* e pertanto curare anche i fattori sociali ed ambientali per raccogliere la fiducia degli investitori. Si tratta dell'applicazione della teoria sociale di mercato e della affermazione di interessi che devono aver riguardo ed essere compatibili con aspetti sociali e ambientali;

(ii) il d.lgs. n. 254 del 2016 (per la cui attuazione è stato anche emanato il Regolamento Consob di cui alla Delibera n. 20267/2018) con cui si recepisce la

infrastrutture solide, promuovere l'industrializzazione inclusiva e sostenibile e favorire l'innovazione;– ridurre le disuguaglianze: ridurre le disuguaglianze all'interno e tra i paesi;– città e comunità sostenibili: creare città sostenibili e insediamenti umani che siano inclusivi, sicuri e solidi;– utilizzo responsabile delle risorse: garantire modelli di consumo e produzione sostenibili;– lotta contro il cambiamento climatico: adottare misure urgenti per combattere il cambiamento climatico e le sue conseguenze;– utilizzo sostenibile del mare: conservare e utilizzare in modo sostenibile gli oceani, i mari e le risorse marine per uno sviluppo sostenibile;– utilizzo sostenibile della terra: proteggere, ristabilire e promuovere l'utilizzo sostenibile degli ecosistemi terrestri, gestire le foreste in modo sostenibile, combattere la desertificazione, bloccare e invertire il degrado del suolo e arrestare la perdita di biodiversità;– pace e giustizia: promuovere lo sviluppo sostenibile; rafforzare gli strumenti di attuazione e rivitalizzare il partenariato globale per lo sviluppo sostenibile;– rafforzare le modalità di attuazione e rilanciare il partenariato globale per lo sviluppo sostenibile».

¹¹ V. ad es., SOMMA, *Il diritto privato liberista. Riflessioni sul tema dell'autonomia privata*, in *Bul. mex. der. comp.*, p. 101.

Direttiva sull'informazione non finanziaria (2014/95/UE). Il Decreto e le disposizioni in esso contenute impongono alle società di grandi dimensioni, qualificate come enti di interesse pubblico rilevanti, di redigere e pubblicare la cosiddetta «dichiarazione di carattere non finanziario». Tale dichiarazione deve contenere, per ogni esercizio finanziario, informazioni relative ai temi ambientali, sociali, attinenti al personale, al rispetto dei diritti umani e alla lotta contro la corruzione attiva e passiva, volte ad assicurare la comprensione dell'attività di impresa, del suo andamento, dei suoi risultati e dell'impatto dalla stessa prodotta. Vengono così introdotte specifiche regole per la diffusione di informazioni al pubblico, vincolanti per società ed amministratori cui viene chiesto, oltre che di gestire correttamente l'attività economica e finanziaria per il perseguimento del profitto, anche di farsi carico degli impatti esterni di tale attività di gestione e di fornirne adeguata informazione esterna. Sono previste sanzioni per mancate o imprecise informazioni al mercato;

(iii) la dir. 2017/828/UE sui diritti degli azionisti, trasposta nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 49 del 2019 (la «*Shareholders Rights 2*») che nell'ottica di rafforzare il perseguimento degli obbiettivi non finanziari interviene sulle politiche di remunerazione di amministratori e management con l'obbligo di dare evidenza del collegamento di tali politiche con la «strategia aziendale, gli interessi di lungo termine e con la sostenibilità della società».

L'introduzione di una specifica disciplina in merito agli aspetti “non finanziari” della gestione delle società integra i doveri degli amministratori, e giustifica l'utilizzazione di risorse per la tutela degli interessi che sono diversi da quelli dei soci.

Si tratta di interessi che, in quanto protetti, accrescono il valore delle azioni nel lungo periodo. La previsione normativa consente di escludere che la loro protezione possa essere imputata a errori o manchevolezze nella gestione della società, e mette dunque al riparo gli amministratori e manager da azioni promosse dai soci, dal momento che nel quadro della gestione economica dell'impresa non è censurabile l'utilizzazione di fondi destinati a questi scopi.

Con l'attrazione di tali interessi alla cura degli amministratori, essi sono chiamati ad un'attività di ponderazione la cui valutazione, anche da parte dei soci e degli altri soggetti titolari di interessi tutelati, dovrebbe considerarsi riferita all'applicazione della “*business judgement rule*”. La valutazione dovrebbe infatti riguardare solo la diligenza nel valutare e ponderare con ragionevolezza gli elementi di rischio ed opportunità per la cura dell'impatto sociale ed ambientale dell'attività d'impresa.

In questi ultimi tempi si è sviluppata in sede UE la volontà di indirizzare con maggiore incisività le imprese alla cura di tali interessi, imponendo regole

più specifiche con un'attenzione al tema che ha portato ad approvazione regolamenti per il perseguimento della "sostenibilità" in alcuni settori e per servizi ed investimenti finanziari. In tale contesto, in armonia con gli obiettivi indicati nell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile, sono stati definiti obiettivi non finanziari, i SDG's, su cui dovrebbero concentrarsi le attività delle società e che rappresentano anche i parametri di valutazione delle azioni dalle stesse svolte per il perseguimento di tali obiettivi di cui deve darsi notizia nel Documento Non Finanziario.

L'obbligo di redigere il bilancio sociale, riservato dalla direttiva del 2014 alle società quotate in borsa, alle banche e alle assicurazioni, risponde all'esigenza di *informare il mercato*. Non si prevede ancora un obbligo di destinare le risorse a questi scopi, ma è evidente che se si deve compitare un "bilancio" occorre documentare le iniziative assunte da amministratori e manager per realizzare quegli scopi.

Con riferimento alla finanza sostenibile, la divergenza normativa e applicativa tra i vari Paesi membri dell'UE, ha portato all'approvazione del Regolamento UE 2020/852 sulla Tassonomia, ratificato il 18 giugno del 2020, che trova diretta applicazione negli Stati membri, con l'istituzione di un sistema unificato di classificazione delle attività sostenibili in cui vengono fissati i criteri per determinare se un'attività economica possa considerarsi ecosostenibile.

L'Assonime, nel mese di marzo 2021, ha elaborato un documento in cui è anche contenuta un'esposizione sintetica della legislazione vigente nei Paesi UE con un approfondimento dei rispettivi contenuti. Nel documento Assonime ci si sofferma in particolare sulla responsabilità degli amministratori in merito al perseguimento degli obiettivi non finanziari e sulle più adeguate regole di *governance*. Al riguardo vengono indicate due ipotesi alternative:

a) inserimento degli obiettivi, ovvero anche del solo principio dello sviluppo sostenibile, nello scopo sociale indicato nello statuto della società. In tal caso si verrebbe ad ampliare direttamente lo stesso interesse o scopo sociale e rappresenterebbe una modifica strutturale del modello che vincola sia gli amministratori ma anche i soci, per quanto di rispettiva competenza;

b) prevedere la cura degli aspetti non finanziari tra i compiti degli amministratori. In tal caso si verrebbe ad aggiungere un elemento che incide sulla valutazione della diligenza degli stessi nello svolgimento del loro compito, ma non inciderebbe sullo scopo sociale che resterebbe quello tipico del perseguimento del profitto da distribuire tra i soci.

L'Assonime propende per la soluzione b) che è stata recepita nel nuovo Codice di *Corporate Governance*, in coerenza con la politica di lasciare alla volontaria adesione a raccomandazioni (cosiddetta "*soft law*") piuttosto che a norme rigide

e vincolanti, la disciplina delle regole di *governance* delle società per consentire la migliore flessibilità nella definizione dell'organizzazione di ciascuna società e nella cura degli interessi, anche tenendo conto della genericità dell'espressione "successo sostenibile" e del contenuto degli stessi 17 obiettivi di sviluppo sostenibile (SDG's).

Per alcuni di tali obiettivi SDGs pare difficile ricondurre il loro conseguimento direttamente a compiti e responsabilità delle singole società e pertanto dei singoli amministratori in quanto, in qualche caso, possono rappresentare meri auspici per un mondo migliore, come ad esempio la volontà di porre fine ad ogni forma povertà nel mondo o di porre fine alla fame nel mondo, ed in altri casi si tratta di un orientamento ad azioni concrete piuttosto che di indicazione di obblighi concreti. Altri ancora richiedono il necessario concorso di iniziative pubbliche che sono al di fuori delle capacità di gestione o di intervento delle singole società.

Si tratta quindi di esaminare caso per caso come e con quale intensità l'azione della società deve porsi nella cura dei singoli aspetti di impatto ambientale e sociale e nel conseguimento dei relativi obiettivi per valutare se possa configurarsi una responsabilità degli amministratori per la carenza o l'insufficienza di adeguate iniziative nella gestione aziendale.

Il 21 aprile 2021 la Commissione europea ha presentato una proposta di direttiva relativa alla pubblicazione delle informazioni sulla sostenibilità delle imprese che modifica la dir. 2013/34/UE, la dir. 2004/109/UE, la dir. 2006/43/UE e il Reg. (UE) n. 537/2014. Il testo della proposta è stato in consultazione fino al 22 giugno 2021, ed è stato successivamente trasmesso al Parlamento europeo e al Consiglio dell'UE per l'adozione con procedura ordinaria. La proposta di direttiva modifica le disposizioni della direttiva sulle informazioni non finanziarie e prevede, *inter alia*, l'estensione del campo di applicazione della redazione del Documento Non Finanziario alle medie imprese.

4. Tre casi paradigmatici di responsabilità sociale delle imprese per violazione di diritti fondamentali: Vedanta, Okpabi, Milieudefensie.

In un breve lasso di tempo Corti diverse, negli Stati Uniti d'America, nel Regno Unito e nei Paesi Bassi, hanno assunto decisioni rilevanti in materia di responsabilità sociale delle imprese, applicando regole di diritto interno ma tenendo conto di risoluzioni e documentazione di organizzazioni internazionali, in primis le Nazioni Unite e l'OCSE. Si potrebbe disquisire se gli interessi lesi siano, oltre alla salute e alla proprietà, quelli assegnati tradizionalmente ai soggetti – anche

collettivi – che vivono in una determinata area o se, oltre a questi interessi, i provvedimenti si preoccupino di tutelare un interesse più esteso volto a difendere l'ambiente e le generazioni future. In ogni caso, è rilevante sottolineare come, seguendo diversi percorsi argomentativi, i giudici abbiano voluto proteggere popolazioni un tempo oggetto di sfruttamento coloniale ed oggi di sfruttamento da parte delle grandi *corporations* ricorrendo alla responsabilità sociale dell'impresa, e alla responsabilità della capogruppo per atti dannosi della controllata.

Il ricorso agli strumenti di diritto privato esonera i giudici dall'appellarsi a discipline pubblicistiche con prescrizioni dettagliate, le clausole generali operanti (specie) nell'ambito della responsabilità civile essendo sufficienti a predisporre il terreno sul quale fondare i provvedimenti di tipo inibitorio o risarcitorio.

I fatti del caso *Vedanta* si svolgono in Zambia (l'ex Rhodesia), Paese appartenente al Commonwealth britannico, e riguardano gli abitanti di alcuni villaggi che, a causa dell'attività di due società del gruppo Vedanta, assumevano di aver subito danni alla persona, ai loro beni, e perdite di profitti, insieme con il mancato godimento dell'ambiente, per effetto della discarica dei residui della miniera di rame gestita da una società costituita ad hoc in loco dal gruppo convenuto in giudizio. I liquami erano stati riversati sul suolo e nelle falde acquifere per più di un decennio.

La questione attiene primieramente la giurisdizione: per difendere i loro diritti gli abitanti dei villaggi si debbono rivolgere alle corti dello Zambia o alle corti inglesi? Il danno deriva dall'attività delle controllate, che è svolta in loco, e hanno sede nel Paese o può coinvolgere anche la controllante?

Le controllate fanno capo alla holding che è quotata in India ma ha sede legale a Londra. Gli attori insistono sulla giurisdizione del giudice inglese in quanto le corti dello Zambia non sono affidabili, e quello zambiano è un "*forum non conveniens*".

La questione passa attraverso tre gradi di giudizio.

La High Court accoglie l'azione degli zambiani, escludendo che essi abbiano abusato del diritto dell'Unione europea: poiché le società locali non hanno adeguate risorse per risarcire il danno, ed è legittimo sospettare che la holding avesse progettato l'inquinamento idrico, il giudice ritiene che sia possibile, in astratto, fondare un'azione sulla responsabilità extracontrattuale della holding sussistendo un *duty of care* – contrassegnato da prevedibilità, prossimità e ragionevolezza – diretto a tutelare gli interessi degli attori. La responsabilità della holding – *parent liability* – deriva dal controllo e dalla direzione della holding sulle società operanti in loco. Ed in effetti, sostiene il giudice, gli affari che svolgono la capogruppo e le controllate sono gli stessi, la capogruppo avrebbe dovuto ragionevolmente cono-

scere le modalità di esercizio dell'attività svolta dalle società controllate, con gravi danni per gli abitanti; la holding aveva una esperienza e una competenza superiore a quella delle società controllate, avrebbe dovuto rendersi conto della necessità di maggior competenza e una maggiore esperienza da parte delle società controllate.

A parte le argomentazioni relative all'applicazione del principio del *forum non conveniens* collegate all'art 4 della Convenzione di Bruxelles, il giudice si preoccupa di capire se le società operanti in loco siano capienti, se non possano correre il rischio del fallimento, se le popolazioni danneggiate, vivendo in stato di estrema povertà, siano in grado di ricorrere ad altri giudici e possano essere sostenute nel difendere i loro diritti con il gratuito patrocinio. Tutte queste ragioni militano a favore del radicamento della controversia nel Regno Unito.

La Corte d'Appello ricalca la decisione della High Court. Vedanta insiste sulle proprie tesi.

La questione giunge dinanzi alla Corte Suprema, la quale, con un'ampia e colta motivazione, conferma i precedenti giudizi.

È interessante, esaminare, più che non la dibattuta questione dell'abuso dell'applicazione della Convenzione di Bruxelles per radicare la questione nel Regno Unito, seguire il ragionamento della Corte in ordine alla responsabilità della capogruppo per fatti illeciti compiuti dalla società controllata¹².

Il precedente richiamato – *Chandler v Cape plc* [2012] [EWCA Civ 525](#) - aveva accolto la domanda di risarcimento danni dell'attore, il quale era stato leso da una società controllata dalla convenuta. I giudici della Corte d'Appello avevano ritenuto che, in linea generale, per il fatto che le due società sono persone giuridiche diverse, la controllante non ha il dovere di verificare i comportamenti della controllata; tuttavia, quando sia messa in condizione di controllare il comportamento dei *managers*, di esprimere opinioni e pareri sugli atti compiuti, di essere informata sull'uso dei beni in proprietà, è ragionevole attribuire alla controllante l'onere di adoperare la diligenza dovuta per prevenire il danno.

Ebbene, nel caso esaminato la Corte ritiene che Vedanta esercitava un controllo sull'attività della controllata, tale da renderla consapevole delle infiltrazioni che avevano cagionato gravi danni alle popolazioni attrici.

Esaminate accuratamente le difese di Vedanta, la Corte ritiene che la società estrattrice abbia violato la disciplina locale relativa alla difesa dell'ambiente. A seguito di una dettagliata analisi dei precedenti il giudice relatore smentisce tutti gli argomenti utilizzati da Vedanta, e ritiene che l'appello possa essere discusso.

¹² *Vedanta Resources plc v Lungowe*, [2019] 20, 10 aprile 2019.

Ai nostri fini conviene considerare un aspetto di diritto sostanziale ed un aspetto di natura formale.

Il primo riguarda la giustizia sociale: siamo in presenza di popolazioni povere, il cui reddito proviene da allevamento e agricoltura, da una attività economica che fornisce un semplice sostegno di sopravvivenza, e che si colloca nel ciclo biologico e si adegua all'ambiente in modo perfetto. Sono le esternalizzazioni dell'attività mineraria ad alterare l'ambiente e a rendere problematico lo svolgimento di attività agricole.

Si deve notare che l'azione in giudizio è volta ad ottenere il risarcimento del danno per l'irreversibile trasformazione del suolo provocato dall'attività mineraria. Non è richiesta la interruzione o la sospensione dell'attività.

Non si discute della natura giuridica dell'interesse leso, né, come avverrebbe da noi, se si sia in presenza di "beni comuni", di interessi adespoti, di interessi collettivi o diffusi, essendo tuttavia chiaro che lo sfruttamento minerario del suolo è posteriore alla pregressa sua destinazione alla coltivazione e all'allevamento.

Dal punto di vista formale è interessante sottolineare sia la configurazione dei fatti come lesivi di interessi protetti nell'ambito della responsabilità civile sia, e, soprattutto, mettere in evidenza l'imputazione della responsabilità anche alla società controllante, sulla base dell'esercizio di potere di direzione e *controllo*.

Di qui alcune inferenze: che la tutela dell'ambiente e della consistenza orografica di un luogo possano essere tra loro coordinate, tenendo conto degli usi pregressi e del futuro generazionale; che il diritto privato possa colmare le lacune del sistema pubblicistico, quanto meno sotto il profilo della reintegrazione del danno patrimoniale; che i rischi possano essere allocati tra le società del gruppo, superando i problemi di soggettività e di responsabilità patrimoniale, facendo ricorso alla "*parental liability*".

Un caso abbastanza simile è stato deciso recentemente sempre dalla Corte Suprema inglese. Si trattava, questa volta, di un folto numero di abitanti della zona in cui si è formato il delta del Niger. Gli abitanti lamentavano gravissimi danni – alla vita, alla salute, all'ambiente – derivante dall'inquinamento delle acque cagionato dalle perdite di petrolio convogliato in condutture ad opera delle società estrattive e delle loro affiliate. La controllante – *Royal Dutch Shell plc* – è registrata nel Regno Unito. L'attività estrattiva e il suo trasporto è effettuata da una controllata avente sede in Nigeria. Anche in questo caso l'azione nei confronti della controllante è stata fondata sull'illecito extracontrattuale e sulla attività di direzione e controllo delle controllate.

La motivazione della sentenza muove dalle premesse del caso *Vedanta*, e cioè dalla sussistenza di un "*duty of care*" in capo alla controllante. La premessa non è

del tutto sicura, ovviamente, perché la sussistenza della responsabilità della controllante per fatti imputati alla controllata è ancora controversa nel Regno Unito. E tuttavia la Corte Suprema osserva che, nella specie, si era accertato che la controllante aveva una esperienza superiore a quella della controllata, così come una maggiore competenza e maggior risorse per poter verificare i danni arrecati alla vita, alla salute e all'ambiente dalla attività estrattiva e dal trasporto del petrolio.

Al fine di dimostrare il coinvolgimento della controllante – in altri termini, la *proximity* della società con sede nel Regno Unito ai danneggiati residenti in Nigeria – il relatore esamina accuratamente le difese dei danneggiati, riguardanti la struttura interna della controllante e gli atti dei diversi organi concernenti l'attività estrattiva. Ciò le deliberazioni che si possono ascrivere alla rete di controlli organizzata dalla società Shell. Esamina dunque l'attività dell'organo di "*corporate governance*", i rapporti di sostenibilità, con particolare evidenza per le analisi degli effetti dell'attività sull'ambiente, e pure le comunicazioni tra controllante e controllata.

I dati di fatto accertati dal giudice d'appello ed esaminati dalla Suprema Corte tuttavia avevano messo in evidenza che la controllante è una holding con un esiguo numero di dipendenti, che non svolge attività operative e non ha una particolare competenza in materia di estrazioni petrolifere, sì che tutte le decisioni relative alle modalità di esecuzione delle estrazioni e delle condutture spettavano alla controllata.

Per dare dunque una corretta risposta alla domanda se la controllante debba essere ritenuta responsabile per i danni cagionati dalla controllata il relatore esamina – in fatto – cinque aspetti: (i) la vigenza di regole imperative che impongano alla società estrattiva particolari comportamenti, (ii) l'imposizione di obblighi di assunzione di procedimenti, (iii) l'imposizione di un sistema di controlli, (iv) l'imposizione di un regime di spese, (v) la sussistenza di un sistema di direzione e di vigilanza sulla controllata. A questi interrogativi il relatore risponde nel senso che il requisito della *proximity*, pur agevolato dalle prove, non porta ad una convincente e persuasiva soluzione in senso affermativo, essendo per lo più i controlli effettuati sulla base di procedure standard, che uniformano le attività di tutte le società controllate del gruppo.

Così è per il requisito della correttezza e della giustizia sostanziale, che non sembra apprezzabile al giudice relatore.

Le opinioni espresse dagli altri due giudici sono varie e tutte approfonditamente argomentate. E l'opinione dissenziente di uno dei giudici del collegio insiste sulla sussistenza della prossimità e quindi della applicabilità del precedente (*Vedanta*) anche alla Shell.

Il terzo giudice giunge alla conclusione che il requisito della prossimità non è sufficientemente provato, e dunque assolve Shell.

Anche questo caso mostra come sia complessa la valutazione della responsabilità sociale dell'impresa, e che, pur in astratto concepibile, la responsabilità della controllante non può essere presunta, ma debba essere accertata in fatto, sulla base del *duty of care*.

Anche il terzo caso presenta affinità con i precedenti; esso è stato deciso nei confronti della capogruppo Shell dalla Corte distrettuale dell'Aja il 26 maggio 2021; la decisione fa applicazione del codice civile olandese. Il testo è stato pubblicato dalla Corte anche in versione inglese¹³. Si tratta di uno dei primi casi di violazione degli standard di emissioni di CO₂: Shell non è stata ritenuta colpevole per il passato, ma tenuta ad applicare immediatamente tutte le misure necessarie per ridurre le emissioni provocate in futuro dalla attività del gruppo.

Anche in questo caso le regole invocate sono di diritto privato e riguardano in generale i requisiti dell'atto illecito.

Innanzitutto, le questioni di legittimazione processuale. L'attrice era una associazione per la tutela ambientale, ed agiva in rappresentanza di altre due associazioni e quattro fondazioni impegnate nello stesso settore. La convenuta era la holding del gruppo Shell, come si è visto sopra registrata nel Regno Unito ma con la sede principale nei Paesi Bassi. Come emerge dalla motivazione, spetta alla capogruppo definire le politiche delle controllate, le quali, essendo società operative, si occupano in tutto il mondo di estrarre petrolio, di trattarlo e di distribuirlo, tramite un sistema di società di servizi coordinato dalla capogruppo. La Corte si sofferma sugli effetti collaterali dell'attività imprenditoriale, segnalando gli aspetti nocivi del CO₂, i cambiamenti climatici e la situazione globale in progressivo deterioramento come rappresentato dagli studi delle Nazioni Unite in materia. A questi effetti sono associati i danni alla salute, al livello di vivibilità, ai rischi in cui incorre tutta la popolazione mondiale. Per pagine e pagine la motivazione descrive la situazione nel globo, in Europea e nei Paesi Bassi, enumera tutti i maggiori provvedimenti e le risultanze adottati dalle Nazioni Unite, e risolve i problemi giuridici preliminari.

In primis, la legittimazione ad agire di associazioni e fondazioni. Si tratta della applicazione dell'art. III,305a del codice civile che ammette lo standing delle associazioni e delle fondazioni nella promozione di *class actions*. Occorrendo verificare se gli interessi difesi da questi enti potessero rientrare nel dettato della

¹³ ECLI:RBDHA:2021:5339.

disposizione, la Corte si chiede se gli interessi delle generazioni future possano essere tali da fondare un obbligo imputabile alla società convenuta quale utile salvaguardia degli interessi degli *stakeholder*.

Atteso il dettato della norma, esclude che tali interessi possano trovare protezione perché le popolazioni sparse nel mondo possono essere danneggiate in momenti diversi dal cambiamento climatico e in diverse maniere. Tuttavia, con riguardo ai residenti olandesi, la Corte ritiene che alcune delle associazioni possano considerarsi legittimate, tenendo conto dei loro scopi statutari. La Corte si chiede poi se il danno risentito debba essere quello che si aggrega alla situazione del CO₂ in tutto il mondo oppure riguardi solo la popolazione residente nei Paesi Bassi, e propende per questa alternativa.

Assai interessanti sono gli argomenti riguardanti la configurazione dell'illecito, posto che la holding aveva contestato la propria responsabilità, assumendo che la definizione della "*corporate policy*" doveva considerarsi solo un atto preparatorio che esorbitava dai confini dell'atto illecito, in quanto le definizioni di politica aziendale non sono di per sé causa di danno immediato. La Corte ritiene che proprio la definizione della politica aziendale debba essere considerata tale da configurare un atto illecito indipendente di per sé. In altri termini, la definizione della politica aziendale configura un atto illecito se contrasta con uno standard (non scritto) sul quale commisurare la diligenza necessaria per amministrare una società.

L'esame delle risultanze fattuali concernenti l'emissione di CO₂ nella regione dei residenti appartenenti alla associazione attrice hanno dimostrato, secondo la valutazione della Corte, che l'attività del gruppo Shell è stata potenzialmente nociva.

Ma quali interessi sono stati lesi?

L'attrice ha individuato la lesione dei diritti umani e fondamentali come il rispetto della vita, della *privacy* e della famiglia: sono gli artt. 2 e 8 della Convenzione europea e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nonché gli artt. 6 e 17 della Convenzione internazionale dei diritti civili e politici approvata dalle Nazioni Unite nel 1966 ed entrata in vigore nel 1976.

Corroborando la serie di documenti e di provvedimenti utili ai fini della configurazione dell'atto illecito la Corte richiama le determinazioni del Comitato ONU sui diritti umani sul deterioramento del clima e dell'ambiente, i Principi Guida dell'ONU in cui si distingue la responsabilità degli Stati dalla responsabilità delle imprese, sì che la distinzione non implica una assoluzione delle imprese, ma anzi la loro "responsabilità individuale" anche nel monitorare le misure adottate dagli Stati. Questo obbligo emerge anche dalla Guida per le società multinazionali dell'OCSE (Principio n.23) che richiama le imprese alla necessaria tutela

dei diritti fondamentali, «per tutelare l'ambiente e la salute nei luoghi dove esse operano contribuendo al raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile». Di qui l'obbligo delle imprese di rispettare i diritti fondamentali e di assumere tutte le misure necessarie per raggiungere questo risultato, che non implica un atteggiamento passivo, ma se mai una attiva collaborazione. Obbligo che riguarda tutte le imprese di qualsiasi dimensione, salvo ovviamente il principio di proporzionalità.

Questo obbligo deve essere osservato da tutte le imprese della catena di produzione e distribuzione, secondo i criteri elaborati dal Rapporto predisposto dall'Università di Oxford nel 2020.

Sulla base dei dati di fatto raccolti nel corso della procedura riguardanti le emissioni di CO₂ dall'intero gruppo Shell la Corte ritiene che la capogruppo abbia un'obbligazione di risultato (§ 4.4.23) di prevenire e ridurre i rischi connessi con la sua attività, e ciò con riguardo a tutto il gruppo sul quale la holding esercita il suo potere di indirizzo e di controllo. Di qui una serie di misure di carattere tecnico che la Corte indica alla capogruppo per realizzare quel risultato.

Ma la Corte non si arresta qui. Prende anche in considerazione un argomento acuto sollevato dalla difesa della convenuta, e cioè l'inutilità delle misure adottate in quanto nel mercato del petrolio gli spazi liberati da Shell nell'ottemperare all'obbligo di risultato saranno occupati dalle società concorrenti. La Corte non cade nella trappola: ribadisce l'utilità delle misure, e l'irrelevanza dei comportamenti delle imprese concorrenti nell'esonerare Shell dal suo obbligo. In fin dei conti, la collaborazione individuale concorre a raggiungere il benessere collettivo.

È proprio dalla cooperazione di enti pubblici – gli Stati *in primis* – ed enti privati che si possono realizzare gli obiettivi prefissati dai ricercatori per arrestare il degrado del pianeta.

Per raggiungere questo risultato gli obblighi imposti alle imprese debbono essere *adeguati e proporzionali*. Di qui la necessità per Shell di adeguare le proprie politiche aziendali, e l'ordine di ridurre proporzionalmente le emissioni immediatamente esecutivo.

La Corte ha tuttavia escluso il risarcimento del danno non ritenendo illegali le emissioni fino a quel momento effettuate dal gruppo.

IL ‘DOVERE PROFESSIONALE DI CONOSCERE LA GIURISPRUDENZA’: RIFLESSIONI METODOLOGICHE NELLA PROSPETTIVA DELL’ABUSO DEL DIRITTO

Tommaso dalla Massara *

Sommario: 1. Il “dovere professionale di conoscere la giurisprudenza”. – 2. L’imperativo nel senso di andare oltre gli steccati tradizionali. – 3. L’attuale assetto giurisprudenziale di fronte al frazionamento della domanda. – 4. La stratificazione dei piani argomentativi. – 5. Il dovere di (ri)conoscere l’unità del diritto.

1. Il “dovere professionale di conoscere la giurisprudenza”.

Questa magnifica occasione di festeggiamento mi consente di tornare su un tema che affrontai nel contesto di un’iniziativa scientifica propiziata proprio da Giovanna Visintini: il tema cui alludo è quello dell’abuso del diritto, al centro del convegno che si svolse a Brescia nel 2015¹.

* Professore ordinario di diritto romano e diritti dell’antichità dell’Università “Roma Tre”.

¹ Rimando, in particolare, a DALLA MASSARA, *Dal dolo generale alle moderne teorie sull’abuso del diritto*, in VISINTINI (a cura di), *L’abuso del diritto*, Napoli, 2016, p. 127 ss.; mi permetto di richiamare, inoltre, Id., *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2016, p. 1180 ss.; nella prospettiva dei problemi metodologici sollecitati da una riflessione sull’abuso, Id., *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un’esemplificazione*, in BRUTTI, SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main, 2018, p. 111 ss.; in precedenza, Id. *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il “ripensamento” delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 345 ss., nonché pure Id., *Frazionabilità della domanda e principio di buona fede*, in GAROFALO (a cura di),

Oggi, piuttosto che affrontare il tema nella sua latitudine, di esso vorrei proporre una rapida visione – si potrebbe dire – in sorvolo, quasi si trattasse di un colpo d'occhio rivolto dalla distanza; e ciò perché intendo limitarmi, più precisamente, a ricavare alcune indicazioni metodologiche dalla considerazione complessiva di una questione (la quale s'iscrive nella più ampia cornice dell'abuso), che da lungo tempo va impegnando la nostra giurisprudenza.

La questione è quella che insorge a fronte della proponibilità di una domanda che abbia a qualificarsi frazionata, nel senso che quella domanda riveli una disarticolazione del *petitum* quale sarebbe stato da intendersi dimensionato – per impiegare una fortunata espressione – nella sua “minima unità strutturale”². Sul punto, anche di recente, le sentenze abbondano³; negli ultimi anni, occorre tenere a riferimento soprattutto la presa di posizione delle Sezioni Unite nel 2017⁴.

Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, Padova, 2003, p. 429 ss. A commento della pronuncia a Sezioni Unite che portò alla ribalta il tema del frazionamento (alludo alla n. 108 del 2000), cfr. Id., *Tra res iudicata e bona fides: le Sezioni Unite accolgono la frazionabilità nel quantum della domanda di condanna pecuniaria*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1273 ss. Con attenzione alle origini del problema, in diretto confronto con le fonti romane, Id., *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova, 2005: in questa stessa prospettiva, più di recente, Id., *In tema di exceptio rei residuae: commisurazione dell'area di accertamento e funzione di concentrazione processuale*, in *Annali del Seminario giuridico di Palermo*, 2017, p. 273 ss.

² L'espressione è ricavata – come noto – da VERDE, *Sulla “minima unità strutturale” azionabile nel processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 577 ss.

³ Si veda Cass., ord. 25 gennaio 2023, n. 2278, in *Juscivile*, 2023, con nota di GAZZARA, *Frazionamento del credito risarcitorio da sinistro stradale. L'improponibile sanzione dell'improponibilità della domanda*, p. 945 ss., ove sono indicati precedenti, in specie sul versante della responsabilità da fatto illecito. Inoltre, di recente sul frazionamento della domanda, Cass., ord. 14 settembre 2023, n. 26493; Cass., ord. 30 marzo 2022, n. 10181; Cass., ord. 2 maggio 2022, n. 13732; Cass., ord. 17 giugno 2022, n. 19608; Cass., sent. 14 novembre 2022, n. 33443; Cass., ord. 24 maggio 2021, n. 14143, in *Giur. it.*, 2022, p.1606 ss., con nota di BALLETTI, *Frazionamento del credito e rapporto “complesso”*; nonché in *Juscivile*, 2021, p.1582 ss., con nota di FEDERICO, *La Corte di Cassazione torna sul frazionamento del credito tra buona fede e giusto processo*; Cass., 6 maggio 2020, n. 8530.

⁴ Cfr. Cass., 16 febbraio 2017, n. 4090, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1302 ss., con nota di GHIRGA, *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*; in *Corr. giur.*, 2017, p. 975, con nota di ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*; in *Giur. it.*, 2017, p. 1089 ss., con nota di BARAFANI, *I fondamenti giudiziali del dibattito sul frazionamento del credito*. Cfr., inoltre, il commento di TRONCONE, *Note minime sul frazionamento del credito a seguito di Cass. sez. un. 16 febbraio 2017, n. 4090 e 4091*, in *Judicium*, 2017, p. 201 ss.

Com'è noto, il tema dell'abuso si porrebbe, per il caso in esame, in ragione della scelta dell'attore di infrangere l'architettura di base della domanda, quasi che quest'ultima prevedesse una sorta di atomo non riducibile, pena la violazione dei legittimi interessi del convenuto⁵.

Nell'ipotesi più semplice, il tema è esemplificabile al modo seguente: dando per presupposta la sussistenza di un credito da inadempimento contrattuale per un ammontare di cento, occorre chiedersi se al creditore sia consentito introdurre una domanda giudiziale per cinquanta, per poi far seguire a quella prima domanda una seconda di identico ammontare.

Naturalmente, i problemi non muterebbero se le frazioni fossero di più o di meno, di differente entità, contestuali o successive, e tutto ciò sempre a seconda della scelta del creditore.

Inoltre, occorre aggiungere che non diversi sarebbero i problemi da affrontare, allorché il credito esibisse una natura extracontrattuale: così, per esempio, nell'ipotesi in cui le frazioni di domanda corrispondessero a differenti voci di danno.

Come detto, la questione della domanda frazionata si presta a essere osservata sotto il riguardo di un possibile caso di abuso. A ben vedere, più che di abuso del diritto, si dovrebbe qui parlare di abuso del processo⁶; in effetti, la scorrettezza si

⁵ Alludo qui alla categoria della riducibilità, sulla quale si è soffermato negli ultimi anni ORLANDI, *La categoria dell'obbligazione ridotta*, in *Giust. civ.*, 2019, p. 447 ss.; si veda anche ID., *Prescrizione e riduzione*, in *Pers. merc.*, 2023, p.7 ss.

⁶ È sul versante dell'abuso del processo che, invero, si è spostata l'attenzione: "gli anni più recenti sono contrassegnati dall'irrompere sulla scena della categoria dell'abuso del processo», osserva BOCCAGNA, *Il frazionamento giudiziale del credito tra (in)disponibilità dell'oggetto del processo e "meritevolezza" della tutela*, in *Storia Metodo e Cultura*, 2022, p. 2013 s. Basti qui il rinvio a TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in AA. VV. (a cura di), *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 435 ss.; ID., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2012, p. 117 ss.; ID., *Abuso del processo*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 832 ss.; DONDI, GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2007, p. 193 ss.; DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede e abuso degli strumenti processuali*, in *Giust. proc. civ.*, 2009, p. 933 ss.; MONTANARI, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 556 ss.; CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'"abuso sanzionabile del processo" e all'"abuso del diritto come argomento"*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss.; GHIRGA, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 445 ss.; ID., *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 390 ss.; BENATTI, *Note in tema di abuso del processo*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 909 ss. STELLA, *L'abuso*

ravviserebbe, *in thesi*, nella scelta dell'attore di dimensionare la domanda secondo il proprio interesse.

Prima di affrontare la questione, però, vorrei ricordare quale sia – per lo meno da mio punto di vista – la cifra essenziale del messaggio metodologico di Giovanna Visintini.

Ebbene, quella cifra può vedersi ben compendiata nel titolo di un suo contributo: *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza*, in *Scintillae Iuris, Scritti in memoria di G. Gorla*, pubblicato a Milano nel 1994⁷.

L'espressione-chiave (ripresa da Gorla⁸) da Giovanna Visintini evidenziata nel titolo è “professionale”: tale aggettivo connota precisamente un dovere, quello posto a carico di chi lavora con il diritto, ed esso è, per l'appunto, quello di conoscere la giurisprudenza.

Deve pertanto intendersi che porzione integrante della disciplina che coltivate – presa nel suo statuto epistemico - è rappresentata dalla conoscenza delle decisioni dei giudici.

Emerge in modo chiaro quale sia il modo di concepire la figura del giurista del nostro tempo: ponendo mente al celeberrimo lavoro di Max Weber, dedicato a *Il lavoro intellettuale come professione*⁹, spicca l'impegno forte di cui si sta discutendo, quello che dà corpo a un autentico *Beruf*; è l'impegno di intendere il diritto civile come vivo e vivente nelle decisioni dei giudici, nonché quindi di conoscerne gli orientamenti.

Per insistere ancora sul punto: non siamo dunque a cospetto di un impegno accessorio ed eventuale, bensì consustanziale rispetto allo studio del diritto.

del processo nella prospettiva del diritto eurounitario, in *Riv. dir. proc.*, 2021, p. 57 ss.; COMOGLIO, *Abuso del processo e condanna alle spese: punti fermi e zone d'ombra*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, p. 178 ss.

⁷ Lo si trova pubblicato anche nella *Rivista di diritto civile* del 1995, I, p. 193; cfr., inoltre, *Le devoir (professionnel) de connaître la jurisprudence*, relazione al Convegno *Nature et rôle de la Jurisprudence dans les systèmes juridiques*, promosso da *Association int. de Méthodologie juridique* (Président J.L. Bergel) a Rabat (Marocco) 8-10 aprile 1993, ed. *Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Cahiers de méthodologie juridique n. 8 - Revue de la Recherche juridique*, 1993.

⁸ Il riferimento è alla conferenza di Gino Gorla presso l'Ordine degli Avvocati di Roma, *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi d'informazione*, pubblicata in *Temi romana*, 1967 e nei *Quaderni del Foro italiano*, 1967.

⁹ Si rimanda, in particolare, all'edizione WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, a cura e con un'introduzione di CACCIARI, Milano, 2018. In particolare, il volume raccoglie i testi di due celebri conferenze, ossia *La scienza come professione* e *La politica come professione*, tenute da Weber all'Università di Monaco tra il 1917 e il 1919.

Si badi infine che l'essenzialità rileva non solo e non tanto rispetto alla pratica del diritto, bensì fin già sul piano della costituzione di una scienza (la quale naturalmente, se si parla di diritto, non può che trarre continuo alimento nella prassi).

2. L'imperativo nel senso di andare oltre gli steccati tradizionali.

Chiarita la cifra metodologica di Giovanna Visintini, è ora il momento di tornare al tema dell'abuso.

Si tratta di un tema sul quale un autentico tornante del dibattito è segnato dal celebre contributo di Pietro Rescigno, pubblicato per la prima volta nel 1965¹⁰.

Ebbene, proprio l'insegnamento di Rescigno aveva lasciato una traccia indelebile nella formazione di Giovanna Visintini; così come – non v'è dubbio – a definire il suo approccio scientifico avrebbe in seguito contribuito, e non poco, Franco Galgano.

Che si guardi ai problemi con gli occhi di Rescigno o di Galgano, resta chiaro l'imperativo nel senso di andare oltre il dato legislativo. Insomma, occorre leggere i fenomeni nella loro vita reale, nella quotidiana applicazione ai fatti.

Valga appena ricordare che al nome di Galgano, in questo caso nella veste di avvocato, resta legata la celebre sentenza in tema di recesso del 2009¹¹. Si tratta

¹⁰ Mi riferisco, evidentemente, a RESCIGNO, *L'Abuso del diritto*, Padova, 1965 (da ultimo, Bologna, 1998). Si veda anche *L'abuso del diritto nel quadro dei principi generali*, in VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, p. 23 ss.; inoltre, Id., *L'Abuso del diritto (una significativa rimediazione delle Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 745 ss.

¹¹ L'allusione è al celebre "caso Renault": Cass., 24 settembre 2009, n. 20106. Cfr. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 311 ss.; RESCIGNO, "Forme" singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault), in *Contr. impr.*, p. 589 ss.; ADDIS, *Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault"*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 245 ss. Con impostazione critica, ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss. Cfr., inoltre, PALMIERI, PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85; GENTILI, *Abuso del processo e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 345 ss.; CENINI, GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss.; RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche a margine di una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 ss.; MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1577 ss.; D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti*, 2010, p. 5 ss.; LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 33 ss.

di una sentenza che, nel definire i rilievi applicativi della figura dell'abuso del diritto, può ritenersi pari per risonanza forse soltanto alla pronuncia, antecedente di una quindicina d'anni, sul caso Fiuggi¹², quest'ultima però diversamente impostata, giacché lì al centro era il ruolo integrativo e correttivo della buona fede.

Quel che in questa sede più mi preme sottolineare è che Giovanna Visintini nella sua attività scientifica ha raccolto e con costanza sviluppato un messaggio – come ho detto, legato dapprincipio a Pietro Rescigno e poi coltivato in dialogo con Franco Galgano – che sulla centralità della giurisprudenza edifica un vero e proprio progetto culturale.

Per molti anni, quel progetto ha prodotto i suoi esiti nel fervido cantiere rappresentato da *Contratto e impresa*: rivista alla quale Giovanna Visintini ha dedicato non poche delle sue energie.

Più recentemente, è del “Centro Toscolano” che Giovanna Visintini ha fatto una casa aperta a dibattiti e incontri, sempre caratterizzati dallo sforzo di dar vita a un dialogo vivace e fecondo con la giurisprudenza.

Aggiungerei che questo messaggio, nel senso di un diritto civile aperto e dialogante, nel tempo si è fatto sempre più profondo e coraggioso: per esempio, proprio essendo ospite di Giovanna a Toscolano, ebbi occasione di conoscere Paolo Grossi, con il quale lo scambio di idee poi non smise di essere per me di grande arricchimento; tanto basta per dire che quel messaggio di apertura è andato indirizzandosi anche verso la storia, nonché, nel senso più lato, verso la cultura giuridica.

D'altra parte, dopo i nomi di Rescigno e di Galgano, non si potrebbe fare a meno di citare quello di Giovanni Tarello, il quale certamente non poco influi su questa attenzione di Giovanna Visintini per un sapere che si collochi al di fuori di un *hortus conclusus*.

In definitiva, direi che il messaggio metodologico che se ne ricava sospinge nel senso di andare oltre gli steccati tradizionali: l'impulso è, dunque, nel senso di superare il legalismo, senza remore e senza ritrosia nell'infrangere i confini dell'antico dogmatismo.

¹² Qui il riferimento è a Cass., 20 aprile 1994, n. 3775 in *Foro it.*, 1995, c. 1295: in quella vicenda processuale, a patrocinare il Comune di Fiuggi era Adolfo di Majo. Per un commento, cfr. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ss., cui *adde* PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, p. 37 s.

3. L'attuale assetto giurisprudenziale di fronte al frazionamento della domanda.

Si torni a guardare al tema dell'abuso.

Come dicevo, sull'abuso del diritto Giovanna Visintini mi coinvolse come relatore nel congresso bresciano del 2015¹³, sicché si può ben dire che oggi io mi ritrovi sul luogo del delitto: quale impressione ne ricavo, a quasi dieci anni di distanza?

Il messaggio di allora – per l'appunto, indirizzato ad andare oltre gli steccati tradizionali – si conferma validissimo, eppure a mio giudizio potrebbe apparire non sufficiente se inteso soltanto in termini di superamento del legalismo.

L'invito a varcare le soglie dell'*hortus conclusus* deve orientarci oggi verso nuovi orizzonti; questi orizzonti sono ulteriori anche solo se confrontati con quelli di un tempo relativamente recente.

Si considerino i problemi posti dalla proposizione di una domanda frazionata, per vedere come essi vengono oggi affrontati dalla giurisprudenza.

Secondo le Sezioni Unite del 2007, «la scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale aggravamento della posizione del debitore si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede sia con il principio costituzionale del giusto processo, in quanto la parcellizzazione della domanda diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si traduce in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale».

Il fuoco era allora concentrato sui principi di correttezza e buona fede, con riferimento all'art. 111 Cost., nonché con attenzione all'abuso del processo.

Il quadro appare significativamente ridefinito, ma soprattutto di molto arricchito, dopo la presa di posizione delle Sezioni Unite del 16 febbraio 2017, n. 4090.

Si legga: «quel che rileva è che il creditore abbia un interesse oggettivamente valutabile alla proposizione separata di azioni relative a crediti riferibili al medesimo rapporto di durata ed inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un ipotizzabile giudicato, ovvero fondati sul medesimo fatto costitutivo». Continua la Suprema Corte: «le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se

¹³Mi riferisco al già evocato congresso, che si tenne nei giorni nei giorni 26-27 giugno, su "Il divieto dell'abuso del diritto", i cui atti sono poi confluiti in VISINTINI (a cura di), *L'abuso del diritto*, cit.: in quel contesto si colloca il mio contributo DALLA MASSARA, *Dal dolo generale alle moderne teorie*, cit., p. 127 ss.

relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi. Se tuttavia i suddetti diritti di credito, oltre a far capo ad un medesimo rapporto di durata tra le stesse parti, sono anche, in proiezione, inscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque “fondati” sul medesimo fatto costitutivo – sì da non poter essere accertati separatamente se non a costo di una duplicazione di attività istruttoria e di una conseguente dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale –, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata. Ove la necessità di siffatto interesse (e la relativa mancanza) non siano state dedotte dal convenuto, il giudice che intenda farne oggetto di rilievo dovrà indicare la relativa questione ai sensi dell’art. 183 c.p.c., e, se del caso, riservare la decisione assegnando alle parti termine per memorie ai sensi dell’art. 101 c.p.c., comma 2».

Tra le sentenze di merito successive, ritengo possa essere sufficiente gettare uno sguardo sul percorso argomentativo tracciato da una recente pronuncia della Corte d’Appello di Roma¹⁴: qui si insiste sulla necessità che il creditore abbia «assolto l’onere di provare la sussistenza di un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata».

A valle di quest’assai rapida perlustrazione, la domanda che occorre porsi è in definitiva la seguente: quali sono gli odierni confini dell’abuso del diritto, in relazione al frazionamento della domanda?

Cercherò di dire che soltanto una visione assai allargata del diritto civile consente un’esatta comprensione dei problemi.

4. La stratificazione dei piani argomentativi.

Nella misura in cui si tenti di leggere – vorrei dire - in stratigrafia le sentenze intervenute negli ultimi anni sul tema della domanda frazionata (e qui dianzi ne ho fornito un saggio davvero minimale), lo scenario si presenta mutato anche solo se paragonato con pochi anni addietro.

In specie, il confronto tra la sentenza del 2007 e quella del 2017 indica una linea di tendenza verso un arricchimento dei piani argomentativi, nonché verso una coraggiosa ricombinazione di quelli che appaiono i materiali da costruzione utilizzati per una ridefinizione – in esito, assai articolata e complessa – della regola sull’abuso, per lo meno con attenzione al caso della domanda frazionata.

¹⁴ Mi riferisco alla sentenza App. Roma, Sez. Lav., 17 marzo 2022, n. 1154.

Balza all'occhio una congerie di argomentazioni provenienti da matrici differenti, sicché lo scenario finirebbe per essere ben poco comprensibile se non fosse compiuto un salto metodologico.

Per intenderci, il messaggio nel senso di un superamento del legalismo non apparirebbe sufficiente, nella misura in cui esso postulasse un campo di tensione, quello tra legge e diritto vivente, che è pur sempre tutto interno al diritto privato; giunti agli anni Venti del Terzo Millennio, il superamento che si rende necessario riguarda invece – qui sta la trasformazione – i confini esterni del diritto privato, in direzione delle altre prospettive di studio del fenomeno giusprivatistico.

L'impostazione dei problemi posti dal frazionamento della domanda impone la simultanea considerazione di piani argomentativi che in passato si sarebbero tenuti distinti e tendenzialmente incomunicanti.

In specie, la lettura delle decisioni dei giudici lascia emergere una composizione tra segmenti argomentativi tale per cui rimane presupposto il superamento di ogni diaframma tra piano sostanziale e piano processuale; inoltre, risulta comprovata la necessità di considerare il diritto privato in tutt'uno con la sua storia. Penso, in primo luogo, all'impiego argomentativo di figure provenienti dalla tradizione romanistica: per il caso che ci occupa, penso anzitutto all'eccezione di dolo generale, ma anche alla *praescriptio*, come forma limitativa della pretesa attorea, sebbene nell'interesse dell'attore stesso.

Si potrà allora provare – quasi per esercizio logico – a isolare alcune delle linee argomentative che si rinvergono, tra loro combinate e talora inscindibilmente intrecciate, all'interno del ragionamento dei giudici.

Beninteso, si tratta di linee tutte funzionali all'impostazione e alla definizione dei problemi posti dal frazionamento della domanda.

i) Si lascia identificare anzitutto il ragionamento che ruota attorno alla definizione degli effetti del giudicato; come emergeva già nell'analisi di alcuni Maestri processualcivili del passato¹⁵, la domanda per la seconda frazione di credito (o per le successive frazioni) potrebbe ritenersi in contrasto con il giudicato formatosi sulla prima frazione. Ciò sarebbe immaginabile in ragione degli effetti del giudicato che abbiano a svilupparsi non soltanto dal dedotto, ma anche dal deducibile. Tale linea argomentativa riconduce al problema generale dell'identi-

¹⁵ Cfr. in specie ALLORIO, *Giudicato su domanda parziale*, in *Giur. it.*, 1958, I, 1, c. 399 ss.; ATTARDI, *Frazionamento della domanda di danni e estensione del giudicato*, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 537 ss.; CERINO-CANOVA, *Unicità del diritto e processo di risarcimento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, p. 439 ss.

ficazione della domanda¹⁶. Inoltre, in connessione con ciò, occorre prendere in considerazione l'idea che la non consumazione dell'azione possa derivare dalla riserva (evocavo poc'anzi la *praescriptio*, tipica del processo formulare romano) che l'attore abbia a esprimere nell'atto introduttivo del primo giudizio, allo scopo di fare salva la possibilità di agire per il residuo.

ii) Una seconda linea argomentativa è quella che conduce a valorizzare la rilevanza dei principi di buona fede e correttezza: in altre parole, la scelta del creditore di frazionare la domanda incontrerebbe ostacolo nell'eccezione di dolo che è a disposizione del convenuto¹⁷. Si tratta di un'eccezione con cui s'intende far valere una condotta scorretta, rilevante anche se successiva alla conclusione del negozio giuridico a monte, fino al momento del processo. È ben noto che un dolo di tal fatta è quello che nella giurisprudenza classica romana si sarebbe definito presente o generale. Alla reviviscenza di quell'antico strumento, dunque, dovrebbe affidarsi il debitore-convenuto; sicché il dolo – nel suo significato più ampio di comportamento contrario alla buona fede di cui agli artt. 1175 c.c. e 1375 c.c. – verrebbe a rappresentare un fatto impeditivo della condanna del convenuto.

iii) Una terza linea di ragionamento riferibile ai problemi posti dalla domanda frazionata è quella che fa leva su una rinnovata analisi dell'interesse ad agire; nella specie, si prospetta che l'interesse del creditore che intenda agire sia vagliato sotto il profilo della sua meritevolezza. Per coloro che hanno definito con particolare attenzione questo percorso¹⁸, la valutazione andrebbe compiuta secondo parametri non dissimili rispetto a quelli che da sempre caratterizzano il giudizio sugli interessi perseguiti contrattualmente, ossia avendo a mente lo scrutinio condotto ai sensi dell'art. 1322 c.c. Proprio una siffatta valutazione dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., però condotta sul calco dell'art. 1322 c.c., sembra aver assunto un ruolo centrale nell'impostazione prevalente nelle sentenze più recenti¹⁹. Certo, si tratta di una linea argomentativa che in qualche misura riassorbe in

¹⁶ Cfr. CONSOLO, voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv. – sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 51 ss.

¹⁷ Lo scenario è quello descritto alle nt. 10, 11, 12; cfr., inoltre, DALLA MASSARA, *Abuso del diritto e dolo generale*, p. 1180 ss.

¹⁸ Si rimanda a GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; Id., *Principi processuali e meritevolezza della tutela richiesta*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 13 ss.; con specifico riferimento al frazionamento del credito, Id., *Frazionamento dei crediti, rapporti di durata e interesse ad agire*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1306 ss.

¹⁹ Nella prospettiva della meritevolezza dell'interesse di cui all'art. 100 c.p.c., però in

sé tanto la valutazione sul piano sostanziale (giacché un giudizio di meritevolezza non potrebbe prescindere dalla considerazione della perimetrazione dell'unità di base del credito), quanto – ovviamente – la valutazione processuale dei problemi.

iv) Vi è quantomeno ancora una lente utile a leggere il tema della domanda frazionata: mi riferisco all'art. 1181 c.c. Se quella norma – com'è noto – impone al debitore la regola dell'integrità quantitativa dell'adempimento, non manca tuttavia chi da essa ricavi talune considerazioni intorno alla disponibilità ovvero all'indisponibilità dell'interesse sotteso a un adempimento che sia totale (anziché parziale)²⁰. In altri termini, se il debitore non è mai facoltizzato ad adempiere parzialmente (giacché al creditore è riconosciuto il potere di rifiutare un adempimento di tal genere), potrebbe mettersi in discussione se e quando il creditore incontri limiti rispetto alla facoltà di esercitare il suo diritto di rifiutare un adempimento parziale.

Per concludere, occorre giust'appena rammentare come ciascuna delle prospettive evocate presenti interferenze con l'applicazione delle norme processuali che prevedono il sanzionamento di una scorrettezza consumatasi in processo.

Com'è noto, a tal riguardo rileva non soltanto il combinato disposto degli artt. 92-88 c.p.c., in base a cui il riparto delle spese di giudizio può essere disposto prescindendo dalla soccombenza, ma anche l'art. 96 c.p.c., che consente di sanzionare in vario modo (oggi anche in virtù di un quarto comma) la temerarietà della lite.

Orbene, questa rapida perlustrazione delle linee argomentative che innervano il tema della domanda frazionata consente di approdare a qualche conclusione.

Data per archiviata la battaglia – combattuta, prima di altri, da Pietro Rescigno, Franco Galgano, quindi da Giovanna Visintini – contro una visione angustamente legalistica del diritto privato, è verso i confini esterni che occorre adesso concentrare l'attenzione²¹. È chiaro che una visione endoparadigmatica del diritto privato non consentirebbe di addivenire all'autentica comprensione dei problemi

chiave critica, MARINELLI, in *Storia Metodo Cultura*, 2022, p. 307 ss. in precedenza, Id., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005.

²⁰ Su questi percorsi argomentativi, sia consentito il rinvio a DALLA MASSARA, *In tema di accettazione di adempimento parziale con riserva di saldo*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 651 ss.; Id., *Accettazione di adempimento parziale a saldo e con riserva di saldo: vicende dell'obbligazione e delimitazioni della responsabilità*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*, a cura di L. GAROFALO, Napoli, 2011, 305 ss.

²¹ Sul punto rimando in special modo a ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020; si veda inoltre, in chiave storica, SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

implicati: il diritto è da vedersi tutto intero, nella sua unità; e il fenomeno giurprivatistico va studiato nella sua massima altitudine.

I percorsi argomentativi proposti dalla giurisprudenza pongono in una relazione di piena circolarità il diritto sostanziale e quello processuale, il diritto privato e la sua storia, come anche la comparazione giuridica, non meno che altre prospettive. Insomma, ogni sforzo di comprensione dell'intrico delle questioni deve essere compiuto affinché i problemi, che in ultima analisi si offrono alla decisione del giudice, siano osservati in una prospettiva pluridimensionale.

5. Il dovere di (ri)conoscere l'unità del diritto.

Credo si possa dire, in estrema sintesi, che la validità dell'insegnamento di Giovanna Visintini trova oggi piena conferma: dovere del giurista è quello di conoscere la giurisprudenza. Al contempo, negli ultimi anni si sono poste le premesse per una reinterpretazione del messaggio di Giovanna Visintini, e ciò in un senso ancora più coraggioso e sfidante.

Il messaggio metodologico che sprona ad andare oltre gli steccati tradizionali va portato a esiti ulteriori: non si tratta più soltanto di andare oltre il legalismo, per spezzare il monopolio della legge, ma soprattutto di abbattere le barriere esterne, quelle che separano il diritto civile dagli altri approcci al fenomeno giuridico, che resta unitario e inscindibile.

La palestra offerta dal caso della domanda frazionata dimostra la necessità che sia superato il diaframma che in passato aveva tenuto separato il piano sostanziale dei problemi rispetto a quello processuale; ed è altrettanto chiaro che un recupero della dimensione storica dei problemi è indispensabile.

Più in generale, soltanto una visione ampia ed estroflessa (nella quale certamente è compresa la comparazione in tutte le sue forme, sincronica e diacronica) consente di tentare una piena razionalizzazione dei problemi, che appaiono sempre più numerosi e sfaccettati.

Insomma, se già trent'anni fa Giovanna Visintini parlava del "dovere professionale di conoscere la giurisprudenza", oggi quell'accorato appello meriterebbe di essere inteso in termini un poco rinnovati: occorre (ri)conoscere l'unità del diritto.

Anche per averci instradato verso sfide nuove e più difficili, davvero dobbiamo essere grati a Giovanna Visintini.

LA (IR)RESISTIBILE ASCESA DELLA RAGIONEVOLEZZA DA *NOTION FLOUE* A “METAPRINCIPIO”?

Stefano Troiano *

Sommario: 1. Premessa. – 2. La potenzialità espansiva della ragionevolezza. – 3. Come leggere la ragionevolezza: due impostazioni metodologicamente contrapposte e tra loro incommunicanti? – 4. La ragionevolezza e gli altri strumenti concettuali del diritto privato. – 5. La ragionevolezza come architrave del sistema giuridico: le criticità. - 6. Ancora su ragionevolezza, clausole generali e principi. - 7. Il pericolo della riscrittura sostanziale delle norme, ben oltre i limiti della interpretazione costituzionalmente conforme. Il caso dell’anonimato materno. - 8. Quale spazio, dunque, per la ragionevolezza nel diritto privato?

1. Premessa.

La ragionevolezza, come è stato ben scritto¹, è un concetto che non ammette aggettivazioni, perché è essenzialmente sinonimo di equilibrio: un equilibrio umano, pragmatico, raggiungibile attraverso l’impiego di risorse a disposizione dell’uomo comune e, soprattutto, come qualsiasi equilibrio, non suscettibile di essere misurato per gradi².

* Professore ordinario di diritto privato dell’Università degli studi di Verona.

¹ SPADARO, *I diritti della ragionevolezza e la ragionevolezza dei diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2002, p. 339 s., ripreso da LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Il contratto* (a cura di D’AMICO), Milano, 2021, p. 358.

² Lo attesta l’origine del vocabolo. L’impiego distinto degli aggettivi *rationalis* e *rationabilis* nel latino tardo e, in seguito, dei termini “razionale” e “ragionevole” nella

L'equilibrio, infatti, o c'è o non c'è.

Oggi si direbbe – in ossequio agli imperanti anglicismi che affliggono il lessico del terzo millennio – che è una condizione *on/off*. Non è graduabile, perché dire di una condotta o di una regola che è “quasi”, “abbastanza” o “molto” ragionevole, equivarrebbe a dire che è ancora – nella prospettiva di umana condivisione che si sta evocando – squilibrata o imperfetta, “irragionevole”, appunto³, con una, invero inammissibile, *contradictio in adiecto*.

Ma la ragionevolezza sfugge pure al tentativo di ingabbiarla in un ambito specifico dell'esperienza giuridica. Anche coloro, incluso chi scrive, che, nel dedicarsi al tema, hanno concentrato la propria ricerca su uno o più settori del diritto privato, primo fra tutti quello dei contratti⁴, non hanno mancato di elevare lo sguardo ad altri ambiti della scienza giusprivatistica, se non a tutto il diritto privato⁵. E il discorso può essere esteso, senza per questo annullare le specificità che separano le diverse branche del diritto, alla ragionevolezza nel diritto *tout court*, perché in realtà il diritto svolge la sua funzione, di conferire un assetto socialmente accettabile e duraturo ai rapporti interpersonali, solo se è ragionevole, risolvendosi esso stesso, in ultima istanza, nell'individuazione di un equilibrio nei

lingua volgare, segna infatti nel tempo l'affermarsi di una divaricazione di senso, che amplifica la polisemia astratto-concreto insita fin dall'origine nel vocabolo *ratio*, accentuandosi, nel concetto di “razionale”, l'idea di conformità ad una “logica astratta”, e, in quello di “ragionevole”, per converso, l'immagine di un “equilibrio, di cose o di condotte, rapportato ad una misura concreta ed umana” ed ispirata al “comune buon senso”. Anche nel diritto la ragionevolezza si presenta, dunque, con queste caratteristiche, ovvero come una qualità della ragione pragmatica, che si cala nella realtà degli uomini e ad essa si adegua, ponendosi anche come sinonimo di giusto e di proporzionato in rapporto alle concrete circostanze.

³ Così sempre SPADARO, *op. cit.*, p. 339 s.

⁴ Limitandosi solo a riferimenti essenziali v. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010; N. LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, cit., p. 356 ss.; PIRAINO, *Diligenza, buona fede e ragionevolezza nelle pratiche commerciali scorrette. Ipotesi sulla ragionevolezza nel diritto privato*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 1169 ss.; TROIANO, *La “ragionevolezza” nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

⁵ V. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in *Ars Interpretandi*, n. 7, 2002, 383 ss.; PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2012; PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015; Id., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.; PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e “efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017; RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007; TROIANO, *Ragionevolezza (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, 2013, p. 763 ss.; ZORZETTO, *La ragionevolezza dei privati*, Milano, 2008.

rapporti fra i consociati che possa essere percepito come umanamente esigibile e, per questo, condiviso⁶.

2. La potenzialità espansiva della ragionevolezza.

Partendo da una ragionevolezza senza aggettivazioni né confini, e però assunta dalla prospettiva privilegiata di chi è solito lavorare con gli strumenti del diritto privato, il compito dell'interprete che di essa voglia comprendere significati e funzioni risulta complicato dalla constatazione che la ragionevolezza, proprio per questa sua portata ampia e totalizzante, per l'intrinseca vaghezza e polisemia⁷, che ne fanno, come da molti evidenziato, una componente imprescindibile e persino ovvia dell'esperienza giuridica⁸, in nessuna delle declinazioni in cui se ne attesta la presenza nell'esperienza giuridica si presenta come un oggetto dotato di una sua autonomia concettuale forte (paragonabile a quella che invece possono esibire – o avere acquisito nel tempo – la buona fede, specie se radicata nella solidarietà, o anche l'equità e la diligenza). Piuttosto, proprio in ragione della sua duttilità si presta a occupare il terreno di questi e di altri concetti normativi indeterminati del diritto privato, ad essi parzialmente sovrapponendosi o finanche sostituendosi. Ambisce a diventare, cioè, un concetto che divora e fagocita tutto, ovvero, parafrasando categorie di matrice tedesca, un *weiterfressender Rechtsbegriff*⁹, in potenza totalizzante e assorbente, con cui l'interprete può, in via teorica, giustificare tutto e il contrario di tutto¹⁰.

⁶ Come sottolineava ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, trad. it. di PATTI e ZACCARIA, Napoli, rist. 2010 (1983), p. 22, è necessario che nella norma “diventi evidente la relazione di significato con una soluzione accettabile secondo ragionevolezza».

⁷ Ragionevolezza è, infatti, termine ambiguo, sfuggente, polisemo (v. SPADARO, *op. cit.*, p. 325 ss.) oltre che “proteiforme” (ZORZETTO, *op. cit.*, p. 140), che lascia all'interprete, nel concretizzarla, amplissimi margini di libertà legati soprattutto al particolare rilievo che nella valutazione assumono le circostanze concrete (per tutti E. GIORGINI, *op. cit.*, p. 75).

⁸ Di modulo “ovvio», “naturalmente immanente nel sistema ordinamentale», discorre CRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 751.

⁹ Il riferimento è al concetto di *weiterfressender Mangel* in tema di garanzie della vendita.

¹⁰ Proprio l'indefinibilità della ragionevolezza, la sua resistenza a farsi imbrigliare entro confini astratti e precostituiti, in uno con la carica semantica intuitiva che essa si porta con sé dal linguaggio comune, ne fanno uno strumento quanto mai elastico e malleabile, utile per adeguare la regola di decisione alle contingenze dei casi concreti e ai cambiamenti della società, favorendone la capillare diffusione nei discorsi dei giusprivatisti.

Ragione per cui, la ragionevolezza, ben più di ogni altra nozione giuridica indeterminata, si presenta come espressione paradigmatica del problema dei poteri del giudice nell'interpretazione, applicazione e costruzione progressiva della regola giuridica. È, infatti, impossibile parlare di ragionevolezza senza interrogarsi intorno al ruolo dei giudici e al rapporto tra il giudice e la legge¹¹, problema che da tempo immemore occupa l'attenzione dei civilisti (e non solo) ma che oggi si presenta in veste rinnovata in ragione dei rapidi mutamenti del contesto ordinamentale che, negli ultimi decenni, per la spinta di fattori sia endogeni che esogeni¹², hanno progressivamente incrinato molte delle certezze tramandateci dalla tradizione otto-novecentesca.

3. Come leggere la ragionevolezza: due impostazioni metodologicamente contrapposte e tra loro incomunicanti?

Non è un caso, allora che, proprio sul terreno della ragionevolezza si stia giocando negli ultimi anni la partita più accesa, che vede due schieramenti contrapposti, due visioni del diritto che sarebbero, almeno secondo una autorevole lettura¹³, tra loro totalmente incomunicanti e votate a produrre risultati non confrontabili: la prima che muove dalla ricerca del significato della ragionevolezza nelle pieghe del dettato normativo, tentando, non senza difficoltà, dovuta alla genericità del concetto e all'eterogeneità dei suoi impieghi, di coglierne il significato, accanto agli altri concetti, all'interno di essi o in parziale sovrapposizione a quelli¹⁴; la seconda

¹¹ Su cui v. l'efficace sintesi di SCOGNAMIGLIO, *Il diritto dei contratti, tra legge e giudice*, in *Pactum*, 2022, p. 43 ss.

¹² Tra i quali si annoverano, esemplificando, la costituzionalizzazione del diritto privato, l'uropeizzazione/globalizzazione dell'esperienza giuridica, lo sfarinamento della sovranità nazionale, l'affacciarsi di soggetti privati in grado di imporre le proprie regole ai mercati globali, ecc.

¹³ È l'analisi di LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, cit., p. 365, che giunge al culmine di un percorso di riflessione da tempo coerentemente coltivato dall'illustre Autore. Si pensi, per citare solo le opere più significative, a LIPARI, *L'elogio della giustizia*, Bologna, 2021; Id., *Il diritto civile tra passato e futuro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 317 ss.; *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019; Id., *Per un diritto secondo ragione*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1427 ss.; Id., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017; Id., *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 479 ss. In consonanza è il pensiero di GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, e Id., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

¹⁴ Si è percorsa questa via in TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, cit., *passim*.

che muove invece dalla ragionevolezza come principio non scritto posto come architrave dell'intero sistema giuridico, in una prospettiva quindi che, traendo linfa dai principi apicali, tende a intravedervi una dimensione valutativa che innerva l'ordinamento tutto, al di là di qualsiasi richiamo testuale, in quanto presiede al necessario bilanciamento tra i principi: una sorta, quindi, di “metaprincipio”.

Due approcci talmente antitetici che, come è stato affermato da chi sposa con forza la seconda prospettiva¹⁵, non avrebbe senso ricavare il significato della ragionevolezza dalle disposizioni che di volta in volta la richiamano a variegati fini, perché essa è ciò che fonda il sistema e non può dunque essere a sua volta condizionata dalle norme o trarre da queste il suo fondamento. Se infatti la ragionevolezza viene considerata come – cito testualmente¹⁶ – un «*necessario tessuto connettivo del sistema, come criterio guida che non può non informare, anche se talora in maniera sottintesa o implicita, i procedimenti applicativi, (...) essa va, in questa accezione, tenuta distinta dalle ipotesi in cui risulta testualmente richiamata in precetti normativi*», trattandosi di situazioni che operano su piani non comparabili. Tenendo nettamente separati i due piani, l'interprete dovrebbe piuttosto concentrare la sua attenzione sulla ragionevolezza come principio, ossia sulla sua accezione pregnante, relegando ai margini della riflessione le sue variegate epifanie testuali, da leggere quali manifestazioni periferiche di un fenomeno di ben più vasta portata e, per questo, verrebbe da aggiungere, trascurabili oltre che assai difficilmente riducibili ad una logica unitaria¹⁷.

È da chiedersi, però, se i due piani di cui si discorre possano, all'atto pratico, essere tenuti così radicalmente distinti. Se sia, cioè, legittimo che l'interprete, nel ricostruire il significato di un dato strumento o istituto, possa prescindere dall'analisi del modo in cui esso è stato assunto, proprio e innanzitutto, dalla legge, e di come quindi si inserisca nel tessuto normativo di cui è solo una parte, e che, in qualche modo, gli preesiste. In un diritto privato che, lo si voglia o no, si compone tutt'oggi di norme variamente plasmate dal legislatore nella loro struttura, perché costruite secondo diversi livelli di precisione e determinatezza, ossia intorno vuoi a fattispecie precise ed analitiche, vuoi a clausole generali e concetti indeter-

¹⁵ LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, cit., p. 373, che descrive la distanza tra questi due approcci come un vero e proprio “abisso» (p. 378, nt. 140).

¹⁶ LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 373.

¹⁷ Ogni tentativo in tal senso sarebbe votato al fallimento: RUGGERI, *Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in LA TORRE, SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 98, e LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 373.

minati (a loro volta declinati in plurime forme), porre l'accento primariamente, se non in via esclusiva, su *un solo* strumento, nella specie la ragionevolezza, che di quel sistema sarebbe principio assorbente, che tutti li riassumerebbe, significa riconoscere, nel sistema stesso, un elemento di patente incoerenza. Irrazionale è, infatti, che, data la ineludibile distinzione, almeno nel nostro sistema giuridico, tra il momento di posizione della norma da parte del legislatore e quello della sua applicazione da parte del giudice¹⁸ (salvo quanto a breve si dirà sul ruolo imprescindibile dei giudici nel costruire il significato effettivo della norma), un ordinamento si avvalga di una pluralità di strumenti concettuali più o meno indeterminati ed equilibratamente dosati, tra loro e rispetto alle norme di fattispecie – dalla buona fede alla diligenza, dall'equità all'ingiustizia, fino, appunto, al ragionevole (ove questo è richiamato) –, e poi *d'emblée* si disfi di tutto questo articolato strumentario per soppiantarlo con la funzione assorbente e totalizzante di un unico principio, per così dire, “despota” o “tiranno”.

Salvo che non si ritenga, alternativamente, o che la ragionevolezza non comporti alcuna sovrapposizione o confusione con altri strumenti concettuali già esistenti (e che pertanto la sua potenzialità assorbente sia un falso problema) oppure che, in radice, sia da abbandonare l'idea stessa di un giudice “soggetto” alla legge, almeno nel senso di vincolato a condurre la propria attività interpretativa movendo primariamente da essa, e che, quindi, il decidere secondo ragionevolezza sia il vero momento di posizione della regola, e il giudice non incontri limite alcuno nel contribuire alla stessa scrittura o riscrittura delle norme.

Simili riflessioni tornano viepiù attuali nel momento in cui ci si accinge a rendere omaggio a colei che alle clausole generali, nel loro rapporto con i principi e le nozioni giuridiche indeterminate, ha dedicato una parte essenziale della propria raffinatissima riflessione di giurista, in particolare nel contesto della respon-

¹⁸ Salvo a non ritenere che la norma posta dal legislatore non sia, in quanto tale, dotata di forza giuridica: assodato che il diritto effettivo si costruisce solo a seguito dell'interpretazione, e non sulla base di una verifica di mera validità formale, non può essere dubbio però che la regola così creata presuppone, nella generalità dei casi, una norma scritta che vincola il giudice nel suo percorso interpretativo (al pari dei principi ad essa sottesi). Dire che il diritto non scende dall'alto di atti di posizione, ma sale dal basso di atti di riconoscimento (LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 361) è affermazione corretta, ma che, ad avviso di chi scrive, non consente di obliterare la precedenza dell'atto di posizione, rispetto ai quali tali atti di riconoscimento devono esplicitarsi entro i vincoli dettati dai metodi ermeneutici consolidati.

sabilità civile¹⁹, ma, nell’economia del presente contributo, non possono essere svolte che per poche e sparse battute, nelle quali comunque si cercherà di offrire, per quanto si potrà, almeno qualche prima – personale – risposta.

4. *La ragionevolezza e gli altri strumenti concettuali del diritto privato.*

Quanto al primo quesito, ossia se la ragionevolezza, se intesa in un dato modo, si presti a soppiantare o rivoluzionare lo strumentario concettuale del diritto privato, si tratta, invero, di un dato di fatto difficilmente discutibile.

Che questo sia l’esito finale dell’affermarsi della ragionevolezza come principio – la sostituzione delle norme di fattispecie con un diritto costruito per principi e delle clausole generali con un’unica clausola (*rectius*, principio) generale assorbente –, è riconosciuto proprio dai fautori della concezione che assegna alla ragionevolezza il ruolo di principio cardine del sistema, lì dove ammettono che, se il diritto nasce dal basso ossia da una sintesi tra la dimensione prescrittiva e quella argomentativa, ad essere superato è lo stesso modo di intendere le clausole generali. In sintesi, la ragionevolezza – cito – «incide proprio su questo nucleo cruciale del processo argomentativo del diritto; lascia intendere che non è possibile valutare alcun comportamento se non collocandolo nel quadro di un complessivo tessuto di valori»²⁰, con la conseguenza, propria di un quadro di interpretazione per principi, che le clausole generali «vanno perdendo il ruolo che era stato loro inizialmente assegnato». Si assiste cioè ad uno “scambio” tra il richiamo alla ragionevolezza e il riferimento a clausole generali e ai principi elastici: nelle clausole generali, infatti, è il legislatore che delega al giudice una scelta di valore, mentre la ragionevolezza è per così dire intrinseca al modo di intendere qualunque dettato, comportamento, decisione; ancora, la clausola generale presuppone un intervento normativo; la ragionevolezza invece semmai lo condiziona. Di qui, una sorta di “interscambiabilità” tra i criteri giustificativi della soluzione, che, nell’ottica del principio di ragionevolezza, appare prioritariamente scontata.

È facile preconizzare, allora, che il ruolo un tempo svolto delle clausole generali sarà sempre più spesso assolto dalla ragionevolezza, anche se sarebbe a questo punto preferibile riconoscere senza infingimenti, che, una volta abbracciata una siffatta

¹⁹ V., per tutti, VISINTINI, *Principi e clausole generali nella disciplina dei fatti illeciti*, in CABELLA PISU, NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, p. 33 ss.

²⁰ LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 374.

concezione, nessuna delle (altre) clausole generali ha più, invero, ragione di esistere: che, in altre parole, la ragionevolezza non è solo una clausola generale in più che alle altre si aggiunge, né, a ben vedere, un criterio che offre una chiave di lettura nuova delle clausole già note, ma, più radicalmente, l'*unica e definitiva* clausola generale (o principio) che tutte le altre (o tutti gli altri) inesorabilmente scalza.

Tutto quindi si gioca nello stabilire – ed è il secondo dei due quesiti sopra rapidamente abbozzati – se si è propensi ad abbracciare una siffatta concezione, prima ancora che della ragionevolezza, della stessa esperienza giuridica, quale atteggiamento metodologico di fondo che deve guidare l'interprete.

Prima di addentrarci nel problema, preme qui rimarcare che, se la risposta fosse negativa, si confermerebbe come sia indispensabile chiedersi, armandosi di umiltà e pazienza, quale spazio possieda oggi la ragionevolezza come criterio positivo del diritto privato e quale, invece, abbia avuto fino a pochi anni or sono. Nuovamente, dunque, si tratterebbe di indagare i numerosi e sparsi impieghi normativi della ragionevolezza, cimentandosi in una rinnovata *actio finium regundorum* che miri a tracciarne i termini rispetto ai concetti affini, in una catalogazione a cui molti si sono peraltro accinti in passato, seppure con risultati non coincidenti, data appunto la vaghezza del criterio.

Ma non è questa la sede per compiere una simile disamina, già avviata anche da chi scrive in precedenti occasioni²¹ ove si è inteso proporre una classificazione in gruppi omogenei dei riferimenti secondo un criterio funzionale²², e che andrebbe riportata all'oggi e aggiornata in modo permanente nel tempo, dato il continuo emergere di nuovi impieghi della ragionevolezza nella legislazione²³.

²¹ V. TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti*, cit., *passim*.

²² A tale stregua, è parso possibile raggruppare le ipotesi di impiego del "ragionevole" in *tre* categorie: a) modello che definisce grado e tipo di impegno pretendibile nel realizzare un determinato fine (es., adempimento di un dovere od osservanza di un onere); b) formula di imputazione della responsabilità per il mancato adempimento di un dovere o inosservanza di un onere; c) criterio a salvaguardia dell'equilibrio tra interessi contrapposti in un contratto o altra relazione giuridica, rispondente, quindi, ad un'esigenza di equilibrato bilanciamento.

²³ Si pensi, solo per richiamare alcuni esempi recenti, al ricorso a questo concetto nella nuova legislazione eurounitaria – esistente o in approvazione – in tema di sostenibilità (v. la proposta di *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* del 23 febbraio 2022, ove, nell'art. 22, par. 1 e 2, si fa riferimento a un giudizio di ragionevolezza per valutare l'esigibilità di un concreto intervento della società diretto a prevenire, attutire o arrestare l'impatto negativo della violazione degli obblighi contrattuali di sostenibilità nella catena globale di valore. Tale giudizio, che sembra evocare uno standard di diligenza speciale per

Quel che qui maggiormente interessa è chiedersi se, appunto, una tale analisi sia in definitiva inutile e superata, in una prospettiva che elevi la ragionevolezza a cardine del sistema, disinteressandosi delle sue concrete applicazioni.

5. *La ragionevolezza come architrave del sistema giuridico: le criticità.*

Le ragioni che inducono a nutrire perplessità sull’idea di una ragionevolezza elevata a principio-architrave del sistema (ferma, per quel che si dirà, la sua funzione nel giudizio di costituzionalità delle leggi e nelle ipotesi in cui il giudice è chiamato, da una norma di legge, ad operare un bilanciamento), sono diverse.

In primo luogo, è innegabile che questa impostazione porta ad incrinare in forma definitiva il ruolo ordinante della legge scritta, già messo in crisi dall’ormai conclamata incapacità del potere legislativo – per ragioni varie, qui non suscettibili di essere approfondite (impreparazione e inerzia del ceto politico-amministrativo, farraginosità dei procedimenti di approvazione, spostamento dei luoghi di decisione normativa in sedi che seguono tradizioni giuridico-interpretative non collimanti con quella interna di matrice continentale, ecc.) – di esercitare appieno la propria funzione. Non si tratta, beninteso, di riesumare una preminenza formale della norma scritta in ossequio ad un positivismo formalista ormai superato da tempo e ad una altrettanto rigida e parimenti antiquata lettura del principio costituzionale di soggezione del giudice alla legge²⁴, né di negare il fondamentale contributo interpretativo, ma anche creativo-evolutivo, del giudice, e più in generale, dell’interprete alla costruzione delle regole costitutive dell’ordinamento, secondo la teorica, da molti sposata, dell’effettività della norma²⁵. Né si tratta di contrapporre la (illusoria)

i casi in cui il collegamento tra la società e l’impatto negativo sia meno stretto, parrebbe tuttavia essere stato abbandonato nel *Final Draft* approvato il 23 gennaio 2024. Si pensi inoltre al capillare impiego di tale concetto in molti degli strumenti normativi che definiscono il quadro del diritto europeo dei dati. Si contano, ad un sommario calcolo, ben 11 riferimenti al “ragionevole”, in varie declinazioni, nel *General Data Protection Regulation* (2016), 6 nel *Data Governance Act* (2022) e 21 nel *Data Act* (2023).

²⁴ Suonano ormai come un eco remoto le parole di MONTESQUIEU, *L’Éprit des lois*, Genève, 1750, XI, 9 “puisque les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, ils n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur».

²⁵ Basti in questa sede il rinvio a BIANCA, *Il principio di effettività come fondamento della norma di diritto positivo: un problema di metodo della dottrina privatistica*, in *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castan Tobeñas*, II, Pamplona, 1969, p. 61 ss. e riprese in Id., *Ex facto oritur ius*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 787 ss. (entrambi i saggi sono anche

certezza della norma scritta alla (parimenti illusoria) incertezza della norma ricostruita in esito all'opera dell'interprete²⁶. Si tratta, piuttosto, di avanzare dubbi circa l'opportunità di un totale rovesciamento di ruoli tra legge e giudice, che non pare compatibile con la regola di democraticità che è alla base del riconoscimento di forza giuridica alla norma nel nostro sistema costituzionale. Non dunque di negare il ruolo dei giudici e la necessità di una virtuosa sinergia tra legge e giurisdizione nella fondazione delle regole (questo, come è stato di recente ricordato²⁷, è il senso in cui è stato autorevolmente enunciato il principio di effettività da chi per primo lo ha proposto²⁸), bensì di arginare un'insidiosa deriva che vorrebbe tale ruolo invertito, con l'attribuzione al giudice della funzione normativa "primaria", ben al di là dei limiti segnati dal più consolidato modo di intendere i poteri dell'interprete.

in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma*, I, Milano, 2002, p. 35 ss. e p. 189 ss.). Nel primo saggio (p. 42 ss.), si intende il principio di effettività "non come astratto criterio di validità della norma ma come espressione dell'esigenza che l'indagine di diritto assuma la norma così come essa si presenta nella realtà dell'esperienza di un determinato tempo e di un determinato luogo», assumendo (p. 43 s.) gli orientamenti giurisprudenziali come "indice concreto di questa operatività», essendo la giurisdizione "il momento in cui l'ordinamento statale esprime la sua garanzia ultima di ricorso alla norma» e in cui l'efficacia della regola giuridica "si presta ad essere verificata (...) nel significato e nel contenuto in cui essa può essere fatta concretamente valere».

²⁶ Occorre, infatti, riconoscere, come le esperienze di *common law* evidenziano, che, da un lato, una regola costruita "dal basso", attraverso il contributo degli interpreti, non è meno certa di quella posta dal legislatore, e che, per converso, la posizione legislativa della norma non è, di per sé, garanzia anche della sua certezza, la certezza del diritto essendo sempre il risultato di un processo collaborativo che investe tutte le componenti dell'esperienza giuridica. Dire questo non significa, però, svalutare l'importanza della certezza del diritto, che è anch'essa presidio di eguaglianza e di giustizia nell'applicazione delle regole. Per chi volesse approfondire, v. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., *passim*, IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2001, p. 23 ss., Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

²⁷ Da BIANCA, *La genitorialità d'intenzione e il principio di effettività. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 230/2020*, in *Giustizia insieme*, 2019, p. 8, ove si rammenta che il riconoscimento del principio di effettività "non significa confusione tra potere legislativo e potere giudiziario ma realizzazione di un virtuoso cerchio di reciprocità e di competenze».

²⁸ Per BIANCA, *Ex facto oritur ius*, cit., p. 203 s., "prendere atto del principio di effettività non vuol dire (...) conferire né riconoscere un potere normativo ai giudici né dare ingresso alla 'consuetudine giurisprudenziale come fonte del diritto» bensì comprendere che il diritto effettivo va "colto nel *fatto obiettivo* che la norma viene socialmente accettata come norma giuridica secondo determinati significati e contenuti, cioè nel fatto della sua reale operatività».

Per capire dove risiede il punto di rottura occorre riflettere sulla constatazione che attribuire al giudice ordinario il ruolo di “custode” della ragionevolezza significa inevitabilmente investirlo della funzione di controllore della legittimità costituzionale della norma, dando vita ad un giudizio costituzionale diffuso che il nostro ordinamento, in questi termini, non conosce²⁹. In contrario, non sembra sufficiente ricordare che «prima di arrivare al punto di rottura della incostituzionalità, vi è l’infinito terreno della interpretazione costituzionalmente conforme, che impone al giudice ordinario di dare la massima attuazione possibile ai principi costituzionali»³⁰. Non pare sufficiente in quanto, alla base di questo ragionamento vi è l’idea, appunto, di uno spazio interpretativo “infinito” concesso al giudice ordinario, il che di fatto riduce sino a svuotare di sostanza la funzione del giudice delle leggi, che diverrebbe al più residuale rispetto all’intervento del giudice ordinario. In questa prospettiva, infatti, si tende a collocare nell’alveo dell’interpretazione costituzionalmente conforme – proprio per il tramite del principio di ragionevolezza – non solo, come pacificamente deve riconoscersi, l’attività volta a scegliere, tra più significati possibili di un enunciato normativo, quello maggiormente conforme a Costituzione (arrestandosi per investire il giudice costituzionale ogniqualvolta nessun significato possibile soddisfi tale esito), ma anche la ben diversa operazione tesa alla diretta applicazione dei principi costituzionali in bilanciamento tra loro, per realizzare un esito rispondente a giustizia sostanziale (o a “ragionevolezza”, appunto)³¹, predicando che tale bilanciamento debba

²⁹ È la principale obiezione di LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, IX, 2016, p. 472.

³⁰ Così LIPARI, *Contratto e principio di ragionevolezza*, cit., p. 363.

³¹ Rileva BALESTRA, *È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, p. 708, che il giudizio di ragionevolezza (anzi, giustizia sostanziale) si pone al di fuori dell’attività interpretativa propriamente detta: non è, infatti, “un problema di scegliere (...) tra più interpretazioni possibili, quella conforme a Costituzione», perché “allorquando si profili un problema di giustizia, a venire in rilievo non è l’incertezza del significato, ma il vaglio di conformità (della norma posta) ai valori evocati dagli interessi che la regola si propone di salvaguardare; cosicché, in caso di esito negativo, viene a galla, preponderante, un’esigenza di adeguamento, di revisione del contenuto che, per come emergente dal significato previamente attribuito alla disposizione, si pone in conflitto con quei valori». Il rilievo è condivisibile, con la sola precisazione che nelle norme formulate per clausole generali, in particolare quelle che richiamano buona fede, equità o, in alcune sue declinazioni, la stessa ragionevolezza, tale giudizio è rimesso al giudice, attraverso l’attività di concretizzazione della clausola, che però, pur con peculiarità, resta entro i confini dell’interpretazione in senso proprio.

essere compiuto di fronte a *qualsiasi* norma, anche quelle a fattispecie analitica (ossia negando che ci possa essere – almeno in queste norme – un bilanciamento previo, indicato dal legislatore). Si finisce così, per negare, al contempo, come già rilevato, la specificità delle norme costruite per clausole generali – che sono appunto le norme in cui un simile bilanciamento è rimesso al giudice –, le quali perderebbero la loro utilità e la loro ragione autonoma di esistere accanto alle norme di fattispecie³², e, dall'altro, come pure rilevato, la stessa ragione di essere del giudizio costituzionale³³.

Né ancora può essere invocata la, pur giusta, preoccupazione secondo cui, negando ingresso al bilanciamento tra principi costituzionali nel giudizio ordinario, si verrebbe a negare la forza ordinante della Costituzione, la quale esige che qualsiasi procedimento interpretativo rifletta i valori di fondo dell'ordinamento costituzionale. Un simile, censurabile, esito è, infatti, fugato dal combinato disposto del giudizio costituzionale – lì dove non possa arrivare l'interpretazione conforme a Costituzione (pur intesa nella sua accezione più limitata qui accolta) – e, di fronte alla carenza di una norma di fattispecie, del procedimento analogico, che, se correttamente svolto, risponde alla medesima invocata esigenza di omogenea applicazione dei principi costituzionali in tutto l'ordinamento³⁴, a seconda dei casi filtrati nella loro applicazione dalle norme – di fattispecie – di cui di volta in volta si riconosce l'estensibilità per analogia, previa la verifica, in via di interpretazione, della loro conformità a Costituzione. Nessun rischio di corto circuito, inteso quale possibile negazione della vigenza diretta dei principi costituzionali nel procedimento interpretativo-applicativo, pare quindi possibile scorgere in un sistema così congegnato.

³² Si dà qui per implicito, non essendo possibile diffondersi su questo pur decisivo punto, che le norme di fattispecie e il procedimento analogico, che le presuppone per il suo operare, seppur da rileggere in chiave nuova, non possono ritenersi reperti archeologici di un sistema ormai defunto. Ma v. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 93 ss.

³³ Scrive invece LIPARI, *op. ult. cit.*, p. 366: «il criterio del bilanciamento investe necessariamente anche il giudice ordinario. Nel momento in cui ci si svincola dal necessario riferimento a norme che operano secondo il meccanismo della sussunzione e ci si richiama a principi per i quali è coesistente il procedimento di bilanciamento non si può più porre una barriera tra giudizio di costituzionalità e giudizio ordinario».

³⁴ Con l'importante differenza che il procedimento analogico, a differenza dell'argomentare secondo ragionevolezza, consente di sottoporre il ragionamento giudiziale ad un'assai più stringente verifica *ex post* in termini di coerenza e non falsificabilità, scongiurando decisioni arbitrarie.

6. Ancora su ragionevolezza, clausole generali e principi.

In altre parole, non è in discussione né la rilevanza dei principi nella attività interpretativa dei giudici, perché neanche il positivista più convinto potrebbe oggi negare – se non cadendo nel formalismo puro – che i principi costituzionali sono il fondamento sul quale si regge l’opera di interpretazione del giudice³⁵, né la rilevanza del diretto bilanciamento tra principi nei casi in cui la norma delega al giudice tale attività valutativa, ciò che avviene attraverso lo strumento della clausola generale, lì dove richiamata nella norma. Sennonché, la concretizzazione delle clausole generali è attività che rimane pur sempre nell’area dell’interpretazione, perché resta contenuta entro la cornice di senso offerta dalla norma delegante e dal sistema di riferimento in cui si inserisce³⁶.

Il nodo centrale è, semmai, quello di individuare il limite che il giudice ordinario non può valicare senza sconfessare il ruolo che il nostro ordinamento assegna alla legge, da un lato, e al giudice costituzionale, dall’altro, quale unico organo cui compete sindacare la validità della legge.

Da questo punto di vista, quindi, non c’è una vera incomunicabilità fra le due visioni fintanto che ci si limita ad affermare la ragionevolezza come principio che impone al giudice l’interpretazione costituzionalmente conforme e il bilanciamento tra principi nell’attività ermeneutica. Dove la comunicazione s’interrompe è riguardo al punto in cui si ritiene di individuare il limite invalicabile oltre il quale il compito del giudice ordinario si arresta e si apre quello del giudice costituzionale.

Secondo l’impostazione incentrata sul principio di ragionevolezza il limite si colloca talmente in avanti da dilatare in maniera sostanzialmente infinita i poteri del giudice e ridurre in modo corrispondente, fino quasi ad annullarle, sia la ragione di essere delle norme di fattispecie, sia l’utilità delle norme per clausole generali e, salvo casi estremi, del giudizio costituzionale in senso proprio. Ciò che implica non solo un radicale rovesciamento del rapporto tra potere giudiziario e

³⁵ Salvo il rifugio nel, pur legittimo e comprensibile, nichilismo giuridico, sapientemente evocato da IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.

³⁶ Sul rapporto tra interpretazione e concretizzazione v. ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 2a ed., 1968; MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, p. 1 ss.; Id., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.; CASTRONOVO, *L’avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 42 s.; PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., p. 33 ss., RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, p. 102 ss.

potere legislativo, ma anche uno straordinario attestato di fiducia nei confronti della responsabilità (e della preparazione) della classe giudicante.

Un rovesciamento, di per sé possibile e non necessariamente indesiderabile, purché, come la natura democratica del processo di posizione delle regole in uno Stato di diritto esige, passi per la condivisione previa di un nuovo criterio di ripartizione dei poteri, anziché per il tramite, in definitiva subdolo, dell'affermazione (per via giudiziale) di un "metapincipio" non scritto.

Quanto alla fiducia nell'operare dei giudici, è indubbio che essa sia messa a dura prova dalla constatazione dell'esistenza, nell'esperienza recente, di molteplici esempi di norme che sono state riscritte dal giudice ordinario ben oltre i limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione, non di rado sulla scorta di valutazioni quanto meno opinabili sul piano della loro accettabilità sociale.

7. Il pericolo della riscrittura sostanziale delle norme, ben oltre i limiti della interpretazione costituzionalmente conforme. Il caso dell'anonimato materno.

Sorge, infatti, una domanda di fondo, ovvero se il giudice ordinario sia attrezzato per compiere questo bilanciamento, o se non si corra il rischio di offrirgli, proprio a cagione della vaghezza del criterio di ragionevolezza, lo strumento per decidere secondo il proprio personale senso di giustizia o, nel peggiore dei casi, il proprio arbitrio³⁷.

Alcune pronunce recenti, in disparati campi del diritto privato, invitano a prudenza al riguardo, ponendosi come emblematiche delle insidie di un simile bilanciamento tra principi e valori, se affidato al giudice ordinario.

Per limitarsi ad un solo riferimento, si guardi all'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in tema di anonimato materno, successiva alla pronuncia con cui la Corte costituzionale, nel 2013, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 28, comma 7, l. 4 maggio 1983, n. 184, nella parte in cui non prevede, attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza, la possibilità per il giudice, su richiesta del figlio, di interpellare la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, d.P.R. 3 novembre

³⁷ Ci si deve confrontare, rileva BALESTRA, *op. cit.*, p. 712, con il "pericolo che la discrezionalità giudiziaria, tenuto conto della scivolosità del crinale lungo il quale si muove, sfoci in arbitrio. Che le convinzioni soggettive di ognuno, con alla base un patrimonio di idee e di ideologie sedimentato per effetto dell'esperienza di vita maturata, possano in modo soverchiante condizionare le soluzioni».

2000, n. 396, ai fini di un’eventuale revoca di tale dichiarazione: arresto motivato evocando l’irragionevolezza, per contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., della irreversibilità del segreto conseguente alla scelta di anonimato.

Facendo seguito a quell’intervento, pur a fronte di una norma (l’art. 93 Codice per la protezione dei dati personali) chiara e difficilmente interpretabile in modo diverso, la quale prevede che, nel caso in cui la madre si sia avvalsa del diritto di non essere nominata, il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che la rendono identificabile, possono essere rilasciati in copia integrale, a chi vi abbia interesse, solo «decorsi cento anni dalla formazione del documento», la Cassazione, senza sollevare la questione di costituzionalità, ha affermato, in un primo tempo, nel 2016³⁸, che il termine centennale «non è operativo oltre il limite della vita della madre che ha partorito in anonimo», in quanto la cristallizzazione della scelta della madre per l’anonimato, anche dopo la sua morte, e la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio si porrebbero in contrasto con la reversibilità del segreto e con «l’affievolimento, se non la scomparsa, di quelle ragioni di protezione che l’ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre, proprio in ragione della revocabilità di tale scelta»³⁹.

Quindi, nel 2022⁴⁰, la stessa Corte è giunta ad affermare che, stante l’ampiezza che va riconosciuta al diritto all’accertamento dello *status* di figlio, «nel bilanciamento dei valori di rango costituzionale che si impone all’interprete per il periodo successivo alla morte della madre, l’esigenza di tutela dei diritti degli eredi e discendenti della donna che ha optato per l’anonimato non può che essere recessiva rispetto a quella del figlio che rivendica il proprio status e, venendo meno – per effetto della morte della madre – l’esigenza di tutela dei diritti alla vita ed alla salute, che era stata fondamentale nella scelta dell’anonimato, non vi sono più elementi ostativi non soltanto per la conoscenza del rapporto di filiazione ma anche per la proposizione dell’azione volta all’accertamento dello status di figlio naturale, ex art. 269 c.c.».

³⁸ Con la sentenza di Cass. civ., 21 luglio 2016, n. 15024.

³⁹ Infatti, se il diritto della madre all’anonimato ha la funzione principale di contrastare l’opzione abortiva, questo diritto è pieno – rileva la Corte – solo al momento della nascita del bambino, mentre dopo la nascita “diventa strumentale a proteggere la scelta compiuta dalle conseguenze sociali e in generale dalle conseguenze negative che verrebbero a ripercuotersi (...) sulla persona della madre. Non è il diritto in sé della madre che viene garantito ma la scelta che le ha consentito di portare a termine la gravidanza».

⁴⁰ Il riferimento è a Cass. civ., ord., 9 settembre 2022, n. 26616.

Si tratta di una duplice riscrittura della norma⁴¹, con la quale la Corte di Cassazione, nell'individuare un preciso bilanciamento tra valori, si è arrogata un compito di supplenza rispetto tanto al legislatore quanto al giudice delle leggi (almeno nella prospettiva – sempre più spesso coltivata dalla Corte costituzionale – di possibile anticipazione dell'intervento del legislatore, in caso di sua perdurante inerzia⁴²), di fatto *sostituendo* la propria idea di ragionevolezza a quella della legge, con esiti però opinabili quanto alla condivisibilità del nuovo delicato punto di bilanciamento così individuato. È indubitabile, infatti, che anticipando il disvelamento dell'identità della partoriente al momento della morte, che può essere in ipotesi anche di molto antecedente ai cento anni, si insinua l'incertezza circa la possibilità che l'identità della madre possa essere svelata anche a brevissima distanza di tempo dalla nascita, ciò che accentua nella donna le possibili remore a partorire in anonimato rispetto al ricorso ad altre modalità di parto meno sicure (abbandono o addirittura infanticidio). Non è questo, forse, proprio l'esito che il legislatore si proponeva di fugare nel prevedere un limite temporale tanto esteso?

Altri esempi di potrebbero portare, ma l'economia del contributo non lo consente.

Basti qui evidenziare come si tratti di esempi non già di virtuosa sinergia tra giudice e legislatore, ma di potenziale sconfinamento di ruoli, che lasciano perplessi riguardo all'opportunità dell'affidamento ai giudici di poteri di sostanziale riscrittura delle norme in chiave di "ragionevolezza". È lecito nutrire, all'opposto, un certo pessimismo sul fatto che non si rischi, così operando, di

⁴¹ Così già GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra corti*, in *Pers. merc.*, 2017, p. 48, con riferimento alla pronuncia del 2016.

⁴² È noto, infatti, come negli ultimi anni la Corte si sia mostrata in più occasioni pronta ad abbandonare la teoria delle c.d. 'rime obbligate', affermando, anche in presenza di più soluzioni possibili, di poter decidere ricavando "dalle coordinate del sistema vigente i criteri di riempimento costituzionalmente necessari, ancorché non a contenuto costituzionalmente vincolato, fin tanto che sulla materia non intervenga il Parlamento». Le parole sono tratte dalla motivazione di Corte cost., 22 novembre 2019, n. 242, in tema di suicidio assistito. Ma v. anche Corte cost., 31 maggio 2022, n. 131, in materia di cognome dei figli, Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in cui si fa riferimento all'esistenza di "grandezze già rinvenibili nell'ordinamento», e Corte cost., 25 settembre 2018, n. 222, per la quale "non è necessario che esista, nel sistema, un'unica soluzione costituzionalmente vincolata», essendo "essenziale, e sufficiente (...) che il sistema nel suo complesso offra alla Corte "precisi punti di riferimento" e soluzioni "già esistenti"».

aprire la porta a decisioni frutto dell’arbitrio del giudice o, perlomeno, di un proprio personale senso di ciò che è giusto (o ragionevole) e di ciò che giusto (o ragionevole) non è⁴³.

8. *Quale spazio, dunque, per la ragionevolezza nel diritto privato?*

In ultima analisi, ci sembra da riconfermare l’idea, che non sia possibile trasporre *senza mediazioni* al giudizio ordinario gli esiti delle riflessioni condotte con riferimento al ruolo della ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità delle norme di legge⁴⁴, e ciò per la ragione che, pur nella riconosciuta unitarietà dell’esperienza giuridica, l’architettura del sistema e l’articolazione dei poteri ad essa sottesa, alle quali lo stesso “principio” di ragionevolezza deve sottostare, presuppongono che l’attività di valutazione della conformità di una norma a ragionevolezza sia tenuta distinta da quella – che compete al giudice ordinario – di interpretazione della norma alla luce dei principi o di applicazione diretta dei principi lì dove questi non siano filtrati da norme di fattispecie. Solo così ragionando, risulta altresì possibile preservare la ricchezza degli strumenti concettuali che la tecnica legislativa ci consegna, dalla fattispecie analitica all’articolata pluralità di nozioni indeterminate e clausole generali, che presentano specificità legate alle funzioni che adempiono, agli interessi che proteggono, alle materie che ne formano oggetto⁴⁵ (ivi incluse le varie declinazioni in cui lo

⁴³ Analogo scetticismo traspare dalle parole di BALESTRA, *op. cit.*, p. 719 ss., il quale, preso atto che “l’impostazione tradizionale, fondata sulla rigida ripartizione dei compiti demandati, rispettivamente, al legislatore e al giudice, deve reputarsi archiviata» e che “la linea di confine richiede una riconfigurazione», ritiene nondimeno da scongiurare che si instilli “l’idea di un giudice creatore di diritto, concorrente – seppur su un diverso piano – con il detentore formale del relativo potere», idea che “rischia di dar vita, e non poco, a un processo culturale, nonché a un approccio mentale del decisore, intrisi di una forte distonia rispetto all’architettura costituzionale dei poteri».

⁴⁴ La premessa che il ricorso alla ragionevolezza nel diritto privato solleva problematiche “diverse da quelle tradizionalmente sottese all’uso del concetto nel diritto costituzionale» è condivisa da RICCI, *op. cit.*, p. 17, mentre è respinta da GIORGINI, *op. cit.*, 104 ss., p. 192 s., la quale, rimarcando l’unitarietà del metodo ermeneutico, reputa “del tutto esportabile» al diritto civile la ragionevolezza nel significato accolto nella giurisprudenza costituzionale di bilanciamento di valori in concreto.

⁴⁵ Osserva ZORZETTO, *op. cit.*, p. 72, che “la ragionevolezza manifesta, in ogni uso, problemi ricorrenti a cui si aggiunge una corolla di questioni proprie di ciascun settore giuridico».

stesso criterio di ragionevolezza, quando è criterio scritto, è richiamato nell'una o nell'altra previsione normativa)⁴⁶.

Questa premessa di metodo non impedisce di riconoscere un ruolo rilevante alla ragionevolezza nel diritto privato (per alcuni aspetti, anche analogo, ma non coincidente con quello che essa svolge in ambito costituzionale)⁴⁷, ma suggerisce di procedere in modo rispettoso delle specificità dell'articolazione interna degli istituti, in una prospettiva che non sia demolitoria, ma costruttiva.

L'affermata incomunicabilità tra l'atteggiamento metodologico che incentra il diritto sulla ragionevolezza e di chi invece cerca di armonizzare la ragionevolezza con il tessuto preesistente induce, semmai, a interrogarsi sulla necessità, anche da altri di recente autorevolmente evocata⁴⁸, di riallacciare un dialogo ormai interrotto sul metodo, che si proponga di ricucire le distanze anziché accentuarle. Una riflessione sul metodo che non può peraltro ignorare ciò che avviene al di là

⁴⁶ Riteniamo, pertanto, che la ragionevolezza della legge non possa essere posta sullo stesso piano della ragionevolezza dell'agire privato, e che, muovendo dalla prima, non si possa predicare un generale controllo di meritevolezza degli atti di autonomia privata (così, invece, GIORGINI, *op. cit.*, p. 107 ss.). La ragionevolezza svolge senz'altro un ruolo nel controllo dell'autonomia privata coerente con una lettura dell'istituto del contratto conforme ai principi costituzionali che lo informano (primo fra tutti, la solidarietà sociale, veicolata dalla buona fede), ma dalla specifica architettura di tale sottosistema, ossia dal modo in cui precise scelte normative traducono la trama dei valori costituzionali nel diritto dei contratti (ad es., in tema di cause di invalidità e di condizioni di rilevanza dell'abuso della libertà negoziale), non si può prescindere applicando ai contratti uno strumento costruito per sindacare la legittimità di norme che sono emanazione di un potere regolativo generale. Perplexità verso "un modello argomentativo in cui il giudice attinge direttamente la soluzione del caso concreto dalla dimensione dei principi, quasi disinteressandosi della mediazione delle regole, così condannate ad un progressivo deperimento" sono espresse anche da RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 144; e MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 331.

⁴⁷ Il parametro *costituzionale* di ragionevolezza opera, d'altronde, anche nell'interpretazione delle norme, quale limite di fondo nella concretizzazione delle clausole generali e presidio della congruenza della regola rispetto alle ragioni del caso concreto e ai valori dell'ordinamento (D'AMICO, *Clausole generali e ragionevolezza*, in *La Corte Costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, I, Napoli, 2007, p. 429 ss).

⁴⁸ V. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015

dei confini nazionali, non potendosi pensare che ciascun ordinamento europeo conservi o sviluppi una propria teoria del metodo avulsa da quella degli altri Paesi. E, sia consentito questo rilievo, non pare che in altri ordinamenti europei a noi vicini, ad esempio in Francia⁴⁹ o in Germania⁵⁰, dove pure il dibattito sul rapporto tra giudice e legge è sempre stato acceso, si stia affermando – almeno in termini così drastici – una visione che propugna il totale superamento delle norme di fattispecie o per clausole generali e la sua sostituzione con un diritto costruito, primariamente, dal giudice.

Non si ignori, infine, un ultimo dato.

L'enfatizzazione del ruolo dei giudici che deriva da una simile concezione, con l'ipertrofia di attivismo giudiziario che ne può conseguire, appare in controtendenza rispetto alla graduale erosione degli spazi riservati alla giurisdizione, come testimonia la c.d. “degiurisdizionalizzazione” che sta interessando vasti ambiti del diritto privato⁵¹ (e a cui certamente non sono estranee anche meno nobili, ma non per questo ignorabili, preoccupazioni di deflazione del carico giudiziario). Amplificando a dismisura il ruolo dei giudici, si rischia così di alimentare quella che, senza troppe forzature, potrebbe definirsi una vera e propria “schizofrenia” ordinamentale.

⁴⁹ Su cui v. MILLARD, *Théorie générale du droit*, 2me éd., Paris, 2022.

⁵⁰ In Germania, patria della moderna teoria del metodo, il dibattito verte su come ammodernare gli strumenti in mano all'interprete – dall'analogia alla riduzione teleologica, dalla *richterliche Rechtsfortbildung* alla *Konkretisierung* delle *Generalklauseln* – ma non sul loro abbandono: v., sul punto, MÖLLERS, *Juristische Methodenlehre*, 5a ed., München, 2023, tradotto anche in inglese Id., *Legal Methods. How to work with legal arguments*, Oxford, 2020, e BYDLINSKI, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 4a ed., Wien, 2023.

⁵¹ Si considerino, a titolo di esempio, le materie della responsabilità patrimoniale (con il patto marciano e gli altri strumenti di autotutela esecutiva), dei rapporti familiari (con la negoziazione assistita, la mediazione familiare, ecc.), delle persone (con l'attribuzione ai notai di competenze di volontaria giurisdizione in materia di persone prive di autonomia).

L'INTERESSE DEL MINORE

Gilda Ferrando *

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'interesse del minore come clausola generale. - 3. I rapporti con i genitori. - 4. L'adozione. - 5. L'accertamento dello stato. - 6. La contestazione dello stato. - 7. Diritto allo stato e responsabilità per la procreazione. A proposito dei figli di coppie omogenitoriali.

1. Premessa.

È molto bello essere qui con voi a festeggiare la nostra straordinaria Giovanna. Grazie, cara Giovanna. Mi fa anche piacere poter tornare sul tema dell'interesse del minore, a distanza di 25 anni dal Convegno del 1998 sulle clausole generali¹. Ed anche di questo sono grata.

Ad uno sguardo di sintesi non possiamo non constatare che siamo in presenza di un "universo in espansione" nel senso che è in continua crescita l'area dei problemi nella quale trova applicazione la clausola generale dell'interesse del minore, non solo in quello che è il suo campo tradizionale di elezione, quello della "relazione" tra genitori e figli, ma anche, e ancor più, in quello dello stato di figlio, nell'applicazione delle regole di attribuzione e di contestazione dello stato. Di queste regole ha contribuito a ridisegnare lo stesso fondamento, spostando l'attenzione dal dato oggettivo della verità a quello soggettivo dell'interesse del minore.

* Già Professore ordinario di diritto privato dell'Università di Genova.

¹ FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, Relazione al convegno di Genova, *La tecnica legislativa per principi generali e per clausole generali*, 25 luglio 1997 in CABELLA e NANNI (a cura di), *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, e in *Pol. dir.*, 1998, p.167 ss.

Nello stesso tempo, dobbiamo registrare le incertezze e le difficoltà che si incontrano nell'applicazione di questa clausola generale, i fraintendimenti, i malintesi cui si può andare incontro.

2. L'interesse del minore come clausola generale.

Vi è ormai un ampio consenso, anche in giurisprudenza, nel riconoscere che l'interesse del minore costituisce una clausola generale, un precetto elastico, lo strumento per dare attuazione, nella varietà delle situazioni concrete, ai preminenti diritti del minore, orientando alla sua realizzazione le decisioni che lo riguardano. Essa richiede che genitori, giudice, servizi, tengano conto non di un concetto astratto di minore, della "categoria generale dei minori", ma del concreto interesse di quel bambino, inteso come persona, della unicità ed irripetibilità della sua vicenda esistenziale, del contesto personale, familiare, sociale ed economico in cui egli vive, ed in considerazione di ciò prendano la decisione che per lui, in quel momento ed in quell'ambiente, meglio promuova i suoi diritti.

Da questo punto di vista, è molto chiara la Convenzione di New York quando dice – con una felice formulazione poi ripresa dalla Carta di Nizza e dal diritto interno - che «in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente» (art. 3, l.176/1991).

Il principio dell'interesse del bambino presuppone il riconoscimento dei suoi diritti e ne costituisce modalità attuativa. Non a caso se ne comincia a parlare nella seconda metà degli anni sessanta, proprio quando prende l'avvio quella rivoluzione copernicana che porterà i diritti del bambino al centro dell'universo familiare.

Una cosa sono i diritti dei bambini che la legge riconosce in termini generali ed astratti e altra cosa è l'interesse del minore, che rappresenta per così dire, "lo strumento" per attuarli con l'elasticità necessaria a calarli nella varietà delle situazioni concrete.

Questa distinzione, in teoria nitida, nella pratica si offusca – ce lo ha spiegato molto bene Leonardo Lenti² - quando il discorso cade non sull'interesse "del minore", inteso nella sua specifica concretezza, ma sull'interesse "dei minori", intesi come categoria astratta. Da questo punto di vista, l'interesse dei minori è la ragio-

² LENTI, *Diritto della famiglia*, in *Trattato Iudica-* ZATTI, Milano, 2022, pp.73 ss.

ne sostanziale per cui la legge riconosce un certo diritto³. È dunque appropriato parlare di interesse dei minori in una prospettiva di politica del diritto, quando si mira ad ottenere la protezione di interessi ancora sforniti di tutela. Quando invece la tutela è stata assicurata e il diritto è stato riconosciuto, è di “diritti” che occorre parlare. I due piani, quello dei diritti dei minori e quello dell’interesse del minore, non debbono essere confusi: il rischio di una tale confusione essendo da un lato quello dell’indebolimento delle posizioni di diritto soggettivo del minore che finirebbero per scolarare nella più debole posizione di mero interesse; dall’altro quello di un fraintendimento della nozione stessa di “interesse del minore” quando la si valuti in base a criteri astratti e generalizzanti, piuttosto che particolari e concreti, come si conviene invece a questa clausola generale⁴. Nascono così equivoci e fraintendimenti.

A volte sono i diritti dei genitori che vengono vestiti dei panni dell’interesse del minore. Pensiamo, ad esempio, alla vicenda sotto molti aspetti inquietante della c.d. “sindrome da alienazione parentale” (PAS), che è stata ora finalmente accantonata dalla giurisprudenza, prima⁵, e poi dalla recente riforma del processo civile⁶. In nome dei diritti degli adulti travestiti da diritto del minore alla bigenitorialità, sulla base di teorie psicopedagogiche non accreditate dalla comunità scientifica, veniva infatti imposta una relazione, sottovalutando le ragioni del rifiuto. Deve essere invece definitivamente chiarito che il diritto alla bigenitorialità

³ Ad esempio, il riconoscimento del “diritto di conoscere le proprie origini” presuppone che in termini generali ed astratti, venga considerato come meritevole di tutela l’interesse corrispondente, l’interesse di sapere chi ci ha messo al mondo. Cfr. Corte cost. Corte cost. 18 novembre 2013, n. 278, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 285, con nota di J. LONG; Cass. S.U. 25 gennaio 2017, n. 1946.

⁴ Pensiamo, ad esempio, alla “presunzione” che due genitori siano sempre meglio che uno, presunzione sulla cui inconsistenza, v. ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, pp.78 ss., nota a Cass. 23 febbraio 1996, n.1444 e Cass. 24 settembre 1996, n. 8413, specie p. 86.

⁵ Cass. 16 maggio 2019, n.13272, in *Corr. giur.*, 2020, p. 159, con nota di CASSANO e GRIMALDI, *L’alienazione parentale nelle aule giudiziarie: ragioni dei minori e decisioni irragionevoli tra giurisprudenza e normativa sovranazionale*; Cass. 24 marzo 2022, n. 9691, in *Fam. dir.*, 2022, p. 910, con nota di DANOVÌ, *Diritto alla bigenitorialità e interesse del minore (per un definitivo rifiuto della sindrome di alienazione parentale)*.

⁶ V. in particolare art. 473-bis 25 c.p.c.: “nella consulenza psicologica le indagini e le valutazioni su caratteristiche e profili di personalità delle parti sono consentite nei limiti in cui hanno ad oggetto aspetti tali da incidere direttamente sulle capacità genitoriali, e sono fondate su metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica».

è prima di tutto un diritto del minore che va declinato secondo modalità concrete capaci di realizzare effettivamente il suo *best interest*⁷.

Altre volte a vestire i panni dell'interesse del minore è un malinteso "interesse superiore". Ricordo la vicenda della fecondazione eterologa dove a sostegno del divieto contenuto nell'art. 4, c. 3, l. n. 40 si adduceva, tra l'altro, un supposto interesse del bambino che sarebbe leso per via dei rischi correlati ad una genitorialità non naturale. È stata la Corte costituzionale a mettere le cose a posto chiarendo che il divieto, lungi dal realizzare l'interesse del minore, in realtà mirava ad impedirne il concepimento e la nascita, evento a partire dal quale soltanto ha senso parlare di diritti e interessi del minore⁸. Il problema si pone ancora oggi con riguardo alla regola (art. 5, l. n. 40) che riserva alla "coppia" (ed alla coppia di sesso diverso) l'accesso alla fecondazione eterologa escludendone la donna sola (e le coppie di donne). In questo caso il principio che si fa valere è quello della coincidenza tra interesse del bambino e garanzia della doppia figura genitoriale, sovrapponendo, «il velo del migliore interesse del minore ad una sostanziale valutazione di interesse pubblico».⁹

3. I rapporti con i genitori.

Nella seconda metà del secolo scorso l'interesse del minore si afferma come criterio di soluzione delle questioni inerenti ai rapporti tra genitori e figli, ai modi in cui affrontare le difficoltà da superare nel corso del loro svolgimento (artt. 330, 333 c.c.), e in occasione della crisi del rapporto di coppia e della separazione tra i genitori (art. 337 bis ss. c.c.). Nel corso del tempo, ed ora con la recente riforma del processo civile, sono state affinate le regole del procedimento entro il quale l'interesse del minore prende forma, essendo evidente, come più volte la Corte europea di Strasburgo ci ha fatto osservare, che è da questo che dipende l'effettività della sua tutela. Nella recente riforma, ascolto del minore (artt. 473 bis 4, 5, c.p.c.), nomina di un curatore speciale che ne sia effettivamente portavoce (artt. 78, 80, 473 bis 8 c.p.c.), tempestivo controllo da parte del giudice sull'operato dei servizi (art. 403 c.c.) concorrono ad affinare gli strumenti processuali necessari

⁷ Cass. 24 marzo 2022, n. 9691, cit.

⁸ Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 802, con mio commento, *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, *ivi*, 2014, II, p. 392.

⁹ ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, cit., p. 88.

ad attuare, nella concretezza di ogni vicenda, i diritti del minore, il diritto alla “propria” famiglia (art.1, l. adoz.), il diritto ad intrattenere rapporti con entrambi i genitori (artt. 315 ss. c.c., 337 bis. ss. c.c.), in uno con i suoi fondamentali diritti ad essere protetto da ogni forma di violenza e di deprivazione fisica e morale.

4. *L'adozione.*

Ormai da tempo l'interesse del minore non costituisce soltanto criterio ordinante dello svolgimento del rapporto con i genitori, ma ha trovato altri fertili campi di applicazione. Si pensi soltanto a come, nel suo nome, il sistema delle adozioni sia stato profondamente rimodellato. La considerazione del diritto del minore alla propria famiglia come preminente rispetto ad interventi diretti a costituire nuovi rapporti parentali sostitutivi di quelli d'origine ha portato a ridisegnare i rapporti tra adozione e affidamento (l. n. 173/2015), da un lato, e tra le due forme di adozione del minore, ordinaria (artt. 6 ss., l. adoz.) e particolare (artt. 44 ss.), dall'altro. A riscrivere, per così dire, la disciplina dei presupposti e degli effetti (Corte cost. n. 79/2022) dell'adozione semplice, rendendo, per questa via, più pronta la tutela dei diritti dei bambini alla certezza giuridica dei rapporti familiari di fatto.

Gli orientamenti della Corte di Cassazione tendono sempre più a considerare l'adozione piena come strumento residuale cui fare ricorso solo in casi di abbandono irrimediabile¹⁰, quando il bambino è abbandonato o non è riconosciuto alla nascita o i genitori stessi sono consapevoli della propria incapacità¹¹.

In tutti quei casi in cui non si riscontri un abbandono irreversibile, ma situazioni più fluide di difficoltà anche gravi ma non irrimediabili, di c.d. “abbandono relativo”, di “semi abbandono permanente”¹², si tende a privilegiare quella forma

¹⁰ V. Cass., 24 novembre 2015, n. 23979, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 669, con nota di CINQUE, *La continuità affettiva nella legge n. 184/1983 e la posizione dei “parenti sociali”*; Cass., 18 dicembre 2015, n. 25526, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 680; Cass., 14 aprile 2016, n. 7391; Cass., 30 giugno 2016, n. 13435, cit. Cui *adde*; Cass. 22 novembre 2021, n. 35840, in *Fam. dir.* 2022, p. 777, con nota di FIGONE; Cass., 15 dicembre 2021, n. 40308; Cass. 25 gennaio 2021, n. 1476; Cass. 13 febbraio 2020, n. 3643.

¹¹ V. LENTI, *Quale futuro per l'adozione? A proposito di Corte eur. dir. uomo, S.H. c. Italia e Cass. n. 25526/2015*, *Nuova giur. civ. comm.*, II, pp. 785 ss., specie p.788.

¹² Da ultimo Cass. 22 novembre 2021, n. 35840, cit.; Nella giurisprudenza di merito, v. in particolare, Trib. min. Bari, 7 maggio 2008, in *Fam. dir.*, 2009, p. 301.

di adozione “semplice” - o “mite”¹³ - disciplinata dall’art. 44, l. adoz., adozione che non rimuove i rapporti con la famiglia d’origine, ma ve ne aggiunge di nuovi¹⁴. In secondo luogo, l’ampia dizione di “impossibilità di affidamento preadottivo” si presta ad abbracciare situazioni molteplici in cui è nell’interesse del bambino dare veste giuridica a relazioni familiari già vissute come tali e che costituiscono “vita familiare” nel senso indicato dall’art. 8 CEDU.

Nell’interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata offerta dalla giurisprudenza, l’art. 44 costituisce una valvola di sicurezza che apre la via dell’adozione ad una molteplicità di situazioni in cui il minore si trova ad averne bisogno¹⁵. Da questo punto di vista, l’interesse del minore vale a concretizzare i presupposti dell’adozione particolare, dandogli forma¹⁶. Ma non ci si è fermati a questo. Anche la disciplina degli effetti dell’adozione semplice ha ricevuto l’impronta dell’interesse del minore, dato che è stato

¹³ Cass. 22 novembre 2021, n. 35840, cit.

¹⁴ A proposito dei rapporti tra i due procedimenti, v. Cass. 1° luglio 2022, n. 21024, in *Fam. dir.*, 2023, p.260, con nota di Rizzuti, *L’adozione mite tra nuovi paradigmi e incertezze applicative*.

¹⁵ A questa forma di adozione si fa ricorso tutte le volte in cui corrisponda all’interesse del minore dare veste giuridica a rapporti parentali di fatto, siano quelli stabiliti nel corso di affidamenti originariamente intesi come temporanei (Corte EDU, Moretti e Benedetti c. Italia, 27 aprile 2010), a relazioni nate in base a regole di diritto straniero (come la *kafalah* di diritto islamico) (Trib. min. Trento, 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 149, con nota di Long, *Adozione “extraconvenzionale” di minori provenienti da paesi islamici*. E v. Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 707, con nota di DI MASI, *La Cassazione apre alla “kafalah” negoziale per garantire in concreto il “best interest of the child”*), alla relazione con il genitore “sociale” o “di fatto” (il compagno/a della madre o del padre: ad esempio, v. Trib. min. Milano, 28 marzo 2007, in *Fam. e min.*, 2007, p. 83; App. Firenze, 4 ottobre 2012, in *Minori giust.*, 2013, p.366), o con il “genitore intenzionale” nel caso di coppie dello stesso sesso che hanno fatto ricorso alla PMA all’estero (a partire da Cass. 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2368 ss., con nota di CASABURI e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, p. 1135, con commento di FERRANDO, fino a Cass. S.U. 30 dicembre 2022, n. 38162, cit.), o per rendere efficaci in Italia adozioni compiute da persone singole all’estero (Cass., 14 febbraio 2011, n. 3572, in *Fam. dir.*, 2011, p. 697, con nota di ASTONE, *La delibazione del provvedimento di adozione internazionale di minore a favore di persona singola*).

¹⁶ Ad esito di questo processo, si può concludere che nel nostro ordinamento vi sono “due modelli di adozione, quella legittimante, fondata sulla condizione di abbandono del minore e quella non legittimante, fondata su requisiti diversi sia in ordine alla situazione di fatto nella quale versa il minore, sia in ordine alla relazione con il richiedente l’adozione». V. Cass. 5 aprile 2022, n. 10898, *Fam. dir.* 2022, p. 666, con mia nota.

proprio ragionando su di esso che la Corte costituzionale (n. 79/2022) ha ritenuto che essi debbano prodursi anche nei confronti delle reti parentali dell'adottante¹⁷.

5. *L'accertamento dello stato.*

Nelle questioni di stato, la valutazione dell'interesse del minore è stata introdotta dalla riforma del 1975 per il secondo riconoscimento dei figli nati fuori del matrimonio nel caso in cui il genitore che ha riconosciuto per primo non vi consenta (art. 250 c.c.). Questo al fine di proteggere il minore da riconoscimenti "tardivi" e quindi potenzialmente "interessati". È il genitore che ha riconosciuto per primo a valutare in via preliminare l'interesse del figlio minore al secondo riconoscimento. L'intervento del giudice è previsto in via sussidiaria per considerare, nell'interesse del bambino, le ragioni del rifiuto ed eventualmente emettere sentenza che tenga luogo del consenso mancante.

Per quanto riguarda l'accertamento giudiziale della paternità, la valutazione dell'interesse del minore è stata introdotta dalla Corte costituzionale¹⁸. E va ora considerato come la nuova disciplina del curatore speciale del minore (art. 78 c.p.c., come modificato dalla l. n. 206/2021) ne renda possibile la nomina nel caso in cui il giudice ravvisi un possibile conflitto di interessi tra il genitore che agisce e il minore rappresentato. Viene in tal modo generalizzata la rilevanza di questo principio in sede di accertamento di stato e smentita l'idea della necessaria corrispondenza tra stato giuridico e verità biologica della filiazione.

Nell'attribuzione di stato, al dato oggettivo della generazione si aggiunge, dunque, un elemento ulteriore, estraneo al paradigma tradizionale delle azioni di stato, un elemento di tipo soggettivo: la sussistenza dell'interesse del minore.

¹⁷ Corte cost. 28 marzo 2022, n. 79, in *Fam. e dir.*, 2022, p. 904, con nota di SESTA, *Stato giuridico di filiazione dell'adottato nei casi particolari e moltiplicazione dei vincoli parentali*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, p. 1013, con nota di CINQUE, *Nuova parentela da adozione in casi particolari: impatto sul sistema e nati da surrogazione di maternità*.

¹⁸ Corte cost. 11 luglio 1990, n. 341, *Rass. dir. civ.*, 1992, p. 834, con nota di SCIANCALEPORE. La sentenza mostra il fianco a critiche (ancora di recente, v. LENTI, *Filiazione genetica e interesse del minore. La rotta perduta è perduta?*, in *Juscivile*, 2021, 3, p. 613), considerata la asimmetria tra riconoscimento e dichiarazione giudiziale, dato che nel primo è il genitore che ha già riconosciuto ad opporsi al riconoscimento da parte del secondo, mentre nell'accertamento giudiziale è il secondo genitore, convenuto in giudizio, a sostenere che l'accertamento nei propri confronti è dannoso per il figlio, con evidenti, possibili strumentalizzazioni da parte del genitore che resiste in giudizio.

Ad essere messo in discussione è il rapporto tra valore della verità, certezza dello stato personale, e interesse soggettivo all'accertamento, questione che «tocca ... le scelte primarie del legislatore circa ... i fondamenti della filiazione»¹⁹, quel principio di verità cui era saldamente ancorato il sistema tradizionale. Non c'è solo la verità, c'è anche la responsabilità. Se ne ha conferma con la legge n. 40 sulle PMA (artt. 8, 9), dove è la scelta di essere genitori a fondare lo stato. È il consenso prestato alle tecniche, e la responsabilità che ne consegue, a costituire il fondamento della filiazione anche quando, come nel caso dell'eterologa, non sia geneticamente fondata.

Con la disciplina del secondo riconoscimento, in nome dell'interesse del minore diviene possibile impedire l'accertamento della filiazione anche se biologicamente fondata, eventualmente spianando la strada al consolidamento di rapporti parentali di fatto con chi è già presente nella vita del bambino e se ne prende cura.

Nel caso di figli nati da rapporti parentali (art. 251) il riconoscimento presuppone sempre l'autorizzazione giudiziale che viene concessa «avuto riguardo all'interesse del figlio». In seguito alla sentenza della Corte costituzionale²⁰, e poi alla riforma della filiazione del 2012, non si ha più riguardo alla "buona fede" del genitore, ma esclusivamente all'interesse del figlio, dato che, in considerazione della personalità dei genitori, dell'ambiente familiare e sociale in cui il minore si trova a vivere, il riconoscimento da parte del genitore incestuoso potrebbe essere per lui più un danno che un vantaggio.

6. *La contestazione dello stato.*

Anche nella contestazione di stato viene effettuata, sia pur in modo più articolato, la valutazione dell'interesse del bambino.

L'avvio di questo processo inizia nel 1983 con la previsione che l'azione di disconoscimento (art. 244 c.c.) possa essere esercitata anche da un curatore speciale²¹. Nel 1991 la Corte costituzionale²², ha posto una precisazione essenziale: tale nomina può aver luogo solo se è conforme all'interesse del minore.

¹⁹ ZATTI, *Interesse del minore e doppia figura genitoriale*, cit., p.85 s.

²⁰ Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, cit.

²¹ In seguito alla riforma del 2013, questa disciplina si applica anche all'azione di contestazione dello stato (art. 248, u.c. c.c.).

²² Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 385, con nota di D'AMICO.

Nel verificare l'ampiezza dei poteri che spettano al Pubblico Ministero nel fare istanza per la nomina di un curatore speciale (art. 244, c.4), e gli stessi poteri del curatore nell'esercitare l'azione nell'interesse del minore²³, la Corte ha giudicato conforme a costituzione solo una lettura dell'art. 244 che valorizzi l'interesse sostanziale del figlio all'esercizio dell'azione di disconoscimento. Il giudice non deve perciò limitarsi a considerare il profilo oggettivo della verità, ma deve dare rilevanza all'interesse soggettivo del figlio «all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo, senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale»²⁴.

L'interesse del minore diviene perciò materia di apprezzamento non solo per escludere l'accertamento di una paternità biologicamente fondata (art. 250, 269), ma anche per impedire la contestazione di una paternità biologicamente dubbia (art. 244).

Queste regole si applicano anche all'impugnativa del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.) dei figli non matrimoniali²⁵. È stata la Corte costituzionale nel 2017²⁶ a chiarire che, anche in questo caso, la nomina del cu-

²³Nel senso che la valutazione dell'interesse del figlio deve essere effettuata non solo in occasione della nomina del curatore speciale, ma anche da questi nel decidere se esercitare l'azione e va rinnovata nel giudizio di merito, v. Cass. 22 dicembre 2016, n. 26767, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 857, con commento di SCIA, *Disconoscimento della paternità tra favor veritatis e interesse del minore*, *ivi*, pp. 851 ss. A sentire la Corte «la valutazione dell'interesse del minore effettuata dal pubblico ministero nell'istanza di nomina del curatore speciale non esonera il giudice dal compito di svolgere autonomamente questa valutazione nel corso di un giudizio di cognizione piena, con gli strumenti di cui dispone in tale sede, compreso l'ascolto del minore»; Cass. 3 aprile 2017, n.8617, in *Fam. dir.*, 2017, p. 848, con commento di BUGETTI. In senso contrario, v. Cass. 15 febbraio 2017, n. 4020, in *Corr. giur.*, 2017, p. 452, con nota di CARBONE.

²⁴Corte cost. 27 novembre 1991, n.429, cit.

²⁵Per quanto riguarda i figli nati fuori del matrimonio, è noto che, all'unicità dello stato di filiazione la riforma del 2012/2013 non ha fatto corrispondere, come pure era auspicabile, una disciplina unitaria delle azioni di contestazione della paternità e della maternità. La rimozione dello stato è consegnata all'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 263 c.c.). Le differenze tra le due azioni – di disconoscimento e di impugnativa del riconoscimento – in ordine alla decorrenza del termine entro cui il padre può proporre l'azione (un anno dalla scoperta dell'adulterio nel primo caso, un anno dal riconoscimento nel secondo) non sono apparse ragionevoli alla Corte costituzionale: v. Corte cost. 25 giugno 2021, n. 133, che ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, fissando nel giorno in cui il padre ha avuto conoscenza della non paternità il *dies a quo* di decorrenza dell'azione ex art. 263 c.c.

²⁶Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

ratore speciale è subordinata alla valutazione dell'interesse del figlio, valutazione che deve guidare anche la decisione nel merito.

La ricerca della verità biologica non costituisce infatti un valore assoluto. A sentire la Corte, «pur dovendosi riconoscere un accentuato favore dell'ordinamento per la conformità dello status alla realtà della procreazione, va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualsiasi bilanciamento», bilanciamento che deve essere fatto tenendo conto, da un lato, delle «esigenze di accertamento della verità» e, dall'altro dell' «interesse concreto del minore». «Tale bilanciamento comporta è [...] - fa notare la Corte - un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello status e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore». Il fatto che, nel caso di specie, fosse impugnata la maternità del bambino nato all'estero da gestazione per altri, pratica alla quale la Corte riconosce un grave disvalore in quanto «offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane» e vi sia dunque un interesse anche «di natura pubblica» alla repressione di tali pratiche, non esclude, neppure in tal caso, la necessità di una valutazione comparativa con l'interesse del minore alla stabilità dei rapporti familiari che va condotta tenuto conto della «durata del rapporto instauratosi col minore e quindi (del)la condizione identitaria già da esso acquistata» oltre che delle «modalità di concepimento e della gestazione».

In tal modo si generalizza la regola per cui nelle azioni di stato va presa in considerazione non solo la verità della generazione ma anche l'interesse del figlio alla conservazione del proprio stato anche se non biologicamente fondato: non ci si può limitare a considerare il profilo oggettivo della verità, si deve invece dare rilevanza all'interesse soggettivo del figlio «all'esperimento di un'azione che lo spoglierebbe dello stato di figlio legittimo, senza garantirgli l'acquisto dello stato di filiazione nei confronti del padre naturale»²⁷. Non c'è solo il fatto biologico della generazione, c'è anche il fattore psico-sociale della responsabilità e della cura. L'interesse del minore viene in tal caso declinato come interesse alla stabilità affettiva, all'identità personale e sociale.

I termini di prescrizione sono, a questo proposito, di fondamentale importanza. Per quanto riguarda il padre è stabilito un termine annuale di prescrizione, che è ora previsto anche per l'impugnativa di riconoscimento con decorrenza dal riconoscimento o dalla conoscenza della non paternità (Corte cost. 133/2021). A

²⁷ Corte cost. 27 novembre 1991, n. 429, cit.; Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, cit.

questo si aggiunge la previsione di un termine quinquennale oltre il quale l'azione diviene in ogni caso improponibile (artt. 244, 263 c.c.). Come ha fatto notare la Corte costituzionale, la garanzia della stabilità del rapporto prevale sull'accertamento del suo fondamento biologico, nella ragionevole considerazione che entro quel termine il figlio abbia maturato una propria identità affettiva, relazionale e sociale che merita di essere preservata²⁸.

Il problematico rapporto tra accertamento della verità e garanzia della stabilità dello stato incontra un altro snodo problematico nel caso di riconoscimento per compiacenza²⁹. Anche in questo caso, la ricerca della verità non costituisce un valore assoluto ma deve essere bilanciata con la ricerca «dell'interesse concreto del figlio alla conservazione dello status acquisito». «*Il bilanciamento tra il concreto interesse del soggetto riconosciuto e il favore per la verità del rapporto di filiazione non può costituire il risultato di una valutazione astratta e predeterminata*» ma deve essere fatta dal giudice tenendo «conto di tutte le variabili del caso concreto»³⁰.

La verità non costituisce dunque un valore assoluto neppure quando sia il padre a chiederne l'accertamento. La sua consapevolezza di non essere il genitore del figlio che ha riconosciuto sollecita, anche in questo caso, una valutazione comparativa con l'interesse concreto del figlio alla tutela della stabilità dei rapporti e della sua condizione identitaria.

²⁸ V. Corte cost. 25 giugno 2021, n.133: «Un così lungo decorso del tempo (cinque anni dal riconoscimento) radica il legame familiare e sposta il peso assiologico, nel bilanciamento attuato dalla norma, sul consolidamento dello *status filiationis*, in una maniera tale da giustificare che la prevalenza di tale interesse sia risolta in via automatica dalla fattispecie normativa».

²⁹ Facendo seguito a Corte cost. 272/2017, anche la Corte di Cassazione ritiene che nel giudizio ex art. 263 c.c. la non veridicità non sia elemento decisivo, tenuto conto dell'interesse del figlio: Cass.24 febbraio 2020, n. 4791, in giustiziacivile.com 2020, con commento di F. CORBO; Cass. 27 ottobre 2021, n. 30403. In precedenza, nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Civitavecchia, 23 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, p. 2205, e Trib. Roma, 17 ottobre 2012, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, p. 349, con nota di M.G. STANZIONE. Seguendo l'opinione tradizionale, in passato la S.C. era incline ad ammettere l'impugnativa, eventualmente riconoscendo il diritto al risarcimento dei danni non patrimoniali subiti dal figlio in conseguenza della condotta ondivaga del genitore Cass. 24 maggio 1991, n. 5886, in *Foro it.* 1992, I, c. 449; Cass. 26 marzo 2015, n. 6186, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3114 con nota di G. CASABURI.

³⁰ Corte cost. 25 giugno 2020, n. 127 che parla di una valutazione comparativa «già contenuta nel giudizio di cui all'art. 263 ed è immanente ad esso».

7. *Diritto allo stato e responsabilità per la procreazione. A proposito dei figli di coppie omogenitoriali.*

Ad esito di questo processo il fondamento della filiazione non può più essere individuato in modo univoco nella verità biologica che risulta dal parto per la maternità (art. 269 c.c.) e dalla discendenza genetica per la paternità (artt. 243 bis, 263 c.c.). «L'art. 30 Cost. – osserva la Corte costituzionale³¹ – non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale». L'evoluzione normativa e giurisprudenziale «ha portato a negare l'assoluta preminenza del *“favor veritatis”* e ad affermare la necessità della sua ragionevole comparazione con altri valori costituzionali». Ed il legislatore, «cui l'art. 30, quarto comma Cost. demanda il potere di fissare limiti e condizioni per far valere la genitorialità biologica nei confronti di quella legale, ha attribuito prevalenza al consenso alla genitorialità e all'assunzione conseguente di responsabilità rispetto al *“favor veritatis”*».

La genitorialità legale risulta così prevalente su quella biologica sia in ragione del diritto del figlio alla stabilità delle relazioni familiari ed alla tutela della sua identità personale, sociale ed affettiva, sia in ragione della responsabilità che il genitore assume nei confronti del figlio rendendone possibile la nascita (artt. 8, 9, l. n. 40/2004), o contribuendo a creare la situazione di fatto in cui il rapporto educativo ed affettivo prende forma e consistenza stabile.

In questo contesto, in cui la rilevanza del dato biologico scolora a favore della stabilità dei rapporti e della responsabilità per la procreazione, costituisce una nota stonata l'orientamento che rifiuta l'accertamento della doppia maternità e della doppia paternità da parte dei genitori dello stesso sesso³². Ed appare contraddittorio da un lato riconoscere che anche nel caso in cui il genitore abbia fatto ricorso all'estero a forme di PMA in Italia vietate vi sia l'esigenza «di una tutela piena del generato nei confronti di chi, partecipando al progetto procreativo, ha assunto la responsabilità di farlo venire al mondo» - dato che colui che «con il proprio comportamento, sia esso un atto procreativo o un contratto, quest'ultimo lecito o illecito, determina la nascita di un bambino, se ne deve assumere la piena responsabilità e deve assicurargli tutti i diritti che spettano ai bambini nati lecitamente»³³ - e poi negare la trascrizione

³¹ Corte cost. 25 giugno 2020, n. 127.

³² V. il mio commento a Cass., sez. un., 30 dicembre 2022, n. 38162: *Lo stato del bambino che nasce da maternità surrogata all'estero. I “piccoli passi” delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, pp. 377 ss. cui rinvio.

³³ Cass. S.U 38162/2022 cit.

dell'atto di nascita straniero contenente l'indicazione dei due padri³⁴, o la formazione dell'atto di nascita con l'indicazione di due madri³⁵. L'adozione ha lo scopo di rendere proprio il figlio altrui, non il proprio (art. 293 c.c.). Nella PMA è la scelta di far nascere un figlio che rende genitori, anche quando non si contribuisce alla nascita con i propri geni (artt. 8,9, l. 40)³⁶. A quella scelta si collega la responsabilità per la nascita del figlio e il diritto del figlio alla certezza legale del suo stato.

Il fatto che siano in gioco diritti fondamentali della persona dovrebbe far tenere distinte la legittima finalità sanzionatoria della condotta degli adulti dalla tute-

³⁴ Nel caso di figlio nato da maternità surrogata all'estero, la trascrizione della paternità intenzionale viene ritenuta contraria all'ordine pubblico internazionale: Cass. S.U 38162/2022 cit.

³⁵ Nel caso di fecondazione eterologa all'estero di una coppia di donne, la Corte di cassazione ammette la trascrizione dell'atto di nascita straniero che rechi l'indicazione della doppia maternità: Cass. 30 settembre 2016, n. 19599 (est. LAMORGESE), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 372, con nota di PALMERI, *Le ragioni della trascrivibilità del certificato di nascita redatto all'estero a favore di una coppia same-sex (ibid., p. 362)*; in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329, con nota di CASABURI; in *Corr. giur.*, 2017, p. 18, con mia nota *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status familiari*; in [articolo29.it](#), con nota di SCHILLACI, *Le vie dell'amore sono infinite. La Corte di cassazione e la trascrizione dell'atto di nascita straniero con due genitori dello stesso sesso*; Cass. 15 giugno 2017, n. 14878 (est. DOGLIOTTI), in [articolo29.it](#), con commento di STEFANELLI, *Riconoscimento dell'atto di nascita da due madri, in difetto di legame genetico con colei che non ha partorito*. Nel caso di bambino nato in Italia, figlio di due donne che hanno fatto ricorso alla fecondazione eterologa all'estero, la S.C. non ritiene ammissibile la formazione in Italia dell'atto di nascita contenente il riconoscimento da parte della madre intenzionale, nell'assunto che gli artt. 8 e 9, l. 40 si applichino solo nei casi previsti e consentiti dall'art. 5: Cass. 7 marzo 2022, n. 7413; Cass. 25 febbraio 2022, n. 6383; Cass. 4 aprile 2022, n. 10844; Cass. 3 aprile 2020, n. 7668; Cass. 22 aprile 2020, n. 8029, entrambe in [questionegiustizia.it](#), 2020, con note di CELENTANO e FERRANDO. Altra è la questione decisa da Trib. Roma, ord., 9 settembre 2022, in *questionegiustizia.it*, 2022, con commento di ACIERNO, che ammette l'indicazione di "genitore" (e non di "padre" e "madre") per due mamme sulla carta d'identità del bambino.

³⁶ Che non si riferiscono esclusivamente alla fecondazione eterologa, pratica vietata al momento dell'emanazione della legge e divenuta ammissibile solo in seguito a Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 802, con mio commento *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa (ibid., II, 392)*. Nel senso che la "liceità" della pratica non sia un presupposto per l'applicazione degli artt. 8, 9, l. 40, v. Cass. 15 maggio 2019, n. 1300, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, p. 1287, con commento di Faccioli, sentenza relativa alla fecondazione *post mortem*, anch'essa vietata. Al riguardo, v. SALANITRO, *I requisiti soggettivi per la procreazione assistita: limiti ai diritti fondamentali e ruolo dell'interprete*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1360.

la dei diritti del bambino.³⁷ Non si deve infatti perdere di vista che è il bambino al centro della scena: perché è vero che la maternità surrogata è illegale³⁸, è vero che il contratto è illecito³⁹, ma il bambino no, con la nascita è persona, titolare di diritti autonomi che richiedono tutela anche nel caso in cui il genitore non voglia o non possa fare domanda di adozione, ad esempio perché premorto o divenuto incapace.⁴⁰ Purtroppo, sembra caduto nel vuoto il pressante sollecito che la Corte Costituzionale ha rivolto al legislatore perché garantisca ai bambini quella tutela cui hanno diritto e che l'adozione non può assicurare pienamente⁴¹.

³⁷ Al riguardo v. Corte cost. 28 novembre 2002, n. 494, in *Famiglia*, 2003, p. 848 ss., con note di FERRANDO e LANDINI, a proposito dei figli nati da incesto. E v. anche, a proposito della fecondazione eterologa, Corte cost. 26 settembre 1998, n. 347 in *Corr. giur.*, 1998, 11, p. 1294, con nota di CARBONE; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 51, con nota di PALMERINI; Cass. 16 marzo 1999, n. 2315, in *Corr. giur.*, 1999, 4, p. 429 ed *ivi*, a p. 401 un commento di SCHLESINGER, *Inseminazione eterologa: la Cassazione esclude il disconoscimento di paternità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 523, con nota di PALMERINI; in *Fam. dir.*, 1999, p. 237, con nota di SESTA, *Fecondazione assistita. La Cassazione anticipa il legislatore*.

³⁸ A partire da Corte cost. 18 dicembre 2017, n. 272, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 546, con commento di GORGONI, *Art. 263 cod. civ.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, *ivi*, p. 540 ss. e in *Corr. giur.*, 2018, p. 446, con mia nota, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*.

³⁹ Trib. Monza 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 298. V. inoltre Trib. Roma 14 febbraio 2000, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 310; Trib. Palermo 8 gennaio 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, I, p. 221.

⁴⁰ Al riguardo è esplicita la Corte costituzionale quando invita il legislatore a porre rimedio ad una situazione in cui i figli “proprio perché non riconoscibili dall'altra persona che ha costruito il progetto procreativo, vedono gravemente compromessa la tutela dei loro preminenti interessi» e lo invita “a colmare al più presto il denunciato vuoto di tutela, a fronte di incomprimibili diritti dei minori»: Corte cost. 9 marzo 2021, n. 32 (est. Sciarra) (e v. anche Corte cost. 9 marzo 2021, n. 33 (est. Viganò)) entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 616, con nota di CHECCHINI, *L'“omogenitorialità” ancora al vaglio della Corte costituzionale*. Per un commento, cfr. ACIERNO, *La Corte costituzionale “minaccia” un cambio di passo sull'omogenitorialità*, in questionegiustizia.it; GATTUSO, *I bambini al centro: il cambio di prospettiva nelle tre decisioni del marzo 2021 in materia di omogenitorialità (della Consulta e delle Sezioni unite)*, in giudicedonna.it; FERRANDO, *Il diritto dei figli di due mamme o di due papà ad avere due genitori. Un primo commento alle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 e 33 del 2021*, in giustiziainsieme.it, 2021. Per una discussione delle due sentenze, v. *La tutela dei nati all'interno di coppie omoaffettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, n. 4/2021, con contributi di BILOTTI, D'AMICO, FERRANDO, SALANITRO, VENUTI.

⁴¹ Corte cost. n. 32 e 33 del 2021, cit. n. prec.

EGUAGLIANZA E SOLIDARIETÀ NELLA DETERMINAZIONE DELL'ASSEGNO DI DIVORZIO

*Michele Sesta **

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'antefatto. I rapporti patrimoniali nella fase fisiologica e nella crisi della famiglia: regime patrimoniale primario e secondario a confronto. - 3. La crisi della coppia e le alterne vicende dell'assegno divorzile. - 4. La crisi della coppia e le alterne vicende dell'assegno divorzile. - 5. La funzione compensativa e perequativa dell'assegno divorzile. - 5. La concreta attuazione del principio solidaristico

1. Premessa.

Sono molto grato per l'invito ricevuto a partecipare a questo convegno in onore di Giovanna, alla quale mi legano sentimenti di affetto e gratitudine. Grazie a lei è iniziata la mia carriera accademica nel lontano 1974, allorché mi chiamò a ricoprire l'incarico di Assistente supplente di Diritto privato presso la Facoltà di Economia, che era stato fino a quel momento ricoperto nientemeno che da Guido Alpa. Non posso non ricordare gli stimoli e il sostegno che ho ricevuto in quegli anni da Giovanni Tarello che mi consentì di pubblicare sui suoi *Materiali per la Storia della cultura giuridica*, un saggio sul diritto di famiglia tra le due guerre e sul pensiero di Antonio Cicu¹. Sempre sulla scia dei ricordi nel 1979, dopo essere diventato Assistente ordinario, lasciai questo Ateneo per Bologna, ma i rapporti

* Professore emerito di diritto privato dell'Università di Bologna.

¹ SESTA, *Profili di giuristi italiani contemporanei: Antonio Cicu e il diritto di famiglia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Tarello, Il Mulino, 1976, p. 419 ss.

scientifici con Giovanna sono sempre rimasti vivi specie dopo la creazione da parte del Prof. Galgano di “Contratto e impresa”, la cui direzione e redazione costantemente si sono trovate nella casa di Giovanna sul lago di Garda, che ci ha sempre generosamente ospitato.

Il titolo generale di questo Convegno invita a una riflessione sul ruolo della giurisprudenza e sui limiti alla discrezionalità dei giudici, un tema caro alla nostra onorata, più volte trattato nell’ambito dei richiamati incontri gardesani. Io in particolare devo trattare questo tema con riguardo all’assegno di divorzio, che, come a tutti noto, è stato oggetto in questi anni di un ampio dibattito giurisprudenziale.

2. L'antefatto. I rapporti patrimoniali nella fase fisiologica e nella crisi della famiglia: regime patrimoniale primario e secondario a confronto.

Per porre nella giusta prospettiva le recenti evoluzioni giurisprudenziali in tema di assegno divorzile sembra utile muovere da alcuni dati statistici. Nel 1965 furono celebrati 399.009 matrimoni (5.028 civili e 393.981 concordatari), nel 1970 395.509 (8.920 civili e 386.589 concordatari), nel 1987 306.264 (44.417 civili e 261.847 concordatari), nel 2000 284.410 (70.155 civili e 214.255 concordatari), nel 2019 184.088 (96.789 civili e 87.299 concordatari), nel 2021 180.416 matrimoni². Dunque, si è verificato un progressivo declino del matrimonio; per contro, il rapporto tra divorzi e matrimoni è in ascesa costante: un divorzio su 23,6 matrimoni celebrati nel 1971; uno su 11,3 nel 1987; uno su 7,56 nel 2000; uno su 2,15 nel 2019.

Sono dati che portano, in primo luogo, a chiedersi quanto sia attuale l’odierna disciplina legale dei rapporti patrimoniali tra coniugi, pensata in un’epoca (gli anni Settanta) in cui il matrimonio rappresentava l’unica veste giuridica della famiglia, in conformità al modello costituzionale³. Un matrimonio tendenzialmente indissolubile, che solo in casi specifici poteva essere sciolto per divorzio, istituito allora di recente introduzione, socialmente non sempre accettato e che recava con sé, in ultima analisi, un profilo sanzionatorio, stante il nesso con il previgente regime della separazione giudiziale fondata sulla colpa.

² Le pertinenti schede dell’Istituto di Statistica sono consultabili alle pagine <http://seriestoriche.istat.it/> (per i dati pre 2014) e <http://demo.istat.it/altridati/matrimoni/index.php> (per i dati post 2014). Per l’andamento dei divorzi, RINESI, *La recente evoluzione dei divorzi: uno sguardo ai numeri*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 140 ss.

³ Si v. LIPARI, voce “Famiglia (evoluzione dei modelli sociali e legali)», in *Enc. dir., I tematici, Famiglia*, diretto da MACARIO, Milano, 2022, IV, p. 420; SESTA, *sub art. 29 Cost.*, in *AA.VV., Codice della famiglia*, a cura di SESTA, III ed., Milano, 2015.

Il legislatore del '75, nel riscrivere l'intero diritto di famiglia in attuazione dei precetti costituzionali di eguaglianza morale e giuridica tra coniugi, ha regolato i loro rapporti patrimoniali in modo complesso, differenziando i principi ispiratori del regime patrimoniale c.d. primario e di quello c.d. secondario, in una prospettiva che assume particolare rilevanza, come si vedrà, a proposito dell'assegno divorzile.

Qui basti ricordare che il regime patrimoniale primario è costituito da quell'insieme di regole inderogabili che disciplinano il momento contributivo, cioè gli obblighi che il legislatore pone a carico di ciascun coniuge di collaborare nell'interesse della famiglia e di contribuire ai suoi bisogni, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, sulla base dell'indirizzo della vita familiare tra loro concordato (artt. 143 e 144 c.c.)⁴. È chiaro che la disciplina dei profili riconducibili al regime primario si informa ai principi di eguaglianza e di solidarietà ed è pertanto inderogabile. Al contrario, per quanto attiene al regime patrimoniale secondario, che è quello destinato a regolare l'allocazione delle ricchezze acquisite e non consumate durante il matrimonio, cioè il momento distributivo, il legislatore lo ha corredato di un ampio riconoscimento dell'autonomia, potendo i coniugi scegliere tra il regime legale della comunione dei beni e quello convenzionale della separazione.

I dati statistici confermano la sopravvenuta inadeguatezza del modello legale, concepito in una realtà sociale lontana da quella attuale caratterizzata dalla raggiunta parità uomo donna e dalla diffusa instabilità matrimoniale. Nel 2004 su 248.969 nuovi matrimoni, 139.336 coppie optarono per la separazione dei beni e 109.633 per la comunione legale, nel 2012 su 204.830 nuovi matrimoni, 134.990 per la separazione dei beni e 67.840 per la comunione legale, nel 2019, su 184.088 nuovi matrimoni, 133.934 per la separazione dei beni e 50.154 per la comunione legale⁵.

⁴ Sul regime patrimoniale primario cfr. PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, II ed., in *Comm. Schlesinger-BUSNELLI*, Milano, 2012, p. 112, testo e nt. 12, ove ulteriori riferimenti bibliografici intorno all'origine dell'espressione; RUSCELLO, *I diritti e i doveri nascenti dal matrimonio*, in *Tratt. ZATTI, AA.VV., Famiglia e matrimonio* (a cura di FERRANDO - FORTINO- RUSCELLO), II ed. Milano, vol. I, t. 1, 2011, p. 1058. Sulla separazione dei beni, cfr. SESTA - VALIGNANI, *Il regime della separazione dei beni*, ivi, p. 558 s. Prima della riforma v. già RESCIGNO, *I rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *AA.VV., La riforma del diritto di famiglia. Atti del Convegno di Venezia svolto presso la Fondazione Cini nei giorni 30 aprile - 1° maggio 1967*, C.E.D.A.M., 1967, p. 63.

⁵ Dati sempre attinti dalle rilevazioni Istat, consultabili alla pagina <http://dati.istat.it/Index.aspx?QueryId=18573#>.

Dunque il regime patrimoniale secondario è affidato alla libera scelta degli sposi, che, specie quando appartenenti a classi sociali medio alte, quasi di routine optano per la separazione dei beni.

Un consimile trend induce anche a considerare il problema – finora rimasto in ombra nella nostra esperienza giuridica – di garantire che l'esercizio dell'autonomia privata sia adeguatamente informato e quindi consapevole. In altre parole, similmente a quanto accade negli ordinamenti di *common law*, appare opportuno che l'ordinamento si doti di strumenti idonei a far sì che i nubendi siano chiamati a riflettere sulle implicazioni patrimoniali delle scelte che essi possono compiere prima di celebrare il matrimonio e nel corso della relazione coniugale. Ciò al fine di evitare che scelte inconsapevoli possano pregiudicare i diritti di un coniuge a seguito dell'eventuale rottura del rapporto, come per esempio può accadere a chi, di intesa con il coniuge, abbia convenuto il regime di separazione dei beni e optato per svolgere un ruolo casalingo⁶.

In breve, il regime patrimoniale primario è caratterizzato dalla eguaglianza, dalla solidarietà e dalla inderogabilità mentre quello secondario è improntato all'autonomia e quindi all'autoresponsabilità rispetto alle scelte di ciascun coniuge e alle loro conseguenze⁷.

Nel suo insieme il sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi appare concepito per un matrimonio tendenzialmente indissolubile, che da lungo tempo però non è più tale per l'incrementarsi dei divorzi (1 su 2,15 matrimoni nel 2019, come riferito sopra). Ciò ha fortemente scompaginato le carte dando vita al noto travaglio giurisprudenziale, in quanto l'assetto dei rapporti patrimoniali dopo il divorzio muta radicalmente.

Quanto al regime primario tendenzialmente tutto si azzera, venendo meno i presupposti di vita comune che stanno alla base degli obblighi inderogabili di

⁶ I sistemi di *common law* considerano attentamente la delicatezza della scelta e vi destinano apposite prescrizioni volte a tutelare la parte debole e l'effettività del suo consenso: v. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, in *Tratt. Cicu-MESSINEO, La crisi della famiglia*, Milano, 2015, vol. II, p. 247 s., nt. 39, il quale si sofferma specialmente sul profilo relativo alla *full disclosure* dei redditi e dei patrimoni, che condiziona l'efficacia dei *prenuptial agreements*; per gli Stati Uniti v. AL MUREDEN, *I prenuptial agreements negli Stati Uniti e nella prospettiva del diritto italiano*, in *Fam. dir.*, 2005, p. 552. In argomento cfr. SESTA - VALIGNANI, *Il regime della separazione dei beni*, cit., p. 566; THOMPSON, *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice: Issues of Power in Theory and Practice*, Bloomsbury Publishing P.L.C., 2015, *passim*.

⁷ Al riguardo cfr. CORDIANO, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, Torino, 2018, *passim*.

contribuzione di cui si è detto. Può tuttavia realizzarsi una trasformazione di quegli obblighi, rispetto alla quale si parla, ma non da tutti, di solidarietà post coniugale, recata dalla disposizione dell'art. 5, comma 6, L. n. 898/1970, la cui interpretazione tanto ha impegnato giudici e avvocati⁸.

Quanto al regime patrimoniale secondario, anche se i coniugi avessero optato per il regime della comunione, esso cessa trasformandosi in comunione ordinaria da sciogliersi ai sensi dell'art. 191 c.c. secondo le apposite regole⁹.

Quello che certamente manca è un collegamento, che altrove si realizza¹⁰, tra questi due distinti ma in realtà connessi profili, solo in parte attuabile a opera del giudice sulla base della previsione di cui all'art. 5, comma 6, che impone al Tribunale nel determinare l'assegno di tenere conto del «contributo personale ed economico dato alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune».

Quanto precede spiega le ragioni profonde del travaglio giurisprudenziale che interessa gli istituti della crisi e le difficoltà a enunciare e ad applicare regole che consentano di coniugare con equilibrio eguaglianza, solidarietà e autore-sponsabilità.

3. *La crisi della coppia e le alterne vicende dell'assegno divorzile.*

Secondo il testo originario dell'art. 5, L. n. 898/1970, «Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del

⁸ Cfr. BIANCA, *Le Sezioni unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*, in questa *Fam. dir.*, 2018, p. 956.

⁹ Gennari, *Lo scioglimento della comunione legale*, aggiornamento a cura di PRUSSIANI, in *Tratt. ZATTI, AA.VV., Regime patrimoniale della famiglia*, a cura di ANELLI-SESTA, II ed., Milano, 2011, vol. III, p. 461 ss.

¹⁰ Nell'ordinamento britannico il raccordo si instaura sotto l'egida dell'*equitable distribution system*, abbinato alla *clean break theory*: a mente di tale istituto, nel caso in cui durante il rapporto matrimoniale sia mancata una allocazione comune dei beni, il giudice può dividere al momento della crisi il patrimonio dei coniugi al fine di realizzare un'equa spartizione. Sul punto v. AL MUREDEN, *Berlusconi v. Lario: autosufficienza e tenore di vita coniugale in un big money case italiano*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 347.

contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in una unica soluzione»¹¹.

Come si vede, nessun riferimento alla durata del matrimonio, preso in considerazione come atto in sé, piuttosto che come rapporto prolungatosi nel tempo.

Con riguardo a detta disposizione, occorre ricordare che le Sezioni unite nel 1974¹² affermarono il seguente principio di diritto:

«L'assegno di divorzio non ha natura alimentare, ma ha natura composita: con funzione assistenziale (in quanto, attraverso la considerazione delle condizioni patrimoniali dei coniugi, tutela quello la cui situazione patrimoniale si sia deteriorata per effetto dello scioglimento del matrimonio), risarcitoria (in quanto, avendo riguardo alle ragioni della decisione, attribuisce rilievo, agli effetti patrimoniali, alla responsabilità per il fallimento del matrimonio) e compensativa (in quanto, mediante il riferimento al contributo dei coniugi alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di entrambi, è diretto a compensare l'impegno personale e gli apporti economici prestati in vista del benessere della famiglia). Gli elementi su indicati operano sia come criteri di attribuzione sia come parametri di determinazione e vanno tutti esaminati, con riguardo alla posizione di entrambe le parti».

Nel 1987, sulla scia di molteplici sollecitazioni critiche¹³, il legislatore intervenne modificando il comma 6 dell'art. 5 (tuttora in vigore) come segue:

«Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare

¹¹ Le più risalenti riflessioni della dottrina relative alla disposizione in oggetto sono ricostruite da RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 111, nt. 13.

¹² Cass. civ., SS.UU., 9 luglio 1974, n. 2008, in *Dir. fam.*, 1974, p. 635, con nota di DALL'ONGARO, *Sulla controversa qualificazione giuridica dell'assegno di divorzio*; v. già Cass. Civ., SS.UU., 26 aprile 1974, n. 1194, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1335.

¹³ Vedile richiamate da QUADRI, *L'introduzione del divorzio: il dibattito, la legge e la sua conferma, gli interventi successivi*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 11, testo e nt. 30.

periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive»¹⁴.

Sono evidenti le plurime innovazioni introdotte, in modo particolare il riferimento alla durata del matrimonio e, soprattutto, ai mezzi adeguati di cui il coniuge richiedente non abbia disponibilità. Sembra dunque prevalente il riconoscimento della natura assistenziale dell'assegno¹⁵.

Di qui l'applicazione bifasica della disposizione, che, a partire dal 1990¹⁶, è stata seguita predicandosi che l'adeguatezza dei mezzi dovesse essere commisurata al tenore di vita goduto durante la vita matrimoniale, seguito dalla giurisprudenza per quasi trent'anni. Repentinamente la Cassazione nel 2017¹⁷ abbandonò il

¹⁴ Cfr. QUADRI, *L'introduzione del divorzio*, cit., p. 11 s.; RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 19 s.

¹⁵ Si v. LIPARI, *Relazione della 2a commissione permanente (giustizia) sui disegni di legge "Modifiche alla legge 1° dicembre 1970, n. 898, concernente disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio" e "Nuove norme sulla disciplina dei casi di scioglimento di matrimonio"*, Tipografia del Senato, 1987, p. 11. Il testo è consultabile integralmente all'URL <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/272704.pdf>. Cfr. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 111, nt. 14.

¹⁶ L'accertamento del diritto di un coniuge alla somministrazione di un assegno periodico a carico dell'altro andava infatti compiuto mediante una duplice indagine, attinente all'*an* e al *quantum*: Cass. civ., **SS.UU.**, 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, 1, c. 67 ss., con note di QUADRI, *Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite* e CARBONE, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*. Sul tema, ampiamente, si vedano le considerazioni critiche di RIMINI, *op. cit.*, p. 105 ss.

¹⁷ Cass. civ. 10 maggio 2017, n. 11504, in *Fam. dir.*, 2017, p. 642 ss., con note di AL MUREDEN, *L'assegno divorzile tra autoreponsabilità e solidarietà post-coniugale* e DI DANOVI, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*; in *Giur. it.*, 2017, p. 1799 ss., con nota di RIMINI, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fenomeno assistenziale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 1274 ss., con nota di Id., *Verso una nuova stagione per l'assegno divorzile dopo il crepuscolo del fenomeno assistenziale*. Si v. anche FORTINO, *Il divorzio e l'"autoreponsabilità" dei coniugi e il nuovo volto della donna e della famiglia*, ivi, p. 1254 ss.; QUADRI, *I coniugi e l'assegno di divorzio tra conservazione del "tenore di vita" e "autoreponsabilità": "persone singole" senza passato?*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 885 ss.; SESTA, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 516, ove si esprimeva l'auspicio che dal dibattito seguito alla sentenza della Prima sezione potesse "nascere – con il contributo di tutti, giudici, studiosi, avvocati e, soprattutto, il legislatore – un più ragionevole ed equo assetto dei rapporti patrimoniali seguenti alla crisi del matrimonio, in linea con i precetti costituzionali e con il nuovo stato giuridico del vincolo coniugale».

parametro del tenore di vita matrimoniale in nome del principio dell'autoresponsabilità, in nome del quale l'assegno doveva essere riconosciuto solo in favore di quel coniuge che non avesse né potesse procurarsi mezzi di sostentamento tali da consentire un'esistenza libera e dignitosa.

Come dire: solidarietà *versus* autoresponsabilità.

In questo quadro, "solidarietà" significava consentire all'ex coniuge di mantenere il tenore di vita preesistente, salvi gli aggiustamenti dovuti in applicazione di tutti i criteri enunciati dalla legge, in una visione ribattezzata "criptoindissolubilista" del matrimonio; "autoresponsabilità" significava, sulla scia del paragrafo 1569 del codice civile tedesco, che dopo il divorzio ciascuno dei coniugi dovesse farsi carico del proprio mantenimento¹⁸.

In questo quadro di forte contrapposizione è intervenuta la sentenza n. 18287/2018 delle Sezioni unite¹⁹, che indubbiamente ha sparigliato le carte.

Volendo sintetizzare l'articolato *decisum* enunciato dalle Sezioni unite, penso possa dirsi che esse abbiano riscritto l'art. 5, comma 6 della legge come segue:

¹⁸ SESTA, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Familia*, 2019, p. 5 s. Più precisamente la disposizione citata stabilisce che se un coniuge, dopo il divorzio, non può provvedere da solo al proprio mantenimento, ha, nei confronti dell'altro, una pretesa di carattere alimentare solo in presenza di circostanze determinate dalla legge (parr. 1570- 1577). Dunque, l'assegno di mantenimento ha carattere eccezionale e comunque non è dovuto quando il richiedente "può mantenersi da solo con i suoi proventi e il suo patrimonio" (par. 1577). In questo contesto autoresponsabilità sembra dunque significare che il coniuge in linea di principio deve darsi carico del proprio mantenimento dopo il divorzio attraverso il proprio lavoro o il suo patrimonio e che la solidarietà postconiugale opera solo eccezionalmente.

¹⁹ Cass. civ., [SS.UU.](#), 11 luglio 2018, n. 18287, in *Corr. giur.*, 2018, p. 1186 ss., con nota di PATTI, *Assegno di divorzio: il "passo indietro" delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2018, p. 1843, con nota di RIMINI, *Il nuovo assegno di divorzio: la funzione compensativa e perequativa*; in *Foro it.*, 2018, I, p. 2671 ss., con nota di BIANCA, *Le sezioni unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?* Si v., in argomento, QUADRI, *"C'è qualcosa di nuovo oggi" nell'assegno di divorzio, "anzi d'antico"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, p. 1714 ss.; Id., *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*, ivi, p. 971 ss.; SESTA, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 983 ss.; AL MUREDEN, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*, ivi, p. 1019 ss. Sul versante processuale, cfr. DANOVÌ, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*, ivi, p. 1007 ss.; TOMMASEO, *La decisione delle Sezioni Unite e la revisione ex art. 9 l. div. dell'assegno postmatrimoniale*, ivi, p. 1050 ss. V. altresì BALESTRA, *L'assegno divorzile nella nuova prospettiva delle Sezioni unite*, in *Familia*, 2019, p. 15 ss.

«Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno, quando quest'ultimo non ha, o comunque non può procurarsi per ragioni oggettive, mezzi adeguati alle condizioni dei coniugi, alle ragioni della decisione, al contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, al reddito di entrambi. Tutti i suddetti elementi devono essere valutati in rapporto alla durata del matrimonio».

Sembra l'Uovo di Colombo, ma in realtà la riscrittura a mio avviso operata dalle Sezioni unite – secondo lo schema espositivo della norma originaria come emanata dal legislatore del 1970 e con le integrazioni introdotte nel 1987 – non si riduce affatto a un mero taglia e incolla della vigente disposizione di legge.

4. *La funzione compensativa e perequativa dell'assegno divorzile.*

A ben vedere, infatti, in forza dell'intervento delle Sezioni unite, da un testo formalmente invariato, è scaturita una norma nuova, alla quale la Corte perviene attraverso la revisione critica dei precedenti orientamenti e muovendo dalla rivalutazione del quadro costituzionale di riferimento, costituito dagli artt. 2, 3 e 29 Cost.²⁰.

La chiave di volta del *revirement* è rappresentata dall'affermazione che il principio dell'eguaglianza morale e giuridica tra marito e moglie si coniuga indissolubilmente con l'autodeterminazione – che riguarda «la scelta di unirsi e di sciogliersi dal matrimonio» – e determina «la peculiarità della relazione coniugale così come declinata nell'art. 143 c.c., norma che ne costituisce la perfetta declinazione»²¹.

La Cassazione dunque afferma che il principio di eguaglianza deve trovare applicazione sia nella fase fisiologica della vita matrimoniale sia, più ancora, nella fase della sua rottura, per evitare che, sciolto il vincolo, si producano effetti vantaggiosi solo per una parte: si tratta di ristabilire una situazione di equilibrio che con lo scioglimento del vincolo può venire a mancare²².

²⁰ SESTA, *Diritto di famiglia e Costituzione oggi. Dialoghi con Mario Segni*, ne *Lo Stato*, 2019, num. 13, p. 320. Il profilo è valorizzato da QUADRI, *Gli effetti economici delle crisi coniugali*, in *Juscivile*, 2021, spec., p. 1352 e p. 1363.

²¹ Sul tema per tutti PARADISO, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, cit., 10; Id., *La comunità familiare*, Milano, 1984, p. 168 s.; SESTA, *sub art. 29 Cost.*, in *Codice della famiglia*, a cura di Id., III ed., Milano, 2015, p. 94.

²² QUADRI, *Gli effetti economici delle crisi coniugali*, cit., p. 1351; SESTA, *Diritto di*

In breve, l'assegno deve riequilibrare l'assetto economico patrimoniale degli ex coniugi e deve garantire un livello reddituale adeguato al contributo fornito nella realizzazione della vita familiare pregressa²³.

Questa è sembrata la novità rispetto a tutti gli orientamenti precedenti, a partire da quello del 1974 in poi.

In questo quadro, tra eguaglianza, solidarietà e autoresponsabilità si realizza una singolare sintesi: la scelta matrimoniale, infatti, reca con sé l'assunzione dell'obbligo, autoresponsabilmente assunto, di fare in modo che i coniugi escano dal matrimonio in condizioni di eguaglianza. L'applicazione di un consimile principio non configura affatto una «locupletazione illegittima», bensì, se correttamente attuata sulla base dei criteri di legge, la coerente conseguenza delle scelte “autoresponsabilmente” effettuate durante la vita matrimoniale. Ne emerge dunque una nozione di autoresponsabilità ben diversa da quella cui fanno riferimento le richiamate disposizioni del BGB: in quel contesto, autoresponsabilità significa che, dopo il divorzio, il coniuge deve provvedere al proprio mantenimento; secondo il principio enunciato dalle Sezioni Unite, per contro, il coniuge maggiormente dotato è tenuto a darsi carico di riequilibrare la situazione economico-patrimoniale dell'altro che risulti pregiudicata dalle decisioni liberamente assunte all'atto del matrimonio e attuate durante la vita matrimoniale. In ogni caso, la nozione di autoresponsabilità non va confusa con quella di autosufficienza²⁴ e infatti, secondo le Sezioni unite, il diritto all'assegno può ben coesistere con la condizione di mera autosufficienza del richiedente, diversamente da quanto predicato dalla precedente sentenza Cass. civ., Sez. I, n. 11504/2017.

famiglia e Costituzione oggi, cit., p. 520.

²³ Cass. civ., SS.UU., n. 18287/2018, cit., par. 12.

²⁴ Cfr. in proposito CORDIANO, *Il principio di autoresponsabilità nei rapporti familiari*, cit., 94, la quale osserva che il principio di autoresponsabilità è talvolta declinato quale autosufficienza nell'ottica di contenere ove possibile le forme di mantenimento a casi di eccezionalità. L'A. rileva condivisibilmente come sia “altrettanto palese, tuttavia, che il fondamento solidaristico sotteso agli istituti del contesto della crisi familiare non possa essere totalmente stravolto a favore di una aprioristica spinta di autosufficienza economica». Al riguardo si v. ora CASTELLANI, *La ricerca di un equilibrio tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 906.

5. La concreta attuazione del principio solidaristico.

L'applicazione dei criteri perequativo e compensativo reca con sé margini di apprezzamento assai ampi e pertanto non risulta persuasiva l'affermazione della sentenza che un consimile procedere non determini un incremento della discrezionalità del giudice di merito, cui fa riferimento il titolo del nostro convegno. Invero, a fronte di taluni profili determinati o determinabili, come il divario economico patrimoniale, la durata del matrimonio, l'età, i compiti effettivamente svolti da ciascuno dei coniugi, vengono in rilievo parametri del tutto ipotetici, specialmente quelli attinenti alle aspettative professionali e reddituali sacrificate in funzione dell'assunzione del ruolo trainante endofamiliare.

Il profilo è di singolare rilevanza: la motivazione precisa che, ove la disparità reddituale e patrimoniale dipenda dalle determinazioni comuni e dai ruoli endofamiliari svolti e sia accertato che lo squilibrio economico patrimoniale conseguente al divorzio derivi dal sacrificio di aspettative professionali e reddituali fondate sull'assunzione di un ruolo consumato esclusivamente o prevalentemente all'interno della famiglia e dal conseguente contributo fattivo alla formazione del patrimonio comune e a quello dell'altro coniuge, occorre tenere conto di questa caratteristica della vita familiare nella valutazione dell'inadeguatezza dei mezzi e dell'incapacità del coniuge richiedente di procurarsi per ragioni oggettive.

Il punto focale di questo ragionamento riguarda l'accertamento del sacrificio di aspettative professionali e reddituali. Invero la giurisprudenza, specie di merito²⁵, ha enfatizzato questo aspetto, che a parere di chi scrive è assai problematico, visto che in alcun modo figura nella tavola dell'art. 5, comma 6, l. div. e neppure, come si è osservato sopra, nel principio di diritto della sentenza. In definitiva, quello del sacrificio di opportunità professionali non può essere un parametro dirimente, nel senso che, al verificarsi delle condizioni di legge, l'assegno potrà essere dovuto indipendentemente dalle opportunità professionali perdute, come di recente la stessa Cassazione ha persuasivamente precisato²⁶.

²⁵ Tra le molte, App. Milano 6 aprile 2020, n. 878, in *DeJure*; App. Palermo 26 novembre 2018, *ivi*; Trib. Roma, Sez. I, 22 dicembre 2020, n. 18456, *ivi*; Trib. Torino 14 dicembre 2020, n. 4448, *ivi*; Trib. Milano, Sez. IX, 12 marzo 2019, n. 2397, *ivi*; App. Napoli 10 gennaio 2019, n. 52, *ivi*.

²⁶ Si vedano ora in questo senso, Cass. civ. 20 ottobre 2021, n. 29195, in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, e Trib. Modena 15 novembre 2021, inedita.

È ovvio che il coniuge che abbia rinunciato a una certa carriera professionale avviata e sicura pretenda un riconoscimento di questo sacrificio, come è altresì ragionevole che quello che non ha rinunciato a una specifica professionalità abbia meno da pretendere. Ma anche in questo caso, ancorché non vi sia alcuna *chance* da risarcire, se c'è un «lavoro casalingo» (art. 143 c.c.) da retribuire, esso andrà monetizzato sulla base di una valutazione solidaristica che tenga conto delle reali condizioni reddituali e patrimoniali del coniuge forte e non in base a criteri estrinseci²⁷. Il che significa che l'assegno non potrà parametrarsi automaticamente né all'entità del potenziale reddito che il coniuge avrebbe percepito qualora si fosse dedicato all'attività di cui era – in atto o in potenza – capace, né al costo del lavoro domestico, dovendosi tener conto, al contrario, che in virtù dei principi solidaristici e della lettera stessa della legge, l'assegno deve essere misurato sul reddito del coniuge forte.

La statuizione delle Sezioni unite n. 18287/2018, come è stato efficacemente scritto, «rappresenta forse il maggiore sforzo che l'interprete può approfondire per leggere la disciplina vigente in quell'ottica “perequativo-compensativa” che la rende allineata al principio costituzionale di pari dignità dei coniugi»²⁸: resta tuttavia la constatazione che l'assegno di divorzio per il suo carattere periodico non sempre è in grado di svolgere una ragionevole perequazione²⁹, la quale meglio potrà essere attuata attraverso un intervento legislativo che adegui il nostro ordinamento a quelli che contemplan la ripartizione delle risorse e del patrimonio familiare pregresso³⁰.

²⁷ Ma v. MONDINI, *L'assegno di divorzio dopo la sentenza delle Sezioni Unite n. 18287/2018: indicazioni per il giudice di merito*, in *Fam. dir.*, 2018, p. 427 ss.

²⁸ QUADRI, *Le conseguenze economiche delle crisi coniugali*, cit., p. 1366.

²⁹ Si v. Cass. civ., [SS.UU.](#), n. 32198/2021, cit., punti 30.3 e 30.4 nonché E. QUADRI, *Gli effetti economici*, cit., p. 1366.

³⁰ Gli ordinamenti che all'opposto impongono un regime patrimoniale tendenzialmente perequativo in costanza di matrimonio propendono per la definizione il più possibile netta dei rapporti patrimoniali, con lo scioglimento della coppia. Cfr. RIMINI, *Il nuovo divorzio*, cit., p. 110. Così nel Regno Unito, ove è stata concepita la nota formula del *clean break*, la permanenza di vincoli economici tra gli ex coniugi è contemplata alla stregua di una soluzione del tutto residuale: cfr. par. 25A(2) Matrimonial Causes Act. La legge in particolare obbliga il giudicante a considerare in prima istanza l'opportunità del *clean break* e quindi di una divisione netta del patrimonio mediante *financial orders* (con la significativa eccezione della presenza di figli). I *periodical payment orders* eventualmente disposti, altresì, possono avere durata limitata in corrispondenza della raggiunta autonomia patrimoniale dell'ex coniuge beneficiario. In argomento, AL MUREN, *Conseguenze*

Proprio muovendo da tale ultima perspicua considerazione, deve considerarsi che, più di recente, sempre le Sezioni unite³¹, nel decidere se l'instaurazione di una stabile convivenza di fatto con un terzo, da parte del coniuge titolare dell'assegno divorzile, ne comporti l'estinzione, hanno offerto rilevanti approfondimenti in merito ai presupposti dell'attribuzione di detto assegno, sul solco segnato dalla sentenza n. 18287/2018; in particolare con riguardo alla funzione compensativa connessa al contributo fornito dal richiedente all'interno della disciolta comunione di vita nella formazione del patrimonio della famiglia e di quello personale dell'altro coniuge. In proposito, le Sezioni unite nella sentenza n. 32198/2021 collegano la «componente compensatorio-perequativa dell'assegno di divorzio» al «contributo dato alla formazione del patrimonio familiare e dell'altro coniuge nell'arco di tempo definito dal matrimonio», ulteriormente specificando che detta componente «rimarrebbe irrimediabilmente perduta per l'ex coniuge che pure ha contribuito alla formazione del patrimonio personale dell'altro coniuge, accettando di rinunciare a occasioni di lavoro o [enfasi dello scrivente] dedicandosi alla famiglia per facilitare la progressione in carriera dell'altro coniuge e la formazione di un patrimonio negli intenti destinato a essere comune ma rimasto, a cagione dello scioglimento del progetto di vita comune, appannaggio dell'altro coniuge».

È interessante rimarcare che le Sezioni unite n. 32198/2021, nell'epilogo della lunga motivazione, esprimono la consapevolezza che l'assegno di divorzio periodico per sua natura e stante l'incertezza della durata dell'erogazione, non è idoneo ad assolvere pienamente alla funzione perequativo-compensativa. Non è affermazio-

patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 211 ss.; Id., *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, cit., p. 646. Ancora, con riguardo all'ordinamento tedesco, la materia è incardinata sul principio fondamentale della autoresponsabilità (par. 1569 BGB), alla cui stregua «dopo il divorzio ciascuno dei coniugi deve farsi carico del proprio mantenimento». Coerentemente, l'assegno divorzile ricorre soltanto in ipotesi connotate da esigenze di tipo squisitamente «alimentare»: assolve in altri termini una funzione assistenziale ed è peraltro suscettibile di limitazione temporale. Cfr. SESTA, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, cit., p. 5 s.

³¹ Cass. Civ., [SS.UU.](https://onelegale.wolterskluwer.it/), 5 novembre 2021, n. 32198, punti 24, 27, cpv., s., in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>. Si v. RIMINI, *Gli effetti della relazione affettiva stabile sulla titolarità dell'assegno divorzile: nuove prospettive sulla base della funzione compensativa dell'assegno*, in *Fam. dir.*, 2021, p. 274, in commento all'ordinanza di Cass. civ., 17 dicembre 2020, n. 28995, che ha suscitato l'intervento delle ricordate Sezioni unite. In margine alla stessa ordinanza v. altresì QUADRI, *Diritto all'assegno di divorzio e convivenza: alla ricerca di una soluzione coerente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 883.

ne di poco conto, che, a ben vedere, rischia di travolgere l'intera costruzione faticosamente edificata sulle rovine del precedente indirizzo fondato sul tenore di vita.

Sembra a chi scrive che una consimile esplicita ammissione inviti l'interprete a squarciare il velo che avvolge le affermazioni di principio enunciate qua e là nelle decisioni richiamate, per mostrare quale sia in concreto la funzione dell'assegno per la parte eccedente la dimensione assistenziale. L'applicazione del criterio compensativo-perequativo, più che assicurare al beneficiario dell'assegno il compenso rateizzato che si è guadagnato, costituisce una sorta di filtro volto a vagliare il curriculum dell'ex coniuge per verificare se egli, in nome del principio di eguaglianza, abbia meritato, grazie al ruolo trainante endofamiliare e ai relativi sacrifici, un *quid pluris* rispetto alle sue esigenze puramente assistenziali. In questo quadro non va dimenticato che il presupposto dell'assegno, anche di quello perequativo-compensativo, è la sperequazione reddituale e patrimoniale tra i coniugi: la Corte viene a dire che la sperequazione può essere colmata solo in favore dell'ex coniuge che abbia ben meritato. In tal caso, dunque, egli potrà beneficiare di una parte del reddito dell'altro coniuge che gli consentirà di fatto l'incremento del suo tenore di vita e forse anche di accumulare risparmi. Rispetto alla vecchia giurisprudenza l'elemento di differenziazione è che in passato il tenore di vita veniva garantito al coniuge debole, al ricorrere delle condizioni di legge, in maniera quasi automatica, mentre ora, sempre nel rispetto degli indici normativi, esso rappresenta il premio per quanto il percipiente abbia fatto a vantaggio della famiglia e per i suoi sacrifici.

Ma alla fine quello che è palese è comunque che l'assegno consente all'ex coniuge che lo abbia meritato e lo percepisca di vivere meglio di quanto i suoi mezzi gli consentirebbero, e, quindi, in maniera più conforme a come vive l'altro ex coniuge³², cioè, in definitiva, quando vi siano i mezzi, al precedente tenore di vita: come dire che per non perderlo bisogna esserselo guadagnato.

³² L'opportunità di decidere riguardo alla spettanza e alla quantificazione dell'assegno di mantenimento e dell'assegno divorzile perseguendo la finalità di assicurare ai coniugi separati o agli ex coniugi divorziati un tenore di vita tra loro equivalente è stata lumeggiata da una risalente decisione di merito che per la prima volta fece ricorso a un metodo di calcolo obiettivo fondato su un'analisi econometrica (Trib. Firenze 3 ottobre 2007, in *Fam. dir.*, 2008, p. 52 ss., con nota di AL MUREDEN, *Tenore di vita e assegni di mantenimento tra diritto ed econometria*). Sul punto AA.Vv., *Gli assegni di mantenimento tra disciplina legale e intelligenza artificiale*, a cura di AL MUREDEN-ROVATTI, Torino, 2020; GOVERNATORI-MALTAGLIATI-MARLIANI-PACINI-PILLA, *Come calcolare gli assegni di mantenimento nei casi di separazione e divorzio*, Milano, 2009, *passim*.

FUNZIONE SOCIALE DELLA PROPRIETÀ IERI, OGGI E DOMANI

Rita Rolli *

Sommario: 1. La funzione sociale della proprietà nel processo di “socializzazione del diritto privato” e nella Costituzione. – 2. La funzione sociale della proprietà: limite interno o esterno del diritto di proprietà? – 3. La funzione sociale della proprietà come clausola generale e l’argomentazione giurisprudenziale. – 4 La proprietà nel sistema globale ed europeo delle fonti: diritto dell’uomo o funzione sociale? – 5. La possibile sintesi: funzione sociale della proprietà e sostenibilità.

1. La funzione sociale della proprietà nel processo di “socializzazione del diritto privato” e nella Costituzione.

Desidero innanzitutto ringraziare per l’invito a questo convegno nel quale celebriamo la Professoressa Giovanna Visintini.

Permettetemi un ricordo personale.

Io associo la Professoressa Giovanna Visintini innanzitutto alla sua figura di giurista, alla dedizione rivolta all’Accademia, agli allievi e alle sue opere, ma la associo altresì alla bellissima casa sulle sponde del Lago di Garda, nella quale ci ha sempre affettuosamente ospitati, dove si sono svolti i convegni e le riunioni di Contratto e Impresa, che sono i luoghi della mia formazione personale e nei quali ho coltivato le mie speranze accademiche.

Nell’odierno dialogo con la giurisprudenza, che è dato caratterizzante lo studio della Professoressa Giovanna Visintini e della mia Scuola - mi sia concesso ancora ricordare la rivista “Contratto e Impresa”, non a caso sottotitolata “Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale”, e la collana ad essa collegata “I

* Professore ordinario di diritto privato dell’Università di Bologna.

grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale” -, mi è stato affidato il tema della “funzione sociale della proprietà”, che, come noto, è la clausola che caratterizza la proprietà nel dettato della Costituzione del 1948 - e, quindi, nel nostro ordinamento.

Pur in variegata e distinte accezioni, la costituzione è densa di riferimenti al termine “sociale”¹, in esito della fase della “socializzazione” del diritto privato (di cui va indagato il rapporto con il più ristretto concetto di “funzionalizzazione” del diritto privato, tendenza relativa ad una più circoscritta esperienza della nostra epoca storica²), che si innesta nel primo novecento, a seguito della prima guerra mondiale, per poi proseguire nella definitiva rottura con l’assetto sociale conseguente dalla rivoluzione borghese³, che aveva trovato la sua manifestazione piena nel *code civil*, in generale nelle codificazioni, e nelle più antiche costituzioni⁴.

Tra questi, ai fini delle presenti riflessioni, rileva in particolare il sintagma sociale, come “criterio di valutazione di situazioni giuridiche connesse a determinare attività economiche”⁵, quali da un lato la proprietà, dall’altro l’impresa, non a caso inserite nei “Rapporti economici” della Costituzione⁶,

¹ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, p. 1278.

² Cfr. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2020, p. 348; G.B. FERRI, *La formula “funzione sociale” dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 682; BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in *Rendiconti del Reale Istituto lombardo di scienze e lettere*, V. LXXIV, fasc. II, 1940-1941, p. 318 e 319.

³ Per il carattere borghese del codice napoleonico si veda SALEILLES, *Le code civil et le méthode historique*, in *Le code civil 1804-1904 Livre du centenaire*, Paris 1904, p. 115, e ivi riferimenti alla triade intangibile indicata da Cambacères, “Liberté, Propriété, Autonomie contractuelle”. Si veda anche M. SOHM, *Le code civil français et le code civil allemand*, Congrès international du droit comparé del 1900, Paris, 1905, p. 268; RODOTÀ, *Lectio doctoralis, Antropologia dell’uomo dignus*, pronunciata a Macerata il 6 ottobre 2010. Si veda anche Id., *Il terribile diritto, Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, p. 87, (ora RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*, Bologna, 3ª ed., 2013).

⁴ Quale quella francese e irlandese, si rinvia a nota 6.

⁵ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1278.

⁶ ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 353. Si veda anche VIGLIANISI FERRARO, *Il diritto di proprietà e la sua “funzione sociale” nell’ordinamento giuridico italiano e in quello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2016, p. 519 ss. Si veda COMPORI, *Relazione introduttiva*, in COMPORI (a cura di), *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali, Atti del Convegno di Studi organizzato presso l’università degli Studi di Siena*, 18-19 ottobre 2002, Milano, 2005, p. 7.

che, se vogliamo, qualificano rispettivamente il momento statico e dinamico della proprietà⁷.

È opportuno soffermarsi, in relazione alle conclusioni cui vorrei giungere, sulla nuova formulazione dell'art. 41 cost., che non può non richiamare la nuova formulazione dell'art. 9 cost., tra i Principi fondamentali⁸.

Le nuove formulazioni oggi pongono come centrali il paesaggio e l'ambiente, in riferimento ai quali la dottrina più illuminata – mi riferisco alle opere di Alberto Predieri - aveva colto il legame tra paesaggio, urbanistica, espropriazione e funzione sociale della proprietà⁹: «la tutela del paesaggio intesa come “regolazione conformativa globale del territorio” è collegata con i valori di sviluppo personale e di mutamento sociale di cui all'art. 2 e in particolare all'art. 3, a cui si può connettere immediatamente l'art. 42, 2° comma Cost.»¹⁰.

La proprietà, e, dunque, la funzione sociale della proprietà è lo specchio della struttura di una società, dal punto di vista sociale, politico ed economico¹¹.

È, dunque, anche lo specchio della nostra società.

E qui voglio anticipare come nell'epoca attuale la direttiva della funzione sociale sia, almeno formalmente, posta in discussione, nel sistema multilivello delle fonti¹², riflesso nell'art. 117 cost., dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), del 1950, entrata in

⁷ RESCIGNO, *Conclusioni*, in *Atti del Convegno di Studi organizzato presso l'università degli Studi di Siena*, 18-19 ottobre 2002, *cit.*, p. 181.

⁸ Le modifiche agli artt. 41 e 9 Cost. sono state introdotte dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, entrata in vigore il 9 marzo 2022.

⁹ PREDIERI, voce *Paesaggio*, in *Enc. del diritto*, 1981, vol. XXXI, p. 503, e prima in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione. Saggi*, Milano, 1969.

¹⁰ ALPA, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2020, p. 364. Si veda anche Id., *Proprietà privata, funzione sociale, poteri pubblici di “conformazione”*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 20022, p. 599 ss.

¹¹ Cfr. RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, in G. BRANCA (a cura di), tomo II, artt. 42, Bologna-Roma, 1982, p. 119; ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 343; Id., in *Crisi dello stato sociale e contenuto minimo della proprietà*, Atti del convegno di Camerino, 27-28 maggio 1982; BRANCA, *Sul possesso dell'azienda*, in *Foro it.*, 1958, p. 702; BENTHAM, *Principles of the Civil Code*, I, IX, trad. it., in www.laits.utexas.edu/poltheory/BENTHAM/pcc/index.html; Proudhon, *Qu'est ce la propriété? Ou Recherche sur le principe du droit et du gouvernement. Premier mémoire*, (1840), Paris, 1966, Collection Texte Intégral, no. 91; BLACKSTONE, *Commentaries of the Laws of England*, London, 1809, V, II, cap. I); GALGANO, *Tratt. dir. civ.*, Padova, 2010, V, I, p. 74 ss.

¹² Sul quale rinvio a ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0, cit.*, p. 1 ss.

vigore nel 1953 e in Italia nel 1955, ed in particolare del suo I Protocollo aggiuntivo del 1952 (entrato in vigore nel 1954), che all'art. 1 contempla appunto la proprietà nel novero dei diritti fondamentali dell'uomo, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, alla quale il Trattato di Lisbona del 2009 ha conferito lo stesso rango dei Trattati istitutivi dell'Unione europea¹³, nella quale i diritti fondamentali sono distinti nei valori "Dignità", "Libertà", "Solidarietà", "Giustizia", e che riconosce tra le "Libertà" diritti a contenuto patrimoniale, quali la libertà d'impresa (art. 16) e il diritto di proprietà (art. 17).

Il cambiamento di passo è evidente nella sistemazione della proprietà e dell'impresa, che se nell'impianto della Costituzione attengono ai Rapporti economici, in quello della Carta sono a tutta prima manifestazioni della libertà dell'uomo.

Se la Costituzione aveva definitivamente decretato la transizione dal binomio proprietà-libertà, che affonda le proprie radici dapprima nella classica definizione bartoliana "*dominium est ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lex prohibebatur*"¹⁴, che a sua volta rispecchia la definizione di libertà di Fiorentino "*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi quid vi aut iure prohibetur*"¹⁵, poi, "in ossequio alla tradizione giusnaturalistica, che vede nella proprietà un simbolo di libertà", proclamata come diritto nelle costituzioni¹⁶,

¹³ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUF o Carta di Nizza), è stata solennemente proclamata una prima volta il 7 dicembre 2000 a Nizza e una seconda volta, in versione adattata, a Strasburgo il 12 dicembre 2007 da Parlamento Europeo, Consiglio e Commissione, ha assunto efficacia dal 1° dicembre 2009 con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In virtù dell'art. 6, par. 1, del Trattato sull'Unione Europea, la Carta proclamata nel 2007 ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

¹⁴ in *Omnia quae extant opera*, V, VENETIIS, 1615, f. 84. Si veda B. BRUGI, *Della proprietà*, I, Torino, 1923, p. 25-26, nota 2; NICOLINI, *La proprietà, il principio e l'espropriazione per pubblica utilità*, Milano, 1952, p. 46-53; v. anche RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1302, nota 157. ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 347; LA TORRE, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale. Dalla proprietà quiritaria alla funzione sociale*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 479 ss.; Id., *Proprietà e libertà, cit.*, p. 444.

¹⁵ In D. 1, 5, 4.

¹⁶ ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 345, con riferimento alla concezione moderna della proprietà, elaborata nel *Code civil*. Per l'esaltazione convinta della proprietà assoluta che preesiste sicché la legge deve limitarsi a riconoscerla, si veda anche BASTIAT, *Propriété et loi, justice et fraternité*, in "Journal des Économistes", 15 maggio / 15 giugno 1848 (IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, p. 42, nota 17). IANNARELLI, *op. cit.*, p. 34, nota 14;

con le Carte europee pare tornarsi indietro¹⁷.

Questo processo, volto a separare la proprietà da una sua lettura attraverso clausole sociali, è ulteriormente esasperato dai processi della globalizzazione, nel cui contesto “la forma dominante di proprietà ha il contenuto smaterializzato di ricchezza finanziaria”¹⁸, in un processo che si spinge fino all’individuazione di *new properties*, “con l’applicazione dello schema proprietario a valori economici non materiali, sia tradizionali (diritto d’autore, brevetti), sia creati dalla rivoluzione tecnologica (come la rete) o dalle innovazioni finanziarie”¹⁹.

E così si affaccia la tentazione di una rilettura in chiave neoliberale della proprietà, come rinnovata espressione dell’individualismo possessivo²⁰, o di una ricaduta nella visione dei codici ottocenteschi ed ancor prima in una concezione giusnaturalistica della proprietà²¹.

Efficacemente Rodotà ha rilevato, con riferimento alla Carta europea dei diritti fondamentali, «l’art. 17, letto in sé, fa nascere una grandissima perplessità. È quasi una restaurazione, una sorta di orologio costituzionale messo indietro di quasi un secolo, con molte domande. Si riapre la frattura sociale che era stata composta a Weimar»²².

Sulla concezione della proprietà influiscono, altresì, i mutevoli confini tra diritto privato e diritto pubblico, come a distanza di tempo, seppure con esiti

LEMERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'ordre naturelle et essentiel des sociétés politiques* del 1767, pubblicato a cura di Depitre, Paris, 1910, p. 25; MENGÈS-LE PAPE, *Physiocratie, Révolution et Code civil: les origines historiques de la faculté de clore son héritage*, in *La propriété en mutation: propriété privée et utilités économiques*, colloque Tempus, Rouen, 1998, p. 47 ss. Al contrario, con riferimento al sistema attuale, si veda ALPA, *op. cit.*, p. 353.

¹⁷ SALVI, *Neoproprietarismo e teorie giuridiche della proprietà*, in *Europa e diritto privato*, 2020, p. 1169 ss.

¹⁸ SALVI, *Teologie della proprietà. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, Rubbettino Editore, 2017, p. 9. Si veda in generale FERRARESE, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017.

¹⁹ Cfr. SALVI, *Teologie della proprietà. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, *cit.*, p. 90 e ALPA, *Manuale di diritto privato*, *cit.*, p. 352. Si veda sul tema DE NOVA, INZITARI, TREMONTI, VISENTINI (a cura di), *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991.

²⁰ MCPHERSON, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese: la teoria dell’individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, Milano, 1982.

²¹ Si veda LOCKE, *Secondo Trattato sul governo*, 1690, trad. it., Torino, 2010.

²² RODOTÀ, *Il progetto della Carta Europea e l’art. 42 Cost.*, in M. COMPORTI (a cura di), *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di Studi organizzato presso l’università degli Studi di Siena, 18-19 ottobre 2002, Milano, 2005, p. 159.

contrapposti quanto alla prevalenza dell'uno e dell'altro settore del nostro ordinamento, colsero parte della più autorevole dottrina.

Vassalli, ad esempio, intervenendo nella discussione sulla crisi del diritto privato, collegata alla legislazione di guerra, constatava che la guerra «ha attuato silenziosamente una grande rivoluzione»²³, rilevando che «codesta caotica legislazione di guerra, bene indagata, ha uno spirito suo, ha un suo sistema, e nel suo complesso ci ha dato la regolamentazione di tutta la vita pubblica e privata, quale s'è attuata per vari anni»²⁴, e si domandava «che cosa lascerà definitivamente questa legislazione, cessate le contingenze che l'hanno determinata?»²⁵.

A ben vedere è la domanda che ci poniamo ad ogni crisi e che di recente si è posto Zoppini, con riferimento alla legislazione e alle prassi emergenziali conseguenti al Covid-19: «come accaduto per la legislazione di guerra e per quella emergenziale degli anni Venti del Novecento, molte regole oggi pensate per l'eccezione e per la transizione diventeranno parte integrante dell'ordinamento e saranno stabilmente incluse nel diritto comune»²⁶, per giungere alla conclusione di possibile approdo ad un diritto privato “regolatorio”, in uno scenario nel quale «non ha (*più*) senso pensare l'esperienza giuridica all'interno della contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato ed è necessario piuttosto sostituire ad essa un nuovo paradigma, caratterizzato da “interscambiabilità dei ruoli, modificazione dei rapporti, commercio delle regole e dei principi ordinatori”»²⁷.

Vassalli riscontrava un'incipiente legislazione sociale attuativa di forme di protezione, realizzata in numerosi campi della vita sociale, incidenti sulla natura privatistica di vari istituti, nei quali le ragioni del diritto pubblico venivano a prevalere su quelle del diritto privato.

Si percepiva che la prospettiva di partecipazione dello Stato ad imprese industriali nella forma di partecipazione azionaria, pur di per sé non implicante immediatamente un regime diverso da quello del diritto comune, avrebbe potenzialmente modificato la disciplina e la natura dei rapporti privati, tra cui la proprietà, attraendoli alla sfera pubblica.

²³ VASSALLI, *op. cit.*, p. 3. Si veda anche RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1263.

²⁴ VASSALLI, *op. cit.*, p. 2.

²⁵ VASSALLI, *op. cit.*, p. 4.

²⁶ A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, p. 11.

²⁷ ZOPPINI, *op. cit.*, p. 249 ss., 253.

Intuendo che molti dei cambiamenti introdotti non avrebbero avuto carattere provvisorio, si coglieva il fatto che il colossale indebitamento della finanza pubblica per la belligeranza, avrebbe condizionato per il futuro la politica finanziaria dello Stato ed un suo costante intervento nelle funzioni della vita economica²⁸.

Nel secondo dopoguerra Giorgianni, ribaltando per un certo verso tale prospettiva, cogliendo i presupposti per l'espansione, al contrario, dei confini del diritto privato, a chi vedeva nella "pubblicizzazione" o "socializzazione del diritto privato" un offuscamento dei confini con il diritto pubblico e una crisi del diritto privato, nella sua radice di dominio della volontà del privato sul terreno dell'economia - che era stato consacrato dai codici dell'ottocento, attraverso il diritto soggettivo, come signoria della volontà, la proprietà, come signoria sulla cosa, il contratto e il negozio giuridico, come dichiarazione di volontà -, opponeva che, piuttosto andasse registrata un'evoluzione della struttura intima del nuovo sistema, «inteso a giovare degli strumenti dell'iniziativa economico-privata e pubblica ai fini del benessere generale»²⁹.

Con il fenomeno dello Stato che assumeva il ruolo del supremo regolatore delle forze economiche e, dunque, "interventistico" dello Stato nell'economia, andava di pari passo un processo di «"socializzazione" del diritto privato e di funzione sociale del diritto soggettivo, specie del diritto di proprietà»³⁰, in opposizione alla fase liberistica del diritto privato, nella quale risiedette la «pretesa (in quella fase economica probabilmente legittima) che il benessere sociale potesse essere raggiunto attraverso il libero esplicarsi del giuoco economico ed attraverso la liberazione della proprietà, oltretutto della terra, da ogni vincolo postovi nei secoli precedenti»³¹, secondo un processo di "socializzazione", che progressivamente permeava «tutti gli istituti del diritto privato, e non solo la proprietà»³².

²⁸ VASSALLI, *op. cit.*, passim. GALGANO, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di BRANCA, tomo II, artt. 41, Bologna-Roma, 1982, p. 9. Si veda anche ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 353.

²⁹ GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 408.

³⁰ GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini, cit.*, p. 405.

³¹ GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 407 ss.

³² GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 407 ss. A. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, p. 34.

Non a caso gli studiosi, tra cui quelli citati, che strettamente si sono introdotti nel tema, dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, che poi coinvolge tutti gli studiosi del diritto, hanno individuato come “cartina di tornasole” la corrente concezione del diritto di proprietà³³.

«La crisi del modello liberale dimostrava la crisi del quadro codicistico e della legislazione allora vigente rispetto alle crescenti istanze sociali»³⁴, plasticamente espressa dalla «rivolta dei fatti contro il codice civile»³⁵.

In tale contesto è doveroso accennare che il tema della “funzione sociale” della proprietà fu sollevato nel campo del diritto privato, come testimoniato nei primi del Novecento da Duguit, il quale affermava che la proprietà non è più un diritto soggettivo del proprietario, ma è «*la fonction sociale de détenteur de la richesse*»³⁶.

Ed anzi in Italia si discusse, senza esito, di introdurla nel codice civile del 1942, in quanto «rifiutando la formula “funzione sociale”, i redattori del codice avevano voluto soprattutto evitare una valutazione dell’esercizio del diritto affidata alla mera discrezionalità del giudice e della pubblica amministrazione, ciò che avrebbe voluto dire “abolito il diritto di proprietà e in genere il diritto soggettivo privato”»³⁷.

³³ VASSALLI, *op. cit.*, p. 11 ss. Si veda anche G. ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 350; ZOPPINI, *op. cit.*, p. 229.

³⁴ Lo rileva IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell’incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, p. 53 ss.

³⁵ MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, 1920. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 3.

³⁶ DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1920, p. 87. In questo senso, sempre a proposito della mutevole distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, va ricordato É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, trad. it., Milano, 1962, 89 ss. Si veda anche G.B. FERRI, *La formula “funzione sociale” dalle idee del positivismo giuridico alle scelte del legislatore del 1942*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 679. IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell’incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, p. 54 ss.

³⁷ P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà, cit.*, p. 33. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 143. Si veda anche MACARIO, *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, diretto da GABRIELLI, artt. 810-868, sub art. 832, Torino, 2012, p. 313; P. BELLONI PERESSUTTI, in CIAN - TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, a cura di Cian, Milano, 2022, sub art. 838.

Ma la funzione di progettazione della società civile, assunta dai codici nell'Ottocento, traghettava alle costituzioni del Novecento, ponendosi così le basi per la nota "costituzionalizzazione" del diritto privato³⁸.

Fu, infatti, la costituzione del 1948 a connotare la proprietà con la coesistente funzione sociale³⁹.

2. La funzione sociale della proprietà: limite interno o esterno del diritto di proprietà?

Per dare contenuto positivo a tale dimensione sociale del diritto di proprietà, la funzione sociale può essere collegata all'"interesse sociale", inteso come «la risultante degli interessi ad una categoria o ad un gruppo sociale. Si tratta di un interesse collettivo ma non generale: che, quindi, pur essendo particolaristico, si distingue dagli interessi individuali, ma che, ciò nonostante, non si

³⁸ S. PATTI, *La funzione sociale nella "civilistica italiana" dell'ultimo secolo*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, p. 31; PERLINGIERI, FEMIA, *Fonti del diritto*, in *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, p. 34-35. PERLINGIERI, *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice*, in PERLINGIERI (a cura di), *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 199 ss.; TARTAGLIA POLCINI, *L'avvento della Costituzione: la prima fase*, in PERLINGIERI, TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 215 ss. Si veda anche RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 151 ss., spec. p. 171; SALVI, *Introduzione*, in SALVI (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978, p. 39-40); LIPARI, *Intorno ai "principi generali del diritto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 37 ss.; PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in PERLINGIERI (a cura di), *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 157 ss.; PENNASILICO, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in PERLINGIERI e TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 254 ss.; BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1977, p. 220 ss.); LIPARI, *Persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 758 ss.; SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, p. 91 ss.); LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 635 ss.; CONTE, *Il processo di neo-costituzionalizzazione del diritto privato. Notazioni sull'efficacia precettiva e sulle modalità applicative dei diritti e delle libertà fondamentali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 147 ss.; SCODITTI, *Il sindacato del giudice sul contratto attraverso i principi costituzionali*, in *Giust. civ.*, 2018, p. 211 ss). MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 10.

³⁹ RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit.

confonde con l'interesse dell'intera collettività, impersonificata nello Stato»⁴⁰, definizione che rifugge ad un'idea di “funzionalizzazione della proprietà”.

La qualificazione sociale equivarrebbe a quella non individualistico, intesa come «benessere economico e collettivo»⁴¹; permetterebbe «istituzionalmente di assicurare la prevalenza dell'interesse sociale su quello individuale»⁴².

La qualificazione sociale, intesa come concreto criterio di valutazione di determinate situazioni soggettive, non sarebbe, dunque, analoga a quella di interesse generale, che contraddistinguerebbe più limitatamente gli ambiti tradizionalmente assegnati all'azione dello Stato nei confronti dei privati; consisterebbe, dunque, in una nozione non meramente negativa nel senso di non individualistico, ma più ampia e riferita all'utilità collettiva e «rappresentativa della ispirazione del testo costituzionale come tale elevata a principio direttivo dell'intera disciplina»⁴³.

«Nell'art. 42 Cost. si vede riflesso il volto pluralistico della categoria e nella formula della funzione sociale si legge il passaggio dallo stato liberale allo stato sociale e all'economia mista di mercato che spezza il connubio — di matrice liberal-lockiano e idealista-hegeliano — fra proprietà e libertà. La “funzione sociale serve ad individuare una dimensione in cui la crescita della compressione dei poteri proprietari per effetto dell'intervento dello Stato si accompagna alla consapevolezza che ciò accade per la necessità di realizzare interessi in largo senso pubblici”, istanze sociali e collettive e diritti inviolabili della persona»⁴⁴.

Mi soffermerò brevemente sul profondo dibattito attorno alla natura della “funzione sociale”, che, reputo, convincentemente vada individuata in un limite interno al diritto di proprietà, e non già in un limite ad essa esterno.

È evidente, dinanzi a tale configurazione, «espressa non più come formula generica, ma come vera e propria qualificazione giuridica»⁴⁵, lo sforzo dei civili-

⁴⁰ NATOLI, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, I, Milano, 1955, p. 91.

⁴¹ SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, p. 242 ss.

⁴² RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di BRANCA, tomo II, artt. 42, Bologna-Roma, 1982, p. 118.

⁴³ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1277.

⁴⁴ NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 647 ss.; S. RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 2a ed. 1981, p. 324.

⁴⁵ S. RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1266.

sti a coniugare la tradizione del diritto soggettivo assoluto di proprietà⁴⁶ con la nozione di funzione, capace di contraddire la prima categoria o, comunque, di annacquare i contenuti.

È nota la tradizionale difesa della proprietà privata in sé considerata: «nella misura in cui è diritto soggettivo, ancora il massimo dei diritti soggettivi, la proprietà privata serve all'interesse del proprietario. (...). Coi limiti che impone alla proprietà privata la legge ne assicura dall'esterno la funzione sociale»⁴⁷. Di qui la distinzione «tra istituto della proprietà, che è indirizzato dalla legge a fini sociali, in relazione alla diversa natura dei beni che ne costituiscono oggetto, e il diritto soggettivo di proprietà privata spettante al singolo. Non si può chiedere al privato che, nell'esercizio del suo diritto, tenga conto di altri interessi diversi dal proprio»⁴⁸.

Parimente noto è il riferimento della funzione sociale non già al diritto, bensì ai beni che ne sono oggetto.

La contraddizione tra diritto soggettivo e funzione viene così superata riferendo la funzione sociale non alla proprietà privata come diritto sulle cose, ma piuttosto alle cose oggetto di proprietà privata⁴⁹. E «proprietà, infatti, può essere inteso come vocabolo che designa il diritto di proprietà o come vocabolo che designa i (o dei) possibili oggetti di diritto di proprietà»⁵⁰.

La funzione sociale si ripresenterebbe «così come un vincolo esterno al diritto di proprietà e, a questo modo, lascia impregiudicata la sua natura di diritto soggettivo, riconosciuto e garantito solo nell'interesse del proprietario»⁵¹.

Solo questa via condurrebbe a ben vedere fuori dall'orizzonte classico, avendo «il pregio di mettere in discussione la più intima essenza del concetto borghese (...) della proprietà, quale unica forma di giuridica di dominio sulle cose (sia esso poi dominio statale o dei privati). Apre un nuovo terreno di riflessione sulle cate-

⁴⁶ ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 345.

⁴⁷ SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 960.

⁴⁸ SANTORO PASSARELLI, *Proprietà privata e costituzione, cit.*, p. 960.

⁴⁹ GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1983, p. 153. Id., *Trattato diritto civile*, V. I, Padova, 2010, p. 334. Così anche GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 129.

⁵⁰ TARELLO, *La difesa costituzionale della proprietà privata. Lezioni introduttive*, Genova, 1973, p. 27.

⁵¹ GALGANO, *Trattato diritto civile*, V. I, *cit.*, p. 334 ss.; Id., *Il diritto privato fra codice e costituzione, cit.*, p. 153 ss.

gorie giuridiche capaci di coordinare fra loro, nell'uso delle risorse, gli interessi dei proprietari e quelli dei non proprietari, gli interessi dei privati e della collettività»⁵².

Ma «la determinazione del concetto di funzione sociale (...) è la condizione per operare all'interno di dogmi altamente tecnicizzati, come quello di diritto soggettivo»⁵³; tale funzione «deve essere considerata come componente della struttura della proprietà»⁵⁴, in un'ottica che non accoglie «l'inconciliabilità logica» tra diritto soggettivo e funzione, sul presupposto che «la compatibilità del momento funzionale con il diritto soggettivo è tutt'altro che infrequente»⁵⁵.

«La funzione, di conseguenza, non può essere ulteriormente identificata con la fascia esterna della proprietà»⁵⁶.

«Di qui la conclusione che nel mentre la Costituzione garantisce il diritto di proprietà, ne indica anche i limiti interni, e cioè la sua funzione sociale, sicché il diritto soggettivo coesiste con la funzione»⁵⁷; il «limite interno è il limite che connota la proprietà già dalla sua origine. Limite interno è la funzione sociale della proprietà; (...) un limite introdotto dalla Costituzione (artt. 42 e 44) che non lascia libero il proprietario di fare ciò che crede entro i confini della sua proprietà, ma ne condiziona in modo incisivo i poteri. (...) è più corretto oggi non vedere le imposizioni o le restrizioni a carico del proprietario nell'interesse pubblico come limiti, ma piuttosto come caratteri che indicano la conformazione della proprietà da parte della legge»⁵⁸.

La funzione sociale è, dunque, «il complesso di limiti che lo Stato impone alla proprietà, sì da circoscrivere i poteri del proprietario già dall'origine»; «opera come modo di usare la proprietà, quindi come modo di essere proprietario: non vi sono poteri infiniti, via via limitati; vi sono poteri che già nascono circoscritti, perché conformati dal legislatore»⁵⁹.

⁵² GALGANO, *Il diritto privato fra codice e costituzione*, cit., p. 155.

⁵³ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1289.

⁵⁴ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1297.

⁵⁵ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1306.

⁵⁶ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà*, cit., p. 1314.

⁵⁷ ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 351.

⁵⁸ ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 354. Si veda anche IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, p. 36; BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, in *Leggi d'Italia*, p. 3.

⁵⁹ ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 356.

La conseguenza di tale costruzione accede alla configurazione della funzione sociale come principio generale, come «uno dei principi ricostruttivi del nostro ordinamento»⁶⁰, che, al di fuori della contrapposizione tra norme immediatamente precettive e norme programmatiche, permette che essa «possa operare anche in quelle situazioni di proprietà per le quali manchi una espressa disposizione che la richiami» nonché «l'estensibilità in via analogica di tutte quelle norme di carattere eccezionale il cui contenuto rappresenta una realizzazione del principio della funzione sociale, dal momento che proprio il sopravvenire di un principio di carattere generale ha fatto cadere il divieto dell'analogia. Inerendo alla struttura della proprietà, la funzione sociale vede diminuito il margine d'indeterminatezza, che abbiamo visto proprio della sua natura di principio elastico, ed acquista più precisi contorni da una ricostruzione che può con piena legittimità tener conto di tutti gli elementi presenti nel sistema, per determinarne l'operatività anche nelle situazioni più particolari»⁶¹.

«Riconosciuto che la funzione sociale costituisce ormai un principio ordinatore della disciplina della proprietà», consegue che essa «non opera soltanto come criterio formale di legittimazione di interventi legislativi conformanti la situazione dei privati proprietari. Opera anche, nel senso già indicato, come strumento che legittima l'applicazione analogica di singole norme o di complessi normativi altrimenti ritenuti eccezionali. Ed opera, infine, come criterio di interpretazione o reinterpretazione del materiale normativo»⁶².

⁶⁰ RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di BRANCA, tomo II, art. 42, Bologna-Roma, 1982, p. 114, nota 11.

⁶¹ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1338.

⁶² RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di BRANCA, tomo II, art. 42, Bologna-Roma, 1982, p. 117. Id., *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1252. Si veda anche VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e Mercato*, 2017, 15 ss.; CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1130 ss.; PERLINGIERI, *La dottrina del diritto civile nella legalità costituzionale*, in PERLINGIERI (a cura di), *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, p. 157 ss.). Una voce contraria è quella di D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (e in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, p. 443 ss.; si veda anche NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale, cit.*, p. 643 ss., ove ai paragrafi 2 e 7, una panoramica della *drittwirkung* della funzione sociale. In merito all'art. 42 cost. si veda CAMARDI, *Brevi riflessioni sull'argomentazione per principi nel diritto privato, cit.*, p. 1130 ss. La possibilità di un'applicazione dell'art. 41 cost. è controversa in dottrina. Sul punto si veda MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir.*

Su questa linea è Galgano ad affermare che, con riferimento alla funzione sociale della proprietà, «la norma costituzionale si rivolge principalmente, ma non soltanto, al legislatore. Essa implica che ogni norma di legge ordinaria, che ponga limiti alla proprietà o imponga obblighi al proprietario, sia essa successiva o anteriore alla Costituzione, non debba essere riguardata come una eccezione alla regola della pienezza e della esclusività del diritto di proprietà, ma come norma di attuazione, nel caso da essa regolato, dal generale principio della destinazione sociale dei beni, come tale suscettibile di applicazione analogica a casi analoghi. A questa applicazione giudiziaria della funzione sociale non si oppone la riserva di legge contenuta nell'art. 42 cost.: questa impedisce l'applicazione immediata della norma costituzionale, ma non ostacola, quando una legge ordinaria sussista, la sua applicazione analogica. L'assolutezza del diritto di proprietà trova a questo modo un organico criterio di temperamento, rimesso nelle mani del giudice; un generale principio alla stregua del quale coordinare fra loro gli interessi particolari dei proprietari e quelli dei non proprietari o della collettività nel suo insieme»⁶³.

In sintonia con lo spirito di questo convegno, infatti, va rimarcato, che nel «diritto privato, ritroviamo concetti come quello di buon costume, di buona fede, di diligenza del buon padre di famiglia ed altri ancora, che, pur partecipando alla difficoltà di individuazione discendente dai loro legami con la realtà socia-

civ., 1958, II, p. 618 ss.; MAUGERI, *Informazione non finanziaria e interesse sociale*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 992 ss.; FORTUNATO, *L'informazione non finanziaria nell'impresa socialmente responsabile*, in *Giur. comm.*, 2019, p. 415 ss.; SPOLIDORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 253 ss. Per riferimenti al dibattito relativo all'art. 41, 2 c., cost. si rinvia a MARCHETTI, *Dalla Business Roundtable ai lavori della British Academy*, in *Riv. soc.* 2019, p. 1304. Si vedano anche BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. del diritto*, 1971, p. 607 ss.; BUONOCORE, voce *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. del diritto (Annali)*, 2007, p. 760 ss. Sul tema in generale si vedano anche ALPA, *Diritti, libertà fondamentali e disciplina del contratto: modelli a confronto*, in *Giust. civ.*, 2018, I, p. 5 ss.; NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 81 ss.; MEZZANOTTE (a cura di), *Libertà fondamentali dell'unione europea e diritto privato*, Roma, 2016; CAGGIA, RESTA (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa e il diritto privato*, Roma, 2019. Sulla nozione di *Drittwirkung* diretta e mediata, si veda ZOPPINI, *Il diritto privato e le "libertà fondamentali" dell'Unione europea (Principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, Introduzione a MEZZANOTTE (a cura di), *Libertà fondamentali dell'unione europea e diritto privato*, cit., p. 1 ss.; DI CARLO, *Diritti fondamentali tra teoria del discorso e prospettive istituzionalistiche*, Milano, 2009, p. 185 ss.

⁶³ GALGANO, *Trattato diritto civile*, V. I, cit., p. 335 ss.; RODOTÀ, *Il terribile diritto*, Bologna, 1981, p. 259 ss.; PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 277 ss.

le e dalle implicazioni generali, non si sottraggono alla possibilità di una determinazione tecnica e, quindi, di una efficacia immediata»⁶⁴. «Tra questi concetti valvola o concetti elastici riteniamo debba trovar posto quello di utilità sociale: il margine di indeterminatezza che, nonostante l'analisi sopra condotta, esso continua a mantenere, dipende proprio da questa sua natura. (...). Evidentemente, l'esistenza di tale concetto elastico al livello costituzionale può importare delle differenze dalla operatività consueta di questi concetti nell'ambito privatistico, non esaurendosi nel profilo interpretativo, ma comprendendo anche l'eventuale svolgimento di attività legislativa»⁶⁵.

3. La funzione sociale della proprietà come clausola generale e l'argomentazione giurisprudenziale.

La riconosciuta dimensione della funzione sociale come clausola generale solleva immediatamente il profilo dell'intervento del giudice.

Prima di tracciare una breve evoluzione dell'applicazione giurisprudenziale della funzione sociale, giova avvertire come in ogni caso «la funzione sociale della proprietà è stata formula più operante nelle discussioni degli studiosi che nelle coscienze dei giudici e dei politici»⁶⁶.

Ciò è probabilmente giustificato dal fatto che l'ipotesi "forte" di applicazione della funzione sociale, che ha un'evidente connotazione politica, non è mai diventata egemonica proprio da un punto di vista politico e, quindi, non si è mai tradotta in particolari applicazioni giurisprudenziali.

A questo riguardo è stato, infatti, osservato che l'art. 42, 2° c., cost. è interpretato secondo la tesi della "proprietà vincolata" o della "proprietà conformata".

Secondo la prima teoria esisterebbe un nucleo minimo essenziale della proprietà, all'interno del quale il proprietario deve essere libero di scegliere, di godere

⁶⁴ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1284. Con riferimento alla legislazione per clausole generali si rinvia a RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss.

⁶⁵ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1285 ss. Id., *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di BRANCA, tomo II, artt. 42, Bologna-Roma, 1982, p. 138. Si veda anche ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 356; BRECCIA, *I quarant'anni del libro terzo del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 337 ss.; RESCIGNO, *Conclusioni*, in MACARIO, MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, p. 215.

⁶⁶ RODOTÀ, *Note critiche in tema di proprietà, cit.*, p. 1340.

e di disporre delle cose come crede. Se il legislatore incide in questo spazio minimo il proprietario ha diritto ad essere indennizzato. La Corte Costituzionale ha seguito tale via⁶⁷ con qualche eccezione⁶⁸.

Secondo la tesi della “proprietà conformata”, più aderente alla Costituzione, la proprietà non consiste in poteri di godimento e disposizione che sarebbero illimitati se non vi fosse l'intervento del legislatore, ma i poteri del proprietario sono quelli previsti dalle legge o, in base alla legge, da atti amministrativi (come ad esempio i piani regolatori), ed esclude quindi che un intervento conformativo, anche se riduce i potersi precedentemente consentiti dalla legge al proprietario, possa considerarsi espropriativo. Le due ipotesi di funzione sociale e limitazione di diritto pubblico della proprietà (art. 42, 2° c., cost.) e di espropriazione ablativa con indennizzo (art. 42, 3° c., cost.) non si possono dunque confondere⁶⁹.

Lungo tale direttiva si è dibattuto, infatti, se possa configurarsi un “contenuto minimo” del diritto di proprietà, invalicabile da parte del legislatore in senso conformativo della proprietà, neppure in attuazione della clausola della funzione sociale di cui all'art. 42, 2° c., cost.

Questo è quanto emerge da talune sentenze risalenti della Corte Costituzionale (ad esempio, n. 6 del 1966, n. 55 del 1968), secondo le quale «devesi considerare di carattere espropriativo, ai sensi dell'art. 42, terzo comma, della Costituzione, anche l'atto che, pur non disponendo un trasferimento totale o parziale di diritti, imponga limitazioni (intesa l'espressione in senso ampio, e cioè comprensiva sia delle servitù che dei limiti) tali da *svuotare di contenuto il diritto di proprietà* incidendo sul godimento del bene, in misura da *renderlo inutilizzabile in rapporto alla sua naturale destinazione*, o del suo valore di scambio»⁷⁰; «[...] Il legislatore può perfino escludere la proprietà privata di certe categorie di beni, oltre che imporre limitazioni, in via generale, o autorizzare imposizioni in via particolare, le quali peraltro *non possono mai eccedere, senza indennizzo, quella portata al di là della quale il sacrificio imposto venga ad incidere sul bene oltre ciò che è connaturale al diritto dominicale, quale viene riconosciuto*

⁶⁷ Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6, in *Foro it.*, 1966, I, 203; Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, *ivi*, 1968, I, 1361, richiamate da ALPA, *op. cit.*, 355.

⁶⁸ Corte cost., 22 giugno 1971, n. 133, in *Giur. it.*, 1972, I, 34 ss.

⁶⁹ ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 355 ss. *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 357.

⁷⁰ Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6, *cit.*, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 3, 2° c., L. 20 dicembre 1932, n. 1849.

nell'attuale momento storico, assumendo così carattere espropriativo. I commi secondo e terzo dell'art. 42 cost. vanno insieme considerati e coordinati per ricavarne, alla stregua di quello che, in base all'ordinamento giuridico attuale, rappresenta il vigente concreto regime di appartenenza dei beni, l'identificazione dei casi nei quali, nell'ipotesi della imposizione di limiti, si verifichi una incidenza negativa a titolo individuale sulla proprietà riconosciuta secondo il regime stesso, ed occorre conseguentemente far luogo all'indennizzo», come ha riconosciuto la Corte Costituzionale ammettendo l'indennizzo per le cd. espropriazioni non ablativo⁷¹.

Nella sentenza n. 153 del 1977 compare la formula «senza incidere eccessivamente sulla sostanza del diritto di proprietà»⁷², con la quale – è stato osservato – la Corte «allarga ulteriormente l'ambito della tutela proprietaria; b) approda definitivamente al riconoscimento di un contenuto essenziale del diritto di proprietà (...), che assume così il carattere di un diritto fondamentale, nel senso dell'art. 19, 2° comma del *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca piuttosto che in conformità del pur chiarissimo sistema della Costituzione italiana, che ha collocato la proprietà fuori dal quadro dei diritti inviolabili»⁷³.

È stato rilevato che la Corte Costituzionale «non solo riconosce alla proprietà privata il carattere di diritto fondamentale in quanto protetta da una riserva di legge, ma interpreta l'art. 42, comma 2, Cost., come una riserva qualificata dal vincolo del legislatore al rispetto di un nucleo essenziale del diritto. Se questo

⁷¹ Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, *cit.*

⁷² Corte cost., 22 dicembre 1977, n. 153, in *Foro it.*, 1978, I, 11 ss., relativa alla determinazione, adeguamento e corresponsione dei canoni, sulla base della legge 10 dicembre 1973, n. 814. Per un'analisi articolata delle sentenze citate si rinvia a RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, *cit.*, p. 121 ss. Si veda anche IANNARELLI, *op. cit.*, p. 58.

⁷³ RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di BRANCA, tomo II, artt. 42, *cit.*, p. 138 ss. MENGONI, *Proprietà e libertà*, *cit.*, p. 436 ss., che richiama Corte cost., 20 gennaio 1966, n. 6, *cit.*; Corte cost., 29 maggio 1968, n. 55, *cit.*; Corte cost., 27 luglio 1972, n. 155, in *Foro it.*, 1972, I; Corte cost., 22 dicembre 1977, n. 153, *ivi*, 1978, I, 11 ss. BARCELLONA, *Proprietà (tutela costituzionale)*, *cit.*, p. 9, citando Cass., 27 luglio 1972, n. 155, *cit.*; Cass., 22 dicembre 1977, n. 153, *cit.*. Si veda anche Corte cost., 27 luglio 1972, n. 155, in *Foro it.*, 1972, I, 2345; Corte cost., 30 gennaio 1980, n. 5, in *Giur. it.*, 1981, I, 208 ss.; Corte cost., 25 marzo 1980, n. 33, in *Giur. it.*, 1981, I, 1, 192; Corte cost., 15 luglio 1983, n. 252, in *Foro it.*, 1983, I, 2628; Corte cost., 29 dicembre 1995, n. 529, in *Foro it.*, 1996, 6, I, 1951; Tar Piemonte, sez. I, 28 marzo 2018, n. 368, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1547).

nucleo viene intaccato senza indennizzo, la garanzia costituzionale è violata pur se rimanga intatta la titolarità formale del diritto»⁷⁴.

Si è criticato così un rovesciamento della logica dell'Assemblea costituente, che sarebbe stato intrapreso dalla menzionata sentenza n. 55 del 1968 e compiuto con la pronuncia n. 5 del 1980 (relativa allo *jus aedificandi*)⁷⁵, fino alla riemersione dell'argomento giusnaturalista⁷⁶, in una prospettiva nella quale «la funzione sociale (...) viene affidata allo stesso proprietario»⁷⁷: «il rovesciamento della prospettiva costituzionale non potrebbe essere più radicale: la funzione sociale torna ad essere uno strumento difensivo dell'assetto proprietario, quella “menzogna convenzionale” contro la quale si era appuntata la critica socialista già nei primi anni di questo secolo»⁷⁸.

Si è osservato che tale concezione «è infondata, e spirata ad una concezione ottocentesca della proprietà, perché muove dal presupposto che il proprietario, salvi i limiti e i vincoli imposti dall'ordinamento sia libero di fare ciò che vuole. Inoltre giuridicamente scorretta, in quanto antepone la disciplina del codice civile, che è legge ordinaria, concezione della proprietà contenuta nel codice civile, a quella dettata dalla Costituzione, norma fondamentale»⁷⁹.

Secondo una diversa direzione, al contrario, a questo percorso della Corte Costituzionale è stato attribuito un giudizio positivo, di saggio bilanciamento degli interessi e, più precisamente ha «a) nel rispetto della “funzione sociale”, ha assecondato le tante norme restrittive della proprietà introdotte dal legislatore in materia agraria, urbanistica, edilizia, delle locazioni e delle espropriazioni; b) ma nel rispetto del “contenuto minimo” della proprietà, non ha consentito vincoli o limitazioni che incidano su di essa in maniera eccessiva, fino a vanificare le facoltà del proprietario; né ha consentito indennizzi di espropriazione irrisori o incongrui. Da ultimo, con la recentissima sentenza 24 ottobre 2007 n. 349, ha dichiarato la illegittimità costituzionale della norma - più volte censurata in sede europea - che in caso di occupazione appropriativa, cioè al di fuori di un regolare procedimento di espropriazione, prevede un indennizzo inferiore all'integrale risarcimento del danno: quasi un premio al comportamento illecito della pubblica

⁷⁴ MENGONI, *Proprietà e libertà, cit.*, p. 436 ss..

⁷⁵ RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici, cit.*, p. 145.

⁷⁶ S. RODOTÀ, *Commentario della Costituzione, Rapporti economici, cit.*, p. 121 ss.

⁷⁷ Id., *op. ult. cit.*, p. 144.

⁷⁸ Id., *op. ult. cit.*, p. 144, che a p. 72, nota 9.

⁷⁹ G. ALPA, *Manuale di diritto privato, cit.*, p. 355 ss.

amministrazione»⁸⁰, sulla base della convinzione che «per quanto ampia dunque possa essere la manovra attraverso la quale il legislatore ordinario aziona la leva dei “limiti” della proprietà allo scopo di conformarla alla “funzione sociale”, certo è che il “massimo” dei limiti deve pur sempre preservare al diritto inciso un contenuto almeno “minimo”: oltre questa soglia il sacrificio della proprietà può essere compiuto (sempre che ricorrano “motivi di interesse generale”), ma solo con lo strumento dell’espropriazione, e “salvo indennizzo”»⁸¹.

Ma pare condivisibile il giudizio secondo cui «la formulazione costituzionale è ancora lontana dall’aver prodotto quei risultati che il legislatore costituente si aspettava»⁸².

4. La proprietà nel sistema globale ed europeo delle fonti: diritto dell’uomo o funzione sociale?

Non è semplice in questo breve spazio dare atto del successivo cambiamento dell’assetto socio-politico, che accompagnò la Costituzione, idoneo ad incidere sulla corrente concezione della proprietà e a stemperare il vigore della clausola della funzione sociale.

Ma è evidente che «[i]n estrema sintesi, la crisi finanziaria dello Stato, il processo di globalizzazione dei mercati, l’egemonia culturale del neoliberismo con il ritorno della scuola austriaca dell’economia e del pensiero di Hayeck hanno contribuito in misura oltremodo significativa a modificare la linea di lettura e l’attuazione della funzione sociale della proprietà»⁸³.

⁸⁰ LA TORRE, *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale dalla proprietà quiritaria alla funzione sociale*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 470 ss. Difende il contenuto minimo della proprietà PASQUINO, *Il contenuto minimo del diritto di proprietà tra codice civile e Carta costituzionale*, in TAMPONI, GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana, 13, Napoli, 2006, p. 33 ss.;

⁸¹ LA TORRE, *op. cit.*, p. 470 ss. Per un giudizio sull’evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di proprietà e di sua funzione sociale, si rinvia a NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, *cit.*, p. 675 ss.

⁸² MARINELLI, *Funzione sociale della proprietà e natura delle cose dall’“avere” all’“essere”*, in TAMPONI, GABRIELLI (a cura di), *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2007, p. 32; L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, *cit.*, p. 585, nota 30.

⁸³ IANNARELLI, *Funzione sociale della proprietà e disciplina dei beni*, in MACARIO,

A livello nazionale già, dunque, entra in crisi la funzione sociale della proprietà, che, peraltro, come si è visto, soprattutto nell'argomentazione della Corte costituzionale, non è tendenzialmente approdata agli esiti conformativi, che dalla formula ci si poteva attendere.

Se si passa nella dimensione globale, nella quale, come già detto, si fa spazio un neo-individualismo possessivo, che indulge ad una visione neolibérale della proprietà, separata da clausole sociali, nelle forme smaterializzate della ricchezza finanziaria, in un processo che si spinge fino all'individuazione di *new properties*, la funzione sociale della proprietà entra ancora più in discussione⁸⁴.

Nel sistema multilivello delle fonti il percorso si complica ulteriormente dato che sia la Cedu sia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea annoverano la proprietà tra i diritti fondamentali dell'uomo e non enunciano la clausola della funzione sociale, limitandosi a fare riferimento a possibili limitazioni della proprietà per ragioni di interesse generale; tali Carte sono, dunque, destinate ad ampliare la categoria dei diritti dell'uomo fino alla comprensione di diritti di carattere non patrimoniale, quando, per tradizione, i diritti dell'uomo sono pensati come non patrimoniali.

In via preliminare va osservato che l'art. 345 (*ex* 295) del Trattato sull'UE dispone che «i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente nei singoli stati».

Lo scopo originario della norma coincide con la ragione per la quale nel testo originario della CEDU del 1950 non vi era una norma sulla proprietà che fu introdotta successivamente, con l'adozione del I Protocollo addizionale nel 1952. Gli Stati volevano riservare a sé medesimi la competenza a determinare il valore giuridico dei beni e a conformare il rapporto tra tutela della proprietà e interesse generale. Inoltre, il clima politico, sociale e culturale previsto da una pluralità degli stati membri non era favorevole all'equazione proprietà/libertà⁸⁵.

Ciononostante, la Corte di Giustizia si è occupata sovente della proprietà. Anzi è proprio dalla proprietà che la Corte di Lussemburgo nel citato caso Nold del 1974 ha enucleato la categoria dei diritti fondamentali comunitari, affermando che i diritti fondamentali fanno parte dei "principi generali" dell'ordinamento

MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Atti dell'incontro di studio, Roma, 9 ottobre 2015, p. 59 ss.

⁸⁴ Si veda *supra* par 1.

⁸⁵ SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 418 ss.

comunitario, di cui essa garantisce l'osservanza, secondo le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e che la proprietà è uno di tali diritti, statuendo che «benchè l'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri tuteli il diritto di proprietà [...], i diritti così garantiti, lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto di tutela. Per questa ragione, [...] nell'ordinamento giuridico comunitario, appare talvolta legittimo sottoporre detti diritti a limiti giustificati dagli obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità, perché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi»⁸⁶.

La Corte di Giustizia ha fatto riferimento alla funzione sociale della proprietà, anche se questa clausola generale è da intendersi piuttosto che strumentale ai doveri di solidarietà sociale, cui fa riferimento l'art. 2 della nostra cost., come volta al raggiungimento degli scopi propri dell'Unione Europea, quali innanzitutto un regime di libera concorrenza e la garanzia delle libertà su cui essa si è fondata.

È vero che la Corte di Giustizia ha fatto richiamo alle tradizioni costituzionali dei paesi europei, giungendo «nella sentenza del 22 ottobre 1991, Georg von Deetzen c./ Hauptzollamt Oldenburg, causa C-44/89, punto 28, a rimarcare, sulla base di una consolidata giurisprudenza, che “i diritti fondamentali, e in particolare il diritto di proprietà, non costituiscono prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale”»⁸⁷.

Come pure, svariate sentenze, che al diritto individuale del proprietario contrappongono alcuni importanti principi da tempo considerati di particolare importanza nell'ordinamento europeo - quali quelli del libero gioco della concorrenza, del divieto di discriminazione fra i cittadini, di un elevato livello di tutela dell'ambiente o della salute, della pace e della sicurezza internazionale, nonché della vita e dell'integrità delle persone in contrasto al terrorismo -, possono sollevare l'impressione, in tema di diritto di proprietà (e di limiti ad esso applicabili), che non vi sia, «dunque, affatto una netta chiusura nei confronti degli interessi supremi della persona (o di ogni profilo di carattere sociale) ed una totale apertura alle sole esigenze del mercato, ma semmai un tentativo di garantire *omnimodo*

⁸⁶ Corte Giust. UE, 14 maggio 1974, causa 4/73, in <http://eur-lex.europa.eu/>.

⁸⁷ Lo rileva IANNARELLI, *op. cit.*, p. 60. In merito all'applicazione dell'art. 1 del I Protocollo Cedu si rinvia a Corte europea dei diritti dell'uomo 29/03/2010, Depalle contro Francia, ric. 34044/02, in <http://www.osservatoriocedu.eu/>; Corte europea dei diritti dell'uomo, 09/02/2010, Bölükbaş e altri contro Turchia, ric. 29799/02, in <https://juricaf.org/arret/>; Corte europea dei diritti dell'uomo 27/ 11/2007, Hamer contro Belgio, ric. 21861/03, in <https://www.legal-tools.org/>.

alcuni inalienabili diritto dell'uomo», secondo un'ottica di funzionalizzazione del diritto di proprietà da parte della Corte di Giustizia⁸⁸.

Ma, tuttavia, mi pare che nella propria argomentazione la Corte di Giustizia si riferisca bensì alla funzione sociale, ma intesa come interesse generale, attribuendo alla formula un carattere diverso da quello attribuitole dalla nostra costituzione. Secondo la Corte di Giustizia si intende per funzione sociale l'interesse generale che sta alla base dei trattati, vale a dire l'instaurazione di un'economia concorrenziale. In tale contesto la proprietà privata assurge a diritto fondamentale, che può essere limitato, se il limite è giustificato dall'ordine pubblico economico che esso concorre a realizzare⁸⁹.

Secondo l'art. 17 della Carta europea dei diritti fondamentali «ogni persona ha il diritto di godere delle proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta».

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede il diritto a lasciare i propri beni in eredità, che non è previsto nella nostra Costituzione, che anzi dispone che è la legge a stabilire «le norme e i limiti della successione legittima e testamentaria e i diritti dello Stato sulle eredità».

Nell'art. 17 della Carta «non è fatto alcun cenno alla funzione sociale ed i poteri e le facoltà dominicali non appaiono in alcun modo limitati»⁹⁰, ancorchè essa «menzioni l'interesse generale come limite all'uso dei beni»⁹¹.

⁸⁸ VIGLIANISI FERRARO, *op. cit.*, p. 519 ss. Si veda anche F. MACARIO, *Della proprietà*, in *Commentario del Codice Civile*, *cit.*, p. 371. Per un'analisi delle sentenze nelle quali la Corte di Giustizia UE è intervenuta sulla proprietà, si rinvia a NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa e diritto privato*, p. 592 ss., il quale osserva che la "solenne dichiarazione di principio" di cui all'art. 345 TFUE «non ha per nulla impedito all'Europa, nelle sue varie articolazioni istituzionali a intervenire in *subiecta materia*».

⁸⁹ SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, *cit.*, 418 ss.; CONTI, *L'occupazione acquisitiva, Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006, p. 229. NIVARRA, *op. ult. cit.*, p. 604.

⁹⁰ COMPORTI, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali. Atti del Convegno di studi organizzato presso l'Università degli Studi di Siena*, 18-19 ottobre, 2002, *cit.*, p. 6.

⁹¹ ALPA, *Manuale di diritto privato*, *cit.*, p. 357.

Alla luce di tali dati, nel più generale contesto europeo, pare emergere «il definitivo ed irreversibile superamento dell'idea che il nucleo delle attribuzioni dominicali possa essere interferito da un limite interno: ciò che, in pari tempo, segna il tramonto della “funzione sociale” di matrice costituzionale»⁹².

L'art. 52, comma 3, della Carta prevede che «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali il significato e la portata di essi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La predetta disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Il riferimento alla Convenzione deve ritenersi comprensivo dei relativi protocolli e quindi anche del I Protocollo. Inoltre, anche se non se ne fa menzione, deve ritenersi che il “significato e la portata” delle libertà protette dalla Carta debbano essere quelli che risultano dalle applicazioni giurisprudenziali ad essi relative, enunciate da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Secondo quanto risulta da questa disposizione e dal Preambolo della Carta⁹³, che fa riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, il significato della ricostruzione giurisprudenziale relativa all'art. 1 del primo protocollo, indipendentemente dalla diversa formulazione rispetto alla Cedu. In tal senso si esprime anche il commento predisposto dal *Presidium* dell'organismo che ha redatto la Carta, relativo alla norma in esame. In tale testo si legge che la diversa formulazione della norma dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea rispetto all'art. 1 del I Protocollo aggiuntivo della Cedu è dovuta solo all'esigenza di attualizzazione del testo dell'art. 1 del I Protocollo, senza peraltro che tale differenza debba impedire che tale «diritto ha significato e portata identici al diritto garantito dalla Cedu e che eventuali limitazioni non possano andare oltre a quelle previste da quest'ultima»⁹⁴.

⁹² NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”*, cit., p. 603.

⁹³ Nel Preambolo, la Carta statuisce che «la presente Carta riafferma, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, i diritti derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dalle Carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio di Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

⁹⁴ PADELLETTI, *Il problema dell'indennizzo nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di Studi organizzato presso

È stato osservato che «nel diritto contemporaneo dell'Occidente la proprietà torna ad essere un diritto di libertà. La clausola sociale scompare. Questo ritorno all'individualismo possessivo trova la più limpida formulazione nella norma dedicata alla proprietà della *Carta dei diritti* dell'Unione europea. Questa (art. 17) è collocata, come nelle Costituzioni dell'Ottocento, nel titolo dedicato alla "libertà", accanto alla libertà d'impresa (art. 16). In entrambe le norme non vi è traccia delle clausole sociali delle Costituzioni nazionali. L'art. 17 descrive nel primo periodo i poteri del proprietario: ha il "diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne, e di lasciarli in eredità". Di regolazione legislativa si parla nel terzo periodo. Essa è ammissibile solo "nei limiti imposti dall'interesse generale"; la struttura del rapporto regola/ eccezione è simile all'art. 544 del Codice di Napoleone. Infine, "la proprietà intellettuale è protetta", senza distinzione tra l'aspetto personale e quello patrimoniale: altra novità rispetto alla tradizione giuridica novecentesca. Il ritorno delle proprietà tra i diritti di libertà e l'abolizione della clausola sociale (...) determinano conseguenze giuridiche rilevanti. Soprattutto, cambia radicalmente il criterio di valutazione della legittimità delle normative che limitano i poteri proprietari. Muta infatti il parametro di riferimento: non più la funzione sociale, ma la libertà del proprietario»⁹⁵.

Va poi ricordata a livello europeo la Cedu, "Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", approvata dal Consiglio d'Europa a Roma nel 1950, ratificata dall'Italia con L. n. 848/1955.

La Cedu esprime un nucleo duro di diritti «che sono ritenuti universali, in quanto trascendono ogni legittima differenza culturale o politica tra le differenti società, almeno nell'universo dell'Europa. La Cedu si basa su questa premessa», esprimendo un livello minimo di protezione al di sotto del quale nessuno Stato può andare⁹⁶.

La proprietà non è disciplinata nel testo della Cedu, ma nel I Protocollo addizionale, firmato a Parigi il 20 marzo 1952. Già questa collocazione attesta il

l'Università degli Studi di Siena, 18-19 ottobre 2002, *cit.*, p. 134, che richiama la nota interpretativa del *Presidium* dell'organismo che ha redatto la Carta, in particolare il Commento all'art. 17, Doc. Charte 4473/00 dell'11/10/2000.

⁹⁵ SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*, *cit.*, p. 85. Id., *Neoproprietarismo e teorie giuridiche della proprietà*, *cit.*, p. 1169 ss.

⁹⁶ WEILER, *Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 533.

dibattito che si svolse sulla possibilità di annoverare il diritto di proprietà tra i diritti dell'uomo, dal momento che dalla prima stesura della Carta esso era rimasto escluso. Gli Stati non concordavano sul contenuto da attribuire a questo preteso diritto dell'uomo.

Infatti, «se i conservatori lo consideravano un diritto naturale, gli esponenti socialisti tendevano, al contrario, ad evidenziarne il carattere sociale ed economico, preferendo quindi che esso non comparisse in un testo dedicato alla protezione dei diritti fondamentali»⁹⁷.

Come si evince anche dalla giurisprudenza, il sostrato del diritto di proprietà avuto presente dai *conditores* del Protocollo I della Cedu sembra assai vicino ad una concezione giusnaturalistica che intravede nella proprietà non un mezzo per raggiungere determinati fini, ma piuttosto un diritto soggettivo prestatuale: una sorta di diritto naturale innato, che costituisce elemento essenziale della dignità umana e che come tale rappresenta un valore fondamentale della persona⁹⁸.

La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo è solita affermare che la disposizione contiene tre regole: la prima attiene al riconoscimento del diritto di proprietà, attuato nella formula per cui ogni soggetto ha diritto al rispetto dei suoi beni; la seconda fa riferimento alla privazione della proprietà per causa di pubblica utilità; la terza, richiamando la nozione di interesse generale, anziché di pubblica utilità, fa riferimento al potere riconosciuto agli Stati contraenti di regolamentare l'uso dei beni⁹⁹.

⁹⁷ MATTEI, *La proprietà*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. SACCO, V. II, Torino, 2015, p. 132.

⁹⁸ CONTI, *L'occupazione acquisitiva, Tutela della proprietà e dei diritti umani*, cit., p. 247; ZANGHÌ, *La proprietà e i diritti umani*, in *I diritti dell'uomo*, 1999, 2, p. 42. Sul contrasto tra Corte europea dei diritti dell'uomo e giurisprudenza interna in materia di occupazione acquisitiva si vedano AA.VV, in TUCCI (a cura di), *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo, dall'accessione invertita alla "confisca urbanistica"*, Bari, 2009; DE VITOFRANCESCHI, *La Corte dei Diritti Umani dichiara l'occupazione appropriativa in contrasto con il principio di legalità*, in *Riv. amm., Rep. it.*, 2000, fasc. 56, p. 521; DE STEFANO, *La Cassazione italiana attende il responso della Corte europea dei diritti umani in tema di espropriazione per pubblica utilità*, *ivi*, 2004, fasc. 7, p. 733 ss.; CONTI, *Ancora dissidi fra Cassazione Consiglio di Stato e Corte dei diritti umani sull'occupazione illegittima*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 229; CONTI, *L'espropriazione ed il giudice dei diritti umani. Una lezione da comprendere*, in *Magistratura*, 2007, fasc. 4, p. 76; DE STEFANO, *La Corte europea dei diritti umani condanna definitivamente l'Italia sulla durata delle procedure e sugli espropri nazionali*, in *Il fisco*, 2006, p. 2414.

⁹⁹ In merito all'applicazione dell'art. 1 del I Protocollo Cedu si rinvia a Corte europea

L'espressione "rispetto dei beni" ha portata ampia e distinta rispetto al concetto di proprietà dei singoli ordinamenti e ad esso la Corte europea dei diritti dell'uomo dà interpretazione assai vasta. È bene qualunque bene, materiale o anche immateriale, anche un credito successorio, anche l'avviamento¹⁰⁰; "bene" è nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo qualsiasi interesse di natura patrimoniale¹⁰¹.

La proprietà è, dunque, disciplinata dalla Costituzione italiana, dalla Cedu, dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea: il contenuto di tali testi è innegabilmente diverso¹⁰². La Costituzione italiana considera la proprietà tra i rapporti economici e ne traccia come inderogabile limite quello della funzione sociale; la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vedono piuttosto la proprietà come diritto dell'uomo e come libertà fondamentale, ammettono limitazioni per ragioni di interesse generale e di pubblica utilità, che si basano su un criterio di temperamento tra interesse pubblico e privato, che si ispira ad un neutro criterio di proporzionalità e non già alla clausola generale della funzione sociale.

Il diritto di proprietà è, dunque, tutelato da più corti, Corte Costituzionale, Corte Europea dei diritti dell'uomo, Corte di Giustizia in modo diverso.

L'art. 6 del Trattato dell'Unione nel testo consolidato risolve la questione in via generale: da una parte ci sono la Cedu e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, dall'altra le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri¹⁰³. Il

dei diritti dell'uomo 29/03/2010, Depalle contro Francia, ric. 34044/02, in <http://www.osservatoriocedu.eu/>; Corte europea dei diritti dell'uomo, 09/02/2010, Bölükbaş e altri contro Turchia, ric. 29799/02, in <https://juricaf.org/arret/>; Corte europea dei diritti dell'uomo 27/ 11/2007, Hamer contro Belgio, ric. 21861/03, in <https://www.legal-tools.org/>.

¹⁰⁰ GASPARI, *Il diritto di proprietà tra giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e giurisprudenza costituzionale*, in *La proprietà nella Corte europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di Studi organizzato presso l'Università degli Studi di Siena, 18-19 ottobre 2002, cit., p. 106 ss. 2002, cit., p. 106 ss.

¹⁰¹ CONFORTI, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di proprietà*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di Studi organizzato presso l'Università degli Studi di Siena, 18-19 ottobre 2002, p. 106 ss.

¹⁰² RAMACCIONI, *La tutela multilivello del diritto di proprietà – Profili strutturali e funzionali nella vicenda della occupazione acquisitiva*, Torino, 2013, p. 16 ss. Si veda anche ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 358; JAEGER, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in, *Europa e diritto privato*, 2011, p. 349 ss.

¹⁰³ SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in <https://>

problema è che in merito alla proprietà privata la Costituzione italiana si esprime diversamente rispetto alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e quella comunitaria e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che tendono a convergere¹⁰⁴.

Quello che emerge nella giurisprudenza della Cedu nell'elaborazione della distinzione tra esproprio isolato e esproprio funzionalizzato è che la Corte europea configura il "ristoro integrale" dell'esproprio come principio generale e la funzionalizzazione della proprietà privata come ipotesi eccezionale, con conseguente possibilità di attenuazione dell'indennizzo solo in questa seconda ipotesi¹⁰⁵.

Emerge, pertanto, un capovolgimento dell'art. 42 cost. per il quale la funzione sociale è limite (interno) della proprietà.

Sempre stando allo spirito del Convegno, che si pone in rapporto dialogico con il formante giurisprudenziale, non può essere taciuto che il quadro tratteggiato abbia influito sulla nostra Corte Costituzionale; ed al riguardo è doveroso il richiamo alle sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale, dalle quali emerge «un vero e proprio mutamento di tipo assiologico nella concezione dell'istituto proprietario»¹⁰⁶.

Sono note le molteplici sentenze della Corte Cedu, che hanno censurato la legislazione italiana in materia di criteri di determinazione dell'indennità di esproprio e criteri di indennizzo per occupazione acquisitiva¹⁰⁷, culminate nella vicenda Scordino v. Italia del 2004 e del 2006¹⁰⁸.

Questo indirizzo è stato poi recepito, come si è visto, dalla Corte Costituzionale.

È importante la *ratio decidendi* assunta da Corte cost. n. 349/2007¹⁰⁹, la quale ha statuito che «il bilanciamento svolto in passato con riferimento ad altri parametri costituzionali (*funzione sociale, ndr*) deve essere ora operato, pertanto, tenendo conto della sopra indicata rilevanza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, e cioè della regola stabilita dal citato art. 1 del Protocollo addizio-

www.astrid-online.it/.

¹⁰⁴ Id., *op. loc. ult. cit.*

¹⁰⁵ GASPARI, *op. cit.*, p. 220.

¹⁰⁶ NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale, cit.*, p. 678.

¹⁰⁷ Per le quali rinvio a ROLLI, *Il diritto privato nella società 4.0, cit.*, p. 113 ss.

¹⁰⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo 2 luglio 2004, Scordino contro Italia, ric. 36813/97, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 73; Corte europea dei diritti dell'uomo 29 marzo 2006, Scordino contro Italia, ric. 36813/97, in *Corr. giur.*, 2006, p. 929.

¹⁰⁹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss.

nale, così come attualmente interpretato dalla corte europea. (...) In definitiva, essendosi consolidata l'affermazione dell'illegittimità nella fattispecie in esame di un ristoro economico che non corrisponda al valore reale del bene, la disciplina della liquidazione del danno stabilita dalla norma nazionale censurata si pone in contrasto, insana- bile in via interpretativa, con l'art. 1 del Protocollo addizionale, nell'interpretazione datane dalla corte europea; e per ciò stesso viola l'art. 117, 1 comma, Cost. D'altra parte, la norma internazionale convenzionale, così come interpretata dalla Corte europea, non è in contrasto con le conferenti norme della nostra Costituzione. La temporaneità del criterio di computo stabilito dalla norma censurata, le congiunturali esigenze finanziarie che la sorreggono e l'astratta ammissibilità di una regola risarcitoria non ispirata al principio della integralità della riparazione del danno non costituiscono elementi sufficienti a far ritenere che, nel quadro dei principi costituzionali, la disposizione censurata realizzi un ragionevole componimento degli interessi a confronto, tale da contrastare utilmente la rilevanza della normativa CEDU. Questa è coerente con l'esigenza di garantire la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato. Per converso, alla luce delle conferenti norme costituzionali, principalmente dell'art. 42, non si può fare a meno di concludere che il giusto equilibrio tra interesse pubblico ed interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in difformità dallo schema legale e di conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato, corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito».

Secondo Corte cost. n. 348/2007¹¹⁰ «si deve tuttavia riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablatato. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la "funzione sociale". Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. [...] Valuterà il legislatore se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti. [...] Esiste la possibilità di arrivare ad un giusto mezzo, che possa rientrare in quel "margine di apprezzamento", all'interno del

¹¹⁰ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, in *Foro it.*, 2008, I, 39 ss.

quale è legittimo, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che il singolo Stato si discosti dagli standard previsti in via generale dalle norme CEDU, così come interpretate dalle decisioni della stessa Corte. Ciò è conforme, peraltro, a quella “relatività dei valori” affermata, come ricordato sopra, dalla Corte costituzionale italiana. Criteri di calcolo fissi e indifferenziati rischiano di trattare allo stesso modo situazioni diverse, rispetto alle quali il bilanciamento deve essere operato dal legislatore avuto riguardo alla portata sociale delle finalità pubbliche che si vogliono perseguire, pur sempre definite e classificate dalla legge in via generale».

In merito alla funzione sociale della proprietà le sentenze gemelle, dunque, reinviano al legislatore il problema di contemperare l’assetto della proprietà risultante dai testi nazionali con le nuove istanze provenienti dalle nuove fonti sovranazionali.

È stato al riguardo constatato che «traspare da queste parole l’auspicio che si possa arrivare a “un giusto mezzo” tra l’individualismo-liberismo posto a fondamento della norma europea [...] e il personalismo-solidarismo a cui si ispira la Costituzione italiana; e al tempo stesso la ferma rivendicazione di “quel margine di apprezzamento”, all’interno del quale è legittimo, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che il singolo Stato si discosti dagli standard previsti in via generale dalle norme CEDU, così come interpretate dalla stessa Corte. Ma si tratta di auspici e di rivendicazioni non facili da difendere e da portare avanti»¹¹¹.

È stato altresì osservato che non si potrà interpretare il significato della formula “funzione sociale” che si legge nell’art. 42 cost. alla sola stregua delle idee che l’hanno preceduta, «ma occorre fare i conti con l’influenza dei principi europei, anche se, a mio giudizio, restano degli spazi all’interprete per argomentare dai principi costituzionali italiani, come quello della difesa dell’ambiente, e comunque dovremmo fare tutto il possibile per accreditarne la sopravvivenza»¹¹².

È innegabile una circoscrizione nell’applicazione della funzione sociale, anche se è condivisibile il giudizio che «incorrerebbe in un grave peccato di ingenuità chi pensasse che la svolta imposta da Scordino istituisca uno spartiacque netto

¹¹¹ BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell’incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 292. Al margine di apprezzamento fa riferimento anche VIGLIANISI FERRARO, *Il diritto di proprietà e la sua “funzione sociale” nell’ordinamento giuridico italiano e in quello europeo*, cit.

¹¹² VISINTINI, *La circolazione delle giurisprudenze*, in *Contratto e impr.*, 2011, p. 77.

tra un “prima” sociale/nazionale ed un “dopo” liberista/europeo. In realtà, già da tempo la funzione sociale era entrata in un cono d’ombra, perdendo il rilievo che essa aveva rivestito in una diversa stagione della nostra giurisprudenza costituzionale e, più in generale, della storia del Paese»¹¹³.

In questo contesto si è addirittura concluso per la «disapplicazione dell’art. 42 Cost. a favore dei principi di diritto europeo», sulla base della premessa che «i principi europei sulla proprietà appaiono sufficientemente delineati e chiari; essi sostanzialmente ripropongono i principi di cui al codice civile escludendo il criterio limitativo della funzione sociale»¹¹⁴.

Alla luce della vicenda dell’occupazione acquisitiva è stato chiarito che «ne risulta, se l’innovazione si vuole riguardare in una più generale prospettiva, un profondo mutamento del rapporto tra interesse pubblico e interesse privato: non può più dirsi, come si diceva in passato, che il perseguimento dell’interesse pubblico [...] giustifica il sacrificio dei diritti privati; si deve affermare che l’interesse pubblico è perseguibile compatibilmente con il rispetto dei diritti del secondo, entro i limiti imposti dal loro rispetto»¹¹⁵.

C’è invece chi ha ritenuto la superiorità del principio della funzione sociale al diritto comunitario ricordando la giurisprudenza dei controlimiti della Corte costituzionale, che fa salvi i principi supremi dell’ordinamento costituzionale e la tutela dei diritti fondamentali, considerando quello della funzione sociale uno dei “principi supremi” dell’ordinamento costituzionale, che definiscono l’impianto complessivo della nostra carta fondamentale, che la giurisprudenza costituzionale considera debbano avere superiorità al diritto comunitario¹¹⁶.

Questa potrebbe essere una via per salvare la “funzione sociale” della proprietà, ma è dubbio che quello della funzione sociale sia uno dei “principi supremi” dell’ordinamento costituzionale, che definiscono l’impianto complessivo

¹¹³ NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e “rivoluzione passiva”, cit.*, p. 585.

¹¹⁴ COMPORI, citato da SALVI, *La proprietà privata e l’Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit., p. 418 ss. COMPORI, *Relazione introduttiva*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali. Atti del Convegno di studi organizzato presso l’Università degli Studi di Siena*, 18-19 ottobre, 2002, cit., p. 6, afferma che «l’impostazione generale dell’art. 17 della Carta appare dunque riflettere più la concezione individualistica ed assoluta delle Costituzioni ottocentesche sul tema della proprietà che non quella sociale e funzionalizzata delle Costituzioni più recenti».

¹¹⁵ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, V. I, cit., p. 448.

¹¹⁶ SALVI, *La proprietà privata e l’Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit.. Secondo questa linea di pensiero si esprime anche RAMACCIONI, *op. cit.*, p. 181 ss.

della nostra carta fondamentale.

Questa impostazione, inoltre, si basa su una supposta ripartizione di competenze: alle nuove istituzioni sovranazionali spetterebbe solo la costruzione di un mercato comune, sulla base della libera circolazione dei fattori produttivi e della tutela della concorrenza; agli Stati nazionali le politiche sociali e redistributive e il diritto di proprietà¹¹⁷.

Ma questa interpretazione da un lato è superata dai testi analizzati che disciplinano la proprietà, Cedu, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, dall'altro propone un'interpretazione regressiva del diritto comunitario, che è sempre stato criticato proprio perché si presumeva non tutelasse i diritti fondamentali, aspetto cui ha progressivamente posto rimedio in un'evoluzione che non si può arrestare o portare indietro.

Un primo limite intersoggettivo del diritto di proprietà potrebbe essere visto sul piano del divieto dell'abuso del diritto, stante il disposto dell'art. 17 Cedu.

Tuttavia, emerge nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo una situazione per la quale l'art. 17 assume una posizione marginale nella tutela dei diritti della Cedu. Siffatta marginalità è addirittura inesistente per quanto concerne la tutela del diritto di proprietà.

La formula è ripresa dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, e, in particolare, dall'art. 54, dal cui disposto si può desumere che, ogniqualvolta vi sia la "distruzione" di un diverso diritto fondamentale, l'esercizio del diritto di proprietà sarebbe reso inefficace dal suo carattere abusivo.

Ma questo è sicuramente un profilo nuovo da approfondire sul piano dell'applicazione della Cedu e della Carta dei diritti fondamentali¹¹⁸.

Pare che la funzione sociale sia sostituita sul piano generale dal principio di "interesse generale" e "pubblica utilità", cui fanno riferimento sia la Cedu sia la Carta, salvaguardata dal già citato principio del "margine di apprezzamento", ossequioso del principio di sussidiarietà enunciato dalla Corte europea dei diritti umani¹¹⁹.

Tutto ciò però è innegabilmente qualcosa di diverso dalla funzione sociale

¹¹⁷ SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, cit.

¹¹⁸ JAEGER, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in, *Europa e diritto privato*, 2011, p. 349 ss., evidenzia le potenzialità applicative della clausola dell'abuso del diritto.

¹¹⁹ JAEGER, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in, *Europa e diritto privato*, 2011, p. 349 ss.

della proprietà.

E allora si aprono due prospettive.

Da una parte il dissolversi della funzione sociale è visto come più consono alla ritenuta dimensione del diritto di proprietà quale diritto dell'uomo, come affermata nel contesto comunitario e globale¹²⁰.

Non si tratterebbe di una riedizione vetero-liberale della visione della società, bensì di una nuova connotazione del diritto di proprietà.

Tale concezione è stata ricondotta ad una visione imposta da una globalizzazione dei diritti dell'uomo nella quale emerge la rilevanza del diritto di proprietà¹²¹.

Si è osservato al riguardo che l'identificazione dei diritti dell'uomo ha manifestato una sua storica relatività¹²², alla luce della quale è possibile affermare che il catalogo dei diritti dell'uomo è un catalogo in continua espansione, in connessione con l'evolversi della coscienza sociale e con l'evolversi del diritto.

I diritti dell'uomo non sono una categoria statica ed immutabile ed il diritto attuale converge nel riconoscere anche la proprietà come diritto dell'uomo.

È stato osservato che se «tra tali valori fondamentali sia da annoverare anche il diritto di proprietà, è stato da noi materia di ampie discussioni, ma ho l'impressione che se il tema sia discutibile nella dimensione della teoria generale, non lo sia affatto nella dimensione del diritto positivo perché in tale contesto la formulazione del richiamato art. 1 del I Protocollo chiude le porte ad ogni discussione»¹²³.

Secondo una diversa prospettiva la descritta visione del diritto di proprietà viene ricondotta all'ottica individual-liberista, che caratterizza sovente le argomentazioni delle Corti europee, o ancora alla "globalizzazione neoliberista"¹²⁴.

¹²⁰ Corte giust. UE 03/09/2008, n. 402/05 P, 415/05 P, in *Foro it.*, 2008, IV, c. 465, commentata anche da CASSESE, *I tribunali di Babele, I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, p. 80.

¹²¹ GALGANO, *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto*, 2009, p. 177 ss.

¹²² Id., *Trattato di diritto civile*, V. I, cit., p. 147. Questo approccio alla natura relativa dei diritti della persona fa cogliere a Galgano la possibile prospettiva che i diritti dell'uomo possano avere contenuto patrimoniale. Cfr. COMPORI, *Introduzione*, cit., p. 5; JAEGER, *Il diritto di proprietà quale diritto fondamentale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in, *Europa e diritto privato*, 2011, p. 349 ss.

¹²³ GAMBARO, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno in tema di diritto di proprietà*, cit., p. 121.

¹²⁴ SALVI, *Teologie della proprietà privata. Dai miti delle origini ai nuovi dei della finanza*,

Entrambe le prospettive delineate portano a concludere che la funzione sociale della proprietà enunciata dalla nostra Costituzione sia stata posta in profonda crisi dalle attuali fonti multilivello del diritto e che ciò porti progressivamente all'affermazione di una diversa fisionomia della proprietà.

5. *La possibile sintesi: funzione sociale della proprietà e sostenibilità.*

La funzione sociale nelle fonti europee mi pareva fino a qualche tempo fa un'aporia difficilmente componibile¹²⁵.

Ma ora il quadro è sensibilmente mutato e rende aderente la direttiva che era stata formulata da Rodotà, che, peraltro, è stato tra gli autori della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, pur non risparmiando significative critiche alla formulazione dell'art. 17¹²⁶.

Visto anche il disposto dell'art. 9 TFUE, penso che vada estremamente valorizzato nel contesto attuale il richiamo, contenuto Preambolo della Carta europea dei diritti fondamentali, allo "sviluppo sostenibile", con tutte le accezioni che questo termine comprende, che, esaltano in particolare, con riferimento alla proprietà, la teoria dei beni comuni¹²⁷, che si può prestare come attuale direttiva

cit., p. 86.

¹²⁵ Rinvio a ROLLI, *La proprietà come diritto dell'uomo*, in *Contratto e impr.*, 2011, p. 1070 ss.

¹²⁶ RODOTÀ, *La proprietà tra ritorno e rifiuto*, in *Gli statuti proprietari e l'interesse generale tra costituzione europea e diritto privato*, Atti Convegno di Pisa 7-8 aprile 2006, Napoli, 2007, p. 37 ss. e p. 44; come Id., *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 cost.*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di Studi organizzato presso l'università degli Studi di Siena, 18-19 ottobre 2002 *cit.*, p. 166. Si veda anche ALPA, *Manuale di diritto privato*, *cit.*, p. 357 ss.; VIGLIANISI FERRARO, *op. cit.*, p. 519 ss.; NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, *cit.*, p. 679; TRIMARCHI, *La proprietà italo-europea*, in *I nuovi confini del diritto privato europeo*, Milano, 2016, p. 59 ss.

¹²⁷ RODOTÀ, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 cost.*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali*, Atti del Convegno di Studi organizzato presso l'università degli Studi di Siena, 18-19 ottobre 2002, *cit.*, p. 173, osserva che «i commons (...) sono le proprietà comuni, che vengono chiuse a partire dal XVII secolo in Inghilterra con il passaggio radicale alla proprietà individuale». Si veda RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà e i beni comuni*, 3^a edizione, Bologna, 2013. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato, per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2013. Ead., *La funzione sociale oltre la proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 551 ss.; PERLINGIERI, *Criticità della presunta categoria dei beni cd. "comuni". Per una "funzione" e una "utilità sociale" prese sul serio*, in *Rass. dir. civ.*, 2022, p. 137 ss.

della funzione sociale.

Nel 2019 la Commissione ha avviato un pacchetto di iniziative strategiche, il *Green Deal* europeo, proponendosi obiettivi sia in materia ambientale sia in materia sociale.

Al di là delle formule inevitabilmente retoriche, il fine è quello di attuare una “transizione giusta”, ad un’economia climaticamente neutra, che avvenga in modo equo, creando condizioni dignitose di lavoro, senza lasciare nessuno indietro, nell’ottica della inclusività e della tutela delle nuove generazioni.

E quello della sostenibilità è un valore che progressivamente entra nell’ordinamento – non mi soffermo sull’ambito diritto societario, nel quale il dibattito è assai articolato e vivace¹²⁸, fino ad essere direttiva nella progettazione delle istituzioni sociali¹²⁹.

Si pensi alla nuova connotazione della libertà d’impresa e del paesaggio, risultante dalla riforma, dell’art. 41 e dell’art. 9 cost., i quali fanno riferimento anche alle finalità ambientali e alla tutela dell’ambiente anche nell’interesse delle generazioni future, cui prima ho accennato, che, come è emerso da queste riflessioni, presentano una viva connessione con la clausola della funzione sociale della proprietà.

È sotto gli occhi di tutti il cammino intrapreso dalla Commissione per una *Sustainable Corporate Governance*, al fine di fornire alle società assetti di *governance*, in materia di doveri fiduciari degli amministratori, volti al perseguimento dell’interesse sociale, e di responsabilità (civile) della stessa impresa, improntati a criteri di sostenibilità, e per una *Corporate Due Diligence*, volta al rispetto dei diritti umani e dell’ambiente in tutta la catena del valore, sintetizzati, dopo un lungo dibattito, che ancora è nel suo vivo, nella proposta di direttiva di direttiva 23 febbraio 2022 del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità¹³⁰, nella quale sono confluiti i progetti comunitari sulla responsabilità civile (e non più soltanto sociale di impresa) delle società e degli amministratori e sulle nuove funzioni del contratto come

¹²⁸ Si rinvia a R. ROLLI, *L’impatto dei fattori ESG sull’impresa. Modelli di governance e nuove responsabilità*, Bologna, 2020.

¹²⁹ La legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, fa emergere l’irrompere degli elementi naturali sulla progettazione delle istituzioni sociali.

¹³⁰ Il 24 aprile 2024 il Parlamento UE ha adottato la propria bozza della *Corporate Sustainability Due Diligence Directive*, con emendamenti rispetto al testo della Commissione. In seguito all’approvazione finale del Consiglio, il testo della direttiva si riterrà adottato e verrà pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

governo della sostenibilità lungo la catena del valore, cd. *contract governance*¹³¹.

Questo dibattito che coinvolge le istituzioni, la società civile e le imprese tra ridefinendo i tratti del capitalismo contemporaneo.

Esso, come risulta da queste brevi riflessioni finali, è in grado di incidere sulla nozione di impresa, sulle funzioni del contratto, istituti, di cui sono chiari i nessi con la proprietà.

E se la direttiva è quella di una loro rilettura nella chiave della “transizione giusta”, non mi sembra velleitario individuare in tale direttiva la potenzialità di una rilettura della funzione sociale della proprietà, come limite interno e conformativo dei beni, delle risorse che a tale transizione siano funzionali, con la conseguenza il diritto comunitario che avanza, nella cornice di interpretazione sistematica delle Carte dei diritti, nella chiave di costituzionalizzazione della persona, alle quali facevo riferimento, possa attualizzare, anziché fare tramontare, la clausola sociale della nostra costituzione.

Ciò ci riporta all’apertura di queste riflessioni.

Ripropone come ho detto in apertura il perdurante problema del rapporto del pubblico e del privato nella definizione di tale direttiva.

A prescindere dall’altalenante dibattito sull’ESG e sulla sostenibilità, che se non astretto alla concretezza del diritto rischia di annegare nella retorica e da fungere da *elisir* mediatico contingente – si pensi alla sua altalenante fortuna negli Stati Uniti, nei quali lo *Statement on the Purpose of a Corporation* della *Business Roundtable* del 19 agosto 2019 sconta attualmente una sorta di avversione a quello che viene considerato la massima espressione del capitalismo *woke*¹³², non penso che gli obiettivi del Trattato e del *Green Deal* possano essere esclusivamente realizzati dal mercato - che comunque può fare una grande parte, dato l’impatto sociale della grande impresa azionaria, che, peraltro, opportunamente viene orientata in tale direzione da dall’attuale legislazione comunitaria -, ma richiedano un concorrente impegno dello Stato, del settore pubblico, ossia dell’autorità pubblica, *in primis* comunitaria, come sta dimostrando la UE, con il *Green Deal*, nell’ambito del quale si inseriscono la proposta di direttiva citata e gli impegni di spesa del *recovery plan Next Generation Ue* presentato dalla Commissione europea, che può innervare di nuovi connotati la clausola della “funzione sociale”.

¹³¹ Si rinvia a GRUNDMANN, MÖSLEIN, RIESENHUBER, *Contract Governance*, Oxford, 2015.

¹³² BERTOLINO, *Il ritorno di fiamma tra Big Oil e finanza. I fondi ricominciano a puntare sul petrolio*, in *La Stampa*, 7 maggio 2023.

In questa cornice, dunque, il dibattito sulla sostenibilità sta riscrivendo i paradigmi dell'impresa (*sustainable corporate governance*) e del contratto (*contract governance*), istituiti fortemente connessi alla proprietà.

Si apre, questo è l'auspicio, una nuova pagina della "funzione sociale" della proprietà alla luce della sostenibilità - entrambi contratti elastici -, che è tutta da scrivere dai giuristi e dai giudici.

Questa, come è stato detto, è la «responsabilità (...) di coloro i quali devono costruire, contribuire a costruire questo sistema, che quindi ha incidenza ben al di là del nostro piccolo mondo, ma che è appunto una responsabilità dei giuristi»¹³³.

¹³³ RODOTÀ, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 cost.*, in *La proprietà nella Carta Europea dei diritti fondamentali, Atti del Convegno di Studi organizzato presso l'università degli Studi di Siena*, 18-19 ottobre 2002 *cit.*, p. 176.

IL LIMITE DELLA NORMALE TOLLERABILITÀ NELLE IMMISSIONI

Patrizia Petrelli *

Sommario: 1. Le immissioni: evoluzione storica e quadro delineato nel Codice civile del 1942. – 2. Il criterio della normale tollerabilità. – 3. L'interpretazione in chiave personalistica dell'art. 844 c.c.

1. Le immissioni: evoluzione storica e quadro delineato nel Codice civile del 1942.

Il Codice civile del 1865, sulla scia del *code civil* napoleonico, non conteneva una articolata disciplina sulle immissioni.

Nell'ordinamento francese, in presenza di una disposizione (art. 544 *code civil*), secondo cui *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*, la dottrina e la giurisprudenza si trovarono a dover sviluppare delle regole per risolvere la problematica che va sotto il nome di *troubles de voisinage*¹.

La dottrina italiana, sulla falsa riga di quella francese, in mancanza di una disciplina sulle immissioni, elaborò diverse teorie² sulla base di principi generali

* Avvocato del foro di Genova.

¹ In proposito mi sia consentito rinviare a VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 3 ss.; v., anche, SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, Milano, 1979, 190 ss.

² Cfr. sul punto VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 52 ss.

nel tentativo di dare una regolamentazione dei rapporti di vicinato e la giurisprudenza, dal canto suo, criteri diretti a risolvere i relativi conflitti³.

A fronte di questo modello proprio dei sistemi di *civil law* che si basava su una concezione della proprietà assoluta che si fa risalire al diritto romano⁴, fa riscontro il modello di *common law* che inquadra la tematica delle immissioni nell'ambito del *tort of nuisance*⁵ sulla base di una concezione proprietaria non assoluta⁶ che rinuncia al principio dell'esistenza di una sfera di inviolabilità proprietaria e al relativo divieto generale di immissioni⁷, per istituire un criterio – quello della *reasonableness* – diretto a determinare la soglia di incompatibilità tra i diversi usi, avuto riguardo al soggetto che arreca la turbativa e non già a chi la subisce⁸.

Occorre comunque evidenziare che, al di là della concezione sulla proprietà, sia il sistema francese che quello di *common law* inquadrano le immissioni all'interno del paradigma della responsabilità extracontrattuale⁹.

In tale contesto l'introduzione nel Codice civile del 1942 di una disposizione *ad hoc* disciplinante il fenomeno delle immissioni¹⁰ rappresenta una novità rispet-

³ Cfr. VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 52 ss.

⁴ Sulla base del noto brocardo di Ulpiano “*In suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat: fumi autem, sicut aquae esse immissionem*”. Cfr. TESCARO, *In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat: la resistibile reviviscenza di un'antica massima*, in www.juscivile.it, 2023, fasc. 2, dove si rileva che anche nel diritto romano la casistica dimostra che occorre tollerare l'immissione corrispondente ad un uso normale della propria cosa da parte del vicino, con la conseguenza che un divieto assoluto di qualsivoglia immissione è da ritenersi inconcepibile.

⁵ Il *nuisance* viene inquadrato nella *law of torts* e non nella *law of property* e viene osservato dal punto di vista del soggetto immittente: v. MATTEI, voce *Immissioni*, in *Digesto civile*, IX, Torino, 1993, p. 312.

⁶ Sul sistema francese e americano di *troubles de voisinages e nuisances* v. GAMBARO, *Ius aedificandi* e nozione civilistica della proprietà, Milano, 1976, p. 196; per una indagine approfondita sulla disciplina del *tort of nuisance* in Inghilterra v. SERIO, *Le immissioni nel fondo del vicino nell'esperienza giuridica inglese*, in SERIO, *Studi comparatistici sulla responsabilità civile*, Torino, 2007, pp. 2 ss.

⁷ In questi termini MATTEI, voce *Immissioni*, cit., p. 312; Id., *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da SACCO, *I diritti reali*, Torino, 2015, p. 322 ss.

⁸ Cfr., in proposito, MONTEROSSO, *Interesse «a non tollerare» e conformazione delle sfere proprietarie*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2020, p. 34 ss.

⁹ PETRUSO, voce *Immissioni*, in *Digesto civile*, Agg. I, Torino, 2012, p. 551.

¹⁰ Sulla relativa tematica, senza pretesa di completezza, cfr. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit.; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO,

to al Codice civile precedente che non regolava la materia, evidentemente resasi necessaria in seguito al processo di industrializzazione che se, da un lato, aveva portato vantaggi economici, dall'altro ripercussioni delle attività produttive nei rapporti di vicinato.

Nella formulazione dell'art. 844 c.c. emerge il passaggio dal modello francese di cui al Codice civile del 1865 al modello elaborato da R. von Jhering, sia pure con alcune diversità.

In particolare, i compilatori del codice vigente si sono ispirati al modello proposto dal Codice civile tedesco (par. 906 BGB che, nella versione originaria del 1900, stabiliva che “il proprietario di un immobile non può vietare l'immissione di gas, vapori, odori, fumo, fuliggine, calore, rumori, scuotimenti o simili inge- renze provenienti da un altro immobile, in quanto l'ingerenza non incida o incida solo non essenzialmente sull'uso dell'immobile) e da quello svizzero (art. 684)¹¹.

Tuttavia, nel passaggio dal testo elaborato dalla Commissione Reale alla formulazione dell'art. 844 c.c. risulta abbandonato il criterio dell'uso normale del

Immissioni e rapporto proprietario, Napoli, 1984; NAPPI, *Le regole proprietarie e la teoria delle immissioni*, Napoli, 1985; LOJACONO, *Gli atti di immissione, considerazioni di diritto privato*, Milano, 1972; VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 52; Id., *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1976, p. 689; Id., *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, p. 249; Id., voce *Immissioni (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, appendice, III, Torino, 1982, pp. 1218 ss.; QUARTA, *Non-proprietà. Teoria e prassi dell'accesso ai beni*, Napoli, 2016, p. 274 ss.; PARDOLESI, *Azione reale ed azione di danni nell'art. 844 c. c. Logica economica e logica giuridica nella composizione del conflitto fra usi incompatibili delle proprietà vicine*, *Foro it.*, 1977, I, 1144. La vicenda immissiva è altresì contenuta in opere dedicate a più ampie problematiche: cfr. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1960; COSTANTINO, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967; MATTEI, *Tutela inibitoria e tutela risarcitoria*, Milano, 1987.

¹¹ Il richiamo a queste due disposizioni si rinviene nella Relazione della Commissione Reale per la riforma dei codici p. 28, dove all'art. 31 si prevedeva al 1 comma che “il proprietario di un fondo non può impedire le immissioni di fumo, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili derivanti dal fondo del vicino, quando tali immissioni siano l'effetto dell'uso normale che il vicino faccia della cosa propria e non impediscono al proprietario del fondo il normale godimento di esso” e al secondo che “nella valutazione della normalità dell'uso si deve tenere conto delle necessità dell'industria e anche della preesistenza dello stabilimento e della priorità di un determinato uso”. Cfr. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato dir. civ. e comm.* diretto da Cicu-Messineo e continuato da Mengoni, Milano, 1995, 498 ss., dove si rileva la novità del testo dell'art. 844 c.c., rispetto ai modelli tedesco e svizzero.

fondo¹² che comportava che si dovessero ritenere intollerabili le immissioni prodotte da attività svolte in modo anormale¹³ e che era, altresì, presente nel Codice civile tedesco, come criterio generale della valutazione della liceità delle immissioni¹⁴.

Il criterio dell'uso normale del fondo è stato teorizzato da Jhering cui si deve sia l'individuazione della fattispecie «immissioni» che il suo inquadramento nell'ambito della proprietà fondiaria¹⁵.

Il Legislatore italiano ha introdotto, al comma 1° dell'art. 844 c.c. il parametro della «normale tollerabilità» che deve essere valutato, «anche» con riguardo alle condizioni dei luoghi, e quindi spostando l'attenzione sul fondo immesso ed imponendo al giudice di vagliare le immissioni con riguardo al soggetto che chiede tutela.

Stando alla lettera dell'art. 844, comma 1°, c.c. il proprietario vittima di immissioni di fumo, calore, rumori, odori e simili può ottenere l'inibitoria delle immissioni che superano la normale tollerabilità e il risarcimento del danno subito all'alterazione del valore economico dell'immobile¹⁶ in conseguenza delle immissioni; non inibire le immissioni laddove siano tollerabili, senza diritto ad alcun risarcimento¹⁷.

¹² Sulle possibili ragioni che hanno portato a non richiamare il criterio dell'uso normale v. VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 29; GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 500, secondo cui il mancato richiamo all'uso normale del fondo non permette di distinguere tra diversi usi dei fondi e in particolare tra usi industriali ed altri usi; TRIMARCHI, *op. cit.*, 353 ss.

¹³ P. PETRELLI, VISINTINI, *La proprietà immobiliare. Guida alla lettura della giurisprudenza.*, Milano, 2001, p. 134.

¹⁴ P. GUARDA, *Immissioni: tra tutela proprietaria e diritto all'ambiente*, in https://iris.unitn.it/retrieve/994d1f39-1009-486b-9d7b-85e9f801446e/Immissioni_Guarda.pdf, p. 3.

¹⁵ R. VON JHERING, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigentümers im Interesse der Nachbarn*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 6, 1863, p. 81 ss.; Id., *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, II, *Abhandlungen aus dem 5. bis 15. Bande der Jahrbücher*, Jena, 1882, poi Aalen, 1969, p. 22 ss.; cfr., anche, BONAZZI, *La fortuna di Jhering in Italia*, in LOSANO (a cura di), *Carteggio Jhering Gerber (1849-1872)*, Milano, 1977; TREVES, *La fortuna di Jhering e la cultura antifascista*, in *Sociol. dir.*, 1977, 452 ss.

¹⁶ V. SALVI, voce *Immissioni*, in *Enc. giur.*, vol. XV, Roma, 1989, p. 2, secondo cui “oggetto immediato dell'art. 844 è dunque il godimento del fondo che subisce le immissioni, e non l'attività che le causa, se non in via riflessa”.

¹⁷ Non ha trovato seguito la tesi di LOJACONO, *op. cit.*, p. 176, per il quale “il proprietario del fondo colpito da immissioni tollerabili, se non può opporsi a esse, ha

Il rimedio processuale dell'azione inibitoria¹⁸, anche se non è espressamente indicato, si ritiene sottinteso nella locuzione secondo cui «il proprietario non può impedire...»¹⁹.

Il risarcimento del danno, invece, si fa discendere dal combinato disposto degli artt. 844 e 2043 c.c., vale a dire sulla base dei principi generali sui fatti illeciti, in quanto appare evidente che la violazione del precetto di cui al 1° comma dell'art. 844 c.c., e cioè il superamento della normale tollerabilità, produca conseguenze rilevanti sotto il profilo aquiliano, con conseguente ingiustizia del danno causato da immissioni intollerabili²⁰.

La disposizione prevede una serie di criteri per regolare i conflitti tra usi incompatibili di fondi vicini, anche non confinanti, determinati dalla propagazione di fattori disturbanti causati dall'opera dell'uomo.

però ... il diritto di essere indennizzato per il danno ricevuto, poiché se vien disapplicato per legge il principio per cui il danneggiato può chiedere, oltre e prima che il risarcimento, la cessazione della causa del pregiudizio, non può negarsi rilevanza alla diminuzione patrimoniale inflitta dalle immissioni del vicino”.

¹⁸ La tutela reale inibitoria (c.d. negativa), diretta a fare cessare da parte dell'autore le immissioni intollerabili, viene ricondotta nello schema dell'*actio negatoria*: v., in proposito, SALVI, *op. ult. cit.*, p. 98, il quale si esprime in termini di tutela reale inibitoria richiamando l'art. 949, 2° comma, c.c. per distinguerla dall'azione di cui all'art. 2058 c.c.; sulla differenza tra le due azioni v., anche, BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3^a ed., Milano, 2021, p. 213 ss.; In giurisprudenza v. Cass., 22 ottobre 2019, n. 26882, in *Ced Cassazione*, 2019. Si ammette accanto alla inibitoria negativa (a non fare), anche la c.d. inibitoria positiva, con la quale il giudice può ordinare al convenuto il compimento delle opere necessarie (*facere positivo*) per eliminare le immissioni che superano la normale tollerabilità: v., in proposito, A. PROTO PISANI, *Brevi note sull'art. 844 c.c. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, pp. 177-178; CARAPEZZA FIGLIA, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, p. 850.

¹⁹ Cfr. VISINTINI, *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pisa, 2019, p. 335.

²⁰ Cfr. VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 335; TESCARO, *op. ult. cit.* rileva che “l'immesso può inoltre ottenere, cumulativamente con la tutela inibitoria, un vero e proprio risarcimento in sede extracontrattuale, purché ne sussistano tutti gli altri presupposti, che dovrebbero peraltro essere non quelli generali dell'art. 2043 c.c. ma quelli meno rigorosi della fattispecie speciale sul danno da cosa in custodia di cui all'art. 2051 c.c. ed ivi riferimenti dottrinali su tale impostazione (v. nota 81); in giurisprudenza v. Cass., 3 settembre 2018, n. 21554, in *Ced Cassazione*, 2018

Un primo criterio è enunciato al 1° comma laddove si affida al giudice di valutare, alla luce delle circostanze del singolo caso concreto, la normale tollerabilità, avuto riguardo anche alla condizione dei luoghi.

Con riguardo alle attività economiche, il 2° comma contiene un'altra direttiva che attribuisce al giudice il potere di contemperare le esigenze della produzione (causa delle emissioni) con le ragioni della proprietà (che subisce le immissioni), con la facoltà di tener conto, in via sussidiaria, della priorità di un determinato uso²¹.

Delle tre direttive enunciate nell'art. 844 c.c. e dirette a valutare la liceità delle immissioni, due quelle della normale tollerabilità, avuto riguardo anche alle condizioni dei luoghi, e del bilanciamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, sono considerate principali ed obbligatorie, mentre la terza, la priorità dell'uso o c.d. preuso, facoltativa e sussidiaria²².

A ben vedere i tre criteri, nell'ottica del legislatore, esprimono una tutela preferenziale per la proprietà industriale rispetto alla proprietà ad uso privato ed anche a quella agricola.

Infatti, la *ratio* dell'art. 844 cc., nella logica del legislatore dell'epoca, era di garantire la tutela delle attività industriali che, anche se inquinanti, erano da ritenersi prevalenti anche e non solo rispetto all'attività agricola, in un periodo nel quale le prime erano in forte espansione.

Così, la valutazione della normale tollerabilità alla luce del criterio della «condizione dei luoghi» comporta un innalzamento della soglia di tollerabilità con conseguente negazione della tutela tutte le volte che la zona sia a carattere industriale²³.

Anche il secondo criterio esprime un *favor* verso le attività produttive²⁴ e, come si è osservato, non prevede «neppure che il giudice, nel momento in cui, effettuando il contemperamento che gli è demandato, sacrifica le esigenze della proprietà in favore di quelle produttive, accordi un risarcimento del danno derivante da immissioni industriali»²⁵.

²¹ Cfr. sul criterio del preuso TESCARO, *op. cit.*, cui *adde* riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

²² DOGLIOTTI, FIGONE, *Immissioni e interessi diffusi*, in *La responsabilità civile*, VIII, in P. CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 1999, p. 133.

²³ Cfr. VISINTINI, *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, cit., p. 335.

²⁴ V. Cass., 10 dicembre 1984 n. 6476, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1398 dove si è precisato che l'art. 844 c.c. trova applicazione quale che sia il campo in cui l'attività si espliciti, industriale, agricolo o di altra natura.

²⁵ Così, VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 335.

Il riferimento alle esigenze della produzione indica l'utilizzo dinamico della proprietà rispetto alle ragioni della proprietà, che ne indicano l'utilizzo statico²⁶.

La scelta del legislatore del 1942 era di favorire un uso dinamico e quanto più possibile produttivo degli immobili a discapito della sfera proprietaria statica, proprio perché, attraverso la speciale qualità dell'attività fonte delle immissioni, vengono in rilievo interessi generali²⁷.

In altri termini la formulazione del capoverso dell'art. 844 c.c. secondo cui il giudice nell'applicare questa norma deve effettuare un bilanciamento tra le esigenze della produzione e le ragioni della proprietà esprime, come è stato detto, da un lato, «l'esigenza di tutelare la proprietà privata e la libertà del suo sfruttamento e, dall'altro, di preferire nell'ambito dei vari tipi di proprietà quella produttiva rispetto a quella residenziale, quella industriale rispetto a quella agricola», e ciò in ossequio alla funzione sociale della proprietà, intesa proprio come fondamento del potere di temperamento accordato ai giudici dalla citata disposizione²⁸.

Peraltro, la prevalenza del profilo dinamico su quello statico in tema di proprietà era già presente sotto la vigenza del Codice civile del 1865, dove in mancanza di una disciplina normativa sulle immissioni, la giurisprudenza, nel dettare i criteri per regolare i conflitti di vicinato, sul presupposto che l'industria debba essere incrementata nell'interesse pubblico generale, si era espressa nel senso che le immissioni da vicinato industriale, anche se eccedenti la normale tollerabilità, potevano non essere inibite, salvo il riconoscimento ai proprietari danneggiati di un indennizzo²⁹.

²⁶ Cfr. MATTEI, voce *Immissioni*, cit., p. 312; PETRUSO, voce *Immissioni*, cit., p. 551, secondo il quale entra in gioco tra gli elementi da valutare nella soluzione della vicenda immissiva la doppia anima, statica e dinamica del dominio.

²⁷ V. PETRUSO, voce *Immissioni*, cit., p. 551.

²⁸ Cfr., in proposito, VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, cit., p. 49; v. Corte cost., 23 luglio 1974, n. 247, in *Foro it.*, I, p. 18 e in *Giur. it.*, 1975, I, 1, p. 3, con nota di SALVI, *Legittimità e razionalità dell'art. 844 c.c.*, ove si legge che «Nel caso poi (comma secondo) che le immissioni provengano dallo svolgimento di un'attività produttiva e che esse superino quella tollerabilità che sarebbe altrimenti decisiva ai sensi del comma primo, spetterà al giudice (...) di temperare mediante opportuni provvedimenti gli interessi della produzione con quelli della proprietà, tenendo conto anche della priorità dell'uso, sì da evitare il completo sacrificio dell'una o dell'altra categoria di interessi».

²⁹ Cfr., sul punto, VISINTINI, *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato*, cit., p. 52 ss., ivi riferimenti giurisprudenziali; v. anche Cass. S.U., 14 dicembre 1939, in *Foro it.*, 1940, I, p. 65, secondo cui il giudice deve temperare gli interessi privati con le imprescindibili ed insopprimibili esigenze delle industrie e della produzione.

Questo orientamento giurisprudenziale è stato poi recepito nel Codice civile del 1942, con l'introduzione del criterio del temperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, con la conseguenza che anche immissioni superiori alla normale tollerabilità potevano essere consentite, purché giustificate da esigenze della produzione e con impossibilità per l'impresso di esperire l'azione inibitoria c.d. negativa³⁰, anche se si ammette che in tali casi potrebbe essere esperibile la tutela inibitoria c.d. positiva, laddove siano adottabili idonei accorgimenti tecnici³¹.

La giurisprudenza, in questi casi, ha ritenuto, sebbene la disposizione dell'art. 844 c.c. nulla preveda al riguardo, di compensare, per così dire, il proprietario vittima di immissioni che superano la normale tollerabilità ma consentite nell'interesse della produzione, con il diritto ad un indennizzo³².

Si è così imposta una lettura dicotomica della disposizione come se il capoverso dell'art. 844 c.c. fosse una sorta di *lex specialis* che attiene cioè al settore delle immissioni industriali³³ e quindi posta in favore dell'attività produttiva rispetto alla regola del limite della normale tollerabilità enunciata dal 1° comma, ovvero come norma derogatoria rispetto a quella contenuta nel 1° comma.

A fronte di questa lettura della norma si contrappone chi propone una interpretazione unitaria e sistematica dell'art. 844 c.c., la quale permetterebbe di individuare la regola di condotta nella sola normale tollerabilità³⁴.

³⁰ Cfr. TRAISCI, *Le immissioni fra tutela proprietaria e tutela della persona. Modelli a confronto*, Napoli, 1996, 48; Cass., 29 novembre 1999, n. 13334, in *Danno e resp.*, 2000, 324 dove si è ritenuto in riferimento a zone a prevalente vocazione industriale che, il giudice, una volta che abbia riconosciuto l'esigenza del mantenimento dell'attività produttiva, può astenersi dall'adozione di misure inibitorie.

³¹ Cfr. TESCARO, *op. cit.*; Cass., 22 ottobre 2019, n. 26882, cit., secondo cui la domanda volta ad ottenere la cessazione delle immissioni che superino la normale tollerabilità non vincola il giudice ad adottare una misura determinata, ben potendo quest'ultimo ordinare l'attuazione di quegli accorgimenti che siano concretamente idonei ad eliminare la situazione pregiudizievole.

³² Cfr. VISINTINI, *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, cit., p. 337; in giurisprudenza v., fra le tante. Cass., 29 novembre 1999, n. 13334, cit.

³³ V., in proposito, VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 335, nota 105.

³⁴ Cfr., per tale lettura, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *La proprietà come rapporto. A proposito dell'interpretazione unitaria e sistematica dell'art. 844 c.c.*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 365; v. MONTEROSI, *op. cit.*, p. 20 ss. con riguardo ad altre ricostruzioni.

Il ricorso alla tecnica dell'indennizzo³⁵ è stata giustificato inquadrando le immissioni dannose nell'ambito dei danni derivanti da atti leciti dannosi, analogamente al danno riconosciuto in caso di costituzione di una servitù coattiva³⁶, ovvero al danno che consegue al proprietario in caso di espropriazione per pubblica utilità.

Tuttavia, questo orientamento è stato criticato in quanto in contrasto con la stessa previsione legislativa che non prevede appunto il ricorso all'indennizzo, ritenendosi, invece, che l'inquadramento preferibile delle immissioni industriali intollerabili debba essere nell'ambito dei fatti illeciti, e non dei fatti leciti dannosi, con la conseguente applicazione delle regole generali sul risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.* e del rimedio dell'inibitoria *ex art. 844 c.c.*³⁷.

Infine, con riguardo al criterio del preuso se, da un lato, si ritiene che detto criterio abbia carattere sussidiario e facoltativo, non vincolando la valutazione del giudice in ordine alla normale tollerabilità delle immissioni³⁸, dall'altro, che possa svolgere un ruolo favorevole all'industria³⁹.

³⁵ L'espressione indennizzo significa che la riparazione non è mai conseguente al danno effettivo e la liquidazione viene effettuata in via equitativa.

³⁶ In tal senso, Cass., Sez. Un., 29 luglio 1995, n. 8300, in *Giur. it.*, 1996, I, I, p. 328 ss., con nota di MUSY, *Immissioni sonore nell'isola di Ponza, regole economiche, superstizioni e soluzioni giuridiche*. Ma in senso critico C. SALVI, *Le immissioni industriali. Rapporti di vicinato e tutela dell'ambiente*, cit., p. 258 ss. e R. PICARO, *Il divieto di immissioni tra relazioni economiche e bisogni essenziali*, Napoli, 2000, p. 307 ss.

³⁷ In questi termini si esprime VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 335; v., anche, PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, Napoli, 1984, p. 285 e Id., *La proprietà come rapporto. A proposito dell'interpretazione unitaria e sistematica dell'art. 844 c.c.*, cit., 365, per il quale l'immissione intollerabile sarebbe sempre illecita con conseguente risarcimento integrale del danno; TRIMARCHI, *op. cit.*, 365, il quale rileva che in tali ipotesi il proprietario immesso debba essere pienamente risarcito: un'indennità ridotta determinerebbe un ingiustificabile finanziamento dell'impresa immittente da parte dei proprietari dei fondi vicini; U. MATTEI, voce *Immissioni*, cit., pp. 316 e 320 ss.

³⁸ Espressione di tale orientamento consolidato è Cass., 11 maggio 2005, n. 9865, in *Giur. it.*, 2006, 2, 243, nota di DE PAOLA secondo cui "in materia di immissioni dannose (nella specie di natura olfattiva ed acustica) il criterio del preuso cui fa riferimento l'art. 844, comma 2, c.c. ha carattere sussidiario e facoltativo, sicché il giudice del merito, nella valutazione della normale tollerabilità delle immissioni, non è tenuto a farvi ricorso quando, in base agli opportuni accertamenti di fatto, e secondo il suo apprezzamento, incensurabile se adeguatamente motivato, ritenga superata la soglia di tollerabilità"; di recente nello stesso senso Cass., 14 settembre 2022, n. 27036, in *Onelegale*.

³⁹ Cfr. VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 336. secondo cui "solo quando la priorità dell'uso

2. Il criterio della normale tollerabilità.

La linea di demarcazione tra immissioni consentite e immissioni vietate è costituita dal parametro della normale tollerabilità, fissato al 1° comma dell'art. 844 c.c., che rappresenta la nozione chiave dell'intera disciplina⁴⁰.

La formula adottata dal legislatore, al di là di prevedere doveri comportamentali a carico dei privati, è volta ad orientare la valutazione dell'autorità giudiziaria.

Proprio per questo l'elaborazione dottrinale e soprattutto giurisprudenziale sono state determinanti per consentire una interpretazione evolutiva al passo con i mutamenti economici e sociali dell'ordinamento, resa possibile dalla struttura «aperta» della disposizione.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale dominante, risultante anche dalle più recenti decisioni di legittimità, il concetto di «normale tollerabilità» non ha carattere assoluto, ma relativo, nel senso che deve essere valutato con riguardo al caso concreto⁴¹, sulla base di vari parametri oggettivi.

In un primo tempo la giurisprudenza ha ricondotto il concetto di normale tollerabilità a quello di uso normale del fondo, sebbene il Codice civile non abbia accolto l'impostazione che fa coincidere il limite della tollerabilità con il criterio dell'uso normale del fondo immittente, ma ha spostato l'attenzione sulla tollerabilità per l'immesso, vale a dire sulla normalità degli effetti che l'attività provoca nel fondo che la subisce⁴².

è propria dell'attività che causa le immissioni, tale criterio può acquisire una rilevanza sussidiaria rispetto agli altri criteri generali, al fine di determinare un trattamento più favorevole alle industrie; viceversa, risulta superfluo invocare tale criterio in favore dell'attività danneggiata dalle immissioni, che può essere tutelata solo in presenza di altre condizioni di legge; v., anche, TRIMARCHI, *op. cit.*, 365, SALVI, *Le immissioni industriali*, cit., p. 277 ss. Sull'esperienza anglosassone che dimostra come l'utilizzo del criterio del preuso determini vantaggi soprattutto dal punto di vista di efficienza economica v. GUARDA, *op. cit.*, p. 10 e nota 52 e MATTEI, voce *Immissioni*, cit., p. 315 che evidenzia come anche nel diritto italiano il criterio del preuso possa costituire un'importante guida alla discrezionalità del giudice nel decidere su immissioni lecite ed illecite.

⁴⁰ In questi termini MATTEI, voce *Immissioni*, cit., p. 315; PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Immissioni e «rapporto proprietario»*, cit., p. 240 ss.; GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 385 ss.

⁴¹ In tal senso, Cass. 29 ottobre 2015, n. 22105, in *Danno e resp.*, 2016, p. 26.

⁴² CARAPEZZA FIGLIA, *Disciplina delle immissioni e interpretazione sistematica. Un caso di bilanciamento tra interessi non patrimoniali in conflitto*, cit., p. 850.

Così in diverse decisioni si sono ritenute tollerabili le immissioni provenienti da uno sfruttamento normale della proprietà, applicando in tal modo il criterio che era stato elaborato nella giurisprudenza del Codice civile del 1865, sulla scia dell'elaborazione giurisprudenziale francese⁴³.

Gradualmente la giurisprudenza ha iniziato a sottolineare la differenza tra il previgente criterio dell'«uso normale» del fondo ed il criterio della «normale tollerabilità».

In alcune pronunce di merito si legge che il limite della immissione è dato non dalla normalità del suo esercizio, bensì dalla «normale tollerabilità» per chi deve subirla, con la conseguenza di non confondere il criterio di normalità dell'uso, che non trova riscontro nell'art. 844 c.c., con il criterio di normale tollerabilità⁴⁴.

Altra misura per determinare la soglia della normale tollerabilità è quella che si riferisce alla sensibilità dell'uomo medio, prescindendo dalle reazioni particolari e dalla sensibilità delle singole persone interessate dalle immissioni stesse⁴⁵, la cui valutazione deve essere effettuata alla luce del parametro delle condizioni naturali e sociali dei luoghi, dell'elemento temporale, nella sua duplice accezione di tempo storico e orario del giorno, dei comportamenti sociali, delle abitudini di vita della popolazione⁴⁶.

In materia di immissioni rumorose la giurisprudenza ha elaborato diverse metodologie per individuare il limite della normale tollerabilità.

Subito dopo l'entrata in vigore del Codice civile la giurisprudenza non riteneva di essere vincolata a specifici metodi di indagine tecnica per valutare la tollerabilità delle immissioni rumorose⁴⁷.

Successivamente si sono delineati due criteri di valutazione della tollerabilità delle immissioni acustiche: a) il criterio c.d. «assoluto», che fissa una soglia limite di rumorosità con la conseguenza che l'immissione è intollerabile se superiore a quella soglia, a prescindere dalle condizioni generali dell'ambiente circostante, compresa

⁴³ Cfr. Cass., 19 luglio 1975, n. 1627, in *Riv. giur. edil.*, 1976, I, p. 61. Cfr., sul punto, VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 337, nota 109, ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁴⁴ Trib. Potenza, 17 febbraio 2010, in *Onelegale*.

⁴⁵ Cfr., per tutte, Cass., 5 dicembre 2023, n. 33966, in *Onelegale*.

⁴⁶ Cfr., Cass., 29 ottobre 2015, n. 22105, cit.; Cass. 10 maggio 2006, n. 10715, in *Imm. e propr.*, 2006, p. 592; Cass., 11 aprile 2006, n. 8420, in *Foro it.*, 2006, I, p. 3412; e Cass., 31 gennaio 2006, n. 2166, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 466.

⁴⁷ V., in proposito, anche per i riferimenti giurisprudenziali, MAUGERI, *Immissioni acustiche, normale tollerabilità e normative di settore: la nuova disciplina*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 208, dove si evidenzia che non si riteneva necessaria un'indagine fonometrica diretta a misurare in modo preciso l'entità dell'immissione.

ogni eventuale presenza di altre fonti di rumore; b) il criterio c.d. «comparativo», che prende in esame il rumore di fondo dell'ambiente circostante (cioè quel complesso di suoni di origine varia provenienti da tutte le altre sorgenti in una data zona con esclusione della specifica sorgente sonora oggetto di contestazione) e considera intollerabili le immissioni che superano oltre una determinata soglia la rumorosità di fondo.

La giurisprudenza, se in un primo tempo aveva accolto il criterio c.d. assoluto⁴⁸, successivamente ha mutato orientamento, optando per il criterio c.d. comparativo⁴⁹, secondo il quale il limite di tollerabilità si ritiene oltrepassato laddove le immissioni acustiche superano il rumore di fondo di 3 decibel.

Con l'entrata in vigore delle disposizioni pubblicistiche in materia di inquinamento acustico, si è posto all'attenzione delle Corti il problema del rapporto di dette disposizioni con la tutela civilistica in tema di immissioni, di cui all'art. 844 c.c.

Il quadro normativo è costituito dal d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 che costituisce la prima regolamentazione delle immissioni acustiche e dal d.P.C.M. 1 marzo 1991 «Limiti massimi di esposizione al rumore negli ambienti abitativi e nell'ambiente esterno», cui ha fatto seguito la legge quadro sull'inquinamento acustico del 26 ottobre 1995 n. 447 e relativi decreti attuativi; in particolare il d.P.C.M. 14 novembre 1997 recante «Determinazione dei valori minimi delle sorgenti sonore» e contenente i valori massimi delle immissioni di rumore, specificati per aree di zonizzazione sonora e differenziati per le ore diurne e notturne.

Nonostante la normativa del 1991 avesse sostituito il concetto di rumore di fondo con quello di «rumore equivalente», la giurisprudenza ha continuato ad applicare il criterio comparativo-relativo che appunto teneva conto del rumore di fondo.

Questo orientamento non è mutato neppure con l'emanazione della legge quadro 26 ottobre 1995, n. 447 che ha previsto un'articolata serie di limiti di immissione ed emissione, sia assoluti, consistenti in soglie massime di tollerabilità, che differenziali, consistenti in differenze massime di valori da non superare rispetto a determinati parametri, il c.d. criterio differenziale.

In base al criterio differenziale (che ad esempio è applicato nel d.P.C.M. 14 novembre 1997) il livello di rumore viene ricavato dalla differenza fra il rumore ambientale ed il livello di rumore residuo e ai fini dell'ammissibilità, o meno,

⁴⁸ I limiti in questione erano fissati fra i 35 e i 50 decibel. Per la casistica giurisprudenziale si rinvia a MAUGERI, *op. ult. cit.*, p. 208, nota 16.

⁴⁹ V., per tutte, Cass., S.U., 27 febbraio 2013, n. 4848, in *Imm. e propr.*, 2013, p. 328; Cass., 12 febbraio 2010, n. 3438, in *Ced Cassazione*, 2010; da ultimo Cass., 6 febbraio 2020, n. 2757, in *Onelegale*.

dell'immissione disturbante fissa il limite in un intervallo pari a 3 decibel in orario notturno che sale a 5 decibel in orario diurno, diversamente dal criterio comparativo che prevede un «delta» di 3 decibel, identico sia di giorno sia di notte.

L'entrata in vigore della legge 27 febbraio 2009, n. 13, che ha convertito in legge il D.L. 30 dicembre 2008, n. 208, «recante misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente» ha posto nuovi interrogativi ed in particolare ci si è chiesti se il legislatore avesse optato, riguardo alla materia delle immissioni acustiche, per una interferenza assoluta tra la disciplina pubblicistica e quella privatistica.

L'art. 6-ter, rubricato «Normale tollerabilità delle immissioni acustiche» al comma 1, prevede che «nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'art. 844 c.c., sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso».

Questa disposizione era stata oggetto di interpretazioni contrastanti: secondo alcuni, il legislatore aveva abbandonato il criterio comparativo adottato dalla giurisprudenza; secondo altri, si sarebbe trattato di uno svuotamento sostanziale del criterio generale della normale tollerabilità, con prevalenza della legislazione pubblicistica sul dettato codicistico⁵⁰.

La *querelle* si è in parte sopita con l'intervento della Corte costituzionale⁵¹ che nel ritenere inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6-ter, ha affermato che dal solo dettato di detta disposizione non può aprioristicamente evincersi una portata derogatoria e limitativa dell'art. 844 c.c., senza prima tentare di sperimentare diverse interpretazioni idonee a preservare la norma stessa dai sollevati profili di denunciata incostituzionalità.

La Consulta, inoltre, ha evidenziato che alla generica locuzione «sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso», contenuta nella norma in esame, non può necessariamente riconoscersi una portata derogatoria rispetto alla disciplina codicistica in tema di immissioni, posto che la normativa privatistica e quella pubblicistica si collocano su piani diversi.

Il problema che, quindi, si è posto è di verificare se, nella valutazione sulla intollerabilità delle immissioni acustiche, il giudice debba ritenersi vincolato ai criteri e ai limiti previsti dalla normativa di settore.

⁵⁰ Per le diverse posizioni si veda PETRUSO, voce *Immissioni*, cit., p. 551.

⁵¹ Corte cost., 21 marzo 2011, n. 103, in *Giur. cost.*, 2011, p. 1436.

Da decenni la giurisprudenza, dopo l'entrata in vigore delle disposizioni pubblicistiche in materia di inquinamento acustico, è granitica nel ritenere che se il superamento dei livelli di tollerabilità delle immissioni acustiche previsti nella normativa speciale comporta che le immissioni debbano ritenersi senz'altro illecite, l'eventuale rispetto della disciplina di settore non può fare considerare *tout court* lecite le immissioni, dovendo il giudizio sulla loro tollerabilità essere effettuato alla stregua dei principi stabiliti dall'art. 844 c.c.

In particolare si è precisato che la disciplina di settore che fissa le modalità di rilevamento dei rumori e i limiti massimi di tollerabilità in materia di immissioni persegue interessi pubblici disciplinando in via generale e assoluta i livelli di accettabilità delle immissioni al fine di assicurare alla collettività il rispetto di livelli minimi, operando nei rapporti «verticali» tra p.a. e privati; mentre nei rapporti tra privati, la disciplina delle immissioni moleste *in alienum* va rinvenuta nell'art. 844 c.c., alla stregua delle cui disposizioni, quand'anche dette immissioni non superino i limiti basati dalle norme di interesse generale, il giudizio in ordine alla loro tollerabilità va compiuto secondo il prudente apprezzamento del giudice che tenga conto della particolarità della situazione concreta e dei criteri fissati dalla norma civilistica⁵².

Tale orientamento giurisprudenziale non è mutato neppure a seguito dell'entrata in vigore della legge 27 febbraio 2009, n. 13, proprio evidenziando che «in tema di immissioni acustiche, la differenziazione tra tutela civilistica e tutela amministrativa mantiene la sua attualità anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 6-ter d.l. n. 208 del 2008, convertito, con modificazioni, in l. n. 13 del 2009, al quale non può aprioristicamente attribuirsi una portata derogatoria e limitativa dell'art. 844 c.c., con l'effetto di escludere l'accertamento in concreto del superamento del limite della normale tollerabilità, dovendo comunque ritenersi prevalente, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, il soddisfacimento dell'interesse ad una normale qualità della vita rispetto alle esigenze della produzione»⁵³.

In costanza di tale orientamento giurisprudenziale, è intervenuta la legge di Bilancio 2019 (Legge 30 dicembre 2018 n. 145) che al comma 1 dell'art. 6-ter ha aggiunto il comma 1-bis il quale prevede che «ai fini dell'attuazione del comma 1,

⁵² Cfr., *ex multis*, Cass. 31 gennaio 2006, n. 2166, cit.; Cass. 25 agosto 2005, n. 17281, in *Ced Cassazione*, 2005.

⁵³ Cfr., in questi esatti termini, Cass. 12 novembre 2018, n. 28893, in *Foro it.*, 2019, I, p. 851.

si applicano i criteri di accettabilità del livello di rumore di cui alla legge 26 ottobre 1995, n. 447, e alle relative norme di attuazione».

La disposizione di nuova introduzione rimanda esplicitamente alla legge n. 447/1995 ai fini della valutazione della tollerabilità delle immissioni acustiche, anche se non pare smentire quell'orientamento consolidato secondo cui la normativa pubblicistica e quella privatistica si collocano su piani diversi, avendo ambiti di applicazione distinti.

Infatti, l'indirizzo giurisprudenziale di cui si è fatto cenno è stato confermato anche dalla giurisprudenza successiva che, richiamando appunto l'orientamento consolidato di cui sopra, ha posto in luce che la legge "finanziaria" del 2019, non modifica la disciplina, restando validi i principi richiamati dalla giurisprudenza con riferimento al comma 1 anche dopo l'aggiunta all'art. 6-ter del comma 1-bis⁵⁴.

3. L'interpretazione in chiave personalistica dell'art. 844 c.c.

Il tema delle immissioni in questi ultimi anni ha registrato importanti innovazioni dal punto di vista dell'applicazione giurisprudenziale rispetto al testo codicistico.

Ciò è stato possibile in quanto l'art. 844 è una disposizione aperta che ne ha consentito una lettura evolutiva in un contesto dove viene in rilievo non solo la logica proprietaria ma la rilevanza della personalità umana, alla luce del principio personalistico, che vuole la persona, con i suoi interessi e le sue esigenze, al centro dell'ordinamento⁵⁵.

In altri termini, si registra il «dinamismo» del fenomeno immissivo disciplinato dall'art. 844 c.c., in quanto disposizione astrattamente diretta a soddisfare un'indefinita serie di esigenze di tutela, in un contemperamento tra situazioni giuridiche soggettive, di natura privatistica, che ruotano intorno al diritto di proprietà, considerato in senso lato.

L'evoluzione tecnologica ha determinato diverse tipologie di interferenze prodotte dalle attività svolte su immobili idonee a ledere non solo numerose proprietà anche non contigue ma anche diritti fondamentali come quello alla salute o al rispetto della propria vita privata e familiare.

Inizialmente la giurisprudenza di fronte ad immissioni intollerabili, e quindi illecite, ha ritenuto di consentirle nell'ambito di un giudizio di bilanciamento

⁵⁴ V., da ultimo, Cass. 5 dicembre 2023, n. 33966, in *Imm. e propr.*, 2024, p. 56.

⁵⁵ In questi termini SENTA, *Rapporti personali di vicinato: immissioni, atti emulativi, privacy*, in *Riv. notar*, 2006, p. 1471.

tra le esigenze della produzione e le ragioni della proprietà, a favore delle prime con sacrificio del diritto dominicale, accordando all'impresso un indennizzo, così escludendo la tutela inibitoria e, allo stesso tempo, controbilanciando il sacrificio di chi abbia subito una limitazione del proprio diritto⁵⁶.

La Corte costituzionale intorno alla metà degli anni '70 del secolo scorso, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 844 c.c. ha avallato questo orientamento laddove, nel dichiarare infondate le questioni di legittimità costituzionale, ha precisato che la norma denunciata in quanto «destinata a risolvere il conflitto tra proprietà di fondi vicini per le influenze negative derivanti da attività svolte nei rispettivi fondi», è diretta a disciplinare il solo «interesse del proprietario ad escludere ingerenze da parte del vicino sul fondo proprio»; per la protezione di interessi diversi da quelli del proprietario come la «salute umana» o l'«integrità dell'ambiente naturale» presiedono altre norme «di natura repressiva e preventiva» dell'ordinamento, non escluso il «principio generale di cui all'art. 2043 del codice civile»⁵⁷.

In seguito, la Consulta ha riconosciuto che il diritto alla salute, garantito dall'art. 32 Cost. quale inviolabile e fondamentale attributo della persona umana, è tutelabile in via autonoma mediante azioni di natura personale *ex* artt. 2043 e 2058 c.c.⁵⁸.

Sebbene sul versante dottrinale inizialmente si riteneva che la logica proprietaria intrinseca all'art. 844 c.c. fosse difficilmente piegabile alla tutela di interessi individuali, successivamente, tuttavia, si è privilegiata, sia in dottrina che in giurisprudenza, una lettura dell'art. 844 c.c. che va oltre la mera problematica degli interessi dominicali per comprendere anche la tutela di interessi personali, quali la salute e l'integrità psicofisica e di interessi della collettività, quale la salubrità dell'ambiente.

Sulla scorta di tale interpretazione estensiva, si è precisato che l'art. 844 c.c. tuteli dalle immissioni intollerabili non solo l'«integrità» del bene immobile oggetto di proprietà, ma anche la persona del proprietario, conferendo rilievo all'«esigenze di vita» dello stesso: dal diritto alla salute e al rigoroso contenimento dell'inquinamento ambientale, al diritto alla serenità interiore e al rispetto delle abitudini di vita.

⁵⁶ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 21 luglio 1975, n. 1302, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, I, 1978, p. 392.; Cass., 13 gennaio 1975, n. 111, in *Foro it.*, 1975, I, p. 2222; Cass. 19 maggio 1976, n. 1796, in *Giur. it.*, 1978, I, p. 412.

⁵⁷ Corte cost., 23 luglio 1974, n. 247, cit.

⁵⁸ Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, p. 2053, con nota di PONZANELLI.

Così la giurisprudenza di legittimità, pur tenendo ferma la distinzione tra l'azione *ex art. 844 c.c.* e quella *ex art. 2043 c.c.*, ha accolto una lettura dell'art. 844 c.c. diretta a dare rilievo alla tutela della qualità della vita, chiarendo che la disposizione può essere esperita, oltre che a tutela del fondo, per conseguire la cessazione delle immissioni nocive alla salute⁵⁹, e ribadendo che la norma è suscettibile di una interpretazione estensiva, costituzionalmente orientata, in relazione al bene salute⁶⁰.

Peraltro, autorevole dottrina già da tempo aveva evidenziato che l'art. 844 c.c. doveva essere interpretato alla stregua di una clausola generale, in virtù della quale il giudice, chiamato a giudicare del «conflitto tra le diverse proprietà» dovrà «ricercare...i criteri di valutazione nel contesto attuale dell'ordinamento che vede al primo posto le norme costituzionali»⁶¹.

In questa prospettiva si è, quindi, considerato il bene salute «intrinseco» nella valutazione sia delle immissioni derivanti da attività produttive sia delle immissioni subite nell'ambito dei rapporti di vicinato⁶².

Così nel caso di attività produttive, una volta accertato il superamento della soglia della normale tollerabilità, si esclude che queste possano comunque essere consentite, salvo indennizzo⁶³, dal momento che rispetto alle esigenze della produzione, pur previste nell'art. 844 c.c., laddove venga in gioco il fondamentale diritto alla salute, questo è da considerarsi valore sempre prevalente⁶⁴, in omaggio

⁵⁹ Cass., S.U., 15 ottobre 1998, n. 10186, in *Corriere giur.*, 1998, p. 1279.

⁶⁰ Cass., 9 gennaio 2013, n. 309, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, p. 267; Cass., 9 maggio 2012, n. 7048, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1179, con nota di PONZANELLI; Cass., 11 aprile 2006, n. 8420, cit.

⁶¹ In questi termini, VISINTINI, *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 253.

⁶² Cass., 21 aprile 2006, n. 8420, in *Giust. civ.*, 2007, p. 465, con nota di Costanza, *Evoluzioni e involuzioni giurisprudenziali in tema di immissioni*; Cass., 8 marzo 2010, n. 5564, in *Danno e resp.*, 2010, p. 776 con nota di PONZANELLI; Cass., S.U., 21 luglio 2015, n. 15207, in *Onelegale*.

⁶³ Cass., 25 agosto 2005, n. 17281, in *Ced Cassazione*, 2005; Cass., 13 marzo 2007, n. 5844, *ivi*, 2007; Cass., 7 aprile 2014, n. 8094, in *Giur. it.*, 2015, p. 306, con nota di FERRERO, *Normale tollerabilità e bilanciamento di interessi in tema di immissioni*. In dottrina G. VISINTINI, *op. ult. cit.*, p. 265.

⁶⁴ In questo senso, fra le tante, Cass. 17 gennaio 2011, n. 939, *Giur. it.*, 2011, p. 1519; Cass. 12 luglio 2016, n. 14180, in *Ced Cassazione*, 2016.

ad un'interpretazione tesa a «privilegiare l'utilizzo dei fondi che sia maggiormente compatibile con il diritto costituzionalmente garantito alla salute»⁶⁵.

In questo contesto ci si è chiesti se le immissioni siano da considerarsi intollerabili solo laddove determinano danni alla salute ovvero anche ad altri interessi, come il diritto al rispetto della vita privata e familiare⁶⁶.

Il riferimento alla normativa europea vale a dire alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e alla Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo (CEDU) ha consentito alla giurisprudenza di riconoscere il risarcimento del danno non patrimoniale anche in assenza di un pregiudizio alla salute, a condizione che risulti leso il diritto al normale svolgimento della vita familiare all'interno della propria casa di abitazione e alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane⁶⁷.

In altri termini si è giunti a considerare rilevante il pregiudizio alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane, pur in assenza di un danno biologico, accordando al proprietario, vittima di immissioni intollerabili, il risarcimento del danno non patrimoniale, nonché il diritto di ottenere l'inibitoria.

Si ricorda, in proposito, che sia la Convenzione (art. 8) che la Carta (art. 7), sanciscono il diritto di ogni persona al rispetto della propria vita privata e familiare e del proprio domicilio; in particolare l'art. 8 della Cedu sancisce che "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza come l'inviolabilità del domicilio e la tutela della serenità della famiglia e dello svolgimento della vita familiare all'interno della casa di abitazione".

Proprio il rinvio all'art. 8 della Convenzione si riscontra in diverse sentenze della Corte di Strasburgo in cui è stata riconosciuta la violazione del diritto fondamentale al benessere della persona nel godimento della propria abitazione per immissioni determinate da inquinamento ambientale⁶⁸.

⁶⁵ Così, *ex multis*, Cass. 11 aprile 2006, n. 8420, cit.

⁶⁶ Cfr. CARBONE, *Il diritto vivente delle "immissioni": intollerabile è anche il danno alla tranquillità familiare pur se non si misura in decibel*, in *Danno e resp.*, 2016, p. 30.

⁶⁷ Cfr., *ex plurimis*, Cass. 16 ottobre 2015, n. 20927, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2016, p. 554, con nota di Scalia; Cass., S.U., 1° febbraio 2017, n. 2611, in *Corriere giur.*, 2018, p. 1246, con nota di La Battaglia; Cass. 19 luglio 2019, n. 19434, in *Danno e resp.*, 2019, p. 765, con nota di Volpato; Cass. 28 luglio 2021 n. 21649, *ivi*, 2022, p. 191, con nota di PONZANELLI.

⁶⁸ Corte eur. dir. uomo, 9 dicembre 1994, n. 16798/90, Lopez Ostra c. Spagna, in *Riv. giur. amb.*, 1996, p. 745.

Nella giurisprudenza interna è presente proprio il richiamo a tali disposizioni ed ai relativi criteri interpretativi elaborati in seno al sistema della Convenzione, ai quali, - si legge nelle pronunce - a seguito della c.d. “comunitarizzazione” della Convenzione medesima, conseguente all’approvazione del Trattato di Lisbona, il giudice interno non può non conformarsi.

Il riconoscimento del danno non patrimoniale in alcune decisioni viene ritenuto *in re ipsa* ogniqualvolta venga accertata la non tollerabilità delle immissioni⁶⁹, mentre l’orientamento maggioritario, in seno alla giurisprudenza di legittimità, in una casistica di immissioni rumorose superiori alla normale tollerabilità⁷⁰, ritiene che il danno non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno risarcibile con la lesione del diritto (nella specie, quello al normale svolgimento della vita familiare all’interno della propria abitazione ed alla libera e piena esplicazione delle proprie abitudini di vita quotidiane) ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, per il quale non vi è copertura normativa.

Quindi il danneggiato sarà tenuto a provare di avere subito un effettivo pregiudizio in termini di disagi sofferti in dipendenza della difficile vivibilità della casa, potendosi a tal fine avvalere anche di presunzioni gravi, precise e concordanti sulla base però di elementi indiziari diversi dal fatto in sé dell’esistenza di immissioni superiori alla normale tollerabilità.

Il risultato degli orientamenti giurisprudenziali sopra riportati è garantire un collegamento fra la tutela ex art. 844 c.c. e la tutela del diritto alla salute e, più in generale, dei diritti fondamentali dell’individuo.

Dall’analisi svolta risulta evidente che l’art. 844 c.c. si presenta quale clausola generale adatta a regolare una realtà in continuo e crescente dinamismo, come è dimostrato dal ruolo che ha assunto da disposizione, nell’ottica del legislatore del 1942, diretta a regolare i conflitti di vicinato per questioni connesse al godimento della proprietà o per usare una espressione francese le *troubles de voisinage* fino a tutelare anche diritti fondamentali come quello alla salute o al rispetto della propria vita privata e familiare.

Come si è osservato la vicenda immissiva in ambito europeo ha attraversato nel tempo tre fasi: la prima che ha le proprie basi nel diritto romano fino all’epoca moderna, caratterizzata da una tutela privatistica proprietaria; la seconda che si è sviluppata a seguito del processo di industrializzazione, contrassegnata da una

⁶⁹ Cfr. Cass. 12 febbraio 2016, n. 2864, in *Onelegale*.

⁷⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. 16 ottobre 2019, n. 19434, cit.

tutela privatistica risarcitoria e indennitaria e la terza, dominata dalle tutele pubblicistiche e dalla loro crescente influenza sul diritto privato⁷¹.

Si ritiene che nell'ordinamento italiano le prime due fasi si siano realizzate mentre la terza, presente negli altri ordinamenti, è stata, per così dire, sostituita da una diversa fase basata sulla tutela anche inibitoria della salute e di altri diritti della personalità attraverso la disciplina civilistica sulle immissioni⁷², in ragione di una progressiva emersione di nuove esigenze del vivere comune, essenziali all'effettivo sviluppo della persona umana.

Questa, come è stato detto, è la «responsabilità (...) di coloro i quali devono costruire, contribuire a costruire questo sistema, che quindi ha incidenza ben al di là del nostro piccolo mondo, ma che è appunto una responsabilità dei giuristi»

⁷¹ Cfr. TESCARO, *op. cit.*

⁷² L'affermazione è di TESCARO, *op. cit.*

L'INTERESSE COMUNE NEI RAPPORTI CONDOMINIALI

*Alessandro Ciatti Caimi **

Sommario: 1. L'incontro con il precedente giudiziario. – 2. La “solita” questione della soggettività o non della collettività dei condòmini. – 3. L'interesse collettivo dei partecipanti al condominio e il sindacato sulle delibere viziate per eccesso di potere. – 4. Sull'applicazione di alcune regole del diritto societario alle deliberazioni dell'assemblea condominiale.

1. L'incontro con il precedente giudiziario.

Ebbi il privilegio di conoscere la professoressa Visintini in occasione del dottorato che avevo frequentato, insieme all'amica collega professoressa Alessandra Pinori, in questa sede (la quale si trovava in consorzio con Pisa, Firenze e Siena).

In alcuni incontri di studio ci venivano fornite sentenze di cassazione, nel formato uso bollo munite dei timbri del cancelliere, delle marche – oggi fortunatamente scomparse – e delle sottoscrizioni del presidente e dell'estensore, dalle quali dovevamo ritrovare le *rationes decidendi* e formulare le massime. Non per tutti i dottorandi si trattava di un esercizio abituale: molti erano ancora avvezzi a pensare al diritto come un insieme di ricostruzioni teoriche e di disposizioni scritte.

Per i nostri laureati, ormai anche non più giovani, studiare una questione giuridica confrontandosi con la giurisprudenza, anzi dialogando con questa, è talmente consueto da apparire quasi scontato.

Sappiamo che non è così.

Si deve alla battaglia culturale combattuta da Gino Gorla, *vox clamantis in deserto*, e poi ripresa con impegno e dedizione dalla professoressa Giovanna Vi-

* Professore ordinario di diritto privato dell'Università di Torino.

sintini, da Francesco Galgano, da Guido Alpa, dal mio Maestro Marino Bin, dal Presidente di questo tavolo – il professor Massimo Franzoni – e da tutti coloro che si erano riuniti attorno al movimento che aveva in Contratto e impresa la propria rivista manifesto.

Ci tengo a farlo sapere a quei giovani e meno giovani – avvocati, magistrati e notai – che non potrebbero fare a meno di quel confronto.

Come tutti i movimenti storici – quello di cui stiamo parlando direi che ben possa essere indicato come una rivoluzione – è talvolta pervenuto a fraintendimenti, a malintesi, quando non a degenerazioni.

Ad esempio, si deve ammettere che non tutto il territorio del diritto privato si presta allo stesso modo a quel dialogo come metodo di ricerca delle norme.

In alcuni casi, perché il ruolo giocato dalla dottrina è tuttora troppo consistente per cedere a quello della giurisprudenza pratica (che spesso finisce col far risuonare nelle sentenze quei quattro o cinque autori che nella materia hanno compiuto studi mirabili). Penso soprattutto al diritto successorio.

Lo stesso si potrebbe probabilmente sostenere anche per quanto concerne il tema del possesso e dei diritti reali, se la disciplina del condominio – così come accadeva sino alla nostra codificazione del 1942 e tuttora accade ad esempio per quella francese, per quella tedesca, per quella austriaca o per quella spagnola¹ – non vi fosse stata incorporata.

Va detto subito che l'incorporazione non è riuscita a mutarne la natura di corpo estraneo rispetto alla materia del terzo libro, anche se vi sono ancora coloro che tengono a considerarlo una sottospecie quando non addirittura un'epifania della comunione, ignorando così anzitutto quanto stabilisce l'art. 1139, vero e proprio architrave, secondo me, dell'intera materia.

Dicevo che il condominio negli edifici è materia in cui il dialogo con la giurisprudenza è talmente fecondo da annichilire, in molti casi, il ruolo della dottrina.

E questo non da oggi.

Se si guarda ai volumi dedicati alla materia non se ne potranno trovare più di due o tre (Salis² e il suo allievo Corona³ essenzialmente) che non si possano

¹ Per i riferimenti, v. oltre nel testo.

² *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. civ. it.*, dir. da VASSALLI, 3^a ed., Torino, 1959.

³ Ci riferiamo soprattutto a *Contributo alla teoria del condominio negli edifici*, Milano, 1974 e a *Proprietà e maggioranza nel condominio negli edifici*, Torino, 2001. Più di recente si possono segnalare i lavori monografici di BUCELLI, *Abitazione e condominio. Contributo allo studio dei diritti e degli interessi in comunione*, Napoli, 2018 e di Viterbo, *Variabilità e*

considerare molto più di una esposizione compendiosa, più o meno ragionata, delle decisioni.

Le ragioni sono facili da indicare, direi.

Un contenzioso alluvionale: la sezione competente della cassazione (la seconda) è ricoperta letteralmente di ricorsi (e la scelta improvvida di attribuire tra un paio d'anni la competenza funzionale sul merito al giudice di pace non induce a pensare che l'alluvione potrà cessare in futuro).

La relativa novità della materia è un altro fattore non trascurabile (la nostra prima disciplina, prima in Europa, risale infatti al 1934⁴) al quale si aggiunge il plauziano abusatissimo *homo homini lupus* che caratterizza le relazioni di vicinato in cui il condominio consiste: una serie di unità immobiliari (questa è l'espressione che la riforma del 2013 ha inteso sostituire, salvo in un caso, al piano o porzione di piano del testo originario del codice civile) non vicine ma spesso vicinissime, adiacenti l'una all'altra.

2. La "solita" questione della soggettività o non della collettività dei condòmini.

Gli organizzatori di questo convegno mi hanno domandato di indirizzare la mia relazione sull'interesse comune che potrebbe forse caratterizzare quelle specialissime relazioni di vicinato che si disperdono nei mille rivoli delle relazioni quotidiane tra partecipanti allo stesso edificio.

Assumo, a livello stipulativo facendo mio il pensiero di Jhering, che un interesse sia una relazione tra un bisogno (o un desiderio) e la cosa o la prestazione di un altro soggetto idonea a realizzare quel desiderio.

Devo così immaginare che quello stesso desiderio tragga realizzazione nelle cose e nei servizi che all'interno del fabbricato sono disponibili o vi vengono somministrate.

Si tratta delle parti comuni, elencate all'art. 1117, ma si tratta pure dell'edificio considerato nel suo complesso (e, come proverò a dire, le due cose vanno tenute distinte).

Un primo aspetto da considerare sembrerebbe consistere nella titolarità di quell'interesse o, detto altrimenti, nella solita questione della soggettività da riconoscere al condominio o meglio alla collettività dei partecipanti (che non sono

relatività dei rapporti condominiali. Proprietà, persone, "gruppo", Napoli, 2021.

⁴ Ci riferiamo al r.d. 15 gennaio 1934, n. 56.

inevitabilmente proprietari, giacché vi si possono aggiungere pure i titolari di diritti reali minori o di diritti personali di godimento).

La comparazione tra norme utilizzate per risolvere problemi simili mostra che ciò che appare quasi come un *topos* di ogni questione attorno al diritto del condominio si risolve più che altro in una superfetazione teorica di pochissima utilità. A tal fine, pare utile suddividere, molto sommariamente, gli ordinamenti nei quali si riconosce nella collettività dei condomini una persona giu*ridica (non voglio attardarmi sulle molteplici sfumature che questa espressione assume nel gergo giuridico dei differenti paesi) e quelli ove lo si esclude. Poiché non ritengo che comparare le regole giuridiche per sistemi si riveli di grande utilità, guardando all'insegnamento di uno tra i più grandi nostri studiosi (anche) del diritto comparato, baserò questa indagine attorno a due questioni per vedere come esse vengono risolte⁵.

Guarderò quindi come si distribuisce la responsabilità patrimoniale tra i singoli partecipanti e la collettività, personificata o non, e cercherò di verificare poi se la collettività, (ancora: personificata o non), agisca e resista in giudizio al posto dei singoli partecipanti ovvero se questi possano agire anche singolarmente per tutelare le loro posizioni soggettive.

In Francia, la prima legge organica sul condominio – quella del 28 giugno 1938 già evocata – lo aveva inteso organizzare, ad esempio, in un *syndicat*, al quale (con ogni probabilità) riconosceva soggettività giuridica. La disciplina riformatrice tuttora vigente (sia pure con alcune successive novellazioni), si trova nella legge n. 65-557 del 10 luglio 1965, la quale riconosce, questa volta con chiarezza, soggettività al *syndicat des copropriétaires*, avente quale oggetto sociale la conservazione e il miglioramento dell'immobile, così come l'amministrazione delle parti comuni (v. art. 14). Secondo quanto stabilisce ora una legge del 2014⁶, esso deve essere iscritto in un registro apposito, con l'intento di agevolare la conoscenza da parte dell'autorità pubblica della condizione dei condomini «*et la mise en œuvre des actions destinées au prévenir la survenance des dysfonctionnement*» (art. L. 722-1 *code de la construction et de l'habitation*). La mancata iscrizione non produce tuttavia che effetti nel diritto amministrativo⁷.

⁵ Il riferimento è ovviamente agli studi di Gino Gorla, raccolti nel volume intitolato al *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981.

⁶ Loi 2014-366 del 24 marzo 2014, nota come "loi Alur" (*JO*, 26 mars 2014, pag. 5809).

⁷ TOMASIN, *Le syndicat des copropriétaires*, in *La copropriété*, 9^e éd., sous la direction de Id. e P. Capoulade, Paris, 2018, p. 339, nonché p. 387 ss.

Fanno parte necessaria del syndicat tutti coloro che acquistino un diritto, avente quale oggetto contemporaneamente una parte esclusiva dell'edificio e una quota delle parti comuni di questo⁸. Esso risponde perciò per i danni arrecati ai condomini e ai terzi, quando abbiano origine nelle parti comuni e può agire e resistere, anche congiuntamente con uno o più contitolari, per la tutela dei diritti riguardanti il fabbricato (art. 15).

Esso è inoltre dotato di un patrimonio mobiliare, costituito dai contributi dei condomini e dai crediti vantati nei confronti di questi, e può essere titolare di diritti reali immobiliari, come, ad esempio, quello di proprietà dell'alloggio del portiere. È debitore in proprio delle obbligazioni dovute a terzi, mentre ogni comproprietario è debitore soltanto del syndicat (ma i creditori godono della legittimazione surrogatoria, in caso di inerzia del syndicat stesso, ai sensi dell'art. 1341-1 code civil)⁹.

Nei Paesi Bassi, la disciplina degli appartementsrechten (qualificati come veri e propri diritti reali sui generis) venne introdotta nel 1951 – per essere inserita nel 1972, senza notevoli modifiche, nel codice civile in allora vigente – e si rinviene oggi nel titolo IX del libro V del wetboek del 1992 (intitolato ai “*zakelijke rechten*” ossia ai diritti reali).

L'art. 5:125.2, prevede in specie che ogni proprietario di un appartamento faccia parte «*van rechtswege*» (ossia “*ope legis*”) dell'associazione dei proprietari (Vereniging van Eigenaars o V.v.E.) e se ne trovi escluso – sempre *van rechtswege* – quando cessi di essere proprietario dell'appartamento stesso¹⁰.

L'associazione è una «persona giuridica» (art. 5:124.1) che ha il compito di amministrare le parti comuni – in ogni caso appartenenti ai singoli condomini (art. 5:126) – e di rappresentare la collettività dei condomini anche in giudizio.

Nel suo seno, l'assemblea designa, con votazione a maggioranza assoluta dell'assemblea, un amministratore (*bestuurder*) (art. 5:131)¹¹. L'associazione stessa risponde in solido con i condomini per le obbligazioni da loro dovute reciprocamente per la gestione dell'edificio (art. 5:113.4)¹².

⁸ Cass. civ., 3^e, 11 janv. 2012, n° 10-24.413 (*Act. jur. dr. imm.*, 2012, 679, obs. TOMASIN; *Bull. civ.*, III, n° 7; *Rev. Loyers*, 2012, 126, note Plaidy).

⁹ ROUX, *Obligations des copropriétaires dans leurs rapports avec la collectivité*, in *La copropriété*, 9^e éd., sous la direction de Id. e Capoulade, p. 282.

¹⁰ PEUTZ & BRAAKHUIS, *Appartementsrecht*, Nijmegen, 2019, p. 65 ss.

¹¹ PEUTZ & BRAAKHUIS, *Appartementsrecht*, cit., p. 83 ss.

¹² PEUTZ & BRAAKHUIS, *Appartementsrecht*, cit., p. 76 ss.

Anche il codice civile belga (di recente riformato¹³) riconosce «personalità giuridica» all'associazione dei contitolari (“*vereniging van mede-eigenaars*”), se sia trascritto l'atto di base (“*basisakte*”) e il regolamento di comproprietà (“*reglement van mede-eigendom*”) in appositi registri (v. art. 3.86). Essa agisce e resiste in giudizio anche congiuntamente ai singoli condomini per la tutela delle parti comuni (art. 3.92, § 1.). L'attribuzione della personalità giuridica all'associazione dei comproprietari risale infatti a una riforma del 1994, con l'intento di risolvere le numerose questioni di ordine essenzialmente processuale che il precedente regime poneva¹⁴.

Il patrimonio dell'associazione fornisce quanto occorre per conservare e per amministrare l'immobile, o il gruppo di immobili, ed è formato dai contributi periodici dei partecipanti (proprietari ovvero usufruttuari delle unità abitative). I creditori dell'associazione possono far valere le loro pretese contro i singoli partecipanti all'edificio in proporzione al diritto di voto in assemblea che viene loro riconosciuto (art. 3.86, § 4).

Nella Confederazione elvetica, il Capo terzo, intitolato alla «Proprietà per piani» (ted. «*Stockwerkeigentum*»), è stato introdotto nel testo del Codice civile a opera del n. II della legge federale 19 dicembre 1963, in vigore dal 1° gennaio 1965¹⁵, novellata in misura non soverchia nel 2009¹⁶.

Viene definita proprietà per piani «la quota di comproprietà d'un fondo, alla quale è inerente il diritto esclusivo del comproprietario di godere e di sistemare internamente una parta determinata di un edificio» (art. 712a).

Alla comunione viene riconosciuta soggettività, giacché può iscrivere ipoteca legale in suo favore sulla quota di ciascun comproprietario per i contributi scaduti da almeno tre anni (art. 712i). Essa acquista inoltre «in proprio nome» i

¹³ Wet 4 februari 2020 (*Belgisch Staatsblad* 17.03.2020, pag. 15753 e segg.); con riguardo alla nostra materia, la riforma ha tuttavia sostanzialmente mantenuto quanto stabiliva la disciplina del 2010 (Wet 2 juni 2010 (*Belgisch Staatsblad* 28.06.2010, pag. 39717 e segg.); v. SALVÉ, *La copropriétés forcées dans la réforme du droit des biens*, in *Le nouveau droit des biens*, sous la direction de P. Lecocq e altri, Bruxelles, 2020, p. 188

¹⁴ SALVÉ, *La copropriétés forcées dans la réforme du droit des biens*, p. 189 ss.; dopo numerosi aggiustamenti, il diritto belga è oggi pervenuto a riconoscere nel senso di riconoscere che l'associazione può agire e resistere in giudizio a tutela di diritti reali o personali sulle parti comuni, senza con ciò escludersi la legittimazione di uno o più condomini.

¹⁵ RU 1964 1009; FF 1962 1809).

¹⁶ A opera del n. I 1 della legge federale dell'11 dicembre 2009 (RU 2011 4637; FF 2007 4845).

beni risultanti dalla sua amministrazione, come i contributi dei comproprietari e «le disponibilità che ne risultano». Sta in giudizio come attrice o convenuta, può escutere o essere escussa (art. 712l)¹⁷.

Dal canto suo, il §10.6 della *Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht* (*Wohnungseigentumsgesetz* o WEG) tedesca del 1951, riconosce alla comunità dei proprietari – comunque priva, a quanto si afferma, di personalità giuridica¹⁸ – di acquistare diritti e di essere debitrice di obbligazioni, tanto verso i terzi quanto verso gli stessi comproprietari. Essa è quindi legittimata a promuovere e a resistere alle azioni nei confronti dei vicini (come quelle relative al divieto di immissioni, alle denunce di nuova opera o danno temuto, quelle riguardanti l'accertamento di una servitù o il risarcimento dei danni arrecati alle cose comuni¹⁹) ed è creditrice dei canoni dovuti in caso di locazione di parti comuni²⁰. Reciprocamente è (unica) debitrice delle obbligazioni assunte nell'interesse della comunità medesima, come l'adempimento di prestazioni tributarie, quando la si trovi espressamente indicata come contribuente o quando la legge la individui quale debitrice di una determinata obbligazione assicurativa (come quella di assicurare l'edificio o di munirlo di un sistema di rilevamento dei fumi)²¹. I condomini rispondono verso i terzi creditori in proporzione alla loro quota di comproprietà (§ 10.8 WEG).

La prima disciplina austriaca dedicata al condominio risale al 1948²²; dopo una nuova stesura nel 1975²³, è ora vigente la *Bundesgesetz über das Wohnungseigentum* (o WEG) del 2002²⁴, anch'essa ripetutamente novellata (l'intervento più recente risale allo scorso anno²⁵). Secondo il § 18 della citata legge, la comunità

¹⁷ WERMELINER, *Das Stockwerkeigentum*, 2. Auf., Zürich, 2014, p. 437 ss.

¹⁸ WILHELM, *Sachenrecht*, 7. Auf., Berlin, 2021, p. 1218 ss.

¹⁹ V., ad esempio, BGH (*Njw* 2006, 3426); OLG München (*ivi*, 2011, 83); BGH (*ivi*, 2019, 1216).

²⁰ BÄRMANNPICK, *Weg – Wohnungseigentumsgesetz*, Kommentar, (J. Emmerich), 20. Auf., München, 2020, *sub* § 10, n. 114, pag. 99.

²¹ BGH (*Njw* 2014, 1093); BGH (*ivi* 2012, 1724); BGH (*ivi*, 2013, 3092).

²² BGBl. I Nr. 149/1948.

²³ BGBl. I Nr. 417/1975; il testo era tanto complesso da essere giudicato «incomprensibile per un non giurista» v. Ch. FAISTENBERGER, BARTA, CALL, *Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz*, Wien, 1976, pag. XIII.

²⁴ BGBl. I Nr. 70/2002.

²⁵ WEG-Novelle 2022 (BGBl. I Nr. 222/2021).

dei proprietari (*Eigentümergeinschaft*) può acquistare diritti e obbligazioni, agire e resistere in giudizio, quando si tratti di questioni riguardanti la gestione delle parti comuni. La comunità, che non viene considerata una persona giuridica²⁶, è rappresentata da un amministratore – (che può essere anche una persona giuridica, v. §19.1 WEG) – oppure dalla maggioranza dei partecipanti. Il regolamento approvato all'unanimità è efficace nei confronti degli acquirenti della singola unità immobiliare in quanto sia stipulato per iscritto, non contrasti con le norme imperative della legge stessa e sia pubblicato nel *Grundbuch* (§ 26 WEG).

Ancora, l'art. 22 della Ley 49/1960 del 21 luglio, sulla *Propiedad horizontal* spagnola²⁷ (ripetutamente novellata) – nuovamente senza riconoscerci personalità giuridica – chiama la «*comunidad de propietarios*» a rispondere di fronte ai terzi «*con todos los fondos y créditos a su favor*», mantenendo in capo ai singoli proprietari – che godono di *beneficium ordinis* – la responsabilità per l'importo del credito insoddisfatto, in proporzione alla quota di partecipazione corrispondente a ciascuna unità immobiliare²⁸.

Finalmente, la prima legge portoghese, dedicata alla “*Propriedade horizontal*”, risale al 1955²⁹. Colà era rara, tuttavia, la coabitazione nello stesso edificio da parte di più di due famiglie differenti³⁰.

Di lì a poco – così come era capitato del resto da noi – la legge speciale si trovò incorporata nel testo del nuovo codice civile del 1966. Il testo originario è stato successivamente novellato due volte³¹: la disciplina si rivela *ictu oculi* ispirata dalla nostra.

²⁶ V. FEIL, FIRED, BAZER, *WEG Wohnungseigentumsgesetz*, Kommentar mit Mustersammlung, Wien, 2014, p. 178.

²⁷ *BOE*, nùm. 176 del 23 de julio de 1960; l'ultima modifica

²⁸ Sul tema, da ultimi, FUENTES–LOYO RUIZ FUENTES–LOYO LASTRES, *Ley de Propiedad Horizontal – Código comentado*, 10ª ed., A Coruña, 2021, p. 374 ss.

²⁹ Si tratta del Decreto-Ley n.º 40.333 del 14 Outubro.

³⁰ RIBEIRO DOS SANTOS, *Propriedade horizontal, Bases para a sua regulamentação*, Lisboa, 1954, p. 7 ss., secondo questo A. si trattava di uno stile di vita coerente con le abitudini consolidate, che assicurava (come dargli torto!) una maggiore “*tranquilidade de vida doméstica*». Le sopravvenute esigenze, provocate dai fenomeni socioeconomici che avevano portato le persone verso gli agglomerati urbani hanno costretto a un repentino ripensamento di quelle abitudini.

³¹ Dapprima a opera del Decreto-Ley n.º 267/94 (*Diário da República* n.º 247/1994, Série I-A del 25 ottobre 1994-10-25) e successivamente della [Lei n.º 8/2022 \(Diário da República n.º 6/2022, Série I del 10 gennaio 2022\)](#) in vigore dal 10 aprile 2022.

Non si riconosce soggettività all'”*assembleia dos condóminos*” (v. Artigo 1431)³². L'amministratore (eletto dall'assemblea o in mancanza designato dal tribunale) ha la rappresentanza attiva e passiva in giudizio del condominio «*como representante da universalidade dos condóminos ou quando expressamente mandatado pela assembleia de condóminos*» (Artigo 1437).

Nulla si dice quanto alla responsabilità per i debiti dei condomini nei confronti dei creditori.

Rammentiamo finalmente che anche da noi esiste tuttora un'ipotesi di riconoscimento espresso della personalità giuridica, quando si tratti di edifici di cooperative edilizie, beneficianti del contributo dello Stato nel pagamento degli interessi sui mutui³³.

L'art. 156 disp. att. riconosce infatti ai condomini costituiti in forma di società cooperative di conservare “tale forma di amministrazione”, mantenendo poi in vigore le relative “leggi speciali”.

Il richiamo è all'art. 209, 1° comma, del r. d. 28 aprile 1938, n. 1165, ove si prevede che i condomini di ciascun edificio separato o distinto o riconosciuto, secondo l'art. 204, 2° comma, quale condominio autonomo, quando siano almeno tre, devono costituirsi in cooperativa, previo nulla osta del ministero dei lavori pubblici³⁴. Nel caso in cui i condomini non abbiano provveduto in tal senso (o, riteniamo, quando sia stato loro negato il nulla osta ministeriale) l'amministrazione e la gestione del condominio spetterà alla cooperativa che realizzò l'edificio, secondo le regole, e valendosi degli organi, previsti dallo statuto³⁵.

La gestione condominiale in forma cooperativa si spiega per il fondamento mutualistico di questa, che consente ai soci di godere in maniera diretta ed esclu-

³² V. DE FRANÇA PITÃO e FRANÇA PITÃO, *Condomínio e Propriedade Horizontal*, 2ª Ed., Lisboa, 2020, p. 123.

³³ Sulla natura sicuramente privata delle cooperative, sulla loro composizione e sul loro funzionamento, v. ROHERSSEN, voce *Edilizia popolare ed economica*, XIV, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, p. 326 ss.; per un confronto con la disciplina condominiale, v. BASILE, *Regime condominiale ed esigenze abitative*, Milano, 1979, p. 33 ss. e 49 ss.

³⁴ Cass., sez. I, 29 maggio 1996, n. 4985, (*Giust. civ.*, 1996, I, 2912; *Riv. giur. ed.*, 1996, I, 939) parla in proposito di “una fattispecie legale di amministrazione condominiale attribuita a persona giuridica».

³⁵ Cass., sez. II, 16 maggio 1991, n. 5478, in *Arch. loc.*, 1991, 745 e in *Giust. civ.*, 1992, I, 1900; ritiene che – applicandosi la disciplina speciale delle cooperative a contributo erariale – un edificio distinto, ma collegato ad altri possa costituirsi in condominio autonomo pur quando la sua autonomia non sia stata riconosciuta dal ministero vigilante Cass., sez. I, 18 dicembre 1987, n. 9437, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, 88.

siva dell'attività sociale³⁶; il ricorso al contratto di società deve tuttavia oggi ritenersi precluso dall'art. 2248 all'autonomia contrattuale, per il carattere di puro godimento dell'attività sociale³⁷. Il (debole) argomento addotto in contrario³⁸ si basava sul tenore letterale dell'art. 2511, laddove nel testo originario si diceva che «le imprese che hanno scopo mutualistico possono costituirsi come società cooperative». Quel testo è in ogni caso stato superato dalla novella del 2003.

La disciplina evocata dall'art. 156, 2° comma, disp. att. deve pertanto considerarsi vigente, nonostante la sopravvenienza del codice civile del 1942, in quanto avente carattere speciale (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*), mentre le forme gestorie, di cui parla il primo comma, possono considerarsi ammesse soltanto in quanto il contratto fosse in corso di esecuzione al 28 ottobre 1941, data di entrata in vigore del codice attuale.

Per brevi cenni, si costituisce una società cooperativa mutuataria dei contributi erogati dalla Cassa depositi e prestiti (v. art. 4, 3° comma. r.d. 1165 del 1938); ultimata la costruzione, il mutuo viene frazionato in favore dei singoli assegnatari che acquistano la proprietà dell'appartamento³⁹. La cooperativa assegnante si scioglie ma, ove gli assegnatari siano almeno tre, occorre costituire, come detto, una nuova cooperativa tra questi, la quale esercita la gestione condominiale sino all'ammortamento integrale del mutuo o alla restituzione anticipata dell'importo mutuato (ossia del c.d. riscatto⁴⁰) al fine di assicurare che venga realizzato pienamente lo scopo del mutuo erogato alla cooperativa costruttrice e che questo venga interamente rimborsato⁴¹. Sono in ogni caso di significativo interesse le disposizioni contenute agli art. 210 e seg. del r.d. 1165 del 1938, perché anticipano quelle codicistiche che si commenteranno nel corso della presente trattazione.

³⁶ FRAGALI, *La comunione*, III, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu e MESSINEO, Milano, 1983, p. 153.

³⁷ Per tutti, v. GALGANO, *Le società in genere, Le società di persone*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu e MESSINEO, 3° ed., Milano, 2007, p. 67 ss.

³⁸ FRAGALI, *La comunione*, III, cit., p. 159.

³⁹ Cass., sez. II, 3 settembre 2021, n. 23876, ha chiarito che, con la stipula del primo atto di acquisto da parte dell'assegnatario, l'edificio passa dal regime di proprietà indivisa, facente capo alla cooperativa, a quello di proprietà frazionata, formandosi in tal guisa il condominio cui partecipa la cooperativa stessa per le unità immobiliari non ancora trasferite in proprietà agli assegnatari. Gli alloggi costruiti in esubero dalla cooperativa non possono quindi considerarsi condominiali.

⁴⁰ VISCO, *Le case in condominio*, 7° ed., Milano, 1967, p. 1034.

⁴¹ FRAGALI, *La comunione*, III, cit., p. 155.

3. L'interesse collettivo dei partecipanti al condominio e il sindacato sulle delibere viziate per eccesso di potere.

Del resto, Ascarelli, più di ogni altro, ci ha insegnato quanto insidiosa sia quella tendenza umana ad attribuire soggettività anche a ciò che non sia un essere vivente. Di omoni nel nostro sistema ne abbiamo già abbastanza senza bisogno di aggiungervi la collettività dei condomini.

Il fatto però che un interesse comune a questi non abbia un titolare diverso da ciascuno degli stessi partecipanti all'edificio non vuol dire negarne in assoluto l'esistenza.

Astrattamente si potrebbe immaginarlo in tre possibili varianti:

1. la sommatoria degli interessi della maggioranza per teste e per quote millesimali;
2. la sommatoria degli interessi di ciascun partecipante alla collettività;
3. un interesse che, in quanto superindividuale, trascende gli interessi di ciascun partecipante.

Mi pare che non si possano condividere, per quanto cercherò di dimostrare, sicuramente non la prima soluzione ma neppure l'ultima.

La maggioranza dei partecipanti, infatti, non esprime un interesse effettivamente comune a tutti: piuttosto essa si trova in condizione di imporre il proprio volere alla minoranza assente o dissenziente per consentire, attraverso il metodo collegiale, una gestione proficua delle parti o dei servizi comuni.

Ne è riprova almeno il fatto che, quando quella stessa gestione non sia in considerazione, ciascuno è legittimato a ripudiare (o scacciare da sé) gli effetti della deliberazione. Accade con riguardo alle innovazioni gravose o voluttuarie (art. 1120) come con riguardo alle liti (art. 1132).

Ma, come ho anticipato, neppure mi pare che sia possibile configurare un interesse superindividuale, distaccato dall'insieme di quelli dei singoli partecipanti.

Non frequenti sono al proposito i riferimenti rinvenibili nella giurisprudenza a tale riguardo.

Di quando in quando, si trova affermato che i poteri dell'assemblea condominiale possono invadere la sfera di proprietà dei singoli condomini, sia in ordine alle cose comuni sia a quelle esclusive, soltanto quando una siffatta invasione sia stata da loro specificamente accettata o in riferimento ai singoli atti o mediante approvazione del regolamento che la preveda, in quanto l'autonomia negoziale consente alle parti di stipulare o di accettare contrattualmente convenzioni

e regole pregresse che, nell'interesse comune, pongano limitazioni ai diritti dei condomini. Nel caso di specie, si escludeva così la nullità della delibera recante il diniego ad una condomina della installazione sul lastrico condominiale di un'antenna ricevente, promessa contrattualmente alla società locatrice del proprio appartamento esercente sistemi di navigazione satellitare, perché il regolamento condominiale di natura contrattuale vietava di destinare le unità abitative ad attività di impresa⁴². Analogamente, si sono ritenute viziato di nullità assoluta, rilevabile in ogni tempo, le delibere dell'assemblea di un condominio di esecuzione di opere, nell'interesse comune, anche sulle proprietà esclusive dei condomini senza il loro consenso - e pur se i lavori sono urgenti e necessari, perché, se vi è contestazione, è il giudice che deve decidere - e la conseguente delibera di ripartizione delle spese derivatene⁴³.

Si deve tuttavia segnalare come nella giurisprudenza sia abbastanza frequente il riferimento al sindacato giudiziale delle delibere assembleari sotto il profilo dell'eccesso di potere, ben noto non solamente al diritto amministrativo ma pure al diritto societario (dal quale non così frequentemente come si potrebbe immaginare si ritraggono insegnamenti in tema di illegittimità delle deliberazioni dell'assemblea condominiale, forse anche perché la sezione competente a conoscere di condominio non è quella che si occupa di diritto societario).

Come si vedrà, tuttavia, quel riferimento non può essere letto come se si ritenesse configurabile un interesse superindividuale e distinto, assimilabile in qualche misura all'interesse pubblico sul quale il giudice amministrativo parametrerà il proprio controllo sull'eccesso di potere. Si tratta piuttosto di sindacare, per quel tramite, l'abuso perpetrato dalla maggioranza in danno alla minoranza dei condòmini.

In linea generale, l'orientamento della Corte di legittimità è nel senso, infatti, che il sindacato dell'autorità giudiziaria sulle deliberazioni condominiali non possa estendersi «alla valutazione del merito ed al controllo del potere discrezionale che l'assemblea esercita quale organo sovrano della volontà dei condòmini»⁴⁴ (nella specie, si lamentava «l'inutilità e l'irrazionalità» dei lavori di manutenzione straordinaria approvati dall'assemblea). Pertanto si è ritenuta legittima – durante la vigenza della disciplina antecedente alla novella del 2012 – la decisione di respin-

⁴² Cass., sent. 14 dicembre 2007, n. 26468, *Imesa S.p.a. c. PEG S.r.l.*

⁴³ Cass., sent. 30 dicembre 1997, n. 13116, *Condominio Terminillo Residence Excelsior c. Marrocchi*.

⁴⁴ Cass., sent. 20 aprile 2001, n. 5889, *De Barbieri c. Condominio corso Firenze 8*, Genova; in *Rass. loc.*, 2002, 279, con nota di De Tilla e in *Riv. giur. ed.*, 2001, I, p. 809.

gere la proposta di una condomina di aprire un conto corrente intestato al condominio per il deposito delle somme ricevute dall'amministratore⁴⁵ e si è precisato che l'ambito del sindacato giudiziale sulle delibere condominiali non comprende le «censure inerenti la vantaggiosità della scelta operata dall'assemblea sui costi da sostenere nella gestione delle spese relative alle cose ed ai servizi comuni»⁴⁶.

Quel sindacato è ammesso invece solamente quando si tratti di accertare «un danno effettivo e grave a cose o servizi comuni»⁴⁷.

In dottrina, simile orientamento trovasi sostanzialmente condiviso⁴⁸. Il riferimento all'eccesso di potere – pur rinvenibile qua e là nelle motivazioni delle sentenze e in qualche contributo della giurisprudenza teorica – appare da questo punto di vista in sostanza poco corretto⁴⁹. Come si è già detto, immaginare infatti lo sviamento della deliberazione rispetto alla funzione cui essa è tipicamente preordinata presupporrebbe l'individuazione di un interesse collettivo facente capo alla totalità degli appartenenti all'edificio, tale da potersi mantenere distinto da quello di ciascuno a godere delle cose comuni e di fruire dei servizi nella maniera più proficua. Spetta tuttavia proprio alla maggioranza stabilirne liberamente le modalità, i costi e i tempi.

Esistono, non lo si può disconoscere, ipotesi nelle quali l'esercizio di tale potere – potendo ridondare non già in un pregiudizio per le cose e i servizi comuni, quanto piuttosto in un possibile abuso nei confronti della minoranza – viene

⁴⁵ Cass., sent. 20 giugno 2012, n. 10199, *Cottino c. Condominio via Casalis 42, Torino*; in *Arch. loc.*, 2012, p. 516.

⁴⁶ Cass., ord. 17 agosto 2017, n. 20135, *P. c. C.*: con riguardo a questa decisione, va osservato che il riferimento al sindacato sulla deviazione della causa della deliberazione medesima «dal suo modo di essere» – ivi rinvenibile in motivazione e riprodotto nella massima – costituisce un chiaro ed evidente *obiter dictum*; in senso conf. Cass., ord. 13 maggio 2022, n. 15320, *D.F. ed altra c. Condominio omissis*; in *Arch. loc.*, 2022, 344 ss. e in *Riv. giur. ed.*, 2022, I, 771.

⁴⁷ Cass., 14 ottobre 2008, n. 25128, *Fariello c. Condominio residence Due Laghi via Volta 15, Tenno*; in *Vita not.*, 2009, 323; Cass., ord. 25 febbraio 2020, n. 5061, *T. c. C.*; Cass., ord., 4 febbraio 2021, n. 2636, *D. c. M.*

⁴⁸ GRECO, *Della proprietà*, in *Comm. Utet*, 2^a ed., Torino, Torino, 1968, p. 314; FRAGALI, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, fond. da Cicu e MESSINEO, III, 1983, p. 390 e da ultimo TRIOLA, *Il condominio*, 2^a ed., Milano, 2024, p. 404 ss.

⁴⁹ Cass., 14 ottobre 2008, n. 25128, cit., giustamente censurava l'accostamento al vizio di eccesso di potere con il sindacato sulla sussistenza di un pregiudizio concreto alle cose e ai servizi comuni, giacché in alcun modo rileva «la corretta ponderazione dei motivi sottesi all'esercizio di una discrezionale pubblica funzione potestativa».

legislativamente delimitato. Si tratta anzitutto delle deliberazioni che approvano innovazioni tali da comportare una spesa molta gravosa o che abbiano carattere voluttuario rispetto alle particolari condizioni e all'importanza dell'edificio: in questi casi, il rimedio approntato consiste – com'è noto – nell'esonero da qualsiasi contributo nella spesa di quei condomini che non intendano trarne vantaggio, se trattasi di opere o manufatti suscettibili di utilizzazione separata, ovvero nel divieto di realizzarle, sempre che la maggioranza che le ha approvate non accetti di sopportarne integralmente la spesa (v. art. 1121 c.c.).

Analogamente, al condomino, che non condivida la scelta della maggioranza di promuovere una lite o di resistervi, è consentito di separare la propria responsabilità in ordine alle conseguenze della lite per il caso di soccombenza (art. 1132).

Immaginare di estendere simili previsioni oltre i confini loro assegnati dal legislatore appare difficilmente giustificabile perché significherebbe in sostanza distorcere quella regola di maggioranza sulla quale si regge l'intera disciplina del condominio negli edifici.

4. Sull'applicazione di alcune regole del diritto societario alle deliberazioni dell'assemblea condominiale.

Proprio in ragione di tale regola, e pur in assenza di un interesse superindividuale facente capo alla collettività dei condòmini, sembra possibile immaginare di applicare alla disciplina condominiale alcune norme dettate per il diritto societario (specie per quanto riguarda la validità delle deliberazioni dell'assemblea).

Per taluni versi, la novella del 2012 avrebbe potuto – e sarebbe stata una scelta quanto mai opportuna – trarre ispirazione da quelle regole, di ordine tuttavia esclusivamente procedurale, che il diritto societario riformato aveva introdotto. Mi riferisco anzitutto alla limitazione quanto al potere di impugnare, riguardanti il possesso di un minimo di azioni aventi diritto di voto (v. art. 2377, comma 3): sarebbe stato probabilmente conveniente denegare la legittimazione a proporre l'azione ai condomini quando essi non siano titolari di un numero minimo di millesimi, fermo restando il loro diritto al risarcimento del danno loro arrecato dall'illegittimità della delibera. Si sarebbero così scoraggiate quelle azioni esperite non di rado più che altro per rallentare l'esecuzione di opere da parte di condòmini che magari possiedono nell'edificio solamente un'autorimesa o uno scantinato.

Altrettanto opportunamente si sarebbe potuto chiarire – secondo quanto stabilisce lo stesso art. 2377, comma 5, n. 3 – che l'incompletezza o l'inesattezza del

verbale non consenta l'annullamento della delibera, quando non sia tale da impedire l'accertamento del contenuto, degli effetti e della validità della deliberazione.

Inoltre, sarebbe stato più che mai appropriato precludere l'accoglimento della domanda di annullamento della delibera tutte le volte in cui questa fosse stata sostituita con altra presa in conformità della legge e del regolamento, dovendo il giudice pronunciarsi in tal caso solamente sulle spese di lite (v. ancora l'art. 2377, comma 8)⁵⁰. Personalmente crediamo poi che, nell'ipotesi contraria – in cui l'assemblea abbia cioè a riprodurre nella sostanza una deliberazione già annullata definitivamente in sede giurisdizionale o arbitrale – vada applicata in via analogica l'art. 21-*septies* della l. 7 giugno 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo, di guisa che la violazione del giudicato importi la nullità della deliberazione medesima.

Più che mai conveniente sarebbe stata la scelta di prevedere – secondo quanto stabilisce l'art. 2379 c.c. in tema di deliberazioni societarie – che in caso di mancata convocazione dell'assemblea, di mancanza del verbale o di impossibilità o illiceità dell'oggetto, al giudice non fosse consentito accertare la nullità della decisione assembleare quando fossero trascorsi tre anni dalla trascrizione nel registro tenuto dall'amministratore, evocato all'art. 1130, n. 7 e all'art. 1136, comma 7.

Analogamente, sarebbe stato utile prevedere che la convocazione a partecipare all'assemblea non si considera mancante nel caso di irregolarità dell'avviso, se questo sia idoneo a consentire a coloro che hanno diritto di intervenire di essere preventivamente avvertiti della convocazione e della data dell'assemblea (v. art. 2379, comma 3) e, ancor più, precludere l'impugnazione della deliberazione per mancata convocazione al condomino che anche successivamente avesse dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell'assemblea (art. 2379-*bis*).

Vi è solamente un profilo di merito che sarebbe stato certamente appropriato disciplinare, ispirandosi ancora alle regole societarie: quello riguardante il conflitto di interessi tra le posizioni di singoli condomini rispetto a quelle degli altri partecipanti all'edificio. Al proposito, va ricordato che alcune decisioni, valendosi dell'analogia, applicano (correttamente) in ogni caso l'art. 2373 – in cui il con-

⁵⁰ Si è ritenuto giustamente che tale regola possa essere applicata in via analogica alle deliberazioni dell'assemblea di condominio: Cass., ord. 11 agosto 2017, n. 20071, *A.M. c. An.Gi. ed altri.*; Trib. Bari, sent., 19 maggio 2016, n. 2740, *T.M. ed altri c. Condominio di corso omissis*, in *Dejure*; Trib. Torino, sent. 1° aprile 2014, *T.A. ed altri c. Condominio di via omissis*, in *Arch. loc.*, 2015, p. 320.

flitto si manifesta al momento dell'esercizio del potere deliberativo e consiste nel contrasto tra l'interesse proprio del partecipante al voto e quello della collettività – e superano così la disciplina generale della rappresentanza, ove invece il conflitto si manifesta al momento dell'esercizio del potere rappresentativo e si fonda sul contrasto tra l'interesse personale del rappresentato e quello, pure personale, del rappresentante⁵¹.

Oltre questi confini appare oltre modo difficile estendere alla compagine condominiale regole e metodi tipici dei rapporti societari giacché il condominio in altro non consiste che nell'utilizzo di cose e nella fruizione di servizi comuni da parte dei titolari delle proprietà esclusive ubicate nell'edificio, ossia nell'attività di godimento che caratterizza la proprietà. Solamente in questo senso, come si è detto, è quindi consentito esercitare un sindacato, da parte dell'autorità giudiziaria alla quale sia impugnata la deliberazione, quando si lamenti che l'attuazione di questa possa arrecare un danno effettivo e grave a quelle stesse cose o a quegli stessi servizi comuni.

Manca invece del tutto l'esercizio da parte dei condomini di un'attività comune, come fa difetto l'intento di realizzare uno scopo comune: l'unico scopo che ciascuno di essi ha di mira è conseguire il massimo godimento delle cose e dei servizi comuni, scopo che ben lungi dall'essere condiviso con gli altri partecipanti, è invece oggetto di contrapposizione e di potenziale conflitto tra loro.

Da segnalare finalmente è una recentissima decisione di legittimità che va in senso diametralmente opposto con quanto abbiamo detto sin qui⁵². Nella specie, alcuni condomini chiedevano di annullare la delibera dell'assemblea, con la quale era stato determinato il compenso dell'amministratore, che essi lamentavano «eccessivo, sproporzionato e irragionevole». Vi si afferma che il giudice del merito sia tenuto ad estendere il proprio sindacato oltre la semplice legittimità, dovendo valutare se la deliberazione abbia effettivamente «realizzato l'interesse della compagine condominiale» o se, al contrario, sia diretta a realizzare finalità differenti, per arrecare un vantaggio all'amministratore e un pregiudizio ai condòmini.

La sommarietà della motivazione – che neppure si dà pena di considerare i (non pochi e unanimi) precedenti difformi – può condurre ad escludere di trovarsi davanti a un *overruling*, quanto piuttosto a un *hard case* (il compenso

⁵¹ Cass., ord. 25 gennaio 2018, n. 1853, *C.G. ed altri c. Condominio* omissis; Cass., ord. 13 novembre 2020, n. 25680, *B.L. c. Condominio* omissis; in *Arch. loc.*, 2021, p. 51.

⁵² Cass., ord. 16 marzo 2023, n. 7615, *C.I.D.A. S.r.l. e altri c. Condominio* omissis.

previsto per l'amministratore probabilmente risultava del tutto spropositato rispetto ai livelli medi del mercato), *hard case* che, come si sa, «*makes bad law*»⁵³.

⁵³ L'espressione trovasi utilizzata, per la prima volta, da Lord WYNFORD in *Hodgens v. Hodgens* 4 CI Fin. 323 (1837) a p. 378: una madre assai benestante rifiutava di mantenere i due figli, allegando di non esservi tenuta dalla legge. L'applicazione della "law of God and nature", che pur avrebbe rimesso a posto le cose, fu evitata perché le corti "have to decide this case according to the law" (i.e. del diritto vigente). V. pure BARON ROLFF nella celebre *Winterbottom v. Wright* 10 M.& W. 109 (1842) a p. 116: "it is, no doubt, a hardship upon the plaintiff to be without a remedy, but, by that consideration, we ought not to be influenced. Hard cases, it has been frequently observed, are apt to introduce bad law" e soprattutto O.W. HOLMES jr. in *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904) a p. 400 s.: "Great cases, like hard cases, MAKE bad law. For great cases are called great, not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment. These immediate interests exercise a kind of hydraulic pressure which MAKES what previously was clear seem doubtful, and before which even well settled principles of law will bend".

LA BUONA FEDE OGGETTIVA

Luca Nanni*

Sommario: 1. L'iniziale atteggiamento di chiusura verso l'utilizzo della clausola generale di buona fede. - 2. La successiva affermazione del ruolo centrale della buona fede nella disciplina del contratto. - 3. Dal consenso generalizzato al dubbio manifestato su alcune applicazioni. - 4. Gli spunti offerti da una sentenza della Corte di Costituzionale

1. L'iniziale atteggiamento di chiusura verso l'utilizzo della clausola generale di buona fede.

È noto che al dovere posto dall'art. 1375 c.c., di eseguire il contratto secondo buona fede, inizialmente la giurisprudenza e parte della dottrina hanno dato scarsa importanza, soprattutto negando che la buona fede contrattuale possa costituire una fonte di integrazione del contratto.

Indicativa di questo atteggiamento è la massima espressa da una delle prime sentenze di legittimità chiamata ad applicare questa norma, nel 1963¹:

«il dovere generico di lealtà e correttezza ... può costituire solo un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento. Detto dovere non vale a creare,

* Professore ordinario di diritto privato nell'Università di Genova.

¹ Cass., 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro it.*, 1963, I, c. 1768 e in *Foro pad.*, 1964, I, p. 1283, con nota di RODOTÀ, *Appunti sul principio di buona fede*. La massima è stata poi ripetuta negli anni seguenti: si vedano per esempio Cass., 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Riv. Dir. Comm.*, 1982, II, p. 167; Cass., 21 novembre 1983, n. 6933, in *Foro it.*, 1984, I, c. 456.

per sé stesso, un diritto soggettivo ... quando tale diritto non sia riconosciuto da un'espressa disposizione di legge. Pertanto, un comportamento contrario ai doveri di lealtà, di correttezza e di solidarietà non può essere reputato illegittimo e colposo, né può essere fonte di responsabilità per danni quando non concreti la violazione di un diritto altrui già riconosciuto in base ad altre norme». Mentre, nella dottrina, era diffusa l'idea che il dovere in parola, e quello analogo di correttezza previsto dall'art. 1175 c.c., non avessero un rilievo normativo autonomo².

Nell'indicare le cause di questo atteggiamento, innanzi tutto è stato valorizzato il dato positivo ed in particolare la scelta di inserire il dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede in un articolo del codice civile, il 1375, che sebbene collocato immediatamente dopo, è comunque autonomo rispetto all'articolo 1374, dedicato all'integrazione del contratto. Ciò ha indotto a pensare che il dovere di buona fede, intervenendo nella fase di esecuzione, non contribuisca alla determinazione del regolamento contrattuale, che logicamente precede l'esecuzione³. Inoltre, hanno avuto certamente un peso anche la diffidenza verso l'uso delle clausole generali, difficilmente prevedibili quanto alla loro applicazione nei casi concreti, ed il timore che, inserendo, nel regolamento contrattuale, doveri e divieti non previsti dalle parti, sarebbe risultata lesa la loro autonomia contrattuale, in un contesto, soprattutto giurisprudenziale, ancora permeato dal dogma della volontà e che vedeva perciò come del tutto eccezionale un intervento che potesse integrare il contenuto del contratto.

È certamente da individuare nell'opera di Rodotà⁴ lo stimolo verso un atteggiamento diverso, che porti a non considerare l'integrazione come un attentato all'autonomia privata, alla quale è pur sempre rimessa la scelta di concludere il contratto, la scelta del tipo e la determinazione del contenuto. L'integrazione serve invece a creare il necessario coordinamento fra l'autonomia privata e i valori espressi dall'ordinamento, fra i quali, in particolare, assume fondamentale rilevan-

² MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, p. 358 e 417; PASTERIS, voce *Correttezza*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, p. 856.

³ In questo senso, Cass., 9 aprile 1987, n. 3480, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, p. 1609: «l'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede non riveste attitudine integrativa rispetto alle determinazioni delle parti in quanto, operando solo nel momento esecutivo, presuppone un regolamento di interessi già definito».

⁴ Soprattutto con *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969. Si vedano le riflessioni di BENEDETTI e GRONDONA su questa opera apparse nel 2019 in *Politica del diritto*, p. 83, e ivi, pag. 125, PESCE, *Gli itinerari della buona fede secondo Rodotà*.

za il dovere di solidarietà sociale espresso dall'art. 2 della Costituzione. In questo modo non si consegnano le parti all'arbitrio del Giudice, la cui valutazione deve trovare pur sempre un chiaro ancoraggio legislativo. In tal senso, un ruolo determinante può svolgerlo la tipizzazione dei casi nei quali si può ravvisare violazione della clausola generale di correttezza e buona fede, così come – negli stessi anni nei quali scrive Rodotà – sta avvenendo con la clausola generale di ingiustizia del danno ai fini dell'applicazione dell'art. 2043 c.c.: individuare ipotesi tipiche di violazione della buona fede, condivise dagli interpreti, significa infatti fondare i giudizi su basi solide e prevedibili, eliminando l'incognito. In tal senso, è emblematico constatare come nel clima di diffidenza e finanche di rifiuto della clausola generale di buona fede, sopra evocato, si continuasse, frequentemente e da decenni, ad applicare l'ipotesi ormai ampiamente tipizzata di violazione della buona fede precontrattuale (art. 1337 c.c.), costituita dal recesso abusivo dalla trattativa⁵.

2. La successiva affermazione del ruolo centrale della buona fede nella disciplina del contratto.

Grazie all'opera di Rodotà e alla consapevolezza assunta dai giudici sul loro ruolo nel governo dell'autonomia privata, oggi la situazione può dirsi capovolta, in quanto si assiste ad un uso ampissimo della buona fede, al punto che fra gli interpreti si è fatta strada l'esigenza opposta, di contenere il ricorso la clausola generale qui in esame nei giusti limiti, com'è stato dimostrato dai commenti a sentenze delle quali si dirà nel successivo paragrafo, che hanno suscitato più critiche che consensi.

Che ciò dipenda anche dalla maggiore consapevolezza del ruolo assunto dal giudice può ricavarsi da una constatazione: spesso è il giudice più autorevole, quello di legittimità, a dimostrare maggiore apertura verso l'utilizzo della clausola generale di buona fede, come è dimostrato da vicende giudiziarie (delle quali si dirà in seguito), dove l'istanza fondata sulla buona fede contrattuale, rigettata in primo e in secondo grado, è stata poi accolta dalla Corte di Cassazione. Ed emblematica, rispetto a questo ruolo di guida assunto dai giudici di legittimità verso una maggiore apertura nei confronti della buona fede oggettiva, è l'inusuale critica rivolta da una sentenza del Supremo Collegio⁶ alla Corte territoriale, per

⁵ Teorizzata da FAGGELLA, *Il fondamento giuridico della responsabilità in tema di trattative contrattuali*, in *Arch. civ.*, 1909, p. 128 e negli anni successivi recepita dalla giurisprudenza: per esempio Cass., 6 febbraio 1925, in *Riv. dir. comm.*, 1925, II, p. 428.

⁶ Cass., 24 aprile 2015, n. 8412.

avere deciso a favore di un assicuratore una vicenda nella quale l'assicurato lamentava l'omessa informazione sugli elevati costi di gestione delle polizze che aveva sottoscritto nel 2000, sentendosi rispondere dall'assicuratore che tale informazione non rientrava fra quelle che secondo la normativa applicabile egli era tenuto a fornire. Nella motivazione della sentenza, addirittura la Corte di Cassazione ricorda al giudice di merito l'esistenza del codice civile: «all'epoca della stipula delle polizze oggetto del presente giudizio era in vigore, da 58 anni, il codice civile. Il codice civile contiene gli articoli 1175, 1176, 1337 e 1375 c.c. Queste norme, ovviamente già nel 2000, imponevano all'assicuratore prima della stipula del contratto: - di informare il contraente sui costi e sulla redditività della polizza; - di fornire informazioni esaustive; - di fornire informazioni utili; - di fornire informazioni chiare».

Va precisato però che l'ampio utilizzo odierno della buona fede contrattuale dev'essere ridimensionato, tenendo conto che spesso viene ricondotto a tale clausola generale l'osservanza di doveri espressamente previsti dalla legge. Per esempio, è frequente il richiamo alla buona fede per valutare la condotta del prestatore d'opera che rinuncia all'incarico creando difficoltà al cliente, sebbene vi sia la previsione espressa dell'art. 2237, comma 3 c.c., secondo cui il prestatore d'opera non deve recedere con modalità tali da recare pregiudizio al cliente.

Inoltre, a volte si trovano enunciazioni di principio da parte della Corte di Cassazione che non si sa se si tradurranno in applicazioni concrete, perché normalmente la buona fede viene valorizzata dalla Corte di legittimità per contrasto con l'atteggiamento di chiusura manifestato dal giudice di merito: significa che il ricorso per cassazione viene accolto, ma l'accoglimento è fondato sull'enunciazione del principio di diritto che valorizza il ruolo della buona fede; ad esso fa seguito il rinvio alla Corte di merito, dove non è detto che il principio di diritto si tradurrà nell'accoglimento della domanda fondata sulla buona fede, potendo il giudice del rinvio giungere comunque alla conclusione che non vi è stata violazione di tale dovere, neppure se inteso nell'accezione più ampia postulata dalla Corte di Cassazione.

Ciò premesso, può osservarsi che dopo l'iniziale diffidenza, di cui si è detto, la buona fede contrattuale ha assunto un ruolo determinante soprattutto quale fonte di integrazione del contratto, in una duplice modalità: potendo consentire di affermare che⁷ a) il contratto obbliga a fare anche ciò che non è espressamente

⁷ Come evidenziato da GALGANO, *Trattato di diritto civile*, IV ed., Padova, 2023, vol. II, p. 340.

previsto, se è la buona fede ad imporre il dovere; b) il contratto vieta di fare anche ciò che non è espressamente vietato, se è la buona fede ad imporre il divieto.

Per quanto riguarda il profilo sub a), vengono in considerazione soprattutto i doveri di informazione, come evidenziato dalla sentenza precedentemente citata riguardante il rapporto fra l'assicuratore e l'assicurato.

Altre recenti pronunce si sono occupate del medesimo dovere in capo al notaio. Una⁸ ha ravvisato la violazione del dovere di buona fede contrattuale nella condotta del notaio che aveva rifiutato (non essendo formalmente tenuto) di fornire i dati anagrafici dell'acquirente di un'autovettura: dati richiesti dal venditore (che probabilmente li aveva smarriti) perché l'acquirente non aveva eseguito la voltura dell' intestazione dell'autoveicolo e il venditore si trovava costretto a continuare a pagare le tasse automobilistiche. Un'altra⁹ ha ravvisato la medesima violazione nella condotta del notaio che aveva inserito in quattro atti di vendita immobiliare, conclusi fra le stesse parti in circa un anno di tempo, la clausola di rinuncia del venditore all'ipoteca legale, in una situazione nella quale era previsto in ogni vendita che l'acquirente non avrebbe pagato il prezzo al momento della stipula e dove ogni volta l'acquirente aveva immediatamente svenduto ad altri ciascun immobile appena acquistato con atto rogato dallo stesso notaio, così rendendosi nullatenente. Anche in questo caso vi era stata una difesa formale del notaio, il quale, come risultava negli atti di vendita, aveva sempre reso edotto il venditore di ciò che avrebbe comportato la rinuncia all'ipoteca legale; ma a tale difesa la Corte di Cassazione ha risposto osservando come la peculiarità della situazione, conosciuta dal notaio, imponeva ben altra condotta da parte sua, in osservanza al dovere di buona fede contrattuale, rispetto al formale ed astratto richiamo alle conseguenze della rinuncia all'ipoteca.

Quanto al profilo sub b), secondo il quale il contratto può vietare di fare anche ciò che non è espressamente vietato, se è la buona fede ad imporre il divieto, viene in considerazione soprattutto il noto caso Fiuggi, deciso da un'illuminata pronuncia della Corte di Cassazione¹⁰ che ha giudicato una vicenda nella quale l'Ente Fiuggi, affittuario dell'azienda del Comune di Fiuggi produttrice della nota acqua minerale, aveva convenuto col Comune un affitto che sarebbe negli anni aumentato in proporzione all'aumento del prezzo di vendita dell'acqua imbottigliata. Era accaduto però che nonostante l'inflazione di quegli anni ed il sensibile aumento del prezzo di vendita al dettaglio delle bottiglie, l'affittuaria continuava a corrispondere al Co-

⁸ Cass., 13 febbraio 2020, n. 3694, in *onelegale*.

⁹ Cass., 4 marzo 2022, n. 7185, in *onelegale*.

¹⁰ Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566, con nota di CARBONE.

mune lo stesso importo. Alla richiesta di spiegazione del Comune, la risposta era stata che l'acqua imbottigliata non veniva immessa sul mercato, ma venduta ad una Società del medesimo gruppo dell'Ente Fiuggi, che la immetteva sul mercato; poiché il prezzo di vendita alla Società del gruppo era rimasto immutato negli anni, nessun aumento era dovuto al Comune. L'azione promossa da quest'ultimo fu respinta dai giudici di merito, i quali osservarono che nessuna clausola vietava all'affittuaria di vendere ad una Società del gruppo, anziché immettere direttamente le bottiglie sul mercato. Chiamata a decidere la controversia, la Corte di Cassazione osservò che

«il mezzo ripropone questioni già ampiamente dibattute nel giudizio di merito e relativamente alle quali la Corte di Appello sintetizza, conclusivamente, il proprio pensiero, con la proposizione che segue: in definitiva, poiché dai patti contrattuali non è consentito dedurre alcun diritto in capo al Comune a che l'Ente Fiuggi aumentasse il prezzo di vendita in fabbrica delle bottiglie per adeguarlo alla svalutazione della moneta, né è lecito argomentare, in presenza di specifica pattuizione che attribuisce all'Ente stesso piena libertà principalmente nel fissare i prezzi di vendita, su pretesi comportamenti attuati in spregio delle regole della correttezza e della buona fede, la domanda va rigettata, in quanto del tutto sfornita di fondamento». In conseguenza dell'impostazione data al problema, il pensiero della Corte d'Appello espresse la tradizionale difesa del principio volontaristico: la Società non avrebbe avuto l'obbligo di aumentare il prezzo di vendita delle bottiglie dal produttore al distributore per adeguarlo alla svalutazione, in modo da consentire analogo adeguamento del canone dovuto al Comune, perché nessun obbligo in tal senso era previsto in contratto; mentre ogni diversa considerazione improntata al rispetto del canone di correttezza contrattuale avrebbe finito con l'introdurre un dovere laddove le parti avevano previsto la piena libertà d'azione, o, se si preferisce, avrebbe compresso la libertà d'azione voluta dalle parti.

Ben diverso è l'atteggiamento della Corte di Cassazione, la quale osservò che:

«ammesso che la legge pattizia attribuisca davvero all'Ente Fiuggi "piena libertà" nel determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, essa non potrebbe, comunque, ritenersi svincolata dall'osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato

(art. 2 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina integrativamente il contenuto o gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientarne l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio». Di qui la censura della sentenza di merito, la quale era stata pronunciata «sotto l'influsso, evidente, di persistenti diffidenze verso il principio in esame, ancorché denunciate dalla dottrina con particolare vigore a partire dai primi anni sessanta e in parte rimosse dalla giurisprudenza più recente».

È interessante notare che un caso pressoché analogo, nel quale pure era stata utilizzata l'interposizione di una Società del gruppo per eludere una previsione contrattuale, si è ripresentato alcuni anni dopo. Infatti, una Società produttrice di olio aveva attribuito ad altra Società l'esclusiva per la vendita dei suoi prodotti in Libia, con l'esplicito impegno della prima a non vendere il suo prodotto nel territorio senza il consenso della seconda. Era emerso però che era stata effettuata una vendita da parte di una Società controllata al 95,5% dalla produttrice e che, per la vendita, era stata utilizzata la stessa nave usata dalla produttrice prima di attribuire l'esclusiva alla sua nuova distributrice, che era stato fissato lo stesso prezzo prima praticato dalla produttrice e che era stata la stessa produttrice a fornire la garanzia richiesta dall'acquirente. Ebbene, prima la Corte d'Appello¹¹ e poi la Corte di Cassazione¹² hanno ritenuta fondata la domanda della distributrice fondata sulla violazione della buona fede contrattuale, respingendo quindi il tentativo della produttrice di invocare il rispetto formale del contratto, che non vietava le vendite compiute da una Società terza; tuttavia, nessuna delle due decisioni ha citato il fondamentale precedente costituito dal caso Fiuggi. Il che sta evidentemente a significare che la valorizzazione del canone di buona fede è entrata nella mentalità delle Corti, dove non ha più bisogno ormai di fondarsi sul richiamo ai precedenti giurisprudenziali.

3. Dal consenso generalizzato al dubbio manifestato su alcune applicazioni.

Pur in un contesto di generale condivisione verso un utilizzo della clausola generale di buona fede adeguato alla sua importanza ed utilità, non sono mancati però dei casi nei quali sono stati manifestati seri dubbi, ispirati fondamentalmente

¹¹ App. Lecce, 18 novembre 2013, in *Foro it.*, 2014, I, c. 253.

¹² Cass., 7 marzo 2022, n. 7358, in *onelegale*. Si veda, sulla sentenza, PIRAINO, *Sull'esecuzione del contratto secondo buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, I, p. 173.

dall'esigenza di individuare non solo le potenzialità applicative, ma pure i limiti alla sua operatività.

La nota sentenza della Corte di Cassazione sull'abuso del diritto nel caso Renault¹³ costituisce forse il caso più dibattuto¹⁴.

La vicenda è nota¹⁵: Renault Italia esercitò nei confronti di numerosi concessionari il diritto, a lei spettante in base ai contratti di concessione di vendita, di recesso *ad nutum* da tali contratti. Emerse che la sua decisione non era motivata da insoddisfazione sull'operato dei concessionari, bensì dalla scelta strategica di favorire l'uscita di numerosi dirigenti, per ragioni di contenimento dei costi fissi, con l'incentivo a loro dato dalla promessa di affidamento di una concessionaria. I destinatari del recesso si coalizzarono in un'associazione e promossero il giudizio nel quale lamentarono l'abuso del diritto di recesso da parte di Renault Italia. Come già nel caso Fiuggi, la domanda fu rigettata dai giudici di merito; questa volta, però, non sulla base del pregiudizio manifestato dalla giurisprudenza nei primi anni successivi al codice civile, bensì con argomenti che effettivamente mettono l'interprete di fronte al problema concreto della individuazione dei limiti entro i quali la buona fede può operare. In particolare, la Corte d'Appello⁽¹⁶⁾ aveva formulato, fra le altre, queste obiezioni: «... 2) la previsione contrattuale del recesso ad nutum dal contratto non consente, quindi, da parte del giudice, il sindacato su tale atto, non essendo necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere, perchè un tale potere rientra nella libertà di scelta dell'operatore economico in un libero mercato; 3) La Renault Italia non doveva tenere conto anche dell'interesse della controparte

¹³ Cass., 18 settembre 2009, n. 20106.

¹⁴ Basti, a tale riguardo, ripetero le parole di GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311: «un motivo di grande stupore (ma non l'unico) è lo spropositato numero di commenti, spesso critici, non di rado fortemente ostili, con i quali alcune riviste giuridiche italiane hanno accolto la sentenza della Cassazione sull'abuso del diritto di recesso del concedente nel contratto di concessione di vendita di autovetture».

¹⁵ Ed è stata riferita da Galgano (difensore dei concessionari revocati dalla Renault nel giudizio sfociato nella decisione in commento) nel contributo citato nella nota precedente. A giustificazione del suo intervento Galgano riferisce di avere constatato che molte critiche alla sentenza della Corte di Cassazione sembravano dovute ad una non completa conoscenza della vicenda, a sua volta determinata dalla scarsa ricostruzione del fatto nella sentenza della Corte di Cassazione.

¹⁶ Come può leggersi nella motivazione della sentenza della Corte di Cassazione; i brani fra virgolette sono quindi ripresi, nella sentenza della Corte di Cassazione, dalla sentenza della Corte d'Appello.

o di interessi diversi da quello che essa aveva alla risoluzione del rapporto ... 7) “Il mercato, concepito quale luogo della libertà di iniziativa economica (garantita dalla Costituzione), presuppone l’esistenza di soggetti economici in grado di esercitare i diritti di libertà in questione e cioè soggetti effettivamente responsabili delle scelte d’impresa ad essi formalmente imputabili. La nozione di mercato libero presuppone che il gioco della concorrenza venga attuato da soggetti in grado di autodeterminarsi”; 8) Alla libertà di modificare l’assetto di vendita, da parte della Renault Italia spa, conseguiva che il recesso *ad nutum* rappresentava, per il titolare di tale facoltà, il mezzo più conveniente per realizzare tale fine: non sussiste, quindi, l’abuso”; 9) La impossibilità di ipotizzare “un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di un atto normativo che specifichi come attuare tale astratta tutela”, produce, come effetto, quello della introduzione di «un controllo di opportunità e di ragionevolezza sull’esercizio del potere di recesso; al che consegue una valutazione politica, non giurisdizionale dell’atto”; 10) La impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e, particolarmente, “in ambito contrattuale in cui i valori di riferimento non sono unitari, ma sono addirittura contrapposti e la composizione del conflitto avviene proprio seguendo i parametri legali dell’incontro delle volontà su una causa eletta dall’ordinamento come meritevole di tutela” fa sì che «Solo allorché ricorrono contrasti con norme imperative, può essere sanzionato l’esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la più ampia libertà della autonomia privata». In sostanza, la Corte d’Appello aveva osservato che l’attribuzione a Renault Italia del potere di recesso *ad nutum* costituiva il risultato di un accordo liberamente negoziato e che la limitazione di tale potere avrebbe modificato i termini di tale accordo. A queste obiezioni la Corte di Cassazione risponde osservando che un controllo sull’atto di autonomia privata è pur sempre necessario, dovendosi comunque fare applicazione del canone di buona fede.

La decisione è stata quindi rimessa al giudice del rinvio, il quale¹⁷ ha sorprendentemente disatteso il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione, avendo ritenuto che si debba distinguere fra abuso del diritto di recesso *ad nutum* dal contratto, non ipotizzabile perché il controllo sulla motivazione del recesso renderebbe non libero un potere che è riconosciuto, appunto, *ad nutum*, e violazione della buona fede nell’esercizio del recesso, ipotizzabile in relazione alle modalità con le quali il recesso è stato posto in essere; e che il sindacato del giudice possa avere per oggetto solo nella seconda ipotesi.

¹⁷ App. Roma, 5 febbraio 2018, in *Onelegale*.

Un'altra discussa sentenza della Corte di Cassazione, più recente, è quella che riguarda un caso nel quale è stata ritenuta contraria a buona fede e, pertanto, respinta, la domanda di pagamento di un rilevante importo per canoni di locazione, senza che si fosse verificata la prescrizione, ma in base alla constatazione che dal 2004 al 2011 il locatore aveva ommesso di chiedere il pagamento dei canoni, dopo di che aveva formulato la richiesta di pagamento di tutti i canoni scaduti¹⁸.

La sentenza prende atto che, nel nostro ordinamento, un diritto di credito si perde per prescrizione, non invocabile nel caso di specie¹⁹, o per remissione del debito, anche attraverso un inequivoco comportamento²⁰, ma aggiunge che «indipendentemente dall'indagine sulla volontà di rinunciare al diritto o dal decorso del termine di prescrizione del medesimo, il repentino esercizio del diritto, dopo una situazione di durevole inerzia non altrimenti giustificata, può costituire esso stesso una violazione del principio di affidamento circa la oggettiva abdicazione». Dunque, in questo modo, sembra individuare un *tertium genus* di perdita del diritto di credito, difficilmente distinguibile però dai due sopra indicati, perché se nella condotta del creditore si ravvisa solo una non qualificata inerzia, dovrebbe applicarsi la regola secondo cui, finché il credito non è prescritto, può essere esercitato; se invece l'inerzia deve essere in qualche modo caratterizzata da elementi che giustifichino l'affidamento del debitore sulla rinuncia a esercitare il diritto, allora si ricade nella remissione per fatti concludenti. Di fronte a questa impasse, la motivazione inizia ad orientarsi verso una rinuncia per fatti concludenti, prima evidenziando, «peraltro ad abundantiam», la particolare situazione di fatto, nella quale vi era la locazione di un immobile appartenente a una Società avente una compagine familiare e il

¹⁸ Cass., 14 giugno 2021, n. 16743, in *Onelegale*. Più precisamente, il Tribunale aveva condannato il conduttore a pagare € 222.332,10; la Corte d'Appello ha ridotto la condanna ad € 63.375,00, ritenendo contraria a buona fede la richiesta dell'ulteriore importo fino ad € 222.332,10 e la Corte di Cassazione ha confermato la decisione della Corte d'Appello.

¹⁹ Si noti che sebbene fossero passati più dei cinque anni previsti dall'art. 2948, comma 1, n. 3 c.c., e pur evidenziandosi in più parti della motivazione l'inerzia del creditore, che pertanto certamente non aveva interrotto la prescrizione, la sentenza è motivata sul presupposto che non operasse detta prescrizione.

²⁰ Cass., 15 marzo 2004, n. 5240; Cass., 28 gennaio 2020, n. 1888: «il mero ritardo nell'esercizio del diritto, pur imputabile al titolare ed idoneo a far ritenere al debitore che il diritto non sarà più esercitato, non costituisce violazione della buona fede e non può essere causa di esclusione della tutela giudiziaria, salvo che dal ritardo possa desumersi una rinuncia tacita».

conduttore era il figlio. In seguito, riferisce che tra i soci erano insorti dei contrasti, probabilmente tali da indurre il padre a non consentire più al figlio di utilizzare un immobile della sua Società senza pagare nulla (si legge nella sentenza: «ciò che conta, in definitiva, è che la valutazione dell'atto teso a far rivivere l'obbligazione deve essere ricondotta alla "conflittualità" esistente tra le parti»). In questo modo la semplice inerzia diviene tolleranza, motivata dai rapporti esistenti fra i soci e interrotta quando i rapporti sono cambiati. Infine, la sentenza formula il principio di diritto secondo cui «in un contratto di locazione di immobile ad uso abitativo l'assoluta inerzia del locatore nell'escutere il conduttore per ottenerne il pagamento del corrispettivo sino ad allora maturato, protrattasi per un periodo di tempo assai considerevole in rapporto alla durata del contratto, e suffragata da elementi circostanziali oggettivamente idonei a ingenerare nel conduttore un affidamento nella remissione del diritto di credito da parte del locatore per *facta concludentia*, la improvvisa richiesta di integrale pagamento costituisce esercizio abusivo del diritto». Si tratta, dunque, di un principio di diritto che riporta il *decisum* al criterio di giudizio proprio della remissione tacita, sebbene nel caso di specie non vi fossero stati, da parte del creditore, dei *facta concludentia*, mentre vi era solamente una situazione oggettiva costituita da un rapporto familiare tra le parti.

La sentenza ha perciò ricevuto numerosi commenti critici²¹, anche in considerazione del fatto che ha lasciato senza risposta il quesito di fondo: se cioè una richiesta di pagamento accompagnata dalla disponibilità a concedere una dilazione sarebbe stata anch'essa ritenuta abusiva ed inammissibile.

4. *Gli spunti offerti da una sentenza della Corte di Costituzionale.*

Sebbene con riguardo ad un caso e ad uno scenario normativo ben diverso, la valutazione della condotta di chi improvvisamente pretende il pagamento di un credito, sorprendendo la buona fede del debitore, è stata successivamente com-

²¹ Si vedano, fra gli altri, i commenti di CALDORO, *Inerzia del creditore, affidamento, rilancio improvviso delle pretese creditorie. Di buona fede (militante), abuso e Verwirkung*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 91; D'AMICO, *Buona fede ed estinzione (parziale) del diritto di credito*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2021, I, p. 1164; MACARIO, *Fattispecie estintiva e buona fede nell'esercizio tardivo del diritto di credito*, *ivi*, p. 1171; Orlandi, *Ermeneutica del silenzio*, *ivi*, p. 1179; SCOGNAMIGLIO, *La Verwirkung (ed i suoi limiti) innanzi alla Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 1186; VETTORI, *Buona fede, abuso ed inesigibilità del credito*, *ivi*, 2022, I, p. 185; NANNA, *Prescrizione, Verwirkung e buona fede, tra certezza del diritto e prospettive di riforma*, in *Pactum*, 2022, p. 193.

piuta da una sentenza della Corte Costituzionale²², nel giudizio di legittimità dell'art. 2033 c.c., «nella parte in cui non prevede l'irripetibilità dell'indebito previdenziale non pensionistico (indennità di disoccupazione, nel caso di specie) laddove le somme siano state percepite in buona fede e la condotta dell'ente erogatore abbia ingenerato un legittimo affidamento del percettore circa la spettanza della somma percepita».

Nella motivazione viene ripercorsa la giurisprudenza della Corte EDU che:

«nell'ambito della ripetizione di indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici, ha dato corpo all'interpretazione dell'art. 1 Prot. addiz. CEDU, invocato dalle ordinanze in esame quale parametro interposto, volto a specificare la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.».

Si tratta della disposizione convenzionale secondo cui:

«ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni». Riferisce la sentenza che, facendone applicazione, «la Corte EDU ha ricondotto alla nozione di bene da tutelare anche la tutela dell'affidamento legittimo (“legitimate expectation”), situazione soggettiva dai contorni più netti di una semplice speranza o aspettativa di mero fatto (“hope”). In particolare, in una pluralità di casi ... concernenti indebiti retributivi e previdenziali erogati da soggetti pubblici, la Corte EDU ha specificato i presupposti che consentono di identificare un affidamento legittimo in capo al percettore della prestazione, che sia persona fisica, e ha individuato le condizioni che tramutano la *condictio indebiti* in un'interferenza sproporzionata nei confronti di tale affidamento. La Corte EDU ha individuato quali elementi costitutivi dell'affidamento legittimo: l'erogazione di una prestazione a seguito di una domanda presentata dal beneficiario che agisca in buona fede o su spontanea iniziativa delle autorità; la provenienza dell'attribuzione da parte di un ente pubblico, sulla base di una decisione adottata all'esito di un procedimento, fondato su una disposizione di legge, regolamentare o contrattuale, la cui applicazione sia percepita dal beneficiario come fonte della prestazione, individuabile anche nel suo importo; la mancanza di una attribuzione manifestamente priva di titolo o basa-

²² Corte cost., 27 gennaio 2023, n. 8, in *Giur. it.*, 2023, 5, p. 1026, nota di PAGLIANTINI. Si veda, sulla sentenza, D'AMICO, *Principi, clausole generali e regole nel processo di bilanciamento degli interessi (una pronuncia esemplare della Corte costituzionale)*, in *I Contratti*, 2023, p. 121.

ta su semplici errori materiali; un'erogazione effettuata in relazione a una attività lavorativa ordinaria e non a una prestazione isolata o occasionale, per un periodo sufficientemente lungo da far nascere la ragionevole convinzione circa il carattere stabile e definitivo della medesima; la mancata previsione di una clausola di riserva di ripetizione. L'identificazione di una situazione di *legitimate expectation* non importa, nondimeno, per ciò solo l'intangibilità della prestazione percepita dal privato. [...] Le censure della Corte EDU si appuntano, invece, sulla proporzionalità dell'interferenza, in quanto sede del bilanciamento di interessi fra le esigenze sottese al recupero delle prestazioni indebitamente erogate e la tutela dell'affidamento incolpevole. Nel compiere tale valutazione, la Corte EDU riconosce agli Stati contraenti un margine di apprezzamento ristretto, onde evitare che gravi sulla persona fisica un onere eccessivo e individuale, avuto riguardo al particolare contesto in cui si inquadra la vicenda [...] In particolare, fra le circostanze che influiscono sul carattere sproporzionato dell'interferenza si rinvergono le specifiche modalità di restituzione imposte al titolare dell'affidamento [...]; più in generale, rilevano l'omessa o l'inadeguata considerazione della fragilità economico-sociale o di salute dell'obbligato nell'esercizio della pretesa restitutoria (così nelle sentenze C., paragrafi 72 e 73; R., paragrafo 75; C., paragrafi da 87 a 89, e M., paragrafi 74 e 75); e, infine, ha una sicura incidenza la mancata previsione di una responsabilità in capo all'ente cui sia addebitabile l'errore (sentenze C., paragrafo 71, e C., paragrafo 80)».

La Corte passa poi a verificare se il nostro Ordinamento «delinea un quadro di tutele che, se adeguatamente valorizzato, supera ogni dubbio di possibile contrasto fra l'art. 2033 cod. civ. e l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato parametro convenzionale interposto». La risposta è positiva, tenendo conto, fra l'altro, del concetto di affidamento legittimo elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riguardo all'art. 1337 c.c., ed in particolare alla massima secondo cui chi recede da una trattativa senza giusta causa agisce in modo contrario alla buona fede oggettiva, se la trattativa è giunta ad uno stadio avanzato, tale da giustificare il legittimo affidamento nella conclusione del contratto²³. Osserva, a tale riguardo, la Corte Costituzionale:

«infatti, l'opera di specificazione effettuata dalla Corte EDU dà rilievo, innanzitutto, alla relazione fra le parti, e questo è tipico anche dell'art. 1337 cod. civ. In particolare, non vi è dubbio che, per ingenerare un legittimo affidamento in una

²³ Cass., 6 luglio 2023, n. 19202, in *Onelegale*.

prestazione indebita, non basti l'apparenza di un titolo posto a fondamento dell'attribuzione - titolo che deve comunque radicarsi in una disposizione di legge o di regolamento o in un contratto -, ma conta in primis il tipo di relazione fra solvens e accipiens. Ed è palese che un soggetto pubblico facilmente ingenera, nell'accipiens-persona fisica, una fiducia circa la spettanza dell'erogazione effettuata, non solo in ragione della sua competenza professionale, ma anche per il suo perseguire interessi generali. In ogni caso, neppure quanto detto sopra è sufficiente a delineare un affidamento, poiché *ex fide bona* rilevano sempre le circostanze concrete. [...]. In definitiva, si deve ritenere che la consonanza fra gli elementi evidenziati dalla giurisprudenza della Corte EDU e la tipologia di criteri cui può dare rilevanza la buona fede oggettiva a fondamento di un affidamento legittimo, ove riferito al contesto della spettanza di una prestazione indebita, confermi che l'interesse protetto dalla CEDU, come ricostruito dalla Corte EDU, può trovare riconoscimento, nel nostro ordinamento, dentro la cornice generale della buona fede oggettiva»

La Corte Costituzionale passa quindi a verificare se sia tutelata l'esigenza di evitare che questo affidamento legittimo sia leso da «un'interferenza sproporzionata nei confronti di tale affidamento» e osserva che a tale riguardo «un primo fondamentale ruolo spetta alla categoria della inesigibilità, che si radica nella clausola generale di cui all'art. 1175 cod. civ., la quale - come già anticipato (punto 12) - impone ad ambo le parti del rapporto obbligatorio di comportarsi secondo correttezza o buona fede oggettiva. Tale canone di comportamento, inter alia, vincola il creditore a esercitare la sua pretesa in maniera da tenere in debita considerazione, in rapporto alle circostanze concrete, la sfera di interessi che fa riferimento al debitore [...]. In definitiva, la clausola della buona fede oggettiva consente, sul presupposto dell'affidamento ingenerato nell'accipiens, di adeguare, innanzitutto, tramite la rateizzazione, il quomodo dell'adempimento della prestazione restitutoria, tenendo conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'obbligato. Inoltre, in presenza di particolari condizioni personali dell'accipiens e dell'eventuale coinvolgimento di diritti inviolabili, la buona fede oggettiva può condurre, a seconda della gravità delle ipotesi, a ravvisare una inesigibilità temporanea o finanche parziale».

Appare evidente l'utilità delle argomentazioni che precedono anche al di fuori della materia trattata dalla Corte Costituzionale. In particolare, viene spontaneo pensare a come il caso citato nel precedente paragrafo, dei canoni di locazione non riscossi per molto tempo e poi chiesti improvvisamente nella totalità, avrebbe potuto essere risolto in modo più convincente, con l'apparato argomentativo usato dalla Corte Costituzionale. Così, sarebbe stato possibile valutare innanzi

tutto se il conduttore, che pure aveva stipulato un regolare contratto di locazione, poteva legittimamente fare affidamento sulla mancata richiesta dei canoni, ovvero se la sua poteva considerarsi come “*legitimate expectation*”, o semplice “*hope*”; il criterio dell’inesigibilità della prestazione avrebbe poi potuto consentire di valutare se, esclusa la legittimità di una richiesta improvvisa per l’intero ammontare scaduto dei canoni, si sarebbe potuta considerare esigibile, per esempio, una richiesta debitamente preannunciata e la concessione di una rateizzazione.

BUONA FEDE E RESPONSABILITÀ PER MANCATA CONCLUSIONE DEL CONTRATTO

*Giorgio Afferni **

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il dovere di buona fede nello svolgimento delle trattative. – 3. Ambito di applicazione della responsabilità precontrattuale. - 4. Il danno risarcibile. - 5. L'interesse positivo come limite del danno da affidamento. – 6. La conclusione progressiva del contratto. – 7. La responsabilità in caso di mancata conclusione del contratto. – 8. Il danno da affidamento in caso di mancata conclusione del contratto. - 9. Il danno da aspettativa in caso di mancata conclusione del contratto. – 10. Conclusioni

1. Introduzione

Ho avuto la fortuna di frequentare le lezioni di Giovanna Visintini sulla responsabilità civile nell'Università di Genova. In quegli anni ho imparato da Giovanna l'importanza della giurisprudenza nello studio del diritto¹. Oggi, potrebbe sembrare ovvio che lo studio dei casi sia di fondamentale importanza, ma all'epoca (siamo alla fine degli anni '90) non era ancora così. In seguito, durante gli anni del dottorato, che ho svolto nell'Università di Pisa, avendo scelto, dietro consiglio del mio maestro Enzo Roppo, la responsabilità precontrattuale come tema di ricerca, ho avuto modo di approfondire il primo studio monografico di Giovanna sulla reticenza nella formazione del contratto². In questo modo ho compreso

* Professore associato di diritto privato dell'Università di Genova.

¹ Vedine un recente esempio in VISINTINI, *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 335.

² VISINTINI, *La reticenza della formazione dei contratti*, Padova, 1972.

l'importanza dell'analisi storica e comparatistica per lo studio del diritto. Giovanna è stata quindi fondamentale nella mia formazione di giurista. Ne ho sempre ammirato l'apertura mentale, l'indipendenza di giudizio, e l'equilibrio, che le hanno consentito di affrontare anche i temi più spinosi in modo originale e utile per la soluzione pratica dei problemi³. È quindi con grande piacere e riconoscenza che dedico alla nostra comune maestra e amica questa breve sintesi dei miei studi in materia di buona fede e responsabilità per mancata conclusione del contratto.

2. *Il dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto*

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede (art. 1337 cod. civ.). Con il ricorso alla clausola generale di buona fede, il legislatore italiano ha inteso attribuire al giudice il potere di sindacare la condotta delle parti nella fase che precede la conclusione del contratto anche in assenza di specifiche disposizioni di legge⁴.

La buona fede cui fa riferimento l'art. 1337 cod. civ. è la buona fede in senso oggettivo, sinonimo di correttezza. Essa deve essere distinta dalla buona fede in senso soggettivo, la quale è invece sinonimo di ignoranza di ledere il diritto altrui (cfr. art. 1147 cod. civ.). Pertanto, una violazione del dovere di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto può sussistere anche quando il convenuto non abbia agito con dolo o colpa grave (cfr. art. 1147, comma 2°, cod. civ.), ma abbia agito con colpa semplice. Inoltre, una violazione del dovere di buona fede precontrattuale può sussistere anche quando il convenuto non sia rimproverabile neppure a titolo di colpa, ma abbia semplicemente deluso un legittimo affidamento di controparte. Pertanto, mentre alcune ipotesi di violazione del dovere precontrattuale di buona fede costituiscono veri e propri casi di *culpa in contrahendo*, altre ipotesi sono più propriamente riconducibili al divieto di tenere un comportamento contraddittorio espresso nella massima *nemo potest contra factum proprium venire*⁵.

³Vedi da ultimo VISINTINI, *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pisa, 2019.

⁴Su buona fede e responsabilità precontrattuale v. SACCO (e DE NOVA), *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, 3° ed., tomo 2, Torino, 2004, p. 233 ss.; ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 175 ss.

⁵Che il giudizio di buona fede prescinda dall'accertamento della colpa è principio accolto anche in giurisprudenza. Nella giurisprudenza di legittimità vedi Cass., 30 agosto

3. *Ambito di applicazione della responsabilità precontrattuale.*

La responsabilità precontrattuale ha un ambito di applicazione molto esteso. In dottrina è usuale distinguere tra una responsabilità precontrattuale in caso di mancata conclusione del contratto, una responsabilità in caso di conclusione di un contratto invalido o inefficace, e una responsabilità in caso di conclusione di un contratto valido ed efficace, ma non conveniente o meno conveniente di quanto sperato⁶.

Come vedremo, alla responsabilità in caso di mancata conclusione del contratto sono riconducibili, con presupposti e conseguenze diverse, il caso della parte che inizia una trattativa senza avere alcuna intenzione di concludere il contratto, oppure il caso della parte che recede da una trattativa senza giustificato motivo, oppure ancora il caso della p.a. che revoca un provvedimento di aggiudicazione di un contratto pubblico.

Alla responsabilità in caso di conclusione di un contratto invalido o inefficace sono riconducibili i casi in cui la violazione del dovere di buona fede consista nell'aver causato l'invalidità o l'inefficacia del contratto. È questo il caso del contratto annullabile per dolo determinante del consenso (art. 1439 cod. civ.) e del contratto inefficace perché concluso da un rappresentante senza potere (art. 1398 cod. civ.). A questo tipo di responsabilità precontrattuale sono anche riconducibili i casi in cui la violazione del dovere di buona fede consista nel non avere informato controparte della invalidità o inefficacia del contratto (art. 1338 cod. civ.). È questo il caso del contratto annullabile per errore essenziale e riconoscibile (art. 1428 cod. civ.) e del contratto nullo per contrarietà all'ordine pubblico o per illiceità o impossibilità dell'oggetto (art. 1346, 1418 cod. civ.).

1995, n. 9157, in *Arch. civ.*, 1996, p. 189. Nella giurisprudenza di merito vedi anche T. Genova, 27 gennaio 2010, in *Nuova giur. ligure*, 2010, fasc. 1, p. 17. In dottrina vedi SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da SACCO, Torino, 2005, p. 251 ss.; ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, p. 1135 ss.; GAROFALO, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2018, p. 56 ss.

⁶Cfr. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 175 ss. Per una ricognizione accurata dell'intera area della responsabilità precontrattuale, vedi PATTI (e PATTI), *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Commentario Schlesinger*, continuato da BUSNELLI, Milano, 1993. Per una prospettiva critica e comparatistica, vedi MORELLO, *Culpa in contrahendo, accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, vol. II, Milano, 1986, p. 75.

Alla responsabilità in caso di conclusione di un contratto valido ed efficace, ma non conveniente o meno conveniente di quanto sperato, sono riconducibili, sia i casi in cui la violazione dell'obbligo di buona fede non sia stata di intensità tale da determinare l'invalidità del contratto (ad esempio, il caso del dolo incidente: art. 1440 cod. civ.), sia i casi in cui la violazione dell'obbligo di buona fede abbia determinato l'invalidità del contratto, ma la vittima non abbia voluto chiedere l'annullamento, oppure non abbia potuto farlo a causa delle prescrizione dell'azione⁷.

4. *Il danno risarcibile.*

La vittima di una scorrettezza precontrattuale può pretendere solamente il risarcimento di un danno commisurato al suo interesse negativo (cd. danno da affidamento). Essa invece non può pretendere il risarcimento di un danno commisurato al suo interesse positivo (cd. danno da aspettativa)⁸. Questa regola è espressa nelle disposizioni di cui agli artt. 1338 e 1398 cod. civ. dove prevedono che la vittima può solo pretendere il risarcimento del danno sostenuto per avere confidato nella validità del contratto. Tuttavia, essa ha valore generale e si applica a tutti i casi di responsabilità precontrattuale.

Per interesse negativo si intende, a seconda dei casi, l'interesse a non confidare nella futura conclusione del contratto o l'interesse a non confidare nella validità del contratto concluso. Invece, per interesse positivo si intende l'interesse a ottenere l'esecuzione del contratto. Così come il danno commisurato all'interesse positivo, anche il danno commisurato all'interesse negativo si compone di danno

⁷ Su questo tipo di responsabilità precontrattuale vedi da ultimo Cass., 23 marzo 2016, n. 5762, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1517, con commento di SCOGNAMIGLIO, *Ancora sulla configurabilità della responsabilità precontrattuale in presenza di un contratto validamente concluso*. Sull'esistenza di un diritto di scelta tra annullamento e risarcimento del danno, mi sia consentito il rinvio ad AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 187 ss. Per l'opinione contraria v. M. BARCELLONA, *Responsabilità extracontrattuale e vizi della volontà contrattuale*, in www.judicium.it; ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, vol. XIII-2, diretto da Bessone, Torino, 2000, p. 334 ss.

⁸ Per una chiara distinzione tra questi due diversi tipi di danno risarcibile v. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, p. 83 ss.; Id., *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 637. Con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale mi sia consentito il rinvio ad AFFERNI, *Il quantum del danno*, cit., p. 69 ss. e p. 195 ss.

emergente e lucro cessante. Il danno emergente è composto dalle spese e dalle obbligazioni assunte confidando nella futura conclusione o nella validità del contratto. Il lucro cessante è composto invece da quanto la vittima avrebbe guadagnato da occasioni alternative che essa ha trascurato per avere confidato nella futura conclusione o nella validità del contratto.

Dopo un'incertezza iniziale, la Corte di cassazione ha chiarito che è risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale anche quanto la vittima avrebbe guadagnato da un contratto di tipo diverso da quello sulla cui conclusione o validità essa ha confidato. Nel caso *Società Approvvigionamento Acqua alle Navi c. Noleggi Imprese Marittime*, due società erano in trattative per la compravendita di una motonave di nome "Giuliana"⁹. Era stato raggiunto un accordo su tutti gli elementi essenziali e non essenziali del futuro contratto. Tuttavia, mancava ancora la forma scritta richiesta dalla legge per la validità della vendita di nave. Il venditore, confidando nella futura conclusione del contratto, aveva perso l'opportunità di rinnovare un precedente contratto di locazione della nave di durata annuale. In seguito, il compratore si era rifiutato di concludere il contratto. In primo e secondo grado, il venditore ottiene a titolo di responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative quanto avrebbe guadagnato dal rinnovo del contratto di locazione con il precedente conduttore della nave¹⁰. Il compratore propone ricorso in Cassazione sostenendo che il giudice *a quo* sarebbe incorso in una violazione di legge per avere liquidato al venditore quanto egli avrebbe guadagnato dalla conclusione di un contratto di tipo diverso da quello nella cui futura conclusione egli aveva confidato (nella specie, locazione invece di compravendita di nave). La Cassazione respinge il ricorso e conferma la decisione di merito.

È onere della vittima della scorrettezza precontrattuale provare che, se non avesse confidato nella validità o nella futura conclusione del contratto, avrebbe concluso lo stesso o altro contratto con un terzo. Tuttavia, nel caso in cui la vittima della scorrettezza sia un lavoratore autonomo o subordinato, la giurisprudenza presume che essa avrebbe potuto realizzare un guadagno impiegando diversamente il proprio lavoro. In ogni caso, la vittima della violazione del dovere precontrattuale di buona fede ha l'onere di mitigare il danno (art. 1227, comma 2°, cod. civ.).

⁹ Cass., 12 marzo 1993, n. 2973, in *Corriere giur.*, 1993, 560, con commento di CARBONE.

¹⁰ Trib. Livorno, 30 aprile 1986, in *Dir. marittimo*, 1987, 351.

Esemplare di questo insieme di regole è il caso *Montedison spa c. Di Pietro*¹¹. Nella specie, un disoccupato era stato indotto da Montedison a confidare in una futura assunzione come operaio specializzato. La Corte di cassazione ha confermato la decisione del Tribunale di Siracusa di condannare Montedison a risarcire quanto l'operaio avrebbe guadagnato da altre occupazioni alternative sulla base della sola prova dell'iscrizione alle liste di collocamento. Tuttavia, non è stato risarcito il mancato guadagno da occupazioni alternative che l'operario avrebbe potuto conseguire per il periodo durante il quale l'operario non risultava iscritto a queste liste. A giudizio della Corte, a causa della mancata iscrizione, si doveva presumere che l'operario avesse trovato un lavoro alternativo o che avesse negligenzatamente tralasciato di cercarlo.

Nel calcolo del guadagno mancato per avere confidato nella validità o nella futura conclusione del contratto si può tenere conto di quanto è stato realizzato con la conclusione di un contratto sostitutivo o di copertura¹². Nel caso *Crespi c. Airaghi*¹³, un intermediario aveva ricevuto l'incarico di dare in locazione un immobile ad un canone annuo di lire 320.000. L'intermediario aveva concluso un contratto di locazione con un certo Airaghi al canone annuo di lire 240.000, eccedendo rispetto ai limiti della procura. L'interessato si era rifiutato di ratificare il contratto di locazione, il quale pertanto era rimasto inefficace. Di conseguenza, l'Airaghi aveva agito nei confronti dell'intermediario per ottenere il risarcimento del danno sofferto confidando nell'efficacia del contratto (art. 1398 cod. civ.). Il giudice a quo aveva liquidato a favore dell'attore "lire 180.000 per il maggior canone che l'Airaghi avrebbe dovuto corrispondere per l'affitto di altra abitazione che egli era stato costretto a procurarsi, dopo l'accertata impossibilità di disporre dell'appartamento locatogli dal Crespi". La Cassazione annulla questa parte della sentenza, rilevando che "il fatto di avere concluso un contratto a condizioni più onerose di per sé non significa che il maggior onere sia conseguenza dell'aver confidato nella validità del contratto concluso con il Crespi. L'attore avrebbe dovuto dimostrare che, quando trattò col Crespi, aveva la possibilità di concludere altro contratto, alle stesse o anche a migliori condizioni. Solo in tal caso si potrebbe porre a carico del Crespi la differenza tra il canone relativo al contratto che l'attore avrebbe potuto concludere e quello che, svanite quelle favorevoli prospettive è

¹¹ Cass., 22 ottobre 1994, n. 8682, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 524. Nello stesso senso v. anche App. Venezia, 11 aprile 1953, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, 346.

¹² Vedi MORELLO, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 78.

¹³ Cass., 7 febbraio 1966, n. 402, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, 101.

stato costretto, in mancanza di meglio, a concludere. Non si può, infatti, escludere che l’Airaghi si fosse assicurato, trattando col Crespi, condizioni più vantaggiose di quelle correnti sul mercato. La perdita di un tale vantaggio, indubbiamente deducibile in caso di inadempimento contrattuale, trattandosi di un bene già acquisito, non può, invece, essere ricompreso nell’ambito dell’«interesse negativo», non potendosi considerare perduto, per il venir meno dell’affidamento, un vantaggio che egli non avrebbe ottenuto trattando con altri”.

Come si vede, la Corte di cassazione esclude che l’Airaghi possa pretendere il risarcimento del maggior canone convenuto nel nuovo contratto concluso con un terzo per coprirsi del fatto che il precedente contratto concluso con l’intermediario era inefficace. Diversamente, verrebbe tutelato l’interesse positivo dell’Airaghi, dal momento che egli verrebbe messo in una posizione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se il contratto concluso con l’intermediario fosse stato valido ed efficace. Piuttosto, sostiene la Corte, l’Airaghi avrebbe potuto pretendere il risarcimento della differenza tra il canone convenuto nel nuovo contratto di copertura e il canone che sarebbe stato convenuto in un altro contratto (della cui esistenza egli avrebbe dovuto dare la prova) che egli ha trascurato di concludere per avere confidato nella validità ed efficacia del contratto concluso con l’intermediario. In questo modo, verrebbe tutelato l’interesse negativo dell’Airaghi, dal momento che egli verrebbe messo in una posizione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse confidato nella validità ed efficacia del contratto concluso con l’intermediario.

Incidentalmente, si può osservare che la decisione del caso *Crespi c. Airaghi* è alla base della nota massima secondo la quale il danno risarcibile a titolo di interesse negativo sarebbe “consistente sia nelle spese inutilmente sostenute, nel corso delle trattative, in vista della conclusione del contratto, sia nella perdita di ulteriori occasioni per la mancata conclusione, nei riguardi di altri possibili stipulanti, di un contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello non concluso” (enfasi aggiunta)¹⁴. Questa massima è giustamente criticata in dottrina, dal momento che essa sembra suggerire che la vittima abbia diritto al risarcimento di quanto avrebbe guadagnato da altro ipotetico contratto, solamente quando essa abbia trascurato di concludere un contratto altrettanto o più vantaggioso di quello preso di mira con la trattativa destinata a non andare a buon fine¹⁵. In effetti, una

¹⁴ Cass., 20 agosto 1980, n. 4942, in *Mass. Giust. civ.*, 1980.

¹⁵ Vedi D’AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1126 ss.; V. CARBONE, *Mutamenti giurisprudenziali alla tradizionale limitazione della tutela precontrattuale*, in

simile regola non avrebbe senso, dal momento che un contraente che trascura un affare confidando nella conclusione di un altro affare meno conveniente agisce in modo negligente o quanto meno irragionevole e pertanto non è meritevole di tutela¹⁶. Non deve sorprendere quindi che questa massima sia solo frutto di una corruzione di un'altra massima la quale afferma che “nell'ipotesi di responsabilità precontrattuale i danni risarcibili sono riconosciuti nei limiti del cosiddetto interesse negativo e comprendono le spese sostenute in previsione della conclusione del contratto, nonché le perdite sofferte per non avere usufruito di ulteriori occasioni per la mancata conclusione di un altro contratto dello stesso oggetto, altrettanto o più vantaggioso di quello concluso” (enfasi aggiunta)¹⁷. Il “contratto concluso” cui fa riferimento questa massima è il contratto sostitutivo o di copertura, concluso con un terzo dopo che la trattativa con controparte è fallita. È normale che esso sia meno favorevole di quello che si sarebbe potuto concludere durante la trattativa con un altro soggetto, se non si fosse confidato nella validità o nella futura conclusione di un contratto con controparte. Si vede bene quindi che in origine questa massima si riferiva al contratto sostitutivo (“il contratto concluso”) e non al contratto preso di mira con la trattativa in seguito fallita (“il contratto non concluso”), come erroneamente supposto nella massima corrotta¹⁸.

5. L'interesse positivo come limite del danno da affidamento.

In ogni caso, la vittima della scorrettezza precontrattuale non può pretendere di essere messa per effetto del risarcimento in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato validamente concluso. Diversamente, essa otterrebbe un arricchimento ingiustificato. Questa regola si esprime anche dicendo che il danno commisurato all'interesse negativo non può essere superiore all'interesse positivo¹⁹.

Corriere giur., 1993, p. 563; LUMINOSO, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impr.*, 1988, p. 799.

¹⁶ *Amplius*, AFFERNI, *Il quantum del danno*, cit., p. 82 ss.

¹⁷ Cass., 26 ottobre 1994, n. 8778, in *Mass. Foro it.*, 1994.

¹⁸ Degno di nota che nella più recente giurisprudenza la massima continua a essere riportata, senza però specificare più se l'altro contratto sia “*altrettanto o più vantaggioso*” di quello “*concluso*” o “*non concluso*”. Vedi da ultimo Cass., 27 ottobre 2021, n. 30186, in *Giur. it.*, 2022, p. 1084, con commento di Gallo.

¹⁹ Vedi MONATERI, *La responsabilità civile*, cit. p. 664 ss., il quale peraltro riporta

Un caso particolare si pone quando la vittima della scorrettezza precontrattuale aveva un interesse non patrimoniale alla conclusione del contratto²⁰. In questo caso, può apparire falsamente che l'interesse positivo sia inferiore al danno da affidamento. In un caso celebre – affrontato dalla giurisprudenza tedesca²¹ – un chimico aveva lasciato il proprio posto di lavoro, dove guadagnava x al mese, confidando nel fatto di essere assunto dalla p.a. come insegnante in una scuola pubblica, dove avrebbe guadagnato y al mese (dove $y < x$). Quando la p.a. recede senza giusta causa dalla trattativa, il chimico torna al vecchio posto di lavoro. Nel frattempo però il chimico era rimasto senza retribuzione per n mesi. Il chimico chiede alla p.a. di risarcirgli un danno pari a n volte x . La p.a. gli eccepisce che il danno risarcibile non può in ogni caso essere superiore a n volte y . In altre parole, il privato non può pretendere di essere messo per effetto del risarcimento in una posizione migliore di quella in cui si sarebbe trovato se fosse stato assunto come insegnante nella scuola pubblica. È chiaro però che il chimico è stato indotto ad abbandonare il vecchio posto di lavoro a favore del nuovo posto di lavoro da considerazioni ulteriori rispetto alla mera retribuzione. Ad esempio, fare l'insegnante era il sogno della sua vita. In questo caso, l'interesse positivo (ovvero l'interesse a essere assunto come insegnante dalla p.a.) è solo apparentemente inferiore all'interesse negativo (ovvero l'interesse a mantenere il vecchio posto di lavoro). Pertanto, il primo non può essere correttamente invocato come limite del secondo²².

6. La conclusione progressiva del contratto.

Veniamo ora ai casi più importanti di responsabilità precontrattuale. Nell'ambito della responsabilità per mancata conclusione del contratto la fattispecie più rilevante, sia a livello teorico che a livello pratico, è quella del recesso ingiustificato

che la questione non è mai stata affrontata dalla giurisprudenza italiana. Per una diversa impostazione vedi Gallo, *Il quantum nella responsabilità precontrattuale*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1087 s.

²⁰ Vedi in generale TRIMARCHI, *Interesse positivo e interesse negativo*, cit., p. 644 s. Con particolare riferimento alla responsabilità precontrattuale, vedi D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1126.

²¹ BAG, 15 maggio 1974, in *Arbeitsrechtliche Praxis* (AP), BGB §276 «Verschulden bei Vertragsabschluß», Nr. 9 (il cd. *Fachhochschullehrer-Fall*).

²² Per questa giustificazione del caso v. STOLL, *Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo*, in *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tubinga, 1978, p. 451 s.; WIEDEMANN, *Zur culpa in contrahendo beim Abschluß des Arbeitsvertrages*, in *Festschrift für Wilhelm Herschel*, Monaco, 1982, p. 477 ss.

dalle trattative. Preliminarmente, occorre però definire l'ambito di applicazione di questa figura, individuando il momento della conclusione del contratto concluso a seguito di trattative.

Nei contratti caratterizzati da trattative di una certa durata e intensità non è sempre possibile applicare la regola codificata secondo la quale il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte (art. 1326, 1° comma, cod. civ.). In questi casi, il contenuto del futuro contratto non è determinato in modo unilaterale da una parte, la quale lo comunica a controparte. Piuttosto, durante le trattative le parti si scambiano reciproche dichiarazioni le quali contribuiscono in vario modo a determinare il futuro contenuto del contratto. Queste dichiarazioni vengono incorporate in documenti precontrattuali, che vanno sotto nomi diversi (lettere di intenti, *memorandum of understanding*, minute, etc.), i quali non hanno efficacia obbligatoria, ma servono a individuare i punti sui quali è già stato raggiunto un accordo anche solo di massima (da qui anche il nome di punteggiamenti)²³.

Per giurisprudenza costante, in caso di formazione progressiva, il contratto si conclude nel momento in cui sussiste la comune intenzione delle parti di essere giuridicamente vincolate (*intention to be bound*)²⁴. L'accertamento di questo stato soggettivo comune è di competenza del giudice di merito e non è censurabile in Cassazione se non per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione (art. 360, n. 5, cod. proc. civ.). Peraltro, il giudice di merito deve attenersi alle regole previste in materia di interpretazione del contratto, le quali possono essere uti-

²³ Sulla formazione progressiva del contratto v. Cass., 7 gennaio 1993, n. 77, in *Corriere giur.*, 1993, p. 574, con commento di GIORGIANNI. In dottrina vedi NATUCCI, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, vol. I, Milano, 2006, p. 441; BENATTI, *Sulla natura ed efficacia di alcuni accordi precontrattuali*, in *Contratto e impr.*, 1994, p. 1101; DRAETTA, *Documenti pre-contrattuali nei negoziati relativi a mergers e acquisitions. Rassegna della prassi internazionale*, in *Acquisizioni di società e di pacchetti azionari di riferimento*, a cura di BONELLI e DE ANDRÉ, Milano, 1990, p. 99; CANEPA, *Dichiarazione d'intenti*, in *Digesto civ.*, vol. V, Torino, 1989, p. 329; MORELLO, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 82 ss.

²⁴ Tra le molte vedi, per la rilevanza dei fatti, Cass., 11 luglio 1988, n. 4570, in *Corriere giur.*, 1988, 829, con nota di LOMBARDI, relativa alla vicenda del mancato acquisto della SME da parte della Buitoni di De Benedetti. Su questa stessa vicenda vedi anche le decisioni di merito App. Roma, 9 marzo 1987, in *Giur. merito*, 1987, I, p. 1137, con nota di D'AMBROSIO, e T. ROMA, 25 giugno 1985, in *Giur. merito*, 1985, I, p. 1033, oltre che sulla questione della giurisdizione, Cass., sez. un., 25 marzo 1986, n. 2091, in *Foro pad.*, 1986, I, c. 323.

lizzate, oltre che per accertare il contenuto del contratto, anche per accertarne l'esistenza (art. 1362 e seg. cod. civ.)²⁵. In particolare, il giudice deve considerare, sia il tenore letterale dei documenti formati dalle parti, sia il comportamento da queste tenuto anche dopo la formazione dei documenti (art. 1362 cod. civ.)²⁶. Il nome attribuito dalle parti al documento costituisce certamente una circostanza che il giudice deve valutare²⁷. Tuttavia, esso non è da solo determinante ai fini dell'accertamento della comune intenzione di concludere il contratto. E quindi, ad esempio, il fatto che il documento prodotto in giudizio sia stato denominato "puntuazione" o "lettera di intenti" non significa necessariamente che esso non possa essere qualificato come un contratto valido ed efficace²⁸.

Al fine di accertare la comune intenzione di concludere il contratto è ammessa la prova testimoniale²⁹. Inoltre, il giudice potrà ritenere provato il fatto sulla base di presunzioni semplici. A questo proposito, molto rilevante è la distinzione, oramai costante nella giurisprudenza italiana, tra puntuazione completa e puntuazione incompleta di clausole. In presenza di una puntuazione completa di clausole (cioè di una puntuazione che definisca tutti gli elementi, sia essenziali che non essenziali, che sono stati discussi tra le parti durante le trattative), il giudice deve presumere, salvo prova contraria, l'esistenza della comune intenzione di concludere il contratto³⁰. Viceversa, in presenza di una

²⁵ Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Giur. it.*, 2010, p. 830, con nota di BOTTONI; in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 428, con nota di TORRESANI.

²⁶ Sulla rilevanza del comportamento delle parti v. Cass., 13 maggio 1998, n. 4815, in *Corriere giur.*, 1999, p. 469, con nota di NASTI. Al fine di accertare la natura non vincolante dell'accordo v. Cass., 18 gennaio 2005, n. 910, in *Contratti*, 2006, p. 22, con commento di SELVINI. Nella specie la Corte ha cassato la decisione del merito che aveva accertato la natura contrattuale di uno scambio di corrispondenza intervenuto in pendenza di un giudizio tra gli avvocati delle parti senza valutare il comportamento successivamente tenuto dalle stesse parti nell'ambito del medesimo giudizio, il quale era contrastante con l'esistenza di una comune intenzione di definire la controversia.

²⁷ Cfr. Cass., 14 maggio 1998, n. 4853, in *Contratti*, 1998, p. 547, con commento di VENCHIARUTTI, dove nell'ambito di trattative per la cessione di quote di srl, la Corte conferma la decisione del giudice *a quo* che aveva escluso la natura vincolante del documento anche sulla base della circostanza che esso era stato denominato dalle parti "lettera di intenti".

²⁸ Cfr. Cass., n. 2720/2009, cit.

²⁹ Cass., 2 dicembre 2008, n. 28618.

³⁰ Il *leading case* è Cass., 30 marzo 1994, n. 3158, in *Foro it.*, 1994, I, c. 2719. La tesi si trova pienamente sviluppata in Cass., 22 agosto 1997, n. 7857, in *Foro it.*, 1998, I, c. 878. Da ultimo vedi anche Cass., 2 febbraio 2007, n. 20701.

puntuazione incompleta, il giudice deve presumere salvo prova contraria, l'inesistenza della comune intenzione di concludere il contratto. Peraltro, in un caso e nell'altro, la prova contraria alla presunzione non deve necessariamente essere fornita dalla parte interessata, ma può essere desunta dal giudice da tutte le circostanze dedotte in giudizio³¹. In ogni caso, in presenza di una puntuazione completa di clausole, al fine di escludere la natura vincolante del documento, non è necessario che le parti abbiano dichiarato espressamente che non intendono essere vincolati³².

Il solo fatto di avere raggiunto un accordo su tutti gli elementi del contratto, essenziali e non essenziali, non comporta necessariamente che il contratto sia stato concluso, dal momento che le parti possono essersi riservate di riflettere sulla sua convenienza, oppure di ottenere un'autorizzazione di un organo privato (ad esempio, il consiglio di amministrazione o l'assemblea dei soci) o pubblico (ad esempio, l'AGCM o la Banca d'Italia)³³.

Viceversa, il solo fatto di non avere raggiunto un accordo su tutti gli elementi, essenziali e non essenziali, del contratto non comporta necessariamente che il contratto non sia stato concluso, dal momento che le parti possono avere inteso vincolarsi subito, salvo definire in seguito tra loro o lasciare alle norme dispositive di legge gli elementi non essenziali lasciati aperti. Non è invece validamente concluso il contratto quando le parti non abbiano raggiunto un accordo almeno sugli elementi essenziali. In questi casi, il contratto è nullo per indeterminatezza dell'oggetto, salvo che non sia ammessa l'integrazione in base alla legge.

³¹ Cass., 14 luglio 2006, n. 16118, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, 613, con nota di CUCCOVILLO. Nella specie Mc Donald era in trattativa con il proprietario di un immobile per il rinnovo del contratto di locazione. Mc Donald impugna senza successo la sentenza del merito che aveva escluso la natura contrattuale dell'accordo nonostante esso costituisse una puntuazione completa di clausole e nonostante controparte non avesse allegato specifici mezzi di prova contrari alla presunzione di conclusione del contratto.

³² Cass. n. 2720/2009, cit.; n. 3158/1994, cit.

³³ Era questo il caso nella vicenda SME - Buitoni dove Romano Prodi, all'epoca dei fatti presidente di IRI, aveva raggiunto un accordo con Carlo De Benedetti, all'epoca dei fatti presidente di Buitoni, per la vendita della partecipazione di controllo nella SME, riservandosi però di ricevere apposita autorizzazione sia da parte del consiglio di amministrazione dell'IRI (che venne concessa) che da parte del Ministro delle partecipazioni statali (che non venne concessa). Vedi anche Cass. n. 7857/1997, cit.

7. La responsabilità in caso di mancata conclusione del contratto.

Come regola generale, ciascuna parte è libera di recedere dalle trattative sino alla conclusione del contratto senza incorrere in alcuna responsabilità. In via eccezionale, la parte che recede può incorrere in responsabilità quando ha tenuto una condotta caratterizzata dal dolo o dalla colpa, oppure quando ha deluso ingiustificatamente un legittimo affidamento di controparte nella futura conclusione del contratto (cd. responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative). Pertanto, nell'ambito della responsabilità precontrattuale in caso di mancata conclusione del contratto, è possibile distinguere tra una responsabilità fondata sulla prova del dolo o della colpa della parte cui è imputabile la mancata conclusione del contratto e una responsabilità oggettiva che opera per il solo fatto del recesso ingiustificato dalle trattative.

Incorre in questo secondo tipo di responsabilità, che è di gran lunga quello più rilevante, sia da un punto di vista pratico che da un punto di vista teorico, la parte che recede dalle trattative senza giustificato motivo dopo che controparte ha confidato legittimamente nella futura conclusione del contratto. Il presupposto fondamentale di questo tipo di responsabilità è quindi il legittimo affidamento della parte che ha subito il recesso.

Così come il giudizio sulla sussistenza della comune intenzione di concludere il contratto, anche quello sulla sussistenza dell'affidamento nella futura conclusione del contratto è di competenza del giudice di merito e non è censurabile in Cassazione se non per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione (art. 360, n. 5, cod. proc. civ.). Inoltre, anche in questo caso, il giudice può, anzi deve, avvalersi di presunzioni semplici. Tra queste, particolare importanza assume il fatto che siano stati determinati tutti gli elementi essenziali del futuro contratto³⁴. Tuttavia, l'affidamento può sussistere anche quando non siano stati ancora determinati tutti gli elementi essenziali del futuro contratto³⁵. Viceversa, l'affidamento può mancare quando questi elementi siano già stati determinati³⁶.

³⁴ Cfr. Cass., 13 marzo 1996, n. 2057, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2065; 25 febbraio 1992, n. 2335, in *Foro it.*, 1992, I, 1766, con nota di CARINGELLA; 22 ottobre 1982, n. 5492, in *Giur. it.*, 1984, I, c. 1199, con nota di FUSARO.

³⁵ Cfr. Cass., 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250, con nota di Musy. Nella giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, 4 giugno 2003, in *Giur. it.*, 2003, p. 1874; Trib. Palermo, 17 ottobre 2002, in *Gius*, 2003, 3, p. 336.

³⁶ Cfr. Trib. Milano, 5 maggio 1997, in *Foro it.*, 1998, I, c. 601.

La funzione della responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative è di spostare sulla parte che recede (o che abbia dato giustificato motivo a controparte di recedere)³⁷ il rischio della mancata conclusione del contratto. In questo modo, la parte che ha avuto ragione di confidare nella futura conclusione del contratto è incentivata a sostenere quegli investimenti che sono mutualmente benefici, nel senso che aumentano il valore del futuro contratto, e che possono essere sostenuti utilmente nella sola fase antecedente la sua conclusione³⁸. Inoltre, questa responsabilità risponde a una esigenza di equità, dal momento che essa consente che le conseguenze negative del recesso non rimangano sulla parte che ha modificato la propria posizione confidando legittimamente nella futura conclusione del contratto, ma siano spostate sulla parte cui è imputabile il fallimento delle trattative³⁹.

Nonostante l'affidamento di controparte, la parte che recede dalle trattative non incorre in responsabilità se sussiste un giustificato motivo del recesso. Ad esempio, non incorre in responsabilità la parte che recede per avere appreso che il contratto che si intende concludere è illecito⁴⁰. Oppure, non incorre in responsabilità la parte che recede dopo avere appreso che controparte è divenuta insolvente⁴¹.

Non è chiaro invece se la semplice ricezione di un'offerta più conveniente costituisca giustificato motivo del recesso⁴². Nonostante la questione non sia mai stata apertamente affrontata dalla giurisprudenza italiana, sembra preferibile la

³⁷ Cfr. Trib. Napoli, 30 aprile 1984, n. 3877, in *Dir. giur.*, 1984, p. 1010. Errata mi sembra invece Trib. Roma, 18 maggio 1979, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 544. In dottrina v. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 182; SACCO (e De Nova), *Il contratto*, cit., t. 2, p. 239.

³⁸ Cfr. MELATO e PARISI, *A law and economics perspective on precontractual liability*, in *Precontractual liability in European private law*, a cura di CARTWRIGHT e HESSELINK, in *The common core of European private law*, a cura di BUSSANI e MATTEI, Cambridge, 2008, p. 431; BEBCHUK e BEN-SHAHAR, *Precontractual reliance*, in *The journal of legal studies*, 2001, p. 423.

³⁹ SINGER, *Vertrauenshaftung beim Abbruch von Vertragsverhandlungen*, in *Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung. Beiträge für C.W. Canaris zum 65. Geburtstag*, Monaco, 2002, p. 135.

⁴⁰ Trib. Napoli, 10 febbraio 1971, in *Foro pad.*, 1972, I, c. 338, con nota di ALPA; App. Firenze, 21 dicembre 1964, in *Giur. toscana*, 1965, p. 190. In dottrina vedi FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, 2° ed., Milano, 2010, p. 1237.

⁴¹ Cfr. Trib. Udine, 22 aprile 1996, in *Resp. civ. prev.*, 1996, p. 985. V. anche Trib. Cremona, 6 giugno 1991, in *Foro pad.*, 1992, I, c. 453.

⁴² Questione discussa da AMBROSOLI, *Recesso dalle trattative in caso di offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Contratti*, 1999, p. 311; Meruzzi, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 48 s.

soluzione negativa⁴³. La ricezione di un'offerta più conveniente è equivalente a una qualsiasi modificazione del costo di produzione della prestazione della parte che ha interesse a recedere. Infatti, la ricezione di un'offerta più conveniente determina un aumento del cd. costo-opportunità di questa prestazione. Se si ammette che la ricezione di un'offerta più conveniente giustifica il recesso, bisogna per coerenza attribuire lo stesso effetto anche a una qualsiasi modificazione del costo di produzione della prestazione. In questo modo, però, la responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative non troverebbe praticamente mai applicazione, dal momento che solamente il recesso capriccioso non sarebbe giustificato.

8. Il danno da affidamento in caso di mancata conclusione del contratto.

Nella responsabilità precontrattuale fondata sulla prova del dolo o della colpa del convenuto sono risarcibili tutte le spese sostenute e le perdite subite durante tutto il corso delle trattative, a condizione che esse siano imputabili mediante il nesso di causalità alla condotta illecita del convenuto⁴⁴. Ad esempio, nel caso in cui il convenuto abbia iniziato la trattativa senza avere intenzione di concludere il contratto, ma al solo fine di indurre controparte a svolgere una certa attività, sono risarcibili tutte le spese sostenute e le perdite subite da controparte sin dall'inizio della trattativa⁴⁵. In questo caso, tutte queste spese e queste perdite sarebbero state evitate se il convenuto non avesse tenuto la condotta illecita. Invece, nel caso in cui il convenuto abbia semplicemente ommesso di informare controparte della sua intenzione di recedere dalle trattative, sono risarcibili le sole spese sostenute e le perdite subite nel periodo intercorso tra il momento in cui il convenuto avrebbe dovuto comunicare la propria intenzione di recedere dalle trattative e il momento in cui controparte è venuta a conoscenza del fatto del recesso⁴⁶. Queste spese e queste perdite sarebbero state evitate se il convenuto avesse informato tempestivamente controparte della propria volontà di recedere. Le spese sostenute e le per-

⁴³ *Contra* SACCO (e De Nova), *Il contratto*, cit., t. 2, p. 239.

⁴⁴ *Amplius*, AFFERNI, *Il quantum del danno*, cit., p. 98 ss.

⁴⁵ Cfr. Cass., 13 luglio 1968, n. 2521, in *Foro it.*, 1968, I, c. 2454.

⁴⁶ Così già G. PATTI (e S. PATTI), *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 92; CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato Cicu-MESSINEO-Mengoni*, continuato da Schlesinger, vol XXI, t. 2, Milano, 1987, p. 741 s.; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3^a ed., Milano, 1952, p. 174.

dite subite prima di questo momento, invece, non devono essere risarcite. Esse, infatti, non sarebbero state evitate se il convenuto avesse agito in modo corretto o diligente. In altre parole, queste spese e queste perdite sono espressione di un rischio che controparte si era liberamente assunta partecipando alle trattative⁴⁷.

Invece, nella responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative devono essere risarcite le sole spese sostenute e le perdite subite a partire dal momento in cui si è verificato l'affidamento nella futura conclusione del contratto. Non devono essere risarcite le spese sostenute e le perdite subite prima di questo momento, nel corso delle trattative vere e proprie. Sino a questo momento ciascuna parte ha agito a proprio rischio, nel senso che ciascuna parte si è assunta il rischio di non riuscire a recuperare quanto investito nelle trattative nel caso in cui esse non fossero andate a buon fine⁴⁸.

Si potrebbe sostenere che il recesso ha reso inutili tutte le spese sostenute e le perdite subite durante tutto il corso delle trattative, e che pertanto sussiste un nesso di causalità tra il recesso, da una parte, e tutte queste spese e perdite, dall'altra parte⁴⁹. Tuttavia, è chiaro che non sussiste un nesso di causalità *giuridica* tra questi due elementi. Come si è detto, la funzione della responsabilità per recesso ingiustificato dalle trattative non consiste nel sanzionare il convenuto per avere tenuto una condotta illecita. Il recesso è lecito. La sua funzione è di incentivare certi investimenti mutualmente benefici che possono essere utilmente effettuati nella sola fase antecedente la conclusione del contratto. A questo fine, è necessario e sufficiente che la legge obblighi la parte cui è imputabile la mancata conclusione

⁴⁷ Nella dottrina francese il ruolo del nesso di causalità nella determinazione del danno risarcibile nella responsabilità precontrattuale è stato messo in evidenza per la prima volta da DESHAYES, *Le dommage précontractuel*, in *Revue trimestrielle de droit commercial*, 2004, p. 187. Aderisce a questa impostazione D. MAZEAUD, *Réparation des préjudices précontractuels: toujours moins...?*, in *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2963. Da ultimo v. GHESTIN, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers en droit français*, in *Liber Amicorum Guido Alpa - Private law beyond the national systems*, a cura di Pasquini et al., Londra, 2007, p. 436 ss.

⁴⁸ Questa soluzione è stata accolta sostanzialmente da Cass., sez. un., 11 gennaio 1977, n. 93, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, c. 1691; 23 aprile 1947, n. 608, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, p. 430, con nota di critica di Mosco. Nella giurisprudenza di merito v. Pret. Messina, 18 aprile 1957, in *Giur. sic.*, 1959, p. 1055. *Contra* GALLO, *Contratto e buona fede*, Torino, 2009, p. 193.

⁴⁹ Così ad esempio G. PATTI e (S. PATTI), *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 90 s.; Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 342 s.; Rasi, *La responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, II, p. 510; Mosco, «*Culpa in contraendo*» e determinazione del danno risarcibile, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, III, p. 431.

del contratto a risarcire controparte delle sole spese e delle sole perdite subite a partire dal momento in cui essa ha avuto ragione di confidare nella futura conclusione del contratto⁵⁰.

9. Il danno da aspettativa in caso di mancata conclusione del contratto.

Come si è detto, la parte che ha subito la mancata conclusione del contratto di norma non può pretendere il risarcimento di un danno commisurato al proprio interesse positivo. In altre parole, essa non può pretendere di essere messa per effetto del risarcimento nella posizione in cui si sarebbe trovata se avesse concluso il contratto preso di mira con le trattative⁵¹. Tuttavia, in alcuni casi eccezionali è possibile condannare la parte cui è imputabile la mancata conclusione del contratto a risarcire a controparte il danno commisurato al suo interesse positivo.

In primo luogo, il convenuto può essere condannato a risarcire a controparte il suo danno da aspettativa quando egli non aveva il diritto di non concludere il contratto. In questo caso, sussiste eccezionalmente il nesso di causalità giuridica tra condotta del convenuto e danno per la mancata conclusione del contratto. Ad esempio, nell'ambito delle procedure per la conclusione di contratti pubblici, la giurisprudenza amministrativa condanna la p.a. che abbia annullato una gara o revocato un precedente provvedimento di aggiudicazione, mediante l'adozione di un provvedimento *illegittimo*, a risarcire al privato il danno commisurato al suo interesse positivo. Il privato che riesce a dimostrare che avrebbe concluso il contratto con certezza, se la p.a. non avesse adottato il provvedimento illegittimo, può pretendere il risarcimento di quanto avrebbe guadagnato dalla conclusione del contratto, valutato presuntivamente nella misura del 10 per cento del suo valore⁵². Invece, il privato che riesce solamente a dimostrare che avrebbe concluso il contratto con una certa probabilità (che normalmente si richiede essere superiore al 50 per cento), se la p.a. non avesse adottato il provvedimento illegittimo, può pretendere solamente il risarcimento di quanto avrebbe guadagnato

⁵⁰ *Amplius*, AFFERNI, *Il quantum del danno*, cit., p. 93 ss.

⁵¹ Tra le molte cfr. Cass., 10 giugno 2005, n. 12313, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 349, con nota di MORESE; 14 febbraio 2000, n. 1632, in *Giur. it.*, 2000, p. 2250, con nota di MUSY. *Amplius*, AFFERNI, *Il quantum*, cit., p. 125 ss. Così anche ALBANESE, *La lunga marcia della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1139 ss.

⁵² Tra le molte cfr. Cons. di Stato, 25 gennaio 2008, n. 213; 9 marzo 2007, n. 1114; 6 luglio 2004, n. 5012.

dalla conclusione del contratto moltiplicato per la probabilità di concludere il contratto (cd. perdita di *chance*)⁵³. In entrambi i casi, è risarcito un danno commisurato all'interesse positivo del privato, nel senso che egli viene messo nella posizione in cui si sarebbe trovato (con certezza o un certo grado di probabilità) se la p.a. non avesse adottato il provvedimento illegittimo ed il contratto fosse stato concluso⁵⁴.

La soluzione adottata dalla giurisprudenza amministrativa, sebbene molto severa nei confronti della p.a., è perfettamente coerente con le regole in tema di causalità giuridica. Diversamente da quanto avviene nei rapporti tra privati, la p.a. non può decidere liberamente di concludere, oppure di non concludere, un contratto pubblico (cd. ad evidenza pubblica). Essa è tenuta ad uniformare le proprie decisioni all'interesse pubblico. Se la decisione di non concludere un contratto pubblico non è conforme a questo interesse, il privato può pretendere di essere messo nella posizione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato concluso⁵⁵.

Quando invece il provvedimento con cui la p.a. ha annullato una gara o revocato un precedente provvedimento di aggiudicazione è *legittimo*, ma è stato adottato in modo scorretto (ad esempio, è stato comunicato in ritardo alla parte interessata), la giurisprudenza amministrativa condanna la p.a. a risarcire il solo danno commisurato all'interesse negativo del privato che agisce in giudizio⁵⁶. Anche questa soluzione è perfettamente coerente con le regole in tema di causalità giuridica. Il privato non può lamentarsi del fatto che la p.a. ha annullato la gara o revocato il provvedimento di aggiudicazione. Pertanto, egli può solo pretendere di essere messo per effetto del risarcimento nella posizione in cui si sarebbe tro-

⁵³Tra le molte cfr. Cons. di Stato, 27 dicembre 2004, n. 8244. Sul risarcimento del danno commisurato alla perdita di *chance* v. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circol. e trasp.*, 2000, p. 662; PRINCIGALLI, *Perdita di "chances" e danno risarcibile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 315; BUSNELLI, *Perdita di una "chance" e risarcimento del danno*, in *Foro it.*, 1965, IV, c. 47.

⁵⁴ *Amplius*, AFFERNI, *Il quantum*, cit., 135 ss.; Id., *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra interesse positivo ed interesse negativo*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 357.

⁵⁵ Per una autorevolissima critica di questa giurisprudenza vedi però P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3° ed., Milano, 2021, p. 267 ss.

⁵⁶ Cfr. Cons. di Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, n. 21; Cons. di Stato, ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5; Cons. di Stato, ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6, in *Urb. e app.*, 2006, p. 69, con note di FRANCO e RAGANELLA. Nella giurisprudenza successiva cfr. Cons. di Stato, 30 novembre 2007, n. 6137; 4 ottobre 2007, n. 5179; 20 febbraio 2007, n. 919; 6 dicembre 2006, n. 7194, in *Urb. e app.*, 2007, p. 595, con nota di TUCCARI.

vato se quel provvedimento di annullamento o di revoca fosse stato adottato in modo corretto. A questo fine è necessario e sufficiente il risarcimento del danno commisurato all'interesse negativo⁵⁷.

Il risarcimento del danno da aspettativa è anche possibile quando il convenuto ha tenuto una condotta particolarmente grave nei confronti di controparte. In questo caso, sembra preminente l'interesse di punire in modo adeguato il convenuto per la condotta tenuta, e al contempo di garantire una tutela efficace alla vittima⁵⁸. Esempio di questo approccio è la giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea che esclude che in caso di mancata assunzione di un lavoratore per ragioni discriminatorie il danno risarcibile possa essere limitato al solo interesse negativo, ma impone che si tenga conto anche dell'interesse del lavoratore ad ottenere quello specifico posto di lavoro⁵⁹. Sulla stessa linea è anche la giurisprudenza di quei paesi che escludono, secondo la massima *nemo auditur fraudem suam allegans*, che il convenuto possa avvalersi della nullità del contratto per mancanza della forma prescritta dalla legge quando egli era a conoscenza della causa della nullità al momento della conclusione del contratto e non ne ha informato controparte con l'intenzione di approfittare della sua ignoranza⁶⁰.

10. Conclusioni.

Come si vede da questa breve disamina del tema della responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del contratto, la comprensione della disciplina applicabile non può prescindere da una approfondita analisi della giurisprudenza

⁵⁷ In dottrina v. GALLO, *Contratto e buona fede*, cit., p. 152; CARINGELLA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*, in www.giustizia-amministrativa.it, sezione «studi e contributi».

⁵⁸ Ipotesi considerata da ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 187, e ammessa da MERUZZI, *La trattativa maliziosa*, cit., p. 283 ss.

⁵⁹ Cfr. Corte giust. CE, 10 aprile 1984, causa C-14/83, *von Calson e Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, in *Racc.*, 1984, p. 1891; 10 aprile 1984, causa C-79/83, *Harz c. Deutsche Tradax*, in *Racc.*, 1984, p. 1921. In dottrina v. WURMNEST, *Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts*, Tubinga, 2003, p. 73 ss.

⁶⁰ Cfr. St. LORENZ e VOGELANG, *German report to Case 11 (A contract which fails for lack of formality)*, in *Precontractual liability in European private law*, cit., p. 317 ss.; Zimmermann, *German report to Case 4 (Formalities I)*, in *Good Faith in European contract law*, a cura di ZIMMERMANN e WHITTAKER, in *The common core of European private law*, a cura di BUSSANI e MATTEI, Cambridge, 2000, p. 258 ss.

za. Ciò è persino ovvio nei casi in cui il legislatore non detta regole di condotta analitiche, ma fa ricorso a clausole generali, come la buona fede nelle trattative e nella conclusione del contratto. Peraltro, come Giovanna Visintini non si è mai stancata di ripetere, lo studio della giurisprudenza non può limitarsi alla lettura delle massime, ma implica necessariamente la ricerca della regola applicata dal giudice per la soluzione del caso concreto. Infatti, è solo distinguendo tra i diversi casi sottoposti all'attenzione del giudice, che si riesce a individuare la regola più appropriata per ciascuno di questi casi, articolando una disciplina della materia che sia sufficientemente chiara, ordinata ed equilibrata.

RUPTURE BRUTALE DES RELATIONS COMMERCIALES ÉTABLIES NELL'ORDINAMENTO FRANCESE. UN ESEMPIO DI ABUSO DI DIRITTO NELLA CESSAZIONE DEL CONTRATTO

*Chiara Poggi **

Sommario: 1. L'abuso di diritto nell'ordinamento francese (breve cenni). – 2. L'abuso di diritto in materia contrattuale – 3. La *rupture brutale* delle relazioni commerciali nel diritto francese. – 4. La *rupture brutale* delle relazioni commerciali nei contratti internazionali

1. L'abuso di diritto nell'ordinamento francese (breve cenni).

Nell'ordinamento giuridico francese, la teoria dell'abuso del diritto (*abus de droit*) si è sviluppata storicamente a partire dal contenzioso sul diritto di proprietà (Cour Cass., sent. 3 agosto 1915, *pourvoi* n. 00-02.378, *Cocquerel/Clément-Bayard*)¹.

Dal XIX secolo, i tribunali francesi hanno ampiamente utilizzato la nozione di abuso di diritto, anche in assenza di volontà di ledere, configurando l'abuso anche in caso di una semplice *faute*. La concezione dottrinale più convincente sembra, infatti, essere quella di Josserand per il quale l'abuso non si caratterizza necessa-

* Avvocato al foro di Milano e di Parigi, DS Avocats, Parigi.

¹ Alla prof. Giovanna Visintini, ringraziandola per l'incoraggiamento costante, nel ricordo della presentazione del libro "*Memorie di un cittadino psichiatra*", Napoli, 1983, di suo padre Fabio Visintini, Terrazza Martini, Genova, con la partecipazione della prof. Rita Levi Montalcini. LEYAT *La responsabilité dans les rapports de voisinage*, Tolosa, 1935. – MAZEAUD - TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd., 1965 – PLANIOL, RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, n^{os} 573 s.

riamente per l'intenzione di ledere ma per il fatto che un diritto viene esercitato per uno scopo diverso da quello che gli è proprio.

In dottrina, la storia della teoria dell'abuso di diritto è una manifestazione, tra le altre, dell'evoluzione generale dei sistemi giuridici verso una più grande flessibilità nell'applicazione della norma. Detta teoria diverrebbe allora un dispositivo di equità moderatrice a disposizione del giudice chiamato ad applicare la norma secondo il suo prudente apprezzamento². L'abuso del diritto si avvicinerebbe pertanto all'equità, distinguendosi tuttavia perché esso implica l'esistenza di un danno mentre la funzione correttiva dell'equità si impone (eccezionalmente) in ragione di circostanze indipendenti dai comportamenti delle parti³.

L'interesse rinnovato alla teoria dell'abuso del diritto si inserisce pertanto in questa corrente contemporanea dell'estensione del controllo giudiziario attraverso delle clausole generali, volutamente imprecise, perché tali da garantire flessibilità e adattamento ma, inversamente, suscettibili di divenire fattore di incertezza.

L'abuso di diritto suppone nell'ordinamento francese l'esistenza di un diritto da un lato e l'abuso dello stesso dall'altro, configurandosi quando il titolare commette un *fait illicite* esercitando il suo diritto oltre i limiti perché persegue finalità estranee o con l'intento di nuocere. Dai diritti reali⁴, l'abuso di diritto si è esteso ai diritti intellettuali, personali, in particolare in materia contrattuale, e processuali (abuso del diritto di agire, delle impugnazioni [...]).

L'abuso del diritto espone ad una responsabilità civile extracontrattuale⁵ per la quale la parte lesa è legittimata ad un risarcimento del danno o in natura e con la rimozione della fonte del danno (si pensi, per esempio, alla pubblicazione di una sentenza, alla demolizione di un edificio o alla cancellazione di un marchio). In alternativa, può essere richiesta anche una compensazione sotto forma di *dommages et intérêts*. Sono, poi, previste anche delle misure correttive di natura individuale, come l'annullamento di un atto, la sua inopponibilità o la decadenza del diritto esercitato in maniera abusiva⁶, e di natura sociale, come delle sanzioni civili,

² CADIET, TOURNEAU, *Abus de droit*, in Répertoire de droit civil, 2015.

³ ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, 2000, n° 254 ss.

⁴ In cui la giurisprudenza richiede solitamente la prova di una *faute intentionnelle* e quindi l'intenzione di nuocere agli altri.

⁵ Artt. 1240 e 1241, *Code civil*.

⁶ Cfr. artt. 378-381, *Code civil*. POUMARÈDE, *Agissements fautifs dans l'exercice des droits et abus de droit*, in le tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats - Régimes d'indemnisation 2023-2024*, 2023.

penali, e in alcuni casi persino la reclusione.⁷ Soffermandosi sulla prevenzione messa in atto dal legislatore al fine di contrastare questi comportamenti abusivi, la legge vieta esplicitamente alcune clausole che possono, dunque, essere dichiarate abusive (in caso di controversia il giudice potrà considerarle come “non scritte” o rifiutarsi di applicarle se ritiene che da esse possa scaturire una situazione illecita)⁸. Ad eccezione delle questioni immobiliari, non è richiesta l'intenzione di cagionare un danno: la *faute* si considera accertata se una persona ragionevole posta nella stessa situazione non avrebbe distolto il diritto di cui era titolare dal suo scopo.

Il presente contributo ha per oggetto una particolare applicazione dell'abuso di diritto nell'ordinamento francese, in materia contrattuale e più particolarmente in occasione della cessazione del contratto.

2. L'abuso di diritto in materia contrattuale.

In materia contrattuale si osserva un'applicazione dell'istituto dell'abuso di diritto tanto frequente quanto diversificata.

Esso viene infatti invocato nei rapporti di diritto di lavoro, nel caso di cessazione abusiva ad iniziativa del datore ma anche che del dipendente; o in caso di sciopero; in materia di proprietà intellettuale. Ne costituisce anche un esempio l'*abus par déloyauté* nel caso di violazione dell'obbligo di buona fede di cui all'art. 1104⁹ del *Code civil* (ex 1134, comma 3) che oggi è imposto non solo nell'esecuzione del contratto ma anche nella formazione e negoziazione dello stesso. Nonostante viga un principio generale di libertà contrattuale, di rango costituzionale¹⁰, in ogni fase delle negoziazioni le parti detengono¹¹ la libertà di concludere un contratto, di scegliere il proprio contraente e quella di determinare il contenuto e la forma del contratto. La dottrina maggioritaria aveva da sempre ammesso l'esistenza di

⁷ Cfr. art. 32-1, *Code de procédure civile*; art. L. 420-6, *Code de commerce*. *Ibidem*.

⁸ Cfr. art. L. 212-1, *Code de la consommation*. *Ibidem*.

⁹ Art. 1104 *Code civil* che sostituisce l'art. 1134 in seguito alla riforma dell'Ordonnance n°2016-131 del febbraio 2016, stabilisce infatti : “*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public*».

¹⁰ Cons. Cost., 13 giugno 2013, n° 2013-672 DC, JO 16 giugno JCP G 2013, n°37, 929, note GHESTIN J.; DUFFY A., *la constitutionalisation de la liberté contractuelle*, RDP 2006, p.1539

¹¹ Art. 1112, *Code civil*: *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.*

un principio generale di buona fede che non poteva limitarsi alla sola esecuzione delle obbligazioni contrattuali, ma iniziava a produrre effetti dal periodo delle trattative, prima della conclusione del contratto¹² tanto nei contratti interni che in quelli internazionali. Con la riforma del 2016, la buona fede diventa uno standard giuridico da applicarsi ad ogni fase del contratto. Il contenuto della stessa non è determinato dal legislatore, ma è lasciato al prudente apprezzamento del giudice in funzione delle circostanze e dei comportamenti.

Concentrandosi sulle fasi che seguono la negoziazione, l'abuso di diritto può configurarsi sia nel rifiuto di rinnovare un contratto a tempo determinato sia nel recesso di qualsiasi contratto a tempo indeterminato. Premesso che il principio del divieto dei contratti perpetui¹³ implica che il recesso di un contratto a tempo indeterminato sia sempre possibile, in qualsiasi momento e senza motivo, secondo l'articolo 1211 del Codice civile francese questo può essere esercitato solo nel rispetto del «termine di preavviso previsto contrattualmente o, in mancanza, nel rispetto di un termine ragionevole»¹⁴.

L'abuso di diritto in materia contrattuale assume delle caratteristiche peculiari con l'istituto della “*rupture brutale des relations commerciales établies*”, ovvero la brusca cessazione di relazioni commerciali consolidate in occasione, in particolare, del recesso o del mancato rinnovo, come codificata con l'articolo L. 442-1, II del Code de Commerce.

3. La rupture brutale delle relazioni commerciali nel diritto francese.

L'articolo L. 442-1, II, del Code de Commerce stabilisce: «*Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.*

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

¹² Jourdain, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XLIII, 1992, p.121.

¹³ Art. 1210, comma 1, *Code civil*.

¹⁴ Ord. n. 2016-131 del 10 febbraio 2016.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure».

In forza di tale norma, il legislatore francese sanziona con una responsabilità di natura extracontrattuale, ad alcune condizioni, il contraente che in una relazione contrattuale consolidata, di durata, eserciti la propria facoltà di recesso senza attribuire all'altra parte un congruo preavviso. Detto preavviso può essere superiore a quello contrattuale ma, con la riforma del 2019, non può oggi eccedere i diciotto mesi.

Tale istituto, che configura una peculiarità nel panorama legislativo europeo, ritrovandosi in maniera non troppo dissimile, ma non identica, nel diritto positivo belga in particolare dei contratti di concessione di vendita, si applica a tutti i rapporti commerciali¹⁵, indipendentemente dallo status dei professionisti coinvolti¹⁶ e dall'oggetto del rapporto commerciale¹⁷. Inoltre, il codice non distingue tra rapporti contrattuali e altri rapporti commerciali e la normativa si applica a qualsiasi relazione commerciale (sia essa precontrattuale, contrattuale, postcontrattuale o informale)¹⁸.

L'applicazione di questo articolo presuppone la dimostrazione di tre criteri: l'esistenza di una relazione commerciale consolidata; una brusca interruzione di quest'ultima e un pregiudizio riparabile che ne deriva¹⁹. Per quanto concerne il primo criterio, è necessario provare la natura consolidata del rapporto in questione²⁰ e, a tal fine, è possibile prendere in considerazione la "durata del rapporto"²¹

¹⁵ Sebbene il termine "commerciale" sia espressamente utilizzato per descrivere il rapporto tra professionisti, le disposizioni del Codice di Commercio francese sono applicabili sia alle relazioni industriali che alle attività commerciali. *Ibidem*

¹⁶ Non importa se i partner economici sono produttori, commercianti, industriali o artigiani. Il testo dell'articolo L. 442-1, II, del Code de Commerce non distingue tra fornitore e distributore, consentendo di sanzionare sia il distributore che vuole cambiare fornitore sia il fornitore che vuole cambiare distributore. *La rupture brutale des relations commerciales*, in *Fiche pratique*, www.entreprises.cci-paris-idf.fr, 2013

¹⁷ Può trattarsi della vendita di prodotti, della prestazione di servizi come di un contratto di subappalto (Chambre de commerce, 23 aprile 2003, n. 01-11.664). *Ibidem*

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ BURIN DES ROZIERS, *Rupture brutale des relations commerciales établies*, in *Concurrences (Dictionnaire de droit de la concurrence)*, anno 2023.

²⁰ Cour de Cassation, 27 marzo 2019, n. 17-18.047, *ibidem*.

²¹ In quanto si ritiene che esso debba sussistere da un tempo sufficientemente lungo. *Ibidem*

e il fatto che la parte lesa potesse nutrire “una legittima convinzione nella sua continuazione”²². A seconda dei casi, la giurisprudenza ha preso in considerazione anche altri criteri quali la “continuità della relazione tra i partner” e l’entità e “lo sviluppo del fatturato generato”²³. In ogni caso, la natura consolidata del rapporto è presunta se questa non viene contestata dalla parte che sostiene di essere lesa dalla risoluzione.

Per quanto concerne il secondo criterio, per essere pregiudizievole e legittimare un risarcimento, il recesso deve essere “brutale” ossia “imprevedibile, improvviso e violento/abusivo”²⁴. In pratica, il recesso deve essere effettuato senza preavviso scritto né tenendo conto delle precedenti relazioni commerciali o delle pratiche riconosciute dagli accordi professionali²⁵. Questo vale tanto con riferimento al recesso totale che a quello parziale delle relazioni commerciali: mentre il recesso totale comporta generalmente la cessazione pura e semplice del rapporto contrattuale, il recesso parziale può assumere diverse forme e derivare da un «cambiamento nell’organizzazione della distribuzione di un fornitore»²⁶, una riduzione significativa del flusso di affari²⁷ una modifica delle condizioni di prezzo, un aumento di prezzo senza preavviso da parte del fornitore quando applicava prezzi speciali ai suoi acquirenti o, più in generale, una modifica unilaterale e sostanziale delle condizioni di un contratto²⁸. Il legislatore non

²² In questo caso vengono presi come riferimento gli usi del settore interessato. *Ibidem*

²³ Anche se spesso a prevalere è il criterio della durata. Una relazione può essere stabilita da un unico contratto a lungo termine o da diversi contratti eseguiti su un lungo periodo. Una successione di contratti a tantum può essere sufficiente per concludere che esiste una relazione commerciale consolidata (Cour de Cassation, 15 settembre 2009, n. 08-19.2009). Ciononostante si è ritenuto, ad esempio, che non esistesse un rapporto consolidato tra due società che avevano mantenuto relazioni commerciali per dodici anni, senza che il loro accordo fosse stato formalizzato, poiché durante questo periodo il volume delle transazioni tra le parti era variato ed era stato addirittura inesistente durante il penultimo anno (Corte d’appello di Douai, 2 maggio 2006, JurisData n. 2006-305035).

²⁴ Corte d’appello di Angers, sent. 24 gennaio 2006, JurisData n. 2006-299638. *Ibidem*.

²⁵ La risoluzione in quanto tale non è infatti sanzionata (Corte d’Appello di Parigi, sent. 20 giugno 2019, RG 17/02742). *Ibidem*.

²⁶ Chambre de commerce, sent. 17 marzo 2004, n. 02-14.751 *Ibidem*.

²⁷ Corte d’Appello di Parigi, 28 ottobre 2005, JurisData n. 2005-284109. *Ibidem*.

²⁸ Corte d’Appello di Nîmes, sent. 15 settembre 2005, Lettre distrib. janv. 2006 - Cour de Cassation, sent. 6 febbraio 2007, n. 04-13.178 - Corte d’Appello di Parigi, sent. 12 settembre 2001, n. 99-15368. *Ibidem*.

richiede che il recesso sia motivato²⁹ ed è sempre ammessa la risoluzione senza preavviso in caso di inadempimento delle obbligazioni dell'altra parte³⁰ o in caso di forza maggiore³¹.

Ne deriva che non qualsiasi cessazione del contratto si qualifichi abusiva, l'inadempimento di una parte legittimando, classicamente, la risoluzione del contratto da parte dell'altra³². Tale fattispecie può verificarsi ad esempio in caso di comportamento sleale di controparte³³ (), o di inadempimento delle obbligazioni di tracciabilità di forniture alimentari (CA Paris, 22 février 2008, RG n°06/05826).

La Corte di Cassazione ha mantenuto tale orientamento giurisprudenziale statuendo che i ritardi di consegna di merce costituiscono un inadempimento sufficientemente grave per legittimare una cessazione del contratto senza preavviso (Com. 24 mai 2011, n° 10-17.844). Peraltro, l'inadempimento non legittima un preavviso parziale; ma giustifica la *rupture brutale* senza preavviso (Cass. Com 18 janvier 2011 n°10-11.611).

Come l'inadempimento, anche la forza maggiore legittima una "*rupture brutale*", purché l'evento sia imprevedibile, irresistibile ed esterno.

Per quanto concerne la forma della comunicazione di preavviso, il recesso deve essere comunicato per iscritto in forza dell'Ordonnance del 2019; ed è sufficiente una semplice corrispondenza, purché indichi in modo chiaro e inequivocabile la fine del rapporto tra le parti³⁴.

La durata del periodo di preavviso deve tenere conto della durata del rapporto commerciale e rispettare il periodo minimo di preavviso determinato, con riferi-

²⁹ Non è la causa del recesso a determinare la responsabilità ma piuttosto il carattere brusco che caratterizza la fine del rapporto commerciale. *Ibidem*.

³⁰ La giurisprudenza specifica che bisogna essere in presenza di una "*faute grave*": per poter essere dispensato dal preavviso, la parte che ha risolto il rapporto deve dimostrare un inadempimento di una gravità sufficiente a giustificare la sua assenza (cfr. Cass. com., sent. 27 marzo 2019, n. 17-16.548). BURIN DES ROZIERS, *op.cit.*

³¹ *Ibidem*.

³² Cass. com., 6 juill. 1999: Concurrence Actualité-Expresse n° 244, 2 sept. 1999. – V. aussi Cass. com., 11 mai 1999: RJDA 8-9/1999, n° 918. – Cass. com., 8 juin 1999 : RJDA 8-9/1999, n° 917).

³³ CA Douai, 20 janv. 2011, RG n° 09/02349; JurisData n° 2011-001464. – CA Aix-en-Provence, 4 févr. 2011, RG n° 09/05746

³⁴ Corte d'appello di Montpellier, 21 settembre 2004, JurisData n. 2004-267461. *La rupture brutale des relations commerciales*, in *Fiche pratique*, www.entreprises.cci-paris-idf.fr, 2013.

mento agli usi commerciali, o agli accordi interprofessionali³⁵. Fino alla riforma del 2019, la giurisprudenza utilizzava vari criteri per determinare tale periodo quali la «durata del rapporto, la quota di fatturato della parte lesa, l'esistenza di esclusività territoriale, l'importanza degli investimenti effettuati dalla parte lesa e lo stato di dipendenza economica»³⁶. A seguito dell'Ordonnance del 2019³⁷, in caso di controversia tra le parti sulla durata del periodo di preavviso, si considerano sufficienti 18 mesi di preavviso affinché l'autore della rottura non sia considerato responsabile³⁸. La fissazione di un tetto massimo ha significativamente ridotto l'incertezza e quindi il contenzioso sulla congruità del preavviso in particolare nei contratti di più lunga durata (decine di anni).

Per quanto concerne il terzo criterio, la parte che recede senza congruo preavviso, anche parzialmente, da un rapporto commerciale stabilito cagiona un danno a controparte che deve essere riparato. La Cassazione precisa che il pregiudizio è quantificato dal giudice secondo il suo prudente apprezzamento e ve calcolato moltiplicando il numero di mesi di preavviso insufficiente per il mancato margine.³⁹ Nella pratica, i giudici possono riconoscere alla "vittima" un risarcimento superiore che può includere anche le perdite accessorie (ammortamento, costi

³⁵ In assenza di tali accordi, il legislatore ha espressamente previsto la possibilità che il Ministro dell'Economia emetta decreti per ogni categoria di prodotti, tenendo conto delle pratiche commerciali, al fine di stabilire un periodo minimo di preavviso e di regolare le condizioni di cessazione delle relazioni commerciali, in particolare in base alla loro durata. *Ibidem*.

³⁶ La valutazione viene effettuata caso per caso secondo il prudente apprezzamento del giudice legittimato ad accordare anche un preavviso più lungo che quello contrattuale.

³⁷ Ordonnance n°2019-359 del 24 aprile 2019 «*portant refonte du titre IV du livre IV du Code de Commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées*»

³⁸ In ogni caso, il giudice non è vincolato dal periodo di preavviso concordato dalle parti ma può estenderlo o ridurlo a seconda dei casi, fino a un massimo di diciotto mesi. BURIN DES ROZIERES, *op.cit.*

³⁹ Il margine lordo è la differenza tra il fatturato al netto delle imposte e i costi al netto delle imposte effettivamente sostenuti: in caso di interruzione improvvisa di un rapporto commerciale consolidato, l'obiettivo è quindi quello di determinare il fatturato al netto delle imposte di cui la vittima è stata privata dopo aver dedotto le spese che avrebbe dovuto normalmente sostenere durante il periodo di preavviso non concesso. Tali spese possono essere di natura variabile a seconda dell'attività della vittima (acquisto di beni, subappalti, onorari vari, ecc.) o di natura fissa (spese per il personale, assicurazioni, affitti, ecc.). *Ibidem*.

operativi, costo dei licenziamenti, chiusura dei locali, perdita dello stock, ecc.), per tenere conto dei costi dovuti alla disorganizzazione dell'impresa o all'impossibilità di recuperare alcuni investimenti⁴⁰. I giudici effettuano, dunque, una valutazione concreta della perdita subita dalla parte lesa dal recesso improvviso⁴¹.

In un Paese caratterizzato da rapporti di forza importanti nelle relazioni commerciali tra i grandi gruppi della distribuzione/ le centrali di acquisto e i piccoli fornitori, con un contenzioso importante in materia, con la legge 11 novembre 2009 il legislatore francese ha introdotto l'articolo D.442-3 del Code de Commerce francese che riserva solo a otto tribunali francesi (Marsiglia, Bordeaux, Tourcoing, Fort-de-France, Lione, Nancy, Parigi e Rennes) la giurisdizione speciale sul contenzioso in esame in primo grado e la sola Corte d'Appello di Parigi in secondo grado.

Se la norma sulla "*rupture brutale*" in Francia è essenzialmente analizzata con riferimento ai rapporti interni (assai squilibrati) tra distributori e produttori, al punto da sollecitare come si è visto regolarmente l'intervento del legislatore; si osserva che si presta ad ampia, ed originale analisi, anche con riferimento ai contratti internazionali e principalmente quelli conclusi nell'ambito dei progetti di internazionalizzazione delle imprese straniere, italiane in primis, sul territorio francese.

4. La "rupture brutale" delle relazioni commerciali stabilite nei contratti internazionali sottoposti al diritto francese.

Affrontare la questione della cessazione improvvisa delle relazioni commerciali in un contesto europeo si può rivelare alquanto complesso, dal momento che gli ordinamenti degli Stati membri differiscono per nozioni, qualifiche e metodi con la difficoltà pratica della qualificazione della fattispecie concreta e quella della determinazione del giudice e/o la legge applicabile in caso di conflitti⁴².

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Per il principio di non cumulo della responsabilità per fatto illecito e per contratto, il creditore di un'obbligazione può avanzare una domanda separata per fatto illecito basata sulla "brutalità" del recesso e una basata sull'inadempimento contrattuale. Un singolo evento può dare origine a due tipi distinti di danni: uno derivante da una violazione del contratto e l'altro dalla brutale violazione degli obblighi contrattuali. (Cour de Cassation, sent. 24 ottobre 2018, n. 17- 25.672 ; Cour de Cassation, sent. 27 marzo 2019 n. 16-24.630 ; Cour de Cassation, sent. 10 aprile 2019, n. 18-12.882). *Ibidem*.

⁴² COMBET, *La rupture brutale des relations commerciales établies dans un contexte international ou européen*, in *Revue Lamy de la concurrence*, N° 113, 2022.

Nell'ordinamento francese, la “*rupture brutale*” rileva, secondo la dottrina e la giurisprudenza, della responsabilità “*délictuelle*”, e quindi extracontrattuale⁴³. Tale interpretazione, pacifica ormai nei contratti propri al diritto interno, si spiega in ragione del dettato dell'articolo L. 442-1, II del Code de Commerce, che mira a sanzionare non il mancato rispetto della buona fede contrattuale, bensì i problemi causati da tale comportamento all'ordine pubblico economico⁴⁴ rispetto all'aspettativa nutrita dalle parti, e in particolare la vittima della cd *rupture*, nella prosecuzione di una relazione commerciale “stabilità”.

La questione si è posta invece in modo progressivamente diverso nei contratti internazionali regolati dal diritto francese, in quanto la Camera commerciale della Corte di Cassazione si era posta in favore di una qualificazione extra-contrattuale⁴⁵ quando invece la prima camera civile della stessa aveva statuito una qualificazione di natura contrattuale⁴⁶.

In tale stato di incertezza è giunto puntuale l'ausilio del giudice comunitario con la sentenza *Granarolo* del 14 luglio 2016, aff.C-196/15⁴⁷. In tale caso, che opponeva la società italiana Granarolo S.p.A. contro la società francese Ambrosi Emmi France SA, rivenditrice dei prodotti Granarolo in Francia, senza un contratto quadro o clausole di esclusiva, la Corte di Giustizia ha stabilito la natura contrattuale della responsabilità della norma in esame.

La controversia era nata dalla volontà, comunicata da Granarolo di cessare, senza preavviso, i rapporti commerciali tra le due società. Per far accertare la

⁴³ Cfr Cour de Cassation, sent. 6 febbraio 2007; Cour de Cassation, sent. 22 settembre 2015. *Ibidem*.

⁴⁴ QUERLEUX, BEAUMONT, *Nature contractuelle ou délictuelle de la responsabilité encourue au titre de la rupture brutale de relations commerciales établies: un rendez-vous manqué devant la Cour de Cassation*, in *Revue Lamy de la concurrence*, 2019.

⁴⁵ Cass. com., 21 octobre 2008, n° 07-12.336, Contrats, conc. Consomm. 2009, comm.8, note MATHEY. [Cass.com](#), 15 septembre 2009, n° 07-10.493 ; Cass. com., 18 janv.2011, n°10-11.885, RDC 2011.941, obs. TREPPOZ ; [Cass.com.](#), 25 mars 2014, n°12-29.534, JCP G 2014, 619,obs. BUREAU, D.2014, p.1250.

⁴⁶ Cass.1^{re} civ., 22 oct.2008, n°07-15.823, PI, n°233, D.2009.200, note JAULT-SESEKE, JCP 2008,II, 10087, note D'AVOUT.

⁴⁷ ECLI: EU: C:2016:559, D.2016. 1755 e 2025, obs. BOLLÉE, D.2017.881, obs. D. FERRERIE, *ibid.*, 10111, obs. F. JAULT - SESEKE et 2025, obs. D'AVOUT e BOLLÉE, Europe 2016, comm.375, obs. IDOT, LICARI, la rupture d'une relation commerciale établie relève de la matière contractuelle, *Rev. crit. DIP*, 2016, p.703, RLC 2016/53, pp. 8-9, obs. JAUNASSE, JCP E 2016, n°39, pp.45-49 etc.

“*rupture brutale d'une relation commerciale établie*”, e chiedere la riparazione del pregiudizio, la controparte francese aveva adito il tribunale di Nizza, il quale si dichiarava competente ex articolo 5, punto 3) del Regolamento (CE) 44/2001 (oggi 7.2 del Regolamento Bruxelles I)⁴⁸ adducendo la natura extracontrattuale della norma in esame (luogo ove si è verificato il fatto illecito).

Granarolo contestava il vizio di giurisdizione, facendo valere la natura contrattuale della responsabilità in esame, e dunque la giurisdizione italiana in favore del Tribunale di Bologna (luogo dove i beni venivano prodotti e direttamente consegnati alla società francese).

Adita la CGUE, essa stabiliva che la “*rupture brutale*” ha natura contrattuale, anche in assenza di un contratto scritto tra le parti, purché tra di esse sussista comunque una relazione contrattuale tacita, da verificarsi poi nel concreto sulla base di molteplici elementi, come la buona fede, l'esistenza di rapporti commerciali di lunga data, la regolarità delle transazioni effettuate o la corrispondenza scambiata tra le parti⁴⁹.

In seguito al caso Granarolo, la Corte di Cassazione⁵⁰ e la Corte d'Appello di Parigi hanno recepito il principio di diritto nei contratti internazionali. In una sentenza del 5 settembre 2019 la Corte d'Appello di Parigi ha infatti stabilito che «è ormai pacifico che le controversie relative alla *rupture brutale* delle relazioni commerciali stabilite rientrano, ai sensi del Regolamento Bruxelles I, nella materia contrattuale e non extracontrattuale»⁵¹. Conseguentemente, l'identificazione della legge applicabile viene affidata alle disposizioni del Regolamento (UE) Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. Nello stesso senso, in una sentenza dell'11 marzo 2021, la Corte d'Appello di sottolinea come «l'azione per il risarcimento del danno causato dalla *rupture brutale* stabilite di lunga data, rivelando una relazione contrattuale implicita, rientra nella materia contrattuale, indipendentemente dalla sua qualifica nel diritto nazionale»⁵².

⁴⁸ Articolo 5 (3) Regolamento CE 44/2001, oggi sostituito dal regolamento (UE) 1215/2012 : “La persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: [...]”;

³⁾ in materia di illeciti civili dolosi o colposi, davanti al giudice del luogo in cui l'evento dannoso è avvenuto o può avvenire.

⁴⁹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sent. 14 luglio 2016.

⁵⁰ Cfr. Cour de Cassation, sent. 20 settembre 2017.

⁵¹ Corte d'Appello di Parigi, 5 settembre 2019, n. 17/03703.

⁵² Corte d'Appello di Parigi, 11 marzo 2021, n. 18/03112.

Ne deriva che nell'ordinamento francese sussiste una dicotomia sull'apprezzamento delle norme sulla *rupture brutale* a seconda che l'analisi sia portata con riferimento all'ordine interno o quello internazionale. Se si opera su un piano di diritto squisitamente interno, la responsabilità sarà considerata come extracontrattuale, mentre se si opera su un piano internazionale, la responsabilità avrà natura contrattuale.

Diverse saranno pertanto le norme di conflitto che permetteranno di identificare la legge applicabile, dovendo trovare applicazione le disposizioni del Regolamento Roma I sulle obbligazioni contrattuali e non quelle del Regolamento (CE) n°864/2007 dell'11 luglio 2007 Roma II sulle obbligazioni non contrattuali. Sul foro competente, le norme di conflitto saranno le disposizioni del Regolamento (UE), n° 1215/2012 con riferimento al luogo ove l'obbligazione doveva essere adempiuta.

Con riferimento alla clausola che cristallizza la scelta delle parti sulla legge applicabile e foro competente in caso di controversie sulla "*rupture brutale*", nell'affaire *Monster Cable* del 22 ottobre 2008,⁵³ la Corte di Cassazione francese ha statuito che poco importa la natura contrattuale o extracontrattuale del contenzioso sul tema, dal momento che la clausola della scelta del foro include i litigi sulla cessazione del contratto. Tale orientamento è stato poi confermato anche con sentenza del 25 maggio 2016⁵⁴ et 18 gennaio 2017⁵⁵.

In ogni caso, va sottolineato come la clausola di giurisdizione non vincoli il Ministro dell'Economia, che dispone di un'azione autonoma per intraprendere, ad alcune condizioni, azioni legali davanti ai tribunali nazionali per violazioni dell'articolo L. 442-1, II del Codice di commercio che producono i loro effetti in Francia,

La Camera commerciale internazionale della Corte d'Appello di Parigi, competente per i contenziosi internazionali, con sentenza del 7 luglio 2020 ha stabilito che, nell'applicazione di una clausola riguardante la scelta di giurisdizione competente, ciò che conta è la portata che le parti hanno voluto attribuire a tale clausola⁵⁶. È sufficiente, dunque, che la clausola sia redatta in modo abbastanza ampio da includere qualsiasi controversia relativa al contratto. In tal caso, non importa se la natura dell'azione sia definita come contrattuale o extracontrattuale. La Camera commerciale specifica che la controversia in cui viene invocata

⁵³ Cass.1re civ.22 oct.2008, n°07-15.823, Bull.civ.I, n°233, D 2008. AJ2790, obs. I. GALLMEISTER, 2009, jur. 200.

⁵⁴ Civ.1re, 25 mai 2016, n°15-13.103.

⁵⁵ Cass.1^{re} civ., 18 janv.2017, n°15-26105, Rev. Crit.DIP 2017, p.269, noted Bureau.

⁵⁶ Corte d'Appello di Parigi, sent. 20 luglio 2020, n. 20/01583.

la clausola deve avere origine nel contratto che contiene la clausola stessa, che il comportamento contestato deve presentare un legame sufficiente con tale contratto e infine che deve essere riconducibile all'ambito di applicazione della clausola, secondo la portata che le parti hanno inteso attribuirle. Sarà poi compito del giudice valutare la clausola in base alle circostanze e alla volontà delle parti⁵⁷.

Anche con riferimento alla clausola sulla legge applicabile nei contratti internazionali, si osserva un'evoluzione della giurisprudenza. Inizialmente infatti, il giudice nazionale francese tendeva a non attribuire rilevanza a clausole sulla legge applicabile in caso di contenziosi riconducibili alla responsabilità extracontrattuale. Nella sentenza "Guerlain" del 25 marzo 2014, la camera commerciale della Cour de Cassation ha invece applicato la legge scelta dalle parti contrattualmente, benché nello specifico si trattasse di un caso di responsabilità "délictuelle"⁵⁸. Tale posizione della giurisprudenza si spiega con la volontà di ricollegarsi al criterio di scelta della legge che presenta più connessioni con il danno subito, scelta riconfermata anche nel 2017 con la sentenza "Bugaboo".

Per quanto riguarda le ipotesi in cui in un contratto non ci siano clausole che disciplinino la scelta di foro competente e legge applicabile, la questione si articola in modo differente.

Nel primo caso, per capire se il giudice francese sia competente o no a risolvere una controversia è necessario distinguere le ipotesi in cui sia applicabile il Regolamento Bruxelles I *bis* da quelle in cui non lo sia.

Con la sentenza "Proutheau" del 2017, la Corte di Cassazione francese ha stabilito che una relazione contrattuale tacita legittima la riconduzione alla materia contrattuale e il giudice si dovrà basare su un insieme di elementi concordanti, quali ad esempio l'esistenza di relazioni commerciali stabilite di lunga data, la buona fede tra le parti, la regolarità delle transazioni e l'evoluzione nel tempo ecc. Quindi, oltre all'art.4 del Regolamento che fissa il principio del foro del convenuto⁵⁹, i fori speciali dell'articolo 7 articolo⁶⁰ prevedono la possibilità per l'attore

⁵⁷ COMBET, *La rupture brutale des relations commerciales établies dans un contexte international ou européen*, cit.

⁵⁸ Cour de Cassation, sent. 25 marzo 2014, n. 12-29.534.

⁵⁹ Articolo 4 comma 1 Reg. 1215/2012: «A norma del presente regolamento, le persone domiciliate nel territorio di un determinato Stato membro sono convenute, a prescindere dalla loro cittadinanza, davanti alle autorità giurisdizionali di tale Stato membro».

⁶⁰ Articolo 7 comma 1 Reg. 1215/2012: «Una persona domiciliata in uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: [...] in materia contrattuale,

di adire il giudice del luogo dove le merci sono state o avrebbero dovuto essere consegnate o il luogo dove il servizio è stato o avrebbe dovuto essere fornito.

In presenza di un contratto quadro, è utile richiamare la giurisprudenza Corman-Collins del 19 dicembre 2013, che fissa la giurisdizione a partire dalla qualificazione di un contratto di servizi⁶¹.

Invece, se non trova applicazione il regolamento Bruxelles 1 citato perché il convenuto è domiciliato in uno Stato terzo, si ricade nella qualificazione francese della rottura con natura extracontrattuale con applicazione dell'art. 46 c.p.c. francese che prevede la competenza del tribunale del luogo del fatto illecito.

In un Paese caratterizzato da un grande squilibrio tra fornitori e distributori, il dibattito giurisprudenziale sulla “*rupture brutale*” resta vivo e il legislatore interviene ormai regolarmente⁶².

Con riferimento alle imprese italiane che operano in Francia, si osserva che la norma viene spesso violata in occasione di un nuovo assetto commerciale da parte degli investitori italiani che, nel momento in cui si stabiliscono con una propria struttura o un progetto di crescita esterna con acquisizione in bonis, omettono di prendere sufficientemente in considerazione la protezione locale di distributori che magari hanno operato per decenni.

Il tema della conclusione di un contratto con detto distributore storico con clausola su legge applicabile e foro competente diventerà allora determinante per la strategia di difesa.

Nella pratica, si osserva, tuttavia, che, nel momento in cui il diritto francese sarà applicabile, con l'introduzione del tetto massimo dei 18 mesi di preavviso secondo l'Ordonance del 2019, che permette di posizionarsi sul rischio, al contenzioso viene sempre più spesso preferita la composizione amichevole con sottoscrizione di contratto di transazione.

davanti all'autorità giurisdizionale del luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio”.

⁶¹ COMBET, *La rupture brutale des relations commerciales établies dans un contexte international ou européen*, cit.

⁶² Con la legge 30 marzo 2023, n° 2211, legge Egalim 3, ancora una volta per tentare di riportare maggiore equilibrio tra fornitori e distributori, il legislatore francese ha esteso ad esempio le prerogative del Ministro dell'Economia francese in materie di pratiche anticoncorrenziali subite da fornitori francesi nei confronti di centrali di acquisto site all'estero.

LA “CORRETTEZZA” NELLE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO DELLE GRANDI PIATTAFORME ONLINE¹

Elena Poddighe *

Vincenzo Zeno-Zencovich **

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il quadro generale. – 3. Le c.g.c. di Google. – 4. Le c.g.c. di TikTok. – 5. Le c.g.c. di Meta. – 6. Le c.g.c. di Amazon. – 7. Le *leges speciales*: a) Il Regolamento 2065/22; b) La Direttiva 770/19; c) La Direttiva 2161/19. – 8. La nozione di “correttezza” nelle c.g.c. delle grandi piattaforme.

1. Premessa.

Olim, vi era chi pensava che il fruire di servizi offerti dalla rete (che per semplicità chiameremo Internet) si verificasse in un vuoto giuridico ispirato alle utopiche dichiarazioni di John Perry Barlow.

Bastava però, ad un osservatore meno ingenuo o distratto, andare al fondo della pagina web e trovare – come ha imparato qualsiasi giurista formatosi nella lettura dei contratti che zio Paperone fa sottoscrivere allo sprovveduto Paperino – in caratteri minuscoli la dizione “*Terms and conditions*”, cliccando sulla quale si apriva un mondo di disposizioni maccheronicamente tradotte dall’inglese all’italiano. Testi che avrebbero meritato di essere quanto meno esaminati in

¹ Lo scritto è frutto di riflessione comune. Nella redazione i parr. da 2 a 7 sono di Elena Poddighe. I restanti sono di Vincenzo Zeno-Zencovich.

* Professore associato di diritto comparato dell’Università di Sassari.

** Professore ordinario di diritto comparato dell’Università di Roma tre.

un volume sulla traduttologia giuridica e sulla impossibilità di veicolare un testo giuridico americano in una lingua dell'Europa continentale se non se ne conosce il diritto.

Tali condizioni generali erano – prescindendo dalla loro inintelligibilità – comunque radicalmente nulle quando riferite ad un utente qualificabile come “consumatore” in quanto costituivano l'espressione più chiara della lista delle clausole “nere” e “grigie” contenute nella Direttiva sulle clausole vessatorie.

E per i consumatori v'era da dubitare che l'esclusione di ogni responsabilità da parte del fornitore e soprattutto la declaratoria di competenza domestica (che conduceva a un delizioso giro turistico fra gli antichi monasteri spagnoli della California: Santa Clara, Santa Monica, San Francisco, San Diego) fosse valida ai sensi del nostro codice civile.

Peraltro, la poco realistica visione di Barlow era stata subito abbracciata dai nuovi imbonitori digitali, i quali decantavano la assoluta gratuità dei propri servizi (chi non ricorda la frottola contenuta nel motto “*Facebook is free, and will always be free*”?).

Una frottola avvalorata dalla modestia culturale e giuridica del legislatore brussellese il quale proclamava, nero su bianco, che un “servizio della società dell'informazione” per essere tale (e dunque essere regolamentato) richiedeva da parte del suo fruitore il pagamento di un corrispettivo monetario.

Lentamente, molto lentamente, le autorità comunitarie si sono rese conto della esistenza della “data economy” e della c.d. rivoluzione dei Big Data. I servizi resi via Internet consentono di raccogliere miliardi di miliardi di dati i quali, opportunatamente analizzati, rappresentano la ricchezza delle imprese. Il corrispettivo del servizio è rappresentato dalla dazione da parte dell'utente dei propri dati. Una dazione che si prolunga indefinitamente nel tempo attraverso l'installazione dei c.d. cookies in grado di monitorare l'attività futura dell'utilizzatore della rete.

Dunque, una quindicina di anni dopo che i buoi (cioè, i dati) erano scappati dalla stalla del singolo ed erano entrati, ben pasciuti, nelle stalle dei fornitori di servizi, l'Unione Europea ha introdotto una pervasiva disciplina che, nelle intenzioni, vorrebbe disciplinare i rapporti fra utente e prestatore del servizio.

Questa premessa si rende necessaria giacché è alla sua luce che adesso si può cercare di svolgere alcune considerazioni sulle condizioni generali di contratto nelle grandi piattaforme online e sulla applicazione ad esse del principio di correttezza.

2. Il quadro generale.

Il rapporto che si instaura fra fornitore di un servizio via Internet e l’utente è – in linea generale – un rapporto contrattuale. Esso è disciplinato dal combinato disposto delle c.g.c., dalle *leges speciales* rappresentate dal Regolamento UE 2065/23 e dalle Direttive 770/19 e 2161/19, e dai principi generali del Codice Civile.

Cominciando dalle c.g.c. va subito precisato che si prenderanno in considerazione quelle di alcuni “grandi piattaforme online”. La definizione di queste è contenuta nell’art. 33 del Regolamento UE 2065/22 (il c.d. *Digital Services Act*) che enuclea questa tipologia come destinataria di particolari obblighi: «piattaforme online e ai motori di ricerca online che hanno un numero medio mensile di destinatari attivi del servizio nell’Unione pari o superiore a 45 milioni e che sono designati come piattaforme online di dimensioni molto grandi o motori di ricerca online di dimensioni molto grandi a norma del paragrafo 4”. L’elenco è stato successivamente pubblicato dalla Commissione Europea in data 14.7.2023 e comprende Alibaba, Amazon, Bing, Booking, Facebook, Google, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, Zalando. Il che non vuol dire che gli altri fornitori di servizi via Internet (centinaia se non migliaia) non prevedano c.g.c. ma è evidente che in questo scritto si vogliono solo indicare alcune direttrici di regolamento giuridico che potrà estendersi anche ai fornitori di minori dimensioni. In questa sede si è scelto di analizzare le c.g.c. di quattro imprese, Google, TikTok, Meta e Amazon.

È opportuno evidenziare le differenze fra i diversi servizi offerti. Google – nella sua funzione di motore di ricerca – fornisce risposte alle ricerche dell’utente, indirizzandolo verso determinati siti. L’intervento dell’utente è minimo, in quanto si limita a formulare la richiesta. Le risposte contengono solitamente – poste in posizione preminente – le indicazioni di siti che hanno pagato Google per comparire in tale posizione (cerco “diritto privato università Genova” e mi compare come prima risposta il corso di diritto privato di una università telematica). Ma in generale il rapporto contrattuale si ferma, per l’utente, alla fase della risposta e non ha sviluppi successivi, se non nella circostanza che, se ha accettato i c.d. “cookies”, continuerà a pagare con i suoi dati ben oltre l’esaurimento della prestazione.

Nel caso di TikTok e Meta il rapporto contrattuale è assai diverso. In primo luogo, è di durata, nel senso che il fruitore del servizio deve attivare un “account” sul quale inserirà i propri messaggi (scritti, audio, video) e sul quale riceverà eventuali commenti. Dunque, il servizio non è – come per Google – *uno actu perficitur* – bensì richiede l’approntamento da parte del gestore di una struttura permanente di servizio.

Perché sia chiara la differenza, se in ipotesi Google non funzionasse per un giorno l'utente potrebbe rivolgersi ad un diverso motore di ricerca (sia pure di qualità sicuramente inferiore) e non avrebbe titolo per contestare il “*denial of service*” (lo può fare, invece, l'inserzionista). Nel caso di TikTok e di Meta la indisponibilità del servizio non consente alternative. O è disponibile e funziona correttamente oppure il gestore è – almeno formalmente – inadempiente.

Le situazioni di Amazon (ma anche di altre grandi piattaforme come Apple e Booking) è diversa in quanto l'utente, per i servizi che riceve, sovente ha pagato o paga, direttamente o indirettamente, un corrispettivo monetario.

Nel caso di Amazon (o di Booking) vi è una prima fase di tipo informativo: la disponibilità di un determinato prodotto o di un certo alloggio per una certa data. L'informazione potrebbe essere errata, in quanto il prodotto o l'alloggio non sono reperiti, mentre invece sono disponibili (situazione ben diversa è quella in cui non sono visibili perché il produttore/fornitore non desidera essere su quella piattaforma). Nel caso in cui sia fornita una informazione inesatta che impedisce la conclusione di un contratto, l'utente si trova di fronte alla *probatio diabolica* del danno asseritamente subito.

Tuttavia, il modello economico di tali piattaforme sta nella tipica intermediazione per la quale esse ricevono dal produttore del bene o dal fornitore del servizio una commissione sul prezzo pagato dall'utente.

Nel caso di Apple invece la piattaforma viene messa esclusivamente a disposizione – deve esserlo – di coloro i quali hanno acquistato un apparecchio digitale prodotto da tale impresa. Il servizio, dunque, è indispensabile per il funzionamento dell'apparecchio secondo un modello ormai risalente nel settore informatico (il contratto di vendita include quello di assistenza).

In sintesi, come in ogni analisi giuridica, è necessario distinguere le fattispecie e mettere il fuoco su un concetto che sembra forse desueto nel vacuo mondo dei c.d. “*smart contracts*” e cioè la causa del contratto intesa – secondo la formula tradizionale – come funzione economico-sociale.

3. *Le c.g.c. di Google.*

Ancorché, evidentemente costituiscono la versione italiana di un testo standard per tutta la UE, si nota una certa attenzione linguistica per i termini giuridici utilizzati nei contratti di Google. Non si tratta di una questione di stile. È ovvio che ai sensi dell'art. 1370 c.c. le eventuali imprecisioni o oscurità si ritorcono *contra proferentem* e dunque è interesse dell'impresa cercare di formulare le c.g.c. nel modo più chiaro possibile.

Tuttavia, non si può fare a meno di notare – e si tratta di considerazione comune a tutti i testi esaminati – che le c.g.c. non sono presentate in una forma tradizionalmente normativa (capi, sezioni, articoli numerati) ma hanno una struttura discorsiva. Tutto ciò ne rende difficile l’analisi e l’utilizzo anche perché le singole previsioni (ma si possono qualificare come tali?) hanno titolazioni generiche che ne rendono assai difficile la reperibilità.

Non v’è dubbio che si tratta di contratti di forma libera e dunque non vi è un obbligo specifico di seguire dei modelli ormai comuni e diffusamente utilizzati da almeno un paio di secoli. Distinguere ciò che è precettivo da ciò che è solo esemplificativo non è dunque semplice, nonostante l’impresa proclami che «Vogliamo che questi termini siano facilmente comprensibili» [e già sulla traduzione dell’inglese “*terms*” in “termini” si potrebbe discutere...]. Si vedano ad esempio alcuni passi che compaiono in una sezione denominata «Cosa ci aspettiamo dall’utente» (e qui sorge il dubbio se questa “aspettativa” configuri un obbligo giuridico in capo ad esso):

«Agire in conformità con le leggi vigenti, incluse quelle relative al controllo sulle esportazioni, alle sanzioni e al traffico di esseri umani.

Rispettare i diritti degli altri, inclusi quelli relativi alla privacy e alla proprietà intellettuale.

Non comportarsi in maniera illecita né danneggiare gli altri o se stessi (oppure minacciare o incoraggiare tale attività illecita o dannosa), ad esempio fuorviando, diffamando, rubando l’identità, praticando bullismo, molestando o commettendo stalking nei confronti di altri utenti.

Non comportarsi in maniera illecita, né danneggiare, interferire o ostacolare i servizi, ad esempio accedendovi o utilizzandoli in modo fraudolenti o ingannevoli, introducendo malware, spam, pirateria informatica o bypassando i nostri sistemi o le nostre misure di protezione. Quando indicizziamo il Web per fornire all’utente i risultati di ricerca, rispettiamo i limiti di utilizzo standard che i proprietari di siti web specificano nel codice del proprio sito, pertanto richiediamo lo stesso quando altri utenti utilizzano i nostri servizi.”

Si coglie subito – anche senza voler ergersi a difensore dell’utente – una notevole genericità che potrebbe configurarsi come una nullità ai sensi dell’art. 1346 c.c. Ma vi è un ulteriore problema.

Tale testo rinvia a «nostri termini aggiuntivi specifici dei servizi» che “forniscono ulteriori dettagli in merito alla condotta appropriata che tutti gli utenti dei nostri servizi sono tenuti a seguire”. Tali “termini aggiuntivi” dovrebbero trovarsi in un ipertesto, che però contiene una interminabile lista (circa un centinaio in ordine sparso) di tutti i servizi offerti da Google. Per quanto riguarda il motore di ricerca, non è stato possibile individuare disposizioni “aggiuntive”.

Stante la non chiarissima determinazione degli obblighi posti in capo all'utente, viene naturalmente da chiedersi quale sia la portata del paragrafo titolato: «Sospensione o interruzione dell'accesso ai servizi di Google»

Google si riserva il diritto di sospendere o interrompere l'accesso dell'utente ai servizi o di eliminare il suo Account Google nel caso si verifichi una delle seguenti situazioni:

L'utente viola in modo sostanziale o ripetuto i presenti termini, i termini aggiuntivi specifici dei servizi o le norme.

Siamo tenuti ad agire in questo modo per rispettare un requisito legale o un'ingiunzione del tribunale

Riteniamo, in maniera ragionevole, che la condotta dell'utente comporti danni o responsabilità per un altro utente, una terza parte o Google, ad esempio per via di attività di pirateria informatica o phishing, comportamenti molesti, inclusione di spam, atteggiamenti fuorvianti o sottrazione di contenuti di altri siti che non appartengono all'utente”.

Tale indeterminatezza si riflette inevitabilmente sulla individuazione degli obblighi dell'impresa: «Google si impegna ad osservare con diligenza e buona fede i presenti termini e i termini aggiuntivi specifici dei servizi. Saremo responsabili, nei termini di legge, per i danni derivanti da una nostra eventuale violazione dei predetti termini di servizio”.

4. *Le c.g.c. di Tik Tok.*

La piattaforma di condivisione di brevi filmati ha avuto un grandissimo successo in Europa, soprattutto fra gli adolescenti.

Le c.g.c. del servizio interessano non solo per la tipologia del servizio ma anche perché Tik Tok è impresa a controllo cinese, e dunque occorre comprendere come essa disciplini i rapporti con gli utenti, in assenza di un “*imprinting*” statunitense che invece si rinviene nella maggioranza delle altre piattaforme.

Sebbene le c.g.c. siano almeno formalmente ordinate per sezioni numerate, cercare di sintetizzare diritti ed obblighi delle parti è praticamente impossibile.

Le 15 pagine delle c.g.c. rinviano a “otto principi guida della *community*”, di non facilissima accessibilità, e a otto allegati riferiti a singole operazioni. Questi ultimi si rivolgono prevalentemente ai soggetti che sulla piattaforma offrono servizi di natura commerciale, ma al loro interno si possono rinvenire disposizioni rivolte all'utente comune, in particolare laddove il proprio video contenga brani musicali protetti dal diritto d'autore.

Nel suo contenuto essenziale le c.g.c. sono un interminabile elenco degli obblighi posti in capo all’utente. Un elenco così lungo che non è possibile, in questa sede, riportarli. È sufficiente riportare il par. 4.5. “Che cosa non si può fare sulla Piattaforma”: «Le nostre linee guida della Community si applicano a tutti gli utenti e a tutti i contenuti della Piattaforma. Chi desideri utilizzare la Piattaforma non può creare, pubblicare, condividere, inserire collegamenti o interagire con contenuti in violazione delle Linee guida della Community”. Quanto agli obblighi assunti dall’impresa si tratta, in genere, di formule volte ad escluderli o limitarli. Così, al par. 5 “Cosa promettiamo” si afferma: «Promettiamo all’utente un ragionevole livello di competenza e cura nel rendere fruibile la Piattaforma e di agire con diligenza professionale”. Tale affermazione viene poi abbondantemente diluita nei paragrafi successivi.

Ma soprattutto va segnalato che – seguendo il primigenio modello “Facebook” – l’impresa dichiara che pubblicando dei video sulla piattaforma l’utente concede una licenza a TikTok per il loro utilizzo e la loro cessione a terzi. L’operatività dell’eventuale rimozione del video o della chiusura del profilo nei confronti della piattaforma appare di difficile realizzazione, sicché *de facto* viene concessa una licenza *sine die*.

E la piattaforma si riserva «il diritto di reclamare il nome del profilo dell’utente e renderlo disponibile ad altri utenti in caso di mancato accesso per 6 mesi”.

5. Le c.g.c. di Meta.

Facebook – oggi Meta – è stata da sempre l’esempio preclaro della assoluta assenza di qualsiasi obbligo da parte dell’impresa e del completo controllo della stessa sui dati e sui contenuti “caricati” dall’utente.

A distanza di vent’anni, ancorché l’impresa presenti delle c.g.c. all’apparenza più in linea con il diritto europeo, esse appaiono tuttora generiche, oscure, di difficile coordinamento e comprensione fra le loro diverse parti, e, comunque, ricche di previsioni che vanno a totale favore di Meta e a discapito dell’utente.

È sufficiente menzionare la formulazione del punto 2.1. in forza del quale «L’utente non può usare i Prodotti per adottare condotte o condividere i contenuti seguenti:

Contenuti contrari alle presenti condizioni agli Standard della Community e ad altre condizioni e normative applicabili all’uso dei nostri Prodotti da parte dell’utente.”

Gli “*standard della community*” sono collegati in ipertesto e portano a decine e decine di pagine divise per sezioni, il cui semplice accesso richiede una note-

vole pazienza. Peraltro, l'utente viene avvertito sul fatto che "le normative più aggiornate" si trovano nella «versione in inglese statunitense degli Standard della Community».

Inoltre, le c.g.c. rinviando ad ulteriori 13 allegati per le varie tipologie di servizio.

Meta, secondo il suo modello originario, si attribuisce una licenza per l'utilizzo di tutti i contenuti "caricati" e il processo di eliminazione da parte dell'utente è particolarmente lungo e complesso.

L'utente inoltre autorizza Facebook all'uso del nome, dell'immagine del profilo e a tutti i dati relativi alle attività dell'utente per iniziative pubblicitarie e promozionali.

Le c.g.c. contengono pagine e pagine con la dettagliata elencazione dei "contenuti da non pubblicare" articolati in tre "livelli". La lettura di tale testo – che per la sua lunghezza non si riproduce qui e che all'evidenza è una traduzione spesso senza senso di un testo inglese (cosa mai significa, a titolo esemplificativo, il divieto di pubblicare «Materiale di origine che afferma di rivelare informazioni non pubbliche pertinenti a un'elezione condivisa nell'ambito di un'operazione di influenza di un governo straniero?») – è particolarmente istruttiva sul modello di organizzazione sociale che si vorrebbe promuovere ed il modo, minuzioso e casuistico, di regolamentazione del discorso. Solo per dare l'idea della natura dei divieti si rinvia all'interminabile e confuso elenco dei «Discorsi o immagini disumanizzanti sotto forma di confronti, generalizzazioni o dichiarazioni comportamentali non classificate (in forma scritta o visiva)». Oppure, all'elenco delle aggettivazioni proibite (sudicio, sporco, maledorante, brutto, orribile, stupido, imbecille idiota, analfabeta, ignorante, malato di mente, ritardato, pazzo, folle, codardo, bugiardo, arrogante, ignorante, puttana, troia, pervertito).

Altre pagine sono poi dedicate alla pubblicazione di immagini e video.

Ma ciò che più colpisce è la coercizione dell'espressione secondo determinati modelli che si vogliono "standardizzati" e che ricordano terrificanti esperienze passate dal mondo occidentale e presenti realtà di paesi dove una sola parola sbagliata può portare alla perdita della libertà se non della vita.

Tutto ciò è tradotto in programma di verifica e di esclusioni automatici dei messaggi ritenuti non conformi agli "standard". Gli effetti comicamente censori sono fin troppo evidenti (e ricorrenti) solo scorrendo l'elenco sopra riportato, e constatando il bando che viene posto a Elena di Troia e a *L'Idiota* di Dostojevski.

6. Le c.g.c. di Amazon.

Come già evidenziato, Amazon è una grande piattaforma diversa da quelle precedenti, in quanto è specializzata nel commercio elettronico di beni prodotti da terze parti, rispetto ai quali funge da intermediario ricevendo una commissione per il servizio. Negli ultimi anni Amazon produce propri prodotti audiovisivi, che però qui non sono presi in considerazione. Invece è opportuno menzionare il servizio “Prime” con il quale, versando una somma annua l’utente ha diritto ad una consegna, prioritaria e senza ulteriori costi, dei beni ordinati online. Amazon, dunque interessa per la diversa natura del servizio reso e del suo modello economico che certamente ne fa una c.d. “Big Data company” ma la pone a cavallo fra economia digitale e produzione reale con una imponente struttura logistica (magazzini e servizi di trasporto). Ma, soprattutto, agli occhi del giurista vi è un punto distintivo: attraverso Amazon l’utente conclude contratti di compravendita, con tutte le implicazioni che ciò comporta.

Non a caso le c.g.c. di Amazon sono definite “Condizioni Generali di Uso e Vendita”.

Peraltro, le c.g.c. contengono disposizioni che sono rivolte al tempo stesso agli utenti che accedono al servizio per fare acquisti, sia alle imprese terze che, tramite la piattaforma offrono beni in vendita.

Particolare attenzione meritano le disposizioni delle c.g.c. che mirano ad escludere la responsabilità di Amazon per i beni e i servizi di terzi:

«non siamo responsabili del contratto o della valutazione di questi operatori commerciali o di questi soggetti o del contenuto di loro siti, né offriamo garanzie sulle loro proposte di vendita. Amazon non può in alcun modo essere ritenuta responsabile per le azioni, i prodotti e i contenuti di tutti questi soggetti o di qualunque terzo”

«Amazon facilita le transazioni che intercorrono sul sito, ma non è parte del contratto di vendita dei beni venduti da questi venditori terzi. Amazon rimane pertanto estranea a questo contratto, che intercorre esclusivamente tra l’acquirente ed il venditore”

La dubbia validità delle clausole di esonero dell’intermediario ha indotto il legislatore europeo (si v. *infra*) ad intervenire imponendo obblighi di garanzia in capo all’intermediario. Dunque, nelle c.g.c. di Amazon si rinviene l’espressa assunzione di una “garanzia legale” conforme a quanto previsto dalla Direttiva 83/2011 sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali e dalla Direttiva 44/1999 (ora sostituita con quella 771/2019) sulle garanzie nelle vendite ai consumatori: dunque diritto di recesso, restituzione, sostituzione, rimborso.

Vale la pena segnalare, peraltro, che le c.g.c. prevedono la competenza, non esclusiva, delle corti lussemburghesi (dove Amazon EU Sarl ha sede) e del diritto sostanziale lussemburghese.

7. *Le leges speciales.*

Le c.g.c. delle “grandi piattaforme online” mirano a disciplinare i rapporti con gli utenti. Esse devono essere tuttavia lette in congiunzione con le norme speciali introdotte dall’Unione Europea per disciplinare i rapporti che si svolgono in rete. Tali norme in parte pongono obblighi in capo alle piattaforme, altre volte pongono diritti in capo agli utenti. In ogni caso se le c.g.c. sono particolarmente sfuggenti, non si può dire che le norme europee forniscano un quadro di riferimento chiaro.

In sostanza, quel che si vorrebbe poter fare – e si tratta di pretesa legittima in primo luogo da parte delle piattaforme le quali non vogliono incorrere in pesantissime sanzioni, in secondo luogo da parte degli utenti (o meglio delle loro associazioni) i quali hanno bisogno di sapere se un loro diritto è stato violato – è mettere nel setaccio normativo i confusi testi delle c.g.c. e verificare cosa supera l’esame, e cosa invece rimane fuori in quanto non conforme.

Il Regolamento 2065/2022

I rapporti fra piattaforma e utenti sono, ora, nei termini più ampi disciplinati dal Regolamento 2065/2022 (Mercato Unico dei servizi digitali) il quale ha sostituito la antica Direttiva 31/2000 sul commercio elettronico.

Il Regolamento 2065/2022 (comunemente chiamato con il suo acronimo inglese DSA – *Digital Services Act*) entrerà in vigore il 17 febbraio 2024, ma nei confronti delle “grandi piattaforme online” è entrata in vigore dal novembre 2023, quattro mesi dopo la comunicazione, da parte della Commissione, della lista delle piattaforme soggette a più stringenti e penetranti oneri.

Si sarebbe potuto pensare che il Regolamento avrebbe potuto essere l’occasione per introdurre maggiore chiarezza nelle c.g.c., ma l’art. 30, comma 7, impone tale obbligo solo con riguardo a «Il fornitore della piattaforma online che consente ai consumatori di concludere contratti a distanza con operatori commerciali mette a disposizione dei destinatari del servizio, sulle sue piattaforme online, le informazioni di cui al paragrafo 1, lettere a), d) ed e) in modo chiaro, facilmente accessibile e comprensibile. Tali informazioni devono essere disponibili almeno sull’interfaccia online della piattaforma online dove appaiono le informazioni sul prodotto o sul servizio”. Dunque, per quanto qui analizzato, l’obbligo riguarda solo Amazon e non le altre tre piattaforme (e tutte quelle analoghe).

È umanamente impossibile passare in rassegna i 156 “considerando” ed i 93 articoli del Regolamento per comprendere se e in che misura essi possano applicarsi alle c.g.c. Il che significa, in sostanza, attribuire a chi è chiamato ad applicarle la discrezionalità interpretativa più ampia che si possa immaginare, secondo l’estro, l’umore, il contesto.

Si è pertanto costretti ad alcune assai generali considerazioni tratte dall’articolato.

In primo luogo, in questa disamina prevalentemente contrattuale, rileva quanto disposto dall’art. 1, comma 2, lett. b) che indica come oggetto del Regolamento «norme relative a specifici obblighi in materia di doveri di diligenza adottati a determinate categorie di prestatori di servizi intermediari”.

Nello specifico, il Regolamento individua quattro “rischi sistemici”, ovverosia la diffusione di contenuti illegali, i possibili effetti negativi per l’esercizio dei diritti fondamentali, gli eventuali effetti negativi sui processi elettorali e la sicurezza pubblica, qualsiasi effetto che favorisca la violenza di genere, ovvero incita sulla protezione della salute fisica e mentale (art. 34).

Per evitare tali “rischi sistemici” le grandi piattaforme dovrebbero provvedere all’ «adeguamento delle condizioni generali e la loro applicazione” (art. 35, comma 1, lett. b), ma, più in generale, dovrebbero adeguare la progettazione, le caratteristiche e il funzionamento dei loro servizi, utilizzando sistemi algoritmici (*ibidem*, lett. a) e d).

La Direttiva 770/2019

Con la Direttiva 770/2019 «relativa a determinati aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali” l’UE si è proposta l’obiettivo di regolare i «contratti di fornitura di contenuto digitale tra operatori economici e consumatori” «stabilendo norme comuni su determinate prescrizioni concernenti i contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali tra operatori economici e consumatori, in particolare le norme:

sulla conformità del contenuto digitale o del servizio digitale al contratto, sui rimedi in caso di difetto di conformità al contratto o di mancata fornitura, e sulle modalità di esercizio degli stessi, nonché sulla modifica del contenuto digitale o del servizio digitale” (art. 1).

Considerando che la Direttiva è entrata in vigore il 1.1.2022 è fin troppo facile constatare l’inesistente impatto sulle c.g.c. che dianzi si sono analizzate.

La ragione sembra potersi ricondurre alla formulazione “colabrodo” dell’art. 3 – che assembla 10 commi e 8 lettere – dal quale è davvero difficile comprendere a quali servizi /contenuti la Direttiva si applica o non si applica.

Peraltro, l’art. 4 stabilisce che si tratta di una direttiva di “armonizzazione massima” e dunque gli Stati membri non possono discostarsi dalle sue disposizioni.

Il civilista subito avverte una serie di corto-circuiti applicativi. Ad esempio l'art. 7 stabilisce che «È conforme al contratto il contenuto digitale o il servizio digitale che, in particolare, se del caso:

corrisponde alla descrizione, alla quantità e alla qualità previste dal contratto e presenta la funzionalità, la compatibilità, l'interoperabilità e le altre caratteristiche previste dal contratto”.

È chiaro che con riguardo alle c.g.c. che si sono riportate sopra è davvero arduo verificare e accertare una conformità/difformità.

Come pure riesce davvero arduo verificare e accertare la conformità alla lunga lista di “requisiti oggettivi” prescritti dall'art. 8.

Ma il vuoto più vistoso lo si rinviene nella previsione dei rimedi di cui agli artt. 13 ss. i quali sono strutturati per il caso in cui il consumatore abbia pagato un corrispettivo monetario. Laddove invece abbia – come si è visto nei casi prima analizzati – “pagato” con i suoi dati l'unica conseguenza della non conformità è il divieto – “bucherellato” da molteplici eccezioni (art. 16, comma 3) – di utilizzarli.

La Direttiva 2161/2019

Il terzo testo normativo da prendere in considerazione nel quadro delle *leges speciales* è la Direttiva 2161/2019 che “modernizza” le norme dell'Unione sulla protezione dei consumatori. L'intervento viene fatto attraverso numerosi emendamenti alla Direttiva c.d. *Omnibus* 83/2011, essendosi resa conto l'UE, pochi anni dopo la sua introduzione, che una parte significativa delle attività dei consumatori si era trasferita online.

In termini generali le modifiche comportano la estensione della disciplina in materia di contratti a distanza a tutte le attività contrattuali svolte attraverso la rete.

Per quanto qui interessa sembra che la disciplina non sia stata pensata con riferimento alle grandi piattaforme online, con eccezione di quelle – come Amazon – che mirano alla conclusione di ulteriori contratti per l'acquisto di beni e servizi. In tale senso si possono confrontare le prescrizioni di cui al novellato art. 6 *bis* della Direttiva 83/2011 con quanto esposto sopra ai parr. 2, 3 e 4 e rendersi conto che esse sono del tutto disattese.

E la Direttiva 2161/19, al pari di quella 770/19, prevede come unico rimedio in cui il servizio sia stato “pagato” attraverso dati il divieto, assai temperato, di utilizzare tali dati *pro-futuro*.

8. La nozione di “correttezza” nelle c.g.c. delle piattaforme.

L'esame finora svolto consente di svolgere alcune considerazioni generali in ordine alle c.g.c. che dovrebbero regolare i rapporti fra utente e grandi piattaforme online.

La sterminata letteratura in tema di “clausole generali” del diritto civile mette in evidenza, fra tanti aspetti, la loro funzione di controllo sul rapporto contrattuale e sulla sua equità: buona fede, correttezza, adeguatezza della prestazione sono strumenti affidati al “prudente apprezzamento” (per riprendere uno stilema della Cassazione) del giudice chiamato a valutare la fondatezza delle azioni di debitore o creditore. Le clausole generali sono pensate per un rapporto ben individuato soggettivamente e sotto il controllo giudiziario.

Ma nei rapporti in rete, per un verso non si tratta di rapporti singolarmente isolati, ma milioni, miliardi di rapporti che si realizzano ogni istante in forma automatica. È difficile che il giudice se ne occupi, e dunque le clausole generali non incontrano il loro naturale interprete.

Se è vero che *remedies precede rights*, se l’unico rimedio offerto è quello del divieto di utilizzazione dei dati dell’utente del servizio, i diritti di quest’ultimo sono impalpabili.

A ciò si aggiunga l’ovvia considerazione che i tempi – e i costi – della giustizia sono del tutto incompatibili con quelli delle operazioni digitali.

L’alternativa potrebbe essere quella di incorporare la nozione di correttezza all’interno degli algoritmi che dovrebbero governare le operazioni digitali. Ma se si devono prendere per valide le statuizioni contenute nelle c.g.c. che si sono analizzate si vede che la “correttezza” nella condotta è imposta solo all’utente. E nella misura in cui – attraverso statuizioni vaghe e fluide – la legislazione europea bandisce “discorsi d’odio” o “discriminatori”, “disinformazione”, “contenuti illegali”, ciò non fa che giustificare, in termini giuridici, il penetrante controllo algoritmico delle espressioni dell’utente.

In ogni caso il controllo sulla correttezza si sposta dall’agone giuridico a quello dell’intervento amministrativo sulla conformità degli algoritmi alle prescrizioni normative, la cui interpretazione – lo si è visto – oscilla fra discrezionalità e arbitrio.

Ma anche a voler “algoritmizzare” la nozione di correttezza, non si può dimenticare che la dimensione informatica, applicata alle relazioni che gli utenti intrattengono con e sulle piattaforme, è inevitabilmente inferenziale, basata su principi di probabilità e prevalenza, ben lontani dalla concezione individualistica della “correttezza” nelle operazioni economiche.

LA CAUSA NON IMPUTABILE NELLA DISCIPLINA DELL'INADEMPIMENTO

Gianroberto Villa *

Sommario: 1. Impossibilità non imputabile e responsabilità nel pensiero di Giovanna Visintini. – 2. La regola per cui l'impotenza finanziaria non esonera il debitore di somme di denaro. Il problema della sua attualità: la legislazione per l'emergenza pandemica. – 3. Sempre sull'attualità della regola: l'esdebitazione e il Codice della Crisi. – 4. L'inesigibilità dell'obbligo di restituire l'indebito pagamento di denaro riconosciuta dalla Corte Costituzionale e la permanente attualità dell'irrelevanza dell'impotenza finanziaria.

1. Impossibilità non imputabile e responsabilità nel pensiero di Giovanna Visintini.

Nel percorso di ricerca tracciato da Giovanna Visintini, il tema della responsabilità per inadempimento ha avuto una parte di grande rilievo¹ e ha offerto l'occasione per mettere a fuoco una molteplicità di questioni. Un elenco che voglia avere pretese di completezza si rivelerebbe facilmente lacunoso e quindi, con un certo arbitrio, si ricorderanno qui solo alcuni dei punti nodali della riflessione sviluppata dall'Autrice.

* Professore ordinario di diritto privato dell'Università degli studi di Milano.

¹ Limitando lo sguardo ai lavori principali e di taglio generale, v. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in Tratt. RESCIGNO, 9, 2a ed., Utet, 1999, 209 ss.; Ead., *Inadempimento e mora del debitore, Artt. 1218-1222*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, Milano, 2006; Ead., *La responsabilità contrattuale*, Jovene, 1979; Ead., voce *Inadempimento*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989; nonché, la curatela – con contributi - dei tre volumi del *Trattato della responsabilità contrattuale*, Cedam, 2009.

Al centro dell'attenzione che Giovanna Visintini ha dedicato all'art. 1218 c.c. vi è stata la nozione di impossibilità liberatoria, il cui significato è stato enucleato a seguito di un'approfondita ricostruzione storica che ha sottolineato l'influenza determinante del pensiero di Giuseppe Osti nelle scelte del legislatore, con la conseguente accentuazione del carattere oggettivo dell'impossibilità; peraltro l'indagine non è stata svolta solo guardando alle riflessioni teoriche, ma, ispirandosi all'insegnamento del realismo giuridico, ha prestato la massima attenzione all'impiego che la giurisprudenza riserva alle regole sull'inadempimento.

Queste linee di ricerca hanno portato alla convinzione di essere al cospetto di un sistema "piuttosto severo"², in cui la responsabilità oggettiva opera in un ambito che può estendersi anche oltre i rapporti di impresa. Peraltro, pur nella severità di questo impianto, non è stata trascurata la costruzione di strumenti volti a mitigare il rigore con cui è trattato il debitore, ed in particolare Giovanna Visintini ha ammesso il ricorso alla nozione di inesigibilità, laddove la prestazione coinvolga attività dovute personalmente dall'obbligato e la responsabilità possa venire in conflitto con valori giuridicamente sovraordinati³. Il campo elettivo in cui la nozione trova applicazione è stato visto dall'Autrice nei rapporti di lavoro subordinato, nei quali un bilanciamento tra gli interessi condotto in base all'art. 1375 c.c. ha portato anche al risultato di far ritenere illegittimi determinati tipi di agitazione sindacale che mettano a rischio il valore dell'organizzazione imprenditoriale appartenente al datore di lavoro.

Quanto ai criteri di imputazione della responsabilità, è stata sottolineata l'indeguatezza di un'interpretazione che dissolva la valutazione del comportamento del debitore nella colpa, dal momento che la legge prevede modalità di ripartizione dei rischi tra le parti che, con frequenza, rendono irrilevante l'atteggiamento diligente del debitore, imponendogli oggettivamente le conseguenze derivanti da lacune nella propria organizzazione economica⁴.

In questo quadro, Giovanna Visintini accoglie la regola, seguita dalla giurisprudenza, secondo la quale nelle obbligazioni pecuniarie il debitore non può invocare l'impossibilità (salvo che per marginali ipotesi in cui è chiamato a rispondere del ritardo), in quanto l'impotenza finanziaria dell'obbligato non assume mai a causa liberatoria⁵.

² VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 413.

³ VISINTINI, *op. cit.*, 331.

⁴ VISINTINI, *op. ult. cit.*, 349 ss.

⁵ VISINTINI, *op. ult. cit.*, 366 ss.

Si ha a che fare con una conclusione allineata ad un pensiero ampiamente condiviso⁶, che si specifica nell'affermazione per cui «l'impossibilità assoluta e oggettiva non può verificarsi quando oggetto dell'obbligazione sia una somma di denaro»⁷, tanto che anche giuristi orientati verso concezioni soggettive della responsabilità, in questi rapporti ammettono l'esistenza di principi assai diversi⁸. Detto in altri termini, per l'obbligazione pecuniaria vige un regime di responsabilità che è stata definita "incondizionata", nel quale la carenza di denaro in capo al debitore costituisce un'evenienza che non deve ricadere sul creditore, così come il debitore di cose di genere non può liberarsi invocando la circostanza di non poter disporre incolpevolmente di beni reperibili sul mercato.

2. La regola per cui l'impotenza finanziaria non esonera il debitore di somme di denaro. Il problema della sua attualità: la legislazione per l'emergenza pandemica.

Un'analisi esauriente delle cause di esonero dalla responsabilità contrattuale richiederebbe uno spazio assai ampio, non compatibile con un intervento ad un convegno; è quindi opportuno concentrare l'attenzione su taluni temi specifici, in modo da fornire un contributo che consideri argomenti per i quali sono emersi di recente spunti di riflessione derivanti da interventi del legislatore o da proposte degli interpreti.

In questa prospettiva, non è un caso che appena sopra si sia richiamata l'attenzione sul tema dell'impossibilità nell'obbligazione pecuniaria, dal momento

⁶ TRIMARCHI, *Istituzioni*, cit., § 244; Id., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 28; MEMMO, *La responsabilità del debitore per inadempimento*, in *Le obbligazioni*, a cura di FRANZONI, I, Utet, 2004, 902.

⁷ C. 21.4.1965, n. 699; C. 10.7.1968, n. 2393, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1969, II, 207; con la precisazione che il discorso riguarda l'estinzione dell'obbligazione, C. 30.4.2012, n. 6594. In dottrina, INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie, Artt. 1277-1284*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, Roma, 2011, 11 ss. In generale, sul tema dell'obbligazione avente ad oggetto somme di denaro, v. l'analisi di DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, 2012.

⁸ GIORGIANNI, *L'inadempimento*, 3a ed., Milano, 1975, 299, il quale ritiene prevalente l'aspetto della garanzia patrimoniale (art. 2740) sulla valutazione della condotta del debitore in termini di diligenza.

⁹ MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, cit., 48; e in *Le nuove frontiere della responsabilità contrattuale*, cit., 761.

che il carattere incondizionato del debito di pagare somme di denaro è stato ultimamente sottoposto ad alcuni ripensamenti che mirano a giustificare soluzioni diverse e più favorevoli all'obbligato. È appunto su questa evoluzione che le considerazioni sviluppate qui intendono soffermarsi.

Si tratta di un'evoluzione che ha preso forma in tre aree: la prima attiene agli effetti che la legislazione di emergenza emanata negli anni della pandemia da Covid-19 ha prodotto sui rapporti obbligatori e sulla relativa responsabilità; la seconda area riguarda il consolidarsi di strumenti tesi a consentire al debitore di superare le proprie condizioni di insolvenza o sovraindebitamento, ai quali il Codice della Crisi ha prestato ampia attenzione¹⁰; la terza area prende le mosse da un intervento della Corte Costituzionale che ha assegnato all'inesigibilità anche la funzione di dilazionare o estinguere parzialmente l'obbligazione pecuniaria, modificando così, a certe condizioni, il principio dell'irrelevanza delle condizioni del debitore ai fini della sua liberazione¹¹.

È bene procedere ad un'analisi distinta dei tre ambiti muovendo dalla legislazione approvata durante la pandemia.

Come è noto, diversi provvedimenti hanno imposto, per alcuni periodi di tempo caratterizzati da una preoccupante diffusione del contagio, il divieto di svolgere determinate attività, rendendo impossibile tanto l'esecuzione, quanto la fruizione della prestazione promessa, come è accaduto per i viaggi, per l'accesso a strutture sportive o teatri e cinema, o per altre attività in cui il contatto ravvicinato tra le persone avrebbe incrementato il rischio di propagare la malattia.

Non è dubbio che in simili casi il provvedimento dell'autorità abbia generato un'impossibilità non imputabile a prestare e, il più delle volte, una correlata impossibilità a ricevere la prestazione. In queste ipotesi, in cui i rapporti coinvolti si sono trovati nelle condizioni per applicare, secondo i casi, la disciplina dell'impossibilità prevista dagli artt. 1256, 1257, 1463 e 1464, la legislazione speciale ha introdotto a volte particolari soluzioni destinate a mitigare le possibili ripercussioni economiche che sarebbero derivate dalla risoluzione dei contratti in essere, ed in particolare gli obblighi di restituire le controprestazioni in denaro ricevute in anticipo dai prestatori di servizi divenuti oggetto di divieto; è stata così prevista, ad esempio, la possibilità di fornire ai clienti voucher destinati alla

¹⁰ A queste due aree è dedicata la riflessione di ASTONE, *L'incapacità economica sopravvenuta di adempiere. Problemi e prospettive*, Padova, 2023, in un quadro in cui è prefigurato il superamento del principio per cui l'impotenza finanziaria non rileva.

¹¹ C. Cost., 27.1.2023, n. 8.

fruizione futura delle prestazioni non godute per la chiusura forzata degli esercizi o l'impedimento dei viaggi, così da evitare l'immediata restituzione dei corrispettivi avuti in acconto¹².

Altri provvedimenti hanno inciso direttamente sui termini di adempimento di talune prestazioni pecuniarie (per esempio, per taluni contratti di mutuo), comportando così la possibilità per il debitore di ricorrere ad una moratoria che potesse superare la momentanea situazione di impotenza finanziaria derivante dal diffuso blocco delle attività economiche¹³.

Come è poi noto, con una disposizione di contenuto più generale è stata introdotta una norma dal significato piuttosto vago (art. 91 d.l. 18/2020), secondo la quale «il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». Si tratta di una disposizione che non crea in verità un automatismo tra la soggezione ai provvedimenti restrittivi emanati per ragioni sanitarie e il loro riconoscimento quali cause giustificative dell'inadempimento, essendo la relativa valutazione, pur sempre necessaria, rimessa al giudice, con la conseguenza che è immaginabile una varietà di scenari dipendenti dalla natura della singola prestazione e dal contesto contrattuale in cui essa è inserita.

Ciò che appare evidente nella norma è che l'esenzione da responsabilità non è intesa dalla legge come immediato effetto della situazione generalizzata di crisi creata dall'epidemia, ma è riconosciuta solo quando sussista il *factum principis* costituito dall'incompatibilità il "rispetto delle misure di contenimento" e l'esecuzione della prestazione promessa.

In questa prospettiva, non è stata emanata alcuna disposizione che abbia impedito l'esecuzione dell'obbligazione pecuniaria (non avendo tale contenuto neppure la previsione relativa alla già descritta possibilità riconosciuta ai mutuatari di ottenere dilazioni o ad alcune imprese di sottrarsi temporaneamente ad obblighi di restituzione delle somme avute in acconto), cosicché il riflesso della disciplina sanitaria emanata durante l'emergenza sull'obbligo di pagare somme di denaro è stato solamente indiretto, ponendosi il problema nel più articolato contesto delle prestazioni pecuniarie dovute come corrispettivo per una controprestazione inserita in un rapporto temporaneamente alterato dal blocco delle attività economi-

¹² Artt. 88 e 88-bis D.L. 18/2020 e successive modifiche.

¹³ D.L. 18/2020; L. 27/2020; D.L. 73/2021; L. 106/2021; L. 197/2022.

che. L'esempio più immediato è quello delle locazioni di immobili destinati ad usi commerciali, nelle quali l'impossibilità di svolgere l'attività ha ridotto le facoltà di godimento del bene da parte dei conduttori, che per alcuni periodi hanno potuto utilizzare i locali come luogo di stoccaggio di merci e attrezzature, ma non come sede per svolgere attività al contatto con il pubblico.

In via generale, le abbondanti riflessioni svolte sull'onda delle preoccupazioni derivanti da una situazione del tutto inedita hanno prevalentemente abbracciato la soluzione della rinegoziazione del contratto imposta dal dovere di buona fede, così da ammettere quale rimedio la rideterminazione delle prestazioni dovute dalla parte tenuta al pagamento di un prezzo o di un canone che era stato concordato in momenti in cui il mercato non era alterato dalla sopravvenienza della pandemia, ma che poteva rivelarsi eccessivo di fronte alle ridotte possibilità di godimento del bene o insostenibile a seguito della riduzione del normale volume di affari¹⁴.

È opportuno osservare in via preliminare che la questione della rinegoziazione attiene, a rigore, alla fonte dell'obbligazione, eliminando o modificando il contenuto della prestazione dovuta, e non coinvolge, in quanto tale, il principio per cui l'impotenza finanziaria non rileva ai fini della liberazione del debitore di somme di denaro; ciò in quanto il presupposto sul quale si basa il dovere di rinegoziare non è l'incapacità della parte di pagare, ma lo squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni. Ciò nonostante, anche in questa sede sono utili alcune notazioni.

La prima attiene alle soluzioni concretamente adottate sul piano della pratica. Considerando dunque, quale principale banco di prova, il contratto di locazione, una prima reazione, in cui l'emotività del momento può avere avuto un ruolo decisivo, si è tradotta in provvedimenti cautelari con cui sono state bloccate escussioni di fideiussioni o titoli dati in garanzia dal conduttore, o in pronunce di merito in cui si è talora riconosciuto un intervento riduttivo del giudice sul canone concordato¹⁵, a volte presupponendo un dovere di rinegoziazione tra le parti¹⁶. Se si guarda all'evoluzione successiva, però, si rileva nella giurisprudenza maggioritaria l'accoglimento di un orientamento che rifiuta di considerare i provvedimenti restrittivi quali cause di esonero (nemmeno parziale) dall'obbligo di pagare il canone¹⁷.

¹⁴ V. per tutti la Relazione tematica del Ruolo della Corte Suprema dell'8 luglio 2020, n. 6.

¹⁵ T. Roma 25.7.2020; T. Venezia 28.7.2020; T. Milano 7.2.2022, n. 1019.

¹⁶ T. Roma 7.8.2020; T. Roma 27.8.2020.

¹⁷ T. Roma 19.2.2021; T. Palermo 26.4.2021, n. 1773; T. Roma 16.7.2021, T.

Vi è da osservare che su questa evoluzione ha avuto influenza la restrizione imposta dall'art. 6 nonies d.l. 41/2021, il quale ha previsto un dovere di rinegoziare in buona fede solo in presenza di stringenti condizioni (chiusura dell'esercizio per almeno 200 giorni anche non consecutivi, riduzione dei ricavi per almeno il 50% e mancata fruizione di altre misure di sostegno), senza accordare al giudice un potere di intervento in caso di fallimento della trattativa; restrizioni con un impianto molto simile hanno riguardato la rinegoziazione relativa alla locazione di palestre ed impianti sportivi, specificamente disciplinata dall'art. 216, n. 3, d. l. 34/2020.

Questo suggerisce che lo stesso legislatore dell'emergenza ha scelto di operare con interventi mirati e settoriali, in controtendenza rispetto al riconoscimento di un generalizzato dovere di rinegoziazione; ma lo stesso deve dirsi anche con riferimento alle deroghe al carattere incondizionato dell'obbligazione pecuniaria, non solo perché su questo versante la scelta è stata, ancora una volta, quella di individuare talune specifiche forme di moratoria, ma anche perché il già menzionato art. 91 d.l. 18/2020 collega l'impossibilità liberatoria al rispetto delle misure restrittive, e non ai riflessi indiretti che quelle misure possono determinare sulla situazione patrimoniale dei debitori.

L'idea di trarre dalla normativa di emergenza un elemento a cui ancorare direttamente una deviazione dall'irrelevanza dell'impotenza finanziaria, eventualmente rafforzandola in base ai principi di solidarietà e di buona fede, non appare quindi avere punti di appoggio nella legislazione che si è esaminata¹⁸.

3. Sempre sull'attualità della regola: l'esdebitazione e il Codice della Crisi.

Passando alla seconda area di cui si è detto, occorre ricordare che la legge (da ultimo, il Codice della Crisi di Impresa e dell'Insolvenza¹⁹) mette a disposizione dei debitori procedure dirette a superare le crisi sfociate nell'insolvenza, quanto agli

Firenze 22.9.2021 n. 1605; T. Roma 24.1.2022, n. 20350; T. Cremona 15.3.2022, n. 149; i provvedimenti restrittivi possono al più incidere sulla valutazione della gravità del ritardo colpevole del debitore, escludendo quindi la risoluzione del contratto, pur rimanendo fermo l'obbligo di pagare il canone nella sua entità integrale (T. Bologna 28.4.2022, n. 1118).

¹⁸ Ciò è riconosciuto anche da ASTONE, *L'incapacità economica sopravvenuta di adempiere*, cit., 197 ss., pur in un lavoro propenso a riconoscere rilevanza all'impotenza finanziaria alla luce dell'evoluzione normativa che anche qui è considerata nel testo.

¹⁹ D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche.

imprenditori²⁰, o nel sovraindebitamento, quanto ai consumatori, aggiungendo la previsione di alcuni obblighi di condotta delle banche nei confronti di debitori in difficoltà; proprio raccordando queste misure con alcuni segnali desunti dalla legislazione di emergenza di cui si è parlato sopra, si è prefigurata in dottrina una flessione dell'irrelevanza dell'impotenza finanziaria, riconoscendo la possibilità di liberare il debitore dalla responsabilità, in quanto l'incapacità economica potrebbe essere riconosciuta come un'impossibilità temporanea non imputabile o, in caso di incapacità definitiva di adempiere, come un'impossibilità definitiva liberatoria²¹.

Anche questa seconda area in cui è affermato un cedimento del carattere incondizionato dell'obbligazione pecuniaria ha qualche collegamento con la normativa speciale generata dalla pandemia, dal momento che durante l'emergenza è stata anticipata l'entrata in vigore dell'art. 283 del Codice della Crisi, dedicato alla «esdebitazione del sovraindebitato incapiente». Questa disposizione è tuttavia caratterizzata dal fatto di avere un carattere ordinario, non legato alla crisi generata dalla pandemia, e di inserirsi in un contesto normativo destinato a regolare, nel suo complesso, l'insolvenza dei debitori agendo non sul piano della responsabilità per inadempimento, ma su un effetto di questa, ovvero sulla responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740.

In questo sistema, la legge attua una scelta politica destinata a recuperare le possibilità di reinserimento del debitore nel circuito economico, nell'intento di conservare la stabilità del sistema produttivo nel suo complesso, pur con sacrificio dei creditori coinvolti²². In questa valutazione complessiva, non ha spazio una considerazione individualizzata del rapporto obbligatorio alla base della responsabilità per inadempimento, ma opera una valutazione che coinvolge il patrimonio del debitore e la sua situazione debitoria globale, in una logica operante entro i meccanismi della soddisfazione concorsuale dei creditori.

²⁰ Sul tema, PORCARI, RIZZUTO, PRESTIA, CHIARPARIN SIGNORELLI, in *Il codice della crisi dopo il d. lgs. 17 giugno 2022*, n. 83, a cura di SANZO, Bologna, 2022, 498 ss.; DE MATTEIS, *L'esdebitazione del sovraindebitamento nel Codice delle crisi e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2020, 1379 ss.; NIVARRA, *Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 313 ss.; PAGLIANTINI, *L'esdebitazione tra normativa vigente e codice della crisi d'impresa*, in *NLCC*, 2019, 692 ss.; FAROLFI, artt. 278-280, e LEUZZI, artt. 281-283, entrambi in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, dir. da DI MARZIO, Milano, 2022, 1393 ss.

²¹ M. ASTONE, *L'incapacità*, cit., 212 s.

²² PALUCHOWSKI, *I mutevoli orizzonti del diritto della crisi*, in dirittodellacrisi.it, 14 giugno 2022.

Ciò emerge testualmente dalle regole che si rivelano di maggior favore per il debitore, ovvero quelle che concernono l'esdebitazione anche in assenza della liquidazione giudiziale del patrimonio, a cui si riferisce, appunto, l'art. 283 c.c.i. Questa disposizione, in primo luogo, non ammette chiunque al beneficio, ma solo la persona fisica "meritevole", che non sia però in grado di offrire, nemmeno in una prospettiva futura, utilità su cui i creditori possano soddisfarsi.

Questo segnala anzitutto che alla base della scelta normativa vi è una selezione soggettiva (persona fisica meritevole), che esclude un'estensione del beneficio previsto alla generalità dei casi, tanto più se si considera che la legge ammette l'esdebitazione "solo per una volta". In modo più radicale, l'accesso al beneficio richiede un procedimento giurisdizionale preceduto dall'intervento di un organo tecnico terzo rispetto al debitore (l'Organismo di composizione delle crisi) che effettua una verifica preliminare sulle condizioni del debitore e opera come tramite per la presentazione della domanda, che è vagliata dal giudice e può aprire anche una fase contenziosa tra debitore e creditori.

In più, il mantenimento del beneficio è condizionato alla circostanza che nei quattro anni successivi non pervengano beni nel patrimonio del debitore che possano consentire una soddisfazione pari almeno al dieci per cento dei crediti, oltre ad essere legato ad adempimenti informativi che, se non assolti, possono condurre alla revoca del beneficio.

Si aggiunga poi che, con una disposizione che vale per tutti i casi di esdebitazione, inclusi quelli destinati all'imprenditore, l'art. 278, c. 6, c.c.i. fa salvi i diritti che i creditori vantano nei confronti di coobbligati, fideiussori e obbligati in via di regresso.

Questo insieme di limiti conduce a dover negare che l'esdebitazione abbia un effetto liberatorio rispetto alla responsabilità per l'inadempimento del debitore; se si fosse al cospetto di un'impossibilità liberatoria, l'estinzione dell'obbligazione si estenderebbe anche a favore dei fideiussori o, nei limiti della quota estinta, degli obbligati in solido; inoltre, l'estinzione impedirebbe al creditore di tornare a far valere il proprio diritto in caso di sopravvenienza di beni o di revoca della misura di sostegno accordata all'obbligato.

Se poi si considerano le altre previsioni contenute nel Codice della crisi, nelle quali, in presenza di un patrimonio aggredibile in capo al debitore, è previsto il meccanismo del concorso dei creditori (art. 268) comunque attivabile anche nel caso di sopravvenienza di beni ai sensi dell'art. 283, occorre concludere che la disciplina della responsabilità patrimoniale opera in base a principi del tutto diversi rispetto alla logica della liberazione dalla responsabilità per inadempimento.

Nella ripartizione del rischio tra le parti, il creditore subisce il rischio del credito che, tipicamente, è quello di non trovare nulla nel patrimonio del debitore o di trovare beni insufficienti a soddisfarlo; questo rischio però non implica che il creditore veda diminuito o cancellato l'importo nominale del credito, perché è su questa base che si determina il diritto a concorrere su un patrimonio del debitore insufficiente. Ciò segnala la differenza radicale tra il piano dell'inadempimento e quello dell'incapienza dei beni del debitore, perché di fronte a questa eventualità il creditore non perde il diritto a concorrere per una certa quota su quanto si potrà ricavare e non perde il diritto a esercitare il proprio credito nei confronti dei garanti.

Questo trattamento, che emerge dall'intero sistema della responsabilità patrimoniale, è coerente con una considerazione economica generale, consistente nel fatto che normalmente ciascuno è allo stesso tempo creditore e debitore di somme di denaro, con la conseguenza che un aggravamento dei rischi introdotto da modalità di esclusione della responsabilità dipendenti dalla insufficiente organizzazione finanziaria altrui finisce per cadere casualmente, o per favorire casualmente, i medesimi soggetti, ampliando da un lato la possibilità di liberarsi dagli impegni come debitori, ma esponendo ad un rischio più elevato di delusione delle aspettative come creditori, a seconda della posizione che essi occupano nel singolo caso.

Il risultato di un arretramento della responsabilità per inadempimento è dunque quello, da un lato, di alleggerire la pressione a favore dell'adempimento quando ci si trova nelle vesti di debitori e, dall'altro, di incrementare l'incertezza quando si agisce come creditori, col risultato di produrre un inevitabile riflesso negativo sulle condizioni economiche a cui il mercato si mostra disponibile a concedere credito, a cui segue l'esito di espellere dal circuito economico più celermente proprio quei soggetti che, non essendo nella possibilità di far fronte ai maggiori costi dei finanziamenti generati dalla più elevata incertezza nella riscossione, stenterebbero ancora di più ad ottenere credito, in contrasto proprio con le finalità delle procedure di esdebitazione, con le quali si vorrebbe trattenerne quei medesimi soggetti all'interno del mercato.

La somma di queste considerazioni, quindi, porta a ritenere che le misure a beneficio del debitore incapiente siano il frutto di una ponderazione degli interessi compiuta dalla legge a favore di soggetti aventi caratteristiche determinate e secondo procedure giurisdizionali volte a regolare la responsabilità ex art. 2740, giungendo ad un risultato che non appare consentito al di fuori delle condizioni specificamente dettate dalle previsioni normative.

Non sembra dunque necessario, di fronte a un quadro legislativo di questa natura, ricostruire la situazione creatasi in capo al debitore incapiente come un caso di inesigibilità della prestazione, nel quale l'inadempimento del debitore è

giustificato perché il pagamento metterebbe a rischio valori della persona protetti dall'ordinamento²³; la disciplina non si spinge a tanto, dal momento che i provvedimenti a favore del debitore non richiedono necessariamente una situazione di inesigibilità nel senso indicato, emergente nel momento della scadenza dell'obbligazione, ma più semplicemente si accontentano dell'assenza in capo al debitore di condotte immeritevoli nella creazione delle proprie passività (art. 283, c. 7)²⁴.

4. L'inesigibilità dell'obbligo di restituire l'indebito pagamento di denaro riconosciuta dalla Corte Costituzionale e la permanente attualità dell'irrelevanza dell'impotenza finanziaria.

Veniamo ora alla terza area in cui la responsabilità del debitore di somme di denaro è stata attenuata. Si tratta di una questione venuta all'attenzione della giurisprudenza occupandosi dell'erogazione, da parte di enti pubblici, di somme a titolo retributivo, pensionistico o previdenziale, che in realtà si sono successivamente rivelate come non dovute e sono divenute oggetto di pretese alla ripetizione.

In ragione di una giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo volta a sanzionare la condotta degli enti pubblici che, dopo aver generato nel cittadino un affidamento sulla spettanza degli importi erogati, agiscono per ottenere la restituzione di quanto indebitamente corrisposto²⁵, alla Corte Costituzionale è stato sottoposto il tema della legittimità dell'art. 2033 del codice civile, nella parte in cui non tiene conto in via generale dell'affidamento creatosi in capo all'accipiens, sebbene, per una serie di casi specificamente considerati dalla legge, sussistano previsioni legislative che impediscono alla pubblica amministrazione di chiedere la restituzione di quanto versato a titolo di retribuzione, pensione o analoghe causali.

La risposta della Corte Costituzionale è stata nel senso di negare l'illegittimità dell'art. 2033, in quanto l'affidamento creato nel percipiente dal pagamento di emolumenti da parte degli enti pubblici è oggetto di tutela attraverso il principio di buona fede nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, il quale fonda, nei casi considerati dalla pronuncia, la conseguenza dell'inesigibilità del-

²³ Diversamente NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, Padova, 2021, 250 ss., che vede nell'inesigibilità, la quale ha effetti solo temporanei, il primo passaggio verso l'esdebitazione.

²⁴ PORCARI ed altri, *Il sovraindebitamento*, cit., 561;

²⁵ Su cui BUFANO e DINISI, *Ripetizione dell'indebito e affidamento dell'accipiens*, CEDU e diritto interno a confronto, in *Pactum*, 2022, 71 ss.

la prestazione; questa situazione determina quindi, secondo la Corte, il diritto del debitore ad ottenere la rateazione del dovuto o, anche, l'estinzione parziale dell'obbligazione pecuniaria²⁶.

La particolarità della fattispecie e la necessità di trovare una soluzione che si armonizzasse con l'orientamento della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo hanno spinto verso un esito che, quanto allo strumento tecnico utilizzato, potrebbe a ben vedere incontrare problemi di compatibilità con il sistema del diritto civile, se la stessa soluzione fosse generalizzata oltre la situazione del tutto peculiare su cui si è sviluppato l'intervento del giudice delle leggi.

Del resto, si tratta di un risultato che ha mirato ad evitare una pronuncia di illegittimità costituzionale per situazioni che, pur in presenza delle stesse condizioni sostanziali, non sono assistite, al contrario di altre fattispecie, da una norma espressa che limita il diritto della Pubblica Amministrazione di agire per la ripetizione dell'indebitato, e che sarebbe stato raggiungibile in modo più immediato e certo sanzionando la disparità di trattamento con il riconoscimento dell'incostituzionalità.

Tuttavia, si può presumere che la Corte abbia inteso evitare il rischio che, con una dichiarazione di incostituzionalità riferita alle specifiche situazioni oggetto del giudizio a quo, si aprisse la strada ad un numero incontrollato di altri ricorsi, laddove si presentassero lacune normative analoghe a quelle denunciate dai giudici remittenti; ciò non di meno, non può essere trascurato il dubbio generato dal fatto che lo strumento dell'inesigibilità è, in via generale, riferito a situazioni in cui l'esecuzione della prestazione finirebbe per ledere un interesse protetto del debitore, avente preminenza nella gerarchia dei valori tutelati dall'ordinamento rispetto all'interesse del creditore²⁷.

Si tratta di una difesa accordata al debitore che, peraltro, è destinata a fondare un esonero dalla responsabilità per ritardo, ma non a sfociare nella liberazione dall'obbligazione, per quanto parziale, tanto più se di contenuto pecuniario²⁸. Impone allora cautela l'estensione in via generale di un diritto per l'accipiens di trattenere definitivamente quanto erogato indebitamente, se non altro perché, in

²⁶ C. Cost., 27.1.2023, n. 8.

²⁷ Sul tema, MENGONI, *Obbligazioni "di mezzi"*, cit., 281; Id., *Responsabilità contrattuale*, cit., 110; NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 35; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, cit., 331 ss.; D'Angelo, *Buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto*, in VISINTINI, *Trattato della responsabilità contrattuale*, vol. I, *Inadempimento e rimedi*, Padova, 2009, 109.

²⁸ NICOLUSSI, *Le obbligazioni*, cit., 251; D'Angelo, *Buona fede*, cit., 110.

assenza di una disposizione normativa che preveda questo risultato - come accade per casi testualmente previsti di pagamenti retributivi e previdenziali non dovuti -, il trasferimento di risorse provenienti dal solvens rimane privo di causa e non è rinvenibile, nel pagamento in sé considerato, un titolo che giustifichi l'attribuzione definitiva della prestazione a favore di chi l'ha ricevuta.

L'inesigibilità pone a confronto il dovere di adempiere all'obbligazione con altri valori più rilevanti che il debitore ha il dovere o il diritto di perseguire; in questa prospettiva, il sacrificio richiedibile al debitore affinché provveda all'adempimento non può essere tale, da mettere a rischio simili valori. Nella decisione di cui si sta discutendo, ciò che risulta in conflitto con l'ordinamento non è la pretesa di imporre al debitore il sacrificio di valori sovraordinati, ma piuttosto la condotta dell'ente che, anziché verificare diligentemente la corretta destinazione delle risorse pubbliche, ha generato un affidamento ingiustificato nel cittadino, il quale aspira alla stabilità della sua situazione patrimoniale successiva alla percezione del pagamento.

Risolvere la questione in termini di inesigibilità rischia allora di far ascrivere l'aspirazione al mantenimento di quanto ricevuto dall'accipiens al rango di un valore non sacrificabile, quando invece il sistema civilistico conosce un numero amplissimo di situazioni in cui la stabilità nel patrimonio di chi acquisisce utilità economiche è soggetta a sacrificio, come attestano tutte le norme che danno rilievo alle sopravvenienze, ai conflitti tra più acquirenti o alle invalidità degli atti.

Dunque, se si volesse considerare la questione in termini di inesigibilità della prestazione pecuniaria perché al debitore è richiesto un sacrificio insostenibile, si dovrebbe guardare piuttosto a situazioni limitate, nelle quali entrano in gioco circostanze in cui si manifesta il rischio per l'obbligato di compromettere, ad esempio, la sua stessa sopravvivenza o la cura di propri doveri familiari, mentre resta evidentemente su un altro piano di discorso la valutazione riguardante le condotte inesatte e contraddittorie di enti che hanno proceduto a pagare indebitamente somme di denaro.

Tuttavia, anche guardando la questione nella sola prospettiva del sacrificio insostenibile del debitore di una prestazione pecuniaria, risulta di incerta ammissibilità, nel sistema che è stato delineato tramite il Codice della Crisi, l'affidare alla scelta individuale del giudice che si occupi della causa relativa all'inadempimento la valutazione delle ragioni del singolo debitore divenuto, anche incolpevolmente o per ragioni meritevoli, incapace di adempiere. Il supporto al debitore incapiente rappresenta una misura di welfare che, laddove non venga assunta dalla finanza pubblica, risulta trasferita ai creditori che hanno concesso credito al debitore che non riesce a pagare; le condizioni, in presenza delle quali questo sostegno viene

privatizzato, sono positivamente stabilite da una scelta esplicita del legislatore avente incidenza sulla distribuzione delle risorse e sarebbe quindi in contrasto con le linee dettate a livello sistematico affidare la decisione su questi temi ad un giudice che operi al di fuori di strumenti e procedimenti che, come quelli previsti dall'art. 283 del Codice della Crisi o da disposizioni simili contenute nello stesso codice, sono formulati in modo da verificare la solvibilità del debitore meritevole anche nel contraddittorio con tutti i propri creditori e all'interno di una valutazione complessiva delle condizioni dell'obbligato.

In questa prospettiva, allora, l'argomentazione utilizzata dalla Corte Costituzionale per negare o mitigare la pretesa del creditore, se nell'ipotesi specifica a cui si riferisce la decisione consente di reagire ad una circostanza che coglie il debitore di sorpresa ed in cui il credito deriva da una successione di eventi del tutto estranei alla normale dinamica del mercato, oltretutto imputabili a soggetti pubblici che hanno operato versando in un errore usualmente inescusabile, risulterebbe assai dubbia se estesa alla generalità dei rapporti tra debitore e creditore aventi ad oggetto somme di denaro.

LA DILIGENZA PROFESSIONALE COME PARAMETRO VALUTATIVO DEL FARE

*Raffaella De Matteis **

Sommario: 1. Premessa. – 2. Alle origini della nozione di diligenza. -3. L'imporre della regola in ambito comunitario....4. ... e nell'ambito della "formazione negoziale del diritto"

1. Premessa.

Certamente tutto «quel che poteva essere detto sulle Clausole Generali è stato detto (tutti i pensieri intelligenti sono stati già pensati) alla sottoscritta, che si inserisce con il suo intervento al termine di un Convegno organizzato da Giovanna Visintini sul tema delle "Clausole Generali", non rimane che, secondo il noto detto gothiano, il tentare di ripensare quel che già è stato detto: in ciò cercando di adottare come chiave interpretativa i cambiamenti, nel frattempo intervenuti nel dibattito culturale; e posto che le mie brevi riflessioni saranno nello specifico rivolte alla «Diligenza del buon padre di famiglia non si potrà sfuggire all'interrogativo sul se, nel ruolo oggi assunto dalla Diligenza nel nostro sistema, prevarrà il suo essere semplicemente parametro valutativo che spetta al giudice concretizzare nel contesto della singola situazione ovvero con essa si fornisca al giudice, semprechè la si voglia ricondurre nell'alveo delle clausole generali, uno strumento con funzione integrativa dei contenuti della prestazione da valutare. Tema caro a Giovanna Visintini, alla quale in questo Convegno a Lei dedicato, voglio rendere pubblicamente un sentito grazie per una intera vita dedicata all'Università, alla formazione dei giovani, all'organizzazione di Convegni, sempre utili alla comunità scientifica.

* Già professore ordinario di diritto privato dell'Università di Genova.

In passato Stefano Rodotà aveva dedicato alla Diligenza il suo scritto nell'ambito della Enciclopedia del diritto per definirla come criterio di responsabilità indirizzato a valutare una prestazione, già determinata nei suoi contenuti¹; a tale impostazione si era contrapposta la voce di chi - senza disconoscere la valenza unitaria del concetto in essa espresso come giudizio di adeguatezza dell'impiego delle energie e dei mezzi utili per la realizzazione di un determinato fine - ne ha evidenziato il suo essere² al contempo criterio integrativo del contenuto del contratto e modello comportamentale di riferimento per il debitore. Da qui l'interrogativo, che ha avuto forti echi e consensi in giurisprudenza, sulla natura di clausola generale da attribuire alla diligenza³.

Un dibattito, quello sulle clausole generali, nato in un contesto di forte contrapposizione tra formalismo e antiformalismo, anni '60 e '70, nell'ambito del quale il riconoscimento delle clausole generali nel sistema assumeva una connotazione fortemente ideologica/assiologica nei contenuti; oggi, nel superamento o quanto meno nello stemperamento di quella contrapposizione, le diverse posizioni sono andate declinandosi in vario modo e quei contrasti tra interpreti sono andati riducendosi per cui la distanza tra interpretazione e integrazione del contenuto del contratto si è attestata nelle mani dei giudici a livelli meramente quantitativi più che qualitativi ridimensionandosi quel significato "polemico" se non "sovversivo" riconosciuto in origine alle clausole generali. In ciò un atteggiamento che appare da un canto più liberale posto che tende ad un ampliamento delle clausole generali, dall'altro più conservatore nel perseguire, con la loro negazione, uno spirito di conservazione in un'ottica di ottimizzazione del sistema.

Giovanna Visintini, riprendendo nel suo Trattato breve dedicato alla responsabilità civile⁴, il dibattito sulla diligenza del buon padre di famiglia lo ha approfondito

¹ RODOTÀ, voce *Diligenza (dir. priv.)* in *Enc. Dir.*, Milano 1964, 542, ID, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 141 e ss.; VISINTINI, in *Il Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, IV ed. 2008, pp.18 ss.; BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, pp.132 ss.

² SANTAGATA, *Artt.1710-1718 Del mandato: delle obbligazioni del mandatario, delle obbligazioni del mandante*, nel *Comm. del Cod. Civ.* a cura di SCIALOJA e BRANCA e continuato da GALGANO, Bologna - Roma, 1988, pp.24ss., il quale ne esalta la funzione bifasica; LUMINOSO, *Mandato, Commissione, Spedizione*, nel *Trattato di dir.civ.e comm.* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, XXXII, Milano, 1984, pp.389ss.

³ SICCHIERO, *La diligenza particolare del professionista: dall'obbligo informativo al dovere di consiglio (art. 1176 c.c.)*, in *Jus civile*, 2017, 5, p. 422ss.

⁴ VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, cit, pp.15ss

dito in rapporto alle clausole generali, e corredando l'analisi con ampi riferimenti storici, ha confermato il ruolo di tale regola nel sistema come criterio di responsabilità per valutare la conformità del comportamento del debitore a quello dovuto.

2. Alle origini della nozione di diligenza.

Se si risale alla Relazione del Codice, la n.559, la diligenza, richiamata in via generale nell'art. 1176, e nel suo secondo comma con specifico riguardo «alla natura dell'attività esercitata» si definisce in base a «quel complesso di cure e cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nel soddisfare la propria obbligazione, avuto riguardo alla natura del particolare rapporto e a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo». Si tratta di un criterio dunque obiettivo e generale, non soggettivo e individuale che deve adeguarsi alla natura dell'attività esercitata per sancirne il livello di competenza esigibile; d'altronde andare oltre per attribuire alla diligenza la capacità di esprimere lo stesso dovere di prestazione significa sovrapporre i concetti di diligenza e buona fede, privando quest'ultima della funzione attribuitale dal sistema.

Di pari passo nel superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultati è emersa l'esigenza di distinguere l'inadempimento dalla nozione di colpa, e quest'ultima, autonomizzatasi come criterio di imputabilità nell'ambito della responsabilità, ha conferito rilievo alla nozione di diligenza/perizia per misurare l'inadempimento oggettivamente rilevabile. Un percorso quest'ultimo che si è compiuto in giurisprudenza attraverso fughe in avanti e ritorni al passato utilizzando per la diligenza professionale talvolta formule evocatrici delle clausole generali, talaltra formule volte ad esaltare la perizia nel livello tecnico di rendimento esigibile⁵. È un processo che, già da tempo, si è compiuto nell'interpretazione e valorizzazione della regola contenuta nell'art. 2236 c.c., nel cui contesto la diligenza professionale si è andata affermando come diligenza/perizia distinguendosi, pur sempre nell'ambito di una nozione unitaria di diligenza, dalla diligenza del buon padre di famiglia alla quale invece si è ispirato il legislatore nel 1° comma dell'art. 1176 c.c. Una diligenza (*ex art. 1176, c. 2*), dunque intesa come misura per stabilire la precisione nell'esecuzione della prestazione in quel livello richiesto dal rapporto obbligatorio, che non corrisponde alla nozione di colpa, ed una diligenza in senso tecnico (*ex art. 1176, c. 1*) che invece è essenzialmente un criterio di imputabilità, una *misura* della colpa risolvendosi in una valutazione etica del comportamento del debitore. Per il

⁵ Da Cass. 1999, n.589 a Cass.2013, n.6093.

tramite di tale distinzione è infatti possibile cogliere l'equivoco sorto nell'aver sovrapposto alla nozione di diligenza-perizia, necessaria per valutare l'inadempimento oggettivamente esigibile (nel collegamento tra 1176, c. 2 e 2236), la nozione di colpa, che invece rileva a monte dell'errore professionale, servendo ad individuare se l'inadempimento, oggettivamente riscontrabile (alla stregua della nozione di diligenza- perizia), sia riconducibile a colpa (oppure a colpa grave per le prestazioni che richiedono la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà) e infine a decretare la responsabilità del debitore⁶. Solo superando l'equivoco all'origine di tale sovrapposizione sarà possibile cogliere il reale significato della regola contenuta nell'art. 2236 in chiave di valorizzazione della diligenza professionale (alla stregua della nozione di diligenza/perizia). La colpa, da sempre considerata come correlato in negativo della diligenza, si è potuta affermare anche in campo contrattuale come criterio di imputabilità per violazione di quelle regole di prudenza, diligenza alla cui osservanza si ispira il comportamento del *bonus pater familias* ex art. 1176, c. 1; e in questi termini si è attestata in quanto colpa professionale⁷, nell'ambito di una concezione unitaria della diligenza, trovando testuale riscontro nell'art.2236 nel riferimento alla colpa grave.

3. *L'im porsi della regola in ambito comunitario...*

Anche in ambito comunitario per valutare l'inadempimento del debitore la tendenza, espressa in passato in diverse proposte di direttiva⁸, è stata verso una va-

⁶ Cfr., nello specifico, Cass., 26.07-2017 n.18392, ove si legge: “La non imputabilità della causa di impossibilità della prestazione va quindi valutata alla stregua della diligenza ordinaria ai sensi dell'art. 1176 comma 1, cod. civ., mentre la diligenza professionale di cui al comma 2, quale misura del contenuto dell'obbligazione, rappresenta il parametro tecnico per valutare se c'è stato l'adempimento (diligenza determinativa del contenuto della prestazione). C'è inadempimento se non è stata rispettata la diligenza di cui all'art. 1176 comma 2, c'è imputabilità della causa di impossibilità della prestazione se non è stata rispettata la diligenza di cui al comma 1)».

⁷ Il riferimento alla colpa professionale, quale elemento costitutivo dell'illecito, è considerato equivoco da una parte della dottrina: CASTRONOVO, *Profili della responsabilità medica*, in *Vita not.* 2006, p.803, ove si rileva come la colpa nelle obbligazioni di pura condotta “non è altro che l'inadempimento medesimo consistente appunto nella difformità rispetto alla condotta dovuta»; NICOLUSSI, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Europa e dir. priv.*,

⁸ Cfr. diverse proposte di direttiva avanzate sulla responsabilità del prestatore di servizi, di cui l'ultima del novembre '89 pubblicata in G.U.C.E. 18.1.1991; ma nel

lutazione della responsabilità del prestatore di servizi alla stregua della «sicurezza che, in condizioni normali e ragionevolmente prevedibili, si può legittimamente attendere»: nel rinvio a quanto si può legittimamente attendere, in quel settore professionale (in condizioni normali e ragionevolmente prevedibili), si legge l'esigenza di ancorare il giudizio valutativo sull'operato professionale al livello tecnico ragionevolmente esigibile da quel professionista non senza operare un adeguamento del parametro valutativo al grado di specializzazione e competenza del professionista ed al contesto in cui esso svolge la prestazione. Un'indicazione dunque confermata nelle diverse direttive, successivamente emanate con riguardo ai differenti servizi professionali regolamentati, ed immediatamente recepita dal legislatore interno con le modifiche — introdotte nel codice civile con il d.lgs. 6/2003, recante la «Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative in attuazione della l. 366/2001» — in quanto con le nuove disposizioni, per definire le responsabilità di amministratori e sindaci, non si rinvia più alla diligenza del mandatario, che è quella del “*bonus pater familias*” ex art. 1710, bensì alla diligenza da rapportarsi, nel caso degli amministratori, «alla natura dell'incarico e alle loro specifiche competenze » (ex art.2392): in una direzione che non vale certo a ridurre o ad eliminare gli spazi di discrezionalità dei sindaci «alla professionalità e alla (diligenza richieste dalla) natura dell'incarico» (ex art. 2407). In questa linea di tendenza deve essere collocato anche il recente intervento del legislatore ⁹ in materia sanitaria nel quale viene detto che l'adeguamento alle LG non assicura l'esonero da responsabilità del professionista come la loro inosservanza, valutata in relazione al caso specifico, non comporta

nuovo millennio la rinuncia, da parte della Commissione europea, al proposito di regolamentare la responsabilità del prestatore di servizi in modo generale e uniforme senza possibilità di deroghe o di regimi speciali per determinati prestatori di servizi: orientamento che oggi parrebbe prevalere nella linea politica seguita dal legislatore comunitario, orientato a disciplinare, volta per volta, specifiche prestazioni di servizio e le correlative responsabilità del prestatore piuttosto che a predisporre una regolamentazione di carattere generale per la responsabilità del prestatore di servizi (ne è un esempio la direttiva comunitaria 2000/31/CE sul commercio elettronico che contiene disposizioni anche sulla responsabilità della società di informazione: v. in argomento ASTONE, *La responsabilità del prestatore di servizi della società di informazione* nella Direttiva 2000/31/CE, in *Europa/diritto privato*, 2000, p. 43).

⁹ V. la L. 8/03/2017 n.24 che con l'art.5 che ha introdotto, ai fini della definizione della colpa professionale medica, il riferimento alle linee guida accreditate a livello di comunità scientifica e una causa di non punibilità per colpa lieve.

necessariamente un addebito di responsabilità¹⁰. In ciò rivelando l'esigenza di distinguere, nel giudizio sulla «colpa professionale», la valutazione della condotta del professionista in rapporto alle regole dell'ars, in termini di difformità o meno, dal giudizio sulla condotta negligente/imprudente/superficiale che può essere stata all'origine di un «mancato» ovvero di un «non opportuno» adeguamento della condotta a quanto richiesto dalle regole del settore¹¹.

4. ...nell'ambito della «formazione negoziale del diritto».

Non più a livello di produzione legislativa, ma nella prospettiva di quel fenomeno, che è stato definito di «formazione negoziale del diritto»¹², emerge la tendenza all'autodisciplina per codici deontologici: tendenza che se da un lato esprime l'esigenza di rendere operativa una gerarchia di valori, cui ispirare l'attività professionale, specie in quei settori attraversati da forti tensioni innovative, coinvolgenti sotto il profilo etico l'esercizio della professione stessa (specie nel settore medico), dall'altro avvalorava un'istanza di adeguamento e specificazione dei canoni, cui riportare la diligenza professionale, in funzione della natura della prestazione professionale e degli interessi coinvolti nel suo adempimento; istanza che parrebbe aspirare a far acquisire una possibile rilevanza esterna alle regole deontologiche, al di là cioè di quel rapporto che lega gli iscritti agli Ordini professionali. In questa direzione deve essere colto anche il revirement giurisprudenziale per il quale le norme del codice deontologico da mere norme pattizie, espressione di un'autoregolamentazione vincolante nell'ambito dell'ordinamento di categoria, sono oggi

¹⁰ Per approfondimenti in merito si rinvia a De MATTEIS, *Le responsabilità civili in ambito sanitario: dal modello unitario di disciplina al sistema a doppio binario*, in *La responsabilità sanitaria*, a cura di Aleo, De MATTEIS, Vecchio, cit., 127.

¹¹ Nell'ordinanza, che dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 (v. nota 220), si legge: «Al riguardo occorre anche considerare come, nelle prime pronunce emesse in argomento, la giurisprudenza di legittimità abbia ritenuto — in accordo con la dottrina maggioritaria — che la limitazione di responsabilità prevista dalla norma considerata venga in rilievo solo in rapporto all'addebito di imperizia, giacché le linee guida in materia sanitaria contengono esclusivamente regole di perizia: non, dunque, quando all'esercente la professione sanitaria sia ascrivibile, sul piano della colpa, un comportamento negligente o imprudente».

¹² Da LIPARI, *La formazione negoziale del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 307; ALPA, *Autodisciplina e codice di condotta*, in *Le fonti di autodisciplina*, a cura di ZATTI, Padova, 1996, 3 ss.

da considerare «fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare con funzioni di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello Stato, e come tali interpretabili direttamente dalla Corte di legittimità». Una tale linea di tendenza verso la valorizzazione della diligenza professionale, come parametro valutativo dell'agire professionale, si coglie anche a livello di produzione giurisprudenziale, ove è costante il rinvio «al parametro della diligenza tecnica» per la valutazione «dell'esattezza o meno della condotta professionale alla stregua di specifiche regole tecniche ancorché non codificate»¹³ parametro che, nel riferimento all'attività di controllo e certificazione dei bilanci, è stato individuato con riguardo «ai principi di revisione del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti»¹⁴, e che, nel riferimento all'attività professionale medica, è stato rapportato alle «raccomandazioni cliniche scritte, provenienti da fonti autorevoli caratterizzate da un adeguato livello di scientificità» alle quali, viene rilevato, «non può non attribuirsi un ruolo importante quale atto di indirizzo per il medico e quale punto di partenza per il giudice chiamato a misurare la diligenza ma anche la perizia del medico»¹⁵.

Si delinea, in questo quadro che sinteticamente si è cercato di tratteggiare, una nozione di diligenza professionale come parametro¹⁶ che, commisurato al tipo

¹³ Da T. Pavia 1.11.1989, riportata in ALPA. I *principi generali*, Milano, 1993, 387, nel cui commento l'a. rileva come ormai il giudice per accertare la diligenza professionale deve riferirsi a parametri oggettivi, siano essi individuabili nelle «regole dell'arte» così come compilate nella prassi professionale, ovvero nelle regole della deontologia professionale.

¹⁴ V. T. Torino 18.9.1993, in *Corr. giur.*, 1994, p. 487; T. Milano 18.6.1993, in *Giur. it.*, 1993, I, 1.

¹⁵ In tali termini C. pen. 11.7.2012, n. 35922, in *Dejure*. Con riguardo sempre alla responsabilità del medico, v. C. 25.6.2012, n. 10616 e T. Bari 18.3.2013 (ove viene segnalata l'esigenza di distinguere il duplice significato della diligenza, come parametro di imputazione dell'inesatto adempimento e come criterio di determinazione del contenuto dell'obbligazione), in *Danno resp.*, 2013, p. 841.

¹⁶ Viene rilevato come i margini di elasticità, che son propri della diligenza del buon padre di famiglia come «concetto elastico» in grado di adattarsi al variare delle situazioni in rapporto alle fattispecie ed in relazione all'evolvere del tempo, si riducano notevolmente allorquando essa rilevi come standard di comportamento, che rinvia alle regole tecniche del settore, chiedendo al giudice di formulare un giudizio che è esclusivamente di conformità o meno (Cfr. BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631; ID., *Aspetti ideologici delle definizioni nel linguaggio del legislatore e dei giuristi*, in BELVEDERE, JORI, LANTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979 p., 405, spec. nota 15.

speciale del singolo rapporto, consente di valutare la conformità o difformità del comportamento a quello dovuto, facendo leva non tanto sulla normalità statistica quanto sul livello di rendimento tecnico, oggettivamente esigibile sulla base delle regole tecniche messe a punto nei singoli settori ed in relazione alla natura della prestazione¹⁷.

Un parametro valutativo, di natura dunque oggettiva e non soggettiva, con il quale si esprime un giudizio, che è relativo e non assoluto, in quanto la valutazione sull'esatto adempimento delle prestazioni professionali deve essere rapportata sia alle diverse competenze, ed all'interno di esse ai diversi livelli di specializzazione, sia ai contesti in cui esse vengono svolte (se prestazioni medico-sanitarie, in un presidio territoriale, in una struttura, in alta montagna attraverso la telemedicina)¹⁸.

¹⁷ Cfr. Cass. Civ., 26.07.2017 n.18392, citata nota 6.

¹⁸ La diligenza professionale in dottrina è stata accostata sia alle clausole generali sia agli standards valorizzando in essa o il ruolo di clausola generale come strumento di integrazione del contenuto del rapporto obbligatorio (cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario Scialoja Branca*, artt. 1218-1229, Bologna, 1979, 2°ed., 31, spec.37) o quello di criterio idoneo a valutare la conformità o la difformità del comportamento del debitore a quello dovuto, che, come criterio di responsabilità, presuppone già stabilità l'estensione precisa di quel che il debitore è tenuto a fare (Cfr. VISINTINI, in il *Trattato breve della responsabilità civile*, cit., p. 271ss)

DISCIPLINE DELLA SOPRAVVENIENZA CONTRATTUALE, BUONA FEDE E PLURALISMO NORMATIVO. PREMESSE PER UNA DISCUSSIONE

*Carmelita Camardi**

SOMMARIO: 1. Premessa. Il pluralismo normativo nella disciplina delle sopravvenienze contrattuali. – 2. La disciplina delle sopravvenienze nel codice civile. – 3. Le sopravvenienze nel Codice della Crisi. – 4. Le altre fonti. – 5. È possibile costruire un sistema unitario? Premesse per una discussione

1. Premessa. Il pluralismo normativo nella disciplina delle sopravvenienze contrattuali.

Nel trattare, con veloci pennellate, un tema che interseca diversi profili del diritto civile, comincerei con l'individuare una prima pista di riflessione, che definirei pregiudiziale, e che chiama in causa la capacità del civilista di articolare i propri ragionamenti tenendo conto della varietà e della non sempre evidente sistematicità del materiale normativo di cui dispone. Mi riferisco in primo luogo al fatto che – ad oggi - la disciplina positiva delle sopravvenienze contrattuali (ma in parte anche quella degli obblighi scaturenti dalla buona fede) non si riscontra soltanto all'interno del codice civile, dove peraltro –come noto- convivono nei contratti di durata (o a esecuzione continuata o periodica, o a tratto successivo, che dir si voglia) almeno due modelli normativi di gestione delle sopravvenienze¹. Ma si

* Professore ordinario di Diritto privato nell'Università Ca' Foscari Venezia.

¹ Questa è ovviamente la categoria di contratti per i quali si può porre logicamente un problema di gestione del rischio contrattuale e delle sopravvenienze che incidono sull'equilibrio concordato delle prestazioni, generando un'alterazione disfunzionale al

disarticola in una serie di fonti extracodicistiche, anche non formali, che non possono non essere messe in relazione l'una con l'altra, allo scopo di ricostruire quel tessuto che dà corpo alla complessità giuridica ordinamentale nella sua funzione di governo di una dinamica sociale a sua volta complessa.

La pluralità delle fonti –lo si intuisce- si dipana peraltro trasversalmente non solo sulla pluralità delle figure e tipologie contrattuali interessate dalle sopravvenienze²; ma anche sulla pluralità dei contesti –fisiologici o patologici, generali o particolari; normali o congiunturali- nei quali il “ciclo di vita” dei contratti viene a svolgersi nella sua fase esecutiva³.

La pista di riflessione suggerita si presenta perciò tipicamente “pluralista”, non solo nel senso descrittivo del termine, tale da suggerire allo studioso avveduto di non limitarsi a riprendere le pur imprescindibili e dotte riflessioni che la cultura giuridica ha dedicato al tema delle sopravvenienze e della conservazione del contratto, e alle clausole generali, alla stregua degli artt. 1374, 1375, 1463 e 1467 ss., e poi degli artt. 1584, 1623, e ancora dell'art.1664. Ma anche in altro senso, metodologicamente più impegnativo, che implica il problema di raccordare la usuale prospettiva sistematica che assiste lo studio degli istituti propri del contratto in generale con la frammentazione delle discipline che – tutto al contrario – rendono difficile riordinare la materia intorno ad un

perseguimento degli interessi contrattualizzati dei paciscenti. La categoria dei contratti di durata è a sua volta complessa e controversa: si rinvia perciò a MACARIO, *voce Contratti di durata*, in *Enciclopedia del diritto - I tematici - “Contratto”*, Milano, 2021, p.103; e soprattutto a GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico – comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

²Tra i contratti di durata invero il codice disciplina a questi effetti una figura astratta e generale, che è quella di cui agli artt.1467 -1468 (contratti corrispettivi a esecuzione continuata, periodica o differita); e una serie di tipologie “speciali”, dalla somministrazione, all'appalto, alla locazione, l'affitto, il mutuo: figure accomunate dal fatto di svolgersi nel tempo, ma differenziate quanto alla tipologia di operazione economica e alle caratteristiche delle prestazioni nel rapporto tra le parti. Sicchè il primo compito dello studioso è quello di scoprire in che modo il tempo gioca sulla natura del contratto e sugli interessi dei contraenti.

³Il riferimento è al diverso ambito di applicazione delle varie fonti, citate immediatamente più avanti, dedicate ora alla gestione di qualunque contratto rientrante nella sfera di un soggetto in stato di insolvenza (contesto patologico, connotato da una sua specifica ratio); ora ai contratti stipulati dalla Pubblica amministrazione (contesto fisiologico ma particolare in quanto connotato da rationes di efficienza e trasparenza nella gestione delle risorse pubbliche); ora ai contratti con o tra imprenditori che agiscono in un mercato economico asimmetrico (contesto particolare di dipendenza economica a volte patologico).

principio certo e ad un insieme coerente di regole, seppur connotato da più o meno vistose “eccezioni”.

Giusto per fornire qualche anticipazione, la materia delle sopravvenienze è presente nel codice civile sia in parte generale che in parte speciale, proponendo dunque il tema classico del rapporto tra norme generali e norme speciali⁴. Sul piano dei contenuti, inoltre, la pluralità dei rimedi antagonisti delle sopravvenienze, nella misura in cui queste sono rilevanti, si (dis)articola via via nelle diverse parti tra la risoluzione, l’adeguamento e la rinegoziazione, supportando contemporaneamente un modello prevalentemente demolitorio (in parte generale) e un modello tendenzialmente manutentivo (in parte speciale) del contratto perturbato dal modificarsi delle circostanze e dalle conseguenti variazioni quantitative o qualitative delle prestazioni a suo tempo concordate.

È presente poi nel Codice della crisi e dell’insolvenza, e nella tormentata disciplina degli ultimi anni che delinea procedure negoziate di risoluzione della crisi, esplicitamente in più sedi richiamando la buona fede e declinando alcuni standard di comportamento delle parti, e contestualmente introduce inediti modelli di revisione dei contratti pendenti ad esecuzione continuata o periodica⁵. È presente nella nuovissima disciplina dei contratti pubblici, anch’essa racchiusa in un Codice che interessa una fetta non irrilevante dei processi di investimento delle risorse nazionali (e non solo) in un’ottica tendenzialmente competitiva e secondo criteri di mercato⁶.

Ma è presente ancora nelle normative di matrice europea che raggiungono il livello del soft law⁷, come nei codici di ordinamenti europei di tradizione vicina

⁴ Sul tema, ci si permette di rinviare ai nostri contributi, *Norme generali e categorie civilistiche. Una riflessione sul diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 2019, p. 187; e più compiutamente, *L'autonomia privata fra codice civile e statuti speciali. La parte generale del contratto e le prospettive di riforma*, in *Le funzioni delle norme generali sui contratti e sugli atti di autonomia privata*, a cura di NAVARRETTA, Torino, 2021, vol. 1, p. 13.

⁵ Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, entrato in vigore dopo diverse modifiche e vicende il 15 luglio 2022.

⁶ Decreto Legislativo 31 marzo 2023, n.36, entrato in vigore il 1° luglio 2023, redatto fra le riforme abilitanti idonee a soddisfare le condizionalità legate all’erogazione delle risorse del PNRR. Il Codice enuncia nei primi articoli i principi generali della materia, e fra questi anche il “Principio di conservazione dell’equilibrio contrattuale” (art.9), da attuarsi in caso di eccessiva onerosità attraverso la rinegoziazione in buona fede del contratto, per la quale le stazioni appaltanti sono invitate a inserire nel contratto, ma già nel bando, apposite clausole.

⁷ I *Principles of European Contract law*, i *Principi Unidroit* e il *Draft common frame of reference*, sui quali vedi da ultimo TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*,

alla nostra⁸, nei progetti di riforma del codice civile⁹, e perfino in qualche modo nel formante giurisprudenziale, che in piena pandemia si è espresso attraverso gli uffici della Suprema Corte¹⁰. Sono così venute alla luce in maniera più che informale non solo esigenze sociali condivise, ma soprattutto tendenze regolative che segnalano una via rimediale non del tutto e non sempre in linea con quella fatta propria dal codice civile, quantomeno in uno dei due modelli che in esso convivono nella materia delle sopravvenienze contrattuali.

Nell'insieme, dunque, non solo la materia si presenta frammentata già nell'ambito del codice civile; non solo la stessa esce dal cerchio codicistico perché il legislatore moltiplica gli statuti "speciali"; ma in questo movimento centrifugo la disciplina delle sopravvenienze viene inserita anche in altri Codici, nel contesto dei quali essa acquisisce stabilità maggiore e maggior valore, conquistando una posizione di tendenziale parità rispetto a quella –sempre più residuale– del codice civile. E restituendo un quadro vieppiù complesso che non facilita il raggiungimento –per chi lo perseguisse– dell'obiettivo sistematico.

Su questo quadro si è poi innestato l'intervento congiunturale del legislatore nel periodo della pandemia da Coronavirus, introducendo misure di contrasto *non demolitorie* –ma di adeguamento– della eccessiva onerosità o impossibilità (delle prestazioni contrattuali) determinata dal blocco delle attività personali ed in parte di quelle economiche disposte per fronteggiare i contagi¹¹.

Milano 2018, p.301 ss.; PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, in *Europa e diritto privato*, 2019, p.585; nonché DI MAURO, *Clausola rebus sic stantibus, proporzionalità ed equità*, Napoli 2023, p.34 ss.

⁸ GRUNDMANN, SCHAFFER, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, in *Orizzonti del Diritto commerciale*, 2020, p. 317.

⁹ Disegno di legge n.1151, presentato al Senato della Repubblica dal Presidente del Consiglio dei ministri il 19 marzo 2019, contenente Delega al Governo per la revisione del codice civile, il quale proponeva per l'eccessiva onerosità sopravvenuta il rimedio della rinegoziazione in buona fede e dell'adeguamento in casi di mancato accordo.

¹⁰ Alludo alla relazione della Corte di cassazione –Uff. massimario– dell'8 luglio 2020, diffusa in piena pandemia ma ricca di elementi utili alla generalizzazione possibile delle soluzioni manutentive considerate. Sul punto si veda avanti nel presente lavoro.

¹¹ Non è necessario ripercorrere l'insieme delle misure emergenziali disposte via che il blocco delle attività e il *lockdown* venivano rinnovati in relazione al prolungarsi dello stato di emergenza. Basti ricordare che talune di queste misure rivestivano valenza generale, sotto il profilo della certificazione legislativa –forse superflua– per la quale “Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore,

Esposto in questi termini il problema metodologico e sistematico restituito dalle normative sulla sopravvenienza contrattuale, è giunto il momento di esaminare più analiticamente le varie *sedes* disciplinari menzionate e verificare nel contempo il ruolo giocato dalle clausole generali.

anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti” (così l'art.3, co. 6 bis del D.L. n.6/2020). Disposizione poi replicata dall'art. 216, co. 3, del D.L. n.34/2020, con riferimento alla locazione di impianti sportivi privati, per sancire che la sospensione forzata delle attività è sempre valutata, ai sensi degli articoli 1256, 1464, 1467 e 1468 del codice civile, e a decorrere dalla data di entrata in vigore degli stessi decreti attuativi, quale fattore di sopravvenuto squilibrio dell'assetto di interessi pattuito con il contratto di locazione”, ciò che giustificava la riduzione del canone locativo nella misura del 50% per 5 mesi. La stessa norma prevedeva poi un obbligo di rinegoziazione per i rapporti di concessione di impianti sportivi pubblici, su richiesta del concessionario, motivata con l'esigenza in particolare di consentire l'ammortamento degli investimenti effettuati o programmati, anche mediante proroga, e nel rispetto dei vincoli del rapporto concessorio. Altre misure hanno riguardato il contratto di locazione commerciale (crediti di imposte); i contratti di trasporto non fruibili per la quarantena, con conseguente rimborso dei titoli di viaggio; i contratti di vendita pacchetti turistici; i contratti di lavoro. Su queste misure e sul rapporto tra le stesse e gli istituti generali del Codice civile, si vedano i commenti di BENEDETTI, *Il rapporto obbligatorio al tempo dell'isolamento: brevi note sul Decreto “cura Italia”*, in *Contratti*, 2020, p.213; BARGELLI, *Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza*, in *Jus civile*, 2021, p.82; D'AMICO, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presunzione*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 2022, p.1950; MACARIO, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del “coronavirus”: interesse individuale e solidarietà*, in *i Contratti*, 2020, p.129; Id., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, in *Giustizia civile.com*, editoriale 17 marzo 2020, p.3; NAVARRETTA, *CoViD-19 e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in *NGCC*, 2020, p.87 (che si esprime a favore di un dovere di rinegoziazione *ex fide bona*, da generalizzare oltre l'emergenza); F. PIRAINO, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *i Contratti*, 2020, p.485; SALANITRO, *La gestione del rischio nella locazione commerciale al tempo del coronavirus*, in *Giustizia civile.com*, editoriale 21 aprile 2020, p.3; CARLEO, *Effetti dell'emergenza pandemica Covid-19 sui rapporti contrattuali pendenti tra rimedi legislativi ordinari ed interventi normativi eccezionali*, in *L'emergenza sanitaria e le risposte del diritto nell'ordinamento italiano ed europeo*, Torino, 2021, p.270; MARSEGLIA, *La gestione delle sopravvenienze nella legislazione emergenziale, tra rimedi legali, giudiziali e negoziali*, ibidem, p.294. Si vedano infine i contributi raccolti nel volume *Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria*, Quaderno n.13 della Scuola Superiore della Magistratura, a cura di CALCAGNO, DI MARZIO e LEMBO, Roma, 2022.

2. *La disciplina delle sopravvenienze nel codice civile.*

Cominciando dunque dalla disciplina del codice civile, sulla ricostruzione della strategia adottata per le sopravvenienze contrattuali pesano almeno due fattori.

a) Innanzitutto, come si accennava, lo sdoppiamento interno del sistema in due modelli di reazione al perturbamento contrattuale sopravvenuto a causa del mutamento delle circostanze di fatto in sede di esecuzione del contratto di durata.

Il modello generale e astratto è ritenuto essere quello di cui all'art.1467, e dunque è con il carattere della *norma generale* che si presenta il dispositivo caducatorio che esso prospetta al contraente svantaggiato, fatto salvo il diritto potestativo della parte avvantaggiata di offrire la riconduzione in *equità* allorché la parte onerata abbia chiesto la risoluzione. Non serve ricordare: a) che il rimedio è circoscritto all'eccessiva onerosità della prestazione generata da eventi straordinari e imprevedibili, e che pertanto la norma assegna rilevanza alle sole alterazioni *quantitative*, e pertanto che b) si esclude la rilevanza delle alterazioni *qualitative*, il cui rischio dunque è del tutto allocato sui contraenti¹²; fatta salva la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta (che conosce invece un rimedio manutentivo a fianco di quello demolitorio)¹³. In questo modello, dunque, la fattispecie del contratto di durata, al quale soltanto si applica il rimedio, è assunta nella sua dimensione neutra e minimale, data dal fatto che le prestazioni programmate all'atto della conclusione del contratto si "prolungano" e si eseguono nel tempo, esponendosi perciò ai rischi delle dinamiche di mercato, mentre nessun indizio

¹² Non è questa la sede per ricordare la sterminata letteratura sull'eccessiva onerosità nei contratti (si rinvia a tale scopo al citato volume di TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., passim), atteso che l'intento prettamente metodologico della riflessione che qui si propone vuole soltanto privilegiare la tecnica di confezione della norma funzionalmente adottata per costruire la fattispecie regolativa e misurare correlativamente i caratteri del modello rimediabile adottato dal codice in parte generale, comparativamente con quello emergente in parte speciale. Da questo punto di vista, è utile e corretta l'impostazione analitica di MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p.1095, opportunamente intesa a costruire il modello indicato nel testo distinguendo in modo assai chiaro tra gli eventi perturbativi del contratto cui è accordata rilevanza e i rimedi accordati ai contraenti, e poi analizzando il conflitto di interessi fra contraenti che si può sviluppare in presenza della eccessiva onerosità sopravvenuta e contestualmente vantaggi e sacrifici generati dai possibili rimedi. Per una recentissima ricostruzione del tema, si rinvia invece a SANTARPIA, *La sopravvenienza tra costruzione del regolamento contrattuale ed esecuzione del contratto*, Napoli, 2023.

¹³ Nel caso della impossibilità parziale o temporanea.

è fornito circa le connotazioni caratteristiche dell'operazione economica regolata o la qualità degli interessi o degli investimenti realizzata dai contraenti attraverso il contratto e nel tempo. Sicchè ben si comprende –in astratto- che una volta venuto meno l'equilibrio originario oltre una certa soglia (l'alea normale di cui al co.2 della norma), il contratto sia destinato di *default* allo scioglimento, fatta salva l'iniziativa riequilibratrice spontanea della parte avvantaggiata¹⁴. L'astrattezza massima e la neutralità piena della norma fanno da scudo a qualunque eventuale indagine il giudice volesse condurre per privilegiare gli interessi della parte svantaggiata alla rinegoziazione o alla conservazione con adeguamento giudiziale del contratto perturbato. A meno che –come vedremo a breve- non si ritenga di invocare una clausola generale per colorare in modo specifico tale neutralità.

Ora, la qualità di norma generale assegnata all'art.1467 – di per sé certamente corretta - ed il suo tendenzialmente illimitato campo di applicazione sono il *pendant* della qualificazione in termini di norme speciali delle altre regole che pure il codice prevede come dispositivi di governo delle sopravvenienze per tipi nominati di contratto, come la locazione, l'affitto, il mutuo, l'appalto o la somministrazione, dalle quali invero emerge un altro modello rimediale.

Anche in questo caso, l'intento metodologico del presente lavoro ci esime dal descrivere puntualmente le fattispecie speciali e permette di sintetizzarne la valenza dal punto di vista sistematico sottolineando che in questi casi –per l'appunto speciali- il legislatore abbandona il modello caducatorio e prospetta invece rimedi conservativi, di adeguamento del contratto perturbato, dando ingresso formale ad una valutazione qualificata del conflitto di interessi che la perturbazione genera fra i contraenti in relazione al tipo di operazione economica programmata¹⁵.

¹⁴ Insomma, ragionando in coerenza con questo modello *neutro* di contratto prolungato nel tempo (antitetico allo scambio istantaneo), effettivamente non si vede perché il contraente non svantaggiato dalla perturbazione debba essere costretto a vincolarsi -o esserlo dal giudice- ad un contratto diverso e più oneroso da quello voluto: l'autonomia privata non potrebbe tollerare un simile esito. Lo dicono chiaramente i contestatori del principio della rinegoziazione e (fautori della razionalità dello scioglimento), quando affermano che "... non si vede la ragione per la quale una (eventuale) soluzione "giudiziale" possa/debba sostituirsi al diretto interessato rispetto a decisioni che riguardano una tipica valutazione di convenienza rimessa alla sua autonomia...". Né "... si vede come possa essere prospettata una violazione della buona fede per il fatto solo che il contraente non abbia ritenuto di addivenire ad un accordo di revisione" (D'AMICO, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti: gli orizzonti della causa concreta e della presupposizione*, cit., p.1952, nota 2).

¹⁵ Si fa rinvio al proposito alle discipline speciali indicate nel testo, costantemente richiamate dagli autori che si occupano del tema in una prospettiva di sistematica

Nell'impossibilità di indagare le *rationes plurali* che hanno suggerito al legislatore di sottrarre la disciplina delle sopravvenienze di questi contratti alla logica del modello generale, è opportuno darne un'esemplificazione con riguardo al contratto che più di altri è indagato sotto questo profilo, e cioè l'appalto.

L'argomentazione non può che basarsi sul contenuto operativo del rapporto tra committente e appaltatore e specificamente sul carattere strettamente individualizzato della prestazione dell'appaltatore, che non solo è un imprenditore, non solo realizza un'opera che si spalma nel tempo, ma effettua investimenti che possiamo dire essere finalizzati esclusivamente alla soddisfazione dell'interesse del committente, e perciò difficilmente riciclabili sul mercato, una volta che il rapporto si interrompesse. Basta questa notazione per considerare l'appalto quale prototipo di tutti i contratti di durata che – in qualunque livello del mercato, produttivo o distributivo, di erogazione di servizi o prestazioni di cose - registrano una significativa situazione di *dipendenza* di un contraente nei confronti dell'altro. Una situazione data la quale l'eventuale interruzione ingiustificata del rapporto contrattuale, in presenza di una modificazione rilevante delle circostanze esterne, non consente sempre una immediata e/o conveniente alternativa di mercato. Ciò rende irrazionale la risoluzione, quale rimedio di *default*, laddove una rinegoziazione, o un adeguamento del contratto permetterebbero di governare il rischio del mercato e le conseguenze negative della situazione di dipendenza: il che è quanto esprimono le due fattispecie di sopravvenienza (quantitativa e qualitativa) di cui all'art.1664, nonché l'ipotesi di cui all'art.1660¹⁶.

ricerca di un principio alternativo a quello della risoluzione. Fra questi, vedi per tutti MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p.103 ss.; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit, p.131 ss.; più di recente SANTARPIA, *La sopravvenienza*, cit., pp.227, 256 ss.; FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2021, pag. 1 ss.

¹⁶ Per questi ragionamenti, vedi BARCELLONA, *Buona fede, obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p.241 ss.; MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative*, cit., passim; PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi*, cit., p.14 ss (testo presente in De Jure); TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit. p.146 ss. Le circostanze di questa riflessione non permettono di dilungarsi nella riflessione su questi temi, ma sarebbe scorretto non dare almeno un cenno della pregevole letteratura che si è sviluppata sui contratti di durata, sulla funzione che il tempo assume nella strutturazione dell'operazione economica (non semplice dilungarsi dell'esecuzione, bensì elemento di determinazione e strutturazione delle prestazioni); sul collegamento tra i contratti di durata e i fenomeni di destrutturazione delle unità produttive nelle organizzazioni verticalmente integrate; sulla funzione sostitutiva di tale

Tornando adesso alla pista di riflessione prescelta, il quesito che la pluralità di discipline e di modelli presenti nel codice civile sollecita all'interprete concerne il rapporto e la misura dell'ambito applicativo, rispettivamente, della norma generale -teoricamente a vocazione illimitata-, e per converso delle norme speciali, teoricamente a vocazione circoscritta.

L'esito di una simile sistemazione, intesa alla lettera, assumerebbe in verità un presupposto tutto da discutere, e cioè che le norme speciali siano anche eccezionali¹⁷. Sennonché, una così netta conclusione appare a sua volta unilaterale e foriera di rigidità, sia perché il richiamato testo dell'art.1323 sembra riferirsi più che altro ai contratti atipici, senza necessariamente istituire una incomunicabilità netta fra le sezioni del diritto contrattuale; sia perché tale rigidità contrasta con quel canone interpretativo che pure la giurisprudenza pratica allorché ad esempio, applica la disciplina dell'appalto ai vizi della cosa immobile nella vendita, quando il venditore sia anche costruttore, così mostrando di intendere le norme cosiddette speciali come regole non tanto della fattispecie in senso stretto, quanto di specifici problemi che possono ricorrere in una pluralità di fattispecie (regole transtipiche). Sia perché, soprattutto, non sembra che ricorrano i presupposti per qualificare eccezionali le norme di parte speciale, e dunque per sancirne il divieto di applicazione analogica e la conseguente sterilizzazione della potenzialità applicativa alle fattispecie non contemplate, per le quali scattino nel caso concreto i presupposti dell'applicazione analogica¹⁸.

perduta unità svolta dai contratti di durata, e quindi sulla loro necessaria incompletezza; e finalmente sulla tendenza del diritto dei contratti a piegarsi alle esigenze di continuità, flessibilità e governo dei fenomeni di opportunismo generati dalle situazioni di squilibrio interne alle organizzazioni integrate di produzione e/o distribuzione. Tutti temi che – sotto l'influsso della letteratura americana di L&E- hanno arricchito il pensiero civilistico e lo hanno reso disponibile ad affrontare il tema delle sopravvenienze con maggiore apertura verso soluzioni flessibili e plurali. Per questi orientamenti, a parte la costante riflessione di MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit.; voce *Contratti di durata*, cit.; *Soppravvenienze e rimedi al tempo del "coronavirus": interesse individuale e solidarietà*, in *i Contratti*, 2020, p.129; *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, in *Giustizia civile.com*, 2020, p.3, rinviamo al pregevole studio di GRANIERI, *Il tempo e il contratto*, cit., ed ivi altre indicazioni bibliografiche.

¹⁷ Evoca questo tema FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p.7 (citazione da De Jure) quando dice che la specialità della norma conduce anche all'applicazione dell'art.14 delle preleggi, cioè al divieto di applicazione estensiva e analogica, richiamando anche il testo dell'art.1323.

¹⁸ Sul punto, per tutti, BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium*

Se questa è l'impostazione corretta del problema, anche nella materia in oggetto il sistema codicistico appare tutt'altro che omogeneo. Le discipline della risoluzione per impossibilità ed eccessiva onerosità sopravvenute, ad esito prevalentemente caducatorio, da una parte; la disciplina espansiva dell'appalto, estensibile ad una pluralità di contratti d'impresa e di durata, ad esito manutentivo, dall'altra; ed infine la disciplina dei singoli tipi prima menzionati, ad esito anch'essa manutentivo, delineano un tessuto normativo *plurale* nel quale il carattere generale attribuibile alla norma astratta di cui all'art.1467 andrebbe invero più opportunamente qualificato come "residuale"; mentre il carattere speciale/particolare attribuibile alle norme dei singoli tipi vede del tutto compensata tale particolarità limitativa dall'attivazione del meccanismo analogico, il quale –in contesti dinamici di società e di mercato– può avvicinare la norma (cosiddetta) speciale ad un livello elevato di generalità: ciò che può mettere in dubbio la primazia della norma di parte generale.

b) Il secondo fattore che pesa sulla ricostruzione della strategia codicistica sulle sopravvenienze è dato dalla controversa opinione circa l'ambito e le condizioni di applicazione delle clausole generali, *in primis* la buona fede, rispetto alla quale alcuni autori non sono disponibili a riconoscerne l'idoneità ad incidere in maniera significativa sulla vicenda contrattuale, se non nei limiti di un'interpretazione restrittiva delle norme che la prevedono –specie l'art.1375– e tale da consentire al giudice nulla più che un'amministrazione delle sopravvenienze minori che possano incidere sulle modalità esecutive delle prestazioni contrattuali, sulla base degli standard reperiti attraverso il normale operare delle clausole generali. Su questa opinione pesa –con ogni evidenza– il convincimento diffuso che il giudice non possa riscrivere il contratto in luogo delle parti.

Si deve tuttavia notare che –concepita in tal modo l'operatività della clausola– tra l'ambito delle sopravvenienze che ad essa sono affidate e quello governato dall'art.1467 rimane scoperta e priva di rimedi l'intera gamma di tutte le sopravvenienze qualitative intermedie che, pur non comportando l'eccessiva onerosità della prestazione, incidono cionondimeno in maniera non banale sull'equilibrio del contratto¹⁹.

iuris, 2008, p.421, 430 ss., ripreso da MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative*, cit., secondo il quale la vocazione espansiva dell'art.1664 non può essere messa in dubbio.

¹⁹ Sostengono convintamente questa impostazione BARCELONA, *Buona fede, obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., p.217 ss.; D'AMICO, *Emergenza sanitaria*, cit., passim; TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi*, cit., p.... Sulle clausole generali

Diversa ovviamente l'operatività della clausola, qualora le si riconoscesse, come altri autori propongono, esattamente la capacità opposta, cioè quella di governare tutte le sopravvenienze non incluse nell'art.1467 e di attivare –in particolare– meccanismi di rinegoziazione intesi a paralizzare comportamenti opportunistici della parte avvantaggiata dalla sopravvenienza e a governarne la discrezionalità in circostanze non equilibrate²⁰. È pure noto che nel contesto di tale orientamento, sono differenti gli esiti rimediali ricondotti alla violazione del dovere di buona fede, che vanno dal richiamo dell'art.2932 per chi fonda sulla buona fede un obbligo vero e proprio di rinegoziazione, al risarcimento del danno per chi invece delimita il rispetto della *bona fides* al contesto delle obbligazioni contrattuali; o ad entrambi contestualmente.

Ad accettare questa impostazione, il quadro già plurale che si è creduto di poter ricostruire dall'insieme delle previsioni di parte generale e di parte speciale potrebbe risultare modificato. E ciò non tanto per la definitiva commistione rimediale operata tra le due sezioni per il tramite delle clausole generali²¹, esito

il dibattito è assai intenso; a parte il rinvio ai classici di MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, e di RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1987, p.709, se ne indica una sintesi attraverso la lettura di NIVARRA, “Dentro” e “fuori”. *Lo strano caso delle clausole e dei principi generale*, in *Europa e dir. priv.*, 2022, p.59; P. RESCIGNO (a cura di), *Le clausole generali nel diritto privato*, in *Giur. It.*, 2011, p.1679; P. FEMIA, *Principi e clausole generali*, Napoli, 2021; VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

²⁰ È questo l'orientamento sviluppato da MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione*, cit., passim, e da SACCO, *I rimedi per le sopravvenienze*, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino 2004, p.722. Valorizza il ruolo delle clausole generali l'analisi di DI MAURO, *Clausola rebus sic stantibus*, cit. passim. In giurisprudenza, vedi da ultimo Tribunale Roma, Sez. VI, Ord., 27/08/2020, reperibile in De Jure, secondo il quale (in un caso riguardante gli effetti della pandemia su un contratto di locazione commerciale) “la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)”, atteso che “la buona fede può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente nei casi in cui si verificano dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che spingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto”.

²¹ La cui funzione diventerebbe ipertrofica, secondo gli Autori che ne contestano la capacità di fondare l'obbligo legale di rinegoziazione per qualunque contratto di durata: fra questi, per tutti, TUCCARI, *Sopraevenienze e rimedi*, cit.; BARCELLONA, *Buona fede, obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopraevenienze*, cit., loc.ult.cit.

che – a certe condizioni ed entro certi limiti - potrebbe anche argomentarsi; ma soprattutto perché attraverso l'obbligo legale di rinegoziazione (specie se supportato dal rimedio di cui all'art.2932) si finisce con il gravare l'autonomia privata di un peso esorbitante rispetto al problema che si intende risolvere, confondendo due diversi problemi.

In altre parole, se il problema generato dalle sopravvenienze è quello del ripristino tendenziale delle originarie condizioni di equilibrio (laddove questo appaia opportuno in relazione allo specifico conflitto di interessi instauratosi fra le parti di un contratto di durata che esorbita dal campo applicativo delle norme speciali), allora il rimedio più razionale e appropriato sembra essere l'adeguamento, nei limiti suggeriti dalla correttezza/buona fede²²; laddove l'obbligo di contrarre coercitivamente rafforzato dall'art.2932 ai fini della revisione del regolamento divenuto inadeguato, mancherebbe della base sua necessaria, e cioè un testo *già concordato* dagli interessati che il giudice possa dichiarare vincolante anche contro la volontà di uno di loro. Insomma, la tesi finisce con il confondere il risultato dell'obbligo di rinegoziare con il suo necessario presupposto (che per definizione non c'è)²³.

Quanto alle sopravvenienze che generano impossibilità della prestazione, l'intreccio del rimedio caducatorio con la buona fede è minimale, atteso che già la disciplina positiva prevede una sorta di ridimensionamento del contratto in caso di impossibilità parziale e di impossibilità temporanea. Tralascio per motivi di tempo di affrontare qui il tema della impossibilità oggettiva relativa, che darebbe luogo alla inesigibilità della prestazione, allorché la sopravvenienza determini uno

²² È questa la via suggerita da TUCCARI, *op. cit.*, p.203 ss., all'esito di una rigorosa indagine sulle potenzialità espansive del rimedio della revisione del prezzo previsto dall'art.1664, co.1 ad una serie di fattispecie contrattuali, con un effetto di possibile generalizzazione che l'A. reputa essere un "cambio di paradigma" nell'ambito del governo dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Questa terza via rimediabile è poi sviluppata negli ultimi due capitoli del volume. In un diverso quadro argomentativo –limitato alle sopravvenienze quantitative- si colloca lo studio di MAUCERI, *Sopravvenienze perturbative*, cit., p. 13 ss., secondo il quale, fermo restando l'operare espansivo dell'art.1664 secondo le regole dell'analogia, fuori da questi casi la clausola della correttezza può giustificare la revisione giudiziale in casi limite nei quali il suo rifiuto da parte del contraente avvantaggiato dalla sopravvenienza sia da reputarsi opportunistico, emulativo e dunque abusivo, e la risoluzione si prospetti come un rimedio aberrante. In senso analogo infine sembra muoversi PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze*, cit., p.12 ss., che ricorre però allo strumento dell'*exceptio doli generalis* per neutralizzare la pretesa abusiva del creditore avvantaggiato di adempiere la prestazione divenuta eccessivamente onerosa. Sul punto vedi oltre nel testo.

²³ In argomento, SANTARPIA, *La sopravvenienza*, cit., p.317, 320.

stravolgimento delle condizioni del debitore tali da assoggettarlo al rischio della fuoriuscita dal mercato.

Conviene adesso proseguire nella confezione del composito quadro delle sopravvenienze considerando le altre fonti.

3. Le sopravvenienze nel Codice della Crisi.

Come si accennava nell'incipit, anche il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza²⁴, sostituita la ristretta visione del fallimento come sanzione per l'imprenditore commerciale "incapace o sfortunato" con l'obiettivo del risanamento e della continuità aziendale delle imprese in crisi; estesa una disciplina di soluzione *concorsuale* delle crisi da indebitamento a vantaggio di qualunque debitore che non sia lo Stato o un ente pubblico; introdotta, infine, una prospettiva negoziale di soluzione delle crisi da insolvenza; si pone come strumento normativo capace di offrire un'interessante occasione di riflessione sull'utilizzo di strumenti manutentivi dei contratti di durata che siano pendenti al momento dell'apertura della crisi, e per i quali una rinegoziazione o un adeguamento si mostrino funzionali alla continuità aziendale o al recupero dell'impresa attraverso una composizione negoziale della crisi e/o una ristrutturazione aziendale²⁵. L'importanza di questo testo normativo ai fini della ricostruzione della strategia normativa del nostro ordinamento rispetto alle sopravvenienze contrattuali va rinvenuta in due ragioni.

La prima sta nel significativo ampliamento dell'ambito applicativo del codice: non più soltanto l'imprenditore commerciale, ma «le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici». Un ambito applicativo in ragione del quale le misure di soluzione della crisi –laddove si rivolgano espressamente o meno ai rapporti contrattuali pendenti del debitore- sono destinate a ricadere su un numero assai esteso di rapporti contrattuali e ad assumere quindi una rilevanza non secondaria né marginale, e men che meno eccezionale.

²⁴ Di cui al decreto legislativo del 12 gennaio 2019, n° 14, emanato in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 e aggiornato al decreto legislativo 17 giugno 2022, n. 83.

²⁵ Per una impostazione generale di questi temi dal punto di vista civilistico, ci permettiamo di rinviare al nostro contributo *Il sovraindebitamento dopo il codice della crisi. Il diritto privato che cambia e la dogmatica civilistica*, in *Rivista di diritto privato*, 2020, p.487 ss.

La seconda ragione conferma e amplifica la prima. Ed infatti, se la *ratio* principale della nuova disciplina delle crisi si identifica non più nella liquidazione dell'impresa in difficoltà, bensì nel perseguimento dell'obiettivo del risanamento aziendale e della preservazione della continuità, è facile argomentare che una simile *ratio* orienta la gestione delle sopravvenienze contrattuali in funzione della conservazione dei contratti di durata pendenti –fin quando possibile–, atteso che riesce difficile immaginare la continuità aziendale senza la continuità dei contratti grazie ai quali l'azienda può essere tenuta in vita²⁶.

Se poi si tiene conto del fatto che – specie a seguito del recepimento della Direttiva Insolvency²⁷ – il codice della crisi ha introiettato una nozione variegata di crisi, che include anche crisi finanziarie che possono investire imprese sane²⁸; e se si considera questo elemento unitamente al fatto che il Codice predilige forme di composizione negoziata delle crisi di impresa²⁹, allora in tale nuova disciplina può leggersi un modello di regolazione delle sopravvenienze perturbative finaliz-

²⁶ Si legga in proposito il considerando n.41 della Direttiva Insolvency (citata nelle note che seguono), alla stregua del quale, con riferimento ai contratti di durata “La risoluzione anticipata può compromettere la capacità di un'impresa di continuare a operare durante le trattative di ristrutturazione, in particolare per quanto riguarda i contratti di fornitura di beni o servizi essenziali quali gas, energia elettrica, acqua, telecomunicazioni e servizi di pagamento tramite carta. Gli Stati membri dovrebbero disporre che, durante il periodo di sospensione, ai creditori, cui si applica la sospensione delle azioni esecutive individuali e i cui crediti siano sorti prima della sospensione e non siano stati pagati da un debitore, non sia consentito di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti essenziali né di risolverli, di anticiparne la scadenza o modificarli in altro modo, purché il debitore adempia gli obblighi che gli incombono a norma di tali contratti in scadenza durante la sospensione. Contratti pendenti sono, ad esempio, i contratti di locazione e gli accordi di licenza, i contratti di fornitura a lungo termine e gli accordi di franchising”.

²⁷ Direttiva (UE) 2019/1023, del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), recepita attraverso il D.lvo 17 giugno 2022, n. 83, recante Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14.

²⁸ Allo scopo di *prevenire* le situazioni di insolvenza, infatti, la Direttiva sopra menzionata si rivolge anche “agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare” (considerando n.1).

²⁹ Per tutti, GABRIELLI, *Il diritto dei contratti a servizio della ristrutturazione d'impresa*, in *Riv. Dir. priv.*, 2023, p.327.

zato –rispetto ad un target significativo di operatori economici- alla conservazione dell'attività d'impresa ed in questa chiave orientato a valorizzare l'autonomia privata e i relativi strumenti di adeguamento e revisione utili al fine di "salvare" l'impresa e conservare il patrimonio delle relazioni che la costituiscono. Fra questi strumenti, anche le clausole generali giocano un ruolo.

Si considerino brevemente a tal fine alcuni passaggi della legislazione recente, poi sfociata nell'ultima revisione del Codice.

Nel Codice della crisi versione 2019 troviamo innanzitutto l'art.4, rubricato Doveri delle parti, ove l'esplicito richiamo della buona fede e della correttezza definisce gli standard di comportamento del debitore e del creditore in qualunque fase e situazione della procedura concorsuale, specificando i doveri dell'uno e dell'altro in vista del risultato. La buona fede è poi di frequente richiamata nelle norme successive.

Interviene successivamente il DL n.118 del 2021, emanato in piena pandemia, poi convertito in L. n.147 del 2021. Qui troviamo innanzitutto l'art. 2 sulla Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa e la creazione della figura dell'esperto indipendente, la cui nomina può essere chiesta dall'imprenditore in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario la cui crisi o insolvenza sono probabili, «quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa». L'esperto agevola lo svolgimento delle trattative fra l'imprenditore, i creditori e altri interessati, e dunque entra pienamente nel gioco del corretto svolgersi di queste ultime. Ma nel medesimo testo troviamo soprattutto una nuova versione dell'art.4, il quale rafforza il richiamo della buona fede a carico di tutte le parti coinvolte nelle trattative di gestione della crisi, prime fra tutte le banche e gli intermediari finanziari, espressamente richiamate a partecipare alla composizione negoziata della crisi, *senza che l'accesso a quest'ultima possa costituire motivo per revocare gli affidamenti concessi all'imprenditore*.

Interviene infine il recepimento della Direttiva "Insolvency", pubblicato il 1° luglio, con Dlvo 17 giugno 2022, n.83. Parte della normativa di cui al DL 118 è abrogata, parte riformulata nel contesto del recepimento. Si conferma innanzitutto la figura dell'esperto come soggetto facilitatore delle trattative nella composizione negoziata³⁰; i cui compiti sono specificati nel nuovo testo dell'art.12 sulla composizione negoziata per la soluzione della crisi. Mentre l'art.16 rinnova un implicito richiamo alla buona fede attraverso la definizione degli standard di comportamento di tutte le parti, dall'esperto, all'imprenditore, ai creditori, alle

³⁰ Lett. o-bis dell'art.1, che modifica l'art.2 del Codice della crisi.

banche, ai quali sono imposti doveri di comportamento espressi in termini di lealtà, trasparenza, riservatezza, completezza e tempestività nell'azione.

L'art.4 già citato invece richiama di nuovo buona fede e correttezza, con una sorta di fusione delle due versioni precedenti, indicandola come clausola *generalissima* per tutte le procedure; confermandone l'importanza, al di là della situazione emergenziale, in un'ottica comportamentale se non addirittura "prestazionale", che permette di ripensare talune visioni nichiliste delle clausole generali³¹.

In questo contesto di generale rivalutazione delle clausole generali si inserisce la specifica disciplina delle sopravvenienze contrattuali.

Ferma restando, innanzitutto, la rinegoziazione come metodologia generale della attuazione dei piani di risanamento³², assai innovativo è il testo dell'art.10, co.2, del D.lvo che converte in legge il DL 118 del 2021, ai sensi del quale «L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo».

La norma è una novità assoluta, pur se i commentatori non hanno mancato di sottolineare come l'impatto fortemente innovativo sia non solo circoscritto ai contratti perturbati dalla pandemia, ma anche circoscritto ad una categoria di contratti (quelli dai quali dipende la continuità aziendale) e ad un periodo limitato³³.

³¹ Seppur rimane il tema delle sanzioni da applicare per la violazione della correttezza, cioè della praticabilità di azioni risarcitorie nel contesto delle procedure concorsuali, che comunque in teoria non possono essere negate.

³² Il termine rinegoziazione appare nel contesto dell'art.56, nella norma sugli Accordi esecutivi dei piani attestati di risanamento, lett. d., e poi nell'art.58, nel contesto dei negozi stragiudiziali puri, con scopo di risanamento dell'esposizione debitoria. Non siamo dunque nel contesto delle sopravvenienze da shock esogeno, ma in quello di crisi "normali".

³³ Vedi SBISÀ, *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, in *Contratto e impresa*, 2022, p.15, 22 ss.; MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *i Contratti*, 2022, p.5, 10 ss.; GABRIELLI, *Il diritto dei contratti a servizio della ristrutturazione d'impresa*, cit., passim; SANTARPIA, *La sopravvenienza*, p.354 ss.

Ed infatti, nella versione finale del codice della crisi entrata in vigore lo scorso anno, fermo restando l'esplicito e ripetuto richiamo alla buona fede e alla correttezza in capo al debitore e ai creditori (con illustrazione degli specifici comportamenti positivi da tenere), l'accesso dell'imprenditore alla composizione negoziata è accompagnato dal supporto dell'esperto indipendente, al quale il co.5 dell'art.17 affida fra gli altri anche il più limitato compito di *invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti di durata se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa* o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Le parti sono tenute a collaborare ai fini della revisione o dell'adeguamento. Diversamente dalla precedente previsione dell'art. 10 del D.L. n. 118/2021, nella parte in cui consente la rideterminazione del contenuto contrattuale divenuto eccessivamente oneroso a seguito della pandemia secondo equità anche da parte del tribunale, la norma definitiva non prevede più l'adeguamento giudiziale, ma offre comunque un modello di rinegoziazione dei contratti di impresa su base volontaria, fortemente incentivato dalla presenza dell'esperto e dal suo ruolo nella valutazione delle politiche di risanamento³⁴.

Un civilista attento alle partizioni disciplinari ed eventualmente proteso a considerare il Codice della crisi come elemento estraneo alle logiche generali del comparto privatistico, potrebbe osservare che tali norme non rilevano più di tanto, dato il loro carattere per così dire settoriale. Mi sentirei di replicare che una simile notazione trascura di considerare un elemento di contesto di non poco pregio: il fatto cioè che la gestione di contratti di durata variamente perturbati da sopravvenienze negative non rappresenta più una circostanza eccezionale, quanto piuttosto una circostanza tendenzialmente endemica del modello economico e di mercato oggi prevalente, e pertanto –vorrei dire- tendenzialmente normale. Ciò è dovuto per un verso al carattere integrato e ormai transnazionale dei mercati, con il conseguente rafforzarsi delle connessioni tra i diversi comparti e –correlativamente- dei rischi di contagio delle situazioni critiche; per altro verso, dal prolungarsi nel tempo, oltre che dall'espandersi nello spazio, delle crisi che assumono consistenza maggiore.

³⁴ Da notare, però, che nell'ambito della composizione negoziata, ma fuori dal Codice, ai sensi dell'art. 46 del d.lvo 17 giugno 2022, n.83 (Abrogazioni e modifiche di disposizioni del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118) rimane in vigore l'art. 10 del D.L. n. 118/2021 nella parte in cui consente la rideterminazione del contenuto contrattuale secondo equità anche da parte del tribunale se la prestazione dovuta in esecuzione di contratti ad esecuzione continuata, periodica o differita è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. Sul punto si rinvia a PAGANO, *La (presunta) sopravvivenza della rinegoziazione emergenziale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, p.1718.

Di qui la considerazione che si proponeva poc' anzi con chiaro intento euristico e metodologico, per la quale il trattamento che il Codice della crisi riserva ai contratti di durata incisi dalle sopravvenienze, in una chiave manutentiva funzionale al risanamento aziendale, non individua affatto un modello eccezionale, ma esprime piuttosto una risposta alternativa a quella codificata nell'art.1467, tendenzialmente espansiva e idonea a regolare in chiave negoziale una casistica critica diffusa.

Questa considerazione del resto corrisponde a quanto vogliono dire i civilisti più attenti all'impatto dei modelli economici sui dispositivi di regolazione delle sopravvenienze, allorchè osservano che «la società post industriale non è più quella dei produttori di beni, è diventata quella dei produttori di servizi» e il modello di contratto preso a riferimento dagli ordinamenti giuridici nella predisposizione dei rimedi non è più il contratto di scambio ad efficacia istantanea, ma il contratto di durata, il prototipo del quale è il contratto di appalto³⁵. E quanto il contratto di appalto esprima una logica di gestione delle sopravvenienze opposta a quella espressa dall'art.1467 è non solo considerazione condivisa da tutti, ma anche presupposto per una ricostruzione binaria del modello civilistico dei rimedi contro l'onerosità sopravvenuta; salvo poi cimentarsi in una millimetrica operazione al rasoio per individuare le fattispecie da ricondurre nell'alveo disciplinare dell'appalto, piuttosto che riconoscere la valenza tendenzialmente residuale della norma generale: già circondata di modelli alternativi in casa propria, e testualmente contraddetta nelle altre circostanti sedi e fonti normative³⁶.

4. *Le altre fonti.*

Infatti, come si accennava all'inizio, allargando lo sguardo dal codice civile verso il mondo della produzione e dei contratti nei mercati integrati della contemporaneità, il panorama pluralistico delle regole dedicate alla gestione delle sopravvenienze esibisce una combinazione di rimedi comunque ispirati all'idea di una cooperazione tra le parti, in chiave negoziale, allorquando l'equilibrio generale del contratto sia sottoposto ad uno stress e si renda necessario attualizzare il regolamento originariamente convenuto alle circostanze sopravvenute.

Nel nuovo codice degli appalti pubblici, tra i principi che il legislatore ha voluto premettere alla puntuale disciplina dei contratti pubblici spicca l'art.9,

³⁵ FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p.7, 8 ss.

³⁶ Rinviato nuovamente al dibattito ricostruito nei contributi di PIRAINO e MAUCERI prima citati.

rubricato «Principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale», alla stregua del quale «Se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali»³⁷.

L'art. 60 disciplina poi le clausole di revisione prezzi, stabilendo che queste clausole «non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa, in relazione alle prestazioni da eseguire».

Ed infine l'art.120 (rubricato «Modifica dei contratti in corso di esecuzione») dispone una complessa disciplina delle varianti, da praticare senza una nuova procedura di affidamento, in una serie di casi di sopravvenienze: dalla necessità di lavori, servizi o forniture supplementari, alla sopravvenienza di circostanze imprevedibili.

Il diritto alla rinegoziazione secondo buona fede, da una parte, e gli strumenti di adeguamento dall'altra, si delineano quali soluzioni alternative al modello di tutela meramente demolitoria offerto dall'art.1467, capaci di garantire la continuità dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'operazione economica, pur in presenza di un limite –per così dire- naturale che pesa sui contratti pubblici, in ragione della vincolatività dei principi della trasparenza e della gara, che impongono adeguamenti compatibili con la struttura generale del contratto oggetto di affidamento³⁸.

³⁷ La norma prosegue precisando che *la rinegoziazione si limita al ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento, quale risultante dal bando e dal provvedimento di aggiudicazione, senza alterarne la sostanza economica* (co.2). E poi che *Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono l'inserimento nel contratto di clausole di rinegoziazione, dandone pubblicità nel bando o nell'avviso di indizione della gara, specie quando il contratto risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze* (co.4).

³⁸ Per queste osservazioni si rinvia ai volumi *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, a cura di BRUNO, MARIANI, TOMA, Torino, 2023, p.34, 257 ss.; *Il nuovo corso dei contratti pubblici*, a cura di FANTINI e SIMONETTI, Roma, 2023, p.15, 251 ss.; e poi a NICODEMO, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, p.561; GOISIS - PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi euro unitari e vischiosità normative nazionali*, in *Dir. amm.*, 2023, p.97.

Solo per un istante ricordiamo poi:

- la legislazione emanata durante la pandemia, la quale ha prospettato modelli di regolazione di quella “sopravvenienza” in parte opposti al modello codicistico, prevedendo seppur per specifiche tipologie di relazioni commerciali, rimedi intesi ad adeguare i contratti in corso alle mutate condizioni reali imposte dalle misure di contenimento e di *lockdown*. Nonostante gli sforzi di ricondurre queste misure all’ambito di applicazione degli strumenti codicistici³⁹, non c’è dubbio che le stesse, considerate unitariamente, abbiano comunque introdotto novità e si siano poste come motivo di ripensamento della disciplina del contratto, specie del suo carattere generalista⁴⁰.
- gli ordinamenti dei paesi di *civil law*, che si modificano recuperando la buona fede e la rinegoziazione secondo schemi differenti, ma comunque espressivi, di nuovo, di una logica non rigida di gestione delle sopravvenienze; mentre il c.d. diritto europeo dei contratti raccoglie le tradizioni dei contratti internazionali e dei relativi strumenti di gestione flessibile delle sopravvenienze in chiave conservativa⁴¹.
- sul formante giurisprudenziale, gli Uffici della Corte di Cassazione pubblicano l’8 luglio 2020 un documento dal titolo «Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale”, nel corso del quale, dopo attenta analisi delle misure normative di contrasto delle sopravvenienze, si legge che gli obblighi di cooperazione consentono di appianare «l’apparente antinomia fra l’obbligo di rinegoziare e la libertà di autodeterminazione, poiché la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti».
- prosegue poi la Suprema Corte affermando che «è la buona fede, sotto i diversi versanti (esecutivo, interpretativo) in cui viene in rilievo, ad imporre ai contraenti di rendersi disponibili alla modificazione del contratto, allorchè la parte interessata a mantenere in essere un rapporto in senso aderente alla concreta realtà del mercato inviti l’altra a rinegoziare⁴².

³⁹ Si veda il saggio di D’AMICO, *Emergenza sanitaria e diritto dei contratti*, cit., passim.

⁴⁰ Vedi supra, nota 11.

⁴¹ Rinviando a TUCCARI, *Note sull’introduzione della revision pour imprévision nel codice civile francese, in Europa e dir.priv.*, 2017, p. 1517; DUGUÈ, *L’imprévision en droit français*, reperibile al link <https://dspace.uni.lodz.pl/xmlui/bitstream/handle/11089/44651/63-77-Dugue.pdf?sequence=1&isAllowed=y>; GRUNDMANN, SCHAFFER, *Le riforme del diritto contrattuale francese e tedesco*, cit., passim.

⁴² Il testo è reperibile al link <https://www.pmstudiotecnico.it/wp-content/uploads/2021/08/>

È poi noto che un disegno di legge presentato il 19 marzo 2019 prevedeva di disciplinare il diritto delle parti di pretendere la rinegoziazione dei contratti secondo buona fede qualora divengano eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili, ovvero di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali, qualora non si raggiunga un accordo tra le parti. E si precisa che si tratta di una previsione in linea con la clausola di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione (come interpretata, tra l'altro, da alcune ordinanze della Corte costituzionale), oltre che con l'ordinamento europeo, che conosce i poteri di sindacato e di intervento giudiziale sull'autonomia contrattuale dei privati, in specie a tutela dei contraenti "deboli"⁴³.

5. È possibile costruire un sistema unitario? Premesse per una discussione.

È giunto il momento di mettere a sintesi le riflessioni prospettate, sia sul piano metodologico, e in una certa misura anche su quello sistematico.

Nella dimensione eclettica e pluralistica del diritto civile che si sta cercando di offrire, esse non costituiscono argomenti invocabili *tout court* allo scopo di legittimare automaticamente una soluzione generale del tema delle sopravvenienze antagonista rispetto a quella che il codice civile attualmente dispone al riguardo⁴⁴.

Rappresentano piuttosto i tasselli di un mosaico normativo e di una proposta scientifico-culturale che trova il suo punto centrale nel pluralismo normativo, nella tendenza cioè degli ordinamenti contemporanei a costruire diverse soluzioni dello stesso problema, adattandole alla crescente complessità con la quale esso si presenta nei diversi contesti e nelle diverse circostanze. Ciò che avviene senza che le precedenti soluzioni vengano sostituite da altre, ma in un'ottica di stratificazione di norme e istituti che si distendono via via in un assetto non gerarchico, ma

[CASSAZIONE-08-LUGLIO-2020-N.-14300.pdf](#), e sullo stesso vedi il commento critico di BRIGUGLIO, *Novità sostanziali del diritto "emergenziale anti-covid. Contro il paternalismo giudiziario a spese dell'autonomia dei privati*, in *Giustizia civile.com*, editoriale del 7 ottobre 2020, p.3; e SBISA, *La prima norma in tema di rinegoziazione nel contesto del dibattito sulle sopravvenienze*, cit., p.20.

⁴³ Vedi retro, nota 9, nonché, in senso critico, GAMBINO, *Il rinegoziare delle parti e i poteri del giudice*, in *Jus civile*, 2019, p.397.

⁴⁴ In questo senso, invece, sembra muoversi lo studio di DE PAMPHILIS, *Rinegoziazione e default rule*, Bologna, 2020, p.58, 63 e ss.

in tal senso orizzontale e *plurale*. Insomma, una progressiva decostruzione della regola astratta in frammenti di regole che concretizzano e rendono generali –ma in misure sempre meno astratte– regole differenti, se non antagoniste, chiedendo all'interprete di amministrare i potenziali conflitti che questo assetto orizzontale di regole concomitanti può generare.

Intendo riferirmi al pluralismo come paradigma teorico e non come mero dato dell'esperienza. Come approccio attraverso il quale condurre l'esperienza dell'interpretazione in un contesto orizzontale, de-gerarchizzato e multivaloriale, che considera la pluralità delle soluzioni – come la pluralità delle fonti – un dato dal quale partire per stabilire regole di coesistenza, e non un'anomalia da cancellare.

E qui forse che possono ritrovarsi le premesse per una diversa prospettiva metodologica.

Innanzitutto sul piano strettamente normativo, la progressiva inesorabile perdita di centralità del codice civile, accompagnata dallo sviluppo di codici di settore e di codici – per così dire – tematici, oltre che di una legislazione microsettoriale divenuta bulimica negli ultimi anni, rimette in discussione tutti i canoni interpretativi tradizionalmente utilizzati per conferire coerenza e sistematicità all'ordinamento⁴⁵. Non possono infatti applicarsi in modo sicuro e lineare a questa materia le coppie di opposti con le quali si costruiva un ordine sistematico gerarchico e in tal modo seriamente rivolto alla certezza del diritto. Dalla coppia norma generale/norma speciale, alla coppia regola/eccezione, i rapporti tra i diversi plessi normativi richiedono una diversa metodologia ermeneutica (funzionale al problema concreto da governare) e certamente non adagiata sulla tradizionale logica formalistica, sui pregiudizi dogmatici o sugli steccati disciplinari⁴⁶.

Su questo piano, peraltro, se si riconosce l'apporto minimale dei canoni tradizionali or ora indicati rispetto all'obiettivo di ricondurre un ordinamento così frastagliato, settorializzato e comunque differenziato ad una possibile unità, si deve anche riconoscere tutta la difficoltà di costruire una gerarchia sistematica di norme, che guidi l'interprete nella soluzione del caso e soprattutto nella definizione

⁴⁵ Mi permetto di rinviare per una completa impostazione del tema al mio *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.

⁴⁶ Sembra metodologicamente orientata in una direzione simile nella materia delle sopravvenienze anche lo studio di SANTARPIA, *La sopravvenienza*, cit., p.285, che riconosce la cifra rimediale pluralistica del codice civile e dunque la necessità che l'interprete si emancipi da soluzioni "asetticamente formalistiche", evitando tuttavia la rottura del quadro legale. Rinviamo ancora sul punto ai contributi citati in nota 4.

dei canoni applicativi delle singole discipline, le quali a loro volta –non più qualificabili a priori come eccezionali- si candidano ad una interpretazione estensiva o analogica priva dei confini che quei canoni una volta contribuivano a definire con una certa sicurezza. Lo si è visto con riferimento alla disciplina dell'appalto, alla quale molti attribuiscono una potenzialità applicativa ben più estesa rispetto ai confini del tipo contrattuale. Ma il ragionamento si può estendere oltre.

Ad esempio, al di là del carattere emergenziale del loro atto di nascita, ci si può chiedere se le misure di adeguamento introdotte per la pandemia siano soltanto “emergenziali e transitorie” o non possano invece rivestire un carattere duraturo, derivante dal fatto che la pandemia è per definizione un evento straordinario e imprevedibile, come tale perfettamente rientrante nel “testo” degli artt.1467 e 1463. E nella stessa prospettiva ci si potrebbe chiedere se tali norme, con tutti i limiti operativi che quell’atto di nascita vi ha impresso, non siano –in teoria- estensibili analogicamente ai contratti ancora in fase di esecuzione laddove un’altra imprevedibile e straordinaria catastrofe abbia prodotto gli stessi problemi, per esempio in presenza degli eventi bellici oggi in corso.

Questi non sono interrogativi eludibili, e il tentativo di spingere le misure della crisi entro l’alveo del codice civile, quasi che lo stesso si possa candidare ad una perennità senza limiti, senza chiedersi se non debba semmai immaginarsi un percorso contrario, nasconde l’idea che le crisi che costantemente attraversano i sistemi complessi siano eventi transitori e perciò possano –all’esito del loro compiersi- restituire la società e l’ordinamento ad una normalità pacifica, a quella che era prima, negando invece l’evidenza per cui le crisi generano sempre un nuovo ordine.

Ma questo non è ancora tutto.

A me pare che il problema ermeneutico della definizione delle regole di gestione delle sopravvenienze, in presenza di un contesto normativo pluralistico, frammentato e asistemico come quello descritto, non possa non fare i conti con le clausole generali e con i principi, nate, le une e gli altri, proprio a tale scopo: rendere operativo l’ordinamento *sempre*, anche quando e soprattutto l’instabilità e la complessità del sociale rendono difficile all’interprete reperire una norma del caso che non sia casuale, che non renda una giustizia del caso concreto, ma sia capace di esprimere una soluzione adeguata, ragionevole e replicabile nel nome dell’uguaglianza e della parità di trattamento.

«È la realtà sociale che presenta discontinuità e insicurezza, non le clausole generali e men che meno i principi: così scriveva Rodotà nel 1987 nel suo

articolo sul “Tempo delle clausole generali”⁴⁷. L'ostracismo verso le une e gli altri nasconde la volontà di affidare il futuro al passato, con il pretesto che un giudice abilitato all'uso delle une e delle altre sia un pericoloso attentatore delle istituzioni e della certezza del diritto, sul presupposto che tale uso non possa essere tenuto sotto controllo alla luce di un modello riconoscibile di razionalità ermeneutica. Peccato che, quando ci si confronta con il profluvio di norme che connotano il diritto contemporaneo farsi un'idea della razionalità del modello sia impresa non semplice⁴⁸.

Non posso certo aprire qui un discorso teorico sulle clausole generali e sui principi. Posso limitarmi a prospettare un'ipotesi sull'uso della buona fede nella gestione delle sopravvenienze oggi, e nel contesto normativo, di pratiche discorsive e scientifiche nel quale essa, per sua natura, deve essere immersa al momento del suo utilizzo: quando cioè –per dirla con Mengoni- deve svolgere una valutazione del contratto con riferimento ad uno *standard* sociale, «alla stregua di tipi normali di comportamento riconosciuti come norme sociali, dai quali il giudice trae un criterio di interpretazione del regolamento negoziale oppure di un criterio di esplicitazione di modalità esecutive»⁴⁹. Ovvero quando –per dirla con Rodotà- essa realizza quell'articolazione del sistema normativo tra legge e giudice in base alla quale il secondo è chiamato «ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto secondo modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell'ambiente nel quale la decisione deve produrre i suoi effetti»⁵⁰, secondo la tecnica della fattispecie aperta. In entrambe le ricostruzioni, con lo scopo di assicurare la razionalità della contrattazione.

Ebbene, nell'ambiente nel quale deve operare il giudice dell'oggi, pratiche discorsive e standard e valutazioni sociali gli mettono a disposizione modelli di soluzione delle sopravvenienze contrattuali flessibili, non rigidamente ancorati ad un rimedio unico. Modelli che ampiamente includono dispositivi di adegua-

⁴⁷ *Op. cit.*, p.716 ss.; ed in senso analogo riflette anche FEMIA, *Principi e clausole generali*, cit., p.22 ss., quando –nel discutere della vaghezza delle norme e delle clausole generali- scrive che “la vaghezza giuridica non è un problema linguistico, ma una prassi sociale...la vaghezza esplose nelle società di massa, divise, in conflitto ... vago nel diritto è ciò che non si sia sperimentato”. Sicchè infine “la società attuale, caratterizzata dal pluralismo ... produce vaghezza ... e quindi clausole generali e principi” (p. 37).

⁴⁸ Ancora RODOTÀ, *op.cit.*, passim

⁴⁹ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p.13.

⁵⁰ RODOTÀ, *op. cit.*, p.723.

mento del contratto alle circostanze sopravvenute, al di là della rigida alternativa conservazione/risoluzione. Nel non facile compito di trovare la sintesi tra normative settoriali e differenziate e circostanze reali sempre più complesse e connotate da interferenze sistemiche che moltiplicano le occasioni di contagio delle situazioni critiche, la buona fede può suggerire di preservare la conservazione e la manutenzione del contratto tutte le volte in cui lo scioglimento, ovvero la conservazione dell'originario regolamento per la ritenuta irrilevanza della sopravvenienza, possono determinare situazioni patologiche o fuoriuscite dal mercato irragionevoli e ingiustificabili. Il tutto alla luce della logica espressa dal contratto e dall'equilibrio voluto dalle parti, e del principio di un'equa ripartizione dei rischi, intesa ad evitare che la sopravvenienza, ove del tutto scaricata su di una parte, generi un inaccettabile squilibrio che priva la parte svantaggiata di una seria alternativa di mercato.

E che il giudice debba occuparsi dell'equo temperamento degli interessi delle parti è scritto nell'art.1371, sul presupposto che dal contratto in questione, appena appena valido ma in una struttura elementare, non risultino elementi in tal senso. Non si tratta di applicare questa norma alla fase di esecuzione governata dall'art.1375, ma si tratta di garantire che l'esecuzione secondo buona fede consenta per così dire di attualizzare il sinallagma voluto dalle parti al momento della conclusione del contratto, se questo è stato alterato per un fatto sopravvenuto⁵¹, laddove lo scioglimento –astratto e rigido omaggio al *pacta sunt servanda*– determinerebbe un'irragionevole penalizzazione di un contraente, non giustificata dalla logica del contratto a suo tempo concluso.

Resta inteso che tale soluzione non si riferisce a tutte le sopravvenienze e nemmeno a tutti i contratti. In assenza di una norma ad hoc specificamente applicabile al caso, essa potrebbe operare -tenendo a mente l'ambito dei problemi presi in considerazione dall'art.1467- quantomeno con riguardo alle sopravvenienze che dallo stesso si ritengono escluse, le cosiddette sopravvenienze qualitative che non si esprimono attraverso l'alterazione eccessiva dell'equilibrio tra i valori delle prestazioni, ma ugualmente incidono in maniera significativa sull'assetto dei vantaggi e dei rischi convenuto.

Ma anche qui le soluzioni ipotizzabili non sono omogenee.

Si potrebbe pensare che, in base alla regola dell'agire secondo buona fede, nei casi indicati l'iniziativa della parte svantaggiata verso una rinegoziazione del contenuto del contratto (piuttosto che verso lo scioglimento) apre una trattativa che

⁵¹ FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p.13.

la controparte non può rifiutare di svolgere. In caso di mancato raggiungimento di un accordo per la scorrettezza di uno dei contraenti, il giudice potrebbe adeguare il contratto solo se dallo stesso risultano i criteri attraverso i quali ripartire il rischio contrattuale sviluppando la logica del contratto. In caso contrario, rimane lo strumento risarcitorio⁵².

Allo stesso risultato perviene altra dottrina⁵³ attraverso l'idea di una *exceptio doli generalis* quando la pretesa del contraente avvantaggiato si riveli eccessiva e contraria a buona fede alla luce delle sopravvenienze e del conseguente quadro di disutilità da esse generato in danno dell'altro contraente. L'*exceptio* darebbe la stura alla rinegoziazione volontaria, il cui fallimento per scorrettezza aprirebbe al rimedio risarcitorio.

Da altri si ritiene che la revisione possa comunque ammettersi laddove –in casi limite- il rimedio della risoluzione ex art.1467 (e, sembra di capire, per le sopravvenienze quantitative) appaia aberrante e si concretizzi il rischio di un'eterogenesi dei fini del rimedio risolutorio. Tali casi sono individuati in quelli in cui il debitore ha un forte interesse a mantenere in vita il contratto, e dall'altro, «il creditore non ha alcun apprezzabile interesse a rifiutare la revisione, poiché da tale rimedio non subirà pregiudizi cui sarebbe invece sottratto con la risoluzione». Ricorrendo tali condizioni, ad evitare condotte opportunistiche o emulative, volte cioè a realizzare profitti ingiustificati ovvero atti ritorsivi o tout court in odio alla controparte, più che la buona fede di cui all'art.1375, sarebbe la correttezza di cui all'art.1175 a giustificare e guidare l'adeguamento del contratto⁵⁴.

Del resto, già negli anni 70-80, la teoria della inesigibilità della prestazione invocava la buona fede come strumento di definizione del margine di sacrificio

⁵² In tal senso sembra orientato FRANZONI, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, cit., p.11 ss.

⁵³ PIRAINO, *Osservazioni intorno a sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, cit., p.12, secondo il quale “Il riconoscimento alla parte svantaggiata della possibilità di sollevare l'eccezione di dolo generale apre uno spazio alla rinegoziazione dei termini del contratto al fine di ripristinarne la funzionalità”, allorquando alla luce della buona fede la pretesa della parte di esigere l'esecuzione nei termini concordati –e ormai alterati dalla sopravvenienza- si riveli iniqua ed eccessiva.

⁵⁴ In tal senso, MAUCERI, *Sopravenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, cit., p.14 ss., in quanto il problema in esame non atterrebbe all'integrazione dello specifico sistema di regole dell'ordinamento pattizio, bensì all'integrazione-adattamento del sistema di regole proprie dell'ordinamento legale, sicché pare appropriato fare riferimento all'art.1175 che non all'art.1375.

che, in base alle circostanze, poteva essere richiesto al debitore prima della impossibilità definitiva di adempiere. Così dandosi rilievo all'insieme delle circostanze nelle quali il contratto si trova immerso⁵⁵.

Con tali considerazioni si chiude il ragionamento, nella speranza che almeno le premesse per una futura discussione siano state utilmente definite.

⁵⁵ Il riferimento è allo studio classico di BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1975; ma vedi comunque TRIMARCHI, *Il contratto. Inadempimenti e rimedi*, Milano, 2010, p.18 ss., il quale già fisiologicamente definisce ciò che è contrattualmente dovuto anche in base a quanto le parti hanno implicitamente convenuto, nonché in base ad un criterio di ragionevolezza ed efficienza, in relazione alla natura e agli scopi del contratto.

INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA, FIDUCIA, DESTINAZIONE PATRIMONIALE

Tommaso Arrigo *

SOMMARIO: 1. Introduzione, metodo e percorso dell'indagine. – 2. Gli interessi meritevoli di tutela come clausola generale. – 3. La fiducia come valore sociale e come concetto legale. – 4. La destinazione patrimoniale come effetto giuridico peculiare. – 5. Conclusioni: autonomia dei privati e consapevolezza dei giudici.

1. Introduzione, metodo e percorso dell'indagine.

Sono particolarmente contento, anche sentendo di interpretare il pensiero di tutti noi organizzatori e interventori, di partecipare a questa occasione celebrativa, che si articola nel convegno svolto il 19 e 20 maggio 2023 e nel presente volume che raccoglie i vari contributi dei relatori, per festeggiare Giovanna Visintini, in un anniversario importante della sua vita (terrena). Personalmente esprimo tutta la mia riconoscenza e affettuosa gratitudine per essere parte della sua Scuola, anche come espressione della più ampia “Scuola Genovese”, che mi ha permesso di compiere un essenziale percorso di crescita personale e accademica.

Infatti la nostra festeggiata è Maestro di dedizione alla vita universitaria e di metodo di studio del diritto, in particolare di diritto giurisprudenziale.

Ricordo fin dal primo anno di dottorato, svolto nelle sedi allora consorziate di Genova e Pisa, l'insegnamento dell'importanza dello studio analitico della sentenza, le quali erano materiale di esercitazione per ricavare da parte di noi allievi la “massima”, senza vedere e farsi influenzare da quella pubblicata nei repertori come ufficiale (nei primi anni, mi torna in mente con un po' di nostalgia, ci si “sporcava

* Professore associato in Diritto Privato, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova.

le mani” sfogliando i volumi che facevano bella mostra sugli scaffali che circondavano i tavoli di lavoro nella sala dell’Istituto di Diritto Privato qui in via Balbi).

“La massima deve essere minima” e quindi non sovrabbondante o ridondante, ci sentivamo ripetere durante le lezioni e le esercitazioni, “non deve contenere una parafrasi dei testi legislativi” che invece devono essere indicati nella “rubrica” prima di quella, “deve riportare l’effettiva regola decisionale” e quindi non essere lacunosa, oscura o addirittura menzognera rispetto al contenuto della sentenza, soprattutto comportando confusione tra i *dicta* e gli eventuali *obiter dicta* che il giudice estensore avesse voluto inserire; in più, l’importanza di individuare, per comprendere appieno la decisione, l’effettiva *ratio decidendi*, talvolta anche inespressa ma ricavabile dalla lettura complessiva della motivazione.

Noi giovani studiosi ci sentivamo, pur ancora inesperti muovendo i primi passi dopo la laurea e nel dottorato, gratificati in questo compito di leggere le sentenze per esteso (secondo il mirabile insegnamento di Gino Gorla), ricavare la massima, inserire la pronuncia nei grandi orientamenti della giurisprudenza, oppure, se espressione di una regola nuova, valutarne la sua forza di precedente allo stato potenziale, in attesa di conferme o smentite nella giurisprudenza successiva; talvolta ci sentivamo persino esaltati nel criticare i giudici, soprattutto quelli delle Corti apicali come la Corte Costituzionale e la Cassazione, quando a nostro avviso si discostavano dalle regole che stavamo imparando della corretta argomentazione di una sentenza, attraverso l’utilizzo di passaggi non coerenti, di salti logici, di *obiter dicta* per meglio supportare deboli *rationes decidendi*, oppure quando vi fosse una non coincidenza tra la sentenza e la massima ufficiale elaborata dall’Ufficio del Massimario.

Questo lavoro di studio della giurisprudenza ha portato, sempre per merito delle iniziative della nostra festeggiata, a prodotti di ricerca, come, per restare con i ricordi agli anni del dottorato pisano, i volumi pubblicati sulla collana “I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale”, edito da Cedam¹, una trilogia di testi di tipologia “casebook” diventati a loro volta oggetto di studio e di esercitazione per studenti e dottorandi successivi; ancora, ha portato a modalità di didattica innovativa, come gli appuntamenti con cadenza annuale per un “esperimento di dialettica giudiziaria in aula”².

¹ In particolare nel volume a cura di Giovanna VISINTINI, *I fatti illeciti*, III. *Causalità e danno*, Padova, 1999, con un mio contributo: ARRIGO, *Causalità indiretta e danni riflessi*, pag. 437-566 e nel volume sempre a cura di Giovanna VISINTINI, *Il risarcimento del danno contrattuale e ed extracontrattuale*, Milano, 1999.

² Il primo, ideato da Maurizio Lupoi, è stato sull’argomento del trust, con la raccolta

Il metodo di studio degli istituti giuridici incentrato sul diritto giurisprudenziale ha caratterizzato il mio personale percorso scientifico e didattico ed è di guida anche oggi per affrontare la tematica scelta per il presente contributo.

Esso si articola in tre parti e conclusione finale, strettamente collegate in un filo logico, che si sviluppano dalla prioritaria individuazione della clausola generale di riferimento, ovvero la “meritevolezza degli interessi”, come filtro previsto dal legislatore di delega attribuita ai magistrati per giudicare l’ingresso o meno di contratti e clausole atipiche nel nostro ordinamento giuridico allo scopo di fornire la relativa tutela; quindi, restringendo il campo di indagine, dalla considerazione della “fiducia” come espressione di un valore accolto e protetto dall’ordinamento in un percorso interpretativo che muove dalla fiducia testamentaria di cui all’art. 627 cod.civ., al negozio fiduciario *inter vivos* e ai suoi rapporti con il contratto tipico di mandato, al trust della Convenzione dell’Aja, nella sua fenomenologia derivante dalla prassi dei cd. “trust interni”, all’atto di destinazione patrimoniale ex art. 2645 *ter* e alla più recente introduzione del contratto di affidamento fiduciario; poi dalla rilevanza dell’effetto giuridico peculiare della destinazione patrimoniale, la quale accomuna tutte le figure menzionate e si rapporta in chiave evolutiva con il principio generale della responsabilità patrimoniale universale del debitore ricavabile dall’art. 2740 cod.civ.; per quanto sopra si giunge, infine, alla conclusione, che si offre al lettore, della consapevolezza dei giudici del loro ruolo di interpreti del diritto e di auto-moderatori della propria discrezionalità legale, in quanto assegnata con la norma dell’art. 1322 cod.civ., per attribuire protezione giuridica a interessi meritevoli come, in senso lato, la “fiducia” e continuare ad assicurare così la validità assiologica del nostro ordinamento.

2. Gli interessi meritevoli di tutela come clausola generale.

Il codice civile all’art. 1322 contiene la regola che attribuisce al giudice il compito di svolgere il giudizio di meritevolezza in riguardo a contratti che non appartengono ai tipi disciplinati dal legislatore.

Infatti, come si legge nella Relazione (n. 603):

degli atti, degli avvocati che si sono contrapposti e della sentenza finale del collegio giudicante, nel volume edito da Giuffrè, a mia cura, *Il trust nell’ordinamento italiano. Esperimento di dialettica giudiziaria in aula*, Milano 1999.

«Il nuovo codice, peraltro, non costringe l'autonomia privata a utilizzare solo i tipi di contratto regolati dal codice, ma le consente di spaziare in una più vasta orbita e di formare contratti di tipo nuovo se il risultato pratico che i soggetti si propongono con essi di perseguire sia ammesso dalla coscienza civile e politica, dall'economia nazionale, dal buon costume e dall'ordine pubblico (art. 1322, comma secondo): l'ordine giuridico, infatti, non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto»³.

Il controllo di meritevolezza, continua la Relazione, è inutile «se le parti utilizzano tipi contrattuali legislativamente nominati e specificamente disciplinati», in quanto la corrispondenza obiettiva del contratto alle finalità garantite dall'ordinamento giuridico è stata già apprezzata e riconosciuta dalla legge, restando solo da indagare «se per avventura la causa considerata, non esista in concreto o sia venuta meno». Pertanto, si legge ancora (n. 614) che «in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza».

Risulta evidente come nelle intenzioni del legislatore, nel superamento delle teorie cd. soggettivistiche precedenti alla codificazione, da un lato sia esclusa la cd. “causa capricciosa”, dall'altro come sia sempre necessario valutare se la “causa in concreto” sia corrispondente alle finalità dell'ordinamento, in quanto «l'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno» di regolare il proprio interesse.

La dottrina si è nel tempo espressa su cosa consistesse il controllo di meritevolezza proponendo una pluralità di interpretazioni, spesso riferite anche alla tematica della causa del contratto, che possono in via di approssimazione ricondursi all'idea della causa come “funzione economico sociale” (Betti), alla causa come “sintesi degli effetti essenziali (Ferri), alla coincidenza del giudizio di meritevolezza con quello di liceità (Roppo), alla necessità del riferimento agli interessi protetti a livello costituzionale (Perlingieri).

In giurisprudenza molteplici sono state le pronunce sia di merito che di legittimità; tra queste assume una significativa rilevanza la decisione a Sezioni Uni-

³ L'esempio che viene riportato nella Relazione è «ad un contratto col quale alcuno consenta, dietro compenso, all'astensione da un'attività produttiva o a un'esplicazione sterile della propria attività personale o a una gestione antieconomica o distruttiva di un bene soggetto alla sua libera disposizione, senza una ragione socialmente plausibile, ma solo per soddisfare il capriccio o la vanità della controparte».

te del 2 febbraio 2023 n. 5657 (relatore il giudice Marco Rossetti), su un caso riguardante una clausola inserita in un contratto di leasing che prevedeva un canone variabile in funzione sia delle variazioni di un indice finanziario sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra la valuta italiana e straniera. Per i giudici non si tratta né di un contratto immeritevole ex art. 1322 cod. civ. né di uno strumento finanziario derivato implicito e il principio di diritto consiste nell'affermazione che il giudizio di immeritevolezza vada compiuto con riguardo allo scopo perseguito dalle parti e non alla convenienza dell'operazione economica, alla chiarezza delle clausole impiegate o alla aleatorietà del contratto.

Il contratto atipico può derivare anche da un collegamento negoziale, come avviene, nella tematica che ci occupa, nelle fattispecie di fiducia e destinazione patrimoniale.

In questa infatti il collegamento negoziale si realizza tra un atto unilaterale e un atto traslativo che necessita di accettazione in quanto produce obbligazioni fiduciarie; nel valutare l'intera fattispecie negoziale, si può ritenere che sia il fiduciario/trustee a compiere la prestazione caratteristica. Nel considerare ora il collegamento sostanziale, si rileva come dal modello diritto collegato ad obbligazioni fiduciarie derivino conseguenze importanti, già peraltro evidenziate in precedenti lavori, sulla natura della posizione soggettiva del fiduciario/trustee e dei beneficiari.

In particolare, come emerge dalla considerazione delle origini storiche della figura, non si è in presenza di un nuovo diritto reale; qualora infatti oggetto del trust sia un diritto reale, quest'ultimo non muta la sua natura per effetto del trasferimento al fiduciario, mentre a mutare è la posizione soggettiva del fiduciario/trustee composta dal medesimo diritto trasferito collegato alle obbligazioni fiduciarie. Alla luce delle considerazioni svolte, non appaiono fondate le tesi dottrinali che, uniformi nel configurare il diritto del fiduciario/trustee come un nuovo diritto reale, giungono a conclusioni opposte in merito alla sua ammissibilità nel nostro ordinamento.

In proposito, non appare fondata la tesi di quella autorevole dottrina (Gazzoni) per la quale il trustee è un fiduciario qualsivoglia con una tutela meramente obbligatoria, in quanto la c.d. proprietà fiduciaria è proprietà piena ed esclusiva secondo il modello di cui agli artt. 832 e 2643 c.c., mentre una proprietà priva del potere di godere e disporre liberamente viola il principio del numero chiuso dei diritti reali. Sul punto occorre evidenziare che altra autorevole dottrina (Gambaro) ha precisato come dalle origini storiche del principio invocato derivi la configurabilità di situazioni proprietarie più complesse come la proprietà fiduciaria. Inoltre, alla precedente impostazione si può replicare che è condivisibile la tesi di chi considera che il diritto reale del trustee sia il medesimo previsto dagli artt. 832

e 2643 c.c., seppur a parere di chi scrive nella doverosa precisazione che tale diritto risulta collegato con le obbligazioni fiduciarie che gravano sul titolare (ovvero il proprietario fiduciario) e che tale collegamento tra diritto reale e obbligazione fiduciaria produce l'effetto segregativo che risulta opponibile ai creditori personali.

Il diritto reale del trustee risulta, dunque limitato non dall'interno, ma dall'esterno in quanto il diritto rimane pieno, mentre il suo esercizio deve avvenire in conformità alle obbligazioni fiduciarie.

Allo stesso modo, appare non condivisibile nei presupposti la diversa tesi dottrinale (La Porta) per la quale la via da percorrere al fine di rafforzare gli interessi dei beneficiari sia quella di operare la «ridefinizione del contenuto e degli aspetti intrinseci del diritto reale attribuito al trustee, limitandone funzionalmente poteri e facoltà nella direzione necessaria al raggiungimento dello scopo perseguito dal disponente». Quello che appare criticabile della tesi suggerita è che per questa dottrina non risulta possibile replicare nel nostro ordinamento l'esperienza anglosassone delle obbligazioni fiduciarie perpetuate per via giurisprudenziale, mentre al contrario si può ritenere che non vi sarebbero limitazioni per l'autonomia privata ex art. 1322, 2° comma, c.c. ad operare la modificabilità convenzionale dell'investitura nel diritto reale.

Infatti, la nostra esperienza giurisprudenziale insegna come sia ben possibile, anche attraverso l'operare della clausola generale dell'art. 1173 c.c. in materia di fonti delle obbligazioni, la creazione per via negoziale o giurisprudenziale di obbligazioni fiduciarie tese a collegarsi con le situazioni dominicali corrispondenti. In proposito, risulta utile richiamare le formule utilizzate nella nostra dottrina per spiegare il fenomeno che si intende: «proprietà nell'interesse altrui in quanto proprietà controbilanciata da un obbligo di dare», ovvero anche «proprietà dovuta», una proprietà, quindi, funzionale al raggiungimento dello scopo, ossia, in definitiva, «una proprietà collegata sotto il profilo negoziale e sostanziale alle obbligazioni fiduciarie del titolare (proprietario fiduciario)», come già sostenuto in miei precedenti scritti.

3. La fiducia come valore sociale e come concetto legale. L'interesse del fiduciante.

La fiducia è un valore riconosciuto socialmente in tutte le epoche storiche, a cominciare dal periodo dominato dall'antica comunità romana, in tutto il lungo cd. periodo intermedio medioevale e rinascimentale, quindi nell'epoca della nascita degli stati moderni ottocenteschi, fino a quella moderna della seconda metà del secolo scorso e infine odierna; per il diritto è stato considerato come un concetto che ha avuto,

seppure con qualche dissenso derivante da impostazioni per lo più di origine dogmatica, da sempre una sua rilevanza giuridica, principalmente emergente da pronunce giurisprudenziali. Infatti alla concezione minoritaria per la quale la fiducia sarebbe fuori dal diritto e rilevante solo per il cd “foro interno” del soggetto interessato si è contrapposta la concezione maggioritaria per la quale comunque la fiducia sarebbe un concetto dentro l’ordinamento giuridico avendo una rilevanza legale, protetta in sede giudiziale. In questa impostazione la fiducia è stata considerata capace di generare un negozio fiduciario o come patto accessorio (il *pactum fiduciae*) a un diverso contratto con efficacia solo obbligatoria (nella logica della cd fiducia romanistica) oppure come contratto atipico caratterizzato da una unitaria *causa fiduciae* (è la nota teoria di Cesare Grassetti), entrambe espressioni di una cd. interposizione reale e non fittizia in quanto espressamente voluta e assente di intenti simulatori.

Nell’ordinamento italiano, unico finora a livello europeo, si è sviluppata nella prassi la figura dei cd “trust interni”, ovvero trust in cui tutti gli elementi oggettivi e soggettivi sono ubicati in Italia e con la presenza dell’unico elemento di estraneità nella legge straniera (come *lex causae* del negozio) ai sensi dell’art. 6 della legge di ratifica del 1989 della Convenzione dell’Aja del 1985 sui trust e figure affini (si cfr. la definizione di trust convenzionale dell’art. 2, definita in dottrina da Maurizio Lupoi come “trust amorfo”).

La figura è stata all’inizio anche avversata perché ritenuta non idonea a rendere efficaci nel nostro ordinamento i trust di tradizione inglese (sul punto si può ricordare tra le più autorevoli voci civilistiche la posizione di Piero Schlesinger⁴ per il quale l’atto di trust per il diritto inglese è un atto unilaterale del *settlor*, essendo escluso che il trustee/fiduciario possa obbligarsi nei confronti del settlor/fiduciante in quanto non vi sarebbe né bilateralità né corrispettività e soprattutto non vi sarebbe possibilità di introdurre degli atti traslativi astratti).

Superate le resistenze iniziali i trust interni si sono diffusi nell’ordinamento dando origine a una giurisprudenza favorevole che ha omologato le diverse tipologie in riguardo alle figure civilistiche.

Infatti, con riguardo alla natura giuridica della funzione svolta dal fiduciario/trustee si legge in una pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite che:

«L’istituzione con atto inter vivos di un trust al quale il disponente abbia attribuito la titolarità dell’intera partecipazione sociale del gruppo chimico-farmaceutico

⁴ SCHLESINGER, *Il trust nell’ordinamento giuridico italiano*, in AA.VV., Quaderni del Notariato, 2002, 183.

familiare e indicante come beneficiari lo stesso disponente e dopo la sua morte le due figlie, costituisce una donazione indiretta riconducibile nell'ambito della categoria delle liberalità non donative di cui all'art. 809 cod.civ., con creazione di un ufficio di diritto privato (quello del trustee), la quale esclude la natura mortis causa del trasferimento del trustee ai beneficiari finali, essendo la morte del disponente priva di alcuna rilevanza causale» (Cass., S.U., 12 luglio 2019, n. 18832).

Con riguardo al giudizio di meritevolezza è stato affermato come sia già stato compiuto dal legislatore al momento della emanazione della legge di ratifica della Convenzione:

«È errato il rilievo compiuto dal giudice di merito secondo cui il trust, non essendo un contratto tipico, debba essere valutato ai sensi dell'art. 1322 c.c. al fine di stabilire se corrisponda o meno a una finalità meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico interno, in quanto la valutazione (astratta) della meritevolezza di tutela è stata compiuta, una volta per tutte, dal legislatore con la legge 16 ottobre 1989 n. 364 di ratifica ed esecuzione della convenzione sulla legge applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento, adottata a L'Aja il 1 luglio 1985» (Cass., Sez. III, (ord.), 19 aprile 2018, n. 9637).

Con riguardo al profilo dell'interesse, viene specificato che l'interesse rilevante è quello del beneficiario:

«In base all'art 2 della Convenzione, lo scopo caratteristico del trust va identificato con quello di istituire una separazione patrimoniale in vista del soddisfacimento di un interesse del beneficiario o del perseguimento di un fine dato, conseguibile mediante la separazione dei beni dal restante patrimonio del disponente e la loro intestazione ad altro soggetto, parimenti in modo separato dal patrimonio di quest'ultimo» (Cass., Sez. I, 9 maggio 2014, n. 10105).

Con riguardo alla valutazione della meritevolezza dell'interesse è stato affermato che:

«Il giudizio demandato al notaio sulla meritevolezza della causa concreta del trust non può comprendere la valutazione di prevalenza dell'interesse del disponente su quello dei creditori, in quanto consiste in un controllo di legittimità tendente ad accertare che l'interesse dichiaratamente perseguito non sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume. I trust caratterizzati dalla parziale coincidenza soggettiva tra disponente e trustee, dall'aver quale beneficiario

del reddito il disponente e quali beneficiari finali soggetti diversi, dall'assenza del guardiano o coincidenza di questi con il disponente o il trustee e dalla durata settantennale non risultano manifestamente in contrasto con la legge regolatrice (legge di Jersey) e con la Convenzione de L'Aja, né con norme imperative dell'ordinamento interno, il quale realizza l'equilibrio tra la tutela del credito e l'autonomia negoziale del debitore con l'azione revocatoria» (App. Milano, 30 gennaio 2017).

Con riguardo invece a quale sia l'azione a tutela di altri interessati, quali i creditori, la giurisprudenza è consolidata nella conclusione che sia da individuarsi nell'azione revocatoria:

«L'azione revocatoria ex art. 2901 cod. civ. avente ad oggetto l'atto istitutivo di trust è idonea a produrre l'esito di inefficacia dell'atto di conferimento, in quanto l'atto di conferimento è dipendente dall'atto istitutivo, in esso trovando la propria causa giustificatrice» (Cass., Sez. III, (ord.) 15 aprile 2019, n. 10498).

A tale riguardo la giurisprudenza distingue la posizione dei beneficiari a seconda che l'atto di attribuzione dei beni al trustee sia a titolo gratuito oppure oneroso:

«Il conferimento di beni in un trust familiare integra un atto a titolo gratuito, non potendo l'onerosità desumersi dal compenso previsto per il trustee, con la conseguenza che non è necessaria, quale presupposto soggettivo dell'azione revocatoria avverso tale conferimento, la scientia damni in capo ai beneficiari» (Cass., Sez. III, (ord.), 4 aprile 2019, n. 9320); «I beneficiari del trust sono portatori di un interesse giuridico idoneo a giustificare la partecipazione al giudizio per la revocatoria del conferimento in trust, ma non tale da renderli litisconsorti necessari, configurandosi il litisconsorzio necessario dei beneficiari solo nel caso in cui il conferimento in trust sia posto in essere a titolo oneroso, dato che in tal caso lo stato soggettivo del beneficiario è rilevante quale presupposto dell'azione revocatoria» (Cass., Sez. III, (ord.), 29 marzo 2019, n. 8973).

Dopo l'affermarsi dei trust interni nella prassi professionale e nel diritto vivente, con la correlata crisi e conseguente ripensamento delle categorie concettuali di riferimento (fiducia, negozio fiduciario, proprietà fiduciaria), il clima culturale è divenuto da ultimo maturo per la nuova esperienza dell'affermazione nel nostro ordinamento di una alternativa civilistica al trust, basata sulla consapevolezza, emersa appunto nell'esperienza precedente, che i trust interni e gli affidamenti fiduciari in genere, producono effetti giuridici meritevoli di tutela nel nostro

ordinamento. Anche questa seconda figura negoziale di affidamento fiduciario deriva dalla proposta avanzata da quella stessa dottrina (Maurizio Lupoi) che ha contribuito più di ogni altra all'affermazione della precedente figura dei trust interni, nella convinzione che entrambe consistano nel recupero di potenzialità per lungo tempo sopite del nostro diritto.

La proposta⁵ di questo nuovo negozio di affidamento fiduciario evidenzia prioritariamente la differenza tra le due figure: i trust interni sono fondati sul ricorso (anche) ad una legge straniera, mentre i contratti di affidamento fiduciario sono retti dalla legge italiana senza applicazione di norme di diritto internazionale privato; inoltre, i primi sono istituiti mediante un atto unilaterale, l'atto istitutivo di trust (seppur, come descritto in precedenza, collegato ad un atto di trasferimento dei beni in trust), mentre i secondi nascono da un contratto tra l'affidante e l'affidatario fiduciario che vede regolati i propri effetti interamente appunto dal diritto interno.

Il contratto di affidamento fiduciario, sempre per la dottrina che ha effettuato la relativa proposta di ammissibilità, è definito nei termini seguenti: il contratto per mezzo del quale un soggetto, affidante, conviene con un altro, affidatario, l'individuazione di taluni beni (le posizioni soggettive affidate o beni affidati) da impiegare a vantaggio di uno o più soggetti (beneficiari) in forza di un programma, la cui attuazione è rimessa all'affidatario, che a tanto si obbliga. È un contratto atipico la cui causa, appartenente alla categoria gestoria, si caratterizza per l'affidamento fiduciario di posizioni soggettive per la realizzazione del programma (destinatorio). Il programma (destinatorio) è l'oggetto del contratto ed ha la funzione principalmente di individuare le posizioni soggettive affidate, le operazioni da compiersi sulle medesime, i soggetti ai quali l'affidatario deve o può trasferire le utilità o gli stessi beni affidati nel corso oppure al termine dell'affidamento. In quanto strumentale all'attuazione del programma, la titolarità (inclusa quella di diritti reali, in primis la proprietà) in capo all'affidatario fiduciario è necessariamente «temporanea», potendo comportare la sostituzione dello stesso titolare qualora divenisse non più idoneo alla funzione per una qualsiasi causa (morte o incapacità, ma anche rinuncia o revoca).

La situazione giuridica dell'affidatario fiduciario è caratterizzata dalla sua «indipendenza» rispetto all'affidante (al contrario di quanto avviene nella figura tipica del mandato), in quanto i poteri attribuiti e le obbligazioni fiduciarie sullo stesso gravanti sono riferiti al vantaggio dei beneficiari; da questa indipendenza conse-

⁵ LUPOI, *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2008.

guono spazi di libertà e di discrezionalità nelle scelte da adottare in un'attuazione del programma (destinatorio) che non comporta la cooperazione dell'affidante.

Il contratto di affidamento fiduciario si inserisce nel più ampio fenomeno delle situazioni affidanti, rappresentando di queste una particolare tipologia, denominata affidamento «espresso».

Altra ipotesi della medesima tipologia, seppur derivante da atto unilaterale, è quella che viene riconosciuta attraverso la c.d. «dichiarazione di fiducia» (anche denominata «fiducia statica» secondo la felice formula coniata da una autorevole dottrina)⁶ la quale comporta un negozio ricognitivo di un precedente affidamento fiduciario mancante dei requisiti formali e la conseguente esistenza dell'obbligazione del dichiarante dell'obbligazione di trasferire il bene affidato al destinatario della dichiarazione o ad un terzo.

Sono individuabili altresì altre due tipologie denominate rispettivamente affidamento fiduciario implicito e presunto; la prima si verifica quando la particolare situazione sia idonea a giustificare il sorgere un affidamento in mancanza di uno esplicito accordo; la seconda quando manchi altra causa giustificatrice dell'appartenenza di un bene ad un soggetto che non abbia impiegata alcuna risorsa per ottenerla.

Per le considerazioni svolte, il contratto di affidamento fiduciario si differenzia dal negozio fiduciario elaborato dalla dottrina pandettistica del secolo diciannovesimo, poi ripresa da una parte della nostra dottrina nel secolo scorso, che, sulla scorta della distinzione ritenuta risalente fino al diritto romano tra «fiducia cum amico» e «fiducia cum creditore», risulta caratterizzato dalla presenza di un trasferimento dal fiduciante al fiduciario connesso ad un «pactum fiduciae» di natura obbligatoria destinato a piegare gli effetti del primo negozio.

Pertanto, secondo la dottrina indicata, (il riferimento è sempre a Lupoi) di un siffatto meccanismo negoziale non si troverebbe traccia nella realtà applicativa, come risulta dall'analisi delle decisioni giurisprudenziali che si sono espresse in situazioni di affidamento, le quali, al di là dell'impiego ripetitivo dei medesimi argomenti consolidati (spesso con riferimento agli istituti della simulazione e della interposizione), hanno deciso le relative fattispecie sempre dando rilevanza al profilo fiduciario della questione ed evitando che venissero commessi abusi o potessero derivare soluzioni ripugnanti al comune sentire. Pertanto, non si pone con riferimento al contratto di affidamento fiduciario (come invece con riguardo al negozio fiduciario sopra descritto) un problema di opponibilità ai terzi del vincolo sui beni affidati, in quanto l'affidatario è titolare di una proprietà per de-

⁶LIPARI, Il negozio fiduciario, Milano, 1964.

finizione temporanea e strumentale all'attuazione del programma, la quale non lo ha arricchito quando l'ha ricevuta né lo impoverisce quando la trasferisce ad altro soggetto (affidatario o ai beneficiari finali), essendo in definitiva una proprietà naturalmente esclusa dalla propria responsabilità patrimoniale.

Il patrimonio dell'affidatario fiduciario rappresenta propriamente un importante esempio della sempre più rilevante affermazione negli ultimi tempi dei c.d. «patrimoni specializzati», nel quali non si verifica la confusione tra questi ed il patrimonio generale del titolare, in quanto destinati alla soddisfazione dei soli creditori che abbiano la causa del proprio credito conseguente all'attività svolta dall'affidatario in attuazione del programma.

Per riferirsi ora a una figura legislativa con l'introduzione dell'art. 2645-ter il legislatore ha tipizzato, secondo una lettura estensiva della norma compiuta da una parte della dottrina, una figura generale di destinazione di beni, per realizzare interessi meritevoli di tutela attraverso un meccanismo di separazione patrimoniale, in forza del quale i beni vincolati ed i loro frutti possono essere oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per la realizzazione della destinazione impressa, con le prescritte modalità, sugli stessi.

Tuttavia, esistono una serie di differenze funzionali tra il contratto di affidamento fiduciario ed il vincolo di destinazione disciplinato dalla norma indicata, derivanti dal diverso presupposto sul quale si basano le due modalità segregative: rispettivamente, il programma da attuare ed il vincolo sui singoli beni. In particolare, il contratto di affidamento fiduciario è caratterizzato dal riferirsi a destinazioni attive e dinamiche nelle quali può operare il fenomeno della surrogazione reale, al contrario del vincolo di destinazione che risulta più propriamente di natura passiva e statica; è caratterizzato ancora dalla fisiologica presenza di soggetti ulteriori (l'affidatario fiduciario) rispetto al soggetto che compie la destinazione (l'affidante), al contrario del vincolo di destinazione nel quale il costituente appone il vincolo su beni propri e la nomina di un gestore o attuatore dello stesso non è legislativamente prevista ma rappresenta soltanto un'eventualità avanzata da una particolare ricostruzione dottrinale; è caratterizzato infine dalla necessaria esistenza di obbligazioni fiduciarie che vincolano l'agire dell'affidatario fiduciario a vantaggio dei beneficiari, laddove al contrario nel vincolo di destinazione il profilo fiduciario del rapporto è assente dal dettato normativo.

Risultando il contratto di affidamento fiduciario incentrato sul programma (destinatorio) il vincolo risultante grava sulle attività di attuazione dello stesso e non già sui singoli beni affidati, realizzando la figura in questione un meccanismo di segregazione riferito a vicende riguardanti il diritto delle obbligazioni e non i diritti reali; di conseguenza, dati i limiti dell'attuale figura legislativa di vincolo di destinazione,

la dottrina ha individuato nella stessa solo alcuni frammenti della più complessa fattispecie negoziale dell'affidamento fiduciario e ha avanzato la proposta di utilizzare i meccanismi pubblicitari previsti dalla norma qualora ciò fosse conveniente allo specifico trust interno o contratto di affidamento fiduciario in questione.

Nell'approfondire la natura ed il funzionamento del contratto di affidamento fiduciario si può rilevare come il contratto possa essere modulato nella struttura del contratto a favore di terzo, con la conseguenza che l'accettazione dei beneficiari rende irrevocabile la stipulazione a loro vantaggio; inoltre, il contratto, oltre che normalmente a struttura bilaterale (affidante-affidatario) può essere predisposto a struttura plurilaterale qualora la partecipazione dei beneficiari risulti necessaria dalla particolare configurazione causale dello stesso (ad es. nei contratti di affidamento fiduciario in funzione di garanzia dove la partecipazione dei creditori risulti necessaria alla vincolatività della fattispecie prevista).

L'affidamento fiduciario può anche avvenire mediante vincolo apposto temporaneamente dallo stesso affidante senza trasferimento dei beni affidati ad un diverso affidatario; in questo caso la formazione del contratto necessita la stipulazione con il successivo affidatario che subentrerà all'affidante primo affidatario nelle ipotesi previste dallo stesso contratto.

È stato evidenziato dalla medesima dottrina che, mentre la dichiarazione di fiducia è un negozio ricognitivo, l'affidamento temporaneo a se stesso è un negozio dispositivo relativamente alle posizioni soggettive che divengono i beni affidati; il contratto di affidamento fiduciario ha causa gestoria caratterizzata dal programma (destinatorio) e si aggiunge che i negozi di trasferimento dei beni esecutivi del programma hanno proprio causa nell'attuazione dello stesso e, nel caso siano più di uno, il contratto iniziale sarà da inquadrare nella categoria di «contratto normativo» in quanto collegato a ciascun successivo negozio dispositivo. L'affidatario fiduciario in quanto titolare temporaneo nell'interesse altrui è tenuto a doveri di comportamento che non possano pregiudicare i diritti o le aspettative dei beneficiari, in quanto soggetti ai quali, durante la durata dell'affidamento ed al termine, spettano le posizioni giuridiche soggettive affidate.

I criteri per misurare lo sforzo debitorio dell'affidatario sono i consueti doveri di correttezza e buona fede (art. 1375 c.c.) e diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.), salvo vi sia la presenza di un soggetto che svolga professionalmente tale funzione al quale si applicherà il criterio più rigoroso della diligenza professionale.

I criteri indicati devono essere riferiti alla posizione di fiduciario del soggetto investito con la conseguenza di una loro interpretazione conformativa alla libertà di scelta e di discrezionalità del fiduciario.

La preminenza dell'interesse all'attuazione del programma impatta altresì sulle forme di tutela nel caso del verificarsi di sopravvenienze anomale rispetto all'ordinario evolversi del rapporto contrattuale. In particolare, risultano poco efficienti gli ordinari rimedi contrattuali prevedenti la risoluzione del contratto per inadempimento e per eccessiva onerosità sopravvenuta in quanto non agevolano, anzi spesso ostacolano se non del tutto impediscono, la realizzazione del programma.

Risulta di conseguenza conforme all'interesse all'attuazione del programma (destinatorio) la previsione contrattuale di forme di «autotutela» mediante l'attribuzione di specifici «poteri» a soggetti individuati dall'affidante. In parallelo all'esperienza dei trust interni nella quale è stata configurata la presenza di un soggetto, «protector» o «guardiano», dotato di poteri di varia natura nei confronti del trustee, nei contratti di affidamento fiduciario è consigliabile l'inserimento nel regolamento contrattuale di un analogo soggetto, denominato «garante del contratto», con attribuzione di poteri di supervisione, di indirizzo, di veto, di intervento in riguardo ai beni affidati o alla persona dell'affidatario fiduciario.

Per questa dottrina i «poteri» in questione, aventi fonte negoziale, sono inquadrabili nella figura giuridica della «autorizzazione con effetti reali» e permettono al soggetto indicato, in quanto attribuiti dallo specifico contratto, di sostituire l'affidatario fiduciario e di adottare in genere tutte le iniziative opportune all'attuazione del programma (destinatorio).

Il contratto di affidamento fiduciario è stato oggetto di riconoscimento legislativo nella Repubblica di San Marino che ha regolamentato la figura riferendosi a concetti ed istituti propri della tradizione civilistica.

La legge indicata può essere utilizzata come disciplina applicabile di un contratto di affidamento fiduciario «interno», ovvero stipulato tra soggetti (affidante, affidatario, beneficiario, garante) italiani e con beni siti in Italia, mediante l'applicazione dell'art. 2 della Convenzione de L'Aja riferito al «trust amorfo» (ossia il trust non solo tradizionale con le qualità derivanti dalla tradizione inglese ma quello convenzionale incentrato sulla nozione di “controllo” come descritto nella Convenzione stessa); oppure mediante il ricorso al principio internazionalprivatistico di libertà della disciplina applicabile alle obbligazioni contrattuali (previsto dalla disciplina di diritto internazionale privato del 1995, dalla Convenzione di Roma del 1980 e, in ambito comunitario, dal Regolamento Roma I).

Tale soluzione, che porterebbe il sorgere di una fattispecie negoziale di natura internazionale allo stesso modo di quella derivante dai trust interni, risulta ovviamente alternativa a quella di prevedere una fattispecie negoziale interamente regolata dal diritto interno, sulla scorta della dottrina riportata in precedenza che ha sostenuto l'ammissibilità di un contratto di affidamento fiduciario di natura

atipica come esplicazione dell'autonomia privata. Entrambe le ipotesi si riferiscono comunque all'esercizio dell'autonomia o libertà contrattuale, la prima in senso internazionalprivatistico nell'individuazione della *lex causae* straniera (per quanto sopra, per esempio, il diritto di San Marino), la seconda ex art. 1322 cod.civ.

Pare importante segnalare che la parificazione delle tre figure sviluppatesi nella prassi professionale del trust interno, del contratto di affidamento fiduciario e dell'atto di destinazione ex art. 2643-ter è avvenuta con la legge sul cd. "Dopo di Noi" (legge 22 giugno 2016, n. 112, Disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive del sostegno familiare), la quale ha considerato la meritevolezza dell'interesse alla protezione dei soggetti affetti da disabilità gravi e ha previsto di conseguenza all'art. 6 terzo comma lett e) l'effetto di segregazione patrimoniale:

«i beni, di qualsiasi natura, conferiti nel *trust* o nei fondi speciali di cui al comma 3 dell'art. 1 . ovvero i beni immobili o i beni mobili iscritti in pubblici registri gravati dal vincolo di destinazione di cui all'art. 2645-ter del codice civile siano destinati esclusivamente alla realizzazione delle attività assistenziali del *trust* ovvero dei fondi speciali o del vincolo di destinazione».

Il trust e il contratto di affidamento fiduciario possono essere utilizzati a favore di beneficiari individuati o individuabili mediante criteri indicati nell'atto istitutivo di trust o nel contratto di affidamento fiduciario oppure per realizzare uno scopo, anche di pubblica utilità (in sede locale, un riferimento è il trust istituito a seguito del crollo del ponte Morandi, che ha assunto anche la veste giuridica di Onlus).

4. La destinazione patrimoniale come effetto giuridico peculiare.

La destinazione patrimoniale è un effetto giuridico peculiare che trova fondamento anche in alcune previsioni legali che hanno introdotto e disciplinato delle ipotesi nelle quali gli interessi particolari dei soggetti beneficiari prevalgono sugli interessi dei creditori ai quali risulta pertanto opponibile la destinazione patrimoniale stessa.

Il riconoscimento legislativo della destinazione patrimoniale ha portato all'introduzione dell'art. 2645-ter che nel suo testo richiama espressamente l'art. 1322 cod.civ.⁷

⁷ Si segnala lo Studio 357-2012/C del Consiglio Nazionale del Notariato con i contributi,

La destinazione patrimoniale si trova pure nella disciplina del contratto di rete.

Il Contratto di rete viene introdotto con l'art. 3 comma 4-ter della legge 9 aprile 2009, n. 33 (che ha convertito, con modificazioni, il decreto legge 10 febbraio 2009, n. 5, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi) e la sua disciplina ha subito una evoluzione normativa fino alla versione attuale derivante dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221 (di conversione con modifiche del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese, cd. "Decreto Sviluppo bis")⁸.

Questa tipologia contrattuale non è stata anticipata da una prassi derivante dall'autonomia privata come avvenuto per le figure di contratti chiamati "socialmente tipici" (si pensi al leasing, factoring, franchising, engineering) ma è stata elaborata direttamente dal nostro legislatore per sostenere le imprese nel periodo di crisi economica dell'inizio del nuovo millennio. Dal punto di vista scientifico risulta una tematica di grande interesse e per chi scrive oggetto fin dal suo apparire di particolare studio non solo teorico ma anche casistico nell'ambito di una ricerca promossa presso il Mise con la partecipazione di aziendalisti, economisti e giuristi e quindi proseguita finora presso l'Università di Genova⁹.

tra gli altri, di AMADIO, *Note introduttive – L'interesse meritevole di tutela*; di MACARIO, *Gli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c. nel sistema della responsabilità patrimoniale: autonomia del disponente e tutela dei creditori*; di SCOGNAMIGLIO, *Negozi di destinazione ed altruità dell'interesse*; di FUSARO, *Atto di destinazione e fondo patrimoniale: concorrenza o integrazione tra istituti giuridici*; di BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*.

⁸ Il testo aggiornato e vigente è il seguente: «Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle loro imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa».

⁹ Si veda in proposito ARRIGO, *Il Contratto di rete. Profili giuridici*, in A. TUNISINI, G. CAPUANO, T. ARRIGO, R. BERTANI, *Contratto di rete. Lo strumento Made in Italy per integrare individualità e aggregazione*, Milano, 2013, 35-54; ID., *Il Contratto di rete. Profili giuridici*, in *Economia e diritto del terziario*, 2014, 9-27; ID., *Il contratto di rete nella prospettiva della libertà di impresa e dello sviluppo del territorio*, in M. GRONDONA (a cura di), *Libertà, persona, impresa e territorio*, Roma, 2016, 77-108; ARRIGO - TASSANI, *Contratto di rete e riposizionamento delle PMI. Una lettura coordinata degli aspetti civilistici e fiscali*, in *Small Business* (2016) 100-119; ARRIGO, *Contrato de red y redes de empresas (Business Networks): el modelo italiano*, in *Actualidad civil*, 2018, 121 – 136.

La disciplina, che ha costituito la modalità tutta italiana di attuazione di quella europea dello Small Business Act¹⁰, ha una finalità di promozione di politiche industriali¹¹ per contrastare la crisi economica ed è caratterizzata in principio dalla presenza di norme di diritto pubblico (per i profili fiscali) e diritto privato (per i profili contrattuali).

Nel tempo si sono succeduti tre diversi modelli normativi: il primo modello del 2009 incentrato sulla ristrettezza delle modalità inter-impresariali attuabili da parte dei partecipanti (il solo esercizio in comune di attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali) e sulla obbligatorietà della presenza del fondo patrimoniale e dell'organo comune, in principio senza neppure la previsione di una qualche sorta di responsabilità patrimoniale di natura speciale; il secondo modello del 2010 con una rilevante estensione delle modalità relazionali (anche la collaborazione e lo scambio di prestazioni ed informazioni), la rimessione all'autonomia contrattuale delle parti della decisione sulla presenza del fondo patrimoniale e dell'organo comune, la previsione di un regime di responsabilità limitato per le obbligazioni assunte in attuazione del programma di rete; il terzo modello del 2012 con il definitivo chiarimento della possibile presenza, sempre rimessa alla libertà contrattuale delle parti, di una rete senza (ipotesi normale) e con soggettività giuridica (ipotesi eventuale)¹².

¹⁰ Ministero dello Sviluppo Economico. Direzione generale per le PMI e gli Enti Cooperativi, *Small Business Act. Le iniziative a sostegno delle micro, piccole e medie imprese in Italia. Rapporto 2011*, Roma.

¹¹ AIP, *Reti di imprese oltre i distretti: nuove forme di organizzazione produttiva, di coordinamento e di assetto giuridico*, Il Sole24ore, Milano, 2008; ID., *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, Milano, 2011.

¹² Per dei commenti anche critici sull'evoluzione normativa si v.: CAFAGGI (a cura di), *Il contratto di rete. Commentario*, Bologna, 2009; ID., *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *I contratti* (2009), 915 ss.; ID., *Il nuovo contratto di rete: "Learning by doing?"*, in *I contratti* (2010) 1143 ss.; ID., *Il contratto di rete nella prassi. Prime riflessioni*, in *I contratti* (2011) 504 ss.; CAFAGGI - IAMICELI, *Contratto di rete. Inizia una nuova stagione di riforme?*, in *Obblig. e contratti* (2009) 595 ss.; CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I contratti* (2009) 928 ss.; FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2011) 535 ss.; GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122 del 2010*, in *I contratti* (2011) 617 ss.; GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *I contratti* (2009) 934 ss.; GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contratto e impresa* (2012) 348 ss.; IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese ed i contratti di rete*, Giappichelli, Torino, 2009; ID., *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, in *I contratti*

La fattispecie negoziale introdotta dal legislatore appartiene alla categoria dei “contratti di impresa” della tipologia *B2B* tradizionale, senza riferimenti ad aspetti di asimmetrie contrattuali che caratterizzano invece altre figure (come il franchising della legge 129/2004, la subfornitura industriale della legge 192/1998, nell’ambito della teorica del cd “terzo contratto”) ed in particolare, ai “contratti di cooperazione tra imprese”, tra i quali, la propria natura reticolare, la contraddistingue rispetto alle diverse figure di integrazione proprietaria che non salvaguardano l’indipendenza delle singole imprese (quali, ad es., fusioni, acquisizioni, gruppi o altri fenomeni di direzione accentrata, *interlocking directorates*, ecc.).

Dal punto di vista quantitativo la figura ha avuto un significativo impatto sugli operatori con una crescita costante dopo la modifica del 2012.

Per sostenere le imprese nel recente periodo di crisi economica derivante dallo stato emergenziale da Covid 19 il legislatore ha introdotto la possibilità di utilizzare la figura per una nuova finalità che si aggiunge a quella iniziale (di accrescimento della capacità innovativa e competitività sul mercato) e consistente nel <<Contratto di rete con causale di solidarietà>> per la quale il contratto di rete può essere stipulato per favorire il mantenimento dei livelli di occupazione delle imprese di filiera colpite da crisi economica o stati di emergenza dichiarati con provvedimento delle autorità competenti; rientrano tra le finalità perseguibili l’impiego di lavoratori delle imprese partecipanti alla rete che sono a rischio di perdita del posto di lavoro, l’inserimento di persone che hanno perso il posto di lavoro per chiusura di attività o per crisi di impresa, nonché l’assunzione di figure professionali necessarie a rilanciare le attività produttive nella fase di uscita dalla crisi.

Come si può notare il testo dell’articolo si riferisce a situazioni di emergenza e quelle di crisi o di uscita dalla crisi che possono essere presenti nel periodo emergenziale e nell’attuale periodo di sostegno alle imprese (anche in relazione al PNRR).

Di recente si può segnalare nell’ambito della «Strategia Nazionale per l’Economia Circolare (SEC)» il DM 24 giugno 2022 del Ministero della Transizione Ecologica che disciplina le “Reti d’Impresa nei distretti circolari” come strumento di innovazione partecipativa e di coordinamento tra imprese per la gestione della supply chain con la possibilità anche di supportare progetti di simbiosi industriale nell’ambito di un “business model circolare”.

(2009) 942 ss.; MAUGERI, *Rete di impresa e contratto di rete*, in *I contratti* (2009) 957 ss.; VILLA, *Il contratto di rete*, in G. GITTI, M.R. MAUGERI, M. NOTARI (a cura di), *I contratti per l’impresa*, Il Mulino, Bologna, 2012; ID., *Reti di imprese e contratto plurilaterale*, in *Giur. comm.* (2010) 951 ss.; ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012.

Un esempio significativo è in materia di “sottoprodotti” ovvero dei materiali di risulta dei processi produttivi: i rifiuti diventano “beni” se oggetto di un contratto di rete che ne assicuri la certezza del loro utilizzo nella catena produttiva delle imprese in rete. In diverso ambito, nel settore degli appalti pubblici, la legge delega 21 giugno 2022 n. 78 individua criteri premiali di aggregazione di imprese al fine di favorire la partecipazione alle procedure di gara da parte di micro e piccole imprese.

In questo contesto di fervore legislativo occorre invece segnalare una ancora inesistente giurisprudenza sul punto, segno indubbiamente positivo della capacità del contratto di evitare contenziosi su questioni prevedibili alla sua stipulazione. Infatti compiendo una ricerca giurisprudenziale si ricava che rarissime pronunce si riferiscono a questioni di diritto del lavoro (come Cass., 24 giugno 2021, n. 18135 e Cass., 9 gennaio 2019, n. 267) e a fattispecie nelle quali la disciplina del contratto di rete viene richiamata dal giudice per analogia in riguardo a casi riferibili alla diversa tipologia dei gruppi di società.

Gli elementi caratterizzanti del Contratto di rete sono i seguenti.

Ha natura di un “contratto plurilaterale con comunione di scopo”; lo scopo consiste nell’incremento della capacità - dei singoli e della collettività dei partecipanti - di innovazione (nei processi aziendali e nei prodotti) e competitività sul mercato, ovvero, in definitiva, dell’efficienza delle imprese aggregate. Pertanto, il Contratto di rete ontologicamente si differenzia dai contratti di varia tipologia basati sullo scambio corrispettivo (vendita, somministrazione, subfornitura, affiliazione commerciale, ecc.).

Ha effetti giuridici di un “contratto a effetti obbligatori”, in quanto la definizione normativa indica che le parti “si obbligano” e quindi allude alla presenza di specifici effetti obbligatori, comportanti il dovere di ciascun contraente di adempiere le prestazioni collaborative derivanti dal programma comune di rete concordato ed il corrispondente diritto di ogni parte di pretendere dalle altre comportamenti consoni agli impegni assunti nel programma stesso.

Il programma comune di rete rappresenta quindi il meccanismo indicato dal legislatore per far individuare con precisione dalle parti quali siano le specifiche attività di collaborazione e coordinamento da compiersi in attuazione del programma; le attività così individuate costituiscono l’oggetto specifico del relativo contratto.

Ha un profilo causale¹³ di “contratto a contenuto programmatico” e, più precisamente, come sostenuto in dottrina, un “contratto quadro o normativo”, che stabilisce i diritti ed i doveri delle parti, per tutta la durata del rapporto¹⁴.

¹³ Sulla causa del contratto di rete si cfr. SCOGNAMIGLIO, 2009.

¹⁴ Oltre gli autori citati alla nota precedente, si cfr. SANTAGATA, *Il «contratto di rete» fra*

Questo significa che le parti, nelle loro relazioni interne e nei rapporti con i terzi, devono atteggiarsi in modo corrispondente al progetto condiviso; i successivi contratti, anche di scambio bilaterale, conclusi dalle parti tra loro e con i terzi (fornitori, distributori, ecc.) sono attuativi della regolamentazione contenuta nel programma concordato.

Ha la necessità di essere un “contratto formale”, in quanto la legge prevede espressamente quali siano gli aspetti che debbano essere previsti dalle parti.

Infatti il contratto deve contenere: i dati identificativi di ogni partecipante, per originaria sottoscrizione o per adesione successiva, nonché la denominazione e la sede della rete qualora sia previsto il fondo patrimoniale comune; l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di competizione e le modalità per misurare l'avanzamento di tali obiettivi; la definizione del programma di rete, con l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante e le modalità di realizzazione dello scopo comune; la durata del contratto, le modalità di adesione e recesso; la governance di rete, con la precisazione delle regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune.

Ha la flessibilità di prevedere sulla base di una scelta discrezionale delle parti, l'aggiunta di due elementi ulteriori: un fondo patrimoniale comune e un organo comune.

La presenza di un fondo patrimoniale comune comporta la necessità di prevedere nel contratto la misura ed i criteri di valutazione dei contributi iniziali e successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare. È possibile anche prevedere un patrimonio destinato, costituito ai sensi dell'art. 2447 bis, I comma, lett. a cod. civ., se consentito dal programma.

Di fondamentale importanza sono le previsioni che assegnano al fondo patrimoniale comune una propria specificità.

La disciplina legislativa prevede che allo stesso si applicano, in quanto compatibili, le norme degli artt. 2614 e 2615, II comma cod. civ. previste con riguardo ai consorzi con attività esterna¹⁵; il richiamo comporta le regole della non divisibilità del fondo finché dura la rete e della responsabilità solidale del fondo e del singolo partecipante per le obbligazioni assunte per conto di quest'ultimo.

Ma l'aspetto più rilevante si ricava da una norma specifica che afferma:

(*comunione di impresa e società consortile*), in *Riv. dir. civ.*, 2011, pp. 323 ss.

¹⁵ Sui consorzi in generale si v., SARALE, *Consorzi e società consortili*, in G. COTTINO, M. SARALE, R. WEIGMANN (a cura di), *Società di persone e consorzi*, *Tratt. dir. comm.* (diretto da Cottino G.), Padova, 2004.

«in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune».

Risulta evidente come sia una regola espressamente derogatoria del principio generale della responsabilità patrimoniale illimitata del debitore di cui all'art. 2740 cod. civ., per la quale il debitore risponde delle proprie obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.

Viene attribuito pertanto al fondo un particolare vincolo destinatorio¹⁶, supportato tuttavia dalla caratteristica di relazione fiduciaria con relativa previsione di una speciale limitazione della responsabilità patrimoniale delle imprese aderenti alla rete, il quale ha efficacia esterna in riguardo ai soggetti che avanzino pretese creditorie aventi la propria causa in relazione all'attuazione del programma di rete, in quanto contratte con l'organo comune.

La versione attualmente vigente della disciplina prevede la possibilità, a piena discrezione dei contraenti, di iscrivere la rete, dotata di fondo patrimoniale, nella sezione ordinaria del registro delle imprese, nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede, con l'effetto di far acquistare alla rete stessa la "soggettività giuridica".

Nel nostro ordinamento, prima della legge del 2009 sul Contratto di rete, si sarebbe potuto a livello interpretativo ricostruire, in presenza di una specifica volontà delle parti, una fattispecie composta da un contratto plurilaterale, in base al principio generale della libertà contrattuale (arg. ex art. 1322 cod. civ.), da collegarsi con un trust interno (ammesso per la legge del 16 ottobre 1989, n. 364 di ratifica della Convenzione dell'Aja)¹⁷, per introdurre la limitazione di responsabilità patrimoniale del fondo affidato alle obbligazioni sorte in attuazione del programma collettivo.

Tuttavia si sarebbe dovuto fare i conti con due inconvenienti: il primo del rischio sulla certezza degli effetti giuridici essendoci la possibilità che il rapporto tra i contraenti potesse essere invece qualificato da un eventuale giudice in sede contenziosa come "società di fatto" con la conseguenza della responsabilità illimi-

¹⁶ Inquadra il contratto di rete come figura tipica di destinazione patrimoniale, BIANCA, *La destinazione patrimoniale nella disciplina dei contratti di rete*, in M. BIANCA, A. DE DONATO (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, Milano, 2013, 161-166.

¹⁷ Per un commento alla Convenzione de L'Aja si rinvia a ARRIGO, *Convenzione relativa alla legge sui trusts e al loro riconoscimento*, in AA.VV., *Codice delle leggi civili speciali*. Commentario, Bologna, 2017, 35-56.

tata e solidale di tutti gli interessati; il secondo del ricorso ad un istituto straniero (con la tecnica internazionalprivatistica dello « shopping del diritto ») per regolare una fattispecie interna.

In Italia come all'estero vi potrebbero essere prospettive evolutive mediante l'impiego di *joint ventures* collegate a *trusts*, ma non tutti i paesi europei considerano ammissibile di effetti giuridici vincolanti per i terzi il modello del trust inglese o internazionale.

In questo contesto, si comprende appieno come lo strumento negoziale introdotto dal legislatore interno sia dotato di una specifica ontologia propria che lo pone come modello di riferimento utilizzabile dagli operatori nel mercato interno ed internazionale.

Il Contratto di rete si pone infatti come uno strumento alternativo a quelli tradizionali in quanto caratterizzato da elementi innovativi, essendo essenzialmente un contratto plurilaterale connotato di responsabilità limitata, che lo rende efficiente vestimento giuridico dei rapporti reticolari.

Rispetto alle figure non soggettive, il Contratto di rete si differenzia in quanto figura dotata di responsabilità limitata mentre le altre tipologie di contratti plurilaterali (Joint Ventures, Raggruppamenti temporanei di imprese, Ati) sono fondate su una responsabilità solidale dei partecipanti in ragione del loro inquadramento nell'ambito del mandato collettivo congiunto.

Importante risulta per l'argomento di questo contributo sottolineare che dal punto di vista economico e aziendalistico come da quello giuridico i rapporti relazionali sono basati sulla "fiducia" tra i componenti della rete. In ambito economico e aziendalistico significa che i singoli retisti continuano a esercitare la propria impresa in piena autonomia e allo stesso tempo iniziano a esercitare la nuova impresa in modalità collettiva sulla base della fiducia riposta negli altri partners.

Significa in ambito giuridico e in riferimento alla tematica trattata nel presente contributo che ogni retista sia infatti un "fiduciario" dell'interesse collettivo e gli altri contraenti siano i beneficiari delle sue obbligazioni fiduciarie ¹⁸.

Questa fiducia che è quindi "fiducia legale" è un modello derivante dalla

¹⁸ In generale sulla natura delle obbligazioni fiduciarie nei trust interni come obbligazioni in senso tecnico si rinvia a ARRIGO, *Le obbligazioni fiduciarie del trustee nei trust interni*, in AA.VV., *Trust: opinioni a confronto*, Milano, 2006, 361 – 377; per una prima applicazione delle teorica delle obbligazioni fiduciarie al contratto di rete si v., ARRIGO, *Il Contratto di rete. Profili giuridici*, in A. TUNISINI, G. CAPUANO, T. ARRIGO, R. BERTANI, *Contratto di rete. Lo strumento Made in Italy per integrare individualità e aggregazione*, cit.

tradizione giuridica europea diffusasi almeno dal XV secolo¹⁹ sulla base del diritto canonico e delle relative nozioni di “fides” e “confidentia”, per le quali è fondata una diversa nozione anche della titolarità dei beni che nel nostro tempo viene denominata “titolarità fiduciaria”, senza appunto arricchimento (ovvero senza “commodum” per il diritto comune europeo) del “fiduciarius”, che è titolare nell’interesse altrui, l’interesse dei beneficiari del rapporto fiduciario. La nozione concettuale di “confidentia” può risultare comprensibile in quanto familiare ai giuristi appartenenti alle diverse tradizioni, nel diritto inglese come “confidence” (con la diade frequentemente menzionata nelle pronunce giurisprudenziali della common law “trust and confidence”) nel diritto francese come “confiance”, nel diritto spagnolo come “confianza”, nel diritto italiano come fiducia e confidenza.

La struttura giuridica confidenziale fiduciaria dunque è da porre a nostro avviso a fondamento del diritto delle reti in ragione della presenza di relazioni basate sulla fiducia e confidenza reciproca dei partners della rete che esercitano la propria autonomia contrattuale nell’intraprendere con questo strumento giuridico l’attività di impresa collettiva.

Il fatto che il fiduciario possa essere anche beneficiario insieme ad altri soggetti fa comprendere come sia possibile essere titolari di rapporti giuridici, qui derivanti dall’esercizio collettivo dell’attività di impresa in rete, nell’interesse proprio e collettivo, potendo il singolo fiduciario in rete far propri gli utili e gli incrementi nella sua qualità di (co)beneficiario.

In sostanza, con il modello “confidenziale relazionale” delle imprese in rete si spiega anche il profilo patrimoniale: il fondo patrimoniale comune è formato dalla somma di tutti gli accantonamenti dei singoli retisti che hanno compiuto così una “auto-destinazione patrimoniale” (simile alle figure codicistiche del fondo patrimoniale nell’interesse della famiglia ex art. 167, del vincolo di destinazione su beni immobili ex art. 2645 ter e nell’ambito societario del patrimonio destinato a un singolo affare ex art. 2447 bis e ss. c.c.); l’eventuale organo comune in quanto mancante di titolarità sul fondo è solo un gestore (nel diritto inglese sarebbe da ricondurre alla nozione di agent).

Per la descritta fiducia in senso giuridico si affievoliscono così anche le differenze tra “reti-contratto” e “reti-soggetto”, pur nella specifica diversità dell’e-

¹⁹ Il riferimento è agli studi anche storici e comparatistici di LUPOI, *Trust and confidence*, in *Trust e attività fiduciarie*, 2009, 353 ss e ID., *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Padova, 2011.

esercizio dell'attività di impresa, la prima collettiva di tutti i retisti la seconda individuale della rete soggettivizzata, in quanto nelle "reti-contratto" l'autonomia patrimoniale deriva dalla auto-destinazione patrimoniale che da origine all'impresa collettiva non con soggettività ulteriore rispetto a quella dei singoli partners mentre nelle "reti-soggetto" l'auto-destinazione patrimoniale per volontà delle parti e la pubblicità nel registro delle imprese da origine alla nuova impresa di rete con soggettività distinta. Infatti, in entrambe l'opponibilità ai terzi deriva dalla pubblicità prevista dal legislatore nei pubblici registri.

Sotto questo profilo corre l'obbligo di esprimere una garbata critica a quelle tesi che negano la presenza dell'autonomia patrimoniale della rete-contratto o che la fondano unicamente nell'ambito della retorica della (nuova) "destinazione patrimoniale".

Un recente riferimento alla prima tesi per così dire negazionista si riscontra in quegli autori che restringono l'effetto di autonomia patrimoniale alla sola rete-soggetto in quanto dotata di soggettività e a loro dire di "personalità giuridica" in quanto unico soggetto autorizzato con questa limitazione patrimoniale a operare sul mercato²⁰.

La tesi è intuitivamente confutabile nell'evidenza che questa distinzione non è presente nel testo legislativo che anzi riferisce la regola in precedenza richiamata (in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune») a entrambe le tipologie di contratto di rete.

La teorica della destinazione patrimoniale per fondare l'autonomia patrimoniale è proposta da quella altrettanto autorevole dottrina²¹ che individua la rete-contratto come patrimonio autonomo destinato a uno scopo meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico riprendendo le caratteristiche legislativamente indicate nell'atto di destinazione patrimoniale ex art. 2645 ter.

La meritevolezza è applicazione del principio di "sussidiarietà orizzontale" al settore dell'impresa e in generale all'iniziativa economica contenuto nell'art. 118, comma 4 della Costituzione e ripreso nello statuto delle imprese all'art. 2 comma 1 lett b) della l. 11 novembre 2011, n. 180 che afferma come "la sussidiarietà

²⁰ MONTICELLI, PORCELLA, *I contratti (non associativi) di collaborazione tra imprese*, in *I contratti dell'impresa*, vol. I, Torino, 2022, 171 ss. Per un testo anche di applicazione pratica si cfr. Memento Pratico, *Contratti d'impresa*, Milano, 2020, 674.

²¹ BIANCA, *La destinazione patrimoniale nella disciplina dei contratti di rete*, in M. BIANCA, A. DE DONATO (a cura di), *Dal trust all'atto di destinazione patrimoniale. Il lungo cammino di un'idea*, cit.

orizzontale quale principio informatore delle politiche pubbliche, anche con riferimento alla creazione d'impresa".

5. Conclusioni: autonomia dei privati e consapevolezza dei giudici.

La giurisprudenza nell'argomento oggetto della presente indagine risulta consapevole del proprio ruolo di interprete di clausole generali, come quello della meritevolezza, di valori, come quello della fiducia, nonché di effetti giuridici peculiari, come quello della destinazione patrimoniale, per consentire ai privati di perseguire interessi, di natura personalistica e solidaristica, in linea con i fondamenti, anche assiologici dell'ordinamento.

Avverte, altresì, la necessità di limitare l'autonomia privata delle parti quando si possa concretizzare in negozi, unilaterali, come la fiducia "statica", il trust "autodichiarato" e l'atto di destinazione ex art. 2645 ter, oppure bilaterali, come la fiducia "traslativa" o "attributiva", il collegamento tra atto istituivo e atto di trasferimento nel trust "interno" e il contratto di affidamento fiduciario,

Inoltre vigila sulla discrezionalità degli stessi giudici, di merito e di legittimità, soprattutto mediante la funzione normofilattica svolta dalle Sezioni Unite della Cassazione, quando emanano sentenze che esorbitano dal giudizio a loro assegnato, portando confusione e commistione con aspetti non pertinenti e propri di altri ambiti applicativi.

Emblematica su questo è la recente pronuncia, già richiamata in precedenza in riguardo alla valutazione di una clausola di indicizzazione e di rischio cambio di un contratto di leasing, delle Sezioni Unite (Cass., 23/02/2023, n. 5657) per la quale il giudizio di meritevolezza è distinto dal giudizio di liceità (sulla contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume), di buona fede (sul comportamento "scorretto") e di ermeneutica interpretativa (sulla clausola "astrusa" o "oscura").

La Suprema Corte così argomentando evidenzia l'erroneità del ragionamento compiuto dall'ordinanza di rimessione e la mancanza di un sostanziale contrasto nella giurisprudenza (si tratta quindi di un caso di contrasto tra sezioni semplici solo "apparente"), giungendo ad affermare il principio di diritto per il quale:

«il giudizio di "immeritevolezza" di cui all'art. 1322, secondo comma, c.c. va compiuto avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti, e non alla sua convenienza, né alla sua chiarezza, né alla sua aleatorietà».

Affinché dunque un patto atipico possa dirsi immeritevole per la Corte ai sensi dell'art. 1322 c.c. è necessario accertare che

«la contrarietà (non del patto) ma del risultato cui esso mira con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati».

Questo riferimento (anche) alla Costituzione per la realizzazione della personalità umana in senso individualistico e solidaristico porta alla prevalenza degli interessi delle parti, conformi a questi valori costituzionalmente garantiti, rispetto agli interessi dello Stato o di terzi, in particolare quelli dei creditori.

Infatti, nella traiettoria argomentativa seguita in questo contributo (interessi meritevoli-fiducia-destinazione patrimoniale), si è colto il favore della giurisprudenza a privilegiare gli interessi delle parti rispetto all'interesse dei creditori, salvo ipotesi di abuso da parte dei contraenti interessati dello strumento negoziale utilizzato e sanzionata mediante il riconoscimento dell'azione revocatoria, con conseguente evoluzione, piuttosto che vera e propria deroga, del principio della responsabilità patrimoniale universale ex art. 2740, in riguardo alla meritevolezza di tutela di interessi da realizzare ai sensi dell'art. 1322 c.c., come la fiducia trattata in queste pagine.

CLAUSOLE GENERALI E CONTRATTO DI ASSICURAZIONE DANNI. IATO O CONCILIAZIONE?

Ilaria Carassale *

Sommario: 1. La clausola generale della “meritevolezza” nel contratto *Claims made*. - 2. La clausola *Claims made*: genesi e sviluppi giurisprudenziali. - 3 La giurisdizione per clausole generali. - 4 *Claims made*, fra atipicità e meritevolezza. - 5 Tipicità del contratto *Claims* al vaglio della giurisprudenza: quale cambiamento sostanziale?

1. La clausola generale della “meritevolezza” nel contratto *Claims made*.

Nei sistemi di *civil law*, ispirati ad un (tendenziale) principio di certezza del diritto e dominati dalla forma di legge, quale vuole essere il nostro¹, i confini fra fattispecie legale e clausola generale assumono evidente rilievo; quella particolare modalità di regolamentazione del caso concreto, infatti, completa agevolmente la tecnica di conformazione della fattispecie legale².

Certamente parliamo di fattispecie incomplete o, meglio, incompiute, ma che hanno l'importante funzione di garantire l'integrità strutturale dell'ordinamento

* Avvocato del foro di Genova e dottore di ricerca in diritto privato.

¹ In un recente dialogo tra Emanuele Severino (purtroppo scomparso recentemente) e Natalino Irti, il primo (noto filosofo parmenideo) sosteneva che il diritto fosse ormai morto, mentre il secondo negava che ciò fosse vero, ma soltanto nella misura in cui il giudice “faccia una applicazione radicale e suprema della norma giuridica”, ritenendo – in presumibile consonanza con il pensiero di Max Weber - che il giudice-interprete fosse “preda dei demoni che segnavano la sua stessa esistenza”. In argomento, *funditus*, IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

² MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1986, p. 9

al cospetto di vuoti normativi così come all'evoluzione rapida di esigenze sociali o economiche, nell'ottica di una tendenziale, ma sempre più ampia garanzia della parte "debole" del rapporto giuridico, sia contrattuale che aquiliano. Le clausole generali evitano, così, "l'irrigidimento" delle fattispecie di responsabilità, rimettendo al Giudice le scelte della risoluzione del caso concreto³ fino a quando il legislatore resti silente e non sia rinvenibile una non equivoca fattispecie legale destinata altrettanto inequivocabilmente a disciplinare la fattispecie concreta.

Grazie ad esse, all'interprete viene attribuito il potere di contribuire a creare la disciplina del caso concreto, attingendo anche ad elementi ulteriori rispetto al dettato positivo.

Fra tutte le clausole generali, quella della "meritevolezza" appare una sorta di "grimaldello" per accedere al mondo della libera contrattazione. La formulazione dell'art. 1322 c.c., comma 2 è ampia e apparentemente generica, elevandosi ad efficace strumento per realizzare nuove figure contrattuali, sia pur nel rispetto del solo vincolo degli «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico». Una sorta di *passé-partout*, dunque, come ricorda Minervini⁴, adoperato dalle Corti per risolvere questioni, ovvero offrire cittadinanza a forme contrattuali ormai riconosciute a livello internazionale. Ciò ha permesso, forse più delle altre consorelle, una interpretazione sempre differente nel tempo, diafonicamente condotta e realizzata anche secondo l'*esprits du temps*.

Seppur oggi la Corte di cassazione si stia esprimendo in senso "apparentemente" difforme⁵, non si può negare che nel mondo dei contratti di assicurazione, la

³Le clausole generali, come ricorda Luigi Mengoni, cit., e poi ripubblicato da GIUFFRÉ in *Scritti - metodo e teoria giuridica*, "nell'elaborazione concettuale migliore possono essere qualificate come norme che impongono al giudice una direttiva di scelta per la risoluzione del caso concreto. Il giudice, rivolgendosi ad esse, che potremmo definire come "recipienti", può attingere a valori sociali extra-positivi al fine di decidere il caso concreto. Ciò non vuol dire che il giudice mediante l'utilizzo delle clausole generali divenga una figura onnipotente; le clausole generali infatti sono frammenti di disposizione che consentono sì di attingere a valori (mediante un riferimento agli *standards* sociali che di quei valori ne sono la manifestazione coglibile), ma dovrà sempre poi vagliare la scelta in rapporto con l'intero ordinamento giuridico, aspirando alla creazione di una regola di universalità. Le clausole generali, cioè, dovranno creare dei modelli cui il giudice potrà rivolgere al fine di argomentare la propria decisione».

⁴MINERVINI, La "meritevolezza" del contratto. Una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c., Torino, 2023.

⁵Cass., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437, rel. Vincenti, che riconduce a tipicità la clausola *Claims made*, con conseguente necessità di valutazione della causa concreta, in

clausola generale della meritevolezza ha permesso evoluzioni nel mondo assicurativo ed in particolare l'ingresso del contratto assicurativo della responsabilità civile oggi noto come *Claims made*.

Ormai da anni la clausola *Claims made* è apposta, se non in tutte, nelle prevalenti realtà contrattuali assicurative a garanzia della responsabilità per danni, modificando l'oggetto del contratto assicurativo in un contesto ove, codicisticamente, la fattispecie legale è sempre esistita. Gli articoli 1882 e 1917 del codice civile sono norme che, in combinato disposto, garantiscono i principi cardine del sistema assicurativo, vale a dire: l'alea, gli elementi essenziali del contratto, il concetto di sinistro e quello di rischio assicurativo⁶. In particolare, l'art. 1917⁷ c.c. definisce quale rischio assicurato il sinistro che accade «durante il tempo dell'assicurazione» e cioè quel fatto dannoso avvenuto in contestualità della vigenza della polizza, cosicché il momento in cui si verifica il fatto dannoso è determinante ai fini dell'efficacia della garanzia⁸.

Questo schema (ex art. 1917 c.c.) corrisponde a quello che comunemente viene definito, nella pratica contrattuale, *Loss Occurrence*⁹.

Danno e resp., 2019, 5, p. 625 e 2018, 5, p. 630. In senso favorevole invece si cfr. Cass. SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140; in *Danno e resp.*, 2016, p. 2602; in *Foro it.*, 2016, 10, 1, c. 3190; in *Giur. it.*, 2016, 2602, che conferma la atipicità del contratto *Claims made*.

⁶ P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, 17. CHERUBINI – EMINENTE, *Marketing delle assicurazioni*, Torino, 1988, 136; DE STROBEL, *L'assicurazione di responsabilità civile*, Milano, 2004, 291; DONATI - VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1995, 97; ROSSETTI, *Il contenuto oggettivo del contratto di assicurazione*, in ALPA, (a cura di), *Le Assicurazioni private*, Torino 2006, I, 781. CARASSALE, *Rischio ed Assicurazione*, Milano, 2006; SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in Bologna, 1966, p. 188.

⁷ DONATI, *Trattato del diritto delle assicurazioni*, Milano, 1952, 190.

⁸ DONATI - VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 1995, 163

⁹ Il sistema *Loss Occurrence* di regola viene modellato dalle condizioni di polizza come segue: “A. la società si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi sia tenuto a pagare, quale civilmente responsabile ai sensi di legge, a titolo di risarcimento (capitale, interessi e spese) di danni involontariamente cagionati a terzi per morte, lesioni corporali e per danneggiamenti a cose, in conseguenza di un fatto accidentale verificatosi in relazione ai rischi per i quali è stipulata l'assicurazione. L'assicurazione vale anche per la responsabilità civile che possa derivare all'assicurato da fatto doloso di persone delle quali debba rispondere». “B. l'assicurazione vale per i danni derivati da comportamento colposo in essere durante il periodo di efficacia del contratto. Salvo il disposto dell'art. 2947 c.c., la garanzia non sarà tuttavia operante per le denunce di sinistro pervenute alla società dopo dieci anni dalla cessazione del contratto». Il contratto *Loss*, dunque, puntualizza che “il momento in cui si verifica il fatto dannoso è determinante ai fini dell'efficacia della garanzia”

Tuttavia, nella contrattualistica corrente, il contratto tipo *ex art* 1917 c.c. è stato modificato con il semplice inserimento di una clausola oggi comunemente nota come *Claims made*¹⁰, e cioè “a richiesta fatta”, la quale ha significativamente inciso sull’intero assetto contrattuale, interferendo sul “tempo dell’assicurazione”, tanto da richiedere un triplice intervento della Corte di cassazione, a Sezioni Unite, in un arco temporale di soli due anni¹¹.

La clausola è di fulmineo impatto e colpisce perché modifica radicalmente la struttura del contratto di assicurazione tipo mettendo in garanzia non il fatto accaduto, produttivo del danno, ma la richiesta di risarcimento che viene «presentata per la prima volta» durante il periodo di validità dell’assicurazione¹².

Leciti, dunque, i seguenti quesiti, anche all’indomani della sentenza delle sezioni unite del 2018 (che sembra averne offerto una risposta apparentemente definitiva): il contratto *Claims* è un contratto atipico? Il sistema *Claims* ha tenuta giuridica alla luce del nostro panorama normativo? Il sistema *Claims* è meritevole di Tutela?¹³

¹⁰ Scorrendo i vari modelli *Claims* predisposti dalle imprese di assicurazione, in genere lo schema negoziale è il seguente: “l’assicurazione vale per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all’assicurato nel corso del periodo di efficacia dell’assicurazione stessa, a condizione che tali richieste siano conseguenti a comportamenti colposi posti in essere non oltre due anni prima della data di effetto della polizza. L’Assicurato dichiara, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 1892 e 1893 c.c., di non aver ricevuto alcuna richiesta di risarcimento e di non essere a conoscenza di alcun elemento che possa far supporre il sorgere di un obbligo di risarcimento per un danno a lui imputabile”.

¹¹ Cfr. Cass. SS. UU., 6 maggio 2016, n. 9140; cit. A seguire cfr. Cass. SS. UU. 2 dicembre 2016 nn. 24645 e 24646 in *Nuova giur. civ.comm.*, 2017, 619. Cass., SS.UU., 24 settembre 2018, n. 22437. Quanto alle pronunce a sezioni semplici, ma comunque di grande rilevanza, cfr. Cass., 20 dicembre 2018, n. 32939; Cass., 25 giugno 2019, n. 16902., Cass., 9 luglio 2019, n. 18413.; Cass. 26 aprile 2022, n. 12981.

¹² CARBONETTI, *La formazione dei il perfezionamento del contratto*, cit. 82; DE STROBEL, *Le vicende del “claims made”*, in *Dir. ed ec. dell’ass.*, cit., 531. CERINI, *Responsabilità del produttore e rischio di sviluppo: oltre la lettera della Dir. 85/374/CEE*, in *Dir ed ec. dell’ass.*, 1996, 29; LOCATELLI, *Clausole claims made e loss occurrence nell’assicurazione della responsabilità civile*, in *La resp. civ.*, 2005, 12, 1030; SIMONE, *Assicurazione Claims made, sinistro (latente) e dilatazione (temporale) della responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, cit., 1079.

¹³ CARASSALE in “*Danno e Responsabilità* n. 6/2006 pag. 595”; ROSSETTI in “*Il Diritto delle Assicurazioni* Vol. 3 Cedam, 2013 363 segg.”; DE LUCA in *Diritto ed economia delle assicurazioni*, Il Mulino, 2022 202 e segg.; DE STROBEL, *Le vicende del “claims made”*, in *Dir. ed ec. dell’ass.*, 2006, 531

2. La clausola *Claims made*: genesi e sviluppi giurisprudenziali.

Invocando l'autonomia contrattuale le compagnie assicurative hanno individuato formule contrattuali differenti, con limitazioni che per comodità vengono raccolte in tre differenti gruppi: clausole *Claims made* pure, impure e miste.

Anche al fine di comprendere l'iter argomentativo ripercorso dalla giurisprudenza, pare utile ricordare che le clausole *Claims made* "pure" intendono garantire tutte le richieste risarcitorie formulate nei confronti dell'assicurato nel periodo di vigenza della polizza indipendentemente dalla data di commissione del fatto illecito. Quelle "impure" prevedono l'operatività della copertura assicurativa per tutte le richieste risarcitorie formulate nei confronti dell'assicurato nel periodo di vigenza della polizza con la condizione che sia il fatto illecito sia la richiesta risarcitoria si avverino nella medesima annualità; quelle "miste" circoscrivono il periodo di validità del contratto, con retrodatazione della garanzia alle condotte poste in essere in epoca anteriore, in genere due o tre anni dalla stipula del contratto.

Con questa tecnica, si sposta l'effetto della garanzia in epoca più recente, facendo beneficiare l'assicurato della polizza più aggiornata anche riguardo all'ampiezza dei massimali¹⁴.

Lo schema negoziale creato non appare perfettamente adattarsi al nostro sistema normativo e ciò è ulteriormente dovuto non solo alla difficoltà di interazione della clausola «limitativa della garanzia nel tempo» con l'art. 1917 c.c., ma anche in conseguenza delle modalità con cui le compagnie hanno imposto lo schema *Claims*, e per le ulteriori restrizioni che, in contratto, vengono apportate dalle imprese alla già ridotta garanzia assicurativa. Partendo dagli effettivi "pericoli" che la clausola *Claims made* può nascondere, si osserva che alla stipula di un contratto *Claims* misto o impuro¹⁵ non consegue una effettiva funzione retroattiva della garanzia, come apparirebbe da una superficiale lettura, richiedendosi invece che l'azione o l'omissione da cui consegue il danno debbano essere commesse in un preciso e delimitato spazio temporale, raramente superiore a tre - cinque anni. In questo modo, nonostante ogni anno si contragga per «riottenere il sempre nuovo» contratto di assicurazione, si verifica la situazione per cui, potendo recuperare nel passato un periodo "x" di anni, per ciascuna annualità, con il nuovo contratto si perde costantemente un anno di garanzia del pregresso. In tal modo il soggetto

¹⁴ DE STROBEL, *L'assicurazione della responsabilità civile*, in *Manuale di Tecnica delle assicurazioni*, Milano, 2002, 306.

¹⁵ ROSSETTI, *Il diritto delle Assicurazioni*, III, Padova, 2013, p. 30.

assicurato ottiene certamente una più ampia copertura, ma a costo di un ulteriore sacrificio: la necessità di mantenere in vita il “primordiale” contratto di assicurazione, difatti, costringe l'assicurato a contrarre costantemente con la medesima compagnia di assicurazione con cui ha iniziato il rapporto.

Il collegamento della garanzia offerta dalla polizza alla ricezione della richiesta risarcitoria da parte del terzo dà adito all'ulteriore necessità, per l'assicurato, di conservare costantemente l'operatività del rapporto assicurativo anche una volta cessata l'attività professionale. Il pericolo di avere commesso un solo errore alla fine della propria carriera costringerebbe il professionista ad assicurarsi fino alla maturazione del periodo di prescrizione dell'azione risarcitoria e, quindi, anche per altri ulteriori dieci anni. La medesima necessità si ribalterebbe ancora sugli eredi di questi che, accettando l'eredità, subentrerebbero anche nelle passività del *de cuius*. Non si deve ancora tralasciare di considerare che, nonostante la lontananza della formula *Claims* dallo schema delineato con l'art. 1917 c.c., questo nuovo modello contrattuale deve essere necessariamente coordinato con i principi codicistici della materia, ed in particolare con gli obblighi imposti dagli art. 1892, 1893 e 1894 c.c. in merito alle dichiarazioni di rischio che l'assicurato deve rendere all'assicuratore. Ma il pericolo di maggior rilievo che l'assicurato può incontrare è dato dalla possibilità concessa all'assicuratore dalla regolamentazione contrattuale di recedere unilateralmente dal contratto. I contratti presenti attualmente sul mercato, così come era già stabilito per le polizze *Loss*, permettono alle imprese di recedere dal vincolo a seguito di una prima denuncia di sinistro. Da ciò può conseguire che tutti gli ulteriori sinistri cagionati durante il periodo originario di validità della polizza non trovino alcuna copertura perché la loro denuncia è, comunque, successiva al recesso e, quindi, al di fuori del periodo di validità della polizza.

A livello normativo, l'ottica del legislatore è quella di provvedere a che ogni danno sia risarcito, e a tal fine, per numerose categorie professionali, imporre coperture assicurative obbligatorie¹⁶.

Non pochi professionisti, o forse la quasi totalità, sono vincolati a stipulare una polizza a copertura del rischio della Responsabilità Civile: ad esempio Avvocati (art. 12 L. 247/2012 e successive integrazioni e modifiche), Notai, anche in forma collettiva (art. 3, 5° comma L.15 agosto 2013), Medici (art. 10 Legge Gelli n. 24/2017), oltre a broker, e altre non poche ulteriori categorie.

Pertanto, utilizzando le efficaci parole dei Maestri, «i fragili argini della Responsabilità Civile sono perennemente in movimento», si può riaffermare che an-

¹⁶ MONATERI, *La R.C. oltre il punto di non ritorno*, in *Danno e resp.*, 5/2020, p. 557.

che gli argini delle polizze di assicurazione sono sempre in evoluzione, nell'ormai risalente dialettica tra chi pretende di poter garantire il più possibile e chi spera di coprire solo rischi di scarsa incidenza, ma con buon profitto economico.

È noto che la validità delle clausole *Claims made* è stata a lungo oggetto di discussione sia in dottrina, sia in giurisprudenza e le medesime hanno dato corpo a diversi indirizzi ed orientamenti sia dei giudizi di merito, sia della Corte di legittimità.

Per taluni, le clausole *Claims made* sarebbero senza dubbio valide.

Vige, infatti, nel nostro ordinamento il principio dell'autonomia negoziale delle parti, da cui deriva la possibilità per le stesse di concludere contratti atipici, purché meritevoli di tutela alla stregua dell'art. 1322 c.c.¹⁷

Altri cultori, invece, ritengono in base a contrapposto orientamento, che le clausole *Claims made* non sarebbero invalide, ma vessatorie ai sensi dell'art. 1341 c.c., rimedio neanche tanto complicato; quindi, non sono destinate a produrre effetti se non sottoscritte due volte: in questo senso Cass., Sez. III, sent. 22 marzo 2013, n. 7273, per cui il controllo sulla vessatorietà della clausola spetterebbe al giudice di merito, mentre l'Assicuratore è gravato degli obblighi informativi precontrattuali al fine che la parte possa configurarsi al meglio la portata degli effetti del contratto e delle sue clausole.

Contro le più recenti pronunce dei giudici di merito¹⁸, Incisiva in un tale panorama è stata la pronuncia resa a Sezioni Unite 6 maggio 2016, n. 9160¹⁹ la quale, volendo creare ordine e regola in una materia alquanto controversa e dibattuta ha acclamato la validità della clausola *Claims made* in forza della clausola generale della meritevolezza²⁰, con il vincolo e faticoso limite di sottoporre al vaglio della

¹⁷Tra le numerose sentenze si ricorda Cass., Sez. III, sent. 11 gennaio 2017, n. 417 e la giurisprudenza di merito, Tribunale di Civitavecchia, sent. 2 novembre 2022, n. 1130 per cui non solo deve essere meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c., bensì non deve comportare un eccessivo squilibrio a carico del consumatore.

¹⁸*Ex multis*, ricordiamo Tribunale di Torre Annunziata, sent. 21 aprile 2022, n. 860 per cui “la clausola *claims made* non può essere, comunque, considerata vessatoria in astratto, posto che essa non pone limitazioni di responsabilità in favore dell'assicuratore, ma definisce l'oggetto della copertura assicurativa, stabilendo quali siano i sinistri indennizzabili”. Si pone in evidenza che il sintagma abbraccia o può abbracciare ampie categorie di valori giuridici.

¹⁹ PARDOLESI – PALMIERI – TASSONE in *Foro It.*, 2016, I, I, c. 2014; Simone in *Fori it.*, 2016, I, c. 3190; GAZZARRA – ALLAVENA – HAZAZN, in *Danno e Resp.*, 2016, p. 929

²⁰Invero, si sa che in numerose fattispecie anche di portata più generale, ad esempio

meritevolezza ogni singola clausola contrattuale, verificando caso per caso, se la clausola, così inserita, possa soddisfare la causa in concreto perseguita.

3. *La giurisdizione per clausole generali.*

Il nostro ordinamento, pur distinguendosi da quello anglosassone, realizza appieno il principio dello *stare decisis* anche attraverso la giurisdizione per clausole generali, atteso che queste ultime sussumono un ideale di norma, da un lato, ed un astratto criterio di valutazione, dall'altra, ferma la necessità di evitare abusi di esse, intervenendo solo ove non si rinviene una fattispecie legale²¹.

In tale ottica, si richiama il pensiero di Enrico Scoditti²² il quale ammonisce il giurista ricordando che le clausole generali «costituiscono un nuovo modo di pensare giuridico che potrebbe sembrare in contraddizione con il principio della certezza del diritto», ma che tale non è.

la progressiva oggettivazione della colpa, di cui vi è traccia tra gli altri negli artt. 2050, 2051, 2052, 2053 e 2054, come ricorda Pietro Trimarchi, ha ingenerato l'ipotesi che si sia trasformata in una clausola generale come la buona fede o la correttezza. La sussunzione di clausole generali, inoltre, si rinviene in varie norme del diritto positivo civile: le fonti di integrazione dei contratti, la buona fede contrattuale, l'equità (artt. 1374 e 1375 c.c.), la forza maggiore, la giusta causa, la correttezza professionale, ecc.

²¹ Non ogni ordinamento è in totale armonia con simile criterio, ovvero può offrire anche ondivaghi sistemi. Come ricorda Hans KELSEN in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, 149, richiamando il codice civile svizzero all'art. 1: «*À défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*». Presumibilmente questa disposizione non si riferisce ai casi in cui il diritto statuito o consuetudinario stabilisca positivamente l'obbligo del convenuto, che l'attore pretende sia stato da questi violato nel caso concreto. In tali casi, secondo l'articolo primo del Codice Civile Svizzero, esiste una norma generale applicabile. La sua disposizione si riferisce, presumibilmente soltanto a quei casi in cui l'obbligo che l'attore pretende sia stato violato dal convenuto, non sia stabilito da alcuna norma generale. In tali casi il giudice non sarà obbligato a respingere la pretesa dell'attore. Egli avrà la possibilità di stabilire, quale legislatore, l'obbligo asserito per il caso concreto. Ma egli avrà pure l'altra possibilità, di respingere la domanda dell'attore, per la ragione che il diritto vigente non stabilisce l'obbligo asserito. Se il giudice ricorre a, questa seconda possibilità, non si assume nessuna "lacuna del diritto". Esisterà, pertanto, una regola generale, una sorta di clausola generale che assisterà la mano del Giudice nella decisione del caso singolo. ALPA in *Corso di sistemi giuridici comparati*, Torino, 304, ricorda il potere creativo del Giudice nel caso singolo.

²² SCODITTI, *Clausole Generali e Certezze del Diritto*, in *Questione Giustizia* n. 2/2022

Le clausole generali impongono al Giudice una scelta tra concetti indeterminati ed elastici, rilevati anche in norme difficilmente considerate clausole generali, ma che sostanzialmente hanno tratti comuni con le stesse, si pensi alla diligenza, alla non scarsa importanza dell'inadempimento e così via.

Tuttavia, va sottolineato che quelle²³ da valutare maggiormente sul piano della funzione, inducono l'interprete a dare corpo a regole autonome rispetto ad una rigida previsione²⁴.

²³ BRECCIA, *Le obbligazioni: funzioni delle clausole generali di correttezza e di buona fede oggettiva*, Milano, 356

²⁴ Va ancora ricordato che la produzione contrattuale è passata quasi inosservata nel decennio 1990-2000, anche perché ignorata sia dagli operatori del settore, sia dal pubblico degli utenti del servizio assicurativo, è recentemente pervenuta alle prime pronunzie giurisdizionali in un percorso che riteniamo ben lunghi dall'essere concluso, nonostante un recente salomonico arresto della Suprema Corte. In senso favorevole, Trib. Crotone 8/11/04, ha affermato che «la clausola *claims made* riferisce la copertura assicurativa agli eventi non solo verificati, ma denunciati all'impresa assicurativa nel periodo di assicurazione, riguardando i reclami avanzati nei confronti dell'assicurato e notificati all'assicuratore per la prima volta durante il periodo di validità della copertura. La clausola comporta, quindi, una deroga del tutto legittima all'art. 1917, comma 1° c.c., non figurando tale disposizione tra quelle dichiarate non derogabili dall'art. 1932 c.c.». Per contro, quantunque non apparse su riviste specializzate con la medesima celerità, sono discusse nel settore assicurativo, e ben note, decisioni di merito che hanno dichiarato la nullità della clausola *claims made*. Il Trib. Bologna, 2 ottobre 2002 n. 3318, G.U. Ferrigno, (sentenza inedita) nel dichiarare tale nullità ha rilevato che la pretesa non copertura assicurativa, ai sensi delle condizioni generali di polizza, non poteva trovare accoglimento poiché la correlativa disposizione contrattuale (clausola *claims made*) deve considerarsi nulla in quanto contraria alla disposizione di cui all'art. 1917, primo comma, c.c., norma primaria ed imperativa, di immediata applicazione, la quale deve essere, quindi, inserita nel contratto concluso dalle parti in sostituzione della clausola difforme, ai sensi degli artt. 1339 e 1419 c.c.. Secondo il magistrato bolognese il primo comma del citato art. 1917 c.c. dispone che «l'assicuratore è obbligato a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto». Al contrario, invece, la clausola (nel caso specifico contenuta all'art. 18 delle condizioni generali di polizza), prevedendo la validità dell'assicurazione solo per «le richieste di risarcimento presentate per la prima volta all'assicurato nel corso del periodo di efficacia» della stessa, sarebbe idonea, potenzialmente, ad escludere dalla copertura assicurativa tutti i fatti accaduti durante il tempo dell'assicurazione, facendo così venire meno la stessa causa del contratto, qualora, in ipotesi, i danneggiati richiedano, legittimamente e con scelta non sindacabile, dopo la scadenza dell'assicurazione del professionista, ma prima del termine di prescrizione

Sfruttando la clausola della meritevolezza, il Contratto *Claims* dal 2016 è stato acclarato come contratto valido e riconosciuto, seppure le Sezioni Unite precisino, che «la clausola generale non può mai fissare una regola giuridica, in via generale e astratta, ma può fissare solo un criterio di percezione delle regole da applicare al caso concreto».

Di conseguenza, la giurisdizione per clausole generali e, dunque, anche quella del mondo assicurativo con contratti a formula *Claims*, corrisponde a un diritto pienamente casistico, retto da norme di carattere individuale. Possiamo immaginare che in parallelo alla giurisdizione per fattispecie legali, che rappresenta la forma dominante in un sistema legalistico, si dispieghi una giurisdizione retta dal diritto del caso concreto, nel quale la controversia è risolta, non per via di sussunzione, ma per via di identificazione di una norma individuale.

L'Autorevole Magistrato può, quindi, motivatamente concludere che nel giudizio di legittimità si è correttamente pervenuti al sindacato per violazione della norma di diritto, dove per norma violata si intende, come è evidente, la clausola generale.

Questo sindacato viene concepito come sindacato sul giudizio di valore espresso dal giudice di merito.

Per l'effetto, la clausola generale non può mai fissare una regola giuridica, in via generale e astratta, ma può fissare solo un criterio di percezione casistico, retto da norme di carattere individuale.

La pronuncia a Sezioni Unite 9160/2016, per rispondere ai nostri tre quesiti (è possibile la sussistenza in tale ambito di contratti atipici? Il sistema *Claims* ha tenuta giuridica alla luce del nostro panorama normativo? Il sistema *Claims* è meritevole di Tutela?) ha risposto sfruttando il “*passe partout*” della meritevolezza salvando la forma contrattuale *Claims* ormai riconosciuta a livello globale²⁵.

del loro diritto, il risarcimento dei danni subiti (si pensi, in particolare, al caso in cui il fatto si verifichi l'ultimo giorno di copertura assicurativa). In definitiva, secondo il Tribunale Bolognese, si subordinerebbe l'operatività del contratto di assicurazione non al momento di accadimento del fatto (come vuole l'art. 1917, comma 1°, c.c.), ma alla condotta discrezionale dei pretesi danneggiati e si escluderebbe la copertura assicurativa dei sinistri accaduti in prossimità della scadenza della polizza professionale.

²⁵ Già con la relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile si era precisato che se la clausola della meritevolezza può sembrar legittimare nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, “nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nell'orbita della finalità che questo sanziona e secondo la logica lo governa... l'ordine giuridico non può apprestare protezione al mero capriccio individuale, ma a funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale e, come tali, meritino di essere tutelate dal diritto».

A livello nazionale al Giudice il compito non di “riscrivere” il contratto concluso dalle parti, ma quello di riequilibrare «lo scambio, provvedendo a riparametrarlo avuto riguardo, ove in effetti sussistente, al residuo valore della prestazione». In tali termini, l'intervento giudiziale si configura come «finalizzato al ripristino dell'economia del contratto, nei termini in cui la stessa [ossia la causa del contratto] era stata originariamente prefigurata dai medesimi contraenti», come ricorda ancora la relazione del Guardasigilli.

Da qui, la genesi di un contratto le cui basi, sono sconnesse, potendo «il giudice intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti»²⁶.

4. *Claims made, fra atipicità e meritevolezza.*

Nei contratti a prestazioni corrispettive, il sacrificio reciproco cui sottostanno i contraenti, ponendosi reciproche controprestazioni, non può non considerarsi un valido parametro utile al fine di valutare la meritevolezza del contratto atipico. Fin quando vi è un effettivo vicendevole sacrificio è difficile immaginare che nell'area del consentito ci possano essere interessi non meritevoli di tutela. Il problema sorge, invece, allorquando si instaura una concreta asimmetria fra i sacrifici delle parti.

Prendendo ad esempio i contratti *Claims* misti o impuri in cui non si può trovare una effettiva funzione retroattiva della garanzia, richiedendo che l'azione o l'omissione da cui consegue il danno debbano essere commesse in un preciso e delimitato spazio temporale, eccessivamente limitato, o addirittura assente, impedendo anche coperture postume, le Corti di Merito hanno trovato soluzioni differenti. Ferma la genesi di un contratto atipico, vi è chi ha mantenuto saldo il contratto pattizio estendendo unicamente il “tempo dell'assicurazione”, quindi il periodo di retroattività²⁷; chi, al contrario, ha ritenuto la clausola immeritevole di tutela, sostituendo il contratto da formula *Claims* a formula *Loss*²⁸.

Ragionando in tali termini si arriva alla conclusione che il requisito della causa completa l'accordo, nel senso che nel nostro sistema un accordo non è produttivo

²⁶ Cfr. Cass. [SS.UU](#) n. 9140/2016 cit.

²⁷ Cfr., Trib. Livorno, 27 luglio 2016, in *Nuova giur. Civ. e comm.*, 2016, I, 1440; Trib. Milano, 9 giugno 2016, in *Banca dati De Jure*.

²⁸ Cfr. Corte App. Venezia, 21 marzo 2017; Tr Ancona 12 maggio, 2017 le quali hanno dichiarato nullo il contratto *Claims* per mancata copertura di richiesta postuma.

di effetti se non vi è una giustificazione in relazione al sacrificio che ciascun contraente è tenuto a fare.

Cosicché il tema della causa si sdoppia individuando da un lato i problemi tra le parti, dall'altra le problematiche derivanti dai rapporti tra le parti stesse e l'ordinamento. La funzione della causa è, quindi, duplice: quella di giustificazione causale del contratto diretta a tutelare ciascuno dei contraenti contro impegni privi di ragione; quella di controllo delle posizioni delle parti di fronte ad un eccessivo potere contrattuale di una parte a discapito dell'altra che priverebbe di alcun significato il primo comma dell'art. 1322 c.c.

L'art. 1322 c.c. attribuisce, infatti, alle parti una facoltà di determinare liberamente il contenuto del contratto e contestualmente di stipulare contratti non previsti fra i tipi legali e ciò implica il nascere di un diritto di scelta che limita in una certa misura l'autonomia contrattuale²⁹. «Le parti possono sì scegliere il tipo contrattuale modulandone liberamente il contenuto, sì foggiate schemi nuovi; ma nell'esercizio di queste libertà si muovono all'interno di una fattispecie - il contratto - disegnata dall'ordinamento giuridico, che si riserva la competenza di identificarne l'essenza»³⁰ ossia il raggiungimento di un veritiero accordo, il rispetto della struttura come disposto all'art. 1325 c.c.³¹.

Nel confronto fra le posizioni delle categorie forti e delle categorie deboli, la condizione di inferiorità delle seconde può trovare specifica protezione in particolari discipline e in mancanza di queste, come ricorda Vincenzo Roppo³², si può fare riferimento generale all'art. 3 della Costituzione. L'Autore, affrontando l'analisi della clausola generale dell'ordine pubblico, individua una distinzione fra ordine pubblico "economico", comprendente i principi che presiedono alla produzione e alla circolazione, e ordine pubblico di "di protezione": "esso [ossia l'ordine pubblico] implica il confronto fra la posizione e gli interessi di categorie economico-sociali contrapposte sul mercato; muove dal riconoscimento che delle due categorie l'una si trova rispetto all'altra in condizione di debolezza, così

²⁹ FERRI, *Negoziio giuridico*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, 61; RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1992, 153; SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1987, p. 517.

³⁰ BENEDETTI, *Autonomia privata e procedimentale*, Torino, 2002, p. 3.

³¹ ALPA, *La causa e il tipo*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, I, 1999; FERRI, *La causa e il tipo*, cit.; GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, p. 1499.

³² ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001.

che i suoi interessi meritevoli di tutela rischiano di essere sacrificati per la forza prevalente della categoria contrapposta; e suggerisce politiche di protezione della categoria debole, per contrastare lo squilibrio e il sacrificio che la realtà mette suo carico»³³.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte è normale rimanere turbati dalla incoerenza intrinseca al concetto di causa, in specie in ambito assicurativo. All'impalpabilità del suo contenuto si contrappone l'importanza ad essa connaturata, guardiana dell'equilibrio delle reciproche prestazioni delle parti.

Sforzandosi di mantenere una visione d'insieme sul mondo in cui assicuratori e assicurati operano, usufruendo degli strumenti definitivi messi in luce dalla dottrina, è compito dell'interprete valutare se nel contratto assicurativo con formula *Claims* sia stato realizzato un obiettivo equilibrio nello scambio contrattuale finalizzato al raggiungimento del fine insito nell'assicurazione, ossia il trasferimento del rischio all'assicuratore.

Una prima considerazione deve partire, proprio per mantenere una visione unitaria della problematica, dalle modalità di distribuzione dei contratti di assicurazione. Prendendo atto che il controllo del mercato è in mano a poche imprese tutte unite nell'applicare il regime *Claims made*; all'assicurato resta solo la possibilità di scelta fra aderire al contratto "proposto" dalle imprese di assicurazione accettandolo, ovvero non assicurarsi. La situazione che emerge è, dunque, quella di un evidente squilibrio contrattuale incidente sul potere di libertà ed autonomia del contraente debole. In tale panorama le regole sulle condizioni generali del contratto prestate dall'art. 1341 c.c. non paiono soddisfacenti. Infatti, all'assicurato è soltanto concessa l'alternativa di conoscere "coscientemente" e "diligentemente" la clausola *Claims Made*, accettandola, magari preparandosi economicamente ad affrontare il rischio di una scoperta assicurativa, o rinunciare ad assicurarsi. In un simile contesto, né si può parlare di scelta, né tanto meno, di scelta libera.

Tale dato non avrebbe un effettivo rilievo se non si inserisse all'interno delle ulteriori problematiche connesse al *Claims* e cioè da un lato quelle derivanti dal nuovo assetto di regole giurisprudenziali che rendono sempre più usuale una condanna del professionista ponendo a carico del medesimo le cause ignote che hanno portato al verificarsi di un danno, in uno con quelle relative alla questione dei *long-tail liabilities*; dall'altro quelle derivanti dall'evidente limitazione della garanzia rispetto al "tipo" contrattuale delineato all'art. 1917 c.c., operata unitamente ad un più che sentito aumento del costo delle polizze.

³³ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 405.

Sitale costruito giurisprudenziale pare tortuoso e poco soddisfacente soprattutto alla luce della auspicata certezza del diritto.

Analizzando i regolamenti contrattuali delle imprese di assicurazione, alla luce dell'orientamento delle Sezioni Unite del 2016, si reputa, in prima battuta, riduttiva la definizione di semplice "clausola" attribuita al *Claims*. La nozione, sebbene tecnicamente corretta, appare fuorviante perché sposta l'attenzione su un profilo più accessorio del contratto di assicurazione che per definizione è quello modellato sul dettato dell'art. 1917. c.c., mentre, come già precisato, lo schema contrattuale predisposto con il *Claims* è così differente da rivestire una decisa autonomia rispetto allo schema codicistico, quasi a dire che non siamo più di fronte ad un contratto di assicurazione, ma ad un altro contratto atipico³⁴

Questo nuovo contratto atipico è costituito da un insieme di clausole che in una visione sinottica si possono nomenclare come a) oggetto della garanzia: la richiesta risarcitoria avanzata dal danneggiato indipendentemente dal momento in cui si è verificato il fatto ; b) limitazione della garanzia: l'estensione della copertura assicurativa solo a quei sinistri posti in essere entro un periodo di tempo "x" dalla stipulazione della polizza; c) recesso: diritto unilaterale dell'assicuratore a sciogliere il contratto a seguito della prima denuncia di sinistro; d) validità: il contratto ha durata di un anno .

Ogni clausola sopra evidenziata deve essere sottoposta a due differenti analisi, la prima riservata ad una valutazione di merito da condursi con riferimento alla medesima sola singola clausola e diretta a determinare se è stata operata una delimitazione della responsabilità dell'assicurato, eseguendo una operazione relativa alla vessatorietà. La seconda diretta ad una valutazione di insieme del contratto, ossia su quale sia il significato che ogni clausola assume in rapporto alle altre.

L'operatività di una polizza *Claims* impura ai soli sinistri denunciati durante il periodo di validità della stessa, posti in essere entro "x" anni dalla conclusione della polizza, di durata annuale e sottoposta al vincolo del recesso dell'assicuratore, con impossibilità di una copertura per tutti quei sinistri denunciati entro l'anno, ma dopo il recesso, comporta la quasi certezza di non vedere soddisfare le pretese di coloro che possono subire danni per l'effetto dell'attività professionale se non in casi eccezionali e sporadici. In sostanza, viene a mancare proprio quella che è la causa del contratto di assicurazione e cioè il trasferimento del rischio dall'assicurato all'assicuratore.

³⁴Tale ragionamento viene espresso dalle SS. UU., con Cass., 6 maggio 2016, n. 9140 cit. Successivamente, come già anticipato Cass., SS. UU., 24 settembre 2018, n. 22437, cit. ricondurrà il contratto alla tipicità modificando quanto sin ora qui evidenziato.

La scelta di un'altra impresa di assicurazione con cui contrarre esporrebbe il professionista alla certezza di non poter assicurare l'attività pregressa.

Durante il periodo di validità del contratto, qualora l'assicurato si rendesse conto di aver commesso un errore sarà comunque obbligato ad attendere, per ottenere la garanzia assicurativa, la richiesta del danneggiato. Da ciò conseguirebbe che al momento del rinnovo della polizza l'assicurato sarebbe onerato a segnalare il proprio inadempimento, perché ciò è disposto dall'art. 1892 c.c. Il rispetto degli obblighi a rendere dichiarazioni veritiere in ordine alla propria sinistrosità, lo esporrebbe ad un rifiuto da parte della propria compagnia assicurativa ad ottenere il rinnovo della polizza. Simile situazione si potrebbe verificare quando, cercando di tenere un comportamento conforme agli articoli 1913 c.c. – avviso all'assicuratore in caso di sinistro- e 1914 c.c. – obbligo di salvataggio- l'assicurato si viene ad esporre al rischio del recesso dell'assicuratore.

È evidente che con tale operazione contrattuale l'impresa tende a ritrasferire sull'assicurato tutti i problemi derivanti dal lungo periodo di latenza del manifestarsi dei danni ed in particolare quelli conseguenti all'ampiezza del periodo di prescrizione, imponendo un contratto che sostanzialmente modifica la disciplina legale. Infatti, si verificherebbe l'incongruenza, all'interno dell'ordinamento, per cui il terzo danneggiato potrà giovare del termine ordinario di prescrizione, mentre l'assicurato potrà esercitare il diritto verso l'assicuratore solo dal giorno della richiesta e fino allo scioglimento del contratto di assicurazione.

La clausola, infatti, pare contrastare anche con i principi della prescrizione di cui agli art. 2935, 2936 c.c. che vietano la predisposizione di ogni e qualsiasi accordo diretto a modificare il regime della prescrizione, e di ogni patto con cui si stabiliscono termini che rendono eccessivamente difficile l'esercizio del diritto.

Il diritto dell'assicurato derivante dal contratto di assicurazione, infatti, rimane sempre condizionato all'arbitraria decisione del terzo di agire.

Alla luce di quanto sopra e soprattutto del gioco di ingegneria giuridica operato da anni dalla Magistratura, attesa ma "curiosa" è arrivata la pronuncia a Sezioni Unite 24 settembre 2018, n. 22437³⁵.

³⁵ SANTORO, in *Danno e resp.*, 2019, 5, 625.; Colombo, in *Danno e resp.*, 2018, 5, p. 630.

5. Tipicità del contratto *Claims* al vaglio della giurisprudenza: quale cambiamento sostanziale?

Gli Ermellini, novamente si ripropongono i nostri tre quesiti³⁶ a cui è conseguita una pregnante novità: il Contratto *Claims* non è più un contratto atipico. È un contratto “tipico”, rientrante nella tipicità legale di cui all’art. 1917c.c.

E dunque, dopo un tanto lungo e travagliato percorso a cavallo di clausole generali, la strada viene realmente abbandonata rimanendo l’art. 1322, comma 2, un mero “traghettatore”?

Certamente, come prima anticipato, in questi ultimi anni il panorama normativo si è ampliato imponendo l’obbligatorietà delle coperture assicurative, quindi, di fatto, premendo il mercato assicurativo verso l’obbligo della contrattualizzazione.

Si pensi alla L. n. 124/2017, art. 1, comma 26³⁷ sull’apertura dei mercati, promozione dello sviluppo della concorrenza e tutela dei consumatori che impone la ultrattività decennale del contratto; alla L. 247/2012, art. 10 che impone l’assicurazione obbligatoria ai sanitari, oggi completata dal suo decreto attuativo 4 marzo 2024 che definisce i requisiti minimi delle polizze assicurative per le strutture sanitarie e per gli esercenti le professioni sanitarie; al D.L. 138/2011 che impone ai professionisti di stipulare la polizza per la propria responsabilità professionale, tanto per fare degli esempi.

Forse sulla scia di tali orientamenti normativi è stato più agevole per la Corte di cassazione abbandonare il criterio della meritevolezza abbracciando la clausola generale della “adeguatezza”, ritenendo il contratto *Claims* tipico.

Il primo passaggio necessario è stato quello di ricondurre il contratto *Claims* all’alveo dell’art 1917 c.c. e dunque all’antico concetto di “sinistro”. Ritiene la

³⁶ Se è possibile la sussistenza in tale ambito di contratti atipici? Il sistema *Claims* ha tenuta giuridica alla luce del nostro panorama normativo? Il sistema *Claims* è meritevole di Tutela?

³⁷ Cfr. L. n. 124/2017, art. 1 punto 26 il quale precisa che, fatta salva la libertà contrattuale delle parti, le condizioni generali delle polizze assicurative di cui al periodo precedente prevedono l’offerta di un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di operatività della copertura. La disposizione di cui al periodo precedente si applica, altresì, alle polizze assicurative in corso di validità alla data di entrata in vigore della presente disposizione. A tal fine, a richiesta del contraente e ferma la libertà contrattuale, le compagnie assicurative propongono la rinegoziazione del contratto al richiedente secondo le nuove condizioni di premio».

Corte che «nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di sinistri fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 c.c., ovvero nell'assicurazione della responsabilità civile dall'art. 1917 c.c. [...] se le parti hanno la facoltà di assicurare qualsiasi tipo di rischio, non hanno, invece, la facoltà di definire «sinistro» un evento che non costituisca avveramento del rischio assicurato, e sia privo dei caratteri di quello, ovvero non volizione e dannosità (altrimenti, nulla più distinguerebbe un'assicurazione da una scommessa»).

Tuttavia, muovendosi su di un terreno alquanto sdrucchiolevole, gli Ermellini da un lato acclarano la tipicità del contratto *Claims*, dall'altra ritengono la clausola *Claims* una semplice possibilità di deroga pattizia all'art 1917 c.c., che non deve ritenersi vessatorio, ma che necessita solo il vaglio dell'art 1322 c.c, comma 1.

Secondo la Cassazione il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole “*on claims made basis*”, rispecchia perfettamente il modello assicurativo il cui scopo è quello di indennizzare il rischio dell'impoverimento del patrimonio dell'assicurato a seguito di un sinistro, e, pertanto, può considerarsi deroga consentita all'articolo 1917 c.c. comma 1, non incidendo sulla funzione assicurativa il meccanismo di operatività della polizza legato alla richiesta risarcitoria del terzo danneggiato comunicata all'assicuratore da considerarsi solo un “*sottotipo dell'art. 1917, comma*”. Ciò permette di abbandonare il setaccio della clausola delle meritevolezza.

Tuttavia, ritiene sempre la Corte, la tutela dell'assicurato deve essere comunque accertata su diversi piani «dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, ossia (esemplificando): responsabilità risarcitoria precontrattuale anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose; nullità, anche parziale, del contratto per difetto di causa in concreto, con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti; conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro».

La Cassazione, dunque, ha sostanzialmente deciso di non decidere!

Invece di indicare precisi parametri in cui la clausola può muoversi senza incorrere nella violazione di squilibri contrattuali, cede nuovamente il testimone al giudice di merito il quale dovrà ancora valutare (oggi) la adeguatezza del contratto (anziché la meritevolezza), partendo dalla fase precontrattuale della informativa, sino alla conclusione e alla genesi del sinistro³⁸.

³⁸ Così viene massimato: “Rispetto al singolo contratto di assicurazione, non si impone

Nella sostanza il Giudice dovrà valutare caso per caso, secondo lo scopo delle norme violate, collocato accanto al convitato di pietra dell'allocazione del danno³⁹.

Ecco, quindi, che in tale panorama, un modello per anni definito atipico, "diviene", tipico, ma di concerto, il magistrato tiene per sé il potere di valutare la causa in concreto del singolo contratto per verificare la sussistenza di squilibri o meno nel regolamento contrattuale attesi gli obblighi informativi gravanti sull'Assicurazione.

Tutto cambia per non cambiare.

Ed il magistrato sarà sempre in grado di verificare ex art. 1322, comma 1 «la rispondenza della conformazione del tipo»? Sarà in grado di svolgere un accertamento involgente la causa concreta del contratto che non può esimersi dal vagliare i profili della «negoziatio informata, della convenienza del premio e della copertura di fatti pregressi, ovvero accaduti prima del periodo di validità della copertura decorrente dalla stipula» sarà in grado di evitare "buchi di copertura" tenendo in considerazione i sacrifici posti su entrambi i soggetti, assicurato ed assicuratore, all'interno di un sinallagma che già sul nascere si è posto su calcoli attuariali?

Perché, dunque, con consapevole atecnicismo ed ironia non trasformare direttamente il *Claims Made* in una clausola generale ad hoc?

un test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ma la tutela invocabile dal contraente assicurato può investire, in termini di effettività, diversi piani, dalla fase che precede la conclusione del contratto sino a quella dell'attuazione del rapporto, con attivazione dei rimedi pertinenti ai profili implicati, responsabilità risarcitoria precontrattuale»

³⁹TRAVAGLINO, in *La Questione dei Nessi di Causa*, Milano, p.113.

L'INGIUSTIZIA DEL DANNO: DIALOGANDO CON GIOVANNA VISINTINI

Claudio Scognamiglio *

Sommario: 1. L'ingiustizia del danno, a sessant'anni da 'Il problema della responsabilità civile'. – 2. Il danno ingiusto e la clausola generale. – 3. Il danno e la perdita: danno evento e danno conseguenza

1. L'ingiustizia del danno, a sessant'anni da 'Il problema della responsabilità civile'.

Uno scritto assai recente di Giovanna Visintini¹ offre al lettore - in poche, appassionate pagine - un quadro suggestivo di ciò che ha rappresentato, all'interno del sistema normativo italiano della responsabilità civile, la novità costituita dall'introduzione dell'art. 2043 c.c. e, in particolare, dall'inserimento dell'attributo ingiusto riferito al danno, così dandosi vita alla formula "danno ingiusto" che costituisce uno dei nuclei precettivi della disposizione appena richiamata. L'invito che in questo modo ci viene formulato - tra gli altri spunti di quelle pagine - a riflettere ancora una volta sull'opera² alla quale probabilmente più di ogni altra si deve la prima, e fondamentale, messa a punto del senso della novità normativa recata dall'art. 2043 risulta particolarmente opportuno, non solo per la ragione - che potrebbe risultare puramente estrinseca - della ricorrenza, in quest'anno, del sessantesimo anniversario della pubblicazione di quel contributo, ma anche

* Professore ordinario di diritto privato dell'Università di Roma "Tor Vergata".

¹ Il riferimento è a VISINTINI, *Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto*, in *Contr. impr.*, 2023, p. 31 ss.

² Si tratta, naturalmente, di RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964.

per l'importanza che l'impianto teorico dello stesso tuttora assume per 'pensarÈ il problema della responsabilità civile.

È nota, al riguardo, la prima, e fondamentale, mossa argomentativa svolta dall'Autore che abbiamo appena evocato e che pone capo al radicale rinnovamento della riflessione in materia³: sarebbe proprio la menzione del requisito dell'ingiustizia, nel corpo dell'art. 2043, ad attribuire concreto rilievo a quella clausola generale di responsabilità, di cui la dottrina aveva invano cercato di fissare i contorni nell'ambito del codice civile previgente⁴. Il requisito dell'ingiustizia, poi, nella prospettiva ora in esame, dovrebbe essere ricondotto al limite della solidarietà che, già desumibile da talune disposizioni del codice civile (in particolare, da quella dell'art. 1337, disposizione che costituirebbe il tramite «attraverso il quale il criterio della solidarietà oltrepassa l'ambito circoscritto dell'obbligazione e del contratto, riferendosi al mondo più articolato delle relazioni interindividuali»⁵) troverebbe, nell'ordinamento repubblicano, un'esplicita statuizione anche nell'art. 2 Cost.: nel senso che la concreta operatività del principio di solidarietà sarebbe legata appunto al requisito dell'ingiustizia del danno⁶. Il nesso tra limite della solidarietà ed ingiustizia del danno impedirebbe poi di accreditare l'interpretazione restrittiva dell'art. 2043 c.c., come avente riguardo alle sole violazioni di diritti soggettivi assoluti, che la dottrina tradizionale proponeva, dovendosi al contrario fare riferimento alla nozione di situazione giuridica rilevante⁷. La relazione tra

³ È senz'altro efficace e pertinente, al riguardo, la formulazione in termini di sisma aquiliano delle conseguenze del dibattito dottrinale sulla responsabilità aquiliana che si verifica nei primi anni sessanta del secolo scorso: cfr., in questi termini, BARCELLONA, *Per un bilancio a cinquant'anni dal sisma aquilano*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 527 ss.

⁴ È appunto la posizione di RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., 107. Osserva, al riguardo, nel solco di quest'impostazione, VISINTINI, *Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto*, cit., p. 33, che, con il termine danno ingiusto "si era inteso di recepire legislativamente un requisito del fatto illecito che non figurava nel codice civile precedente ma era emerso nei grandi orientamenti della giurisprudenza civile, sia italiana che francese".

⁵ Cfr. ancora RODOTÀ, *op. cit.*, p. 96.

⁶ In tal senso, RODOTÀ, *op. cit.*, p. 107.

⁷ Così ancora RODOTÀ, *op. cit.*, 199. Sul punto, BARCELLONA, *Per un bilancio a cinquant'anni dal sisma aquilano*, cit., 528, osserva tuttavia che "La limitazione del raggio di azione della responsabilità al campo dei diritti assoluti, e segnatamente della proprietà, non era affatto contenuta nel dispositivo dell'art. 1151 c.c. ab., non ne era per niente una necessaria inferenza, né il suo superamento può essere ascritto all'innovazione dell'"ingiustizia" introdotta dall'art. 2043. Era, piuttosto, una grande metafora con la

principio di solidarietà e situazione giuridica rilevante sarebbe tale, comunque, da rendere inconcepibile una violazione del principio di solidarietà disgiunta dalla lesione della situazione giuridica cui esso, nel caso specifico, si riferisce; né questa soluzione potrebbe essere tacciata di contraddittorietà, nel senso che - a tale stregua - acquisirebbe rilievo solo la lesione della concreta situazione giuridica, in quanto sarebbe proprio l'esistenza di un principio di solidarietà a consentire che, da quella lesione, si prendano le mosse per l'imposizione dell'obbligo risarcitorio.

Nella prospettiva dell'individuazione della portata della nozione di ingiustizia del danno non assume tanto interesse riflettere in ordine al modo attraverso il quale viene in considerazione - nella dottrina che si è esposta - il limite della solidarietà *ex art. 2 Cost.*⁸, quanto piuttosto osservare che l'affermazione dell'esistenza di una clausola generale di responsabilità, alla cui stregua si attribuisce «ulteriore significato a tutte le norme in cui vi sia riconoscimento di un interesse di un singolo»⁹, se non merita l'addebito di essere intimamente contraddittoria, che pure le è stato mosso¹⁰, è certamente frutto di una concezione di clausola generale

quale dottrina e giurisprudenza di quel tempo rappresentavano quest'istituto in funzione della fenomenologia del danneggiamento allora del tutto prevalente, quella del *damnum corpore corpori datum*, la quale necessariamente supponeva la lesione di *res corporales*, e quindi della proprietà". Secondo quest'Autore, pertanto, "il riferimento al diritto soggettivo assoluto non era altro che una (storicamente comprensibile) superfetazione dogmatica volta a rappresentare in termini intuitivi un principio che la oltrepassa: essa, infatti, stava solo a significare che non si poteva concepire il risarcimento di un *quid* che l'ordinamento non avesse prima attribuito al soggetto che ne lamentava la perdita, ossia voleva sancire, in termini dogmaticamente impropri/riduttivi, un principio sistemico generale che pone la responsabilità dell'agente a presidio della ricchezza, delle risorse attribuite alla sfera giuridica di chi ne subisce l'interferenza, quale che sia la forma, il modo nel quale questa ricchezza, queste risorse gli siano state attribuite dall'ordinamento. Ma se questo era il reale significato di quella rappresentazione, è gioco-forza riconoscere che, interrogato, con impellenza e ormai sistematicamente, dalla fenomenologia del danneggiamento propria di un altro tempo dell'economia e delle relazioni sociali, l'art. 2043 non poteva non emanciparsi da quella rappresentazione divenuta ormai incapiente e liberare tutte le virtualità regolative in esso già insite, quelle, per l'appunto, racchiuse nel principio sistemico che essa angustamente ospitava: non c'è responsabilità se non per la distruzione di risorse che siano state già ad altri attribuite".

⁸ Si veda, sul punto, già CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 127 ss.

⁹ Così RODOTÀ, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 95.

¹⁰ In tal senso, cfr. la critica di CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., 95; pure

che impegna comunque l'interprete nella individuazione del punto di rilevanza normativo dell'interesse che possa giustificarne, se lesa, la tutela risarcitoria¹¹ e che, dunque, non legittima, di per sé, il timore di un allargamento eccessivo della discrezionalità giudiziale nell'accordare il rimedio del risarcimento del danno.

Ed è proprio al significato che al termine clausola generale può essere attribuito, in particolare, nella materia della responsabilità civile, che occorre a questo punto dedicare qualche cenno, al fine di tentare di chiarire i termini reali del dibattito in materia e, in particolare, se davvero clausola generale possa definirsi l'ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.*. Si tratta, com'è noto, di una questione che ha a lungo dominato il dibattito sulla portata dell'art. 2043, anche se non è mancato chi l'ha ritenuta puramente nominalistica ovvero una mera metafora¹². Sarebbe, dunque, sufficiente la rilevanza che essa ha avuto nella storia delle idee sulla responsabilità civile ad imporne la trattazione, tanto più in un contesto in cui la struttura di clausola generale della formula 'danno ingiusto' è stata anche da ultimo, ed ancora una volta, sostenuta proprio da Giovanna Visintini nello scritto dal quale abbiamo preso le mosse¹³: e questo sulla base di un'argomentazione serrata, che ha posto in particolare l'accento sulla idoneità della tecnica

BARCELLONA *Struttura della responsabilità e "ingiustizia" del danno*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 492 nt. 165 osserva che la combinazione tra l'interpretazione dell'art. 2043 come clausola generale e la necessità, per innescare il rimedio risarcitorio, della lesione dell'altrui sfera giuridica, "ha il pregio di tranquillizzare le ansie dell'interprete compensando il progressismo evolutivo della clausola generale con il rassicurante ancoraggio ad una previa considerazione normativa dell'interesse lesa".

¹¹ Cfr., al riguardo, VISINTINI, *Deviazioni dottrinali etc.*, cit., p. 36, la quale afferma che l'art. 2043 <<recepisce la clausola generale alla stregua della quale il danno, inteso come lesione dell'interesse altrui, deve essere ingiusto, ovvero deve consistere nella lesione di interessi giuridicamente rilevanti". La stessa Autrice ricorda, *ibidem*, 33, la posizione di G. Viney, secondo la quale, per ottenere il risarcimento, la vittima "deve dimostrare di aver subito la lesione di un diritto soggettivo o anche di un interesse non tale da assurgere a un diritto soggettivo in senso proprio, ma rilevante in base a diversi dati socio giuridici che ne palesano l'esigenza di tutela aquiliana".

¹² Questa è la già menzionata conclusione cui perviene BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 490 ss.

¹³ Scritto che costituisce l'ultimo tassello di un complessivo percorso di analisi e ricostruttivo: cfr., per i precedenti sviluppi, *La responsabilità civile nella giurisprudenza nella Raccolta sistematica di giurisprudenza commentata* diretta da Rotondi, Padova, 1967; *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno*, 3^a ed. 2004, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale* diretta da Francesco GALGANO; *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^a ed., Padova, 2005, p. 421 ss.; *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pisa, 2019, p. 283 ss.

della clausola generale «a regolare una realtà in continuo e crescente dinamismo, lasciando libero il giudice di apprezzare le modalità delle fattispecie concrete e di svolgere un ruolo creativo nella costruzione di una serie aperta di fatti illeciti»¹⁴.

2. *Il danno ingiusto e la clausola generale.*

Fin dal momento – ormai risalente nel tempo - in cui il problema delle clausole generali ha fatto il proprio ingresso nel dibattito dottrinale italiano, il termine stesso che designa questa particolare modalità di formulazione della regola normativa¹⁵ è stato inteso per lo più in due significati a ben vedere del tutto differenti. Da un lato, si è parlato di clausola generale alludendo in realtà ad una norma generale, riassuntiva di una serie di casi che il legislatore non intende specificamente elencare¹⁶; dall'altro, si è delineata una nozione di clausola generale come concetto elastico, che necessita, caso per caso, di un'integrazione valutativa da parte dell'interprete. In altri termini, la norma generale, come è stato da tempo chiarito, designa una tecnica di conformazione della fattispecie legale opposta al metodo casistico¹⁷; mentre la clausola generale impartisce al giudice una direttiva per la ricerca della norma di decisione e si traduce quindi in «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto»¹⁸, sollevando allora il problema dell'ambito in cui i poteri dell'interprete possono esercitarsi.

Proprio per questa ragione, il tema delle clausole generali - e quindi, nei limiti in cui si possa riscontrare un'interferenza con esso, quello della responsabilità aquiliana - è stato uno dei campi privilegiati della riflessione della dottrina, che si è interrogata sui poteri del giudice¹⁹. Così che ad una prospettiva, incline

¹⁴ Cfr. VISINTINI, *Deviazioni dottrinali*, etc., cit., p. 36

¹⁵ Per una messa a punto dell'argomento, è assai preziosa la ricerca di VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010. Sul tema cfr. anche, più di recente, FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, Napoli, 2021, p. 17 s.; PIRAINO, *Le clausole generali*, Quaderni dell'ADP, Napoli, 2021.

¹⁶ Così CASTRONOVO, *Problema e sistema*, cit., p. 100.

¹⁷ Cfr. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 9, ora in *Scritti giuridici. I. Metodo e teoria giuridica*, a cura di CASTRONOVO, ALBANESE, NICOLUSSI, Milano 2011, p. 166 s.,

¹⁸ Così ancora MENGONI, *Spunti ecc.*, cit., p. 10.

¹⁹ La considerazione in questa prospettiva del tema delle clausole generali si può cogliere anche nei più recenti contributi in argomento: cfr., tra gli altri, BARCELLONA, *Sulle clausole generali. Il giudice tra diritto e legge*, *Dem. dir.*, 2009, p. 261 s.; D'AMICO,

a ravvisare nella normazione per clausole generali lo strumento più prezioso al fine di realizzare l'adattamento del sistema normativo all'evoluzione della realtà economico – sociale²⁰, se ne è contrapposta un'altra che ha invece sottolineato i rischi per la certezza del diritto e per la stessa democrazia che un uso distorto delle clausole generali è in grado di introdurre²¹. Nella materia della responsabilità civile, in particolare, l'affermazione della natura di clausola generale della formula "danno ingiusto" è stata certamente proposta, dalla dottrina che l'ha argomentata in maniera più approfondita e rigorosa, in termini di ampliamento dei poteri del giudice²², oltre che come veicolo di espansione dei principi costituzionali²³. E si è trattato, del resto, di una prospettiva ermeneutica funzionale alla lettura, fortemente innovatrice, della disposizione dell'art. 2043, nell'ambito della quale sarebbe stato possibile enucleare due norme, l'una, relativa alla posizione della clausola generale di responsabilità, l'altra, concernente la fissazione del primo dei vari criteri di collegamento²⁴. Si è tuttavia avvertita, nello stesso tempo, la necessità di evitare che l'affermazione della clausola generale di responsabilità si traducesse nella attribuzione al giudice di poteri meramente equitativi²⁵. E tale rischio si è

Rodotà e la stagione delle clausole generali, *Giust. civ.*, 2018, p. 129 s.; nonché Luzzati, *La "normalizzazione" delle clausole generali. Dalla semantica alla pragmatica*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, p. 163 s.

²⁰ Cfr. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, cit., pp. 83 ss., 94 – 95 e, prima ancora, con riferimento ad un profilo particolare, Id. *Note critiche in tema di proprietà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252 ss., 1285 – 1287; DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 542.

²¹ Si vedano, ad esempio, gli spunti di Ferri, *Antiformalismo, democrazia, codice civile*, ora in *Persona e formalismo giuridico – Saggi di diritto civile*, RIMINI, 1985, pp. 11 ss., pp. 47 - 49

²² Si veda, infatti, l'impostazione di S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, cit., pp. 127 ss., 138 ss.

²³ Così RODOTÀ, *Ideologie e tecniche nella riforma del diritto civile*, cit., p. 95.

²⁴ Anche VISINTINI, *Deviazioni dottrinali* etc., cit., p. 39 s., precisa che «solo la formula del danno ingiusto, ovvero l'elemento oggettivo della lesione dell'altrui sfera giuridica, può essere espresso in termini di clausola generale. Non è l'art. 2043 nella sua interezza a configurare una clausola generale (come si legge ripetutamente ed erroneamente in molte sentenze) perché la norma contiene anche altri precetti, quelli secondo cui occorre dimostrare la colpa dell'autore del fatto dannoso quale criterio di imputazione della responsabilità, un danno risarcibile, ovvero l'esistenza di pregiudizi patrimoniali e morali che possono essere oggetto di riparazione e il nesso causale tra il fatto e le conseguenze dannose».

²⁵ Prospettiva, quest'ultima, rifiutata già da SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno nell'illecito civile*, in *Jus*, 1960, p. 336 ss., nel contesto della ricostruzione della portata

scongiurato ravvisando - come poc' anzi si rammentava - il fatto dannoso ingiusto in tutte le ipotesi in cui si abbia lesione di una situazione giuridica rilevante.

Ora, vagliando questo risultato ermeneutico alla luce della distinzione, in precedenza tratteggiata, tra clausola generale e norma generale, sembra potersi ritenere che anche le formulazioni dell'impostazione dottrinale - considerata abitualmente la sostenitrice più rigorosa e conseguente della struttura di clausola generale dell'ingiustizia del danno *ex art. 2043 c.c.* - conducono in realtà ad affermarne la natura di norma generale: vale a dire di norma che, attribuendo un ulteriore significato (quello di fondare la risarcibilità del danno), «a tutte le norme in cui vi sia riconoscimento di un interesse del singolo»²⁶ si configura in effetti come norma riassuntiva e di rinvio all'area previamente individuata dalle situazioni giuridiche rilevanti²⁷. Sembra allora condivisibile il giudizio, di recente formulato, secondo il quale «l'ingiustizia del danno, più che una clausola generale, deve considerarsi parte di una norma generale (l'art. 2043 c.c.), alla quale è affidato il compito di riepilogare e traghettare dentro lo spazio aquiliano tutte le ipotesi di rilevanza matura — cioè, di giustiziabilità — autonomamente decretate dalla legge»²⁸.

Indicazioni almeno in parte analoghe si desumono, del resto, sul piano della messa a punto giurisprudenziale della questione. Si legge, infatti, nella pronuncia delle Sezioni Unite del 1999, che ha accreditato la tesi della risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi che «la via maestra che la dottrina suggeriva era invece quella di prendere atto che l'art. 2043 c.c. non costituisce norma secondaria (di sanzione) rispetto a norme primarie (di divieto), ma racchiude in sé una clausola generale primaria, espressa dalla formula 'danno ingiusto', in virtù della quale è risarcibile il danno che presenta le caratteristiche dell'ingiustizia, in quan-

della formula danno ingiusto da questo Autore svolta e sulla quale si tornerà tra breve. Si sofferma, di recente, sulla questione, Bargelli, *Lesione di interessi atipici*, in NAVARRETTA (a cura di), *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, p. 974 ss.

²⁶ Così RODOTÀ, *Ideologie e tecniche*, cit., p. 95.

²⁷ Da questo angolo visuale, potrebbe risultare confermato il giudizio formulato da MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, loco cit., laddove si osserva che la proposta ricostruttiva di Rodotà sui vantaggi che il ricorso alle clausole generali trarrebbe con sé era andata incontro nell'immediato ad un insuccesso, nel senso che la concretizzazione della stessa che si era invece risolta in un sostanziale successo - e cioè appunto la proposta interpretativa concernente l'art. 2043 c.c. - vedeva, in realtà, l'uso di una norma generale e non di una clausola generale.

²⁸ Così, NIVARRA, "Dentro" e "fuori": lo strano caso delle clausole e dei principi generali, in *Europa dir. priv.*, 2022, p. 59 ss.

to lesivo di interessi ai quali l'ordinamento, prendendoli in considerazione sotto vari profili (esulanti dalle tematiche del risarcimento), attribuisce rilevanza»²⁹.

Resta, a questo punto, tuttavia da sciogliere il nodo relativo all'eventuale spazio da riservare, nel contesto del giudizio di ingiustizia del danno, a quello che è stato descritto come il bilanciamento dei contrapposti interessi — l'interesse del danneggiante e quello del danneggiato — volto a stabilire in che modo allocare la perdita di ricchezza provocata dal fatto della cui idoneità a configurare la fattispecie di responsabilità civile si controverta: si tratterebbe, infatti, di una valutazione rimessa al giudice nella concretezza della singola interferenza tra sfere giuridico – patrimoniali, ma che, secondo la lettura critica che ne ha proposto da ultimo proprio Giovanna Visintini, intaccherebbe la coerenza del giudizio di ingiustizia del danno, nella misura in cui presenterebbe il bilanciamento come «una direttiva di portata generale nell'ambito del precetto dell'art. 2043 omettendo di dire che può essere necessario solo in una casistica ove la condotta dannosa è in qualche modo giustificata, ovvero lecita»³⁰. Si tratta di una critica che, nell'impostazione della quale stiamo riferendo, si estende anche ad altre letture del giudizio di ingiustizia del danno che lo fanno rifluire sul piano del bilanciamento di interessi; laddove quest'ultimo avrebbe riguardo piuttosto al problema «se il danno è imputabile ad un soggetto e se questo dunque può considerarsi responsabile o perché ha commesso una colpa o perché con la sua attività ha creato rischi che deve accollarsi, non già alla diversa questione se il danneggiato abbia subito una lesione di un suo diritto o di un interesse rilevante», e cioè appunto alla questione dell'ingiustizia del danno³¹. La conclusione sarebbe, dunque, nel senso che presentare «l'istituto della responsabilità civile come caratterizzato dalla comparazione dell'interesse leso con quello sottostante l'attività lesiva è fuorviante»³², non essendovi ragioni per far confluire il discorso sui criteri di imputazione della responsabilità sul piano del giudizio di ingiustizia del danno ed occorrendo tenere separate le valutazioni che devono fare i giudici a fronte di una richiesta di risarcimento del danno: da un lato, quella relativo alla illiceità della condotta del danneggiante, dall'altro quella concernente la valutazione della rilevanza giuridica dell'interesse leso³³.

²⁹ Cfr. Cass. S.U. 22 luglio 1999 n. 500.

³⁰ Cfr. VISINTINI, *Deviazioni dottrinali*, etc., cit., p. 41

³¹ Cfr. ancora VISINTINI, *Deviazioni dottrinali* etc. cit., p. 45

³² Così VISINTINI, *Deviazioni dottrinali* etc. cit., p. 46

³³ Cfr. VISINTINI, *Deviazioni dottrinali*, etc. cit., p. 48

Le critiche che si sono fin qui rammentate alle proposte dottrinali che leggono il giudizio di ingiustizia del danno in termini di bilanciamento di interessi hanno certamente il merito di sottolineare la necessità di tenere ferma, all'interno della disposizione dell'art. 2043 c.c., la distinzione tra il profilo di essa che ha specificamente riguardo al danno ingiusto, come elemento oggettivo della fattispecie di responsabilità civile, ed il profilo che invece modella il primo dei criteri di imputazione dell'obbligo risarcitorio. D'altra parte, fin tanto che ci si limita ad affermare che l'interprete è chiamato a procedere ad un bilanciamento dell'interesse aggredito e di quello sotteso alla condotta lesiva, si rischia di proporre in effetti una formulazione scarsamente utilizzabile, nella misura in cui non si esplicitano i criteri che debbono presiedere a tale bilanciamento e che debbono essere, a loro volta, normativamente fondati.

Tuttavia, l'affermazione della natura essenzialmente bilaterale del giudizio di responsabilità civile e, dunque, in particolare del giudizio di ingiustizia, che di esso costituisce il fulcro, pur non esauendolo, sembra cogliere effettivamente nel segno, nella misura in cui evidenzia che la considerazione dell'interesse leso dalla condotta dell'agente non può andare disgiunta dalla valutazione dell'interesse sottostante all'attività lesiva: quest'ultimo, infatti, potrebbe all'esito della comparazione tra di essi risultare, rispetto al primo, maggiormente meritevole di essere protetto³⁴.

Questa formulazione non deve essere peraltro intesa, come pure si ha cura di precisare, nel senso di una "duplicazione" del giudizio di ingiustizia, che rimane al contrario unitario, ispirandosi la valutazione dell'interesse perseguito dal danneggiante con la sua condotta e, rispettivamente, dell'interesse leso ad un criterio di stretta correlazione³⁵. Significativa risulta, in questo stesso ordine di idee, la circostanza che la qualificazione di ingiustizia, predicato del danno come presupposto della sua risarcibilità, abbia consentito al legislatore italiano di semplificare la fattispecie oggettiva di responsabilità civile, prescindendo dall'attribuzione di un'autonoma rilevanza al requisito dell'antigiuridicità, pure largamente accreditato presso la dottrina e la giurisprudenza nel contesto del codice previgente (e normativamente recepito in altri ordinamenti giuridici: come ad esempio nel BGB, dove la lesione dei diritti enumerati nel § 823 deve essere stata posta in

³⁴ Si veda, in particolare, sul punto SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. diritto privato* a cura di IUDICA e ZATTI, 3^a ed., Milano, 2019, p. 84 ss.

³⁵ Cfr., sul punto, già in epoca ormai risalente, BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, XV, Roma, 1989, § 2.4.

essere *widerrechtlich* per poter rilevare in sede aquiliana): l'esistenza di una causa di giustificazione si configura pertanto come un elemento impeditivo del sorgere della responsabilità civile all'interno del giudizio di ingiustizia.

Un'analoga attenzione alla consistenza dell'interesse sottostante all'attività lesiva - sia pure in un contesto metodologico non coincidente con quello appena richiamato e con un significativo slittamento verso l'atipicità delle cause di giustificazione - si riscontra, poi, in quell'orientamento dottrinale che ravvisa senz'altro l'oggetto principale del problema dell'illecito civile «nella valutazione comparativa di due interessi contrapposti: l'interesse altrui minacciato da un certo tipo di condotta, da un lato, e dall'altro l'interesse che l'agente con quella condotta realizza o tende a realizzare»³⁶. Decisiva diventa, in tale prospettiva, l'individuazione del criterio in base al quale gli interessi in gioco sono comparati: criterio che viene colto in quello della pubblica utilità, il perseguimento della quale può rendere lecita anche un'attività dannosa, in quanto realizza un interesse degno di tutela, ovvero tutte le volte che il divieto di essa rischierebbe di intralciare anche attività reputate invece meritevoli di incoraggiamento³⁷.

La costruzione del giudizio di ingiustizia del danno come un giudizio di tipo "sintetico" è del resto ben presente anche all'interno dell'orientamento dottrinale, secondo il quale l'attribuzione della qualifica di ingiusto al danno non può limitarsi a tener conto della posizione della vittima, «senza cioè un contemporaneo riguardo per l'interesse di cui l'agente era portatore e ignorando quali sono state le modalità soggettive della condotta»³⁸; proposizione che costituisce la premessa, nel pensiero dell'autore citato, per l'individuazione di un'area di specifica rilevanza del dolo nell'ambito del giudizio di ingiustizia, colta nelle ipotesi in cui offesa sia una situazione più labile giuridicamente rispetto a quella propria di chi ha agito³⁹.

In questo quadro, non sembra che meriti la critica severa mossale nello scritto di Giovanna Visintini più volte menzionato, la ricostruzione dottrinale, la quale - muovendo dall'esigenza di fornire una raffigurazione del concetto di ingiustizia del danno in grado di svincolare «la responsabilità aquiliana dagli impacci di una subordinazione alla lesione di un diritto soggettivo o di un interesse direttamente

³⁶ Così TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, 3^a ed., Milano, 2021, p. 42.

³⁷ Cfr. ancora TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 51.

³⁸ Così CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 403.

³⁹ Per tale conclusione, cfr. ancora CENDON, *Il dolo*, cit., p. 465

protetto da altra norma»⁴⁰ - aveva affermato la necessità di «conciliare l'obbligo di non danneggiare gli altri con l'opposta esigenza di tutelare lo svolgimento delle attività che l'ordinamento ritiene siano da incoraggiare e proteggere»⁴¹; e tale momento conciliativo aveva ritenuto di realizzare interpretando l'attributo ingiusto, riferito al danno, come “danno non giustificato”, “danno arrecato senza che il fatto lesivo sia autorizzato da una norma, senza che il comportamento pregiudizievole sia posto in essere nell'esercizio di una facoltà concretamente attribuita dall'ordinamento». L'esito di questa argomentazione era, appunto, che il tradizionale requisito dell'*iniuria* dovesse essere inteso piuttosto che nel senso tradizionale di *contra jus*, «nel senso, storicamente più corretto, di non jure, di assenza, vale a dire, di un diritto del danneggiante al compimento dell'atto che ha causato il danno»⁴²: secondo una linea ricostruttiva che ha trovato accoglimento anche nella elaborazione giurisprudenziale della materia, in particolare proprio da parte della già richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 500/99.

Si può, a questo punto, formulare una prima conclusione del discorso, relativa al modo nel quale debba essere inteso il danno ingiusto, come presupposto per il sorgere della fattispecie di responsabilità, a distanza di sessanta anni dalla radicale reimpostazione del problema della responsabilità civile dovuta all'opera di Stefano Rodotà, sulla quale così opportunamente Giovanna Visintini ha avuto il merito di richiamare ancora da ultimo la nostra attenzione: nel solco di un'indicazione ancora recente, la qualificazione di un danno come ingiusto postula innanzi tutto l'analisi del rapporto tra il danneggiato ed il bene leso, tale da individuarne la rilevanza giuridica, così consentendo di individuare i casi «in cui l'interesse di un soggetto a un bene 'non si configura più sotto un profilo economico, morale o sociale, ma è assunto tra quelli protetti dal diritto». Viene, poi, in considerazione la comparazione con l'interesse sottostante la condotta lesiva, comparazione da condurre anch'essa sulla base di indici normativi, non potendo bastare un criterio generale di utilità pubblica che possa restare rimesso alla valutazione puramente discrezionale dell'interprete⁴³.

⁴⁰ Così SCHLESINGER, *La ingiustizia del danno*, cit., p. 341

⁴¹ È l'ulteriore precisazione di SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 342.

⁴² Si tratta della conclusione di SCHLESINGER, *op. cit.*, p. 343.

⁴³ Così SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 87. Non è dissimile da quella appena richiamata la posizione di M. BARCELLONA, *La responsabilità civile*, in MAZZAMUTO, *Trattato del diritto privato*, vol VI, *Le fonti delle obbligazioni diverse dal contratto*, I, Torino, 2021, p. 51, il quale afferma che «l'art. 2043 è, allo stesso tempo, norma primaria, in quanto offre una tutela che

3. *Il danno e la perdita: danno evento e danno conseguenza.*

Vi è un altro aspetto del discorso sulla responsabilità civile che lo scritto⁴⁴ che si è assunto largamente quale termine di riferimento di queste considerazioni ci invita a ripensare: e cioè quello che ha riguardo alla dicotomia danno evento/danno conseguenza, considerata da Giovanna Visintini come «una perfetta chiave di lettura della responsabilità civile», e da intendersi nel senso che il termine danno evento si riferisce all'offesa ovvero alla lesione del diritto o interesse giuridicamente rilevante, laddove con il termine danno conseguenza «si fa riferimento alle conseguenze dannose risarcibili ovvero al danno conseguenza»⁴⁵. L'interesse di questo profilo del problema si coglie chiaramente ove si consideri che, da ultimo, quella dicotomia è stata oggetto di critiche severe, che l'hanno considerata come l'esito di una storia fatta di superfetazioni interpretative ed ipocrisie giurisprudenziali⁴⁶. Secondo questa impostazione, l'art. 2043 detterebbe una norma generale sulla responsabilità civile in grado di bastare a sé stessa e, dunque, non bisognosa della stampella dell'art. 1223 per innescare l'obbligazione risarcitoria: afferma-

senza di essa non si darebbe e dalla quale soltanto discendono gli obblighi comportamentali intesi a realizzarla, e norma secondaria, in quanto tale tutela esso appresta solo per quel che l'ordinamento ha già fatto oggetto di appropriazione privata”; con il corollario che “rispetto all'ambito dei beni e interessi ammessi alla tutela aquiliana la responsabilità ha... necessariamente carattere sistematicamente tipico...nel senso, qualitativamente affatto diverso, che essa non può offrire ristoro che a quanto è già fatto oggetto di una precedente attribuzione normativa, espressa o implicita, comunque conformata”, pur esibendo al tempo stesso carattere aperto nel senso che «i suoi casi non sono sussumibili sotto fattispecie normativa predeterminate ma vanno, di volta in volta, costruite, comprese e apprezzate secondo il tipo di problema che in concreto prospettano ed i diversi regimi di responsabilità che siano loro riferibili”. Si veda anche RIZZO, *Giudizi di valore e giudizio di ingiustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 295 ss., il quale esclude che il giudice possa risolvere un conflitto tra interessi contrapposti formulando giudizi di valore. Una messa a punto assai accurata della questione e della sua evoluzione è quella che offre, da ultimo, BARGELLI, *L'ingiustizia del danno*, in *Codice della responsabilità civile*, cit., p. 806 ss.

⁴⁴ Si intende alludere, ovviamente, a VISINTINI, *Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto*, cit.

⁴⁵ Cfr. VISINTINI, *Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto*, cit., p. 42 – p. 43, che richiama naturalmente sul punto GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: “fatto dannoso e conseguenze”*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, I, p. 405 ss.

⁴⁶ Da SIRENA, *Danno - evento, danno - conseguenza e relativi nessi causali. Una storia di superfetazioni interpretative e ipocrisie giurisprudenziali*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 68 ss., p. 82.

zione dalla quale si vorrebbe trarre la conclusione che «la risarcibilità del danno – conseguenza disciplinata dall'art. 1223 c.c. non si sovrappone alla risarcibilità del danno - evento disciplinata dall'art. 2043 c.c., né tanto meno la oblitera, ma la presuppone, e se occorre, la integra»⁴⁷.

In realtà, e se l'uso della terminologia danno evento/danno conseguenza può, di per sé, dare luogo effettivamente a qualche perplessità, se non altro nella misura in cui introduce un termine, quello di danno – evento, privo di un preciso riscontro normativo nella sistematica del codice civile, la ricostruzione ad essa sottesa appare del tutto coerente con l'esigenza metodologica di considerare il danno come una figura normativa, in quanto tale suscettibile di essere ricostruita solo sulla base degli elementi desumibili dal dato positivo di riferimento e, dunque, senza cedere a suggestioni di teoria generale, che rischiano di elidere la portata qualificatoria della disciplina normativa⁴⁸.

Se si condivide questa premessa metodologica, si impone subito la notazione che l'obbligo di risarcire il danno – secondo la formulazione dell'art. 2043 c.c. – che grava su chiunque abbia posto in essere un fatto doloso o colposo, produttivo appunto di un danno ingiusto, si 'lega', attraverso la norma di rinvio contenuta nell'art. 2056, con il risarcimento del quale si legge all'art. 1223. Ne discendono due corollari, il secondo dei quali – come diremo tra breve - destinato ad articolarsi in termini diversi, rispettivamente sul versante della disciplina del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale, che pure non appare in grado di sottrarsi alla sequenza normativa richiamata, nella misura in cui anche l'art. 2059 si esprime in termini di risarcimento, ancorché caratterizzato funzionalmente in termini diversi rispetto a quanto accade per il danno patrimoniale.

Il primo corollario – che è stato messo a fuoco già da tempo in dottrina e, come si dirà, condiviso anche dalla giurisprudenza costituzionale – è che non solo in tema di danno patrimoniale, ma anche per quel che concerne il danno non patrimoniale, la costituzione dell'obbligazione risarcitoria postula che si sia verificata, e sia causalmente ricollegabile al fatto illecito, una perdita, e cioè una sottrazione/negazione di utilità, sia pure – quanto alla seconda ipotesi di danno - non patrimoniali; difettando una perdita rilevabile come tale sulla base dei criteri rispettivamente applicabili all'area del danno patrimoniale ed a quella del danno non patrimoniale, l'obbligazione risarcitoria non potrebbe neppure sorgere perché ne difetterebbe l'oggetto.

⁴⁷ Così di nuovo SIRENA, *op. loc. cit.*

⁴⁸ Cfr., in particolare, per questa impostazione, SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 51.

Il secondo corollario – quello che, come si è anticipato, si concretizza in termini diversi, rispettivamente nell’area del danno patrimoniale e del danno non patrimoniale – è che il risarcimento del danno, in particolare quando si tratti di danno patrimoniale, è in pieno assoggettato al «principio normativo della riparazione integrale del danno, inteso come equivalenza tra perdita economica subita e quantum risarcitorio», nel senso che «il danneggiato ha... diritto ad una somma di denaro, calcolata in modo da ‘equivalerÈ all’entità della perdita da lui subita». Da questo angolo visuale, «danno in senso giuridico è, anzitutto, quel tipo di perdita per il quale tale equivalenza sia possibile; e quindi il fatto che determini conseguenze suscettibili di valutazione economica tipica»⁴⁹.

Né pare che quest’ipotesi ricostruttiva si esponga alle stesse critiche mosse, a suo tempo, verso la c.d. *Differenztheorie*, e cioè che in questo modo si definisca un fatto sulla base delle sue conseguenze; infatti, e qui si coglie la rilevanza di un percorso argomentativo che si fonda sul dato normativo del codice civile, se la nozione di danno viene desunta dall’interpretazione del dato normativo, non se ne può, già per questa ragione, affermare l’incongruenza, quanto meno sul piano metodologico. D’altra parte, e di nuovo sulla base del dato normativo, nel momento stesso in cui il fatto illecito è qualificato come una tra le fonti delle obbligazioni, risulta tutt’altro che arbitrario “pensarlo” anche nella prospettiva dell’obbligazione risarcitoria che discende dal fatto illecito e che assume a questo punto significato per definirne i contorni, senza che questo possa essere inteso come un’indebita sovrapposizione dei piani, rispettivamente, della fattispecie fonte dell’obbligazione risarcitoria e degli effetti che ne discendono.

Naturalmente, e come si è anticipato, in presenza di un danno non patrimoniale, il criterio di valutazione della perdita si modifica, perché difetta la possibilità di fare riferimento immediato ai parametri propri del mercato; e lo stesso principio di riparazione integrale del danno non può certo essere inteso allo stesso modo, calibrandosi semmai, sul versante del danno non patrimoniale, sul principio di effettività, che impone, anche in questo caso, di attribuire al danneggiato

⁴⁹ Così SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 51, il quale osserva al riguardo, ed in replica ad una critica che era stata mossa a questo modello ricostruttivo di danno, che «ciò non vuol dire definire un fatto alla luce delle sue conseguenze...Il principio dell’equivalenza tra il *quantum* del risarcimento e l’entità del danno subito (art. 1223 ss.) implica la commisurazione del danno, da risarcire, al danno come fatto che fonda la responsabilità», cosicché “se quella commisurazione dà per risultato zero, la responsabilità neppure sorge. In assenza di un evento che presenti i caratteri descritti dall’art. 1223 il giudizio aquiliano ha esito negativo: non vi è responsabilità, perché non vi è danno”.

tutto quanto sia necessario al fine di porre riparo alla perdita di utilità personali di vita dallo stesso patita⁵⁰.

L'assunto del quale si è in precedenza riferito – e cioè quello secondo il quale l'art. 2043 detterebbe una norma generale sulla responsabilità civile in grado di bastare a sé stessa – che, per quanto concerne il danno patrimoniale, resta confutato dalla mera rilevazione del dato normativo appena richiamato⁵¹, non risulta persuasivo neppure per il danno non patrimoniale: quest'ultimo si caratterizza certo in termini profondamente diversi rispetto al danno patrimoniale, come è reso evidente, sotto il profilo funzionale, dalla differente curvatura che assume il risarcimento del danno non patrimoniale⁵², ma, nel sistema del codice civile, rimane inscritto in un quadro normativo che distingue il momento della lesione dell'interesse protetto da quello della perdita che ne possa derivare⁵³.

⁵⁰ Esclude senz'altro la possibilità di estendere il principio di riparazione integrale del danno alla materia del danno non patrimoniale, SALVI, *La responsabilità civile*, cit., p. 289.

⁵¹ È noto che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nelle due sentenze che hanno composto il contrasto sul tema della prova del danno da occupazione illegittima di un immobile (cfr. Cass. S.U. 15 novembre 2022 nn. 33645 e 33659, in *Resp. civ. prev.*, 2023, p. 84 ss., con commenti di ALPA, BARGELLI, FRANZONI, Iudica, NANNA, SIRENA e di chi scrive) hanno disatteso che, anche in quella materia, il danno possa essere considerato *in re ipsa*. Le Sezioni Unite saranno peraltro presto chiamate a pronunciarsi su una questione che, di nuovo, pone al centro del discorso il problema della prova del danno patrimoniale, con specifico riferimento al danno da lesione del potere di godimento nei rapporti di durata: il riferimento è alla questione sollevata da Cass. ord. 9 novembre 2023 n. 31276.

⁵² Sottolinea in termini particolarmente nitidi la differenza funzionale tra risarcimento del danno patrimoniale e di quello non patrimoniale, SALVI, *La responsabilità civile*, cit., 38 ss., p. 289 ss.

⁵³ La distinzione tra il profilo della lesione e quello della perdita era stata, del resto, e com'è noto, con riferimento ad un aspetto del danno alla persona di particolare rilievo applicativo e sistematico, quale il danno biologico, era stata delineata in termini di particolare chiarezza dalla sentenza della Corte Costituzionale 27 ottobre 1994 n. 372, secondo la quale (§ 2.1.), al fine di fondare l'obbligazione risarcitoria, è sempre necessaria la «< dimostrazione che la lesione ha prodotto una perdita di tipo analogo a quella indicata dall'art. 1223 c.c., costituita dalla diminuzione o privazione di un valore personale (non patrimoniale) alla quale il risarcimento deve essere (equitativamente) commisurato ». Secondo ORLANDI, *Danno in re ipsa*, in *Storia Metodo Cultura*, 2023, p. 213 ss., p. 235, dovrebbe darsi risposta positiva alla domanda circa la risarcibilità della mera violazione di un diritto della personalità; tuttavia, la posizione di quest'Autore sembra imperniata sulla premessa secondo la quale l'assunto della risarcibilità *in re ipsa* del danno non patrimoniale si ricollegerebbe al fatto che il danno non patrimoniale è risarcibile a prescindere da quello che egli chiama effetti economici (cfr., appunto, *Danno*

Un altro discorso è, poi, che nella dimostrazione in giudizio dell'esistenza di una perdita non patrimoniale possano entrare in gioco tecniche di agevolazione probatoria per la vittima, che si basano su indici, come ad esempio quello della particolare gravità della lesione e della condotta che l'ha determinata, che sarebbero del tutto irrilevanti per liquidare un danno patrimoniale: si tratta, appunto, di tecniche per mezzo delle quali si accerta, attraverso un meccanismo logico di inferenza, un fatto (la perdita di utilità personali, latamente intese) che non può, per sua natura, essere dimostrato in maniera diversa.

Pure dall'angolo visuale qui da ultimo tratteggiato, dunque, il dialogo con Giovanna Visintini si rivela prezioso e fecondo.

in re ipsa, p. 235). Tuttavia, non è questo il significato che viene normalmente attribuito al termine danno *in re ipsa* quando lo stesso venga utilizzato con riferimento al danno non patrimoniale, se non altro perché pertiene all'essenza stessa del danno non patrimoniale di essere un pregiudizio privo di effetti economici. Quando si afferma, in ipotesi, la risarcibilità del danno non patrimoniale *in re ipsa*, si intende affermare la possibilità di attribuire una somma di danaro alla vittima della lesione a prescindere da ogni ricaduta apprezzabile – sia pure sulla base di criteri che, ovviamente, prescindono a questo punto dai parametri valutativi propri del danno patrimoniale – come perdita.

SOSTENIBILITÀ DELLE REGOLE DI RESPONSABILITÀ CIVILE

Giulio Ponzanelli *

Sommario: 1. La crescita della responsabilità civile e il concetto di sostenibilità. – 2. Tre aspetti di una responsabilità civile non sostenibile: a) il danno sostenibile e la sua quantificazione. - 3. La misura della responsabilità. – 4. Rischi imprevedibili e responsabilità civile: il caso della pandemia

1. La crescita della responsabilità civile e il concetto di sostenibilità

Queste pagine vogliono mettere in relazione la crescita imperiosa della responsabilità extracontrattuale con la sempre più larga accoglienza riconosciuta nella società contemporanea alla nozione di “sostenibilità”, diventata nel corso degli anni una delle sue parole “simbolo”. In altri termini, tutto deve essere sostenibile e tutto deve rispettare il principio della sostenibilità. E questo fenomeno ovviamente non poteva non interessare anche il diritto, e in particolare quello privato.

L'espressione “sostenibilità” non presenta però un significato tecnico preciso, costituendo una sorta di “*catchword*” che: «sintetizza una tendenza indicando un valore pregiudizialmente assunto come positivo e dalle virtù taumaturgiche»¹.

Essa è stata studiata soprattutto nel diritto societario, dove essa viene spesso intesa come una sintesi dei fattori “ESG” (“*Environmental, Social e Governance*”): si sottolinea in particolare l'esigenza che la società si prenda cura di altri interessi

* Professore ordinario di diritto comparato, Università degli studi di Milano.

¹ In questo senso cfr. PRESTI, *La sostenibilità nel diritto dell'impresa e delle società: l'auspicabile ritorno della regolazione pubblica*, in *Jus*, 2022, p.372. Cfr. ALPA, *Responsabilità degli amministratori di società e principio di sostenibilità*, in *Contr. Impr.*, 2021, p. 721 ss.

rispetto a quello meramente egoistico dei soci (fenomeno che poi si è anche sviluppato con l'adozione di alcune particolari figure societarie come le società benefit, senza dimenticare gli elementi che si possono trarre dal Codice del Terzo Settore), distinguendosi poi tra sostenibilità interna ed esterna². La sua applicazione in altri settori del diritto esige ovviamente un'attività di riflessione preliminare.

Non è, infatti, chiaro cosa significhi responsabilità civile sostenibile, come allo stesso modo non è chiaro cosa debba intendersi per contratto sostenibile³, etc.

Ad esempio, negli Stati Uniti d'America, dove la diffusione delle regole di responsabilità civile è sicuramente maggiore (Massimo Franzoni parlerebbe a questo proposito di una quota del PIL in continua, inarrestabile crescita)⁴, non mi pare che l'espressione sostenibilità sia stata mai utilizzata per indicare un particolare modo di atteggiarsi della responsabilità civile. Perché la nozione sia utilizzabile, occorre allora tentare di darle un contenuto concreto.

Nel campo dell'illecito civile, si fronteggiano infatti due interessi contrapposti: da una parte, la posizione del danneggiato cui spetta l'integrale riparazione del danno⁵; dall'altra, invece, la posizione di chi esercita una attività reputata socialmente vantaggiosa e comunque non antiggiuridica, ma sottoposta al generale principio dell'*alterum non laedere*, al divieto, cioè, di provocare nella sfera giuridica di altre persone danni ingiusti. Insomma, decenni di letteratura giuridica sulle funzioni ascrivibili alle regole di responsabilità civile indicano chiaramente che la responsabilità civile non è nient'altro che un trasferimento di ricchezza dal

² La letteratura sulla sostenibilità nel diritto dell'impresa, come anche in quello dell'ambiente, è evidentemente sterminata perché sostenibilità è stata vista legata anche ai profili della sostenibilità finanziaria: cfr. tra i tanti. SCHNEIDER, *Prevenzione della crisi d'impresa e rischi ESG: il ruolo della finanza sostenibile*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2022, p. 327 ss.; Ead., *Le tecnologie societarie alla prova del governo sostenibile tra ESG, diligenza d'impresa e corporate digital responsibility*, in *Corporate Governance*, 2022, p.125 ss.; Ead., *L' "emergenza" della sostenibilità nel prisma del new normal del diritto di impresa europeo*, in *Il nuovo dir. Soc.*, 2022, p. 813 ss.

³ Cfr., per un'applicazione specifica LANDINI, *Sostenibilità e "diritto dei privati". Il caso dei contratti sostenibili nel settore turistico*, in *Riv. trim. dir. econ.* (suppl. numero 4), 2022, p. 1101 ss.

⁴ Cfr. FRANZONI, *La responsabilità civile fra sostenibilità e controllo delle attività umane*, in *Danno e resp.*, 2021, p. 5 ss. e Id., *Responsabilità civile: una lunga storia ancora da scrivere*, in *Contr. Impr.*, 2021, p. 1103 ss.

⁵ Principio che non gode di una garanzia costituzionale: cfr. per ulteriori riferimenti PONZANELLI, *La irrilevanza costituzionale del principio di integrale riparazione del danno*, in [AA.VV.](#), *Giustizia costituzionale e responsabilità civile*, Napoli, 2006.

danneggiante al danneggiato, cui deve essere riconosciuto il risarcimento di tutto il danno sofferto (secondo la celebre espressione della dottrina francese: riparare il danno, tutto il danno, ma niente altro che il danno). Anche perché il risarcimento non elimina la perdita, ma semplicemente la trasferisce ad un altro soggetto.

A partire dalla metà del secolo scorso, con l'emersione di una vocazione intrinsecamente riparatoria dell'illecito, si è sempre più diffuso l'utilizzo del meccanismo dell'assicurazione, conclusa normalmente da chi esercita l'attività fonte di danni (assicurazione della responsabilità civile: "*third party insurance*"), ma di cui si auspica un ampio uso anche da parte del danneggiato (assicurazione contro i danni: "*first party insurance*")⁶. Di qui, il facile assunto che la responsabilità civile è diventata sempre di più una responsabilità assicurata, sia che si tratti di un'assicurazione obbligatoria *ex lege*, sia che essa tragga origine dalla volontà del danneggiante.

In prima approssimazione, si può allora affermare che la responsabilità civile soddisfi il requisito della sostenibilità quando, oltre a soddisfare integralmente l'interesse del danneggiato, il risarcimento possa essere trasferito all'assicurazione alla quale il danneggiante ha trasferito il relativo rischio.

Da oltre quarant'anni, l'analisi economica del diritto ha parlato di internalizzazione del rischio, e allora il quesito è se responsabilità civile sostenibile debba essere equiparata *tout court* a quella di "internalizzazione del rischio". È, cioè, la sostenibilità dei nostri giorni l'internalizzazione di cui Guido Calabresi e Richard Posner parlavano negli anni settanta del secolo scorso, indagando il caso specifico della responsabilità del produttore e, più in generale, dei tanti *accidents* che possono verificarsi?

Mia convinzione è che la sostenibilità sia, oggi, semplicemente la nuova espressione per indicare l'internalizzazione, cioè la capacità di trasferire su chi controlla e gestisce i rischi di quella società definita del rischio, pur presentando alcune sue proprie caratteristiche.

⁶ Cfr. in particolare TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danno*, Milano, 2017 e, già, prima *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 217 ss. in relazione, ad esempio, al problema della tutela aquiliana dei creditori contrattuali: secondo il noto A. la giurisprudenza ha sbagliato ad allargare la tutela del creditore nel caso in cui l'obbligazione sia stata resa impossibile per il fatto del terzo.

2. Tre aspetti di una responsabilità civile non sostenibile: a) il danno sostenibile e la sua quantificazione.

Il progressivo allargamento del territorio della responsabilità civile avvenuto in modo quasi impetuoso negli ultimi venti anni mostra con chiarezza tre distinti aspetti di insostenibilità: misura del danno, regola di responsabilità e confini della responsabilità civile nei confronti dei nuovi rischi. Questi tre aspetti hanno a che vedere distintamente con i tre principali attori della responsabilità civile (danneggiato, danneggiante e assicuratori).

Nell'ordine, la prima domanda verte sul dubbio quando il danno possa essere considerato sostenibile. Tale pare essere quel danno che può essere internalizzato dal danneggiante mediante un'assicurazione sulla responsabilità civile; in tal modo, il relativo costo viene ad essere distribuito sull'intera società, tramite un aumento percentuale del costo dei beni e dei servizi dovuto all'assicurazione. Si rompe la bilateralità del rapporto danneggiante-danneggiato, con la logica conseguenza che il risarcimento del danno viene avvertito a tutti gli effetti come un costo sociale.

Vicenda emblematica è stata quella decisa dalla Corte Costituzionale nel 2014 in tema di circolazione dei veicoli. Proprio per permettere il sicuro soddisfacimento delle ragioni della vittima, oltre ad avere già dal 1969 previsto l'obbligatorietà dell'assicurazione, nel settore della circolazione di autoveicoli il legislatore aveva introdotto nel 2005 per lesioni di lieve entità (danno biologico sino al dieci per cento) un tetto al risarcimento: ovviamente per i danni da circolazione dei veicoli (al quale si è aggiunto poi il settore della responsabilità medica). In questi casi il risarcimento per le ([cc.dd.](#)) micro-permanenti era inferiore di circa un 25% al risarcimento spettante per le stesse lesioni, ma originato in settori diversi dalla circolazione dei veicoli e dalla responsabilità medica. Evidente la violazione del principio di uguaglianza (a parità di lesione, perché mai dovrebbe variare la misura del risarcimento?) e immediata fu la proposizione della questione di costituzionalità dell'art.139 del Codice delle Assicurazioni. Confermando la sua giurisprudenza sull'assenza di garanzia costituzionale del principio di integrale riparazione del danno, la Corte Costituzionale giudicò conforme alle norme costituzionali la limitazione del risarcimento, perché in ogni caso il risarcimento viene garantito dal sistema assicurativo, e non dipende tanto dalla situazione patrimoniale del danneggiante, mentre la limitazione del risarcimento comporta il vantaggio di poter avere un livello non troppo alto di premi assicurativi⁷. La

⁷Corte Cost.,16 ottobre 2014, n. 235, in *Danno e Resp.*, 2014, p. 1021 testualmente

Corte parlò a questo riguardo di sostenibilità: il costo di premi assicurativi ragionevolmente controllati, proprio perché il risarcimento è più modesto, può essere sostenuto con minori difficoltà anche da coloro che sono titolari di redditi più bassi, altrimenti privati della importante libertà di poter accedere alla circolazione dei veicoli.

La Corte non parla tanto di danno sostenibile, bensì solo di livello dei premi che deve essere sostenibile, e si riferisce ad un settore (quale quello della circolazione) che, pur centrale nello studio della responsabilità civile, presenta caratteristiche irripetibili. L'esigenza di un livello di premi "sostenibile" è chiaramente connesso ad un risarcimento controllabile *ex ante*, riparatorio e non punitivo. In altri termini, la Corte sottolinea chiaramente come il livello del risarcimento dipenda dal livello dei premi e che l'aumento dei premi a carico di tutti i consociati, che determina un aumento del risarcimento a vantaggio solo di un ristretto numero di soggetti (i danneggiati) è scelta politicamente sospetta perché non tutti possono permettersi un livello più alto di premi.

Dalla decisione del 2014 è comunque importante muoversi.

Esistono, infatti, opinioni che giudicano il livello di risarcimento oggi esistente in Italia troppo basso e quindi inadeguato a realizzare il principio di integrale riparazione del danno. Non solo: lo stesso principio di integrale riparazione del danno viene presentato come un vero e proprio dogma. In un recente contributo monografico un giovane autore denuncia vivacemente una situazione di sostanziale "*undercompensation*" e la conseguente necessità di rivedere al rialzo i livelli di risarcimento, in un quadro generale di effettività dei diritti⁸. In particolare, si sottolinea la necessità di costruire una figura generale di danno sovra-compensativo che possa essere applicato dai giudici *ex art. 1226 c.c.*, quando la condotta del danneggiante sia stata particolarmente riprovevole e quindi valutabile assieme a tutti gli altri elementi del caso. Insomma, solo con risarcimenti più adeguati si potrà migliorare il livello di tutela dei diritti del danneggiato e incentivare una migliore condotta del danneggiante.

Un risarcimento del danno che supera il livello riparatorio (perché, come anticipato, la condotta del danneggiante è caratterizzata da dolo o perché la situa-

dice: "*..l'interesse risarcitorio particolare del danneggiato deve comunque misurarsi con quello, generale e sociale, degli assicurati ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi*".

⁸ Cfr. PISANI TEDESCO, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo.*, Torino, 2022.

zione antiggiuridica venutasi a creare si è rivelata fonte di guadagno per il danneggiante così da superare il livello di perdita) suscita immediatamente perplessità sia per il rimando alla nozione di “danno punitivo”, sia con riferimento specifico alla sostenibilità. Pare difficile, infatti, che la garanzia assicurativa contratta dal danneggiante riesca a coprire conseguenze risarcitorie che superano il livello del danno effettivo sofferto dal danneggiato, tanto più se non prevedibile.

Un danno è, cioè, sostenibile quando non dipende dalle mutevoli condizioni patrimoniali del danneggiante e sia suscettibile di calcolo attuariale.

In questa prospettiva, sostenibilità va inevitabilmente contro le funzioni di deterrenza della responsabilità civile. Esistono, cioè, danni non sostenibili, che non possono, cioè, essere “sostenuti” dalla società considerata nel suo assieme, ma che devono invece essere sopportati solo ed esclusivamente dal soggetto agente. Si tratta dei [cc.dd.](#) danni esemplari che superano la misura del danno effettivamente riportato dal danneggiato e che devono essere concessi perché la condotta del danneggiante è stata davvero deprecabile e riprovevole. Nella mia chiave di lettura, il danno punitivo è quindi un danno non sostenibile, a maggior ragione se non predeterminato o prevedibile, anche perché può presentarsi solo in casi normalmente eccezionali: utilizzando la lettura operata nella nota decisione delle Sezioni Unite del 5 luglio 2017⁹, si rivela sempre necessaria una intermediazione legislativa. Il giudice non può, cioè, derogare al principio dell’integrale riparazione, senza questa necessaria intermediazione legislativa¹⁰. Esistono, cioè, danni sostenibili, tramite lo strumento assicurativo e danni non sostenibili, che rispondono ad altre logiche.

3. La misura della responsabilità.

⁹ Cfr. Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n.16601, pubblicata in tutte le riviste: tra le tante in *Foro. it.*, 2017, I, c. 2613, con note di richiami di D’ALESSANDRO e note di PALMIERI - PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*; D’ALESSANDRO, *Riconoscimento di sentenze di condanna a danni punitivi: tanto tuonò che piove*; Simone, *La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza*; MONATERI, *I danni punitivi al vaglio delle sezioni Unite*, e *ibidem* 2018, I, c. 2504, SALVI, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*.

¹⁰ L’opinione che i danni punitivi esigano una previa determinazione normativa, pur chiarissima nella motivazione della Corte, non è però molto accolta in dottrina: cfr. in particolare MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Torino, 2022, p. 320 ss.

Indipendentemente dalla misura concreta del risarcimento, la responsabilità nel suo complesso diventa non sostenibile, laddove venga introdotta una tale pressione su coloro che esercitano un'attività professionale di tipo intellettuale, da avvicinare la generale norma dell'art.1218 ad una ipotesi di responsabilità oggettiva.

Il riferimento immediato, e non limitato solo all'esperienza italiana, è al settore della responsabilità sanitaria. L'emersione della cd. medicina difensiva nella sua duplice declinazioni attiva e passiva ha costituito proprio la conseguenza di una eccessiva responsabilità fatta gravare sulla struttura sanitaria.

L'intervento della legge Gelli-Bianco (l. 24/2017) in una materia fortemente "pretoria", quale la responsabilità civile, rivela che erano stati intaccati alcuni degli equilibri sui quali si basa un ordinato sistema di responsabilità civile; altresì, conferma che la misura della responsabilità, e i suoi possibili eccessi, (come ugualmente la misura del concreto risarcimento) non sono fattori neutrali e possono determinare costi sociali assai elevati.

Rivedendo ad una lettura ex post la situazione italiana, quattro erano le principali criticità che il sottosistema della responsabilità medica aveva creato, determinando la necessità dell'intervento legislativo e le risposte offerte dal legislatore con la legge Gelli-Bianco:

1. l'eccesso di responsabilità;
2. l'eccesso di risarcimento;
3. il difetto di assicurazione;
4. il difetto di *risk management*¹¹.

La grande crescita della r.c. medica aveva, infatti, determinato sia un abbandono delle carriere mediche sia una vera e propria fuga dal mercato assicurativo e, in ogni caso, un aumento assai rilevante dei premi assicurativi. In una responsabilità diventata sempre, giorno dopo giorno, più assicurata, è fatto grave non disporre di un'assicurazione, o disporla a condizioni economiche assai elevate, perché in questo modo si compromettono le finalità riparatorie della responsabilità civile.

Per recuperare "sostenibilità" si è varata la legge di riforma del 2017 che appare equilibrata: da una parte, si lascia invariato lo statuto giurisprudenziale, che più di

¹¹ Perplessità sull'estensione degli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni al settore sanitario erano state sollevate da PONZANELLI, *L'applicazione degli articoli 138 e 139 Codice delle Assicurazioni alla responsabilità medica: problemi e prospettive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, II, p.145 ss.

ogni altro aspetto aveva permesso il formarsi di una giurisprudenza decisamente *pro-plaintiff*; dall'altra, non sono state accolte suggestioni - pur presenti in alcuni settori della letteratura italiana - al fine di adottare soluzioni proprie di un diverso sistema di sicurezza sociale, del quale però sono state introdotte alcune figure: l'azione diretta verso l'impresa di assicurazione e la costituzione di un fondo di garanzia assimilabile a quelli previsti nel settore della circolazione auto, per i casi in cui il danno superi il massimale della polizza assicurativa e l'impresa di assicurazione sia messa in una situazione di l.c.a.. A ciò si aggiunge la scelta in rito di ammettere in via generalizzata l'accertamento tecnico preventivo per indagare subito gli aspetti fattuali della lite. È una legge che intende recuperare un migliore equilibrio tra le posizioni di tutti gli attori delle vicende sanitarie: una sorta di *soft law* esortativa, che avrebbe dovuto avere una più veloce approvazione per superare le difficoltà del momento. Assai probabilmente, il contenzioso non diminuirà automaticamente nei prossimi anni e i risarcimenti non saranno più contenuti. La legge ha, però, contribuito a denunziare gli eccessi, attivando una maggiore consapevolezza dei costi sociali collegati a una lettura eccessivamente funzionale riguardo alle regole di responsabilità civile¹².

Il legislatore non ha voluto instaurare un conflitto con le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza negli ultimi venti anni, anzi, le rispetta; l'ottica legislativa pare caratterizzata dall'opportunità di avviare un dialogo con tutti protagonisti della dinamica sanitaria.

4. *Rischi imprevedibili e responsabilità civile: il caso della pandemia.*

Oltre alla misura del danno e alla natura della responsabilità, la sostenibilità della responsabilità civile è chiaramente minacciata dai nuovi rischi nell'attuale momento storico, che la "società del rischio" ci consegna, provenienti dalla situazione pandemica. In particolare, ci si chiede se le regole di responsabilità civile debbano o meno darsi carico delle tante perdite di vite umane verificatesi sino ad ora in questa stagione pandemica, purtroppo ancora in corso¹³. Dalle notizie sul contenzioso civile instaurato e su quello che potrebbe essere promosso in tempi brevi paiono emergere due principali linee di azione giudiziaria: da una parte, i

¹² Per ulteriori osservazioni cfr. SCOGNAMIGLIO, *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento*, Torino, 2021, p.193 ss.

¹³ Cfr. per qualche prima osservazione MONATERI, *Pandemia e responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2021, p. 657 e anche PONZANELLI, *Responsabilità civile, pandemia e sostenibilità*, in *Contr. Impr.*, 2022, p. 7 ss.

soggetti deputati in prima battuta alla protezione del diritto fondamentale della salute (cioè Stato, Ministero della Salute e singole Regioni) avrebbero rilevanti colpe nella gestione e nella prevenzione del fenomeno pandemico (la pandemia in altri termini non avrebbe costituito un fenomeno così straordinariamente imprevedibile in quanto sarebbero già apparsi segnali e indici di un suo arrivo prima del febbraio 2020); dall'altra parte, molteplici sarebbero state le carenze organizzative delle singole strutture sanitarie nell'approntamento dei posti di terapia intensiva e più in generale nell'organizzare una migliore difesa sanitaria.

Le cause iniziate in questi mesi saranno ovviamente decise in tempi non brevi. Esse però obbligano l'interprete a misurarsi nuovamente con le problematiche poste da due tipologie fondamentali dell'illecito civile, contrattuale ed extracontrattuale: se si pensa alla responsabilità extracontrattuale, la colpa commessa dai soggetti preposti al governo sanitario dovrebbe essere individuata nel non aver controllato con la dovuta diligenza la diffusione del fenomeno pandemico; se invece si prendono in considerazione le categorie dell'illecito contrattuale, il riferimento è alla figura dell'impossibilità sopravvenuta non imputabile (la pandemia vista sostanzialmente come forza maggiore) quale causa in grado di escludere la responsabilità debitoria ex art. 1218 c.c. gravante sulla struttura sanitaria responsabile di una carenza di tipo organizzativo.

Le iniziative contenziose derivanti dalla stagione pandemica diventano, così, una buona occasione per verificare la tenuta delle frontiere della responsabilità civile e per chiedersi se gli ingenti danni provocati dalla pandemia debbano rimanere holmesianamente dove essi cadono o se invece debbano essere oggetto di un risarcimento, secondo le generali regole della responsabilità extracontrattuale o, diversamente, essere oggetto di altre forme di riconoscimento economico.

La prima maxicausa ha avuto un grande effetto mediatico ed è ovviamente ancora pendente di fronte al Tribunale di Roma. Per quanto è dato apprendere, un numero rilevante di famiglie lombarde - soprattutto dei due territori più duramente colpiti dalla prima stagione pandemica dell'inverno-primavera 2020 ai quali, pare, si sono affiancate altre famiglie in relazione alle perdite verificatesi nell'autunno 2020/inverno 2021: complessivamente il numero supera i duecento nuclei familiari - hanno citato in giudizio non tramite un'azione di classe, ma attraverso una normale azione di cognizione Stato e Regione Lombardia per le loro "colpe", consistenti soprattutto nell'omissione delle necessarie misure volte al contenimento della pandemia. Il quesito è proprio questo: la pandemia da Covid 19, dopo le epidemie di Sars nel 2003, dell'influenza aviaria nel 2005 e di quella suina del 2009, poteva essere prevista o no?

Il Governo corre il rischio di essere considerato come una sorta di “super-professionista” le cui attività o le cui omissioni vengono poi giudicate, secondo i parametri della diligenza del buon padre di famiglia (se non anche dell’operatore altamente qualificato quanto a mezzi e competenze), ma almeno sino a marzo 2020 e comunque durante tutta la prima stagione della pandemia mancavano le linee guida, i protocolli, che avrebbero dovuto essere seguiti dagli organi politici. E mancano semplicemente, perché non potevano esserci.

Sussistono, quindi, molti dubbi sulla possibilità di ritenere sussistente una responsabilità extracontrattuale, dubbi che sono rafforzati, esaminando la richiesta di risarcimento alla luce del principio di sostenibilità.

Come si è cercato di chiarire, un risarcimento sostenibile è un risarcimento che dovrebbe costare di meno ad una data comunità sociale, perché alla fine è sopportato da tutti, e si sa che per raggiungere questo obiettivo è imprescindibile il ruolo della dinamica assicurativa.

Sono, quindi, ancora una volta le imprese di assicurazione a svolgere il ruolo fondamentale di internalizzazione dei rischi. Per questa, che non è certo un’operazione neutra dal punto di vista economico, il rischio deve essere però prevedibile: nel caso della pandemia esso pare, poi, assolutamente imprevedibile e, quindi, non assicurabile, visto che nemmeno il più perspicace o lungimirante degli attuari avrebbe potuto calcolare prima del febbraio 2020 il premio assicurativo di un rischio del tutto escluso secondo le massime di comune esperienza. Viene, quindi, meno, in radice, la premessa alla base di ogni logica assicurativa, perché l’assicurazione può logicamente esistere solo di fronte ad un tipo di rischio possibile. Sicuramente non esistente al momento dello scoppio della prima stagione della pandemia (cioè: inverno-primavera 2020), sicuramente più conosciuto e più prevedibile nelle successive stagioni, con una rilevante modificazione del giudizio sull’eventuale responsabilità civile. Ma, forse, in quel momento si era superata la nozione di “rischio” perché il sinistro diventava certo, se non altamente probabile e quindi nuovamente non assicurabile.

Come ampiamente noto, le frontiere della responsabilità civile si sono largamente estese, ma la responsabilità civile ne ha bisogno, perché senza di esse si trasformerebbe inevitabilmente in un sistema diverso, chiamiamolo di sicurezza sociale, che rende risarcibili/indennizzabili tutte le occasioni di danno: in altri termini, non possono essere oggetto di risarcimento tutte le disgrazie, individuali o anche collettive come nel caso della pandemia, perché altrimenti si verrebbe a creare un sistema di responsabilità civile molto lontano dalla sostenibilità. Ritorna centrale nella selezione risarcitoria la funzione della colpa.

IL PRINCIPIO DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE NEL DIRITTO PRIVATO

*Francesca Bertelli **

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Cooperazione e sussidiarietà. – 3. Sostenibilità e valori di consumo. – 4. Il diritto fondamentale all'educazione al consumo. – 5. L'autonomia privata nella transizione ecologica

1. Introduzione.

All'interno del Convegno in onore della Professoressa Giovanna Visintini, in cui nomi illustri dell'Accademia hanno trattato temi di ampio respiro sistematico, la sensibilità della Professoressa nei confronti delle "nuove generazioni" ha fatto sì che uno spazio fosse riservato anche ad alcuni giovani, le cui riflessioni hanno beneficiato del dialogo con i presenti.

Il rapporto tra sostenibilità e diritto privato è, a volte tra le righe, a volte in modo esplicito, emerso nel corso di varie relazioni: la sostenibilità, a lungo trattata come concetto metagiuridico, ha ormai fatto ingresso anche nel diritto privato ed ha, tramite il principio dello sviluppo sostenibile, acquistato una propria carica precettiva.

In questo contesto, si evidenzia la necessità di chiarire come e in che misura il principio dello sviluppo sostenibile stia ridefinendo alcune categorie tradizionali del diritto privato e l'opportunità di ripensare al ruolo dell'autonomia privata nella transizione ecologica.

* Ricercatrice di diritto privato, Unitelma Sapienza.

Il Trattato dell'Unione Europea¹, così come alcune Carte Costituzionali dei Paesi Membri fanno riferimento allo sviluppo sostenibile. Tra gli altri, è sufficiente ricordare il § 20a Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland²; o la Charte de l'environnement francese, specialmente avuto riguardo al combinato disposto dei suoi artt. 2, 3, e 6, secondo i quali, in un contesto in cui «*[l]es politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. A cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social*», ciascuno ha il dovere di prendere parte alla conservazione e al miglioramento dell'ambiente e di prevenire o limitare i danni che è suscettibile di provocare all'ambiente le conseguenze, o ancora al disposto della sezione 14a del Constitution Act finlandese, che stabilisce la responsabilità condivisa nei confronti dell'ecosistema e della biodiversità³.

La modifica degli artt. 9 e 41 della Costituzione, operata con la l. Cost. l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, si inserisce in questa linea di tendenza⁴.

¹ Cfr. art. 3, co. 3 TUE 3: L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.

² Secondo la previsione «*Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung*».

³ Ai sensi della previsione: «*Everyone shall be responsible for the natural world and for its diversity, for the environment and for the cultural heritage. Public authorities shall strive to ensure for everyone the right to a healthy environment as well as the opportunity to influence decision-MAKING concerning his living environment*».

⁴ Dossier 23 giugno 2021, A.C. 3156, *Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*, disponibile al link <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/AC0504.Pdf>. Cfr. LECCESE, *L'ambiente: dal codice di settore alla Costituzione, un percorso al contrario? (Riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento della tutela ambientale e dello sviluppo sostenibile tra i principi fondamentali della Costituzione)*, in ambientediritto.it, 2020, p. 935 ss.; DE LEONARDIS, *Il diritto dell'economia circolare e l'art. 41 Cost.*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2020, p. 50 ss.; CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Quad. cost.*, 2021, disponibile online al link <https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2021/08/14-CECCHETTI-FQC-3-21.pdf>; GLIATTA, *Ambiente e Costituzione: diritti distributivi*

Presentata all'opinione pubblica come una svolta «epocale», la riforma costituzionale presenta alcune criticità che sono già state evidenziate⁵, ma si pone in linea con la conformazione ecologica progressivamente assunta dall'ordinamento italo-europeo. Anche prima della riforma costituzionale, tuttavia, la tutela dell'ambiente trovava già una garanzia nei principi di derivazione comunitaria e internazionale: l'integrazione dell'ordinamento con principi normativi ambientali sovranazionali, in questa dimensione, non riguarda solo la sfera del potere pubblico, ma anche le relazioni tra privati, che si conformano al principio dello sviluppo sostenibile⁶. Inoltre, anche attenendosi al solo dato interno ante mo-

e riconfigurazione della responsabilità intergenerazionale, in [Costituzionalismo.it](https://www.constituzionalismo.it), 2021, pp. 102 ss., spec. 104 e 117 ss.; MATTEI, *Qualche riflessione critica sulla "svolta ecologica" della Costituzione Italiana*, in [generazionifuture.org](https://www.generazionifuture.org), disponibile al link <https://www.generazionifuture.org/qualche-riflessione-critica-sulla-svolta-ecologica-della-costituzione-italiana/>; MONTALDO, *Le modifiche degli artt. 9 e 41 Cost.: l'ambiente entra nella Costituzione... o c'è sempre stato?*, in *Voci Costituzionali*, 6 marzo 2022, disponibile al link <https://www.vocicostituzionali.org/2022/03/06/ambiente-montaldo/>; DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), Paper 23 giugno 2021, SCARSELLI, *I nuovi artt. 9 e 41 Cost.: centralità dell'uomo e limiti di revisione costituzionale*, in [Giustiziainsieme.it](https://www.giustiziainsieme.it), 2022; V. CARIELLO, *Per un diritto costituzionale della sostenibilità (oltre la "sostenibilità ambientale")*, in *Orizz. dir. comm.*, 2022, p. 413 ss.; C. CAMARDI, *Diritto civile e nuovi valori costituzionali. qualche suggestione da recenti riforme*, in *Jus civile*, 2023, p. 557 ss.; MAFFEZZONI, *Riflessioni sui "nuovi" limiti ed orientamenti dell'iniziativa economica privata (intorno al "nuovo" art. 41 Cost.)*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 2023, pp. 53 ss., spec. 59 ss.

⁵ Tra i primi ad evidenziare come destino alcune perplessità le formulazioni prescelte dal legislatore per portare a compimento la costituzionalizzazione dell'ambiente, vi è PENNASILICO, che nel corso del seminario del 25 marzo 2022 dal titolo "La riforma degli articoli 9 e 41 della Costituzione: "svolta ecologica" o "greenwashing costituzionale"?", svoltosi all'interno del ciclo di seminari "Advanced studies on Health, Food and Fertility" organizzati dalla Cattedra Jean Monnet EUGREENEXT, European Green Rights: Reshaping Fundamental Rights for Next Generations (Prof.ssa I.A. Caggiano) dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, ha posto in luce come in assenza di un'analisi che ne sottolinei l'effettiva portata innovativa, potrebbe non essere in grado di segnare un'autentica svolta ecologica.

⁶ Cfr. art. 3 *quater* d. lgs. 3 aprile 2005, n. 152 (Codice dell'Ambiente), secondo il quale:
1. Ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future.
2. Anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore

difica degli artt. 9 e 41 Cost., l'ambiente godeva di tutela diretta da parte del dettato costituzionale. La novella vale perciò a consolidare esiti interpretativi già facilmente raggiungibili. Fissa, però, un nuovo punto di approdo: l'ambiente è un valore costituzionale primario. L'interesse alla sua una protezione, perciò, è trasversale e coinvolge tutte le attività pubbliche e private, in applicazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà.

Il riferimento alle generazioni future operato dal nuovo art. 9 Cost. attesta definitivamente che al primato assoluto dell'individuo si sostituisce una visione integrata eco-antropocentrica, che pone uomo e ambiente in relazione sul medesimo piano dei valori.

Coerentemente con quanto previsto dall'art. 3, co. 3, TUE, le modifiche apportate all'art. 41 Cost. concretizzano all'interno della costituzione economica il dettato del nuovo art. 9 Cost. e, funzionalizzando l'iniziativa privata a fini sociali e ambientali, avviano un processo di trasformazione per realizzare una società sostenibile che si spinga oltre il sistema capitalistico neoliberale.

L'art. 41 Cost., nella sua nuova formulazione, vieta infatti che l'iniziativa economica privata si ponga in contrasto con l'utilità sociale o si svolga secondo modalità tali da danneggiare la sicurezza, la libertà, la dignità umana, la salute e l'ambiente, ed autorizza il legislatore ordinario a determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali.

Così operando, la riforma crea uno spazio istituzionale condiviso tra azioni pubbliche e private convergenti verso il bene comune. Da essa discendono perciò due principali corollari: a livello di attività istituzionali, il principio dello sviluppo sostenibile diventa parametro di legittimità delle azioni pubbliche; sul piano delle

attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione.

³. Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro.

⁴. La risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve essere cercata e trovata nella prospettiva di garanzia dello sviluppo sostenibile, in modo da salvaguardare il corretto funzionamento e l'evoluzione degli ecosistemi naturali dalle modificazioni negative che possono essere prodotte dalle attività umane.

attività private, invece, la sostenibilità ambientale concorre nella valutazione di meritevolezza degli atti negoziali e si riflette sui profili strutturali del contratto.

I valori espressi dalla moderna coscienza sociale permettono di ricavare la necessità di salvaguardare la persona in una dimensione più ampia di quella tradizionalmente legata all'individuo quale centro di imputazione di diritti soggettivi. Infatti, l'approccio personalistico al progresso porta con sé la consapevolezza che l'affermazione delle libertà individuali spesso va a discapito di quelle sociali e che una crescita economica non rispettosa dell'ambiente e incurante delle sue implicazioni sociali potrebbe non permettere la fruizione indiscriminata delle libertà fondamentali oggi garantite. La riforma, perciò, facilita il completamento di una parabola ermeneutica che consente la composizione dei conflitti tra interessi capitalistici individuali e interessi ambientali e sociali generali mediante un bilanciamento "diseguale" in una gerarchia assiologica all'apice della quale si colla la persona, inscindibilmente collegata con l'ambiente⁷.

Pertanto, la solidarietà che caratterizza i moderni ordinamenti costituzionali acquista ora un significato più ampio ove posta in relazione con la necessità di assicurare la massima realizzazione delle capabilities umane nel presente e nella continuità del tempo⁸.

⁷ In questi termini si è espresso Pennasilico nel seminario già ricordato.

⁸ Cfr. PERLINGIERI, *I diritti umani come base dello sviluppo sostenibile, Aspetti giuridici e sociologici*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2000, p. 11 ss.; in Id., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, p. 73 ss.; e in Id., *Lezioni (1969-2019)*, I, Napoli, 2020, p. 161 ss. (da cui si cita), spec. pp. 163 e 167, secondo cui "l'accoglimento di un concetto secondo il quale i diritti umani e, quindi, la dignità dell'uomo, integrano un valore assoluto, fa sì che lo stesso sviluppo debba fare riferimento a tale valore. La dignità dell'uomo e i diritti umani diventano, in tal modo, la "base" dello sviluppo sostenibile, la misura attraverso la quale poter anche valutare la qualità dello sviluppo»; BIFULCO, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia della morale e diritto naturale laico*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2002, p. 353 ss.; Id., *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, spec. p. 76 ss.; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2015, pp. 41 ss. e 140 ss.; D'ALOIA, voce *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 331 ss.; CATERINI, *Il "minimo vitale", lo stato di necessità e il contrasto dell'esclusione sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1129 ss.; Id., *Non si nasce per essere poveri*, Pisa, 2019, p. 15 ss.; PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, p. 99 ss.; PIERACCINI e NOVITZ, *Sustainability through History*, in PIERACCINI e NOVITZ, *Legal Perspectives on Sustainability*, Bristol, 2020, p. 9 ss.; PURVIS, MAO e ROBINSON, *Three Pillars of Sustainability: In Search of Conceptual Origins*, in *Sustain. Sc.*, 2019, p. 681 ss.

A tal fine, in via più o meno mediata si richiede alle istituzioni, alle imprese e ai cittadini di cooperare per il raggiungimento di un obiettivo comune, al quale il diritto privato può contribuire tramite categorie e strumenti nella disponibilità degli attori economici che vogliono esercitare un ruolo attivo nella transizione ecologica⁹. Collocando l'autonomia privata, specie se esercitata attraverso l'attività d'impresa, nell'orizzonte della sostenibilità, il potere normativo del principio dello sviluppo sostenibile consente al diritto privato europeo di accelerare la transizione verde in diversi settori.

2. Cooperazione e sussidiarietà.

I 17 Obiettivi dell'Agenda 2030 (SDGs) mostrano chiaramente che lo Sviluppo Sostenibile può essere raggiunto solo attraverso nuove sinergie tra i vari attori economici e connessioni tra le varie discipline.

In questo contesto, il settore privato svolge indubbiamente un ruolo fondamentale e ciò è ben dimostrato dalle intersezioni tra pubblico e privato incoraggiate, tra gli altri, nel settore dell'energia, in quello bancario e finanziario o in quello delle nuove tecnologie. La cooperazione tra attori istituzionali, autorità pubbliche indipendenti, imprese e consumatori è al centro della strategia per adattare la regolamentazione del mercato alle problematiche attuali e per perseguire uno sviluppo economico equilibrato.

⁹ Sul punto, si veda la produzione di PENNASILICO e, *ex multis*, quanto osservato in *Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza*, in *Contr. impr.*, 2020, pp. 823 ss., spec. 854 e 857 ss., dove, dopo aver dimostrato come l'interesse ambientale debba essere considerato un "fattore trainante dello sviluppo" e un "vincolo positivo e intrinseco all'attività di operatori pubblici e privati", l'A. declina il profilo funzionale degli atti di privata autonomia nella dimensione della sostenibilità e ipotizza una transizione dalla funzione economico-sociale ad una "ecologico-sociale". Cfr. anche CATERINI, *Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, Napoli, 2018, p. 114 ss., recensito da PERLINGIERI, "Sostenibilità", *ordinamento giuridico e "retorica dei diritti"*. *A margine di un recente libro*, in *Foro nap.*, 2020, p. 101 ss.; e PENNASILICO, *Recensione a E. Caterini, Sostenibilità e ordinamento civile. Per una riproposizione della questione sociale*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, p. 1511 ss.); Id., *Sustainability and Civil Law*, in *ItaLJ*, 2018, p. 289 ss.; Id., *La "sostenibilità" nell'esperienza giuridica contemporanea. In occasione della discussione svoltasi nell'Ateneo barese*, in *Sostenibilità: sfida o presupposto?*, a cura di BENITEZ e FAVA, Milano, 2019, p. 77 ss.; CACCAVALE, *Per un diritto sostenibile*, in *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, a cura di CONTE, M. Palazzo, 2018, p. 241 ss.

Come conseguenza, “*Partnership for the Goals*”, che in sé è uno degli obiettivi di sviluppo sostenibile, è anche una condizione imprescindibile per realizzare la transizione ecologica. L’integrazione tra gli obiettivi, le fasi attuative correlate e le discipline coinvolte nel loro perseguimento, così come la collaborazione tra tutti gli attori che guidano le politiche economiche, emerge chiaramente dal tenore complessivo degli obiettivi di sviluppo e dall’analisi della portata dei c.d. “obiettivi sistemici”, il 16 (Peace, Justice and Stronger Institutions) e il 17, appunto, che delineano un quadro unitario per raggiungere uno sviluppo integrato dell’economia¹⁰.

Il fondamento assiologico del principio dello sviluppo sostenibile risulta quindi facilmente individuabile, poiché alla sua articolazione concorrono solidarietà, sussidiarietà e funzione sociale delle attività economiche. Pertanto, una considerazione dei vari attori economici nel quadro di una rinnovata “*market citizenship*” potrebbe consentire loro di esprimere, per mezzo dell’autonomia negoziale, un potere politico nella ridefinizione del modello economico attraverso l’integrazione di prospettive ambientali/sociali e di fattori ESG negli strumenti tradizionali del diritto privato¹¹.

Dal punto di vista del privatistico, la considerazione pone alcune questioni riguardanti:

i diritti e i doveri delle imprese nel perseguire gli interessi degli azionisti, proteggendo al contempo quelli degli stakeholder attraverso l’adattamento dei modelli di business alle implicazioni ambientali e sociali delle loro attività (analisi di materialità ESG, *risk assessment* e strategie di mitigazione dei rischi) ed una più attenta considerazione delle variabili connesse ai rischi ESG sui risultati economici dell’attività d’impresa; i diritti e i doveri dei consumatori, con particolare riguardo al contributo che essi possono apportare mediante scelte negoziali espressioni dei valori di consumo, e quindi avuto riferimento sia all’educazione al consumo, sia al soddisfacimento delle aspettative etiche e ambientali del consumatore rispetto al prodotto che acquista e/o al professionista con cui entra in relazione, sia allo

¹⁰ Sia consentito rinviare a BERTELLI, *Le dichiarazioni di sostenibilità nella fornitura di beni di consumo*, Torino, 2022, p. 13 ss.

¹¹ Cfr. MAK e TERRY, *Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment through Consumer Law*, in *JCP*, 2020, p. 227 ss.; H.W. MICKLITZ, *Squaring the Circle? Reconciling Consumer Law and the Circular Economy*, in *EuCML*, 2019, p. 229 ss.; BERTELLI, *CSR Communication e consumo responsabile: un circolo virtuoso per la Circular Economy?*, in *Sostenibilità e culture giuridiche comparate*, a cura di S. LANNI, Torino, 2022, p. 193 ss.

sviluppo di rimedi capaci di garantire il soddisfacimento dell' utilità patrimoniale e non patrimoniale sottesa al negozio

Quanto premesso evidenzia la connessione tra l'obiettivo di sviluppo sostenibile n. 17 e il SDG n. 12, dedicato a consumo e produzione responsabili, all'interno del quale due target hanno per oggetto le informazioni relative alla sostenibilità e la relativa comunicazione al pubblico¹².

Gli studi comportamentali aventi ad oggetto il consumo e gli investimenti etici o responsabili, così come le attitudini di acquisto delle generazioni millennial e GenZ aiutano a comprendere che le informazioni sulla sostenibilità saranno decisive per coinvolgere efficacemente gli attori di mercato nella transizione verso l'economia circolare¹³. Da questa prospettiva, una divulgazione facilmente accessibile e chiara delle informazioni non finanziarie può contribuire a prevenire i fenomeni di greenwashing¹⁴. Essa è inoltre funzionale a garantire l'autodeterminazione dei consumatori e degli investitori retail, consentendo loro scelte negoziali che, esprimendo la loro eventuale preferenza verso prodotti, servizi e aziende sostenibili, trovino corrispondenza nel bene acquistato¹⁵.

¹² Cfr. Target 12.6 – Encourage companies, especially large and transnational companies, to adopt sustainable practices and to integrate sustainability information into their reporting cycle; Target 12.8 – By 2030, ensure that people everywhere have the relevant information and awareness for sustainable development and lifestyles in harmony with nature.

¹³ *Ex multis*, Report on US Sustainable, Responsible and Impact Investing Trends, 2014, The Forum for Sustainable and Responsible Investment available at http://www.ussif.org/Files/Publications/SIF_Trends_14.FES.pdf; FISCHER, REINERMANN, GUILLEN, e C. TYLER, *Sustainable Consumption Communication: A Review of an Emerging Field of Research*, in *J. Clean. Prod.*, 2021, p. 1 ss.

¹⁴ KEIRSBILCK, TERRY, MICHEL e ALOGNA, *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation. How Can Sustainable Consumption and Longer Lifetime of Products be Promoted Through Consumer Protection Legislation?*, Report per il Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies Directorate-General for Internal Policies, PE 648.769 – April 2020; Cfr. anche HENNING-BODEWIG, *Corporate Social Responsibility, the VW Scandal and the UCP Directive*, in *JCML*, 2016, p. 153 ss.; BECKERS, *The Regulation of Market Communication and Market Behaviour: Corporate Social Responsibility and the Directives on Unfair Commercial Practices and Unfair Contract Terms*, in *Common Mark. Law. Rev.*, 2017, p. 475 ss.; BERTELLI, *I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 286 ss.

¹⁵ In questo senso, si veda l'iter argomentativo seguito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel procedimento relativo al *dieselgate* (PS10211), conclusosi con la decisione del 4 agosto 2016, n. 26137.

La dinamica di domanda e offerta, perciò, potrebbe generare un circolo virtuoso per una produzione sempre più responsabile¹⁶. Garantendo la trasparenza nella comunicazione e, ancor prima, la capacità di decifrare le informazioni fornite, il diritto privato europeo può sostenere l'intero processo e favorire una cittadinanza attiva nel mercato¹⁷.

3. Sostenibilità e valori di consumo.

Nell'ottica di una rinnovata "market citizenship", il rapporto tra sostenibilità e valori di consumo è centrale¹⁸.

Preso atto che il soggetto che agisce sul mercato non è un operatore razionale e che le scelte d'acquisto dei consumatori sono orientate da una molteplicità di variabili, tra le quali rientrano componenti ulteriori a quelle immediatamente suscettibili di valutazione economica¹⁹, non è trascurabile la circostanza che i con-

¹⁶ Cfr. LEE, LEVY e FEN YAP, *How Does the Theory of Consumption Values Contribute to Place Identity and Sustainable Consumption?*, in *IJCS*, 2015, p. 597 ss.

¹⁷ STIBBE e PRESCOTT, *The SDG Partnership Guidebook: A Practical Guide to Building High-Impact Multi-Stakeholder Partnerships for the Sustainable Development Goals*, 2020, disponibile al link https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/2698SDG_Partnership_Guidebook_1.01_web.pdf, i quali spiegano chiaramente perché il settore privato debba essere inteso come *partner* per la promozione dello sviluppo sostenibile e abbia le potenzialità per svolgere un ruolo attivo nella sua realizzazione, spec. p. 24, dove si afferma che "[m]ultiple actors bring together essential complementary resources that together create the levers required to deliver system transformation, which could not have been achieved by any one actor working alone"; MIO, *L'azienda sostenibile*, Roma-Bari, 2021, pp. 40 ss. e 61 ss.

¹⁸ Cfr. PARK, HUGHES, THUKRAL e FRIEDMANN, *Consumers' Decision Plans and Subsequent Choice Behaviour*, in *Journal of Marketing*, 1981, p. 33 ss.; SHETH, NEWMAN e GROSS, *Why We Buy What We Buy: A Theory of Consumption Values*, in *J. Bus. Res.*, 1991, p. 159 ss.; MARTINS GONÇALVES, FERREIRA LOURENÇO e SILVA, *Green Buying Behavior and the Theory of Consumption Values: A Fuzzy-Set Approach*, in *JBR*, 2016, p. 1484 ss.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, HOLBROOK e HIRSCHMAN, *The Experiential Aspects of Consumption: Consumption fantasies, Feelings and Fun*, in *Journal of Consumer Research*, 1982, p. 132 ss.; Grisi, *Gli obblighi informativi quali rimedio dei fallimenti cognitivi*, in *Oltre il soggetto razionale*, a cura di ROJAS ELGUETA, VARDI, Roma, 2014, p. 59 ss.; nonché, rispetto alla relazione tra autonomia cognitiva e diritto contrattuale, *ivi*, GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, p. 75 ss.; Egidi, *Dalla razionalità limitata all'economia comportamentale*, in *Le nuove economie. Dall'economia evolutiva a quella cognitiva: oltre i fallimenti dell'economia neoclassica*, Milano, 2005, p. 173 ss.

sumatori prestino sempre maggiore attenzione all'impatto ambientale e sociale delle proprie decisioni negoziali²⁰.

Il fenomeno del consumerismo etico testimonia questa tendenza, con un crescente numero di consumatori che preferisce prodotti etici e sostenibili, anche a costo di pagare un prezzo leggermente più alto²¹. L'ascesa del consumerismo etico, perciò, riflette il tentativo allineare le scelte d'acquisto con i valori personali²².

²⁰ JAMROZY e LAWONK, *The Multiple Dimensions of Consumption Values in Ecotourism*, in *International Journal of Culture, Tourism and Hospitality Research*, 2017, spec. p. 19, secondo cui "Consumers evaluate the perceived value of a company's and its competitors' offerings and MAKE consumption decisions. Marketing research attempts to understand these complex consumption and decision-MAKING processes. "The concept of perceived value emerged as the defining business issues of the 1990s and has continued to receive extensive research interest in the present century"».

²¹ Cfr. HINES, HUNGERFORD e TOMERA, *Analysis and Synthesis of Research on Responsible Environmental Behavior: A Metaanalysis*, in *Journal of Environmental Education*, 1987, p. 1 ss.; MINTON e R.L. ROSE, *The Effects of Environmental Concern on Environmentally Friendly Consumer Behaviour: An Exploratory Study*, in *Journal of Business Research*, 1997, p. 37 ss.; KAISER, FUHRER e WÖLFING, *Environmental Attitude and Ecological Behavior*, in *Journal of Environmental Psychology*, 1999, p. 1 ss.; FOLLOWS e JOBBER, *Environmentally Responsible Purchase Behaviour: A Test of a Consumer Model*, in *European Journal of Marketing*, 2000, p. 723 ss.; FRAJ and MARTINEZ, *Ecological Consumer Behaviour: An Empirical Analysis*, in *International Journal of Consumer Studies*, 2006, p. 26 ss.; CARRIGAN e ATTALLA, *The Myth of the Ethical Consumer – Do Ethics Matter in Purchase Behaviour?*, in *CM*, 2001, p. 560 ss.; LEE, LEVY e FEN YAP, *How Does the Theory of Consumption Values Contribute to Place Identity and Sustainable Consumption?*, in *Int'l J. Con- sum. Stud.*, 2015, p. 597 ss.; MAITRE-EKERN, *The Choice of Regulatory Instruments for a Circular Economy*, in *Environmental Law and Economics*, a cura di MATHIS, Huber, 2017, p. 315 ss.; TOPALL, NART, AKAR e ERKOLLAR, *The Effect of Green- washing on Online Consumer Engagement: A Comparative Study in France, Germany, Turkey, and the United Kingdom*, in *Bus. Strat. Env.*, 2020, p. 465 ss.

²² Cfr. PHIPPS, OZANNE, LUCHS, SUBRAHMANYAN, KAPITAN, CATLIN, GAU, NAYLOR, SIMPSON, WEAVER e ROSE, *Understanding the Inherent Complexity of Sustainable Consumption: A Social Cognitive Framework*, in *Journal of Business Research*, 2013, p. 1227 ss.; Danzinger, *3 Ways Millennials and Gen-Z Consumers are Radically Transforming the Luxury Market*, available at: www.forbes.com/sites/pamdanziger/2019/05/29/3-ways-millennials-and-gen-z-consumers-are-radically-transforming-the-luxury-market/#6bbb3685479f; J VARGAS-MERINO, RIOS-LAMA e PANEZ-BENDEZÚ, *Sustainable Consumption: Conceptualization and Characterization of the Complexity of "Being" a Sustainable Consumer – A Systematic Review of the Scientific Literature*, in *Sustainability*, 2023, p. 8401 ss.; KRISTIN, GIBSON, SANDERS, BYRD, LAMM e LAMM, *The Influence of Sustainability on Identities and Seafood Consumption: Implications for Food Systems Education for Generation Z*, in *Foods*, 2023, p. 1933 ss.

Se la sostenibilità è diventata un fattore rilevante, quando non decisivo, nel processo decisionale d'acquisto, i profili connessi ad un approfittamento della sensibilità sociale o ambientale del consumatore medio meritano indubbiamente di essere sanzionati e repressi al fine di assicurare che il contratto permetta di realizzare l'utilità complessiva – non solo patrimoniale – alla quale è preordinato²³.

In una dimensione non patologica, però, l'atto negoziale rappresenta anche un'opportunità per esprimere i valori di consumo all'interno del mercato e, ove questi siano largamente condivisi, per orientarlo di conseguenza.

Il fatto che studi recenti relativi ai beni di lusso abbiano rivelato che la sostenibilità può avere un valore attrattivo ulteriore quale elemento distintivo nella percezione del prodotto²⁴, fa sì che questa diventi un elemento di differenziazione per le imprese, che permette di attrarre e fidelizzare una base di clienti sempre più consapevole e attenta ai valori. La sostenibilità, in questa prospettiva, non è solo un criterio di selezione, ma un valore intrinseco che influenza la percezione del prodotto e il rapporto tra consumatori e aziende²⁵. In un rinnovato contesto culturale, un bene/prodotto sostenibile potrebbe diventare espressione identitaria e segno di consapevolezza, responsabilità e impegno verso lo sviluppo sostenibile²⁶.

²³ Sia consentito rinviare a BERTELLI, *op. ult. cit.*, p. 286 ss.

²⁴ AMATULLI, DE ANGELIS, KORSCHUN e ROMANI, *Consumers' Perceptions of Luxury Brands' CSR Initiatives: An Investigation of the Role of Status and Conspicuous Consumption*, in *Journal of Cleaner Production*, 2018, p. 277 ss.; S.D. ATKINSON e J. KANG, *New Luxury: Defining and Evaluating Emerging Luxury Trends through the Lenses of Consumption and Personal Values*, in *Journal of Product & Brand Management*, 2021, pp. 377 ss., spec. 379 ss., ove premesso che “[t]raditional codes of luxury once signified aspiration, excess, opulence and status through visual displays of wealth and culture (Fraser, 2018). Because of the increased accessibility and democratization of luxury, however, these traditional luxury brands and products are no longer strong symbols of the values they once indicated. The decline of luxury product exclusivity has also been affected by the increased availability of counterfeit or knock-off products, the short-term rental market of luxury goods, increased affordability and accessibility of products in the mass market and, most significantly, the separation of social class from status (Eckhardt et al., 2015)», si osserva come “[r]ecent years have witnessed a notable growth of luxury consumers valuing social responsibility: “Today 56% of true- luxury consumers are attuned to luxury brands' stance on social responsibility, “which is up from 45% in 2013».

²⁵ Cfr. PARK e RABOLT, *Cultural Value, Consumption Value, and Global Brand Image: A Cross-National Study*, in *Psychology & Marketing*, 2009, p. 714 ss.; MINIERO, CODINI, BONERA, CORVI e BERTOLI, *Being Green: From Attitude to Actual Consumption*, in *International Journal of Consumer Studies*, 2014, p. 52 ss.

²⁶ Cfr. S.D. ATKINSON e J. KANG, *New Luxury: Defining and Evaluating Emerging Luxury Trends through the Lenses of Consumption and Personal Values cit.*, p. 378, ove si

I giovani consumatori di “*luxury products*” mostrano un interesse crescente per le questioni sociali e ambientali, compiendo scelte d’acquisto che comunicano anche il valore soggettivamente attribuito alle qualità sostenibili del bene quale strumento di auto-realizzazione²⁷: dalle potenzialità insite all’ingresso a pieno titolo della sostenibilità tra i valori di consumo, ancor più ove si accerti la sua capacità di contribuire ad una ridefinizione del concetto di “lusso”²⁸, si coglie sia l’importanza di giungere a una definizione quanto più possibile univoca delle condizioni in presenza delle quali un prodotto o un’impresa possano essere considerati “sostenibili”, sia quella di assicurare che il diritto fondamentale dei consumatori all’educazione trovi concreta attuazione²⁹.

4. *Il diritto fondamentale all’educazione al consumo.*

Se una corretta gestione dei flussi informativi relativi alla sostenibilità è fondamentale per assicurare il diritto all’autodeterminazione economica dei consumatori etici e prevenire alterazioni delle corrette dinamiche concorrenziali, l’educazione al consumo è presupposto necessario e indefettibile affinché la diffusione di

spiega che nella letteratura di riferimento, la “*self-identity*» è “*an intrinsic value defined in terms of self-perception and self-image; it describes an extension of the self through consumption (Belk, 1988). Self-identity is an alignment “between one’s self-image and one’s image of a product or service” (Wiedmann et al., 2009, p. 631). Symbolic and expressive in nature (Smith and Colgate, 2007), consistency between one’s own self and the products or services purchased reflects an imperative value of self-identity*».

²⁷ HUNTING e CONROY, *Spirituality, Stewardship and Consumption: New Ways of Living in a Material World*, in *Social Responsibility Journal*, 2018, p. 255 ss.; PENCARELLI, TAHA, SKERHAKOVA, FEDORKO e VALENTINY, *Luxury Products and Sustainability Issues from the Perspective of Young Italian Consumers*, in *Sustainability*, 2020, disponibile al <https://www.mdpi.com/2071-1050/12/1/245>.

²⁸ Si veda la sintesi offerta da PENCARELLI, TAHA, SKERHAKOVA, FEDORKO e VALENTINY, *Luxury Products and Sustainability Issues from the Perspective of Young Italian Consumers cit.*, secondo cui in termini di “percezione”, i consumatori decidono cosa è e cosa non è un oggetto di lusso; in termini di “produzione”, sono i produttori stessi a decidere se vogliono che i loro prodotti facciano parte del mondo del lusso; e in termini di “comportamento sociale e individuale”, un prodotto di lusso viene descritto dai sociologi come un oggetto che fa distinguere il suo utilizzatore dalla folla.

²⁹ Cfr., CONROY e LEE, *Enabling Change: Helping Individuals Participate in Building Sustainable Communities*, in *IJCS*, 2005, p. 71 ss.

informazioni relative alla sostenibilità possa effettivamente riequilibrare le posizioni di chi agisce sul mercato e ridistribuire i poteri³⁰.

L'art. 169 TFUE sancisce che, al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurarne un elevato livello di protezione, l'Unione contribuisce «a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi». Il contenuto programmatico della previsione si riversa nei diritti fondamentali che il codice del consumo (art. 2) riconosce ai consumatori, tra i quali compare il diritto all'educazione al consumo (lettera d). La *ratio* del riconoscimento di tale diritto è esplicitata dall'art. 4 dello stesso c. cons., secondo il quale «L'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali. Le attività destinate all'educazione dei consumatori, svolte da soggetti pubblici o privati, non hanno finalità promozionale, sono dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta; prendono, inoltre, in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili».

L'importanza del ruolo dell'educazione del consumatore anche nello scenario dello sviluppo sostenibile trova riscontro all'interno del quarto obiettivo di sviluppo, il cui target 4.7 si prefigge di «assicurarsi che tutti gli studenti acquisiscano le conoscenze e le competenze necessarie per promuovere lo sviluppo sostenibile attraverso, tra l'altro, l'educazione per lo sviluppo sostenibile e stili di vita sostenibili, i diritti umani, l'uguaglianza di genere, la promozione di una cultura di pace e di non violenza, la cittadinanza globale e la valorizzazione della diversità culturale e del contributo della cultura allo sviluppo sostenibile». La centralità dell'educazione al consumo è ripresa all'interno della c.d. Nuova Agenda per i Consumatori dell'Unione³¹. Sempre nella dimensione della sostenibilità, l'art. 8 della Char-

³⁰ In tempi più risalenti VINCENZO, *Urgenza di una obbiettiva informazione ed educazione del consumatore*, in *Rass. dir. tecnica dell'alimentazione*, 1970, p. 656 ss.; più di recente, SIRSI, *Il diritto all'educazione del consumatore di alimenti*, in *Riv. dir. agr.*, 2011 p. 496 ss.; ROSSI CARLEO, *I diritti fondamentali dei consumatori*, in *Concorr. merc.*, 2015 pp. 183 ss., spec. 189 ss.; TRAPANI, *Verifica del merito creditizio e sovraindebitamento: rilievo di colpa ed educazione finanziaria del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 221 ss.

³¹ Comunicazione Della Commissione Al Parlamento Europeo E Al Consiglio, *Nuova agenda dei consumatori. Rafforzare la resilienza dei consumatori per una ripresa sostenibile*, Bruxelles, 13.11.2020 COM(2020) 696 final, disponibile al <https://eur-lex.europa.eu/>

te de l'environnement ricorda come «[l]’éducation et la formation à l’environnement doivent contribuer à l’exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte».

L'importanza dell'educazione al consumo può perciò essere apprezzata su un duplice versante. Per un verso, nella prospettiva tradizionale, essa è strumento per garantire l'effettività della protezione del consumatore, mettendolo nelle condizioni di conoscere i propri diritti e le modalità per azionarli e, più ampiamente, per permettergli di compiere scelte di consumo consapevoli³². Per l'altro verso, permettendo l'acquisizione competenze e conoscenze sulla base delle quali sviluppare attitudini di consumo personali, l'educazione svolge un ruolo chiave nell'empowerment dei consumatori³³.

Una maggiore educazione dei consumatori non solo favorisce la tutela degli interessi individuali, ma contribuisce anche al corretto funzionamento del mercato interno, stimolando la concorrenza, incoraggiando la qualità dei prodotti e dei servizi offerti e, potenzialmente, promuovendone la sostenibilità³⁴.

legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0696.

³² A titolo esemplificativo, cfr. STAELIN, *The Effects of Consumer Education on Consumer Product Safety Behavior*, in *Journal of Consumer Research*, 1978, 30 ss., che evidenzia come accrescere il grado di consapevolezza dei consumatori in relazione alla sicurezza dei prodotti sia un metodo per ridurre le “*product related injuries*”; ma anche ROSSI CARLEO, *I diritti fondamentali dei consumatori cit.*, p. 189 ss.

³³ Cfr. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 189, ad avviso della quale “Lo stesso codice del consumo, negli artt. 4 e 5, collocati in apertura della Parte II, non solo ha ribadito il rilievo del diritto all'educazione e all'informazione, ma ha enfatizzato, con questa collocazione specifica, una precisa scelta: educazione e informazione non sono posti solo a garantire la consapevolezza nella fase in cui si attua il procedimento di conclusione del contratto, la tutela si sposta, difatti, nella fase antecedente. Ciò assegna un riscontro positivo alla circostanza che per essere consapevoli si deve necessariamente fare conto di fattori cognitivi imprescindibili e pregiudiziali. Valorizzando le scarse indicazioni legislative – che provano la limitata considerazione da parte dei regolatori dei risultati raggiunti dagli studi di economia comportamentale – si è inteso attribuire forza espansiva alla concatenazione di questi fattori che possono avere natura culturale (educazione), ricognitiva (informazione), emozionale (pubblicità). Pertanto, in un quadro attento al profilo dinamico, la collocazione dà atto che educazione, informazione, pubblicità rilevano già nella fase di raccolta dei dati, preliminare alla loro elaborazione ai fini della formazione di una volontà specifica finalizzata al contratto».

³⁴ Per le criticità connesse all'educazione dei consumatori europei, cfr. SCHUH e KITSON, *Adult Consumer Education across Europe – Redressing the Market or Reaching the Vulnerable Consumer*, in *International Journal of Consumer Studies*, 2003, p. 221 ss., secondo cui “[c] onsumer education is an important EU and United Nations priority. In most countries’ formal

La promozione dell'educazione dei consumatori rappresenta perciò una tappa essenziale per un mercato interno più sostenibile, in cui la diffusione di informazioni non finanziarie non si traduca in mera compliance formale ma realizzi un mercato interno ispirato alla trasparenza sostanziale, all'accessibilità e alla fruibilità delle informazioni.

Nonostante il suo riconoscimento formale, il diritto fondamentale all'educazione al consumo non ha ancora trovato piena attuazione e le disposizioni che lo promuovono si rivelano in larga parte di carattere programmatico³⁵: non vi sono strategie comuni tra i Paesi membri per impostare un percorso educativo che avvii un cambiamento culturale nelle nuove generazioni di consumatori e sono rapsodici – e per lo più settoriali – gli interventi tesi ad accrescere significativamente la consapevolezza dei consumatori attuali³⁶.

Le sfide lanciate dalla sostenibilità e dalle nuove tecnologie rendono un intervento in tale direzione particolarmente necessario. Nelle more, però, lo strumen-

education systems, it is not a single discipline in its own right, but a cross-curricular subject involving many areas of the school curriculum. Adult consumers are expected to be critical and informed consumers but may not know how to acquire the appropriate skills. The formal school system in many countries has failed to deliver these skills and values and adults need consumer education through both formal and informal means. With increasingly varied societies consumer education will help to produce active socially responsible citizens and citizenship is an essential element of the delivery of consumer education to adults. It is particularly important that consumer education should reach the vulnerable groups in society. Increasing globalisation and business power necessitate ethical and sustainable business practices; an informed, educated and empowered consumer will strengthen the market place to the benefit of both consumers and business»; BENN, *Consumer Education Between 'Consumerism' and Citizenship: Experiences from Studies of Young People*, *ivi*, 2004, p. 108 ss.

³⁵ Cfr. ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 190, la quale osserva come permanga la difficoltà di “tradurre il diritto all'educazione in regole precise», con la conseguenza che l'effettività di tale diritto fondamentale risulta minata dall'inesistenza di concrete misure attuative, con la conseguenza che “malgrado la educazione al consumo sia oggetto di molteplici programmi esso resta, a parere di molti, tuttora in attesa di una effettiva realizzazione in termini di diritto azionabile».

³⁶ MCGREGOR, *Sustainable Consumer Empowerment through Critical Consumer Education: A Typology of Consumer Education Approaches*, in *International Journal of Consumer Studies*, 2005, p. 437 ss.; SCHUH e KITSON, *Adult Consumer Education across Europe – Redressing the Market or Reaching the Vulnerable Consumer cit.*, p. 221 ss.; ÁLVAREZ-SUÁREZ, VEGA-MARCOTE e MIRA, *Sustainable Consumption: A Teaching Intervention in Higher Education*, in *International Journal of Sustainability in Higher Education*, 2013, p. 3 ss.; DANILANE e MARZANO, *Consumer Education in Primary School in the Context of Sustainable Development*, in *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 2014, p. 1068 ss.;

tario privatistico offre all'iniziativa dei singoli risorse che, sia ai fini della regolazione del rapporto, sia nell'ottica rimediabile, consentono di declinare l'autonomia privata all'insegna della sostenibilità.

5. *L'autonomia privata nella transizione ecologica.*

La necessità di bilanciare gli interessi coinvolti dalle manifestazioni di autonomia negoziale, evidenziata dall'art. 41 Cost., impone di considerare quest'ultima da una duplice prospettiva.

Quale espressione della libertà individuale, l'autonomia privata gode di tutela costituzionale. Rispetto alle possibili compressioni alle quali tale libertà possa essere sottoposta ed alla determinazione dei limiti al suo esercizio, la letteratura è pressoché sconfinata e gli orientamenti maturati sono innegabilmente correlati all'evoluzione del modello economico di riferimento e, più ampiamente, alla diversa sensibilità degli autori circa il rapporto tra individuo e società³⁷. Da questa prospettiva, la correlazione tra autonomia negoziale e utilità sociale risulta affievolita o rafforzata a seconda della posizione più o meno prominente attribuita all'individuo unitariamente inteso all'interno del mercato e delle sue dinamiche.

Il precetto di cui all'art. 2 Cost., però, è altresì chiaro nel sancire che l'individuo è tutelato sia come singolo, sia nelle formazioni sociali nelle quali svolge e

³⁷ *Ex multis*, si rinvia alle riflessioni di PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *Atti del primo Congresso nazionale di diritto agrario*, tenuto in Firenze nei giorni 21, 22 e 23 ottobre 1935, a cura di RICCI, Firenze, 1935, p. 185 ss.; VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, raccolto in *Studi giuridici*, III, 2, *Studi vari (1942-1955)*, 1960, p. 605 ss.; IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 289 ss.; Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, *passim*; nonché alle riflessioni che hanno seguito la pubblicazione del volume, raccolte in *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, a cura di CARLEO, MARTUCCELLI, PARENTI e PESCATORE, Roma-Bari, 1999; PERLINGIERI, *Principio "personalista", "funzione sociale della proprietà" e servitù coattiva di passaggio*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 688 ss.; BUSNELLI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 24 ss.; Oppo, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 421 ss.; DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 12 ss.; Id., *Economia mista e modelli di sviluppo: lo Stato imprenditore nell'opera cinquantenaria del Giudice delle leggi*, in *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di DI RAIMO e RICCIUTO, Napoli, 2006, p. XI ss.; CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo cit.*, p. 151 ss.; LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013; e in *Pers. merc.*, 2015, p. 53 ss. (da cui le successive citazioni).

sviluppa la propria personalità. La svolta personalista che caratterizza le moderne Carte costituzionali ha portato ad allontanare una visione atomistica dell'individuo e ad affermare la centralità della persona, necessariamente relazionata con "altro da sé" e con il mercato³⁸. Da questo angolo visuale, il contratto e, più ampiamente, gli atti di privata autonomia, rappresentano una manifestazione di libertà individuali, ma sono anche e necessariamente strumenti di sviluppo della persona per mezzo di quelle formazioni sociali a cui il dettato costituzionale fa riferimento e, al contempo, funzionali allo sviluppo di queste ultime³⁹. La relazionalità propria delle attività negoziali, specie nello scenario attuale, non può prescindere da una collocazione dell'autonomia all'interno della cornice fornita dal principio di sussidiarietà⁴⁰. Questo, oggi più che mai, richiede di coordinare il dettato dell'articolo 118 Cost., già sufficientemente esplicito nell'attribuire rilievo all'autonomia iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale⁴¹, con l'obiettivo di promuovere forme di partenariato pubblico-privato per raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile⁴².

Nell'orizzonte della sussidiarietà, i limiti esterni posti all'autonomia privata sono da tempo stati evidenziati⁴³, ma è altresì noto come l'ascesa di nuove forme di liberismo economico abbia favorito un approccio teso a favorire l'espansione delle libertà individuali, anche a discapito di quelle sociali, per un lasso temporale

³⁸ *Ex multis*, cfr. BENEDETTI, *Appunti e osservazioni sul seminario, in Persona e mercato. Lezioni*, a cura di VETTORI, Padova, 1996, p. 131 ss.; FERRARESE, *La lex mercatoria tra storia e attualità: da diritto dei mercanti a per tutti?*, in *Soc. dir.*, 2005, p. 157 ss.; LIPARI, *Ancora su persona e mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 423 ss.; D'ALOIA, voce *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, p. 331 ss.

³⁹ PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 85 ss.; Id., *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 66; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti cit.*, IV, p. 4 s.

⁴⁰ GIANNINI, *La libertà dall'ignoranza e dal bisogno. I diritti sociali. Diritti dell'uomo e Nazioni Unite*, Padova, 1963, p. 85 ss., raccolto in *Scritti*, 1963-1969, V, Milano, 2004, p. 57 ss.; LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 10 ss.; LENER, *Ecologia, persona, solidarietà: un nuovo ruolo del diritto civile*, in *Tecniche giuridiche e sviluppo*, a cura di N. LIPARI, Roma-Bari, 1974, p. 337 ss.; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani cit.*, p. 84 ss.; AGOSTINELLI, *L'"autonomia iniziativa" dei privati nell'economia solidale. Nuove prospettive della sussidiarietà*, Napoli, 2018, pp. 207 ss. e 224 ss.

⁴¹ LIPARI, *Fonti del diritto e autonomia dei privati cit.*, p. 729.

⁴² SDG 17, Partnership for the Goals, spec. Target 17.H

⁴³ Per tutti, si rinvia a NUZZO, *op. cit.*, p. 192 ss.

sufficiente a generare fallimenti di rilevanza globale⁴⁴. Proprio questi ultimi hanno fatto avvertire la necessità di declinare diversamente il rapporto tra individuo e società e di valorizzare ciascun termine dell'economia sociale di mercato fortemente competitiva di cui si appropria l'Unione per mezzo dell'art. 3 TFUE, che può trovare compiuta attuazione solo mediante un bilanciamento tra i valori sottesi alle logiche della concorrenza capitalistica e quelli solidaristici alla base della coesione sociale, tra i quali oggi vi è indiscutibilmente anche quello dell'ambiente⁴⁵.

Tale esigenza di bilanciamento si riverbera anche sulla disciplina contrattuale: emerge chiaramente dalle recenti linee di politica legislativa che l'approccio del legislatore europeo non ha una dimensione paternalistica in senso tradizionale, ma una funzione ri-equilibrativa dei poteri di mercato, tesa a consentire a ciascuno di rendersi parte attiva nel nuovo modello di sviluppo mediante le iniziative economiche intraprese e le scelte negoziali compiute⁴⁶. Tanto nel percorso tracciato per la transizione ecologica, quanto nell'idea di fondo sottesa alla teoria del "nudging" si annida la carica ancora parzialmente inespressa del principio di sussidiarietà, che riporta al centro della riflessione il rapporto tra pubblico e privato e il valore dell'utilità sociale⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Tratt. dir. comm. dir. pubbl. ec.*, a cura di GALGANO, III, Padova 1979, p. 456 ss., Criscuolo, *op. cit.*, p. 46 ss.; LIBERTINI, *op. cit.*, p. 59 ss.; SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo. Giustizia sociale, solidarietà e conflitto nell'ordine proprietario*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 2010, p. 39 ss.; Id., *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismi*, in *dpce online*, 2017.

⁴⁵ VELO, *Social Market Economy and the Future of European Unification*, in *The EuroAtlantic Union Review*, 2013, p. 23 ss.; DE PASQUALE, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 265 ss.; LIBERTINI, *op. cit.*, p. 67 ss.

⁴⁶ Cfr. HESSELINK, *European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?*, in *ERPL*, 2007, p. 323 ss.; DAVIES, *The European Consumer Citizen in Law and Policy*, London-New York, 2011, p. 78 ss.; TEUBNER e A. BECKERS, *Expanding Constitutionalism*, in *Indiana J. Global Leg. Stud.*, 2013, p. 537 ss.; MICKLITZ, *op. cit.*, pp. 229 ss.; VAN GOOL e MICHEL, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis*, in *EuCML*, 2021, p. 136 ss.; MAK, *Civil Courts and Delocalized Justice: Reflections on the Shell Nigeria Cases in Light of Theories of Communication and Constitutionalization*, in *German Law Journal*, 2022, p. 872 ss.; MAK, *A Primavera for European Consumer Law: Re-birth of the Consumer Image*, in *EuCML*, 2022, p. 77 ss.

⁴⁷ Cfr. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.; BALESTRERI, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati. Spunti per un inquadramento giuridico*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 615 ss.;

La sostenibilità, infatti, può consentire una flessione dello strumento contrattuale alla luce della necessità di perseguire obiettivi anche di carattere sociale e ambientale, concorrenti con la funzione economico-individuale dell'operazione economica conclusa. Ciò è particolarmente evidente nei contratti della finanza sostenibile⁴⁸, nei quali l'apposizione di condizioni collegate alla sostenibilità, così come l'arricchimento dell'oggetto o della causa del negozio con profili ad essa riferibili non altera l'obiettivo economico per il quale ciascuna tipologia contrattuale è stata tradizionalmente utilizzata ma permette di adattarla ad una rinnovata coscienza sociale e di piegarla anche a finalità superindividuali⁴⁹. In altri termini, il contratto si arricchisce della capacità di veicolare risultati utili anche dal punto di vista ambientale, realizzando così un equo temperamento tra ragioni del capitalismo e istanze di sostenibilità nel tempo del modello economico.

L'obiettivo di una cittadinanza attiva di mercato indubbiamente transita attraverso la necessità di porre le condizioni in presenza delle quali ciascuna determinazione negoziale possa essere una decisione consapevole e rappresentativa dei valori di consumo⁵⁰. Se questo obiettivo è soddisfatto, però, i valori sottesi alla

S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2000, p. 389 ss.; Id., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2001, p. 607 ss.; THALER e SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New York, 2009, spec. p. 54 ss.; ss.; ZOPPINI, *Le domande che ci propone l'economia comportamentale ovvero il crepuscolo del "buon padre di famiglia"*, in *Oltre il soggetto razionale*, a cura di ROJAS ELGUETA e VARDI, Roma, 2014, p. 11 ss.; GAMBARO, *Interessi diffusi, interessi collettivi e gli incerti confini tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 779 ss.; NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in dirittifondamentali.it, 2019, disponibile al link <http://dirittifondamentali.it/wp-content/uploads/2019/08/NAPOLITANO-II-partenariato-pubblico-privato-nel-diritto-dei-beni-culturali-vedute-per-una-sua-funzione-sociale.pdf>.

⁴⁸ D'ORAZIO e POPOYAN, *Taking Up the Climate Change Challenge: A New Perspective on Central Banking*, LEM Papers Series 2020/19, Laboratory of Economics and Management (LEM), Sant'Anna School of Advanced Studies, Pisa, 2020, p. 1 ss.; OMAN e SVARTZMAN, *What Justifies Sustainable Finance Measures? Financial-Economic Interactions and Possible Implications for PolicyMAKERS*, in *CESifo Forum*, 2021, p. 3 ss.

⁴⁹ Sia consentito rinviare a BERTELLI, *Fattori di rischio climatico-ambientali e prodotti finanziari ESG-linked*, in *DIMAF*, 2023, p. 55 ss.

⁵⁰ La produzione in argomento, soprattutto nella letteratura anglofona, è sconfinata. Si rinvia qui a SHETH, NEWMAN e GROSS, *Why We Buy What We Buy: A Theory of Consumption Values*, in *J. Bus. Res.*, 1991, p. 159 ss.; BISWAS e ROY, *Green Products: An Exploratory Study on the Consumer Behavior in Emerging Economies of the East*, in *J. Clean. Prod.*, 2015, p. 46

scelta devono poter trovare coerente sviluppo nella fase funzionale del sinallagma ed ispirare la gestione della sua eventuale fase patologica.

Tale necessità di coerenza anche in fase rimediabile emerge in modo lampante avuto riguardo alla disciplina consumeristica della conformità al contratto, dove la libertà di scelta del consumatore all'interno di ciascun grado della gerarchia rimediabile può prediligere la soluzione rimediabile maggiormente sostenibile. Il limite della proporzionalità del rimedio prescelto per il difetto di conformità rispetto agli altri interessi coinvolti dalla fattispecie, infatti, non va considerato riferibile al solo interesse del venditore, ma posto altresì in relazione con gli interessi di carattere ambientale⁵¹.

Sempre per mezzo del criterio della proporzionalità, non è escluso che anche al di fuori della disciplina consumeristica, il bilanciamento tra gli interessi individuali e quelli superindividuali coinvolti dalla relazione contrattuale e dal suo sviluppo possa condurre ad esiti applicativi che assicurino la soddisfazione dell'utilità che le parti si sono prefissate con la conclusione del contratto e, al contempo, la maggiore tutela possibile degli interessi superindividuali coinvolti dalla sua corretta o scorretta esecuzione.

ss., *ivi* anche CODERONI e PERITO, *Sustainable Buying in the Circular Economy. An Analysis of Consumers'Purchase Intentions for Waste-to-Value Food*, 2020, p. 252 ss.

⁵¹ Cfr. QUARTA, *Per una teoria dei rimedi nel consumo etico. La non conformità sociale dei beni tra vendita e produzione*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 523 ss.; MATERA, *Difetto di conformità, gerarchia dei rimedi e sostenibilità ambientale nel nuovo art. 135-bis cod. cons. e nella Dir. 771/2019*, in *Riv. dir. priv.*, 2022, p. 453 ss.

IL NESSO DI CAUSALITÀ MATERIALE: UNA CLAUSOLA GENERALE?

*Marco Capecchi**

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Il nesso di causalità nell'ambito della fattispecie della responsabilità civile. - 3. La “rivoluzione” della Franzese (Cass. 10.9.2002 n. 30328). - 4. La situazione attuale: punto di arrivo o di partenza? - 5. Conclusioni

1. Introduzione.

Lo scopo di questo intervento è di affrontare un tema, quello del nesso causale, che non rientra solitamente tra quelli che si inseriscono nel quadro delle clausole generali: il titolo interrogativo non esprime, quindi, un vero dubbio sulla risposta positiva alla domanda (che è dunque solo retorica) ma vuole soltanto evidenziare questa particolarità.

A mio avviso, una delle eredità della concezione tradizionale del tema del nesso di causalità nella responsabilità civile e della lenta evoluzione che lo ha riguardato per tutto il '900 è la mancata previsione del nesso causale tra le aree generalmente accettate della normativa per clausole generali. Per molto tempo, infatti, si è ritenuto che la verifica del nesso di causalità materiale fosse un'operazione extra-giuridica di cui il legislatore (civile almeno) non si era occupato, né doveva occuparsi. Solo recentemente si è (fortunatamente!) riconosciuto che, al contrario, si tratta di un'operazione strettamente giuridica per la quale il legislatore non ha fornito alcun criterio, lasciando così all'interprete il compito di concretizzare i contenuti di una clausola generale.

* Professore associato di diritto privato dell'Università di Genova.

2. Il nesso di causalità nell'ambito delle fattispecie di responsabilità civile.

Un'obiezione alla inclusione del nesso causale tra le clausole generali potrebbe derivare dalla mancanza di norme che si possano facilmente ricondurre a tale categoria. Tuttavia, bisogna considerare che il legislatore civile non solo non ha previsto una clausola generale ma, in realtà, non ha neppure regolato il nesso di causalità ma questo non ha mai messo in discussione la necessità di tale elemento in tutte le ipotesi di responsabilità civile.

Infatti, la formulazione di tutte le fattispecie di responsabilità civile richiede il requisito del nesso di causalità materiale, senza che lo stesso sia però mai espressamente disciplinato perché il legislatore si è limitato a utilizzare verbi quali “cagionare” (art. 2043, 2044, 2047, 2048, 2050, 2051), “compiere” (2045), “causare” (2045), “commettere” (2046); “arrecare” (2049) che implicitamente fanno riferimento a un comportamento che abbia quale conseguenza un dato evento.

Anche la giurisprudenza costituzionale ha ribadito la assoluta necessità del nesso causale nella responsabilità, chiudendo le porte alla responsabilità c.d. stocastica: si tratta della nota decisione resa in relazione ad incidente di caccia in cui il danneggiato era rimasto vittima di un colpo sparato da uno dei propri compagni uno dei partecipanti ad una battuta di caccia i quali, sentito un rumore nel bosco, avevano sparato contemporaneamente colpendo il compagno, senza che fosse poi possibile individuare con certezza l'arma dalla quale era stato esploso il colpo. La nostra Corte Costituzionale con sentenza 4 marzo 1992, n. 79, ha ritenuto legittima l'applicazione della disciplina della responsabilità civile, laddove conduca a respingere la domanda risarcitoria in assenza dell'accertamento del nesso causale mentre, negli stati uniti lo stesso caso si è concluso con la condanna in solido dei diversi cacciatori che hanno sparato anche in assenza di prova del nesso causale nei casi *Oliver v. Miles*, 1927, 144 Miss. 852, 110 So 666 e *Summers v. Tice* (1948).

Il Codice civile contiene una disciplina dettagliata della causalità giuridica agli artt. 1223 e ss., ma altrettanto non avviene per il nesso di causalità materiale: per via di tale lacuna, si è consolidato l'orientamento che conduce all'applicazione in ambito civilistico della disciplina prevista dal Codice penale, basandosi sull'erronea convinzione che l'accertamento del nesso di causalità materiale sia una valutazione metagiuridica della quale il civilista potesse in qualche modo disinteressarsi mutuando le conclusioni cui erano pervenuti i penalisti.

In particolare, la possibilità di applicare i criteri in uso nell'area penalistica anche in altri settori dell'ordinamento, si è basata a lungo su due assunti:

- Il primo era la sussistenza del principio di causalità, cioè della possibilità di accertare (ossia di raggiungere la certezza) in ordine alla sussistenza del nesso causale;
- Il secondo era che tale accertamento potesse essere condotto mediante criteri (in primo luogo la notissima teoria della *condicio sine qua non*) di natura metagiuridica in quanto funzionali a compiere una valutazione di carattere naturalistico e, come tale, idonea ad essere impiegata in tutti i settori dell'ordinamento.

Tali assunti, che fondano le proprie radici nella filosofia della scienza ottocentesca, sono entrati in crisi (nell'ambito delle scienze naturali e della filosofia della tecnica) già nella prima metà del '900 ma la dottrina penalistica aveva tardato a prendere atto dell'evoluzione di tali settori scientifici e fu solo l'opera di English che tentò di far comprendere ai giuristi la sostanziale inutilità della teoria della *condicio sine qua non*. La dottrina e la giurisprudenza assolutamente maggioritarie hanno tuttavia tardato per pressochè tutto il '900 a prendere conoscenza di tale dibattito e, soprattutto, della necessità di definire nuovi criteri di accertamento del nesso causale¹.

Sul finire del secolo scorso, anche alcuni autori dell'area civilistica percepirono che le modalità (di matrice penalistica) mediante le quali veniva condotto l'accertamento del nesso di causalità nell'ambito della responsabilità civile erano in realtà ben poco vincolanti per l'interprete cosicché l'accertamento di tale fondamentale elemento della fattispecie finisse per diventare meramente discrezionale. Dapprima tale consapevolezza maturò nell'area di *common law* ove Hart e Honoré, definirono i vari criteri causali usati per l'accertamento del nesso causale come "*come pegs on which the judge can hang any decision as he likes*"². Tali considerazioni vennero "importate" nella nostra dottrina dagli studiosi del diritto comparato, cosicché Tarello scrisse che "la *causation* costituisce semplicemente una vuota concettualizzazione non utile, anzi dannosa in quanto determina salti logici ed occulta i processi effettivi di giudizio"³. Qualche anno dopo, è stato Alpa ad osservare che: «assunto ad elemento tecnico il cui impiego sembra sottrarsi - in prima analisi- ad ogni operazione di politica del diritto, il nesso di causalità si rivela invece schermo di operazioni di politica del diritto assai spregiudicate. Non è

¹ ENGLISH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 21

² HART - HONORÉ, *Causation in the law*, Oxford, 1959, LII.

³ TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, p. 131

raro, infatti, riscontrare nella prassi giurisprudenziale una selezione degli interessi meritevoli di tutela attuata mediante il ricorso alla nozione di causalità⁴.

Tali prese di coscienza non riuscirono però mai a scalfire il granitico orientamento giurisprudenziale di cui si è dato conto in precedenza.

3. La “rivoluzione” della Franzese (Cass. 10.9.2002 n. 30328).

La notissima sentenza Franzese (resa delle S.U. Penali in un caso in cui il reato era già prescritto e, dunque, la decisione era destinata a rilevare ai solo effetti civili) ha rappresentato un'autentica rivoluzione perché ha costituito la presa d'atto da parte della giurisprudenza della Cassazione penale del tramonto (quantomeno sul versante prettamente naturalistico) del principio di causalità e della necessità di stabilire criteri giuridici per compiere un “accertamento” non esiste nelle scienze naturali ma che può sussistere solo nella sfera giuridica e, dunque, deve essere condotto con criteri esclusivamente giuridici.

In altre parole, la sentenza Franzese ha avuto il grande merito di aver diffuso tra i giuristi la consapevolezza che la causalità non è una valutazione naturalistica come erroneamente veniva ritenuto fino ad allora, bensì, una valutazione giuridica che deve essere condotta sulla base dei principi generali del settore dell'ordinamento nell'ambito del quale deve essere compiuta.

Il recepimento delle conseguenze di tale presa d'atto è stato però tutt'altro che immediato e, a giudizio di chi scrive, non può e non deve ritenersi ancora concluso. Infatti, le Sezioni Unite penali, coerentemente con la natura del giudizio nell'ambito del quale la sentenza è stata emessa, hanno dettato un criterio di accertamento fortemente ispirato ai principi generali del diritto penale e la giurisprudenza civile ha faticato a comprendere che (contrariamente a quanto avveniva in passato) fosse suo compito mettere a punto nuovi specifici criteri per l'ambito civilistico e ispirati ai principi generali della responsabilità civile anziché a quelli della responsabilità penale.

Così, inizialmente, con decisione 4400 del 2004, la Cassazione civile, mantenendo il proprio tradizionale atteggiamento “parassitario” rispetto agli arresti delle sezioni penali, si è limitata a recepire passivamente il criterio messo a punto dalle sezioni unite penali⁵, prendendone poi le distanze solo con la successiva sentenza 19 maggio 2006, n. 11755 nella quale ha valorizzato le profonde differenze

⁴ ALPA, *Danno risarcibile e selezione degli interessi meritevoli di tutela in materia di responsabilità civile*, in *Resp. civ.*, 1976, p. 3.

⁵ Cass. 4.3. 2004, n. 4400, in *Foro It.*, 2004, 1, c.1403;

tra la responsabilità civile e quella penale (che chi scrive aveva provveduto ad evidenziare fin dal primo commento alla sentenza Franzese⁶) e, poi, ancor più con la sentenza 21619 del 2007 si è preso atto che le profonde differenze nei principi generali che regolano la responsabilità civile e quella penale rendono necessaria la messa a punto di un criterio diverso da quello in uso nella responsabilità penale⁷.

Tali decisioni segnano, a modesto giudizio dello scrivente, il momento a partire dal quale la giurisprudenza ha iniziato a prendere atto della natura di clausola generale della “disciplina implicita” del nesso causale, sentendosi investita del compito di concretizzarla mettendo a punto un criterio operativo.

Da tale presa di coscienza sono scaturite una serie di decisioni che hanno tentato di offrire uno “statuto” per il nesso di causalità nella responsabilità civile.

Quanto al criterio per l'accertamento del nesso causale, la Cassazione con la sentenza 16911/2007 ha “postulato” (giacché non è dato rinvenire alcuna particolare motivazione a sostegno dello stesso) il criterio del “più probabile che non”, in forza del quale un antecedente può considerarsi causa di una conseguenza quando appaia appunto “più probabile che non” che lo abbia provocato. Probabilità da intendersi non nella sua accezione statistica ma in quella logica. Nonostante il corredo argomentativo non certo “irresistibile”, questo criterio non è stato più messo in discussione dalla giurisprudenza successiva, la quale ha avuto, invece, alcune oscillazioni rispetto ad alcuni “corollari”.

Il primo “corollario” in merito al quale si sono registrate oscillazioni è relativo alla natura (e alla disciplina) della responsabilità per perdita di chances. In un primo momento, Cass., 16911/2007 ha ritenuto che tale responsabilità potesse sussistere qualora non si riesca a raggiungere il fatidico “più probabile che non”: si tratterebbe, pertanto, di una responsabilità avente un fondamento eziologico in quanto sussisterebbe in caso di scarsa probabilità del rapporto causale, secondo quella che la stessa Suprema Corte ha definito una scala discendente della causalità e che Pucella ha definito, a mio giudizio più efficacemente, come una “stampella per la zoppia causale”⁸. Successivamente, però, la Suprema Corte ha rivisto il fondamento della responsabilità per perdita di chances preferendo far transitare

⁶ CAPECCHI, *Le sezioni unite sul nesso di causalità omissiva. Quali riflessi per la responsabilità civile del medico?*, in *NGCC*, 2003, p. 257.

⁷ Cass., 19 maggio 2006, n. 11755 in *Danno e Resp.*, 2006, 12, 1238; Cass. 16.10.2007, n. 21619 in *Danno e Resp.*, 2008, 1, p. 43.

⁸ PUCELLA, *Causalità civile e probabilità, spunti per una riflessione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, p. 64

l'incertezza dal nesso causale al danno con la conseguenza che alla responsabilità per perdita di chance è stato attribuito un fondamento c.d. ontologico, con ciò volendosi indicare che si tratta del risarcimento di un danno incerto diverso da quello in relazione al quale è incerta la sussistenza del nesso causale e non di un risarcimento diminuito in ragione della incertezza del nesso causale e tale ricostruzione è stata indicata come preferibile anche dalle sezioni unite⁹.

Altro tema sul quale si sono registrate alcune oscillazioni è quello relativo al tema della rilevanza delle c.d. preesistenze (ovvero “menomazioni concorrenti”), fondamentale nei casi in cui alla produzione dell'evento dannoso abbia concorso anche una causa riconducibile alla sfera giuridica del debitore (ma a quest'ultimo non imputabile e quindi esclusa dalla riduzione del risarcimento prevista dal primo comma dell'art. 1227 c.c.). Con riferimento a tale casistica, l'orientamento tradizionale (che ritiene irrilevante sotto il profilo risarcitorio l'eventuale apporto di concause non imputabili ove non fossero l'unica causa del sinistro) si dimostrava insoddisfacente sotto il profilo dell'analisi economica in quanto si percepiva il rischio che il danneggiato potesse finire, quantomeno in talune circostanze, per trovarsi a seguito del sinistro in una condizione migliore di quella in cui si trovava prima del sinistro potendo ottenere un risarcimento integrale di una situazione già compromessa in precedenza dalle c.d. preesistenze.

Una prima “rottura” rispetto all'orientamento tradizionale si ebbe quando la Cassazione ritenne che, valendosi del meccanismo della liquidazione equitativa del danno, fosse possibile ridurre l'ammontare del risarcimento in misura proporzionale all'apporto causale di tali preesistenze¹⁰. Pochi anni dopo la Cassazione con la sentenza 15991/2011 prese seccamente le distanze dal precedente teste citato che apostrofò di aver accolto una “causalità in salsa equitativa” invitando a mantenere fermo l'orientamento tradizionale in tutti i casi in cui l'apporto della concausa naturale abbia concorso a cagionare in modo simultaneo la medesima lesione, ma a distinguere l'ipotesi in cui l'apporto della concausa non imputabile abbia già prodotto una lesione e, quindi, l'apporto della nuova causa determini una nuova lesione e un aggravamento della menomazione preesistente¹¹: è stato quest'ultimo orientamento a consolidarsi progressivamente fino ad essere infine sancito dalle sezioni unite con decisione 28986 del 2019¹².

⁹ Cass., S.U. 11.11.2019 n. 28993, in *Danno e Resp.*, 2020, 1, p. 85.

¹⁰ Cass., 16.1.2009, n. 975 in *Danno e Resp.*, 2010, 4, p. 372.

¹¹ Cass., 21.7.2011, n. 15991, in *Danno e resp.*, 2012, 2, p.149.

¹² Cass., S.U., 11.11.2019, n. 28986, in *Danno e Resp.*, 2020, 1, p. 27.

4. *La situazione attuale: punto di arrivo o di partenza?*

La situazione attuale rappresenta il punto di arrivo della evoluzione tratteggiata nelle righe precedenti e mediante la quale si è attuato un profondo cambiamento rispetto alla situazione che si registrava appena una ventina di anni prima: per ciò che maggiormente interessa in questa sede, va sottolineato che tale evoluzione è avvenuta esclusivamente ad opera della giurisprudenza, senza alcun intervento legislativo e ciò dimostra, una volta di più, la natura di clausola generale della disciplina del nesso causale.

La situazione attuale, tuttavia, non può essere considerata un punto di approdo soddisfacente e chi scrive auspica che l'evoluzione che si è registrata in questi anni non si arresti e possa arrivare fino a comportare una più ampia area di applicazione della c.d. "responsabilità proporzionale", che attualmente è "confinata" alle ipotesi della perdita di chance e al concorso di cause nella produzione di una menomazione, ma viene ancora negata nel caso di concorso di cause nella produzione della medesima lesione, che è forse l'ipotesi più ricorrente, visto che nessun evento lesivo può dirsi causato da una sola causa ed è solo mediante la finzione del "più probabile che non" che si individua una sola causa come giuridicamente rilevante secondo una logica "*all or nothing*" in forza della quale o il danneggiato riesce a individuare una causa a sé non imputabile cui attribuire la causazione del danno (potendo così ottenere il risarcimento dell'intero danno), ovvero l'intero danno rimane in capo al danneggiato anche quando sia evidente la sussistenza di cause che non assurgano alla soglia del 51%.

Sotto tale profilo, ritengo che l'attuale funzionamento della responsabilità civile secondo la logica del "*all or nothing*" conduca molto spesso a risultati insoddisfacenti sotto il profilo dell'analisi economica per via di un effetto di sotto/sovrarisarcimento che si manifesta in misura tanto maggiore quanto maggiore sia l'incertezza del rapporto causale. Per meglio spiegare tale critica si pensi al caso di una persona che, dopo aver contratto una patologia a genesi multifattoriale, agisca nei confronti di un soggetto cui sia imputabile uno dei fattori di rischio del danno subito dall'attore. Dal punto di vista scientifico, le cause della malattia possono essere molteplici (immaginiamo: fattori genetici, stile di vita, alimentazione, cause ignote), oltre a quella imputabile al preteso danneggiante. Nella logica attuale, al giudice verrà chiesto di stabilire se il fattore di rischio imputabile al danneggiante raggiunga la soglia del "più probabile che non": nel caso di risposta affermativa, il danneggiante sarà tenuto a risarcire l'intera perdita subita dal danneggiato senza che venga in alcun modo valorizzata la possibilità che la causa del sinistro vada individuata negli altri rischi (che pure sussistono) cui il danneg-

giato sarebbe stato sottoposto a prescindere dal comportamento del convenuto, determinando un sovra-risarcimento derivante dall'azzeramento del disvalore di questi ultimi. Specularmente, se il giudice dovesse ritenere che l'antecedente imputabile al danneggiante non raggiunga la faticida soglia del "più probabile che non", dovrebbe respingere in toto la domanda risarcitoria, azzerando il valore economico della potenzialità lesiva dell'antecedente imputabile che finirebbe per restare integralmente a carico del danneggiato, facendo venire meno la funzione deterrente propria della responsabilità civile.

Per meglio comprendere quest'ultimo aspetto, si pensi ad un altro esempio: immaginiamo che un imprenditore produca un bene di grande diffusione avvalendosi di materiali notoriamente nocivi (ipotizziamo che abbiano effetto cancerogeno nel 5% dei casi). Se tale soggetto si rivolgesse al proprio legale chiedendo un parere circa l'eventuale responsabilità in cui potrebbe incorrere continuando la produzione, la risposta, alla luce delle modalità di accertamento del nesso causale attualmente in auge (cioè il criterio del "più probabile che non"), sarebbe che la domanda di risarcimento dei danni che dovesse essere proposta dai consumatori sarebbe verosimilmente respinta per difetto del requisito del nesso causale perché la probabilità che le lesioni siano state causate dal prodotto si attestano al 5% e sarebbe quindi molto inferiore alla soglia del "più probabile che non".

Ipotizzando che il prodotto venga diffuso in 10.000 esemplari, il comportamento del produttore potrebbe causare l'insorgenza di forme tumorali in 500 persone, ma il produttore non potrebbe essere chiamato a rispondere di tali danni per difetto di nesso causale. Addirittura, il legale potrebbe spingersi ad osservare che il produttore non dovrebbe rispondere dei danni derivanti dal suo prodotto neppure nel caso in cui la percentuale dei danneggiati crescesse ulteriormente, a patto che non superi la faticida soglia del 51%. Risposta ben diversa verrebbe fornita dal legale laddove la responsabilità fosse imputata sulla base di una responsabilità proporzionale che punti a risarcire al danneggiato un danno ingiusto rappresentato non dalla malattia ma dell'aumento ingiustificato del rischio di contrarla subito dal danneggiato a seguito del comportamento del danneggiante: in quest'ultima prospettiva, l'imprenditore sarebbe tenuto a risarcire (seppure con somme relativamente modeste) tutti coloro che potessero provare di aver impiegato il prodotto e subito il danno, facendosi altresì carico delle spese legali, rendendo così meno allettante la continuazione della produzione potenzialmente dannosa.

Tali distorsioni meritano di essere corrette superando il meccanismo "all or nothing" attualmente alla base della responsabilità civile in favore di un meccanismo di responsabilità "proporzionale" unico in grado, a giudizio dello scrivente, di ottenere risultati adeguati sotto il profilo dell'analisi economica.

Tale risultato può avvenire senza alcuna “evaporazione” del requisito del nesso causale ma, semplicemente, andando a individuare più attentamente il danno ingiusto subito dal danneggiato, mutuando il fondamento ontologico alla base della responsabilità per perdita di *chances* e, quindi, individuando (quantomeno nelle ipotesi in cui il nesso causale sia incerto) un autonomo danno ingiusto rappresentato dalla perdita di probabilità di ottenere un evento sperato oppure, simmetricamente, dall’aumento di rischio del verificarsi di un evento dannoso, realizzando in tal modo un sistema di responsabilità proporzionale che sembra più logico e corretto sotto il profilo economico.

5. Conclusioni.

A giudizio di chi scrive, l’attuale statuto del nesso causale nell’ambito della responsabilità non è del tutto soddisfacente perché sconta un pesante retaggio storico rappresentato da una logica “*all or nothing*” sorta allorquando si ignoravano i limiti della conoscenza umana sul terreno della causalità.

Il mantenimento di tale logica ostacola la configurabilità di una “responsabilità proporzionale” che rappresenta la soluzione risarcitoria più coerente rispetto all’attuale stato delle conoscenze e corretta sotto il profilo dell’analisi economica.

La presa di consapevolezza che anche il nesso causale costituisce una clausola generale potrebbe aiutare la giurisprudenza a configurare una responsabilità proporzionale individuando il danno ingiusto non nella (intera) lesione subita dal danneggiato ma (analogamente e simmetricamente a quanto avviene nella perdita di chances) in un diverso danno rappresentato dall’aumento di rischio del verificarsi di tale lesione che sarebbe proporzionale alla intensità del rapporto causale, pervenendo in tal modo alla configurabilità di una responsabilità modulabile senza quella soluzione di continuità che la logica “*all or nothing*” determina.

IL CRITERIO DELLE CONSEGUENZE IMMEDIATE E DIRETTE

*Alessandra Pinori**

Sommario: 1. Premessa. – 2. Gli impieghi giurisprudenziali. 3. Conclusioni

1. Premessa.

L'argomento della mia relazione attiene all'art. 1223 c.c. che costituisce, com'è noto, la norma di portata generale in materia di risarcimento del danno, collocata nella parte dedicata all'inadempimento delle obbligazioni, accanto alle altre regole dettate in materia di determinazione dell'area del danno risarcibile previste agli art. 1225, 1227, comma 2, 1226 c.c.

La scelta di questo tema è legata al ricordo di un periodo risalente agli anni Novanta in cui nell'Istituto di diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza genovese Giovanna Visintini aveva costituito un gruppo di ricerca formato da giovani ricercatori, di cui anche io facevo parte, avviati agli studi e alla ricerca nei vari percorsi di dottorato in Diritto Privato che l'Università di Genova realizzava, in collaborazione con l'Università di Pisa, La Sapienza. Di questi giovani alcuni sono qui, oggi, fra i relatori di questo Convegno, Tommaso Arrigo, Marco Capocchi, Patrizia Petrelli, Ilaria Carassale, Roberta Barbanera ma ve ne erano altri.

Questi giovani coordinati a Genova da Giovanna Visintini e anche da Luciana Cabella Pisu dovevano affrontare il tema della responsabilità civile, riprendendo la metodologia di lettura della giurisprudenza descritta in un libro intitolato alla *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale* una antologia di saggi curata da Giovanna Visintini, sull'esempio e modello dei primi volumi pubblicati nella Collana fondata da Francesco Galgano intitolata a *"I grandi orientamenti della*

* Ricercatore del Dipartimento di Giurisprudenza e docente dell'Università di Genova.

giurisprudenza civile e commerciale” di cui il primo sui *Fatti illeciti* a firma di Giovanna Visintini e il secondo sulle *Persone giuridiche* a firma dello stesso Francesco Galgano. La collana, oggi scomparsa, era finalizzata a ricostruire i precedenti giudiziali dando contenuto alle clausole generali sparse nell’ordinamento privatistico.

I risultati delle ricerche svolte in quegli anni sono stati pubblicati nella Collana in vari volumi di cui due a mio nome in tema di “*Danno contrattuale*”, di Patrizia Petrelli “*Il danno non patrimoniale*”, quelli Maria Clementina Traverso sul “*Le cause di giustificazione*” di Valentina Di Gregorio sulla “*La valutazione equitativa*” e di più autori su “*Causalità e danno*”.

In ricordo di questa stagione, così ricca di stimoli culturali sul diritto giurisprudenziale, mi è venuta l’idea di riprendere il tema che avevo studiato allora nell’ottica delle «clausole generali del diritto privato e del dibattito sui limiti alla discrezionalità dei giudici» quello relativo al criterio legislativo delle «conseguenze immediate e dirette» che figura nel testo dell’art. 1223 c. c., norma chiave in materia di risarcimento del danno.

2. *Gli impieghi giurisprudenziali.*

L’art. 1223 c.c. si compone, come è noto, di due parti: nella prima parte sono descritte le poste di danno risarcibili: il danno emergente e il lucro cessante. Da tale descrizione si ricava il principio generale – inespreso, ma implicito - che caratterizza il sistema della responsabilità civile, ovvero sia quello della riparazione integrale dei danni.

In base a tale principio, di rilevanza generale nel sistema della responsabilità civile, ogni danno, sia sotto forma di perdita subita o di mancato guadagno, deve essere risarcito, dovendosi ripristinare in modo integrale il patrimonio leso dall’inadempimento o dal fatto illecito¹.

La giurisprudenza recepisce questa regola e fonda su di essa la distinzione tra il concetto di danno e quella di indennizzo o indennità che, come è noto, non fanno riferimento a una riparazione integrale, ma solo all’equo ristoro².

Nella seconda parte dell’art. 1223 si individua un criterio di selezione dei danni risarcibili di portata precettiva, indicato nella nota formula legislativa delle «conseguenze immediate e dirette».

¹ V. in tal senso VISINTINI, *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pacini, 2019, p. 361.

² Cfr. per tutte Cass. 18 febbraio 2000, n. 1814.

Nell'interpretare questa norma si pongono due questioni: la prima impone di indagare quale sia la funzione che, in concreto, la formula delle «conseguenze immediate e dirette» ha svolto negli impieghi giurisprudenziali; e la seconda, di stabilire se essa costituisca una “clausola generale” in senso stretto, nel quadro delle varie nozioni che la dottrina assegna a tale locuzione³.

È possibile individuare alcuni impieghi della formula legislativa delle «conseguenze immediate e dirette» negli orientamenti giurisprudenziali: l'art. 1223 c.c. è richiamato in moltissime sentenze sia sul terreno del danno contrattuale, sia su quello del danno extracontrattuale con argomentazioni, tuttavia, talora differenti.

È comune alle due aree della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale la seguente massima giurisprudenziale che interpreta la formula legislativa delle «conseguenze immediate e dirette”, andando oltre la sua portata letterale:

«il risarcimento del danno comprende anche i danni mediati o indiretti quando costituiscono conseguenza normale dell'inadempimento dell'obbligazione o del fatto illecito, secondo il criterio della regolarità causale»⁴.

Questa massima è consolidata: si trova, infatti, ripetuta costantemente sia nella giurisprudenza più risalente nel tempo, sia negli orientamenti più recenti⁵.

Con il richiamo a questa massima i giudici cercano di trovare in una risalente teoria il criterio di selezione delle poste di danno risarcibili, la teoria della causalità regolare.

I giudici, poi, riconoscono al tempo stesso un fondamento di natura causale all'art. 1223 cod. civ., prendendo posizione sulla questione assai dibattuta anche in dottrina della distinzione tra “causalità materiale” e “causalità giuridica”.

³ Il dibattito sul ruolo nelle clausole generali è risalente nel tempo, avendo la dottrina dedicato al tema molta attenzione; senza pretesa di esaustività si veda: RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1967; RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987; e da ultimo fra i contributi più recenti si veda: PEDRINI, *Le clausole generali. Profili teorici e aspetti costituzionali*, Bologna, 2013; *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di D'AMICO, Milano, 2017; S. PATTI, *Principi, clausole generali e norme specifiche nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Giustizia civile.com*, n. 2/2016; e da ultimo FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli 2021.

⁴ Cfr. ad esempio Cass. 18 luglio 2018, n. 29187, n. 6325.

⁵ Per la giurisprudenza più risalente cfr. per tutte: Cass. 9 aprile 1963, n. 910; per la giurisprudenza più recente si veda: Cass. Sez. Un. 11 ottobre 2022, n. 22958 in tema di occupazione *sine titulo* di un immobile.

A livello operativo ciò che risulta, peraltro, decisivo è stabilire quale siano le poste di danno risarcibili che i giudici riconoscono in riferimento ai singoli casi.

In questa prospettiva, l'argomento privilegiato dalla giurisprudenza richiamato, peraltro, con estremo rigore da parte dei giudici nel testo delle motivazioni delle sentenze è la soddisfazione dell'onere probatorio. I giudici escludono il risarcimento dei danni tutte le volte che il pregiudizio non sia stato provato, sia stato oggetto di specifica contestazione dalla controparte o sia stata fornita la prova contraria del suo accadimento, escludendo come regola consolidata la possibilità del risarcimento di danni presunti, figurativi o in *re ipsa*⁶.

In altri termini, al di là della massima che si ripete nella motivazione delle sentenze sopra richiamata della risarcibilità di danni mediati e indiretti, secondo il criterio della regolarità causale, i giudici non ammettono il risarcimento di pregiudizi lontani, remoti o anormali rispetto all'inadempimento o al fatto illecito, nella misura in cui il danneggiato-creditore non abbia offerto la prova specifica dell'esistenza del danno risarcibile, anche attraverso il ricorso a presunzioni semplici o a circostanze di fatto che rientrano nella comune esperienza, secondo l'*id quod plerunque accidit* (art. 115 c.p.c.).

Si può, quindi, sostenere che i giudici impiegano correttamente il criterio delle «conseguenze immediate e dirette» sia pure declinato, attraverso la teoria della

⁶ Cfr. ad esempio Cass. 26 gennaio 1998, n. 762 in cui in un caso di occupazione illegittima, mediante trasformazione irreversibile di una strada privata, è stato ritenuto risarcibile il danno consistente nel valore del fondo occupato, con esclusione dei danni indiretti, perché non dimostrati, futuri ed incerti, consistenti nella spesa per custodia di animali rese necessarie dalla nuova situazione dei luoghi; ma vedi anche Cass. 9 maggio 2018, n. 11165, in cui la i giudici affermano che in tema di risarcimento del danno per perdita di *chance* di promozione, incombe sul singolo dipendente l'onere di provare, anche per via presuntiva, il nesso di causalità tra l'inadempimento datoriale e il danno risarcibile per perdita di *chance*; Cass. 15 maggio 2018, n. 11750, in cui i giudici hanno cassato la sentenza della Corte di Appello che aveva escluso il risarcimento del danno patrimoniale futuro in favore di un minore che non ancora produceva di reddito a causa della giovane età, poiché secondo la Cassazione la liquidazione del danno da riduzione della capacità di guadagno patito da un minore in occasione della nascita, può avvenire attraverso la prova presuntiva, allorché possa ritenersi probabile che in futuro la vittima percepirà un reddito inferiore a quello che avrebbe altrimenti conseguito in assenza del danno, tenendo conto della percentuale di invalidità medicalmente accertata, della natura dell'entità dei postumi medesimi, degli studi compiuti e dalle inclinazioni manifestate dal danneggiato, e sulla scorta delle condizioni economico-sociali della famiglia o di alta circostanza rilevante.

regolarità causale, per escludere o limitare il risarcimento del danno tutte le volte che non sia offerta la prova, anche indiziaria, dell'esistenza del danno⁷.

Questo orientamento trova conferma anche nelle sentenze in cui i giudici, specie sul terreno del danno contrattuale, richiamano la formula delle «conseguenze immediate e dirette» nella sua portata letterale, per escludere il risarcimento del danno, quando, ad esempio, non sia stata fornita la prova dell'esistenza di un nesso di causalità diretto ed immediato fra mancato guadagno e inadempimento⁸.

Inoltre, la giurisprudenza riconosce che, per selezionare le poste di danno risarcibili, occorre svolgere un giudizio di accertamento del nesso di causalità, assestando all'art. 1223 cod. civ. il fondamento di regola sulla "causalità giuridica",

⁷ Talora si rinvencono sentenze in cui si richiama anche il criterio della causalità adeguata o della prevedibilità: v. ad esempio Cass. Sez. un. 13 febbraio 2018, n. 12566 sia pure in termini di *dictum*.

⁸ Cfr. ad esempio Cass. 11 ottobre 2018, n. 25160, in cui è stato escluso il risarcimento di danni ipotetici, dipendenti da condizioni incerte, derivanti dal prolungato inadempimento all'obbligo di consegna di beni oggetto di contratto di cessioni di beni aziendali; oppure Cass. 29 settembre 2016, n. 18832. Altro impiego si ricava dall'esame della giurisprudenza della formula legislativa delle "conseguenze immediate e dirette" è quello della *compensatio lucri cum damno* in base al quale con un orientamento uniforme e consolidato, si stabilisce che affinché l'incremento patrimoniale acquisito dal creditore possa essere considerato nella liquidazione complessiva del danno, occorre che tale incremento sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto produttivo di danno: cfr. ad esempio Cass. 20 luglio 1987, n. 6624, in [Giur.it.](#), 1989, I, 1, c. 1436; e più di recente Cass., Sez. Un. 13 febbraio 2018, n. 12566 risolvono la questione controversa dei limiti entro i quali la *compensatio* può trovare applicazione laddove soprattutto il vantaggio acquisito al patrimonio del danneggiato in connessione con il fatto illecito derivi da un titolo diverso e vi siano due soggetti obbligati appunto sulla base di fonti diverse; si trattava nel caso di specie di un incidente automobilistico ove il danneggiato aveva ottenuto il risarcimento sotto forma di rendita da parte dell'INAIL dell'infortunio in itinere di cui era rimasto vittima; le Sezioni Unite della Cassazione affermano il principio di diritto secondo cui: «L'importo della rendita INAIL per l'invalidità permanente corrisposta dall'INAIL per l'infortunio in itinere occorso al lavoratore va detratto dall'ammontare del risarcimento dovuto, allo stesso titolo, dal danneggiato da parte del terzo responsabile del fatto illecito» in termini analoghi cfr. Cass., Sez. Un. 13 febbraio 2018, n. 12567, in cui si afferma che: «dall'ammontare del danno subito da un neonato, in fattispecie di colpa medica, e consistente nelle spese da sostenere vita natural durante per l'assistenza personale, deve sottrarsi il valore capitalizzato della indennità di accompagnamento che la vittima abbia ottenuto dall'INPS in conseguenza di quel fatto»; in dottrina fra i molti contributi si vedano: SCOGNAMIGLIO, *In tema di compensatio lucri cum damno*, in *Foro it.*, 1952; MONATERI, *Gli usi e la ratio della compensatio lucri cum damno*, in *QUADRIMESTRE*, 1990, p. 377; VISINTINI, *Fatti illeciti.*, cit., p. 364.e Cass. Sez. Un. 13 febbraio 2018, n. 125667

da tener distinta dal diverso giudizio sulla (cd.) “causalità materiale” tra condotta ed evento, riconoscendo la duplicità dell’indagine di natura causale e del doppio nesso causale⁹.

In altri termini i giudici riconoscono – anche se ricorrono sovente nelle sentenze equivoci di ordine concettuale- che l’art. 1223 c.c. presuppone che di un dato fatto si debba rispondere in base ad altre regole che non sono quelle dello stesso art. 1223 c.c. che si limita a considerare le conseguenze successive a quel fatto-evento (inadempimento o fatto illecito), ma il rapporto di causalità e la ragione della responsabilità all’interno di questo fatto, l’art. 1223 c.c. li presuppone disciplinati da altre norme, come scriveva magistralmente Gorla¹⁰.

Questa presa di posizione è più netta in giurisprudenza sul terreno della casistica che si riscontra in materia di danno contrattuale rispetto a quella sul danno extracontrattuale, dove, invece, si leggono in alcune sentenze massime in cui l’art. 1223 c.c. e il criterio delle “conseguenze immediate e dirette», declinato, secondo la teoria della regolarità causale, è impiegato - a mio avviso – in modo distortivo, per risolvere il diverso problema dell’accertamento del nesso di causalità materiale tra condotta del soggetto responsabile ed evento di danno¹¹.

⁹ Cfr. ad esempio Cass. 11 ottobre 2018, n. 25160 e da ultimo Cass. Sez. Un. 11 ottobre 2022, n. 22958, in materia di occupazione *sine titulo* di immobile. Questa impostazione teorica è riferibile a GORLA, *Sulla cosiddetta causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1951, p. 409 ss.; e pubblicato anche in Studi in onore di Cicu, Milano, 1951, I, p. 431 ss.; su tale questione si veda più di recente: ALPA, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 205-206. Su tale questione non mancano prese di posizioni contrarie alla duplicità di indagine: cfr. ad es. CASTRONOVO, *La responsabilità civile*, Milano, 2018, p. 878-879 che afferma: “se applichiamo l’articolo 1223 infatti illeciti alla responsabilità aquiliana, siamo costretti a l’innaturale di spezzare in due segmenti il rapporto di causalità, separando la causalità del fatto dalla causalità dell’evento: cosa che non ha corrispondenti nella trattazione del reato, dell’analisi del quale pure le conseguenze ulteriori rispetto al primo evento pongono la questione se considerarle rilevanti e, fino a qual limite, nel giudizio di responsabilità».

¹⁰ GORLA, *Sulla c.d. causalità giuridica: «fatto dannoso e conseguenze»* cit., a p. 409. Tesi sviluppata successivamente con molta chiarezza da VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, 2 ed. 1999, p. 589 ss.

¹¹ Così, ad esempio, si riscontra in Cass. 9 maggio 2000, n. 5913, ove i Giudici di legittimità senza voler prendere “posizione sulla dibattuta questione se la norma di cui all’art. 1223 c.c. regoli il nesso di causalità giuridica, mentre il nesso di causalità materiale sia regolato esclusivamente dai principi di cui agli articoli 40 e 41 c.p., con conseguente distinzione tra causalità di fatto (contenuta nella struttura delle lecito ed avente come referenti le predette norme penali) e causalità giuridica (contenuta nella struttura della

Questo impiego distorsivo dell'art. 1223 c.c. sul terreno del danno extracontrattuale si spiega forse a causa delle difficoltà di adattamento di questa regola che in origine nel codice civile del 1865 era stata ideata e riguardava il danno contrattuale e soltanto nel codice civile nel 1942 è stata ritenuta applicabile, al danno extracontrattuale, mediante il rinvio operato dall'articolo 2056 c.c.

Inoltre, l'impiego distorsivo dell'art. 1223 c.c. si spiega sul terreno della responsabilità extracontrattuale, perché il giudizio sull'accertamento del nesso di causalità materiale si presenta, infatti, molto più complesso rispetto alla responsabilità per inadempimento, dovendo i giudici risolvere il problema della riferibilità dell'evento di danno al responsabile; problema che nell'ambito della responsabilità del debitore si pone in via eventuale, essendo il più delle volte il debitore individuato sulla base dell'obbligazione rimasta inadempita e dovendo i giudici limitare l'accertamento della riferibilità causale dell'evento di danno alla sfera del debitore.

In altri termini, poiché nell'ambito della responsabilità contrattuale, il creditore deve provare l'esistenza del credito e allegare l'inadempimento e il debitore deve provare l'impossibilità della prestazione derivante da causa al lui non imputabile o l'adempimento, la questione causale si pone solo in via eventuale e in funzione di limitazione della responsabilità¹².

valutazione del danno, di cui agli articoli 2056 1223 c.c.)» [...] affermano che: «per giurisprudenza pacifica il criterio in base al quale sono risarcibili i danni conseguenti dal fatto illecito (o dall'inadempimento in tema di responsabilità contrattuale), deve intendersi, ai fini della sussistenza del nesso di causalità, in modo da comprendere nel risarcimento i danni indiretti e mediati, che si presentino come effetto normale, secondo il principio della c.d. regolarità causale», ritenendo corretta la sentenza impugnata che sulla base delle risultanze delle due consulenze tecniche d'ufficio aveva accertato la responsabilità in capo ai convenuti per effetto dell'aggravarsi del processo patologico già in atto; analoghe argomentazioni si riscontrano in Cass. 21 dicembre 2001 relativa ad un incidente automobilistico; e in Cass. 6 aprile 2006, n. 8096 che sulla scorta di tale principio, ha confermato la sentenza di merito impugnata con la quale era stato ritenuto - con riguardo ad un giudizio di responsabilità extracontrattuale a carico dell'appaltatore e dell'esecutore dei lavori relativi alla posa in opera di una porta in ferro di un garage che si era sganciata dai sostegni che la reggevano per il difettoso sistema di apertura ed aveva travolto, causandone la morte, una signora - che se un soggetto costruisca o sistemi una porta in modo che si scardini e produca un danno per il semplice fatto di venire aperta, la serie causale riconducibile a tale soggetto non rimane interrotta dal comportamento della vittima che, pur consapevole del pericolo ed invitata a non aprire la porta, la apra e ne provochi con questo solo atto lo scardinamento, non presentando tale comportamento il carattere di atipicità ed eccezionalità.

¹² In tale senso si esprime anche CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 878.

Per questa ragione nella casistica che si registra sul terreno della responsabilità per inadempimento i giudici escludono che si ponga un problema di accertamento del nesso di causalità tra comportamento ed evento dannoso, ma solo di limitazione risarcitoria della responsabilità al danno emergente e al lucro cessante.

Ad esempio, in una sentenza afferma espressamente che:

«in tema di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale, poiché il soggetto responsabile è il contraente inadempiente, normalmente non si pone un problema di nesso di causalità tra comportamento ed evento dannoso, ma di estensione della responsabilità, il danno risarcibile coincide con la perdita o il mancato guadagno conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, delimitate in base al giudizio ipotetico sulla differenza tra situazione dannosa e situazione quale sarebbe stata se il fatto dannoso non si fosse verificato (ex plurimis, Cass. Sez. 1 sentenza n. 11629 del 1999). Nell'indagine demandata al giudice di merito rilevano eventuali fattori sopravvenuti all'inadempimento, compreso il comportamento del contraente adempiente, che possono incidere quantomeno nella direzione dell'estensione della responsabilità. L'errore in giudizio in cui è in corso la Corte d'appello ridonda sulla decisione in ordine al *quantum* liquidato, che risulta perciò privo di giustificazione, anche alla luce dell'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina del risarcimento del danno contrattuale»: nella specie, si trattava di un caso di responsabilità di un appaltatore per il mancato completamento di opere su di un immobile in cui la Corte di Appello aveva liquidato il danno in riferimento al valore locativo per dieci anni. La Cassazione ha cassato il ragionamento seguito dalla Corte di merito in quanto non si era tenuto conto del comportamento dei committenti, rimasti inerti per dieci anni, durante i quali avrebbero potuto completare i lavori con spesa modesta per mettere a reddito l'immobile¹³.

In definitiva, nell'ambito del danno contrattuale l'art. 1223 c.c. è applicato in conformità alla sua collocazione sistematica e alla sua origine storica, ovvero quella di disciplinare il *quantum debeatur* e di porre un limite al risarcimento in modo che il debitore non sia esposto in caso di inadempimento all'eventuale perdita di tutto il suo patrimonio per far fronte all'obbligo risarcitorio¹⁴.

¹³ Cfr. Cass. 29 settembre 2016, n. 18832.

¹⁴ Cfr. in tal senso, BARCELLONA, *Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico. Formazione storica e funzione della disciplina del danno contrattuale*, Milano, 1980;

3. Conclusioni.

L'esame degli impieghi giurisprudenziali della formula legislativa delle «conseguenze immediate e dirette», per la sua genericità e indeterminatezza, dimostra che essa possa svolgere il ruolo di “clausola generale”, nella misura in cui consenta ai giudici di ricercare altrove, una regola applicativa, per selezionare e individuare quali siano le possibili poste di danno risarcibile, adeguando le decisioni all'evoluzione sociale ed economica.

VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Ult. Edizione, p. 55.

L'EQUITÀ NELLA VALUTAZIONE DEI DANNI

Valentina Di Gregorio *

Sommario: 1. Dal danno ingiusto al danno risarcibile: il problema della quantificazione. – 2. Il ricorso all'equità nella valutazione del danno. – 3. Il rilievo dell'equità nel risarcimento del danno non patrimoniale e non patrimoniale. – 4. Conclusioni.

1. Dal danno ingiusto al danno risarcibile: il problema della quantificazione.

L'area della responsabilità civile attrae da sempre l'attenzione dei giuristi, non solo come “problema”, ma anche per le implicazioni che ne derivano sul piano economico, sociale e della vita delle persone.

Mentre il dibattito sull'ingiustizia del danno svoltosi nel secolo scorso aveva richiamato l'interesse degli studiosi soprattutto sulla portata espansiva della clausola generale¹, capace di accogliere nuove fattispecie e di abbandonarne apparentemente altre, adattandosi ai mutamenti culturali e sociali, con inevitabili effetti sul piano della disponibilità delle risorse economiche necessarie per la riparazione del danno,

* Professore associato di diritto privato, Università di Genova.

¹ RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, p. 84 ss. e p.109 ss.; ID., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p.709 ss.; TRIMARCHI, *Causalità e danno*, Milano, 1967, p. 6 ss.; ALPA, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, p. 24 ss.; ID., *Responsabilità civile e danno*, Bologna, 1991, p. 115 ss.; ID., *La responsabilità civile. Principi*. 2a ed., Milano, 2018, p. 9 ss.; GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 1 ss. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, p. 359 ss.; ID., *Cos'è la responsabilità civile?* Napoli, 2009, p. 93 ss.

in tempi più recenti l'interesse degli studiosi si è rivolto soprattutto ai criteri di risarcibilità del danno, alla sua quantificazione e alla figura del danno non patrimoniale.

Il danno all'ambiente, il danno derivante dalla lesione dei diritti di proprietà intellettuale, il danno da lesione degli interessi legittimi, il danno *antitrust*, il danno alla riservatezza (e la lesione di altri diritti della personalità)², il danno familiare (eso e endofamiliare), il danno lavorativo (da *mobbing* e da demansionamento), per esemplificare, hanno favorito un ripensamento delle coordinate generali del tema con particolare riguardo al danno non patrimoniale, oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina e dei *dicta* della giurisprudenza che ne ha fissato i confini risarcitori nel quadro dell'art. 2059 c.c., ma in rapporto ai principi costituzionali³, mutando l'assetto dei rapporti tra diritti e rimedi nel sistema della responsabilità civile⁴.

A partire dal secondo millennio, infatti, l'emergere di nuove esigenze di mercato, la fragilità delle relazioni familiari e sociali, e l'affermarsi, al contempo, di istanze solidaristiche volte a valorizzare aspetti della dimensione umana, dapprima considerati insignificanti o non tutelabili sul piano privatistico (così, ad esempio, il danno da vacanza rovinata, il danno da privazione genitoriale, il danno subito dai congiunti della vittima di lesioni, i danni da ritardo nei rapporti con la P.A.), hanno rafforzato l'esigenza di comparare gli interessi in gioco per valutarne il grado di rilevanza nel quadro dei rapporti tra principio di tolleranza dell'offesa e principio di solidarietà verso la vittima⁵.

Laddove il legislatore non intervenga direttamente a regolare specifiche figure di danno, l'elasticità della clausola generale del danno ingiusto e la sintesi della

² Sul punto la disciplina è oggi contenuta nel GDPR n. 679/2016, attuato con il d.lgs. n. 101/2018 che ha integrato il d. lgs. n. 196/2003.

³ L'ambito della risarcibilità è stato ricondotto entro i cardini della gravità dell'offesa e della serietà del pregiudizio dalla Cassazione nelle note sentenze di MARTINO (Cass., sent., 11.11. 2008, nn. 26972-26975) e, in particolare, da Cass., sent., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56 ss., con nota di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*, con nota di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*, p. 63 ss.

⁴ Mi si permetta di rinviare, *ex aliis*, a V. DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale*, Torino, 2018, p. 3, per una sintesi, e al precedente studio *La valutazione equitativa del danno*, Padova, 1999, p. 75 e p. 655 e ss., ove riferimenti giurisprudenziali.

⁵ L'interesse degli studiosi si focalizza sul concetto di danno non patrimoniale, a lungo pietrificato nell'ambito asfittico dei "casi determinati dalla legge" di cui all'art. 2059 c.c., che viene riconsiderato nel quadro della tutela dei diritti inviolabili della persona protetti dall'art. 2 Cost.; V. sul tema G. ALPA, *Elogio dell'incertezza*, Napoli, 1991; E. NAVARRETTA, *Diritti inviolabili e risarcimento del danno*, Torino, 1996.

norma sul danno non patrimoniale divengono quindi il bacino ove si riversano fattispecie nuove, fonte di una giurisprudenza co-artefice della disciplina vigente.

Il panorama normativo negli ultimi anni si è inoltre arricchito della regolamentazione europea che, in una prospettiva più ampia di quella attinente alla sola responsabilità civile e diretta a strutturare un apparato regolatorio normativo in campo tecnologico nel quale affiora la necessità di riconoscere una tutela effettiva ai diritti fondamentali delle persone, si è innestata nel sistema interno dettando disposizioni nel campo dell'intelligenza artificiale, della cybersicurezza, della circolazione dei dati e segnando le tappe di un percorso - tuttora in evoluzione - mirato ad affiancare previsioni di tipo risarcitorio a misure di tutela preventiva, contemplate nei regolamenti e nelle direttive⁶.

In questo articolato contesto assume particolare importanza, non solo la delimitazione dell'ambito della tutela risarcitoria nei vari tipi di danno, ma anche l'individuazione dei criteri necessari per compensare la perdita subita dal danneggiato e per la realizzazione della funzione satisfattiva, consolatoria e deterrente del risarcimento.

Dal terreno dell'identificazione dei pregiudizi che si giudicano meritevoli di risarcimento l'interesse si sposta dunque sull'uso dei criteri di quantificazione del danno, per il quale, in assenza di specifici riferimenti normativi o di criteri standardizzati è possibile attingere dalle norme degli artt.1226 e 2056 del codice civile, che rappresentano lo strumento per addivenire alla quantificazione di una serie variegata di tipologie di danno, assumendo un ruolo fondamentale soprattutto nel quadro della calcolabilità del danno non patrimoniale⁷.

2. Il ricorso all'equità nella valutazione del danno.

Il tema della valutazione equitativa è una delle questioni più complesse che gli studiosi sono tenuti ad affrontare nel campo del risarcimento del danno, essendo centrata sull'individuazione di un metodo adeguato a garantire al danneggiato di ritrovarsi nello *status quo ante* il verificarsi dell'evento dannoso.

⁶Tra gli ultimi atti normativi: GDPR n. 679/2016; *Regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (AI Act)* Regolamento (UE) P9 TA (2024) 0138, *European Data Governance Act*, Regolamento (UE) 2022/868, *Data Act*, Regolamento (UE) 2023/2854.

⁷L'adozione di parametri standard è attuata con la redazione delle tabelle da parte dei tribunali (e, in particolare dal tribunale di Milano e di Roma) per la quantificazione del danno alla persona. Per alcuni riferimenti di carattere pratico v. AA.VV., *Le tabelle del Tribunale di Milano, per la liquidazione del danno non patrimoniale*, 2023, Santarcangelo di Romagna.

La dottrina anteriore al codice civile vigente, riguardo all'art. 1227 del codice del 1865, che già conteneva il riferimento alla perdita subita e al mancato guadagno, aveva segnalato l'importanza di accogliere un concetto di danno nell'accezione di lesione di un interesse, distinto dal danno risarcibile, sia in materia extracontrattuale che contrattuale; in questo quadro, nelle elaborazioni della dottrina e nelle applicazioni giurisprudenziali del secolo scorso ha svolto un ruolo di supremazia il danno patrimoniale⁸.

Il binomio danno/lesione di un interesse – danno/perdita patrimoniale ha iniziato a perdere terreno quando si è compreso che l'evolversi della società e i cambiamenti economici offrivano tutela tramite il risarcimento del danno patrimoniale anche alla lesione di diritti e interessi non patrimoniali.

La patrimonialità del danno non è infatti aprioristicamente determinata, ma è legata alle conseguenze economiche dell'evento sui beni e sui rapporti in senso lato del danneggiato: se gli effetti pregiudizievoli riguardano beni che hanno nel mercato un parametro di misurazione in termini economici, il danno è di carattere patrimoniale indipendentemente dalla natura patrimoniale del diritto, mentre se tali effetti non sono misurabili sul piano economico perché si tratta, ad esempio, della diminuzione della qualità della vita della persona o di una sofferenza interiore, la stima basata sul valore non può applicarsi. Le tecniche di valutazione traducono il danno-pregiudizio in obbligazione risarcitoria, sicché il problema della quantificazione diviene centrale nella dinamica aquiliana.

Il principio di riparazione integrale del danno, pur non avendo esplicito riconoscimento a livello costituzionale, trova considerazione nell'art. 1223 c.c. che suggerisce un criterio di selezione delle conseguenze risarcibili secondo cui il patrimonio lesso deve essere reintegrato totalmente (in ambito anche extracontrattuale, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2056, 1° comma), con la dovuta rivalutazione e gli interessi, calcolati nel momento in cui il risarcimento viene accordato.

Nel campo del danno patrimoniale, il *quantum* è ricavato attraverso criteri che consentono di calcolare il disvalore derivato dall'evento dannoso, ricavabile attraverso strumenti processuali come la perizia e la consulenza tecnica; l'art. 1225 c.c. limita il risarcimento al danno prevedibile escluso il caso di dolo, mentre sono generalmente ininfluenti gli elementi soggettivi del fatto illecito e l'eventuale ar-

⁸ F. CARNELUTTI, *Il danno e il reato*, Padova, 1926, pp. 14 e 19 ss., negando valore giuridico al concetto di bisogno, come attitudine di un oggetto a soddisfare un'utilità, precisa che il concetto di interesse può intendersi quale relazione *quae inter est* tra l'uomo e il bene ed assume rilievo non come danno in genere, ma come "danno antigiuridico" o torto.

ricchimento del responsabile, apprezzabili piuttosto nella valutazione del danno non patrimoniale⁹. La valutazione equitativa del giudice prevista nell'art.1226 c.c. sopperisce alle difficoltà di quantificazione quando il danno, pur essendo certo nell'*an*, resta incerto nel suo ammontare, come stabilito anche nell'art. 2056 c.c. che richiama il lucro cessante, riferendosi ad una proiezione futura delle conseguenze dell'illecito di non agevole liquidazione¹⁰.

Il ricorso all'equità, indicato quale linea di determinazione del *quantum* anche in altre disposizioni della trama legislativa, permette quindi al giudice di procedere alla liquidazione del danno attraverso un apprezzamento discrezionale delle circostanze, nel rispetto dell'art. 1223 c.c., purché i parametri oggettivi adottati nella decisione siano espressi e il metodo di liquidazione applicato sia controllabile almeno nelle linee generali del ragionamento, a garanzia dell'uniformità dei criteri e in ragione della tipologia e dell'entità del pregiudizio.

Per evitare che la decisione divenga meramente arbitraria e sottratta ad ogni controllo¹¹, l'operazione valutativa deve fondarsi su parametri oggettivi e su un prudente temperamento da parte del giudice dei vari fattori di probabile incidenza sul caso concreto, di cui occorre dare conto nella motivazione con indicazione del rilievo ad ognuno attribuito, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito e consentire il sindacato del rispetto dei principi di effettività e di integralità del risarcimento (tra questi: la gravità del fatto, le condizioni soggettive

⁹ Un preciso riferimento al principio di riparazione integrale è contenuto nel d.lgs. n. 3/2017, emanato a seguito della direttiva 2014/104/UE sull'*enforcement* in materia di antitrust, il cui art. 14 stabilisce, attraverso il richiamo esplicito degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c., che il risarcimento deve essere integrale, comprensivo di danno emergente e lucro cessante, degli interessi maturati dal momento in cui il danno si è prodotto fino all'effettivo risarcimento. La *ratio* della disposizione è, per esplicita previsione della norma comunitaria, di carattere compensatorio.

¹⁰ Come anche nel caso del danno non patrimoniale derivante dall'inadempimento di obbligazioni da contratto, quando non è previsto un metodo di quantificazione predeterminato dalla legge. Sulla prova, anche presuntiva, della certa esistenza del danno, nonché del nesso di causalità v. Cass., ord., 18 marzo 2022, n. 8941 in *Dejure*. È consolidato l'orientamento secondo cui il giudice può fare ricorso al criterio della liquidazione equitativa del danno, ove ne sussistano le condizioni, anche senza domanda di parte, trattandosi di criterio rimesso al suo prudente apprezzamento: tra le altre, Cass., sent. 5 febbraio 2021, n. 2831 in *Dejure*; Cass., ord., 24 gennaio 2020, n. 1636 in *OneLegale*.

¹¹ Tra le ultime decisioni che affermano tale principio si veda: Cass., sent., 14 ottobre 2021, n. 28075; Cass., sent., 17 novembre 2020, n. 2605 e Cass., ord., 31 gennaio 2018, n. 2327, tutte in *Dejure*.

del danneggiato, l'entità della sofferenza e del turbamento d'animo, la gravità della condotta del danneggiante, con esclusione dei fattori riguardanti le condizioni economiche)¹².

Il *quantum* è stabilito sulla base di esigenze di giustizia derivanti da circostanze particolari, in cui trovano considerazione, quando si tratti di danno non patrimoniale anche la sofferenza personale, il cambiamento delle abitudini e la lesione della dignità, purché il giudizio rimanga ancorato ad elementi certi e obiettivi, nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale¹³: la ricerca dell'omogeneità tra risarcimento e danno, che non può essere naturalisticamente resa dal denaro, si attua mediante un metodo conforme al principio di proporzionalità che trova attuazione anche attraverso la valutazione equitativa¹⁴.

3. Il rilievo dell'equità nel risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale.

La valutazione equitativa è ammessa nel risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale, in ambito contrattuale ed extracontrattuale.

Per il danno non patrimoniale, in particolare, la Cassazione nella sentenza n. 26972/2008 ha esplicitamente fatto menzione dell'equità *ex art.* 1226 c.c., indicandola quale modalità di determinazione del *quantum* risarcitorio anche per il danno da inadempimento.

Tra settori in cui più frequentemente si adotta il suddetto criterio in ambito contrattualistico rientrano i rapporti di intermediazione finanziaria,

¹² Cfr. Cass., sent., 2 luglio 2021, n. 18795 in *Dejure*. Sul punto si veda Cass., sent., 19 ottobre 2015, n. 21087, in *Giust. Civ. Mass. 2015*, Cass., sent., 31 luglio 2015, n. 16222 in *Resp. Civ e Previdenza 2016* e Cass., sent., 9 gennaio 2013, n. 3582 in *Dejure*. V. DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale*, cit. passim.

¹³ A. DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 539; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 21 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss.; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709, *ibidem*, p. 733). Sul tema v. anche L. ROVELLI, *Principi, clausole generali, concetti indeterminati nell'applicazione giurisprudenziale*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., 1 ss.

¹⁴ E. NAVARRETTA, *Il danno alla persona tra solidarietà e tolleranza*, in *Resp. civ. prev.*, 2001, p. 801 ss. e V. DI GREGORIO, *La calcolabilità del danno non patrimoniale. Criteri di valutazione e discrezionalità del giudice*, Torino, 2018, p. 188.

bancari, societari, la responsabilità professionale, alcuni rapporti nascenti da contratti di larga diffusione, come il contratto di locazione¹⁵, il contratto di trasporto¹⁶, i contratti di servizi di fornitura¹⁷, il contratto di appalto

¹⁵ In materia di locazione è spesso necessario procedere alla quantificazione del danno da mancato rispetto dell'obbligo di mantenere l'immobile locato nelle condizioni idonee allo svolgimento dell'attività del conduttore e del (maggior) danno per il locatore derivante dalla mancata disponibilità del bene per mancato rilascio. L'art. 1591 c.c., infatti, impone al conduttore in ritardo sul rilascio dell'immobile di versare il corrispettivo convenuto fino alla data di effettiva riconsegna della cosa locata: così, ad es., Cass. sent., 5 maggio 2014, n. 2828, in *Dejure*. Nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, il danno da perdita subita di cui il proprietario chiedi il risarcimento che non può essere provato nel suo preciso ammontare è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, eventualmente con il ricorso al parametro del canone locativo di mercato (Cass., sent., 15 novembre 2022, n. 33645 in *Dejure*; Cass., sent. 26 ottobre 2012, n. 18499, ivi; Trib. Roma, sent., 15 gennaio 2018, ivi), anche sulla base di una consulenza tecnica diretta all'accertamento del canone di mercato dei contratti di locazione (Cass., sent., 7 marzo 2002, n. 3327, in *Dejure*).

¹⁶ Nel caso di danno da lucro cessante per avaria o perdita delle merci per fatto imputabile al vettore, il riferimento normativo è, nei rispettivi ambiti applicativi, sia all'art. 1696 c.c. in materia di calcolo del danno, sia all'art. 516 c. nav. in materia di valore assicurabile delle merci: v. Cass., sent., 28 dicembre 2016, n. 27193, in *Dejure*.

¹⁷ Viene quantificato in via equitativa, ma senza una precisa descrizione dei parametri di riferimento, il danno non patrimoniale da mancata somministrazione o da interruzione della fornitura dell'energia elettrica, quando il perdurare dell'inadempimento si protrae per un lasso di tempo tale da comportare un disagio, oltre che un aggravio patrimoniale (Cass., sent., 22 dicembre 2015, n. 25731, in *Foro.it*, 2016, I, c. 871, ha riconosciuto il danno non patrimoniale da interruzione della somministrazione dell'energia elettrica in uno studio legale per la durata di ventitré giorni, negandolo invece in un caso in cui non era stata data prova del nesso causale tra la chiusura dell'attività e l'interruzione dell'energia elettrica in un esercizio commerciale: così, Cass., sent., 14 luglio 2017, n. 17557, in Dirittoegiustizia.it), purché ricorrano gli elementi della serietà del pregiudizio e della gravità della lesione (Cass., sent., 4 giugno 2009, n. 12885 in *Dejure*; Cass., sent., 28 marzo 2013, n. 5096, in *Dejure* e Trib. Monza, 18 novembre 2015, in *Dejure*, relativamente alla mancata fornitura di gas per la durata di tredici giorni, Trib. Milano, 22 gennaio 2016, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 852 e Trib. Montepulciano, 20 febbraio 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2765 per la mancata fornitura o l'interruzione del servizio telefonico, Trib. Genova, 24 novembre 2006, in *Dejure*, per il danno da addebito di servizi opzionali mai richiesti rilevanti sull'assetto relazionale della vita del danneggiato turbato da condotte aggressive e subdole poste in essere dal gestore telefonico, Cass. sent., 3 agosto 2017, n. 19342 in *Pluris*, Cass., sent., 8 giugno 2018, n. 14916 in neldiritto.it, per il danno da mancato o inesatto inserimento dei nominativi o altri dati negli elenchi telefonici). Per la fornitura di beni è valutato con riferimento all'art. 1226 c.c. il danno da discredito commerciale per la fornitura di merce non idonea, utilizzata dal danneggiato

privato¹⁸.

Uno dei più fecondi ambiti applicativi dell'art. 1226 c.c. è il rapporto di lavoro ove le fattispecie in cui è richiamato il criterio equitativo sono varie ed eterogenee e riguardano sia il danno all'integrità fisica derivante da infortunio sul lavoro o da malattia professionale¹⁹, sia il danno originato dal comportamento illegittimo, scorretto o persecutorio del datore di lavoro nei confronti del lavoratore²⁰ che può tradursi in un demansionamento professionale che incide sugli aspetti professionali dell'attività del lavoratore, in violazione dell'art. 2103 c.c. La condotta dell'autore del danno consiste tanto in una vera e propria attribuzione al dipendente di mansioni inferiori, quanto nella riduzione del suo impegno lavorativo o in una mancata promozione, fonte della perdita della capacità professionale o della mancata acquisizione di una maggiore professionalità, oppure in una perdita di *chances* lavorative intese come ulteriori possibilità di guadagno o ulteriori potenzialità occupazionali²¹. Parimenti è valutato secondo parametri equitativi il patimento subito dal prestatore di lavoro a causa del *mobbing* attuato dal datore di lavoro e/o dai colleghi, quando

per la fabbricazione di prodotti finiti. In tal caso, sono stati ritenuti utili parametri di quantificazione il "volume di affari attuale e virtuale della ditta acquirente" e la "colpa concorrente, ex art. 1227 c.c., di quest'ultima, che avrebbe potuto accorgersi per tempo delle radicali deficienze qualitative del materiale fornito, ed astenersi dal commercializzare i prodotti realizzati con quel materiale" (Cass., sent., 30 ottobre 2015, n. 22301 in [Dirittoegustizia.it](#)). V. per una più ampia casistica, V. DI GREGORIO, *Valutazione equitativa del danno*, in E. NAVARRETTA, *Codice della responsabilità civile*, Milano, 2021, p. 509 ss. e M. TURCI, *Danni non patrimoniali agli enti collettivi*, ivi, p. 2012 ss.

¹⁸ In materia di appalto, quando la prova del danno o della diminuzione di valore dell'opera appaltata è impossibile o difficoltosa, la valutazione equitativa può essere compiuta, sia ai fini del risarcimento del danno, sia nell'ottica della riduzione del prezzo ex art. 1668 c.c. per vizi o difformità dell'opera, purché il giudice indichi nella motivazione le ragioni che lo hanno indotto a determinare la somma dovuta o la percentuale di riduzione del prezzo (Cass., sent., 27 giugno 2018, n. 16908, in *Onelegale*; Cass., sent. 23 marzo 2006, n. 6565, in *Dejure*).

¹⁹ Con la sentenza 11 novembre 2008, n. 26972 viene confermata la natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio o la malattia professionale causata al lavoratore, già espressa in precedenza con la decisione n. di Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n.6572, *Riv. it. dir. lav.*, 2006, p. 696, con nota di R. SCOGNAMIGLIO.

²⁰ P. ALBI, *Il danno non patrimoniale ed il rapporto di lavoro*, in *Il danno non patrimoniale: Principi, regole e tabelle per la liquidazione*, (a cura di) NAVARRETTA, Milano, 2010, p. 561 ss. e F. D. BUSNELLI - S. PATTI, *Danno e responsabilità civile*, II ed., Torino, 2003.

²¹ Cass., sent. 5 dicembre 2017, n. 29047 in *Dejure*.

si sia tradotto in un danno biologico o anche in assenza di esso²² o il danno da discriminazione²³.

Il processo di valutazione e di calcolo della somma dovuta al danneggiato è particolarmente complesso quando la lesione dell'interesse coinvolge aspetti ideali o morali che non trovano corrispondenza in valori pecuniari ove, in assenza di esplicite disposizioni normative, emergono esigenze estimative dai fondamenti fragili ed evanescenti che trovano soluzione attraverso l'apprezzamento giudiziale fondato sull'equità *ex artt.* 1226 e 2056 c.c.

Tra i principali interventi normativi che hanno riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale, talora indicando un criterio di quantificazione, si ricorda la legge sulla responsabilità civile dei magistrati²⁴, il gruppo di norme antidiscriminatorie di derivazione comunitaria²⁵, la legge sull'equa riparazione del danno patrimoniale e non patrimoniale per la durata irragionevole del processo²⁶, il codice della proprietà industriale²⁷.

Nei casi in cui il legislatore non sia intervenuto a indicare parametri oggettivi cui attingere per la valutazione e quantificazione del danno non patrimoniale

²² Cass., sent., 10 agosto 2017, n. 19973, in *Guida al diritto*, 2017, 40, p. 51; Cass., sent., 26 aprile 2016, n. 8243, in *DeJure*.

²³ Purché ne sia data prova: Cass., sent. 5 giugno 2013, n. 14206, in *DeJure*.

²⁴ Art. 2 l. 13 aprile 1988, n. 117, modificata dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18.

²⁵ L'art. 44 del T.U. immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286) prevede il risarcimento per discriminazioni razziali. Successivamente, altri testi normativi come il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215 e il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, che attuano direttive europee, impongono risarcimenti per discriminazioni basate su razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età o orientamento sessuale, imponendo sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive. La legge 1° marzo 2006, n. 67, sulla tutela contro le discriminazioni delle persone con disabilità, e l'art. 37 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198) ribadiscono la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di discriminazione.

²⁶ L. 24 marzo 2001, n. 89, c.d. legge Pinto, il cui art. 2 stabilisce i criteri per la quantificazione del risarcimento, fissando un valore minimo e massimo per ogni anno di ritardo oltre il termine ragionevole.

²⁷ In particolare, l'art. 125 del Codice, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140, in attuazione della direttiva *Enforcement* 2004/48/CE, prevede il risarcimento del danno morale, oltre a quello economico, derivante dalla violazione dei diritti di proprietà intellettuale. Anche l'art. 158 della legge sul diritto d'autore, nella sua versione aggiornata, stabilisce criteri per il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale causato da violazioni di tali diritti.

resta l'equità di cui agli artt. 1226 e 2056 la chiave di soluzione del problema della determinazione della somma dovuta.

Per questa voce di danno risulta di difficile applicazione la regola dell'equivalenza fondata sull'art. 1223 c.c., sottraendosi il danno non patrimoniale per natura ad una misurazione oggettiva e razionale, sicché dalla funzione risarcitoria, intesa a "compensare" la perdita, si trascorre a quella satisfattiva e deterrente che ristora la vittima con il pagamento di una somma di denaro volta a dare una soddisfazione alternativa "nella sempiterna dialettica tra funzione di compensazione e funzione di prevenzione della responsabilità"²⁸.

Trova nel quadro descritto giustificazione la stretta interdipendenza tra quantificazione e funzione della responsabilità, potendo l'entità e i parametri della valutazione del danno adottati non solo fornire una base di riferimento omogenea per la liquidazione del danno, ma anche costituire i presupposti per confermare la funzione polivalente della responsabilità civile, protagonista del dibattito approdato presso le sezioni unite della Cassazione nel 2017 a seguito del quale è stato riconosciuto uno spazio nel nostro ordinamento ai danni punitivi, sia pure nei limiti del rispetto dei principi di ordine pubblico²⁹.

Nella valutazione del danno non patrimoniale, il principio di equivalenza, destinato a compensare la perdita subita, si attenua a favore di un'accentuazione della valenza preventiva della responsabilità, giustificata dall'esigenza di protezione di nuovi beni e interessi e finalizzata a soddisfare il senso di giustizia della vittima, cui si aggiunge, secondo una visione conforme ai recenti orientamenti della giurisprudenza, ricavabile dalle disposizioni vigenti indirizzate in tal senso e segnalata da tempo anche dalla dottrina, anche una funzione sanzionatoria, da

²⁸ Sono parole di ROPPO, *Responsabilità civile e mercato finanziario*, in *Danno e resp.*, 2002, p. 100.

²⁹ Cass., sez. un., 5.7.2017, n. 16601, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2613, con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, E. D'ALESSANDRO, R. SIMONE, P.G. MONATERI, in *Dir. comm. int.*, 2017, p. 709, con nota di M. LOPEZ DE GONZALE. La sentenza è commentata da G. ALPA, *Il dibattito intorno ai danni punitivi*, in *Contr. e impr.*, 2017, p. 1084 ss., M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?* *ivi*, 2017, p. 1107, G. PONZANELLI, *Sezioni unite e danni punitivi*, *ivi*, 2017, p. 1122, Fa BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, *ivi*, 2017, p. 1129. Sul tema diffusamente: C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 1109 ss. In precedenza, Cass., sent. 19.1.2007, n. 1183, in *Foro it.*, 2007, I, c. 146, con nota di G. PONZANELLI, aveva rinnegato la figura dei danni punitivi per contrasto con la clausola di ordine pubblico. Di recente sul tema v. L. OLIVIERI, *Compensazione e sanzione nella responsabilità civile. Contributo a un'analisi funzionale*, Pisa, 2024.

tenersi tuttavia distinta da quella punitiva, generalmente considerata, nella prospettiva sopra citata, ultra-compensativa per la vittima e quindi da respingere per contrarietà alle regole sull'ingiustificato arricchimento.

Di qui la ricerca di soluzioni fondate sul valore preventivo della tutela risarcitoria, concepita come strumento di compensazione della situazione violata e contestualmente di riequilibrio generale del sistema della responsabilità civile, in un quadro di interesse privato e pubblico, realizzabile soprattutto attraverso l'adozione di un metodo di quantificazione che rispetti i principi costituzionali posti a presidio della dignità della persona.

L'equità è criterio necessario, in particolare, in tema di danno non patrimoniale alla persona.

In tale contesto, la liquidazione mediante il criterio tabellare che ha legittimato il giudice a procedere secondo equità nella determinazione del *quantum* del danno da lesione dell'integrità psico-fisica sotto il profilo non patrimoniale ha gradualmente acquisito un valore vincolante.

La Cassazione, infatti, ne ha decretato l'utilizzo, obbligando i giudici di merito a fornire una motivazione adeguata qualora intendano discostarsene, anticipando la formalizzazione di un criterio successivamente consacrato nelle tabelle periodicamente aggiornate dell'Osservatorio della Giustizia del Tribunale di Milano che fissano un criterio di valutazione per il danno non patrimoniale³⁰.

Il richiamo all'equità per la valutazione del danno è ricorrente anche nel campo della lesione dei diritti della personalità e in particolare, dell'onore, della reputazione, dell'immagine e della riservatezza, in cui la valorizzazione del criterio è ampiamente ricavabile dalla nota sentenza del decalogo dei giornalisti in tema di bilanciamento tra diritto di cronaca e diritto all'onore e alla reputazione nella diffamazione a mezzo stampa, che costituisce tuttora il modello di riferimento nelle controversie aventi ad oggetto la materia in questione³¹.

³⁰ Cass., ord., 2 dicembre 2021, n. 38077, in *Guida al dir.*, 2021, 48.

³¹ Cass., sent., 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2711. Nel campo della diffamazione a mezzo stampa è l'art.12 della l. n.47/1948 a indicare i criteri della gravità dell'offesa e della diffusione dello stampato per la determinazione di una somma a titolo di riparazione pecuniaria, prevista quale specifica sanzione oltre ai rimedi del risarcimento del danno non patrimoniale, della rettifica e della pubblicazione della sentenza (artt.8 e 9), ma i medesimi parametri vengono utilizzati anche per la valutazione equitativa di danni originati da comportamenti lesivi dei dell'onore e della reputazione non attuati con il mezzo della stampa.

Lo sviluppo e l'affermazione di nuovi strumenti di comunicazione di massa e l'avvento dell'era digitale hanno oggi esteso la dimensione del fenomeno, legittimando il risarcimento del danno sia nel caso di diffusione di notizie inaffidabili o lesive della reputazione, sia nelle situazioni in cui si assiste ad una rapida divulgazione delle informazioni non autorizzate³².

Un terreno di recente applicazione del criterio equitativo è anche quello degli illeciti c.d. endofamiliari, in cui rientrano casi di lesione del rapporto di filiazione o del rapporto coniugale generata dalla violazione dei doveri coniugali e, in particolare, del dovere di fedeltà, che si considerano fonte di risarcimento, non solo nel quadro della violazione di diritti riguardanti la coppia unita in matrimonio, ma anche nella sfera del diritto all'onore e alla dignità della persona³³.

Nella determinazione del *quantum* del danno liquidato secondo equità incidono i parametri di carattere oggettivo che sono stati sopra richiamati, come la gravità del fatto e del reato eventualmente ascritto all'autore dell'illecito, il grado di diffusione della notizia, il mezzo di divulgazione e la sua credibilità ed affidabilità (c.d. *clamor fori*), mentre restano aperte le questioni legate all'onere probatorio che deve comunque essere assolto dal danneggiato e non può ritenersi soddisfatto con la mera constatazione del danno *in re ipsa*³⁴.

³² Sul terreno della lesione della reputazione e dell'immagine lo strumento risarcitorio viene fondato su criteri di valutazione del danno basati sull'equità: così, Cass., sent., 27 giugno 2018, n. 16908, in *Dejure*. La rapidità dell'evoluzione tecnologica ed in particolare i sistemi di ricerca in rete dotati di meccanismi di indicizzazione delle notizie costituiscono una fonte di danno alla reputazione di sempre maggiore rilievo, come testimoniato dall'approdo della questione innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nel noto caso Google Spain. CGUE C-131/12 13 maggio 2014.

³³ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Familia*, 2005, p. 367, con nota di M. SESTA e di G. FACCI. Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *Dejure* e, nella giurisprudenza di merito, tra le altre, Trib. Venezia, 18 aprile 2006, in *Dejure* e Trib. Roma, 27 ottobre 2011, in *Guida al dir.*, 2012, 5. Sull'inosservanza degli obblighi di legge da parte del genitore a seguito del riconoscimento del figlio: Cass., sent., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Dejure*, e, nel caso della falsa paternità del genitore che ha adempiuto i suoi doveri confidando nella genuinità della relazione parentale, dolosamente ingannato dalla madre, v. Cass. ord. 16 febbraio 2015, n. 3079, in *Giur. it.*, 2015, p. 2333.

³⁴ Cass., 25 agosto 2014, n. 18174, in *Dejure*; Trib. Roma, 9 maggio 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2492; Trib. Milano, 19 aprile 2016, in *Dejure*, Trib. Trani, 5 giugno 2009, in *Dir. inf.*, 2010, p. 263. Sul tema v. F. MEZZANOTTE, *La valutazione equitativa del danno*, Torino, 2022, p.15 ss.

4. Considerazioni conclusive.

In assenza di criteri predeterminati dalla legge, la quantificazione del danno, si è detto, è affidata alla discrezionalità del giudice che, laddove non sussistano linee guida (come, ad esempio, nel caso del danno parentale, da diffamazione e da carente consenso informato ove sono state elaborate tabelle di valutazione da parte dei tribunali) assume la decisione basandosi su presupposti valutativi variabili anche se riguardanti fattispecie caratterizzati da elementi comuni³⁵.

Il ricorso all'equità, se da un lato garantisce l'adattamento della misura del danno al caso esaminato attraverso la conversione in denaro dei criteri individuati e risponde alle norme di legge che ne impongono l'uso quando non vi siano altre modalità di determinazione del *quantum* prestabilite dalla legge, dall'altro pone un problema di parità di trattamento sul territorio nazionale e di perequazione delle valutazioni in casi simili.

Le sentenze della Corte di cassazione del 2008 hanno dichiarato l'unicità del danno non patrimoniale, frenando la moltiplicazione dei risarcimenti dei disagi in chiave esistenziale e riconoscendo, di converso, l'importanza, sotto il profilo risarcitorio, della lesione di interessi costituzionalmente protetti sui quali in precedenza si addensavano contrasti interpretativi, ma nonostante la coerenza della soluzione raggiunta con le previsioni legislative degli artt. 2056, 1226 c.c. e delle leggi speciali che richiamano l'equità e l'esigenza di personalizzazione, l'ontologica unificazione lascia aperta la questione dell'uniformità, almeno per tipi, della quantificazione.

Quella della quantificazione resta infatti un'operazione difficile sotto il profilo dell'omogeneità delle decisioni perché la valutazione equitativa (nel danno non patrimoniale soprattutto), se non è ancorata a criteri che rendano possibile, almeno per categorie di danno, il controllo dei risultati, non permette la calcolabilità del danno neppure per tipologie omogenee.

Calcolabilità dell'ammontare del danno significa prevedere in anticipo quale potrà essere, alla luce del diritto vivente, la decisione e poterne valutare l'opportunità e i costi anche nel quadro della scelta di una strategia difensiva o di rinuncia alla domanda di tutela. Poiché il caso deciso contiene un'anticipazione di ciò che potrà essere deciso nel futuro e che rende possibile la previsione e la calcolabilità, è indispensabile che gli indici di rilevanza del ragionamento del giudice nel giudizio equitativo siano espressi per riconoscere al processo di

³⁵ V. Tabelle Tribunale Milano.

applicazione del diritto al caso concreto i requisiti di razionalità che rendono oggettiva la fattispecie³⁶.

Deve tuttavia riconoscersi che l'equità, che garantisce immediata giustizia alla realtà di un rapporto che lega due parti - di cui una è obbligata nei confronti dell'altra - legittima una decisione che, in rapporto alla specificità e all'identità del caso concreto, non è sempre controllabile, essendo fondata su fattori variabili e legata alla discrezionalità del giudice che, nel procedere secondo il suo prudente apprezzamento, gode comunque di un margine di valutazione che consente l'adattamento della regola al caso concreto, mediante un procedimento di personalizzazione³⁷.

L'equità cui si fa ricorso nella valutazione del danno tuttavia non può essere considerata uno strumento eccezionale, ma deve ritenersi un criterio di chiusura del sistema che consente di pervenire alla quantificazione del danno - nella responsabilità contrattuale ed aquiliana - quando non sia previsto un preciso parametro sul piano legislativo o non sia possibile attingere dalla volontà delle parti come espressa nel contratto, nel quadro dei principi di effettività, adeguatezza e proporzione espressi anche dalla normativa comunitaria; è un mezzo a disposizione del giudice per la specificazione in concreto degli elementi che la norma di diritto applicata non potrebbe in astratto configurare.

Tale considerazione non attribuisce all'equità nella valutazione del danno la funzione di una clausola generale che rischierebbe di legittimare eccessivamente la discrezionalità del giudice³⁸; sotto questo profilo non può darsi un'equiparazione tra equità e buona fede di cui all'art. 1375, cui si ascrive invece la suddetta natura.

Infatti, mentre in tema di buona fede l'applicazione dei principi insiti nelle norme che ad essa fanno richiamo comporta la creazione di una regola generale adatta per il caso di specie (e ad altri analoghi casi) con un ruolo determinante del

³⁶ Evidenzia l'importanza della fattispecie quale strumento di calcolabilità M. WEBER, *Economia e società*, trad. it., Milano, 1974, p. 17 ss.

³⁷ Poter contare sulle sentenze che verranno pronunciate è un'esigenza chiaramente espressa da N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, I, p.12, secondo cui "l'incalcolabilità delle leggi, invece rientra, ormai da decenni, nella comune esperienza e nell'analisi della dottrina".

³⁸ Cfr., sul punto, il pensiero di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 214 e 246; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, cit., p. 172 s.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, 5 ss. In generale sul tema v. anche F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, 2017, Giuffrè, p. 117 ss.

precedente giurisprudenziale, in tema di equità, la creazione di una regola, dettata dall'esperienza, è mirata a risolvere il caso concreto, potendosi fare ricorso ad essa soltanto quando sia la legge a permetterne esplicitamente l'utilizzo³⁹.

Pur coinvolgendo le clausole generali il potere di apprezzamento del giudice, tale potere si basa su principi criteri che attribuiscono rilievo a interessi delle parti in giudizio attraverso le quali si introducono nell'ordinamento nuove *regulae iuris*, costruite intorno alla buona fede, al buon costume, alla correttezza; l'equità di cui agli articoli 1226 e 2056 c.c., autorizza invece il giudice a esprimere un giudizio di valore basato sulle circostanze concrete del caso, determinando l'entità del danno risarcibile. In particolare, il *quantum* è stabilito sulla base di esigenze di giustizia provenienti da circostanze di fatto differenti nei vari casi per i quali si rende necessario, nell'obiettivo perequativo e di prevedibilità sopra descritto, ancorare il giudizio a elementi il più possibile certi e obiettivi, nel rispetto del principio di uguaglianza sostanziale. In questo contesto è importante anche tenere distinta l'equità in campo risarcitorio dall'equità integrativa, richiamata dall'art. 1374 c.c. come ultima fonte di integrazione del contratto, che svolge una funzione complementare rispetto all'autonomia privata "per un fine di più perfetta giustizia e di maggiore equilibrio contrattuale"⁴⁰ e si riferisce all'ampliamento della sfera del giudice di determinazione di alcuni elementi della dinamica contrattuale, non allo svolgimento di un giudizio.

³⁹ Sul tema v. M. FRANZONI, in *Dei fatti illeciti*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna, 2020, *sub* art. 2043, p. 139 ss. in cui l'A. chiarisce come la difficoltà di riconoscere la natura di clausola generale abbia caratterizzato a lungo anche il danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c., divenuto a tutti gli effetti una clausola generale, dopo l'ingresso della tutela della lesione degli interessi legittimi e il riconoscimento delle situazioni di fatto, in quanto lesive di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ancorché non costituenti diritti soggettivi. G. VISINTINI, *Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto*, in *Contratto e impr.*, 2023, p. 31, spec. p. 36 ss. e l'efficace sintesi nelle sue conclusioni, p. 51 ss.

⁴⁰ Così E. GRASSO, <Equità>, in *Noviss. Dig. it., Appendice*, III, Torino, 1982, p. 447; A. DE CUPIS, *Precisazioni sulla finzione dell'equità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, p. 633; v. sul punto F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970. All'equità integrativa il giudice può fare ricorso ai fini di interpretare e integrare il contratto, sulla scorta degli artt. 1371 e 1374 c.c., per determinarne l'oggetto (artt. 1349, 1657, 1733, 1738, 1749, 1755, 2099, 2225, 2233, 2263), nei casi in cui la riduzione ad equità valga ad evitare l'applicazione di rimedi ablatori (art. 1447, 1° comma ed *ex* art. 1467). V. sul tema S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969 e M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83.

Laddove non sia possibile procedere altrimenti, il ricorso al giudizio equitativo è dunque inevitabile per la stessa natura della materia della responsabilità; il giudice, in considerazione della situazione di fatto, stabilisce a quali parametri attenersi nella valutazione del danno, creando di volta in volta la regola operante nel caso concreto e tenendo conto di elementi oggettivi ed anche soggettivi inerenti alla vittima, come la sofferenza personale, il cambiamento delle abitudini di vita, la lesione della dignità.

Ciò non significa permeare la risposta risarcitoria di riferimenti al dettaglio delle emozioni e dei drammi personali che si contrapporrebbero ad una razionalizzazione dei criteri, né adattare il risarcimento al criterio soggettivo della colpa dell'autore (mascherato dalla gravità dell'offesa) che non permette una parametrizzazione all'effettivo pregiudizio subito, considerato che una colpa lieve può dare origine ad un danno gravissimo nella sfera della vittima e viceversa.

La ricerca dell'omogeneità tra risarcimento e danno che non può essere naturalisticamente resa dal denaro, né come compensazione economica e neppure come piacere alternativo all'utilità perduta, si snoda allora attraverso il ricorso ad un sistema che, nel rispetto del principio di proporzionalità della misura applicabile, garantito dalla Costituzione negli artt. 23 e 25, permette di realizzare il collegamento tra diritto leso e quantificazione del risarcimento, evitando l'appiattimento sulla variante indennitaria della tutela disponibile.

In una visione solidaristica raccomandata dalla Costituzione, ma anche dalla normativa internazionale che costituisce fonte del diritto a pieno titolo, è indispensabile rilevare il collegamento tra quantificazione del danno provocato e tipo di violazione commessa, già evidenziato in alcune decisioni che attribuiscono rilievo alla gravità della lesione e alle ricadute sul piano oggettivo dell'offesa, ponendo l'accento soprattutto sulla persona del danneggiato, tecnica che permette di modulare anche equitativamente il risarcimento, purché con l'indicazione dei parametri adottati.

Il metodo è compatibile con i principi di bilanciamento tra solidarietà e tolleranza e consente di guardare alla degradazione della persona, alla lesione della sua dignità, al danno derivante dal peggioramento della qualità della vita, coerentemente con l'esigenza di rispetto della persona umana di cui è pervasa la nostra Costituzione e di cui sono espressione anche i *Principles of European Tort Law* che, ai fini della riparazione del danno morale, puntano l'attenzione sulla vittima.

La concentrazione sulla vittima non esclude ovviamente che si debba tenere conto anche degli altri fattori che circondano il caso concreto e che sostengono il giudice nel pervenire alla quantificazione del danno attraverso l'equità, norma elastica che, quantunque preziosa, resta un "oggetto da maneggiare con cura".

CLAUSOLE GENERALI E POTERE DISCREZIONALE DEL GIUDICE. LA GIUSTA CAUSA DI LICENZIAMENTO

*Maria Vitoria Ballestrero **

Sommario: 1. Premessa. - 2. Due questioni preliminari. - 3. Quale nozione di clausola generale. - 4. Le clausole generali nel diritto del lavoro. - 5. La qualificazione della giusta causa come clausola generale. - 6. La discrezionalità del giudice: giudizio di proporzionalità e “tipizzazioni” contrattuali. - 7. Per concludere

1. Premessa.

A causa di un impegno assunto precedentemente non ho potuto partecipare al Convegno dedicato a Giovanna Visintini in occasione del suo compleanno; mantengo però la promessa di essere presente con un mio scritto negli Atti del Convegno. Rendo così omaggio ad una cara amica, alla cui capacità e affettuosa determinazione devo il mio sbarco nell'allora Facoltà di Economia di Genova (era il 1983). Per me voleva dire la fine del lungo e faticoso pendolarismo accademico tra Genova e Firenze, e l'avvio del percorso che mi ha consentito di costruire il gruppo dei giuslavoristi genovesi.

2. Due questioni preliminari.

Prima di entrare nel merito dell'argomento indicato dal titolo di questa relazione, mi pare necessario affrontare, se pure molto brevemente, due questioni, l'una ormai pacificamente risolta, l'altra invece controversa.

La questione pacificamente risolta è la qualificazione del licenziamento per giusta causa come licenziamento “ontologicamente” disciplinare: ontologicamente,

* Professore emerito di diritto del lavoro dell'Università di Genova.

secondo l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza, significa che a differenza delle sanzioni conservative che devono essere necessariamente previste, non occorre che il licenziamento per colpa sia espressamente inserito nel codice disciplinare tra le sanzioni, perché già fa parte di queste, essendo una "sanzione tipica", prevista dalla legge; la previsione espressa è necessaria solo quando si tratti di sanzionare comportamenti particolari, in relazione alle peculiarità dell'organizzazione del lavoro. La qualificazione anzidetta valorizza il carattere punitivo del licenziamento: il che non è senza conseguenze sulla definizione della "giustizia" della causa, per l'indubbio rilievo del profilo soggettivo della colpa addebitata al lavoratore.

Questione controversa è invece la qualificazione del sintagma "giusta causa" come clausola generale: qualificazione che, ove accolta, incide sulla definizione dei confini della giusta causa, con particolare riguardo agli standard valutativi giuridici o extra-giuridici, interni o esterni all'ordinamento. Di ciò mi occuperò, partendo proprio dalla definizione di clausola generale.

3. Quale nozione di clausola generale.

La discussione sulle clausole generali è una discussione infinita, nella quale regna non poca confusione¹. Ma per quanto possa essere avvertita la necessità di evitare, come ha scritto Federico Pedrini qualche anno fa², l'"accanimento terapeutico", a me pare che valga la pena di occuparsene, a causa specialmente della diffidenza verso le clausole generali, nettamente avvertibile in alcuni enunciati legislativi contenuti nella vigente legislazione del lavoro. Una diffidenza che strettamente si connette ai tentativi, più o meno espliciti e più o meno felici, di marginalizzare il ruolo del giudice del lavoro, e in ogni caso di limitarne al massimo la discrezionalità e il libero apprezzamento.

Ma davvero meritano tanta diffidenza le clausole generali? Per rispondere è bene aver chiaro quale sia l'oggetto della domanda, e cioè di che cosa parliamo quando parliamo di clausole generali. Non senza avere avvertito dell'estrema variabilità delle espressioni utilizzate in dottrina e in giurisprudenza. Oltre a clausola generale, dottrina e giurisprudenza usano i sintagmi: concetto indeterminato, norma elasti-

¹ BALLESTRERO, *Tra confusione e sospetti. Clausole generali e discrezionalità del giudice del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2014, p. 389. Rinvio alla prima parte di questo saggio la trattazione della teoria delle clausole generali, che riprenderò qui solo per sommi capi.

² PEDRINI, *Contro "le clausole generali" (sans phrase). Precauzioni per l'uso d'una categoria dottrinale ancora tROPPO vaga*, in *AIC, Riv.* n. 3/2017.

ca, norma a contenuto variabile, standard valutativo, e altri ancora. I diversi sintagmi esprimono concetti in parte diversi, e ciò impedisce di usare indifferentemente l'uno o l'altro di essi; peraltro, neppure all'uso dello stesso sintagma corrisponde una definizione univoca e generalmente accettata del concetto che esprime.

Per parte mia, userò il sintagma clausola generale, che appartiene al linguaggio della dottrina, mentre mai, o quasi mai, ricorre nei documenti normativi: l'art. 30, l. n. 183/2010 ("Collegato lavoro"), che espressamente menziona le clausole generali, rappresenta perciò un'eccezione, sulla quale tornerò brevemente oltre.

Senza alcuna pretesa di ricostruire un dibattito di grande portata, e senza alcuna pretesa di originalità, provo a riassumere i termini (problematici) della nozione di clausola generale, tentandone una definizione. Ogni definizione di clausola generale (come ogni definizione in genere) è il risultato della costruzione di un concetto da parte dell'interprete. Non esiste in natura una nozione "corretta"; esistono (nel senso che sono state proposte dalla dottrina) nozioni disparate, più o meno preferibili a seconda delle opzioni ideologiche favorevoli o avverse al ricorso, da parte del legislatore, alla "tecnica" delle clausole generali; opzioni nelle quali gioca un ruolo determinante l'ampiezza del potere discrezionale del giudice, chiamato ad applicare le clausole generali nella decisione sulla fattispecie concreta.

Ai fini di questa breve riflessione sulle clausole generali "in astratto" (che mi è parso necessario premettere alla riflessione sulla giusta causa, discutendone la qualificazione come clausola generale) utilizzo come punto di partenza la definizione proposta da Vito Velluzzi³; definizione sulla quale si registrano ampie convergenze in dottrina (ma anche notevoli divergenze)⁴.

Ampie convergenze possono registrarsi sulle frasi seguenti: «la clausola generale è un sintagma di natura valutativa» (nella definizione del termine di Uberto Scarpelli)⁵; «il significato del sintagma valutativo non può essere determinato

³VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

⁴La definizione è la seguente: «la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile (o detto altrimenti le condizioni di applicazione del termine o sintagma non sono individuabili) se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti».

⁵Valutativa, secondo la definizione di Uberto Scarpelli è «un'espressione il cui significato non può essere determinato senza fare riferimento a un qualche insieme [...] di parametri – giuridici, morali, sociali, di un'arte, di una tecnica, di una scienza, di una disciplina – da essa (presuntivamente) richiamato». (SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962).

senza fare riferimento ai parametri di giudizio» cui il sintagma fa (presuntivamente) rinvio.

L'operazione interpretativa che caratterizza le clausole generali è detta "integrazione valutativa" (l'espressione è di Castronovo, e la userò anche io). Alla domanda se la c.d. integrazione valutativa sia elemento essenziale della nozione di clausola generale, la mia risposta è conforme alla risposta condivisa dalla gran parte della dottrina, secondo cui la clausola generale è caratterizzata appunto dal rinvio a valutazioni dell'interprete (e finalmente del giudice); caratteristica che rende la indeterminatezza (o vaghezza) della clausola generale quantitativamente più elevata di quella propria di tutte le norme giuridiche, ed anche qualitativamente diversa da quella di altre norme (e comunque di tutti i termini del linguaggio giuridico).

Alla base della convergenza sulla integrazione valutativa sta una (relativa) unanimità di vedute sulla funzione attribuita alle clausole generali: una tecnica normativa di costruzione/integrazione della fattispecie (astratta), che consente di salvaguardare la flessibilità dell'ordinamento giuridico, rinviando (o delegando: Roselli)⁶ al giudice la valutazione, basata su parametri (standard o valori) variabili nel tempo; valutazione necessaria per la decisione sulla fattispecie concreta (ovvero, per dirla con Mengoni, per la formazione della regola da applicare al caso concreto)⁷.

Fin qui le convergenze.

Le maggiori divergenze (ma ve ne sono molte altre, che devo trascurare) si manifestano nella individuazione dei parametri o standard di riferimento. Le opzioni prospettate dalla dottrina sono: solo parametri extragiuridici (standard sociali, morali, di costume, ecc.) o anche parametri giuridici (ovvero interni al diritto: principi generali, ma anche altre norme o insiemi di norme). La domanda è allora se si possa ancora parlare di clausole generali quando la disposizione in cui la clausola è contenuta indichi già – direttamente o indirettamente – in altre norme (o insiemi di norme) i parametri per la valutazione del giudice.

La dottrina largamente prevalente esclude che possa parlarsi di clausola generale quando il sintagma valutativo rinvii esplicitamente o implicitamente a parametri interni all'ordinamento giuridico, nella convinzione che in tal caso venga meno – come afferma Mengoni – quella «discrezionalità produttiva o integrativa

⁶ ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983.

⁷ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5. ss.

di norme» che consentirebbe appunto di distinguere le clausole generali dalle norme generali a fattispecie aperta (ovvero anche dai concetti indeterminati e dai concetti elastici), inducendo inoltre – aggiunge Mengoni – alla confusione tra clausole generali e principi. Una confusione quest’ultima che tuttavia non dovrebbe aver luogo: come chiarisce Guastini, mentre le clausole generali sono frammenti di enunciati (sintagmi valutativi), i principi sono enunciati completi (che talora contengono clausole generali), la cui applicazione richiede la concretizzazione, vale a dire l’elaborazione di una regola inespressa idonea a risolvere il caso concreto⁸.

Condivido l’orientamento prevalente in dottrina. A me pare infatti che, laddove la fattispecie sia completa (per quanto aperta) e il sintagma valutativo in essa contenuto rinvii l’interprete alla considerazione di standard che rientrano nella “cornice” disegnata da altre norme (o insiemi di norme: una “trama normativa”, direbbe Nogler)⁹, l’operazione interpretativa consista nella scelta di uno dei significati possibili alla luce di quegli standard. Dunque, saremmo al di fuori dell’ambito delle clausole generali (o almeno di quelle che alcuni qualificano come clausole generali “in senso stretto”).

Si restringe, per questa via (la scelta in sé non è né vera né falsa, e ovviamente è opinabile), la qualificazione in termini di clausole generali ai soli casi in cui la disposizione nella quale compare il sintagma valutativo non disciplini una fattispecie completa (o completabile mediante rinvio ad altre norme).

Ristretto il novero delle clausole generali, resta ancora da chiarire quale discrezionalità abbia il giudice in quella creazione di una norma nuova cui dà luogo l’applicazione delle clausole generali.

Come è noto, la dottrina si affanna da tempo nella ricerca di un ancoraggio obiettivo che circoscriva la discrezionalità del giudice. L’insistenza sulla normalità o tipicità sociale fa da contrappunto alla vecchia, ma resistente idea che le clausole generali aprano la strada all’arbitrio del giudice, ma anche alla visione delle clausole generali come “valvole” che consentono di immettere nell’ordinamento giuridico valori sociali nuovi, di dare cittadinanza alle diversità, aprendo l’ordinamento al pluralismo dei valori culturali ed etici¹⁰.

⁸ GUASTINI, *Distinguendo ancora*, Madrid, 2013, pp. 66 ss.

⁹ “Trama normativa in tutta la sua complessità sistematica»: così definisce NOGLER, *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 126, quella che nel testo ho chiamato “cornice”.

¹⁰ La sentenza Cass. 16 febbraio 2017, n. 4125, su di un caso di *whistleblowing*, ne costituisce un buon esempio.

4. *Le clausole generali nel diritto del lavoro.*

Fin qui mi sono occupata della definizione dottrinale delle clausole generali; molto altro ci sarebbe da dire, ma esigenze di sinteticità mi suggeriscono di passare senz'altro all'uso che il legislatore fa delle clausole generali nel diritto del lavoro. Come ho già detto, l'art. 30, co.1, l. n. 183/2010 ("Collegato lavoro"), non solo fa espressa menzione delle clausole generali, ma assume che contengano clausole generali una serie aperta di disposizioni di legge in materia di lavoro, tra le quali, per quanto qui interessa, quelle in materia di recesso.

Nel primo comma dell'art. 30, il legislatore non qualifica come clausole generali alcuno specifico frammento delle disposizioni richiamate (in via esemplificativa), lasciando all'interprete decidere quali disposizioni contengano clausole generali e quindi a quali di esse si applichi quanto prescritto dallo stesso art. 30, c. 1, che impone al giudice – «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all' articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali» – di limitare il controllo «all'accertamento del presupposto di legittimità», senza estenderlo «al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

Il riferimento è generico, ma la formulazione lascia trasparire come principale obiettivo la giustificazione oggettiva (le ragioni tecnico-produttive) richiesta per il licenziamento, per il trasferimento del lavoratore, e all'epoca per l'assunzione a termine e per la somministrazione. Giusta causa e giustificato motivo soggettivo entrano nel mirino del legislatore, ma per altra strada: se ne occupa il comma 3 dello stesso art. 30, su cui tornerò oltre (parlando delle "tipizzazioni contrattuali").

Il comando (rafforzato dalla l. n. 92/2012, art. 1, co. 43) deve essere "preso sul serio" dal giudice cui è rivolto: così è avvenuto ad esempio nella nota sentenza Cass. n. 25201/2016 sui limiti del sindacato giudiziale sulle scelte tecnico-produttive dell'imprenditore¹¹. Il comando non si sottrae tuttavia all'analisi critica. Riprendendo qui solo le conclusioni di quanto più ampiamente ho detto altrove¹²,

¹¹ La svolta segnata dalla sentenza citata nel testo ha dato luogo ad un ampio dibattito in dottrina. Sulla sentenza e sull'evoluzione della giurisprudenza della S.C. in ordine al controllo del giudice sull'effettività delle scelte organizzative dell'imprenditore, cfr., anche per riferimenti, le riflessioni di SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021*, in *Riv. giur. lav.*, 2021, I, p. 247.

¹² BALLESTRERO, *op. cit.*

mi pare di poter dire che, se obiettivo del comando del legislatore è l'inibizione della "integrazione valutativa", che – secondo l'opinione largamente prevalente, che condivido – costituisce la caratteristica precipua delle clausole generali, la regola contenuta nell'art. 30, co. 1, si risolve (paradossalmente) nella prescrizione al giudice del lavoro di non fare uso delle clausole generali. Se invece il legislatore si fosse limitato ad inibire al giudice il sindacato "di merito" sulle scelte economiche e/o organizzative dell'imprenditore, il comando si sarebbe risolto nel tradurre in regola legale una consolidata regola giurisprudenziale: si sarebbe trattato in sostanza di un monito probabilmente superfluo.

A me preme solo dire che, assumendo come clausole generali una serie indefinita di sintagmi valutativi presenti in un certo numero di disposizioni in materia di lavoro, il legislatore ha tentato di disinnescare la carica di apertura verso valori sociali ed etici in potenziale conflitto con la libertà di iniziativa economica. Tuttavia, omettendo di qualificare espressamente come clausola generale l'uno o l'altro sintagma contenuto nelle disposizioni richiamate (ma non specificamente individuate), resta ancora una volta affidata agli interpreti (e ai giudici, in primis) la qualificazione di tali sintagmi (tutti, o solo alcuni di essi, o nessuno di essi) come clausola generale, cosicché anche il comando rivolto al giudice può essere raccolto, o invece cadere nel vuoto.

5. La qualificazione della giusta causa come clausola generale.

Per ragioni di spazio, trascuro di occuparmi in questa sede della giustificazione oggettiva del licenziamento e della sua eventuale qualificazione come clausola generale, per concentrare l'attenzione sulla giustificazione soggettiva del licenziamento, e sulla giusta causa in particolare. Le opinioni espresse in materia dalla dottrina (civilistica, ma anche lavoristica) non sono univoche (mi riferisco specialmente a Mengoni)¹³; non è tuttavia infrequente imbattersi nella qualifi-

¹³ Secondo MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., l'art. 2119 c.c. è una "norma generale" (norma completa: fattispecie e comando); la fattispecie descrive riassuntivamente una generalità di casi, e lascia pertanto al giudice un margine di discrezionalità, ma non una discrezionalità produttiva o integrativa di norme; la giusta causa non è dunque una c.g. (che Mengoni definisce nei termini riportati sopra). L'opinione di Mengoni ha avuto notevole seguito in dottrina, anche se alcuni autori, non avendo ben chiara la distinzione mengoniana tra norma generale e clausola generale (o prescindendo da essa: BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, p. 45), finiscono per condividere l'orientamento della S.C.

cazione della giusta causa come clausola generale, sulla scia dell'orientamento della Cassazione.

La Corte qualifica infatti l'art. 2119 c.c. come "norma elastica", e considera la giusta causa (vale a dire la causa che non consente la prosecuzione anche provvisoria del rapporto) una clausola generale, la cui interpretazione/applicazione richiede una integrazione valutativa da parte del giudice di merito, che a tal fine farà ricorso, oltre che ai parametri interni all'ordinamento (come "tipizzati" nella giurisprudenza della S.C.), anche a parametri esterni (standard sociali, morali, o di normale tollerabilità del comportamento del lavoratore).

Questo orientamento si riallaccia alle sentenze nelle quali, operando un revirement di notevole portata anche teorica, la S.C., proprio decidendo in materia di giusta causa di licenziamento, ha ammesso la sindacabilità in cassazione della interpretazione/applicazione delle clausole generali [sotto il profilo della violazione e falsa applicazione della legge: art. 360, n. 3, c.p.c., e della logicità della motivazione: art. 360, n. 5, c.p.c., nella formulazione previgente], qualificando l'integrazione valutativa (mediante standard anche extra-giuridici) come attività di integrazione giuridica¹⁴. Resta aperta la delicata definizione della linea di demarcazione tra la questione di fatto (accertamento del fatto) e la questione di diritto (qualificazione del fatto e sussunzione nella fattispecie astratta), della quale ovviamente non posso occuparmi in questa sede.

I processualisti hanno in genere salutato con soddisfazione la qualificazione dell'attività di "integrazione valutativa" compiuta dal giudice di merito come *quaestio iuris*. I (rari) dissensi manifestati dalla dottrina lavoristica vertono non tanto su questo punto¹⁵, quanto proprio sulla qualificazione della giusta causa come clausola generale¹⁶.

Condivido il dissenso sulla qualificazione della giusta causa come clausola generale, e provo a spiegarne le ragioni.

Non mi soffermo ad analizzare la struttura del primo comma dell'art. 2119, comma 1, c.c. Mi limito qui ad osservare che ad essere indeterminato non è il concetto di "giusta causa"; ad essere indeterminata è la "giustezza" della causa,

¹⁴ Così Cass. 18 gennaio 1999, n. 434 e Cass. 22 ottobre 1998, in *Foro It.*, 1999, I, co. 1892, nt. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*.

¹⁵ Cfr. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, I, 1995, p. 135.

¹⁶ Così specialmente NOGLER, *op. cit.*, sulla scia di MENGONI, *op. cit.*

vale a dire la gravità sufficiente a legittimare il licenziamento senza preavviso o ante tempus. La decisione del caso concreto richiederà pertanto una valutazione (in ordine alla giustezza o meno della causa). Schematizzando al massimo, il giudizio nella fattispecie concreta può essere scomposto in due fasi: l'accertamento del fatto; la qualificazione del fatto come giusta causa e la sua sussunzione nella fattispecie astratta (recesso senza preavviso o ante tempus).

La qualificazione implica una valutazione: ma in base a quali standard dovrà essere compiuta?

In primis, risponde la Cassazione, in base a quelli “tipizzati” dalla S.C. nella sua ricca giurisprudenza in materia, che costituisce il c.d. diritto vivente. Secondo la massima attualmente corrente, la giusta causa deve rivestire il carattere di grave negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro, ed in particolare di quello fiduciario, inteso non nel senso soggettivo dell'intuitus fiduciae, ma nel senso “oggettivo” della fiducia del datore di lavoro nell'esattezza dei successivi adempimenti da parte del lavoratore. Il che, come è noto, non impedisce che si attribuisca rilevanza a taluni comportamenti della vita privata, ricollegati alla esecuzione del contratto mediante il dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza (clausole generali, secondo la comune opinione): come nel caso delle attività svolte dal lavoratore in malattia, o alla detenzione e spaccio di stupefacenti. Il vincolo fiduciario, già di per sé ambiguo, finisce così per allargare la sfera debitoria del lavoratore oltre l'ambito della prestazione principale e di quelle accessorie, per invadere, con valutazioni di ordine morale, la sfera della vita privata del lavoratore. Ma la riflessione su questo punto mi porterebbe lontano dal tema di questa breve relazione.

Essendo il licenziamento per giusta causa un licenziamento che a suo tempo Corte costituzionale e Corte di cassazione hanno definito come “ontologicamente” disciplinare, il giudice dovrà valutare: da un lato, la rilevanza disciplinare dei fatti addebitati al lavoratore (nella loro portata oggettiva e soggettiva); d'altro lato la proporzionalità tra tali fatti e la sanzione inflitta. Il giudizio di proporzionalità della sanzione, rimesso al giudice di merito, si sostanzia – afferma la S.C. – nella valutazione della gravità dell'inadempimento imputato al lavoratore, che deve essere valutato «in senso accentuativo rispetto alla regola generale della “non scarsa importanza” di cui all'art. 1455 c.c.», e graduato entro l'arco che va da notevole a grave.

Ce ne sarebbe abbastanza per dire che, mentre – come aveva chiarito Mengoni – l'art. 2119 c.c. è una “norma completa”, la valutazione del giudice si svolge entro la cornice disegnata dalla “trama normativa” del diritto delle obbligazioni e dei contratti (e del contratto di lavoro in particolare: trama della quale fanno parte i principi costituzionali pertinenti), e che la decisione non richiede un'inter-

pretazione creativa della norma del caso concreto, mediante il ricorso a standard valutativi esterni a tale trama normativa.

Il che dovrebbe portare a concludere nel senso che la giusta causa non rientra nel novero delle clausole generali. Ma, come ho segnalato sopra, la Cassazione ha aggiunto alla massima riportata sopra la qualificazione della giusta causa come clausola generale, il cui significato deve essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione anche di parametri derivanti dalla “coscienza generale”. Ora, la pretesa oggettività di tali standard non arriva a mettere al riparo da una variabilità delle valutazioni influenzate dalle scelte valoriali del giudice. Infatti, se il giudice, anziché restare entro la cornice disegnata dal diritto dei contratti scegliendo all’interno di essa fra i significati possibili (la scelta è discrezionale, ma deve essere argomentata e razionalmente giustificata), deve trovare la giustificazione (esterna, vale a dire relativa alla scelta delle premesse) della propria decisione in valori socialmente diffusi (normale tollerabilità, tipicità sociale, e quant’altro, inclusa la misteriosa “civiltà del lavoro” menzionata dalla S.C. nella sentenza n. 434/1999), non essendo attrezzato per la rilevazione empirica dei comportamenti sociali, finirà inevitabilmente per fondare la decisione su giudizi di valore suoi propri.

6. La discrezionalità del giudice: giudizio di proporzionalità e “tipizzazioni” contrattuali.

Il problema della discrezionalità (al limite dell’arbitrio) del giudice che deriva dalla qualificazione della giusta causa come clausola generale non è sfuggito – e come avrebbe potuto? – al legislatore, che ha tentato di mettervi un freno, valorizzando le c.d. tipizzazioni contrattuali collettive delle sanzioni disciplinari come standard cui la giusta causa dovrebbe fare rinvio.

Preciso (per i lettori che non frequentano abitualmente il diritto del lavoro) che per “tipizzazione contrattuale” si intende la previsione delle infrazioni e delle relative sanzioni disciplinari contenuta nel c.d. codice disciplinare di cui è fonte principale il contratto collettivo; nell’ambito delle sanzioni si distinguono le sanzioni conservative (la cui applicazione non dà luogo alla risoluzione del rapporto di lavoro) dalle sanzioni espulsive. Rinviando la legge alla contrattazione collettiva la regolamentazione della materia disciplinare, le tipizzazioni contrattuali costituiscono standard di valutazione endo-ordinamentali, vale a dire interni alla complessa trama normativa cui rinvia il sintagma valutativo (la clausola generale “giusta causa”)¹⁷.

¹⁷ Diversa l’opinione di BELLOMO, *op. cit.*

Il tentativo da parte del legislatore di porre argine alla valutazione discrezionale del giudice ha conosciuto due fasi. Nella prima, più blanda, le tipizzazioni contrattuali erano indicate al giudice come parametri di cui “tener conto” (art. 30, l. n. 183/2010, co. 3); il legislatore evitava così di entrare in rotta di collisione con l’orientamento giurisprudenziale prevalente, in base al quale il giudice non è vincolato, nella propria decisione, ad attenersi a quanto previsto dal contratto collettivo, stante l’inderogabilità della disciplina legale dei licenziamenti (di cui fa parte la nozione legale di giusta causa) e in ossequio al principio generale di ragionevolezza e proporzionalità, come affermava sovente la S.C. E infatti la giurisprudenza ha continuato a ribadire il proprio orientamento.

Il secondo tentativo di limitare la discrezionalità del giudice è assai meno blando del precedente. Ma per potere entrare nel merito sono costretta a dare ancora qualche indicazione preliminare, sempre ad uso dei lettori che non frequentano abitualmente il diritto del lavoro.

Non potendo dilungarmi in questa sede sull’argomento, devo dare per nota la complessa (e per certi versi caotica) disciplina dei licenziamenti, oggetto (nel 2012 e nel 2015) di due interventi legislativi che hanno profondamente modificato l’assetto dei regimi sanzionatori dei licenziamenti ingiustificati (variabile in ragione dei campi di applicazione delle due diverse discipline legali), marginalizzando il rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro ed espandendo la tutela meramente indennitaria. I ripetuti interventi “correttivi” della Corte costituzionale hanno solo in parte modificato il quadro, che esigerebbe un sollecito ed accurato intervento del legislatore di cui, allo stato, non si vede traccia. Tanto premesso, ricordo che a norma dell’art. 18, c. 4, St. lav. (come riformulato dalla legge n. 92/2012, c.d. legge Fornero), nel caso del licenziamento “disciplinare”, vale a dire per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, il licenziamento è invalido e la reintegrazione del lavoratore nel posto è prevista solo in due ipotesi (in tutti gli altri casi il licenziamento ingiustificato è valido, e il lavoratore ha diritto solo ad una indennità forfetaria).

La prima ipotesi è l’insussistenza del fatto contestato. Ad avviso della giurisprudenza formatasi in questi anni di applicazione della legge Fornero, questa ipotesi si verifica non solo quando il datore di lavoro abbia rivolto al lavoratore un’accusa infondata, basata su un fatto non vero, ma anche quando il fatto contestato, pur essendo vero, palesemente non assuma la rilevanza sufficiente a giustificare il licenziamento (con o senza preavviso). Per quanto in dottrina si sia sostenuto che il “fatto” al quale la legge fa riferimento è un fatto materiale o storico, in giurisprudenza prevale – e non poteva essere altrimenti – l’opinione secondo la quale, quando si tratta di licenziamenti disciplinari, il giudice deve

valutare non fatti “materiali”, ma inadempimenti contrattuali “imputabili” al lavoratore. Come ha detto con grande chiarezza la Cassazione¹⁸, un fatto materiale esistente, ma privo di rilievo disciplinare, è “insussistente”: l’irrilevanza giuridica – ha affermato la Corte – equivale a insussistenza materiale. La rilevanza dell’inadempimento, a fini di giustificazione del licenziamento, deve essere valutata alla stregua di criteri legali (art. 2119 c.c. e art. 3, l. n. 604/1966) non modificati dalla riforma del 2012: dunque l’inadempimento che giustifica il licenziamento deve essere almeno “notevole”¹⁹.

Più interessante in questa sede la seconda ipotesi prevista dall’art. 18, co. 4, St. lav., che ricorre assai più di frequente della prima ipotesi nell’esperienza concreta. Il legislatore ha disposto che il giudice sia tenuto ad annullare un licenziamento disciplinare (motivato per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo), quando il fatto addebitato «rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» (art. 18, c. 4, come riformulato dalla l. n. 92/2012). La prescrizione è dunque più pregnante di quella contenuta nell’art. 30 del “Collegato lavoro”: almeno ai fini della decisione sulla validità del licenziamento, le “tipizzazioni” del codice disciplinare sembrano aver assunto carattere vincolante. Del resto, il legislatore ha volutamente ommesso ogni riferimento all’art. 2106 c.c., nell’intento di escludere che il giudice possa valutare l’adeguatezza della sanzione espulsiva sulla base di un giudizio di proporzionalità svincolato dalle previsioni contrattuali.

Il tentativo non è riuscito, ma gli orientamenti della giurisprudenza della S.C., ai quali farò riferimento, mostrano che il percorso per liberare la discrezionalità del giudice dal laccio delle tipizzazioni contrattuali non è stato tutto in discesa.

Occorre anzitutto segnalare che la Cassazione ha sin qui più volte ribadito che il giudice non è vincolato ad attenersi alle previsioni contrattuali; un du-

¹⁸ Cass. n. 20540/2015; orientamento successivamente confermato dalla S.C.

¹⁹ Nel caso in cui l’infrazione disciplinare non sia stata contestata al lavoratore secondo le regole previste dall’art. 7 St. lav., la giurisprudenza considera che si versi nell’ipotesi della insussistenza del fatto: Cass. n. 4879/2020. Diverso, rispetto alla mancata contestazione dell’addebito disciplinare, il rilievo attribuito alla tardività o intempestività della contestazione. Sulla questione sono intervenute le S.U. della Cassazione (n. 30985/2017), escludendo che la tardiva contestazione integri un’ipotesi di “insussistenza del fatto contestato”. La violazione del principio generale della tempestività – affermano le S.U. – è una ulteriore ipotesi di licenziamento ingiustificato per violazione, da parte del datore di lavoro, dei doveri di buona fede e correttezza (artt. 1175 e 1375 c.c.), che, come tale, non rientra nel caso previsto dall’art. 18, c. 4, St. lav.

pllice ordine di argomenti si oppongono ad una lettura in tal senso dell'art. 18, comma 4, St. lav.

Il primo argomento attiene proprio alla qualità delle tipizzazioni contrattuali: le previsioni dei contratti collettivi risultano per lo più insufficienti, troppo generiche perché il caso di specie possa rientrarvi con sicurezza, e non esaustive, o perché la fattispecie concreta non è prevista nel codice disciplinare, o perché la previsione contrattuale rinvia all'interprete la valutazione in ordine all'applicazione della sanzione conservativa o espulsiva in ragione della gravità dell'infrazione (come dirò, di recente la stessa S.C. ha definito norme elastiche o clausole generali queste previsioni dei contratti collettivi).

Il secondo argomento attiene alla regola della proporzionalità tra infrazione addebitata al lavoratore e licenziamento. In materia di sanzioni disciplinari, la proporzionalità tra infrazione e sanzione è sancita dall'art. 2106 c.c., vigente, anche se non espressamente richiamato, e i cosiddetti codici disciplinari (che il datore di lavoro è tenuto a rispettare) graduano le sanzioni in ragione della loro proporzionalità con le infrazioni. Una evidente sproporzione tra licenziamento e fatto contestato renderebbe il licenziamento del tutto ingiustificato, dunque arbitrario²⁰.

La solidità dell'argomento spiega perché, anche se il legislatore ha ommesso, e non a caso, di richiamare l'art. 2016 c.c., i giudici continuano a valutare la proporzionalità tra infrazione addebitata al lavoratore e sanzione irrogata²¹. L'intenzionale mancato richiamo all'art. 2106 c.c. non oblitera dunque questa regola, che costituisce il portato di un principio generale (proprio altresì del diritto dell'UE, e ribadito più volte dalla Corte di Giustizia) in materia di sanzioni. Spetterà ancora al giudice (tenuto ad applicare la legge) valutare la proporzionalità della sanzione del licenziamento all'infrazione, alla luce delle nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, non modificate né dalla legge Fornero (e neppure dal d.lgs. n. 23/2015), per la cui interpretazione valgono gli standard valutativi tipizzati dalla giurisprudenza della Corte di legittimità che ho richiamato sopra.

Ove la fattispecie concreta sia specificamente prevista dal codice disciplinare che ne prevede la sanzionabilità con il licenziamento con o senza preavviso, così come nel caso in cui la fattispecie concreta sia prevista dal codice disciplinare e

²⁰ Cass. n. 3283/2020, che ha considerato sproporzionata la sanzione del licenziamento prevista dal contratto collettivo in un caso di assenza ingiustificata.

²¹ Il consolidato orientamento della giurisprudenza in materia di valutazione della proporzionalità tra sanzione e infrazione è stato ribadito da Cass. n. 12786/2019; Cass. n. 2167/2018; Cass. n. 17337/2016; Cass. n. 10950/2016.

sanzionata con sanzione conservativa, il giudice potrà ritenere soddisfatto il giudizio di proporzionalità, giudicando il licenziamento rispettivamente giustificato o ingiustificato: sempre che la previsione contrattuale non risulti in evidente contrasto con i principi giuridici elaborati dalla S.C. nella giurisprudenza su giusta causa e giustificato motivo soggettivo in ordine alla graduazione degli inadempimenti rilevanti a fini di risoluzione del rapporto di lavoro.

Sin qui l'orientamento che possiamo considerare consolidato nella giurisprudenza della S.C. Ma scendendo più nel dettaglio delle decisioni e passando dalla enunciazione dei principi alle soluzioni dei casi concreti verificiamo come, nell'applicazione dell'art. 18, co. 4, St. lav., si siano posti una serie di interrogativi, che hanno dato luogo a risposte non univoche.

Il primo interrogativo è se, nel caso in cui il contratto collettivo (o altra fonte del "codice disciplinare" consentita dall'art. 7 St. lav.) preveda per una determinata infrazione una sanzione conservativa (ad es. la multa o la sospensione), il giudice possa ritenere giustificato il licenziamento, o invece possa ritenere adeguata una sanzione conservativa dove il contratto collettivo ha previsto il licenziamento²².

Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, il giudice non è vincolato, nella propria decisione, ad attenersi a quanto previsto dal contratto collettivo ove si tratti di sanzione espulsiva (licenziamento con o senza preavviso). Le c.d. tipizzazioni contrattuali (che, come ho detto, sono spesso molto generiche) hanno valore solo esemplificativo e costituiscono per il giudice parametri di riferimento non vincolanti²³.

Per quanto riguarda invece le sanzioni conservative, secondo l'orientamento che si era venuto sin qui consolidando in giurisprudenza, il giudice dovrebbe attenersi strettamente alle tipizzazioni contrattuali. Quando una condotta sia stata valutata nel contratto collettivo come punibile con sanzione conservativa, il giudice – affermava la S.C. – si atterrà alla previsione contrattuale²⁴: nel caso in cui il datore di lavoro abbia proceduto al licenziamento, il licenziamento sarà invalido, e il lavoratore avrà diritto ad essere reintegrato nel posto. La questione si pone diversamente quando invece la condotta non sia stata espressamente prevista dal contratto collettivo come punibile con sanzione conservativa, e ci si domanda

²² Cass. n. 3283/2020.

²³ Cass. n. 33811/2021; Cass. n. 30510/2021; Cass. n. 28911/2021; Cass. n. 16387/2021; Cass. 7567/2020.

²⁴ V. sentenze citate alla nt. precedente, nelle quali è ribadita la vincolatività delle tipizzazioni delle sanzioni conservative.

se il giudice possa sostituire la propria valutazione a quella delle parti contraenti, riconducendo nell'ambito delle sanzioni conservative anche infrazioni non espressamente previste, e riconoscendo di conseguenza al lavoratore licenziato il diritto alla reintegrazione.

La giurisprudenza era sin qui prevalentemente orientata nel senso della vincolatività per il giudice delle tipizzazioni contrattuali delle sanzioni conservative: alla base della interpretazione strettamente formalistica del disposto legislativo sta l'opinione – largamente condivisa anche in dottrina – che vede nella tutela reintegratoria l'eccezione, come tale appunto di stretta interpretazione, e nella tutela indennitaria la regola. Questo orientamento è stato rimesso in discussione dalla Cassazione (Sez. VI) con ordinanza interlocutoria ampiamente argomentata²⁵. All'ordinanza interlocutoria ha fatto seguito un'importante decisione della S.C. (Sez. lavoro, n. 1165/2022) che, ricalcando la motivazione dell'ordinanza interlocutoria, riconosce al giudice il potere di ricondurre nell'ambito della sanzione conservativa la condotta addebitata al lavoratore non espressamente prevista. Secondo tale nuovo orientamento, è consentita al giudice la sussunzione della condotta addebitata al lavoratore nella previsione contrattuale che punisce l'illecito con sanzione conservativa anche laddove tale previsione sia espressa attraverso clausole generali o elastiche; con la conseguenza di dichiarare invalido il licenziamento e ordinare la reintegrazione del lavoratore nel posto. Preme alla Corte precisare che non si tratta nel caso di un'autonoma valutazione di proporzionalità del giudice, ma di interpretazione della clausola contrattuale²⁶.

Come era facile prevedere, il nuovo orientamento della S.C. ha dato luogo ad una serie di giudizi critici, dei quali non posso occuparmi in questa sede. Qui mi interessa solo segnalare che le clausole generali fanno nuovamente la loro comparsa sulla scena dei licenziamenti disciplinari. Ancora una volta meriterebbe discutere sulla proprietà di una qualificazione scomodata a sproposito, trattandosi in realtà di previsioni contrattuali generiche, che rinviando la graduazione della sanzione alla

²⁵ Cass., Sez. VI, ord. n. 14777/2021, in *Labor*, n. 2/2022, p. 191, nt. critica di R. Romei. La S.C., ravvisando nella vincolatività la fonte di una possibile disparità di trattamento tra comportamenti non gravi previsti e comportamenti egualmente non gravi non previsti, ha rimesso la decisione alla Sez. IV, in funzione nomofilattica.

²⁶ Ampiamente sull'argomento: CARUSO, *Il rimedio della reintegra come regola o come eccezione? La Cassazione sui licenziamenti disciplinari nel cono d'ombra delle decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, I, p. 301; GIUBBONI, *Licenziamento disciplinare e sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza di legittimità*, in [Lav.dir.eu](https://www.lav.dir.eu), 2/2023, e ivi riferimenti.

valutazione della gravità dell'inadempimento contrattuale (secondo gli ordinari criteri di valutazione della gravità degli inadempimenti). Mi limito solo ad un'osservazione: anche a fronte di una previsione contrattuale non generica o anelastica, la valutazione del giudice non potrà prescindere da quella graduazione della rilevanza dell'inadempimento (di non scarsa importanza, notevole, tanto grave da non consentire la prosecuzione del rapporto), che non chiama in causa né il senso comune, né la coscienza sociale, ma la logica dei rapporti obbligatori e il bilanciamento, al suo interno, tra interessi in conflitto. Il giudizio di proporzionalità rimesso al giudice, per intenderci, si basa su standard interni all'ordinamento giuridico.

Ma discutere sull'uso proprio o improprio del sintagma clausola generale mi pare sempre di più tempo sprecato: sembra invalsa nell'uso una banalizzazione delle clausole generali, che fa perdere di vista le ragioni storiche e politiche che hanno a suo tempo animato il dibattito su di esse.

7. Per concludere.

Sono arrivata in fondo alla strada che mi ero ripromessa di percorrere. La conclusione è che limitare la discrezionalità del giudice "prendendosela" con le clausole generali vuol dire mirare all'obiettivo sbagliato. La conclusione è rafforzata dalla considerazione dell'ulteriore fase del tentativo di restringere i confini della discrezionalità del giudice contenuta nel d.lgs. n. 23/2015.

Come sanno bene i giuslavoristi, il d.lgs. 23/2015, art. 3, prevede che la reintegrazione si applichi esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

Le questioni interpretative suscitate dalla formulazione di questa disposizione sono molteplici, e non posso limitarmi qui che ad un rapido cenno.

Resta ferma l'interpretazione della Cassazione (n. 20540/2015, ribadita da Cass. n. 12174/2019) secondo cui nel campo delle infrazioni e relative sanzioni disciplinari, per essere sussistente, il "fatto contestato" deve necessariamente avere rilevanza disciplinare, e nel rapporto di lavoro sono imputabili disciplinarmente al lavoratore solo gli inadempimenti riconducibili a sua colpa o dolo. In sostanza, la giurisprudenza sembra procedere nella direzione di una lettura correttiva della formulazione davvero infelice della disposizione che stiamo commentando.

Assai più incerta la soluzione per quanto riguarda la valutazione, da parte del giudice, della proporzionalità tra infrazione e sanzione del licenziamento: si direbbe che, ad avviso della S.C., se il fatto è sussistente ed è imputabile al lavoratore

al giudice sia preclusa, a fini di applicazione della sanzione, la valutazione della gravità del fatto, in quanto tale valutazione comporterebbe un giudizio di proporzionalità, che il legislatore ha espressamente escluso. La proporzionalità, sembra voler dire la Corte, è essenziale per verificare la legittimità del licenziamento (se è sproporzionato rispetto alla gravità dell'infrazione, il licenziamento è ingiustificato), ma non per stabilire i rimedi applicabili (reintegrazione o tutela indennitaria).

C'è di che restare perplessi. Benché il legislatore abbia (volutamente) omesso il richiamo alla contrattazione collettiva (disinteressandosi delle tipizzazioni contrattuali, che premevano invece al legislatore del 2012), l'obbligo del datore di lavoro di applicare il c.d. codice disciplinare (e, con esso, la proporzionalità tra infrazione e sanzione che presiede alla graduazione delle sanzioni da meno a più gravi) rende l'espressa esclusione del giudizio di proporzionalità tra fatto contestato e licenziamento, più che irragionevole, irrazionale. In ogni caso, e anche prescindendo dalle valutazioni espresse dalla contrattazione collettiva, un licenziamento disciplinare motivato da una condotta del lavoratore, che pur essendo un "fatto sussistente", fosse di scarsissimo rilievo, sarebbe così platealmente sproporzionato da sconfinare nell'uso arbitrario del potere di licenziamento: con la conseguenza di urtare violentemente contro quella lettura del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., che la Corte costituzionale ha affermato fin dal lontano 1965, e che ha ribadito più volte nelle sentenze in cui negli ultimi anni ha cancellato e riscritto non pochi frammenti normativi della caotica disciplina attuale dei licenziamenti individuali.

LA SOLIDARIETÀ NEL DIRITTO DEL LAVORO. PRIME RIFLESSIONI

Gisella De Simone *

Sommario: 1. Le ragioni di questo breve contributo. - 2. Fraternità e solidarietà. La solidarietà come valore e come principio. - 3. La solidarietà nel diritto del lavoro: una lunga storia. - 4. La solidarietà come tecnica (anche) giuslavoristica: qualche esempio. - 5. Ripensare la solidarietà. Spunti per una futura ricerca.

1. Le ragioni di questo breve contributo

Invitata a partecipare al ricco convegno dedicato a Giovanna Visintini, mai mi sarei sottratta, per la stima, la gratitudine, l'amicizia che mi legano a lei da decenni, da quando la conobbi nell'allora Facoltà di Economia. Chiamata successivamente a trasmettere uno scritto che riprendesse la relazione che avevo svolto, impegni istituzionali mi hanno impedito di redigere un testo adeguato; ma l'affettuosa pressione di Alessandra Pinori, unita al dispiacere di non comparire nel volume dedicato a Giovanna, mi hanno indotta a scrivere queste poche paginette senza pretese, ripromettendomi di tornare successivamente su un tema che – come ha osservato Stefano Giubboni¹ – «per un cultore del diritto del lavoro (...) è certamente tra quelli ineludibili». O almeno dovrebbe, come subito dirò.

* Professoressa ordinaria di Diritto del lavoro nell'Università di Genova.

¹ GIUBBONI, *Solidarietà. Un itinerario di ricerca*, Napoli, 2022, p. 11.

2. *Fraternità e solidarietà. La solidarietà come valore e come principio.*

Liberté, égalité, fraternité. Da qui una giuslavorista può prendere le mosse per qualche prima breve riflessione sulla solidarietà. Il lemma *fraternité*, e conseguentemente il suo denotato, risulta notoriamente ambiguo e mutevole e in proposito, come si sul dire, c'è letteratura, da più di duecento anni.

Manca invece una adeguata considerazione nella dottrina lavoristica²; io stessa non avrei pensato di occuparmene se il tema non mi fosse stato “assegnato” dagli organizzatori del convegno, e scarsa (per usare un eufemismo) è l'attenzione dedicata dai giuslavoristi, con lodevoli e rilevanti eccezioni.

Oltre all'omonima monografia di Stefano Giubboni, che pure si era già occupato del tema in passato³, non si può non ricordare il saggio di Guido Balandi⁴.

Balandi, in particolare, muove proprio dalla triade *Liberté, égalité, fraternité* osservando subito «come delle tre celebri parole della Rivoluzione *Fraternité* è certamente la più ambigua»⁵. La sua ipotesi interpretativa è di leggere il termine solidarietà come «equivalente contemporaneo di *Fraternité*»⁶, e così la sviluppa ricostruendone uso e funzione (la “misura”) nel sistema della sicurezza sociale, con appropriati riferimenti agli artt. 2, 32, 38 della Costituzione, valorizzandone l'effetto redistributivo, ben diverso dalla accezione di solidarietà “assicurativa” dei primi sistemi di previdenza sociale⁷.

Ma Giubboni rileva una differenza, uno slittamento semantico non casuale tra “fraternità” e “solidarietà”: uno «“scarto” evidente tra la fraternità – che è astratta ed individualistica, tributaria della concezione illuministica e giusnaturalistica del

² Nello stesso senso ZOPPOLI, *Solidarietà e diritto del lavoro: dissolvenza o polimorfismo?*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 356/2018, p. 2.

³ Tutti i contributi sono ripresi e adattati nel volume citato, e sono ricompresi in un ampio arco temporale (2004- 2021).

⁴ BALANDI, *Che cosa resta delle Fraternità*, in *Lav. dir.*, 1990, pp. 25 ss. Da ricordare anche le dense pagine di Luigi Mengoni, pur con approccio e prospettiva diversi (MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in Napoli (a cura di), *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, Milano, 2004, pp. 61 ss.).

⁵ BALANDI, *op. cit.*, p. 25.

⁶ BALANDI, *op. cit.*, p. 26.

⁷ BALANDI propone di “misurare” «il tasso di solidarietà» prendendo come parametro di riferimento «la circolazione delle risorse, e in particolare la loro provenienza e la loro destinazione» (*op. cit.*, p. 29).

diritto e dei diritti dell'uomo – e la solidarietà, che è viceversa fattuale, concreta, radicata nel legame sociale»⁸.

E se l'itinerario di Giubboni⁹ va alla ricerca degli usi e degli abusi nel diritto sociale dell'UE, il diverso – ma non opposto – itinerario che si percorre nella monografia di Guido Alpa è quello di una “decodificazione” della solidarietà, che «nel rispetto dell'autonomia privata e degli interessi collettivi, deve essere “reinventata”»¹⁰. Lasciando da parte la solidarietà come valore-principio provvisto di significato filosofico e morale, il giurista deve ragionarne come «valore-principio a contenuto giuridico, e perciò prescrittivo, strumentale rispetto alla realizzazione dei fini sociali»¹¹. Ed è proprio quanto fa Alpa, ricostruendone lo spazio e il ruolo nell'evoluzione del diritto positivo¹², dalla tradizione romana alle Costituzioni del secolo scorso, al diritto europeo, fino a concentrarsi sulla solidarietà nel diritto privato e a spingersi a considerare quella che ritiene una nuova specifica forma di solidarietà nel diritto societario, traducendosi, per così dire, in “sostenibilità”¹³.

Se pure la solidarietà (in generale) ha superato momenti di difficoltà, e persino di eclissi¹⁴, la solidarietà come principio giuridico – la solidarietà “giuridicizzata”, con l'espressione di Stefano Rodotà¹⁵ – trova nella Costituzione una base e uno sviluppo chiaro e certo, come “dovere” sancito e imposto dall'art. 2, non a caso collocato tra l'art. 1 e l'art. 3, «dove la dignità compare con una esplicita connotazione “sociale” e il riferimento agli “ostacoli di ordine economico e sociale” rinvia letteralmente ai doveri di solidarietà “economica” e “sociale” dell'articolo 2»¹⁶. «Non una nozione chiusa», dunque, perché «la solidarietà appartiene a quei principi, o a quelle clausole generali, flessibili, che la tecnica giuridica ha apprestato perché il sistema giuridico possa disporre di finestre aperte sulla società, per tenerne il passo senza che sia necessario un

⁸ GIUBBONI, *op. cit.*, p. 57.

⁹ “Un itinerario di ricerca” è il sottotitolo del volume.

¹⁰ ALPA, *Solidarietà. Un principio normativo*, Bologna, 2022, p. 11.

¹¹ *Ibidem.* ZOPPOLI, *op.cit.*, p. 2, predica la «utilità di un discorso intorno alla solidarietà come categoria giuridica».

¹² Quel “brutto francesismo” registrato da Niccolò Tommeseo nel suo vocabolario nel 1847, come lo stesso Alpa ricorda (p. 13).

¹³ ALPA, *op.cit.*, p. 275 ss. Così anche nel contributo dello stesso A. in questo volume.

¹⁴ RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari-Roma, 2014, p. 7.

¹⁵ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 48.

¹⁶ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 46.

ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme¹⁷: e qui davvero è evidente, e per nulla forzato, l'intreccio tra solidarietà e clausole sociali – tema al quale era dedicato il convegno del maggio 2023 di cui questo volume ripropone molti contenuti.

La solidarietà, quella «utopia necessaria» di cui tanto ci ha parlato Rodotà, mettendoci in guardia da quella che, con le parole di Stefano Giubboni potremmo definire la «irresistibile ambiguità» della parola¹⁸, soprattutto quando invocata a livello europeo, come l'abbiamo vissuta durante la pandemia, può, e a mio avviso deve, essere guardata attraverso una duplice lente nel diritto del lavoro.

Parlare di solidarietà nel diritto del lavoro comporta infatti la necessità di ragionare su due piani distinti, seppure tra loro correlati: da una parte le origini, la storia, e forse il futuro del diritto del lavoro (in particolare del diritto sindacale), costruito attorno ad una solidarietà che va ad affiancarsi all'eguaglianza (sostanziale); dall'altra le regole, le tecniche «civilistiche» adattate, per così dire, ad alcuni importanti istituti del rapporto di lavoro (somministrazione, appalti, reti, trasferimento d'azienda).

3. *La solidarietà nel diritto del lavoro: una lunga storia.*

Per il diritto del lavoro è particolarmente vero che «la polisemia del termine S. dipende dalla sua ricca storia» e che essa «si radica nella cultura operaia e sindacalista al tornante del XIX secolo», come ha osservato ancora Alpa¹⁹.

Donato Carusi, in un suo recente lavoro²⁰, riporta un breve ma significativo passo di «Tempi difficili» (1854) di Charles Dickens presentandolo come «un eccellente esempio di come sia stata [anche, aggiungo io] la letteratura a rilevare agli occhi dei più grandi questioni di convivenza, a promuoverne la percezione nella coscienza sociale propiziandone l'emersione a livello di diritto»²¹. E prosegue richiamando, con scelta felice, *Germinale* (1885) di Emile Zola.

¹⁷ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 42.

¹⁸ GIUBBONI, *op. cit.*, p. 53.

¹⁹ ALPA, *op.cit.*, p. 15.

²⁰ CARUSI, *Sua Maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, 2022: lo abbiamo presentato e discusso nel novembre 2022 in uno di quei begli incontri seminariali del Dipartimento di Giurisprudenza, pensati per i dottorandi ma che rappresentano anche una grande occasione di riflessione per noi *seniores*.

²¹ CARUSI, *op.cit.*, p. 108.

Il diritto *suivra*: ma dopo molte lotte, e per vie tortuose, dalla prima legislazione sociale – da mantenere rigorosamente distinta dal “diritto civile” che non poteva ammettere e introiettare istanze sociali ritenute estranee alla logica del diritto privato – fino ad arrivare (mi si consentano i grandi “balzi” storici) all’uso retorico, populista della solidarietà nel fascismo (su cui tornerò) e alla grande svolta della Costituzione, per poi subire, dopo gli anni d’oro dello Statuto dei lavoratori, “le ingiurie del tempo” con una rilettura “inversa” volta a giustificare ogni riduzione dei diritti dei lavoratori in nome di una malintesa solidarietà tra occupati e disoccupati (la trita contrapposizione *insider/outsider*).

Ragioni (di tempo nella mia relazione, ora di spazio) mi impongono di concentrarmi, molto brevemente, solo su alcuni momenti “topici” di queste vicende.

La solidarietà (sociale, di classe) tra operai sta alla base del superamento della “concorrenza interna” tra lavoratori, che condurrà ai primi concordati di tariffa, antenati della contrattazione collettiva. Ma non si può dimenticare la nascita, lo sviluppo del principale antecedente, storico, logico e pragmatico, ossia le società di mutuo soccorso (SMS).

Paolo Passaniti, studioso sempre attento e intelligente della storia del nostro diritto, giustamente ricorda come la legge n. 3818 sul riconoscimento delle SMS – «annunciata con toni trionfali dal Ministro Grimaldi» il 18 aprile 1886, – asseconda sì un movimento sociale già evoluto, ma «per fini che nulla hanno a che vedere con l’esaltazione della libera previdenza», e si presenta (e viene percepita dalle stesse SMS) come un intervento finalizzato a colmare «l’assenza dello Stato nella socialità» e «ad arginare la deriva sindacale del mutualismo»²². Circoscrivendo espressamente gli scopi (mutuo soccorso per assicurare ai soci sussidi in caso di malattia, incapacità al lavoro, vecchiaia), tenta di impedire lo sviluppo di qualsiasi finalità politica in senso ampio, sindacale diremmo oggi: il successo è solo formale ed effimero, certo non in grado di arginare la nascita e la crescita del sindacato.

D’altronde, l’intero diritto sindacale italiano, «con tutto quanto di peculiare presenta in ordine alla fragile strumentazione tecnico-giuridica che, mancando l’attuazione dell’art. 39 Cost., ha consentito di far prevalere le istanze solidaristiche su quelle prettamente individualistiche o microcorporative»²³, può essere ricondotto, senza forzature, alla solidarietà. Come scrive Lorenzo Zoppoli, «ne viene fuori una storia persino esaltante in cui il sociale ha prodotto da sé tutta la

²² PASSANITI, *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, pp. 62-65 Manduria-Bari-Roma, 2008, qui rispettivamente pp. 62-65.

²³ L. ZOPPOLI, *op.cit.*, p. 7.

solidarietà possibile, pure in sostanziale assenza di un legislatore volto a dare certezza e solidità agli assetti collettivi»²⁴. Le belle pagine della sentenza della Corte costituzionale n. 123/1962, relatore Mortati, sullo sciopero di solidarietà sono ancora lì a dimostrarcelo.

Ma c'è un intermezzo, per così dire, da non trascurare, ed è il concetto di solidarietà e il suo uso nel periodo corporativo. Come ricorda Rodotà, se la solidarietà compare quale elemento centrale nella Costituzione (art. 2), si deve ricordare «che la solidarietà era già stata formalmente nominata nell'ordine giuridico, nel codice civile del 1942, come “solidarietà corporativa”»²⁵.

Il riferimento, chiaramente, è alla (malintesa) solidarietà del fascismo, non di classe ma tra tutti i “produttori” per l'interesse superiore della nazione. Viene così portato a compimento un disegno che già era da taluni stato colto nel Code Napoléon (art. 1708) e trasfuso nel codice civile italiano del 1865 (art. 1627 sulla locazione delle opere), là dove si era evidenziata «la beffa suprema di nobilitare il lavoratore a proprietario, anche se si trattava della miserevole proprietà delle proprie braccia»²⁶.

Il passaggio conclusivo avviene antepponendo la Carta del lavoro (1927) al codice civile del 1942: una premessa “pesante”, che come sappiamo peserà, appunto, sull'interpretazione, in particolare, dell'art. 1175 c.c. (e non serve che un giuslavorista lo ricordi ai civilisti). Ma va rimarcata una non casuale coincidenza, o forse meglio un necessario collegamento. Con le parole di Guido Melis, con il codice del 1942 «nell'ordinamento dell'impresa entrava adesso come parte essenziale, quello del lavoro, quasi ignorato dai Codici (pre)vigenti. E la Carta del lavoro, posta in premessa al Codice, diventava parte viva ed operante del sistema della legge»²⁷.

Opportunamente Alpa ricorda la Disposizione IV della Carta sul contratto collettivo, nel quale – si legge nel testo – «trova la sua espressione concreta la solidarietà tra i vari fattori della produzione, mediante la conciliazione degli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori, e la loro subordinazione rispetto agli interessi superiori della produzione»: solidarietà «non tra le persone, ma tra gli interessi dei partecipanti alla produzione»²⁸

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 40.

²⁶ GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 203.

²⁷ MELIS, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*. Bologna, 2018, p. 292, riportando frammenti dell'adunanza del Consiglio dei Ministri del 4 gennaio 1941.

²⁸ ALPA, *op.cit.*, pp. 98-99.

Come scriveva Rodotà, «*la logica corporativa, peraltro mai concretamente spiegata*²⁹, trovava così la sua sostanza in un mero contemperamento di *interessi economici individuali*»³⁰. Radicalmente diverso, invece, come abbiamo visto, è *il quadro delineato dall'art. 2 della Costituzione con la connessione diretta istituita tra il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali e «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»*.

Non è questa la sede né l'occasione per entrare nelle diverse e talora divergenti interpretazioni dell'art. 2 Cost.³¹ e nel dibattito sulla rilettura dell'art. 1175 c.c. alla luce del principio costituzionale³². Con un evidente balzo temporale basti qui il richiamo all'impatto della concezione giuridica della solidarietà per condurci al diritto del lavoro della seconda metà del secolo scorso, che segue l'epoca d'oro dello Statuto dei lavoratori, che a sua volta a mio avviso può e deve essere considerato anche l'acme della parabola ascendente della solidarietà, strettamente coniugata alla dignità del lavoro e della persona che lavora.

Non si può infatti non rilevare come, a un certo punto, proprio agli inizi degli anni '80, la categoria della solidarietà ha cominciato a funzionare "in senso inverso" nel diritto del lavoro. Il primo terreno sul quale questo mutamento di verso è divenuto visibile, come osserva condivisibilmente Zoppoli, è *quello del mercato del lavoro e della ripartizione delle sempre scarse occasioni di lavoro*: «il gruppo entro cui opera – o dovrebbe operare - la solidarietà occupazionale è quella dei lavoratori dipendenti, in atto o in potenza, occupati e disoccupati (con terminologia in voga: *insiders/outsidere*). La solidarietà in questo ambito diventerà una categoria ampia in grado di giustificare un programma di ridefinizione legislativa dei diritti protettivi dei lavoratori in funzione di un diritto promozionale di nuova occupazione»: il diritto *al lavoro* giocato contro i diritti *del lavoro*, l'art. 4 Cost. – o quanto meno una sua interpretazione, peraltro assai discutibile – come limite all'art. 35 Cost.³³. Si fanno così strada istituti quali i contratti di solidarietà (difensivi e offensivi, nel linguaggio dell'epoca), insieme ad altre politiche del lavoro nelle quali «il richiamo alla solidarietà assume una valenza ablativa», «sulla base dell'assunto, peraltro indimostrato, secondo cui

²⁹ Ma v. la diversa prospettiva di CASSESE, *Lo stato fascista*, Bologna, 2016, pp. 123-124.

³⁰ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 41.

³¹ L. ZOPPOLI, *op.cit.*, pp. 3-4.

³² ALPA, *op.cit.*, pp. 127 ss.

³³ L. ZOPPOLI, *op.cit.*, p. 10.

riducendo i diritti degli occupati si produrrebbe nuova occupazione»³⁴

La solidarietà “pura” sembra destinata a circoscriversi al volontariato, quale «più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un’ autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa” (Corte Cost. sent. 75/1992), come ricorda ancora Zoppoli³⁵.

Quasi un ritorno all’antico (ma sulla rivitalizzazione dell’antico tornerò), con un diritto del lavoro ancillare dell’economia, tradotta nelle esigenze delle imprese assunta a “valore” contrapposto ai tradizionali valori del diritto del lavoro. Certamente si continua a ritenere che «i valori rappresentano [...] la trama sottesa a buona parte» dei discorsi dei giuslavoristi, valori che «anche quando non sono evocati esplicitamente [...] hanno una straordinaria capacità di infiltrarsi nelle forme del discorso, anche di quello più tecnico»³⁶, ma si arriva a pretendere che il diritto “posto” sia continuamente “giustificato”, proprio sulla base dei valori. Si inizia al contempo ad affermare che «la disciplina lavoristica è così articolata e stratificata che non è pensabile che vi sia un valore che possa offrire giustificazione di tutto il diritto del lavoro»³⁷; e si prosegue poi affermando, seguendo una china scivolosa, che «i fenomeni di trasformazione in corso – a livello di strutture produttive, dispositivi tecnologici, sistemi organizzativi, tecniche comunicative, modelli culturali – possano passare senza incidere in profondità sugli indirizzi valoriali di fondo». Da qui a dichiarare la propria «opzione» per una profonda *rivisitazione* dei valori il passo è breve, e sostanzialmente compiuto, almeno per una parte (pur autorevole e che si sta affermando come maggioritaria) della dottrina giuslavoristica ³⁸.

³⁴ L. ZOPPOLI, *op.cit.*, p. 11.

³⁵ L. ZOPPOLI, *op.cit.*, p. 15.

³⁶ DEL PUNTA, *Diritto del lavoro e valori*, in DEL PUNTA (a cura di), *Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Firenze, 2022, p. 22.

³⁷ Ho avuto occasione di argomentare la centralità e la piena attualità del “valore dignità” in *La dignità del lavoro e della persona che lavora*, in *Gior dir. lav.*, 2019, pp. 631-671 e, *amplius*, in *La dignità del lavoro tra legge e contratto*, in Aidlass, Atti del Convegno di Udine 13-14 giugno 2019, Milano, 2020, pp. 19-98. V. autorevolmente FLICK, in una sua recentissima riproposizione del valore fondante della dignità (*Dignità, diritti umani e doveri dalla Dichiarazione Universale alla Costituzione italiana, alla Carta di Nizza, al mercato unico e alle migrazioni, Relazione* per gli incontri su “L’evoluzione del segno europeo: uno sguardo dal passato al futuro per ripensare l’Europa, Roma, Università Gregoriana, 7 maggio 2024, e “Le radici culturali dell’Europa”, Università di Genova, 9 maggio 2024).

³⁸ DEL PUNTA, *op.cit.*, pp. 23 e 24.

Potrei amaramente chiosare con una nota battuta di Groucho Marx: «*Those are my principles, and if you don't like them... well, I have others*».

Ma i valori costituzionali, che la Costituzione qualifica come principi fondamentali, non dovrebbero essere traditi e “capovolti”: può suonare retorico e forse eccessivo, ma di questi tempi non è fuor di luogo ricordare l'interpretazione fascista della solidarietà, per ricordarci che non abbiamo il vuoto alle spalle (la storia) e neppure un vuoto davanti a noi, proprio perché abbiamo una Costituzione che si fonda (indicativo prescrittivo) sul lavoro e che a fianco di libertà ed eguaglianza colloca *anche* la solidarietà.

Da quei valori-principi, derivano (o almeno dovrebbero derivare) le regole, concretizzate dalla legge e dalla sua interpretazione, e conseguono (o dovrebbero conseguire) le tecniche, adottate dallo stesso legislatore per realizzare quei principi e adottate dagli interpreti (i giudici *in primis*) per inverarle.

4. La solidarietà come tecnica (anche) giuslavoristica: qualche esempio.

Basterebbe guardare al Capo IV della Carta di Nizza, dedicato proprio a solidarietà, per ritrovare l'indice, per così dire, delle regole che devono garantirla. Limitandosi alle questioni più schiettamente lavoristiche: diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, diritto di negoziazione e di azioni collettive, diritto di accesso ai servizi di collocamento, tutela in caso di licenziamento ingiustificato, condizioni di lavoro giuste ed eque, divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro, vita familiare e vita professionale, sicurezza sociale e assistenza sociale, e, *last but not least*, tutela dell'ambiente.

Tutto il diritto del lavoro (e l'intero *droit social*: penso alla questione del reddito di cittadinanza, come pure alle cooperative sociali e al terzo settore), soprattutto quello più recente, meriterebbe di essere valutato utilizzando come parametro la solidarietà. Non lo farò, naturalmente.

Richiamerò invece – facendo un “salto” consapevolmente lungo dai principi alle tecniche – alcuni ambiti nei quali la solidarietà è entrata nel diritto positivo come tecnica, pur con alcune “variazioni”.

Nulla di più “normale”, se si pensa alla tradizione del diritto romano, che ci ha tramandato, per così dire, «una delle forme in cui si può configurare il debito»³⁹: “in solido”, appunto, verso un creditore. La «singolarità» del termine, come ha osservato Alpa, è individuabile nel fatto che, in modo inusuale, «un termine prov-

³⁹ ALPA, *op.cit.*, p. 12.

visto di un significato tecnico specifico» – quello appena menzionato – conquisti uno spazio assai più ampio e si estenda nel tempo, arricchendo i suoi significati e superando i confini della sua origine»⁴⁰.

Mi riferisco, guardando al diritto del lavoro recente e vigente, alla solidarietà come tecnica di protezione della parte debole del contratto, rileggendo rapidamente i punti di approdo in alcune vicende nelle quali viene oggi utilizzata là dove il rapporto diretto tra lavoratore e formale datore di lavoro non risulta idoneo a garantire una sufficiente “protezione”, economica in particolare, ai lavoratori. Una solidarietà, dunque, con funzione di protezione del lavoratore, a fianco di altre forme di protezione “nel contratto” o in sostituzione di quanto il contratto, di per sé, non può garantire. Gli esempi non casuali che propongo qui brevemente⁴¹ riguardano la somministrazione, gli appalti, le reti, il trasferimento d’azienda: tutte forme nelle quali le vicende dell’impresa, o la stessa struttura (giuridica) organizzativa del datore di lavoro possono mettere a repentaglio i crediti, e più in generale la posizione giuridica, del lavoratore.

Nella somministrazione di lavoro, debitore del trattamento retributivo, come pure dei contributi previdenziali dovuti, è il somministratore, ma «l’utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e a versare i relativi contributi previdenziali, salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore» (art. 25, c. 2, d. lgs. n. 81/2015). Si tratta, diversamente dal passato, di una vera responsabilità solidale dei due soggetti, anche se il riferimento finale al diritto di rivalsa nei confronti del somministratore induce a ritenere che il primo obbligato sia il somministratore, coerentemente d’altronde con la sua qualifica di datore di lavoro. Solidarietà comunque piena ed *ex lege*⁴²; si tratta, con tutta evidenza, di una importante garanzia per il prestatore di lavoro.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Riprendo qui e *infra* alcuni frammenti tratti da BALLESTRERO-DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Torino, 2022.

⁴² Non si tratta dunque più di solidarietà *ex contractu*, come era nella disciplina previgente, secondo la quale, nel contratto di somministrazione dovevano essere inserite clausole che garantissero «l’assunzione da parte del somministratore della obbligazione del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico, nonché del versamento dei contributi previdenziali» e «l’assunzione da parte dell’utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell’obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali» fatto salvo, anche all’epoca, il diritto di rivalsa verso il somministratore.

In caso di appalto (art. 29, c. 2, d. lgs. n. 276/2003), l'unica protezione per i dipendenti è stata affidata (dal 2003 fino ai primi mesi del 2024) al regime di solidarietà⁴³ tra appaltante e appaltatore («nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori «entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto»), previsto dalla legge per i trattamenti retributivi, quote di trattamento di fine rapporto comprese, e per i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti dal datore di lavoro (l'appaltatore o il subappaltatore)⁴⁴. La recentissima innovazione introdotta (comma 1-bis dello stesso art. 29) con il d.l. n. 19/2024 – nel testo modificato dalla legge di conversione 29 aprile 2024, n. 56 – quale prima, modesta reazione⁴⁵ al grave infortunio sul lavoro nel cantiere Esselunga di Firenze, pur non avendo reintrodotta la piena ed effettiva parità di trattamento tra dipendenti dell'appaltante e dipendenti dell'appaltatore (secondo la disciplina originaria della storica abrogata legge n. 1369/1960), ha almeno garantito, «al personale impiegato nell'appalto di opere o servizi e nel subappalto», «un trattamento economico e normativo complessivamente non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale stipulato dalle associazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicato nel settore e per la zona strettamente connessi con l'attività oggetto dell'appalto e del subappalto».

La regola della solidarietà resta comunque tutt'oggi centrale e indefettibile, e merita ricordarne le tormentate vicende che l'hanno contrassegnata.

La regola, infatti, è stata, nel recente passato, suscettibile di eccezioni: le disposizioni che prevedevano espressamente che la contrattazione collettiva potesse diversamente disporre sono state inserite, poi soppresse, poi riformulate, in particolare con la l. n. 92/2012 (art. 4, c. 31, lett. a). La questione è stata oggetto di un quesito referendario (ammesso da Corte cost. n. 27/2017), ma il legislatore è intervenuto modificando il testo dell'art. 29, c. 2, facendo venir meno l'oggetto del referendum (che non si è dunque svolto). Il testo soppresso (dall'art. 2 del d.l. n. 25/2017, convertito senza modificazioni dalla l. n. 49/2017) prevedeva che la regola della responsabilità solidale dell'appaltante si applicasse «salvo diversa

⁴³ Regime che tuttavia non si applica «qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività d'impresa o professionale»: art. 29, c. 3-ter.

⁴⁴ Delle sanzioni civili risponde invece solo il responsabile dell'inadempimento.

⁴⁵ Insieme alla modifica, in particolare, dell'apparato sanzionatorio per fornitura illecita di manodopera (art. 18 d. lgs. n. 276/2003) e dell'art. 26 d. lgs. n. 81/2008 in tema di responsabilità dell'appaltante in materia di sicurezza.

disposizione dei contratti collettivi nazionali sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore che possono individuare metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti»⁴⁶. Non era chiara la *ratio* della previsione, caparbiamente reintrodotta dal legislatore pur a fronte dei molti dubbi sull'opportunità di affidare alla contrattazione collettiva una competenza dai confini così ampia, che rischiava di privare i dipendenti dell'appaltatore dell'unico strumento di protezione previsto allora dalla legge. Positivo risulta dunque l'esito della complessa vicenda, che vede oggi, il regime di solidarietà quale regola indefettibile⁴⁷, che "copre" tutti gli appalti e i subappalti.

Merita inoltre segnalare il differenziale, per così dire, tra diritto del lavoro e diritto civile, in tema di regime di responsabilità negli appalti. Il *plus* di tutela rispetto alle regole generali già previste nel codice civile è importante, ed è rappresentato dal fatto che l'art 1676 c.c. prevede un diritto diverso, e più limitato, per i dipendenti dell'appaltatore. Come è noto, secondo tale disposizione (rubricata come "Ausiliari dell'appaltatore"), infatti, «coloro che, alle dipendenze dell'appaltatore, hanno dato la loro attività per eseguire l'opera o per prestare il servizio possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto è loro dovuto» *solo* «fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda»⁴⁸.

⁴⁶ Il regime della solidarietà negli appalti (così come peraltro i casi di ricorso alla somministrazione di lavoro) era stato peraltro già indicato tra le materie sulle quali l'art. 8, l. n. 148/2011, consente una contrattazione "di prossimità" (livello aziendale o territoriale) in deroga alla contrattazione nazionale e alla legge.

⁴⁷ Il citato art. 2 del d.l. n. 25/2017 ha soppresso anche i frammenti dello stesso art. 29 che riguardavano – con le parole di Corte cost. n. 27/2017 – «l'articolata disciplina processuale dell'azione esperibile dal lavoratore», che rendevano più gravoso il soddisfacimento del credito del lavoratore, in particolare prevedendo che il committente (convenuto in giudizio unitamente all'appaltatore e con gli eventuali subappaltatori) potesse eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori.

⁴⁸ Tale azione diretta di rivalsa (utile, per esempio, quando sia decorso il termine di due anni della responsabilità solidale del subappaltatore) resta comunque disponibile anche oggi per i dipendenti dell'appaltatore, *a latere* e in aggiunta alla specifica disciplina lavoristica. La tutela è limitata al solo credito maturato dal lavoratore in forza dell'attività svolta per l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio oggetto dell'appalto, e non anche con riferimento a ulteriori crediti, pur relativi allo stesso rapporto di lavoro ma non afferenti in alcun modo all'appalto.

Parzialmente diverse sono le regole – sempre in punto di solidarietà – a tutela dei dipendenti di aziende “di rete”. I commi 3-bis, 3-ter, 3-quater dell’art. 31 (rubricato “Gruppi di imprese”) del decreto n. 276/2003, consentono oggi alle imprese agricole «appartenenti allo stesso gruppo»⁴⁹ e alle «imprese legate da un contratto di rete, quando almeno il 40% di esse sono imprese agricole», di «procedere congiuntamente all’assunzione di lavoratori dipendenti per lo svolgimento di attività lavorative presso le relative aziende». Destinatario della norma sono dunque le sole imprese agricole e le reti che comprendano una componente significativa di imprese agricole.

Si tratta di un provvedimento che potrebbe essere considerato settoriale, e dunque marginale nel contesto degli assetti produttivi nazionali, se non fosse accompagnato dalla coeva innovazione apportata all’art. 30 (“Distacco”) dal c. 4-ter, in forza del quale per le imprese (ma nelle righe precedenti si parlava di aziende) che abbiano sottoscritto un regolare contratto di rete «è ammessa la codatorialità dei dipendenti ingaggiati [*sic!*] con regole stabilite attraverso il contratto di rete stesso». Destinatario della norma sono dunque le imprese di qualunque settore, in presenza di una rete formalizzata.

Di fronte alla difficoltà di distinguere e alla apparente coincidenza tra assunzioni congiunte e codatorialità, alla luce della normativa secondaria (Decreti ministeriali, Decreti direttoriali, Circolari del Ministero del lavoro) si può ritenere che l’assunzione congiunta sia riservata alle imprese agricole appartenenti allo stesso gruppo o a una rete che leghi imprese di cui almeno una quota significativa (40%) agricole⁵⁰. L’assunzione congiunta – secondo la Circolare n. 7671/2015 – comporterebbe l’instaurazione «di un rapporto di lavoro con una pluralità di datori, intesi come tali sia sotto il profilo formale sia sotto il profilo sostanziale». Il c. 3-quinquies dell’art. 31, d’altronde, prevede che «i datori di lavoro rispondono in solido delle obbligazioni contrattuali, previdenziali e di legge che scaturiscono dal rapporto instaurato con le modalità disciplinate dai commi 3-bis e 3-ter» (imprese agricole e reti con significativa presenza di imprese agricole, lo ricordiamo).

⁴⁹ O «riconducibili allo stesso proprietario o a soggetti legati tra loro da un vincolo di parentela o di affinità entro il terzo grado». Quasi inutile sottolineare le incertezze che inevitabilmente si incontreranno nella “riconduzione” di più imprese allo stesso proprietario o a parenti e affini.

⁵⁰ La riduzione dal 50% al 40%, operata dalla l. n. 154/2016 ha evidentemente ampliato la platea delle reti potenzialmente interessate alle assunzioni congiunte, forse per venire incontro alle esigenze delle filiere produttive che integrino il processo produttivo e distributivo di prodotti agricoli.

Diversamente – almeno secondo la Circolare n. 35/2013 – nel caso della stipulazione di un contratto di rete «sul piano di eventuali responsabilità penali, civili e amministrative – e quindi sul piano della sanzionabilità di eventuali illeciti – occorrerà rifarsi ai contenuti del contratto di rete, senza pertanto configurare “automaticamente” una solidarietà tra tutti i partecipanti al contratto» di rete. Sempre che – aggiungiamo noi – non si tratti di una “rete soggetto” (che, pure contemplata dalla legge, assume al ruolo di centro di imputazione unitario di diritti ed obblighi, e che dunque opera come datore di lavoro unico, formalmente e sostanzialmente) o – stando alla confusa lettera della legge – di una rete latamente agricola (per la quale, come per i gruppi agricoli, pare sancita la responsabilità solidale delle imprese agricole aderenti).

Insomma, un sistema di protezione dei dipendenti che sembra discendere dalle scelte operate a monte dalle stesse imprese (alternativa tra assunzioni congiunte, codatorialità, rete soggetto, contratto di rete, struttura di gruppo), ossia che fa discendere dalle scelte opportunistiche delle aziende le garanzie riconosciute ai dipendenti. La solidarietà risulta comunque utilizzata anche in questo caso come tecnica di protezione, seppure talora in modo improprio: è evidente – o almeno dovrebbe esserlo, per il legislatore come per il Ministero – che se la rete è una rete-soggetto, o se siamo di fronte ad assunzioni congiunte, la responsabilità (per i crediti dei dipendenti, così come per ogni altro obbligo contrattuale) discende direttamente dalla corretta imputazione del rapporto, e che dunque è improprio, qualificarla in termini di solidarietà. Ma tant'è, la tecnica della solidarietà è ormai divenuta il *leit motif*, o se si preferisce il *fil rouge*, del sistema di protezione sussidiario dei lavoratori.

Riprova ne abbiamo volgendo lo sguardo, da ultimo, alle vicende di circolazione delle attività economiche, concentrandoci, in particolare, sulla fattispecie del trasferimento d'azienda, o più correttamente sulle conseguenze del trasferimento di un'azienda (o di un ramo di essa) sui rapporti di lavoro dei dipendenti dell'azienda (o del ramo di essa) trasferita.

In caso di trasferimento d'azienda (o di ramo d'azienda) il diritto positivo, da sempre (almeno dall'originaria formulazione dell'art. 2112 c.c.) garantisce il diritto fondamentale alla continuità del rapporto di lavoro (rafforzato dal divieto di licenziamento giustificato con il trasferimento). Ma tra i diritti individuali dei prestatori di lavoro uno spazio è riservato alla responsabilità solidale tra cedente e cessionario «per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento», come prevede il c. 2 dell'art. 2112 c.c. Tuttavia «con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c. il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di

lavoro»⁵¹. La tecnica utilizzata dal legislatore è quella della autonomia individuale assistita. Con tutta evidenza, si tratta di un affievolimento del regime di solidarietà da non sottovalutare, sia nella specifica prospettiva delle tutele individuali del lavoratore “trasferito” con l’azienda (o il ramo di essa), sia in una prospettiva sistemica.

5. Ripensare la solidarietà. Spunti per una futura ricerca.

Due considerazioni finali – non conclusive.

La prima ha ad oggetto la necessità di (ri)avviare uno studio sistematico dei “due corni” della solidarietà, la tecnica e il principio giuridico/valore. Per quanto concerne la tecnica, i pochi esempi brevemente presentati meritano di essere approfonditi ed affiancati da un’attenta ricerca che abbia ad oggetto altri ambiti (*in primis* la sicurezza) nel quale la stessa tecnica è utilizzata, da una parte, o potrebbe essere proficuamente e coerentemente utilizzata.

Per quanto concerne invece il valore della solidarietà e la sua concretizzazione attraverso adeguati strumenti (giuridici), mi limito qui ad una breve riflessione che avevo annunciato, in una sorta di “ritorno al futuro”: le società di mutuo soccorso (SMS), andata e ritorno dalle storiche società operaie che sembravano un retaggio desueto di un passato lontano – e che ritroviamo solo nelle insegne di alcuni circoli di paese, o poco più – e le nuove Associazioni di promozione sociale, neo società operaie di mutuo soccorso.

Cito brevemente un caso emblematico, anche perché ha richiamato l’attenzione (forse persino la curiosità) della stampa: la società operaia di mutuo soccorso “Insorgiamo”, costituita in forma di Associazione di promozione sociale (Aps) dagli operai di GKN, azienda che ha subito pesanti vicende dall’autunno 2022, con interventi politici e risvolti giudiziari complessi (a partire dai ricorsi *ex art.* 28 Statuto per condotta antisindacale, indotti dalla chiusura dell’azienda con licenziamento collettivo senza rispetto delle procedure obbligatorie di informazione preventiva).

Con le parole (febbraio 2023) di un operaio (Dario Salvetti, componente del Collettivo di fabbrica della Gkn di Campi Bisenzio) intervistato da un giornalista⁵²: «l’Aps Società Operaia di Mutuo Soccorso Insorgiamo risponde a tre fun-

⁵¹ E parte della dottrina ammette tuttavia la possibilità di liberare il cedente presso le sedi di certificazione (artt. 75 ss., d.lgs. n. 276/2003) e in sede giudiziale.

⁵² Salvatore CANNAVÒ, vicedirettore de *Il Fatto quotidiano* e direttore editoriale di Edizioni Alegre, autore tra l’altro di *Mutualismo, ritorno al futuro per la sinistra*, Roma, 2018.

zioni: un dopolavoro riconosciuto dall'articolo 11 dello Statuto dei Lavoratori; il mutuo soccorso e i primi esperimenti di reindustrializzazione dal basso». Insomma: una rinascita del mutualismo operaio di quasi due secoli fa, che – secondo gli stessi protagonisti– «non si può e non si deve sostituire allo stato sociale», un mutualismo che «può basarsi solo sul “conflitto”, sulla lotta sociale». Facile rivedervi, *mutatis mutandis*, quelle SMS alle quali, come avevamo anticipato, la prima legge che le aveva riconosciute – durante uno dei tanti Governi De Pretis che hanno punteggiato le legislature del Regno, tra il 1876 e il 1887 – aveva tagliato le ali rivendicative e politiche, senza riuscirvi fino in fondo.

GLI «ASSETTI ORGANIZZATIVI ADEGUATI» TRA PRINCIPI E CLAUSOLE GENERALI. APPUNTI SUL NUOVO ART. 2086 C.C.

*Alberto Maria Benedetti **

Sommario: 1. Due questioni sul nuovo art. 2086 c.c. – 2. Una norma su un “principio” definitorio (art. 2086, comma 2, cpv. 1). – 3. Il principio e le clausole generali «ambulatorie». – 4. Principio e *business judgment rule*. – 5. Principio e ruolo del giudice

1. Due questioni sul nuovo art. 2086 c.c.

La diffusione della cultura delle clausole generali ha visto e vede in Giovanna Visintini una promotrice instancabile, soprattutto nel settore di predilezione per i suoi studi: quello della responsabilità civile¹.

In questo scritto a Lei dedicato mi propongo di indagare su una recente e importante riforma in materia di impresa, cercando di capire se l’approccio per clausole generali possa, in tutto o in parte, spiegarne l’impatto innovativo.

La nuova disciplina della crisi d’impresa – introdotta con il d.lgs. n. 14/2019 – restituisce al diritto generale dell’impresa individuale e collettiva (nel disegno originale del Codice civile) una centralità che sembrava perduta in ragione del

* Professore ordinario di diritto privato, Università di Genova.

¹ La centralità della nozione di clausole generali è stata al centro della ricostruzione visintiniana della formula “danno ingiusto»: v. tra i tanti contributi VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 2005 (ma anche, *I fatti illeciti*, I, *Ingiustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1987, su cui hanno studiato generazioni di studenti genovesi).

susseguirsi, negli ultimi decenni, di leggi speciali e di riforme più o meno organiche, da cui è derivato un appannamento significativo del diritto generale dell'impresa e della sua perdurante utilità.

Il dato balza subito agli occhi guardando la riarticolazione dell'art. 2086 c.c.: è cambiata la rubrica (divenuta: Gestione dell'impresa) ed è stato introdotto un nuovo secondo comma, con un intervento di grande impatto qualitativo.

Nel rinnovato art. 2086 c.c., applicabile all'imprenditore «che operi in forma societaria o collettiva», si prescrivono “doveri” riducibili a due comportamenti: i) istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita di continuità aziendale; ii) attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

L'art. 2086 c.c., dunque, non si limita più a una mera esplicitazione della concezione gerarchica dell'impresa² (sebbene, com'è stato notato³, nozione e disposizione, oggi restituite dal legislatore a nuova vitalità, fossero da tempo cadute nell'oblio, salva un'applicazione in ambito lavoristico); l'ottica del riformatore è totalmente diversa, essendo orientata, piuttosto, a garantire che l'impresa collettiva sia costruita, fin dai suoi albori, in modo da prevenire la crisi⁴, con idonee organizzazioni e articolazioni interne destinate (anche) a coglierne subito i primi sintomi, per stroncarne la degenerazione in situazioni potenzialmente irreversi-

² Osserva RORDORF, *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.*, in *Le Società*, 2021, p. 1325 in partic. p. 1326: “Il nuovo titolo (...) mette da parte la gerarchia e sembra voler abbandonare le suggestioni del *Führerprinzip* e pone l'accento sugli aspetti funzionali dell'impresa (collettiva) e sugli obblighi cui è soggetto chi l'amministra».

³ SPOLIDORO, *Note critiche sulla “gestione dell'impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in questa *Rivista*, 2019, p. 254 ss., p. 259: “(...) resta il fatto che il primo comma dell'art. 2086 non ha quasi nulla da dire sulla gestione dell'impresa, mentre quel poco di forza precettiva che conserva riguarda il rapporto di lavoro». Va detto, peraltro, che se ne sosteneva da tempo una interpretazione “democratica”, se pure specificamente declinata con riferimento ai rapporti tra l'imprenditore e il personale dell'impresa: v. in questa prospettiva RIVA-SANSEVERINO, *Lavoro*, art. 2060-2134, nel *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1977, pp. 162-165.

⁴ DI CIOMMO, *La responsabilità civile di inizio millennio. Il caso del nuovo art. 2086 c.c. in tema di responsabilità di imprenditore e amministratori*, in *Danno e resp.*, 2022, p. 413 sss., in partic. p. 420: “L'idea di fondo è coerente rispetto a quella che ha ispirato l'intera riforma del diritto della crisi di impresa, e cioè che prevenire è molto meglio che curare [...]».

bili; le scelte organizzative non sono più rimesse all'autonomia, gerarchicamente declinata, dell'imprenditore, ma il legislatore, con un percorso lungo e articolato, ha «socializzato» la crisi dell'impresa, come se quest'ultima dovesse intendersi come un «complesso economico funzionante destinato alla duratura produzione di valore economico»⁵.

La crisi dell'impresa deve essere prevenuta con rimedi di tipo (anche) giuridico, espressi attraverso (o basati su) principi, clausole generali, responsabilità⁶, cui l'ordinamento affida il compito di garantire una struttura dell'impresa idonea a scongiurare la crisi, o, almeno, la sua irreversibilità.

Balza agli occhi un primo dato rilevante: la scelta di incidere sull'art. 2086 c.c. [anzi, di «farne una norma centrale della disciplina dell'impresa»⁷] non può non produrre riflessi sulla nozione stessa di impresa, certamente di quella a dimensione collettiva⁸, ma con inevitabili ripercussioni anche sulla dimensione «organizzativa» dell'imprenditore in generale, presente nella definizione dell'art. 2082 c.c. e oggi oggetto di una significativa rideterminazione; si assiste, come si è rilevato, a un passaggio da una nozione «statica» a una certamente «dinamica»⁹, in cui l'imprenditore

⁵ Lo evidenzia PALETTA, *Adeguati assetti e loro scalabilità alla luce del Codice della crisi di impresa*, in BALESTRA e MARTINO, *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, Milano, 2022, in partic. pp. 8-9.

⁶ Osserva giustamente CIAN, *Il diritto commerciale e le (altre?) scienze*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, I, 1093 ss., in partic. p. 1097: «(...) in questa materia rivestono un ruolo non secondario le regole che si rifanno a concetti e parametri valutativi di carattere generale (l'interesse, la diligenza, l'indipendenza, l'abuso, l'adeguatezza, la correttezza, per citarne solo alcuni), concetti la ragione della cui presenza nel sistema è la complessità dei modi di organizzazione e di esercizio dell'impresa, che non consente la predeterminazione normativa di specifici comportamenti dovuti»

⁷ Come nota, con giusto spirito critico, SPOLIDORO, (nt 2), p. 259.

⁸ La scelta di escludere l'imprenditore individuale dall'obbligo degli assetti organizzativi idonei non appaga totalmente, specie in ragione del fatto che l'imprenditore individuale non è sempre e necessariamente un piccolo imprenditore e, dunque, non sempre la sua dimensione giustifica l'esonero legislativo dall'obbligo di assetti adeguati: cfr. sul punto MONTALENTI, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione delle crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in MONTALENTI – NOTARI (a cura di), *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, Milano, 2021, p. 13, in partic. p. 21.

⁹ V. in tal senso MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del Codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in BALESTRA e MARTINO, *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, BALESTRA e MARTINO (nt. 4), pp. 33-34.

svolge un «funzione» (di prevenzione della crisi, ma non solo) di interesse generale; gli amministratori di tutte le possibili strutture societarie sono così tenuti a proteggere non solo i classici interessi della società, dei soci, dei creditori (soggetti, questi, tra i diretti danneggiati da una crisi dell'impresa) ma anche quelli della collettività, su cui si riverberano, in termini di costi sociali, gli effetti del fallimento imprenditoriale. Non si tratta di una novità meramente nominalistica o di facciata, forse «viziata da un eccesso di ambizione»¹⁰; si tratta della «codificazione» – plasticamente evidenziata, appunto, dall'introduzione di un nuovo comma in una disposizione del Codice civile – di un «principio» su cui si impernia non solo una diversa nozione di imprenditore e di impresa, ma da cui scaturiscono nuove responsabilità, esiti giudiziali di applicazione, verifica e sanzione del principio esplicitato¹¹. L'innovazione, va detto, costituisce una proiezione generale di un dovere che la riforma del 2003 aveva riferito agli amministratori e ai sindaci delle sole società per azioni (artt. 2381¹² e 2403 c.c.¹³), e che, oggi, diventa «una nuova linea di tendenza del sistema»¹⁴; non stupisce, pertanto, che la norma sia stata posta al centro dell'abbondantissima riflessione seguita alla riforma, prevalentemente nell'ambito del diritto commerciale.

Non mi soffermo sulle (pur giuste) critiche alla formulazione della disposizione, anche in ragione di una sua certa cupezza¹⁵ che investe chi vi si accosti;

¹⁰ L'osservazione è di SPOLIDORO (nt. 2), 259.

¹¹ La riforma è fortemente indirizzata sul piano dei principi e la codificazione «non è dunque un fatto ininfluyente»: CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1160 ss., in partic. p. 1162.

¹² Con la riforma del diritto societario l'art. 2381, 5° comma, c.c. è stato così formulato: «gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate». L'art. 2086 c.c. aggiunge tuttavia anche l'obbligo di attivarsi per l'adozione degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale.

¹³ Il collegio sindacale deve vigilare anche «sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento» (art. 2403 c.c.).

¹⁴ Come osserva MACARIO (nt. 8), p. 43; sulla progressiva penetrazione degli assetti adeguati nel diritto delle società v. anche RORDORF (nt. 1), p. 1328.

¹⁵ Sulla quale meritano condivisione le argutissime parole di SPOLIDORO (nt. 2), in partic. pp. 264-265.

vorrei valutarne soprattutto gli effetti di ordine sistematico e, per così dire, categoriale¹⁶ trattando in particolare due questioni: i) cosa è racchiuso nell'articolata formulazione del nuovo art. 2086? (parr. 2-3-4); ii) qual è il ruolo del giudice sul controllo ex ante dell'adeguatezza degli assetti organizzativi? (par. 5).

2. Una norma su un «principio» definitorio (art. 2086, comma 2, cpv. 1).

Muovendo dalla prima questione, il nuovo art. 2086, comma 2, pone, anzitutto, una norma di principio (art. 2086, comma 2, 1° cpv.).

Il principio (art. 2086, comma 2, 1° cpv., prima parte) viene espresso con una formulazione di tipo deontico: «dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa»; la particella aggiuntiva «anche» identifica non già ulteriori contenuti del principio, in sé già pienamente delineato, ma semplicemente una delle finalità cui è volto¹⁷: «la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale», idonea a servire, *ex post*, come criterio per valutare l'applicazione o la disapplicazione del principio, e, *ex ante*, come direttiva all'imprenditore collettivo per costruire un assetto organizzativo adeguato al principio, che possa prevenire l'insorgere della crisi ma, in una più prospettiva più ampia e ottimistica, a garantire il successo dell'attività cui l'organizzazione (appunto adeguata) ha da essere funzionale.

Nell'abbondantissima letteratura seguita alla riforma del diritto della crisi di impresa¹⁸ mi pare acquisita l'idea che la disposizione non ponga un principio nuovo, ma rappresenti sostanzialmente una recezione o esplicitazione di un principio, divenuto generale, già presente nel sistema¹⁹ (il dovere di istituire adeguati assetti

¹⁶ Ogni intervento sul Codice civile incide sempre sulla configurazione di qualche categoria, essendo il Codice, oggi, soprattutto un contenitore delle categorie fondanti il discorso giuridico (su questo aspetto può bastare, in questa sede, il rinvio a GENTILI, *Crisi delle categorie e crisi degli interpreti*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, p. 633 ss.).

¹⁷ Scrive CIAN (nt. 10), 1163: «(...) secondo l'art. 2086 c.c. gli assetti adeguati servono "anche" alla medesima (n.d.r.: la rilevazione della crisi); dunque, letteralmente, non solo». Questa formulazione può autorizzare a ritenere che gli assetti adeguati possano rispondere a un'esigenza in sé considerata, non solo in funzione della rilevazione dei segnali di crisi: v., in questo senso, DI CIOMMO (nt. 3), p. 421.

¹⁸ Oltre agli Autori qui citati, volendo fare un richiamo generale alla bibliografia sulla riforma del diritto della crisi d'impresa può farsi riferimento al volume di BALESTRA e MARTINO, *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, Milano, 2022.

¹⁹ L'opinione generale è che, almeno a partire dalla riforma del diritto societario del

organizzativi), con l'aggiunta, non trascurabile sul piano applicativo, di una più compiuta (e ampia) identificazione dell'ambito di operatività (all'imprenditore non individuale), del parametro dell'adeguatezza (costruita sulla natura e sulla dimensione dell'impresa) e delle finalità (la prevenzione della crisi, l'attuazione degli strumenti di prevenzione e superamento della crisi).

Non si tratta, dunque, di un principio aggiunto²⁰, ma di una codificazione novativa di un principio già tipizzato; non già di una mera recezione o formalizzazione, ma di una riarticolazione con dettagli più da (norme che pongono) regole che da (norme che pongono) principi.

Basta la lettura dell'art. 2086, comma 2, c.c. per mostrare come il legislatore abbia voluto dare indicazioni molto concrete (lontane, quindi, dal piano astratto e generale su cui generalmente operano i principi) sul modo con cui valutare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, richiamando, da una parte, la «natura» e la «dimensione» dell'impresa quali parametri su cui costruire, e valutare, l'adeguatezza degli assetti organizzativi e, dall'altra, indicando uno dei fini (che, poi, è la ratio del principio) che il nuovo assetto tende a perseguire.

Una concretezza di formulazione che non sminuisce la forza del principio così codificato, ma, anzi, ne espande la sfera applicativa; se è vero che vaghezza e indeterminatezza, se declinate con riferimento ai principi, non sono segni d'imperfezione, ma, al contrario, di appartenenza, è pur vero che, in sede di estensione di un principio prima limitato a un ambito più ristretto, la riduzione del tasso di indeterminatezza non deprime il principio, purché la sua declinazione legislativa consenta sia agli operatori che ai giudici una elasticità sufficiente da consentirne un'applicazione proporzionata e ragionevole, in grado di adattarne i contenuti alla molteplicità delle situazioni concrete. Perché è proprio nell'elasti-

2003, il principio di adeguatezza organizzativa, riferito agli amministratori delle sole società per azioni dall'art. 2381 c.c., è da ritenersi implicito nel sistema: tra i molti si vedano LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, in *Giur. comm.*, 2021, 5, in partic. p 5-6; BUONOCORE, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 16 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Recenti tendenze in materia di assetti organizzativi degli intermediari finanziari (e non solo)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, p 164 ss.

²⁰ Sui principi espressi e inespressi nel diritto della crisi di impresa merita di essere richiamato lo studio di G. D'ATTORRE, *La formulazione dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e d'insolvenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, 461 ss. (che critica, con riferimento soprattutto alle procedure concorsuali, la scelta di codificare troppi principi, senza che, tra questi, sia stato stabilito un ordine).

cità del principio che risiede la sua differenza rispetto alla regola, notoriamente più precisa e dettagliata²¹.

Se questo è esatto, nell'art. 2086, comma 2, c.c. è certamente il richiamo alla «natura» e alle «dimensioni» dell'impresa a consentirne un'applicazione ragionevole e proporzionata, che potrebbe comportare, secondo un'opinione²², anche la non sussistenza del dovere di istituire un assetto adeguato, quando appaia, appunto, non proporzionato al caso concreto (a quella specifica impresa); probabilmente, nell'interpretazione del principio, occorre tenere in considerazione l'art. 3 del CCI, nel contesto del quale è maturata la scelta del legislatore di intervenire (anche) sull'art. 2086 c.c.; lì si stabilisce chiaramente che l'imprenditore individuale deve adottare «misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte» e che l'imprenditore collettivo «deve istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'articolo 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative». O misure idonee o assetto idoneo; il che può autorizzare certamente un'applicazione circolare (nel senso che, secondo ragionevolezza, l'imprenditore individuale potrebbe dover istituire un assetto idoneo e quello collettivo, per converso, potrebbe limitarsi ad adottare misure idonee) ma non una disapplicazione integrale del principio, nel senso che un imprenditore individuale o collettivo potrebbe andare esente anche dall'obbligo minimo di adottare misure idonee, anche se si tratti di un imprenditore non commerciale. Perché la ratio del principio è proprio quella di garantire che l'organizzazione sia orientata (anche) alla prevenzione della crisi, potendo variare, piuttosto, la dimensione dell'assetto, ma non la sua stessa esistenza. Specie considerando che il principio è funzionale anche alla protezione

²¹ Scrive GUASTINI, *Principi di diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, Agg., VI, Torino, 2011, p. 686 ss., in partic. p. 688: «Le regole sono norme “precise”, circostanziate, mentre i principi sono norme “generiche”, nel senso seguente. Una norma “precisa” – e dunque una “regola” – è una norma immediatamente suscettibile di applicazione a casi concreti: una norma che può essere utilizzata come premessa maggiore nel sillogismo giurisdizionale (“Tutti gli assassini devono essere puniti. Tizio è un assassino. Quindi Tizio deve essere punito”). Una norma “generica” – e dunque un “principio” – è invece una norma che: *a*) per un verso, esige la formulazione di altre norme – che la “concretizzano”, le diano “attuazione” o “esecuzione” – senza di che non sarebbe atta a risolvere casi concreti; ma *b*) per un altro verso, può essere attuata, eseguita, o concretizzata in molti modi diversi e alternativi».

²² In tal senso si esprimono FERRI-ROSSI, *La gestione dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, p. 91 ss., in partic. pp. 92-93.

di terzi estranei ed esterni all'impresa (i creditori, ad esempio), con una possibile rilettura dello stesso principio di responsabilità patrimoniale del debitore, come è stato acutamente rilevato²³.

L'art. 2086, comma 2, c.c. pone, dunque, un principio di indubbia portata generale.

Alcuni indici testuali consentono, pur in un quadro in cui certamente la nozione di «principio» è avvolta da un alone di significativa incertezza, di collocare tra i principi la disposizione sull'assetto organizzativo adeguato. Se è esatto affermare che il rango di principio si attribuisce, tra l'altro, a disposizioni cui va riconosciuta «una particolare importanza e rilevanza nell'ordinamento giuridico nel suo complesso o in una parte più o meno estesa di esso»²⁴, l'art. 2086, comma 2, 1° cpv. può essere qualificato in questi termini, sol che si constati il suo richiamo in altre disposizioni sul fondamento dei poteri di amministrazione e controllo (artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies, 2475²⁵) nonché nell'art. 3, 1° e 3° comma, del CCDI, che, oltre a declinarne una versione più soft anche con riferimento all'imprenditore individuale, identifica in modo unitario (alle due categorie di imprenditori) lo scopo anti-crisi del dovere di predisporre assetti o misure adeguate²⁶.

²³ V. in tal senso INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, I, p. 199 ss., in partic. p. 204: «Il codice della crisi ha quindi introdotto una del tutto nuova prospettiva di operatività del principio della responsabilità patrimoniale del debitore (...). Al debitore viene infatti addossato ora l'onere di salvaguardare sul piano funzionale la garanzia patrimoniale offerta ai creditori».

²⁴ RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 709 ss., in partic. 721; con riferimento ai principi, si legge che «con tale termine ci si riferisce alle indicazioni riguardanti i valori fondativi di un ordinamento o di una sua parte. In questo senso, le clausole generali non sono principi, anzi sono destinate ad operare nell'ambito segnato dai principi»; v. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, p. 76.

²⁵ «Il codice civile assorbe così i nuovi criteri, le regole di comportamento e organizzative che l'imprenditore deve seguire nella gestione dell'impresa individuale o societaria, secondo un unitario modello»: così giustamente INZITARI (nt. 22), p. 202.

²⁶ Art. 3, comma 3, CCDI: «3. Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui al comma 1 e gli assetti di cui al comma 2 devono consentire di: a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2».

Un quadro armonico e coerente da cui si percepisce, per dati normativi ben precisi, la centralità dell'art. 2086 c.c. nell'ambito del diritto dell'impresa (e della crisi d'impresa), proprio in ragione della scelta [che non era né scontata né necessitata] di operare sul Codice civile, novellando una disposizione inserita tra quelle che disegnano la figura dell'imprenditore e i suoi tratti essenziali²⁷.

Non si tratta di una scelta neutra o di scarso rilievo, perché il legislatore ha posto un principio dall'innegabile, e inevitabile, valore definitorio, con riflessi sulla categoria dell'imprenditore in generale.

Perché principio «definitorio»?

Va detto che principi e definizioni non sono nozioni sovrapponibili, ma può accadere che da un principio, specialmente quando reso espresso dal legislatore, possa essere desunta una definizione²⁸ (di un istituto) o che, ancora, il principio concorra, insieme alle disposizioni squisitamente definitorie, a completare l'identificazione dei caratteri essenziali di un istituto²⁹. Nello specifico, mi pare innegabile che il nuovo art. 2086, comma 2, 1° cpv. concorra a (ri)definire la nozione di imprenditore, e per conseguenza quella di impresa; da una parte, infatti, il generico richiamo all'«organizzazione», contenuto nella definizione generale di cui all'art. 2082 c.c., è oggi concretizzato con la codificazione del principio sugli assetti (appunto organizzativi) adeguati, sicché pare del tutto scontato, e forse necessitato dalla stessa scelta di collocare il principio nel codice civile, che esso concorra a definire la nozione di imprenditore e, anzi, appartenga pienamente alla sua definizione normativa. D'altra parte, milita a favore di questa constatazione la stessa (novellata) rubrica dell'art. 2086 c.c., dedicata, in un'ottica certamente generale, alla «gestione dell'impresa» tout court, in piena coerenza con un disegno normativo volto a ricostruire – nell'ottica della crisi, della sua prevenzione e della sua cura – la nozione stessa di imprenditore.

E infatti non può negarsi che «gestione» e «organizzazione» siano concetti strettamente connessi, sia per un innegabile sostrato sostanziale, sia per un accostamento anche tecnico (l'art. 2086 novellato ragiona, appunto, di «assetti organizzativi adeguati»).

²⁷ Il legislatore avrebbe potuto limitarsi a porre il principio nel codice della crisi di impresa, dove pure è reiterato e meglio dettagliato; ma ha invece voluto sostenerne la centralità incidendo sulla disciplina generale dell'imprenditore nel Codice civile.

²⁸ Come sostiene ALPA, *I principi generali*, Milano, 1993, p. 19.

²⁹ A mero titolo di esempio, si può pensare, oggi, che il principio di buona fede contrattuale, nelle sue varie articolazioni, concorra a definire il contratto, anche se il legislatore non lo ha assunto ad elemento nella sua definizione.

Volendo estremizzare, bisognerebbe dire, integrando l'art. 2082 con il principio posto all'art. 2086 c.c., che «l'imprenditore è chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata “anche mediante assetti contabili e amministrativi adeguati al fine di (...)”». Il perché occorra un «anche» è presto detto: il requisito dell'«organizzazione», col novellato art. 2086 c.c., assume un doppio valore; ha a che fare, in primis, con l'attività che l'impresa è chiamata a svolgere (riferita, naturalmente, ai c.d. fattori produttivi³⁰), ma acquista oggi (e non più solo a livello settoriale, ma anche in una prospettiva generale) il significato di «struttura» adeguata (anche) alla protezione di interessi terzi (si è parlato, giustamente, di «prospettiva relazionale»³¹). Lo stesso può dirsi dell'impatto del principio sulla «economicità» dell'attività³², evocata ancora nella definizione generale di impresa; essa va riletta come riferita non solo all'attività (che ha da essere orientata al mercato³³) ma alla gestione dell'impresa stessa (che, con il nuovo art. 2086 c.c., deve essere improntata a garantire un equilibrio duraturo, tale da prevenire l'evento della crisi).

Un'obiezione possibile, ma non del tutto convincente: il principio non definisce perché trova applicazione al solo imprenditore collettivo, non a quello individuale.

Si è già visto sopra che non è così: il legislatore si cura di declinarne un'applicazione anche all'imprenditore individuale, su cui incombe il dovere di «adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte» (art. 3, comma 1, CCDI). Sebbene non si sia scelto di introdurre nel Codice civile anche questa variante «leggera» del principio, è innegabile che anch'essa possieda, pur se collocata fuori Codice,

³⁰ «Non c'è imprenditore senza organizzazione dei fattori produttivi»: BONFANTE – COTTINO, *L'imprenditore*, Padova, 2001, p. 424.

³¹ Come sostiene ONZA, *Gli “adeguati assetti” organizzativi: tra impresa, azienda, società* (*Appunti per uno studio*), in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, 1 ss., in partic. p.3 (“In questo nuovo significato, l'organizzazione, la cui “adeguatezza” è oggetto di vigilanza, è della società e deve confrontarsi (almeno) con questi referenti: “organizzazione” di cosa? per che cosa? e rispetto a cosa? ponendosi, per così dire, in una prospettiva relazionale”).

³² In tal senso, v., ancora, ONZA (nt. 30), 6. Ma v. anche SPOLIDORO (nt. 2), p. 63 (secondo cui organizzazione è prima di tutto mettere insieme i fattori produttivi dell'oggetto sociale “mentre il farlo in modo organizzativamente razionale riguarda il “come” tale attività si svolge”).

³³ Che, poi, è il significato classicamente attribuito all'economicità nel contesto dell'art. 2082 c.c.: v. in tal senso PANUCCIO, *Impresa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, in partic. p. 620 ss.

una pari forza definitoria, perché l'imprenditore individuale, qualunque sia la sua dimensione o la sua natura, è comunque destinatario di un obbligo di attrezzarsi, con misure idonee, per rilevare la possibile crisi e farvi fronte senza indugio. E questo accostamento conferma la valenza generale del principio codicistico, così come pure la sua intrinseca proporzionalità, racchiusa, d'altra parte, nella stessa denominazione: «adeguatezza» (per l'impresa collettiva) e «idoneità» (per quella individuale³⁴). Esso, insomma, nasce proporzionato e ragionevole, senza che ciò sminuisca la sua generalità o attenui il suo sicuro impatto sulla stessa definizione di imprenditore, per quanto l'attuazione del principio -della cui connotazione definitoria è difficile dubitare - sia comune rimessa, per la stessa formulazione deontica dell'art. 2086 c.c., alla configurazione di un obbligo gravante sull'imprenditore collettivo e, in misura diversa, su quello individuale.

L'art. 2082 c.c., allora, deve ritenersi in qualche misura integrato da un principio di «di attività», per dirla con Oppo³⁵, oggi esplicitato nell'art. 2086 c.c. per l'imprenditore collettivo, e, nella sua variante light, dall'art. 3, comma 1, CCDI per l'imprenditore individuale; entrambe le disposizioni appartengono allo statuto generale dell'imprenditore³⁶, la prima perché inserita nel Codice civile tra le norme generali dell'imprenditore, la seconda perché parimenti collocata in un «Codice»³⁷ destinato a regolare un intero settore con valenza generale (il diritto della crisi d'impresa).

³⁴ Il concetto di «adeguatezza» implica «proporzionalità» tra l'assetto e la dimensione dell'impresa, come espressamente previsto dall'art. 2086 c.c.; sicché, coerentemente, l'art. 3, comma 1, CCI si limita a rendere esplicita per l'imprenditore individuale un'applicazione proporzionata del principio, semplicemente sostituendo gli «assetti» con le «misure» (che, in ogni caso, sono da ritenersi pur sempre organizzative, amministrative, contabili).

³⁵ Secondo la classificazione proposta da OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 475 ss., in partic. p. 486: «*La valutazione dell'attività sub specie unitatis si riflette ancora, in qualche misura, in una valutazione unitaria – in funzione dello scopo – dell'organizzazione che serve naturalmente l'attività stessa (...)».*

³⁶ Sull'art. 2086 c.c., come disposizione facente parte dello statuto generale dell'imprenditore, v. BUONOCORE, *Imprenditore (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 515 ss., in partic. pp. 536-537.

³⁷ D. lgs. 12 gennaio 2019, n. 4 (*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*). L'art. 1, comma 1, CCDI dispone, a conferma della portata generale di questo atto normativo, che «*il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici».*

3. Il principio e le clausole generali «ambulatorie».

Non si tratta, come pure si è sostenuto, di una clausola generale di “sistema”³⁸, a meno che non si sovrappongano le categorie dei principi e delle clausole generali, come se volessero significare sostanzialmente la stessa cosa, ma così non è, o non dovrebbe essere.

L'utilizzo indifferenziato o sovrapposto dei due concetti (principi e clausole generali) rischia di tradire la specifica funzione assegnata dall'ordinamento all'una e all'altra categoria: la distinzione, tuttavia, non è meramente formale o descrittiva, ma ha a che fare con la rispettiva sfera applicativa.

Il senso della distinzione sta in ciò: se le norme sui principi esprimono direttive fondanti dell'ordinamento in un dato settore³⁹, o in tutti i settori; le clausole generali, seguendo l'insegnamento di Mengoni, a differenza dei principi, «*impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione: esse sono una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta*»⁴⁰; sono, appunto, «*frammenti di norme*»⁴¹.

Se, dunque, i principi appartengono al dato strutturale dell'ordine giuridico [perché ne individuano i caratteri fondanti, essendo rivolti a tutti i consociati

³⁸ L'idea è sostenuta da MONTALENTI, *Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law*, in *ODCC*, 2015, 133 ss., in partic. p. 135-136: “[...] di là dalle formule declamatorie – “l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori” – scarsa o nulla, ad eccezione della norma sulle misure di tutela delle condizioni di lavoro (art. 2087), è la disciplina interna all'impresa. Sarà, oltre mezzo secolo più tardi, il legislatore “societario» ad incidere sulla disciplina dell'impresa con le norme – che si pongono come vere e proprie clausole generali del sistema – degli assetti organizzativi adeguati (art. 2381), della corretta gestione (non solo societaria ma anche) imprenditoriale (art. 2497), dei sistemi di controllo interno (art. 2403)».

³⁹ “I principi assolvono ad una funzione di “policy»: esprimono la politica del diritto del legislatore, e, in generale, dell'interprete, il quale in modo più o meno consapevole opera secondo una propria tavola di valori»: ALPA, *Principi generali*, in *Dig. disc. priv.*, XIV, Torino, 1996, p. 355 ss., in partic. p. 369.

⁴⁰ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 5 ss., in partic. p. 10.

⁴¹ Espressione efficacissima di MENGONI (nt. 39), 11 che aggiunge: “(...) non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni (...)». O, ancora, VISINTINI, *I fatti illeciti*, I, *Ingiustizia del danno. Imputabilità*, Padova, 1997, 2ª edizione: clausole generali sono “formule legislative aperte».

interessati dal principio, non solo agli operatori del diritto], le clausole generali hanno come interlocutore il giudice, che, componendo il puzzle normativo di cui la clausola generale è il primo tassello, riempie di contenuti la clausola, nata indeterminata, realizzando così gli obiettivi per i quali essa è stata pensata dal legislatore. Un'indeterminatezza, voluta, che apre a un certo grado di discrezionalità del giudice, ma che non gli conferisce, come si è chiarito efficacemente, una «delega in bianco»⁴², bensì lo autorizza, ricorrendo alle fonti integrative richiamate dalla clausola generale, a concretizzare il contenuto della clausola, mediante l'applicazione di rimedi che ne assicurano l'operatività (infra, par. 5).

La peculiare caratteristica del nuovo art. 2086 c.c. sta proprio in questo: che il principio ivi codificato (quello sugli assetti organizzativi adeguati), con la sua forza definitoria poc'anzi descritta, è assistito da clausole generali, la cui funzione mi pare possa qualificarsi come ambulatoriale o attuativa⁴³. Non si tratta, dunque, di un conflitto tra principio e clausola generale⁴⁴ (che pure nel nuovo diritto della crisi d'impresa sembra talvolta porsi in modo problematico, data l'abbondanza di principi e clausole generali), bensì di un'armonica composizione, a mo' di combinato disposto, in cui le clausole generali servono all'applicazione (giudiziale) del principio.

Il richiamo all'art. 2086 c.c. (inserito in molte disposizioni sull'impresa collettiva) non può essere svilito a mero dato stilistico, ma è carico di significati concreti ed esprime, per così dire, l'imposizione di un vero e proprio modello codicistico: l'impresa collettiva (ma anche quella individuale) deve nascere con un assetto organizzativo adeguato, da «curare» (ex art. 2381, 5° comma, c.c.) per tutta la durata della vita dell'impresa. In questa «direttiva» risiede il «principio» ben identificato in tutti i suoi elementi, sebbene rimesso, nella sua attuazione, alla necessaria concretizzazione giudiziale.

⁴² LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss., in partic. p. 355; a proposito del ruolo del giudice nell'applicazione delle clausole generali: «non significa che questa discrezionalità debba essere intesa come una delega al potere giudiziario di integrare liberamente la norma; deve piuttosto essere intesa come riconoscimento della complessità dei problemi e delle situazioni di fatto, a cui la norma si riferisce, e quindi dell'inopportunità di formulare testi legislativi dettagliati».

⁴³ Del resto, una norma che pone un principio «esige la formulazione di altre norme che la “concretizzino”, le diano “attuazione” o “esecuzione”»: Guastini, *Principi di diritto*, cit., p. 688.

⁴⁴ Sul quale si sofferma D'ATTORRE, *La formulazione dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e d'insolvenza*, cit., in partic. p. 469 ss.

I novellati artt. 2257, 2380-bis, 2409-novies, 2475 c.c. riaffermano e specificano il principio non solo nella sua veste generale [esternata con formule sicure: «La gestione dell'impresa si svolge nel rispetto della disposizione di cui all'articolo 2086, secondo comma (...): art. 2380-bis c.c.] ma anche radicando in capo agli amministratori, nei vari modelli societari, il dovere di realizzare l'assetto conformemente all'art. 2086 c.c., non a caso fatto oggetto di espresso richiamo.

Nello stesso art. 2086, comma 1, 2° cpv., peraltro, si può individuare un'ulteriore applicazione del principio: si indica, in una prospettiva in un certo senso rimediale, la prima e più importante applicazione del principio ivi (pure) codificato, tradotta in un «dovere di attivazione» fonte di eventuale responsabilità per chi lo violi, così codificato: «attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale». L'agire muove dalla rilevazione del segnale di crisi e carica di effettività il principio di assetti adeguati; il non agire, nonostante l'assetto adeguato o perché esso manca o non è adeguato, diventa così pienamente anti giuridico e fonte di responsabilità.

Il principio, s'è detto, è assistito da un gruppo di clausole generali che completano il quadro regolatorio, garantendo che il principio – nella sua formulazione di «dovere» posto in capo agli amministratori – sia fonte per questi ultimi di responsabilità verso la società o verso i creditori sociali (società di persone: artt. 2257-2260 c.c.; società per azioni: art. 2380-bis, 2392, 2394 c.c., art. 2409-novies e 2409-decies; società in accomandita per azioni: artt. 2475 e 2476 c.c.).

Non è allora insensato domandarsi se i) l'autonomia decisionale dell'imprenditore – oggi declinata con la formula-principio *business judgment rule* (BJR) – debba ritenersi fortemente ridotta e, comunque, esposta al successivo controllo giudiziale sull'applicazione del principio di assetti adeguati e se ii) la codificazione del principio, col suo valore definitorio, contribuisca a introdurre, nel nostro ordinamento, una diversa nozione di imprenditore e di impresa.

4. Principio e business judgment rule.

Quanto al problema sub i), largamente discusso in dottrina, il conflitto – tra discrezionalità e principio – non sembra potersi risolvere usando la BJR per applicare, come fosse una clausola di «mitigazione» più che di «esclusione», il principio dell'art. 2086, comma 2, c.c.

Intanto proprio la sua esplicitazione codicistica rende improprio continuare a invocare la «discrezionalità» dell'organo gestionale di fronte a qualunque decisione che comporti una «scelta» tra più opzioni, con lo scopo, nemmeno troppo

malcelato, di mandare esente il decisore da responsabilità tutte le volte in cui ha scelto, sovranamente, tra più scenari (nel caso organizzativi).

E infatti la codificazione generale del principio di adeguatezza (proprio tra le disposizioni appartenenti all'area definitoria della stessa nozione di impresa e di imprenditore) impone un (ri)adattamento della BJR e del quadro in cui essa ha fino a oggi operato, in un'ottica di ponderazione tra due principi (in questo caso: assetti adeguati e BJR) il cui potenziale conflitto non può risolversi con l'annientamento dell'uno (assetti adeguati) a favore dell'altro (BJR).

Secondo un preciso riparto di competenze (dei due principi), il conflitto può essere escluso in concreto, semplicemente constatando che la BJR non può venire in gioco quando si valuti la corretta applicazione del principio di assetti adeguati.

E infatti:

- a. Il principio di assetti adeguati non attiene al governo delle scelte per così dire di puro business dell'impresa⁴⁵, alla sua collocazione sul mercato, alle decisioni sull'affare o sull'attività svolta dall'impresa, i terreni su cui propriamente opera la BJR; il principio, piuttosto, ha a che fare con l'adeguatezza, si potrebbe dire originaria, della sua organizzazione amministrativa e contabile, la cui articolazione non dipende da intuizioni, sensazioni, valutazioni esposte al rischio di impresa, ma da ben precisi modelli codificati dalla scienza aziendalistica, nell'ambito dei quali certamente l'amministratore può e deve effettuare sì una scelta⁴⁶, ma ascrivibile all'area della diligenza tecnica nell'adempimento di un dovere posto dal principio oggi codificato, non a quella della libertà di adottare decisioni strategiche nell'interesse dell'impresa, al fine di massimizzare la sua collocazione sui mercati.
- b. Non vale ritenere operante la BJR tutte le volte in cui la scelta non è obbligatoria (o dal precetto legislativo preciso e determinato o dalla scienza aziendalistica, laddove offra un solo modello organizzativo⁴⁷, ipotesi peraltro molto astratta

⁴⁵ Sostiene MONTALENTI, *Assetti organizzativi e organizzazione dell'impresa tra principi di corretta amministrazione e business judgment rule: una questione di sistema*, in *Il nuovo dir. soc.*, 2021, p. 11 ss., in partic. p. 22 che scelte organizzative e scelte di mercato sono profili ben differenti, salvo quando le scelte organizzative siano strettamente connesse al merito (ma v. anche 28 sulla distinzione tra assetti organizzativi e scelte di organizzazione).

⁴⁶ Restando evidentemente escluso lo scenario in cui l'amministratore decida di non adottare un assetto organizzativo: v. CIAN, *Crisi dell'impresa e doveri degli amministratori: i principi riformati e il loro possibile impatto*, cit., in partic. p. 1165-1166.

⁴⁷ In questo si esprime, anche sulla scorta di un'analisi comparatistica, BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*,

e difficilmente collocabile nel sistema delle responsabilità⁴⁸), perché sempre o quasi sempre l'adempimento a un dovere di fonte legale, posto per di più da un principio esplicitato, comporta decisioni tra più opzioni a disposizioni dei gestori, il cui parametro di scelta non è dato dal migliore interesse dell'impresa, bensì dal migliore criterio di adempimento al predetto dovere, da valutare secondo i parametri della diligenza tecnica e professionale. In breve, anche se l'amministratore deve scegliere tra più modelli gestionali, le sue valutazioni devono essere valutate pienamente dal punto di vista dell'adeguatezza dell'assetto prescelto discrezionalmente, «senza necessità di tirare in ballo la BJR»⁴⁹, essendo la scelta degli amministratori scrutinabile non come libero atto di gestione dell'impresa, ma come atto di adempimento (o inadempimento) a un dovere legale i cui contorni sono specificatamente definiti dal legislatore; né convince l'equazione complessità (della decisione) = appartenenza della scelta al merito gestorio⁵⁰, perché conduce inevitabilmente a una deresponsabilizzazione degli organi gestori, del tutto incoerente con la ratio del principio codificato.

- c. Il principio degli assetti adeguati non protegge solo l'interesse dell'impresa (a cogliere i segnali di crisi, in funzione preventiva), ma anche quello dei creditori e, in prospettiva più ampia, quello del sistema economico a prevenire (riducendole) le crisi di impresa. Se questo è esatto, utilizzare la BJR come causa di giustificazione o di limitazione della responsabilità conseguente al mancato rispetto del principio di assetti adeguati (impedendo al giudice di scrutinare l'operato di chi è tenuto a farne applicazione) finirebbe con il neutralizzarne l'applicazione in nome di un privilegio dell'impresa, sacrificando così gli interessi a essa non riferibili e vanificando l'elevazione del principio a fondamento dalla disciplina generale dell'impresa, nel Codice civile.
- d. A voler ammettere che anche la BJR esprima un principio, inespreso

in questa *Rivista*, 2019, 413 ss., in partic. p. 436-438.

⁴⁸ Chi sostiene che si possa applicare la *BJR* anche all'attuazione del principio di assetti adeguati non supera mai lo scoglio del limite di discrezionalità delle scelte amministrative in rapporto al potere di controllo del giudice: irragionevolezza *ex ante*, irrazionalità? Limiti e nozioni tutte degli interpreti, ma estranee alle categorie del discorso giuridico, almeno non per quel che riguarda la limitazione della responsabilità.

⁴⁹ Come scrive v. IRRERA, *Adeguatezza degli assetti organizzativi tra correttezza e business judgment rule*, in MONTALENTI – NOTARI, *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, Milano, 2020, in partic. p. 93.

⁵⁰ In questo senso, tra gli altri, v. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit., in partic. p. 441-442.

se pure generalmente ritenuto come recepito dall'ordinamento⁵¹, non vi sono ragioni per ritenerlo gerarchicamente sovraordinato al principio di assetti adeguati; ve ne sono, piuttosto, per sostenere l'opposta conclusione, che, cioè, sia il principio di assetti adeguati gerarchicamente sovraordinato alla BJR. Invero esso: i. gode di una collocazione tra le disposizioni che concorrono a formare la definizione o nozione di impresa e di imprenditore; ii. trova l'assistenza ambulatoria di clausole generali, contenute proprio in disposizioni volte a definire le responsabilità degli organi di gestione e controllo; iii. può collocarsi più agevolmente (rispetto alla BJR) nel contesto di attuazione di norme costituzionali, anche di matrice programmatica (specie il nuovo art. 41 Cost.); e, quindi, a voler concedere che i due principi possano confliggere (il che, a ben vedere, non è), non si vede ragione per far prevalere la BJR sugli assetti adeguati.

- e. Una diversa conclusione (quella, cioè, secondo cui la BJR gioca un ruolo nell'attuazione del principio di assetti adeguati) non può fondarsi su pur pregevoli argomenti di tipo comparatistico, perché la BJR va calata, nella sua concreta operatività, sulle caratteristiche dello specifico ordinamento considerato, e in Italia, – con il nuovo art. 2086, comma 2, c.c. – la sua applicazione non può ignorare la sopravvenienza legislativa, se non a costo di tradire il senso della riforma, garantendo, come già detto, una bolla di privilegio all'impresa e ai suoi gestori.
- f. Che i principi non confliggano non significa che strutture organizzative e scelte gestionali e di mercato siano estranee l'una all'altra o distinguibili secondo nette linee di confine, non fosse altro perché l'adeguatezza passa attraverso una valutazione basata (anche) sulla «natura» e sulle «dimensioni» dell'impresa, come espressamente si legge nell'art. 2086 c.c.; ne segue un giudizio di proporzionalità assai ampio, che lambisce, ma nemmeno troppo blandamente, il merito dell'attività, in nome della massima concretezza valutativa.

Nonostante questo, appare possibile tracciare una distinzione abbastanza sicura tra assetti organizzativi e gestione sotto il profilo delle scelte degli amministratori; i primi sono frutto di una scelta ispirata (e come tale scrutinabile ex ante) solo sul parametro del migliore adempimento (possibile, in ragione delle caratteristiche dell'impresa) al dovere posto dal legislatore; la seconda attiene alla libertà di impresa e permane terreno su cui opera, naturalmente, la BJR, nei limiti in cui essa può

⁵¹ E non, piuttosto, “una formulazione accattivante, nella lingua degli affari, del criterio di diligenza, correttezza, buona fede»: così SPOLIDORO, *Note critiche sulla “gestione dell’impresa» nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, cit., p. 267.

concorrere ad attenuare, per le scelte gestorie, la responsabilità degli amministratori.

Allora va riconosciuto che la scelta dei modelli organizzativi, ai fini dell'attuazione del principio di assetti adeguati, non ha a che vedere con la libertà di impresa⁵², proprio perché il principio impone la costruzione di un'impresa organizzativamente efficiente, in proporzione alle sue dimensioni e alla sua natura, ma in una prospettiva di garanzia per il sistema economico (assumendo l'idoneità degli assetti organizzativi come rispondente a un interesse generale di valenza ordinamentale) e per i terzi; è, se vogliamo, *un prius* della libertà d'impresa, un «dovere» da adempiere con la necessaria diligenza professionale, senza sconti né esoneri, di fronte al quale, volendo seguire qualche suggestione giurisprudenziale, la BJR «si riduce»⁵³ o, per meglio dire, arretra.

Il che non conduce (o non dovrebbe condurre), lo si è già detto, all'opposto risultato di una responsabilità inevitabile (i.e.: se è insorta la crisi, c'è sempre un problema di assetto organizzativo), purché si adotti un parametro oggettivo, per quanto proporzionato: il controllo sull'attuazione del principio va fatto *ex ante* avendo come riferimento i modelli della scienza aziendalistica e contabile, calati nella dimensione concreta dall'impresa.

È la proporzionalità (non la BJR) che garantisce la ragionevolezza del controllo giudiziale dell'applicazione del principio.

Allora non si tratta di guardare alla codificazione del principio di adeguato assetto organizzativo come fattore di ridefinizione dei confini dell'autonomia dell'impresa (per quanto, certamente, esso comporti un'esposizione al controllo del giudice sulla sua attuazione); i due principi – autonomia dell'impresa – assetti organizzativi adeguati – hanno campi applicativi autonomi e, anche ipotizzando una loro interferenza, non si determina un vero e proprio conflitto, bensì una «ponderazione»⁵⁴ che accantona un principio (“*business judgment rule*”) a favore dell'applicazione dell'altro (adeguati assetti organizzativi).

⁵² Va condivisa l'osservazione di LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, cit., 7: “L'organizzazione dell'impresa non è dunque un atto di libertà, ma è il risultato dell'esercizio di un potere funzionale, da esercitare secondo criteri di discrezionalità tecnica». *O, ancora*: “il principio se rettamete inteso è un presidio, non un limite, alla libertà d'impresa» (*ivi*, p. 7-8).

⁵³ Come si legge in Cass., sez. trib., 23 novembre 2021, n. 36365.

⁵⁴ GUASTINI, *Principi di diritto*, cit., p. 694: “La ponderazione, dunque, non è propriamente una “conciliazione”. Non consiste nel “mettere in accordo” i due principi in conflitto, o nel trovare un punto di “equilibrio”, o una via “mediana” tra essi. Non consiste nell'applicazione o nel sacrificio parziali di entrambi. Uno dei due principi è applicato, l'altro è momentaneamente accantonato, disapplicato».

5. Principio e ruolo del giudice.

Principi e clausole generali trovano nel giudice il soggetto naturalmente legittimato alla loro concretizzazione.

La riforma dell'art. 2086 c.c. apre a un sistema in cui la verifica dell'applicazione del principio, nella sua declinazione deontica, è demandata al controllo sull'operato degli amministratori, mediato dalle azioni di responsabilità promosse nei loro confronti; d'altra parte, i richiami all'art. 2086, comma 2, c.c. – specie nell'art. 2380-bis e 2381, 5° comma, c.c. – attestano che il principio trova in coerenti fattispecie di responsabilità la sua piena attuazione.

Se, come si è detto, le finalità del principio sono individuabili «anche», ma non solo, nella prevenzione della crisi⁵⁵, è sostenibile l'idea che la sua violazione possa contestarsi quando l'impresa non manifesta segnali di crisi⁵⁶, se terzi lamentino di aver subito un danno in conseguenza dell'inadeguatezza dell'assetto organizzativo dell'impresa o laddove i soci, di fronte all'inadempimento degli amministratori, attivino la «denuncia» al Tribunale di cui all'art. 2409 c.c.; il primo scenario, oltretutto, sembra particolarmente significativo laddove si ritenga, com'è possibile sostenere (v. supra, par. 5), che il principio possa essere declinato con riferimento ad altri beni di cui l'impresa è divenuta, con la riforma dell'art. 41, un «garante» di rilevanza costituzionale.

Le prime applicazioni giurisprudenziali confermano l'impressione che la riforma dell'art. 2086 c.c. abbia consegnato ai giudici un potere significativo, che si sostanzia: (i) nell'accertamento della responsabilità degli amministratori che omettono di istituire un assetto adeguato⁵⁷; (ii) nell'accertamento della responsabilità degli amministratori che istituiscono un assetto che non appare adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa⁵⁸; (iii) nell'accertamento della responsabilità

⁵⁵ V., in tal senso, anche MACARIO, *La riforma dell'art. 2086 c.c. nel contesto del Codice della crisi di impresa e i suoi riflessi sul sistema della responsabilità degli organi sociali*, in BALESTRA e MARTINO, *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, cit., p. 50.

⁵⁶ *Contra* v. CIAN (nt. 10), pp. 1166-1167.

⁵⁷ E in questo caso la responsabilità è scontata: v. Trib. Roma, 24 settembre 2009, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3695.

⁵⁸ E in questo caso la *BJR*, come si è detto, non può attenuare la valutazione che il giudice è chiamato a svolgere nell'esclusivo rispetto dei parametri definiti all'art. 2086, comma 2, c.c.: ma *contra* Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Giur. comm.*, 2021, II, p. 1358 (secondo cui quando una struttura organizzativa è stata, comunque, adottata, è sindacabile «nei limiti del principio della *business judgment rule*»).

degli amministratori che, pur in presenza di adeguato assetto organizzativo, restano inerti di fronte ai segnali di crisi;(iv) nell'ordinare l'ispezione ex art. 2409 c.c. tutte le volte in cui i soci propongano una denuncia per gravi irregolarità, adottando i più opportuni provvedimenti, anche in via provvisoria, come ad esempio la nomina di un amministratore giudiziario e la contestuale revoca degli amministratori inadempienti⁵⁹ o l'assegnazione di un termine entro cui adempiere all'obbligo di istituire gli assetti adeguati⁶⁰; (v) nella denuncia che ogni socio può effettuare al collegio sindacale la mancata attuazione del principio (art. 2408 c.c., con possibile revoca per giusta causa del sindaco inerte ex art. 2400, comma 2, c.c.).

Allo stato, l'apparato attuativo preventivo sembra giocare un ruolo preponderante⁶¹ rispetto al risarcimento del danno per la mancata o inesatta attuazione del principio.

Che la sua violazione configuri un illecito degli amministratori è dato sicuro; meno chiaro come si atteggi, in concreto, questa responsabilità.

Se, certamente, occorre che si sia verificato un danno in capo a chi agisce (la società o terzi) e che se ne dimostri la riconducibilità in termini di nesso causale all'inadempimento dell'amministratore, quando agisce la società, trattandosi della violazione di un dovere specifico e legislativamente declinato, l'applicazione degli schemi di responsabilità contrattuale comporta per l'attore l'onere di provare l'inadempimento, il danno cagionato alla società e il nesso causale tra i due presupposti, spettando al convenuto dimostrare l'impossibilità di adempiere all'obbligo o di adempiervi in modo pieno⁶². E, su quest'ultimo particolare aspetto, pare estremamente difficile, per un amministratore, provare fatti o circostanze che possano giustificare il totale inadempimento all'obbligo di predisporre l'assetto organizzativo; più facile che si prospetti l'ipotesi in cui l'amministratore possa difendere l'adeguatezza degli assetti prescelti, non già invocando, come si è già detto, un'inesistente sfera di intangibile autonomia discrezionale, quanto dimostrando che si tratta(va) di assetti, per ragionevolezza e proporzionalità, ex ante adeguati alla natura e alle

⁵⁹ Trib. Cagliari, 19 gennaio 2022, in *Le Società*, 2022, p. 1430, con nota di CAPELLI, *Gli assetti organizzativi adeguati e la prevenzione della crisi*; Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *Giur. it.*, 2019, p. 3623.

⁶⁰ Come deciso da Trib. Milano, 16 luglio 2020.

⁶¹ Sul punto v. Irrera (nt. 48), pp. 84-85.

⁶² Su questi aspetti basti vedere, tra i molti, MARTINO, *La responsabilità degli amministratori*, in BALESTRA e MARTINO, *Crisi d'impresa e responsabilità nelle società di capitali*, cit., in partic. P. 110 ss.

dimensioni dell'impresa⁶³ (e così generando un processo «sul processo» decisionale e sulle informazioni tecniche che lo hanno preceduto e accompagnato, al fine di sindacare la conformità delle scelte alla diligenza richiesta), senza che, ovviamente, possa avere rilevanza decisiva l'insorgere della crisi, nonostante l'adeguatezza degli assetti [perché è chiaro che la crisi può sorgere per fattori in tutto o in parte estranei all'adeguatezza della struttura organizzativa dell'impresa].

Se l'azione è promossa da terzi diversi dalla società (soci, creditori, ulteriori soggetti titolari di beni o diritti la cui lesione si pretenda ricondotta alla mancata o inesatta attuazione del principio degli assetti organizzativi adeguati), lo schema applicabile è, inevitabilmente, quello extracontrattuale, con le conseguenti regole sull'onere della prova (al danneggiato tocca provare, in questa prospettiva, l' inadeguatezza dell'assetto organizzativo, anche in termini di colpa degli amministratori). Non sembra potersi accogliere l'idea, pur suggestiva, di una contrattualizzazione della responsabilità degli amministratori verso i terzi (per la violazione del principio-dovere di predisporre assetti organizzativi adeguati), in ragione, come è stato ipotizzato, della «rilevanza sociale della crisi d'impresa» o «per l'emersione giuridica della relazione tra impresa e contesto in cui questa opera»⁶⁴. Come se questa «relazione» potesse generare un «contatto sociale» idoneo a generare obbligazioni (di protezione?) in capo agli amministratori e, conseguentemente, ad onerarli della prova contraria, in coerenza con lo schema dell'art. 1218 c.c.

Per quanto l'impresa – per la codificazione generale del principio di assetti adeguati e per la modifica dell'art. 41, comma 2, Cost. – veda una rinnovata dimensione di libertà «orientata» (anche) alla protezione di valori socialmente rilevanti, non mi pare si possa configurare un «contatto sociale» tra essa e (tutti) i possibili terzi coinvolti dalla sua attività, soprattutto perché il principio non si traduce nell'imposizione, sugli amministratori delle impresa, di specifiche prestazioni a tutela di un interesse di terzi estranei all'impresa e non legati da rapporti contrattuali con essa, ma, più semplicemente, consente di allargare la sfera dei soggetti legittimati ad agire nei confronti degli amministratori quando abbiano sofferto un danno «direttamente» imputabile al dolo o alla colpa degli amministratori (art. 2395 e 2476, 7° comma, c.c.) in ragione del mancato adempimento al dovere di predisporre adeguati assetti organizzativi; ma, per quel che riguarda i terzi, secondo gli schemi propri della responsabilità aquiliana, non di quella contrattuale.

⁶³ La prospettiva di valutazione deve essere giustamente *ex ante*, evidenzia MONTALENTI (nt. 44), p. 31.

⁶⁴ Onza (nt. 9), specialmente 9; più prudente DI CIOMMO (nt. 3), p. 422.

LA CIRCOLAZIONE DELLO STATUTO CONSUMERISTICO: ESPERIMENTI IN UNA TERRA INCOGNITA

Stefano Pagliantini *

SOMMARIO: 1. Preambolo. - 2. Atto primo. - 3. Atto secondo. - 4. Atto terzo. - 5. Atto quarto. - 6. Atto quinto. - 7. Un finto epilogo.

1. Preambolo.

Cinque sentenze, una della corte di giustizia e ben quattro della Cassazione¹, rappresentano un'occasione troppo ghiotta per non tornare ad esercitarsi sulla circolazione dello statuto consumeristico, questione sulla quale ci siamo tempo fa attardati² senza per la verità che, tolte due pensose incursioni³, il dibattito dottri-

* Professore ordinario di diritto privato, Università di Firenze.

¹ Cass. 20 febbraio 2024, n. 4427, e 6 marzo 2024, n. 6086, *ForoPlus*, nonché l'accoppiata 15 marzo 2024, n. 7010, *ibid.*, e 21 marzo 2024, n. 7635, *Foro it.*, 2024, I, 1056, intervallate da Corte giust. 29 febbraio 2024, causa C-11/23, *Eventmedia Soluciones*, *ibid.*, IV, 174. V. anche causa C-386/21, *Ryanair DAC*, poi cancellata dal ruolo, <curia.europa.eu>, in una fattispecie di incedibilità convenzionale gemella.

² PAGLIANTINI, *Il consumatore "frastagliato" (Istantanee sull'asimmetria contrattuale tra vicende circolatorie e garanzie)*, Pisa, 2021, 50.

³V., pur con una marcata differenza di accenti e toni, CONFORTINI, *Cessione del credito e nullità di protezione (sulla circolazione degli statuti asimmetrici)*, in *Jus Civile*, 2022, 1046, mentre a favore della tesi contraria si esprime IULIANI, *Contratto a favore di terzo e tutela consumeristica*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile* a cura di GRANELLI, Milano, 2023, 427, fautore dell'idea di una rilevanza della qualità (di consumatore) della parte subentrante nel rapporto.

nale maggiore abbia, nel frattempo, raccolto la provocazione.

L'interrogativo, naturalmente, è rimasto inalterato: quand'è che un professionista cessionario, di un credito o della posizione contrattuale, può denunciare l'abusività di una qualsiasi delle clausole contenute nel contratto sottoscritto dal consumatore cedente? Così ragionando, dal piano dell'atto stiamo vorticosamente passando al piano del rapporto, con la proiezione applicativa della vicenda circolatoria che viene a mostrarsi tutta rappresa intorno all'evidenza dirimente di avere qui un consumatore che perde la titolarità della posizione giuridica trasmessa. Il fatto è che la mutata titolarità innesca, a sua volta, una sequenza pletorica di interrogativi recalcitranti a venire liquidati con l'argomento lapalissiano che il cessionario è un professionista: *ergo*, le ragioni della tutela dovrebbero svanire. La questione, in realtà, è ben più sfaccettata: e, giova notarlo subito, il modo con il quale altrove si tenta di risolverla non è, per la verità, che sia più consolatorio della maniera con cui l'afono dibattito italiano snobba il problema.

Non ci giriamo intorno: il quesito, notoriamente, suscita l'attenzione degli interpreti francesi, ma con esiti che spossano l'interprete incline ad una razionalizzazione appagante. Cour de cassation, 1^{re} civ., 11 décembre 2019, n° 18-16.147⁴, con piglio categorico, ha escluso che il fideiussore abbia il potere di opporre l'eccezione di prescrizione, di cui all'art. L. 218-2 code de la consommation, motivando dalla natura di questa come strettamente personale al debitore principale. È, leggiamo, un'eccezione destinata a proteggere: ed il garante non se ne può avvalere. Se non fosse che la successiva Cour de cassation, 1^{re} civ., 20 avril 2022, n° 20-22.866⁵ si è mostrata di un'opposta intonazione. Quando il termine di prescrizione biennale ex art. L. 218-2 code de la consommation rampolli dalla qualità di consumatore, la sua decorrenza — leggiamo — pregiudica il diritto del creditore perché a materializzarsi è pur sempre un'eccezione inerente al debito, formula questa che, nel segno di una oggettivazione, valorizza l'interesse del garante ad avvalersene. Per

⁴ Consultabile in *Recueil Dalloz*, 2020, 523, con commento NICOLLE, *La caution, la prescription et les exceptions purement personnelles*, e obs. AUBRY - POILLOT - SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Droit de la consommation, ibid.*, 624. Preziosi spunti si ricavano pure da J.D. PELLIER, *La prescription biennale du code de la consommation est une exception purement personnelle au débiteur principal*, in *Dalloz actualité*, 6 janvier 2020; HOUTCIEFF, *Retour sur la notion d'exception purement personnelle au débiteur*, in *AJ contrat*, 2020, 101, e obs. GIJSBERS, *La prescription de l'obligation garantie est une exception purement personnelle au débiteur principal*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2020, 161.

⁵ In *Dalloz actualité*, 2 mai 2022, obs. HÉLAINE, *Exception inhérente à la dette et prescription en droit de la consommation*.

di più, si fa notare, dovrebbe essere l'accessorietà a governare la caution. Adesso il nuovo art. 2298 code civil, consentendo al garante di opporre tanto le eccezioni inerenti al debito che quelle personali, ha archiviato la questione⁶, evitando una disparità di trattamento tra fideiussioni: ma il quadro rimane sfrangiato al punto che non è da escludere che il problema circolatorio insorga pure quando il cessionario del credito sia un consumatore. L'esempio paradigmatico stavolta è quello corrispondente alla lett. *u*) dell'art. 33, comma 2, cod. consumo, se dovesse darsi il caso che il foro del consumatore cedente non sia quello del consumatore cessionario. Per chi sia dell'avviso che a comandare è il luogo del credito ceduto, sul presupposto che la fonte originaria sormonta l'effetto circolatorio, non conta quale sarebbe il foro dell'attore. Se la circolazione di un credito «non è transito di cose dall'uno all'altro titolare» bensì di uno statuto disciplinare⁷, non è che il nuovo prende il posto del primo — ed unico — regolamento. Dunque, se, alla francese maniera, la prescrizione, che scaturisce dalla qualità di consumatore, comunque tocca il diritto del créancier, all'italiana non è invece dato sapere cosa accada.

Domanda: esiste un altro modo, più persuasivo, per comprendere se la circolazione delle tutele negoziali di protezione obbedisce ad un regime *ad hoc* separato da quello officiato dal diritto comune?

Rispondiamo: dipende, aggiungendo subito però che il *caveat* di una vicenda circolatoria che unisce il credito e tutti i diritti ad esso connessi è il costruito o l'evidenza costante del diritto corrente. Soltanto in caso di subentro nel complesso dei diritti e degli obblighi del cedente⁸, e purché però il contratto originario sia b2b, un'opponibilità al cessionario del contratto, pur se sia consumatore, diventa la regola. Diverso — notiamo — sarebbe, nel senso che l'interrogativo torna, se il contratto ceduto fosse b2c e la vicenda innescata porti ad un c2b.

Ritornando subito al punto: allo stato ci stiamo chiedendo se, al netto dell'estensione della vicenda circolatoria, uno stigma specifico possa darsi, per un acquirente del credito, allorché non rivesta lo *status* di consumatore. Fare dello

⁶ Tanto è vero che Cass. 1^{re} civ., 20 aprile 2022 ribalta il precedente per allineare alla riforma les cautionnements stipulate prima del 1° gennaio 2022, cioè precedentemente all'entrata in vigore della riforma del 15 settembre 2021. In argomento BOUGEROL, *Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Épisode): formation et étendue du cautionnement*, in *Dalloz actualité*, 19 settembre 2021.

⁷ IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico* (Prefazione a ALLARA, *Vicende del rapporto giuridico. Fattispecie, fatti giuridici*), Torino, 1999, 17.

⁸ CICALA, *Il negozio di cessione del contratto*, Napoli, 1962 (rist. Napoli, 2015), 61.

status una condizione soggettiva dirimente neanche mima, in verità, il dire della Cassazione sul fatto di un'opponibilità, rispetto al cessionario del credito, della convenzione sulla proroga di competenza⁹. Vero infatti è che, in luogo del distinguo tra parzialità e totalità della posizione trasferita, può ragionarsi di identità o diversità, riguardo al ceduto, tra il diritto che il cessionario faccia valere e quello opponibile dal suo dante causa. L'identità implica che il credito, quanto a «sostanza, titolo ed oggetto»¹⁰, sia quello già appartenuto al dante causa. Se il diritto del cessionario fosse peggiore rispetto a quello del cedente, il ceduto verrebbe, non a caso, a subire una modifica unilaterale deragliante dal principio di intangibilità dell'altrui sfera giuridica. Il che, come si sa, è recisamente da escludere.

Se non fosse che una preclusione del cessionario, perché professionista, a dedurre la vessatorietà di una clausola che il suo dante causa, in quanto consumatore, poteva invece far valere, istituzionalizza l'effetto opposto, rendendo più forte la posizione del professionista predisponente, artefice così di un abuso che la vicenda circolatoria finisce per immunizzare a valle. Tecnicamente, uno *status* che differenzia mette così fuori gioco quel principio di indifferenza eretto sì a baluardo ma di un ceduto suscettibile altrimenti di venire penalizzato. Non contestiamo, naturalmente, che, in quanto normativo, il principio di indifferenza vada declinato *cum grano salis*, cioè senza assolutizzarlo¹¹. Vero è, infatti, che la mutata titolarità soggettiva di un credito può comportare una vicenda modificativa, com'è per il luogo di adempimento dell'obbligazione (art. 1182, comma 3, c.c.): e tutto sta a capire se l'effetto modificativo, destinato a prodursi, viene contemplato dal legislatore come idoneo o ininfluenza a mutare il bilanciamento intercorrente tra libertà di disporre e intangibilità *nolente domino* della sfera giuridica altrui. Facciamo fatica però a pensare che un impedimento di legge a denunciare una nullità prima eccezionale sia annoverabile nella classe degli accidenti. Supponendo che la pretesa del cessionario sia neutralizzata da un fatto impeditivo, il risultato che si ottiene ha, invero, dell'eclatante: anziché permessa,

⁹ Cass., sez. un., 5 maggio 2006, n. 10312, *Foro it.*, 2006, I, 3388, con nota di PORRECA, *Forme della proroga di competenza e opponibilità della clausola al cessionario del credito*.

¹⁰ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA - G. BRANCA, Bologna-Roma, 1982 (ora *Cessione dei crediti*, rist. anastatica, Napoli, 2010), 6-7.

¹¹ MARICONDA, *Cessione del credito e clausola compromissoria: le inaccettabili conclusioni della Cassazione*, in *Corriere giur.*, 2003, 1590, e FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano, 2001, 276 e 278.

una cessione c2b viene osteggiata in radice. Saremmo al cospetto, nel dettaglio, di un effetto legale della cessione, comportante delle modifiche migliorative per il ceduto, modifiche che, sì, non ostano al suo trasferimento rendendolo, però, patrimonialmente sconveniente.

C'è un modo per controbattere? Certo, e pur se ha la risonanza tipica di un'ovvietà, non è un contrappunto semplice da smontare: basta dire che il diritto diseguale del consumatore non è una normativa premiale *pour cause*. Tra l'altro, nel mondo inquieto della corte di giustizia, non è che l'ostracismo verso una cessione c2b sia esattamente à la page: in *Nàrokuj*¹², una società commerciale, cessionaria dei crediti che il cedente consumatore vantava in forza di un contratto di credito al consumo, è stata ammessa a domandare a titolo di ingiustificato arricchimento il rimborso della differenza tra il capitale prestato (2.000 euro) e quanto restituito (3.500 euro) al mutuante/ceduto sebbene il contratto fosse stato interamente eseguito senza che il cedente consumatore ne avesse tratto un qualche pregiudizio. Vero è che l'azione della cessionaria si fondava su di un art. 87 del diritto derivato ceco sanzionante la nullità del contratto, rilevabile d'ufficio e con decadenza del creditore dal diritto al pagamento degli interessi convenuti, nel caso di inosservanza dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore (art. 8, direttiva Ce n. 2008/48). Ma se il finanziamento è stato rimborsato senza un qualche danno, tolta la precomprensione di una rimediabilità di protezione che circola, quale sarebbe la ragione che fa apparire questa nullità, a beneficio di un professionista speculatore, una sanzione efficace, proporzionata e dissuasiva (ai sensi dell'art. 23, direttiva Ce n. 2008/48)?

2. *Atto primo.*

Facciamo un passo indietro, tornando a quel dibattito francese ove il tecnicismo prediletto corre sui binari del binomio *opérations créatrices* e *opérations translatives*, Nell'ottica stipulativa della c.d. *transsubstantiation*¹³, il modello francese pensa -propriamente- ad un'azionabilità del di protezione consumeristico riconnesso alla qualità del dante causa nell'ipotesi di cessione, con invece una prepotente riemersione dello *status* di consumatore per il nuovo debitore quando si dia l'ipotesi di una novazione, sottinteso se il nuovo rapporto non sia b2c. L'idea, dunque, è tutt'altro che sofisticata: siccome realizza la successione in una situa-

¹² Corte giust 11 gennaio 2024, causa C-755/22, *Nàrokuj*, in *Foro it.*, 2024, IV, 181.

¹³ Che si incontra in CARBONNIER, *Droit civil*, II, Paris, 2004, n. 1264 e n. 1267.

zione giuridica soggettiva¹⁴, la cessione del credito porterebbe con sé il risultato che il cessionario professionista si può avvantaggiare di una tutela premiale ogni qual volta si dia un contratto iniziale di consumo, mentre la protezione consuméristica svanirebbe nell'ipotesi di una cessione associata ad un contratto originario non di consumo. Su questa premessa, chi ragiona diversamente, deve farlo a rime obbligate: tutte le volte, infatti, che la cessione sia abbinata ad un rapporto iniziale b2c, è soltanto escogitando la variabile di un'eccezione personale, cioè di una *exceptio* non inerente al credito in quanto sua parte integrante, che può pensarsi di neutralizzare un'opponibilità derivata.

Naturalmente, questo non è un recitativo inconsueto per l'interprete italiano che abbia un minimo di familiarità con tutta una serie di scritti, classici e contemporanei¹⁵, dedicati alla latitudine dei poteri trasferiti al cessionario. Propriamente, non è che, presa questa tangente, occorra cimentarsi in chissà quale fatica del concetto: già in pagine, scritte tra gli anni sessanta e settanta del secolo passato, può infatti trovarsi vergata l'idea che il cessionario del credito, mentre è legittimato alla nullità, non sarebbe ammesso alle azioni di annullamento e di rescissione del titolo originario in quanto non è compartecipe del pregiudizio insito nel consenso menomato prestato dal cedente¹⁶. Il potere di annullamento e di rescissione, nell'ottica di questa dottrina, presuppone un danno che non si riverbera sul cessionario visto che costui pur sempre subentra nel rapporto originario per il medio della cessione. Il che, lungi dallo scadere nel più algido dogmatismo, si palesa come un dire il cui costruito è attualizzabile se si presta ossequio all'argomento, affiorante ad intermittenza nel dibattito dottrinale corrente¹⁷, di una similitudine/affinità tra nullità di protezione ed annullabilità. Il parallelismo è tutt'altro che ardito: nel dibattito francese, per molti la cassation del 2019 è stato il prolungamento diretto di una celebre decisione della chambre mixte del 2007 che aveva qualificato la nullité pour dol come un'eccezione pura-

¹⁴ STEFINI, *La cessione del credito*, in *Trattato Cicu-Messineo*, già diretto da Mengoni, continuato da Schlesinger - Roppo - Anelli, Milano, 2020, 23 ss., e ROMAGNO, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, in *Commentario del codice civile Scialoja, Branca, Galgano* a cura di DE NOVA, Bologna-Roma, 2024, 6, 10 e 37.

¹⁵ CICALA, *Cessione del contratto*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VI, 897 e, in una prospettiva di inquadramento generale, PANUCCIO, *Cessione dei crediti*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, Milano, 1960, VI, 849.

¹⁶ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, cit., 152.

¹⁷ Nonostante la tagliente scomunica che, dal 2014, questa idea, senza nuances di contorno, riceve in Cassazione.

mente personale del debitore¹⁸.

Naturalmente c'è un però: in sintonia con il modello francese, può infatti sostenersi che la qualifica di consumatore, quale *conditio sine qua non* del di protezione, diviene cadetta di fronte all'attributo della parzialità che impregna una vicenda circolatoria, come la cessione del credito, pur sempre catalogabile, diversamente dalla cessione del contratto, a guisa di una fattispecie traslativa di un diritto spogliato della «componente passiva»¹⁹: il che, nell'ottica opposta di una circolazione dello statuto consumeristico, mette in mostra un'infrastruttura argomentativa che non è munita di un minor costruito, segno semmai che la densità del problema è più frastagliata del pragmatismo, sì ingegnoso ma fin troppo spiccio, con il quale il Kirchberg mostra di volerlo dirimere. Quanto invece all'apporto delle corti italiane, non si indulge in una critica gratuita a notare che, allo stato, esso sia, se non marginale, esile: Cass. 4427/24²⁰, dopo aver evidenziato che il diritto alla compensazione pecuniaria cade sotto l'imperio dell'art. 7, par. 1, lett. c), regolamento. Ce 261/2004, non smonta la clausola di incredibilità, confezionata dall'impresa ceduta, preferendo coltivare l'escamotage di una lettura dell'art. 1260, comma 2, c.c. quale dispositivo incentrato non sulla mera conoscibilità del divieto in capo al cessionario bensì sulla sua effettiva conoscenza al tempo della cessione²¹. Il che, anziché risolverlo, scopertamente occulta un problema, il cui canovaccio operativo per altro è standard²², che la successiva Cass. 6086/24²³ tende, a sua volta, comunemente a bypassare. Vero, infatti, è che vi leggiamo di un'incredibilità convenzionale la quale, se dovesse passare come vessatoria, ai sensi delle lett. b) e t) dell'art. 33,

¹⁸ Cass., chambre mixte, 8 juin 2007, n. 03-15.602, in *Recueil Dalloz*, 2007, 1782, obs. AVENA-ROBARDET, *La caution ne peut se prévaloir du dol à l'égard du débiteur*; *ibid.*, 2008, 871, obs. MARTIN - SYNVEY; in *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, 331, obs. CROCQ, *L'étrange impossibilité pour la caution d'invoquer la nullité pour dol de l'engagement du débiteur principal*, e in *Dr. et patr.*, 2007, 85, obs. Ph. Stoffel-Munck.

¹⁹ V. CONFORTINI, *Cessione del credito e nullità di protezione (sulla circolazione degli statuti asimmetrici)*, cit., 1049.

²⁰ Cass. 20 febbraio 2024, n. 4427, cit.

²¹ ROMAGNO, *Della cessione dei crediti*, cit., 83.

²² E consta di un consumatore cedente che, *more solito*, non riceve dal cessionario alcuna anticipazione del credito ceduto. V. *supra*. Tecnicamente l'onerosità dell'operazione consiste nel pagamento del corrispettivo dovuto alla cessionaria per il compimento di tutte le attività poste in essere per il recupero del credito ceduto, corrispettivo che, a sua volta, viene decurtato dalla somma di denaro di cui all'esito beneficerà il cedente.

²³ Cass. 6 marzo 2024, n. 6086, cit.

comma 2, cod. consumo, il cessionario professionista non potrebbe denunciarla perché la cessione non trasmette lo *status* del cedente e soltanto costui ha titolo per eccepire la nullità. Epperò, dopo aver rimarcato la diversa estensione della vicenda circolatoria che assiste la cessione del credito rispetto a quella del contratto, la narrazione si interrompe con il rigetto di questo motivo in quanto reputato un *novum* inammissibile (§ 4.3.2). Tutt'altro che consolatorio è, dunque, il *rationale* che può estrarsi dalla lettura combinata dei due arresti: l'incredibilità convenzionale, oscillante tra validità e nullità, non gioca a detrimento del cessionario professionista e, stante l'assorbente inopponibilità del patto, rimane incerto il *posterius in ordine* a se uno statuto protettivo possa circolare. Il rilievo, non a caso, non sfugge ad un occhio vigile²⁴: epperò la promiscuità concettuale fa correre pure il rischio di edulcorare il tema. Per Cass. 20 febbraio 2024, n. 4543, la fattispecie *de qua* si segnalerebbe come un contratto atipico nel quale la cessione del credito trova il suo corrispettivo nell'attività svolta dal c.d. cessionario. Ora, se così fosse, ad intravedersi sarebbero le propaggini di un mandato oneroso all'incasso²⁵: il che devitalizzerebbe però gli interrogativi posti, se è vero che soltanto la cessione produce un effetto traslativo, essendo l'altra attributiva al mandatario dell'esclusivo potere di riscuotere il credito in nome e per conto del mandante. Dopo di che, siccome l'operazione implica che non ci sia stata un'interversione nella titolarità del diritto, non dandosi ivi alcuna vicenda circolatoria, pur sempre a contare sarebbe allora la legittimazione del c.d. cedente consumatore.²⁶

3. Atto secondo.

Per la verità, uno sguardo dal Kirchberg ci verrebbe a restituire un'istantanea del problema tutt'altro che ispida. Siccome, leggiamo, l'ambito di applicazione di una direttiva pur sempre dipende non dall'identità dei soggetti della controversia, bensì dalla qualità delle parti che abbiano stipulato il contratto, la circostanza che l'attore ed il convenuto siano professionisti non costituisce un fatto ostativo «all'applicazione di un atto rientrante nell'ambito del diritto dei consumatori

²⁴ SANTARPIA, *Gli ascosi confini dell'irrinunciabilità: quando cedente è il consumatore e cessionario il professionista*, in *Foro it.*, 2024, I, 1062.

²⁵ Cass. 21 marzo 2024, n. 7635, cit.

²⁶ Anche infatti a supporre una clausola escludente che il mandatario sia tenuto a riversare nella sfera del mandante il risultato della gestione, resta il fatto che non è apparentabile ad una cessione del credito un'attività gestoria condotta nell'interesse altrui.

dell'Unione». A disporre così è stata *Lexitor* (punto 20)²⁷, ove notoriamente si faceva questione dell'art. 16, direttiva Ce n. 2008/48, con dei cessionari professionisti che esercitavano il diritto del consumatore, autore di un'estinzione anticipata, ad una riduzione del costo totale del credito: mentre in *Ryanair DAC c. DelayFix*²⁸, caso polacco nel quale una società specializzata nel recupero crediti dei passeggeri aerei chiedeva la condanna del vettore all'indennità, eventuale, forfettaria e standardizzata, per la cancellazione di un volo, è la direttiva Cee n. 93/13 ad escludere, leggiamo, che una clausola (abusiva) di deroga al foro esclusivo del consumatore sia, anziché soggetta ad espunzione, opponibile alla suddetta società. Naturalmente non è che un siffatto rilievo spargli: avrebbe una maggiore linearità scrivere che, dandosi qui un cessionario che si sostituisce al cedente assumendo la stessa posizione, è *in re ipsa* una sua legittimazione ad opporre al ceduto tutte le eccezioni che gli avrebbe potuto sollevare il cedente. *Per incidens*, sarebbe uguale se si desse un caso di surrogazione per pagamento ai sensi dell'art. 1201 c.c., visto che il consumatore creditore, avendo ricevuto il pagamento dalla società specializzata, può surrogarla nei propri diritti. Con un pagamento che soddisfa l'interesse del consumatore creditore senza che l'obbligazione si estingua, il credito in cui si surroga l'autore del pagamento continua ad andare soggetto, come scrive la migliore dottrina, «alle medesime eccezioni»²⁹. Quand'è così, dogmatica *v.* adogmatismo della corte?

Dopo di che, *nulla quaestio* che un siffatto dire corra il rischio di incepparsi: basta opporgli il rilievo, esposto in pagine dicevamo celebrate, di un'estraneità del cessionario al contratto originario che lo rende orfano di un «interesse tutelato a ristabilire l'integrità patrimoniale violata per la mancanza di una sana e valida determinazione causale»³⁰. Pur se non pensata rispetto alla galassia dei contratti asimmetrici, è questa una notazione calzante a pennello per l'idea che il di protezione comporti, rispetto a tutte le altre cause di nullità, un trattamento differenziato tanto del credito che del contratto quando il cessionario sia un professionista. Siccome non si versa nell'emisfero della nullità assoluta dell'art. 1421 c.c., un

²⁷ Corte giust. 11 settembre 2019, causa C-383/18, *Lexitor*, punto 20, *Foro it.*, 2019, IV, 605, con nota di richiami di A. PALMIERI.

²⁸ Corte giust. 18 novembre 2020, causa C-519/19, *DelayFix*, punto 54, *id.*, Rep. 2020, voce *Unione europea*, n. 962.

²⁹ BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA - ZATTI, Milano, 1991, 767.

³⁰ PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, cit. 152.

distinguo ha da esserci. Vero, naturalmente, è che ad una siffatta narrazione si può eccepire la replica di una identità tra il diritto azionato dal cessionario e quello del suo dante causa. Se il consenso del ceduto non occorre è perché, si chiosa, neanche il cessionario può avere, rispetto al ceduto, una condizione, diversa e più debole, di quella vantata dal suo dante causa. Nessuna deroga andrebbe, perciò, tematizzata: né *in peius* né *in melius*. Se non fosse che il ritaglio dell'annullabilità come un'eccezione viene pur sempre coniato da una dottrina convinta che la cessione impatti sulla situazione giuridica sotto l'aspetto esclusivo della titolarità. Il che dovrebbe indurci a spostare il discorso sul diverso piano di capire quale allora sia, nel segmento dei rapporti asimmetrici, il livello di circolazione -del credito- programmato dal legislatore. Non è tanto un problema legato alla facoltà del consumatore di non servirsi della nullità, estranea va da sé alla cifra di un rilievo officioso che qui prescinderebbe da una previa informativa al consumatore. Crediamo infatti che un diritto di interpellato sia potenzialmente inutile visto il comportamento concludente di un consumatore che, nel frattempo, ha ceduto il credito. Il problema è differente: in assenza di un'espressa previsione di legge, dobbiamo supporre che la situazione giuridica del ceduto resti immutata oppure lo scopo della norma va ricostruito nel senso che, quando cessione e di protezione si intersecano, allora una modifica alla regola generale si rende necessaria perché cambia il livello di opponibilità organico ad una disciplina pur sempre concepita come market oriented? Siamo dentro un labirinto: ed uscirne, notoriamente, è alquanto complicato.

Dov'è allora che sta, perché c'è, il *punctum crucis*? La sottigliezza del discorso evapora, invero, se si torna su plateau Kirchberg: come dimostra *Eventmedia Soluciones*³¹, dove incontriamo quel divieto convenzionale di alienazione, contenuto nelle condizioni generali di trasporto del vettore, chiamato apertamente ad inibire la circolazione. Se si dà infatti per buono che cada sotto l'imperio dell'art. 15 del regolamento n. 261/2004, l'incredibilità convenzionale diventa nulla *ipso jure* perché contraria a una norma imperativa blindante un diritto del passeggero consacrato nella diade degli art. 5, par. 1, e 7, par. 1, dello stesso regolamento. Beninteso, non che un'irrinunciabilità non possa starci: si converrà però che il riconoscerla a tutto tondo spegne sul nascere ogni discorso che intendesse revocare in dubbio la validità di un divieto pattizio di cessione sul presupposto di una sua vessatorietà. Un'abusività, a sua volta, ci sta: una clausola di incredibilità determina, dicevamo, un significativo squilibrio giacché limita la libertà contrattuale del consumatore. Anche il luogo nel quale iscriverla diventa un automatismo: l'art. 33, comma 2,

³¹ Corte giust. 29 febbraio 2024, causa C-11/23, cit.

lett. *t*), cod. consumo. Ma l'enigma, lo ripetiamo, si dissolve con un'irrinunciabilità in salsa strong che evita di misurarsi con le traiettorie, sempre perigliose, dei superpoteri officiosi del giudice nazionale che amministrò la 93/13³².

4. *Atto terzo.*

Non è un problema di metafore: ed il consumatore di rimbalzo, quale lemma stipulativo, è un'illusione ottica che abbacina. Ma se la determinazione della competenza giurisdizionale risale al momento genetico del credito, una clausola in deroga al foro del consumatore, opponibile al cessionario perché professionista, ha dello spiazzante. Scopertamente abusiva, giacché ha lo scopo o l'effetto di sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali [(art. 33, comma 2, lett. *t*)], una clausola siffatta nasce *hic et nunc* come inefficace fin dall'atto della stipula: e non si riesce a comprendere, se i giudici nazionali sono tenuti ad escludere l'applicazione di una clausola vessatoria affinché non vincoli *ab origine*, per quale ragione il cessionario di un consumatore non dovrebbe trarre vantaggio dal subingresso nella posizione attiva per come questa è sorta. Diversamente cadremmo, questa volta sì, nel paradosso che una clausola abusiva viene a presentarsi, in ragione di una sopravvenienza circolatoria, come valida contro la lettera e la *ratio* dell'art. 6, par. 1, direttiva n. 93/13. Per di più, a porre qui l'accento sul fatto che il professionista ceduto è il debitore della prestazione caratterizzante, non c'è di nulla di sofisticato: stante la carenza, nel tessuto della direttiva 93/13, di una norma derogativa *ad hoc*, l'opponibilità dell'eccezione potremmo rappresentarla come il risultato della sussidiarietà integrativa del diritto comune. Il che, se ne converrà, ha ben più spessore dell'abbandonarsi al dire, sulla scorta di *Schrems*³³, che una disciplina di protezione opera nella misura in cui il consumatore tutelato sia personalmente coinvolto come attore o convenuto in un giudizio (punti 43 e 47). Chi così ragiona, notiamo, introduce una variante argomentativa claudicante perché, se la cessione non altera la natura dell'obbligazione originaria, cioè non

³² Per un catalogo, puntuale e pertinente, di note critiche della decisione v. SANTARPIA, *Gli ascosi confini dell'irrinunciabilità: quando cedente è il consumatore e cessionario il professionista*, cit.

³³ Corte giust. 25 gennaio 2018, causa C-498/16, *S. c. Facebook Ireland Ltd*, in *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Unione europea*, n. 1147: il precedente, per altro, è Corte giust. 19 gennaio 1993, causa C-89/91, *Shearson Lehman Hutton c. Tvb Mbh*, *id.*, Rep. 1993, voce cit., n. 70, ed ivi l'azione di ripetizione del credito non era stata proposta dalla controparte del convenuto, ma da una società cessionaria dei diritti di detta controparte.

comporta che il darsi di una nuova titolarità, un siffatto dire postula l'esistenza di una norma speciale che invece, nel corpo della 93/13, non c'è. La circolazione è fuori dal perimetro eurolunitario; e chi sia avvezzo ai misteri dell'armonizzazione sa che, in caso di risorgenza della competenza nazionale, il Leitmotiv della corte è, a sua volta, a rime obbligate: una discrezionalità degli Stati membri sussiste ma rinserrata nella più stretta osservanza di quei principi di equivalenza e effettività preposti a neutralizzare ogni ostacolo sostanziale che dovesse disincentivare i consumatori dall'esercitare i loro diritti³⁴. A titolo esemplificativo: il venditore, ai sensi dell'art. 133, cod. consumo, è responsabile nei confronti del consumatore di qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene e che si manifesta entro due anni da tale momento. Se durante questo arco temporale il consumatore aliena il bene ad un terzo professionista, costui, in caso di difetto di conformità, ha diritto all'esercizio di uno dei rimedi di cui all'art. 135 *bis* cod. consumo? Se il credito circola per come è sorto, non si vedono ragioni ostative a che una siffatta legittimazione qui si dia. E dovremmo pensare ad una legittimazione concorrente rispetto a quella di cui agli art. 1490 ss. c.c.

È difficile, ci sembra, che un siffatto dire suoni distonico: se la tutela inerisce al credito, inquadrato dalla posizione che l'atto riveste nel mercato, non può aversi una circolazione dello stesso disgiunta dalla qualità impressagli dalla sua fonte³⁵. Se il credito è una struttura normativa, e quindi «complesso di poteri, di oneri, di diritti»³⁶, il contenuto disciplinare che circola, come plasticamente si scrive, «non è del rapporto, ma è il rapporto»³⁷. Tutto, quindi, sta ad intendersi: se credito e titolo si immedesimano perché il primo è l'appellativo sintetico del secondo declinato come disciplina, allora diventa arduo ammettere che al cessionario siano sottratte delle azioni inerenti al valido sorgere del titolo. A meno che, riprendendo così l'idea di un regime *ad hoc* delle azioni ed eccezioni di annullamento, non si torni a pensare che, in seno al nucleo degli effetti in cui

³⁴Tutta l'epopea spagnola sulla disciplina di riparto delle spese processuali, che ha ben sintetizzato Corte giust. 22 settembre 2022, causa C-215/21, *Servicios prescriptor y medios de pagos E.F.C. S.A.U.*, *id.*, Rep. 2022, voce cit., n. 926, è lo stigma di una corte che ha ormai rotto gli argini, privilegiando una lettura principalista in senso stretto.

³⁵Sullo statuto del credito che penetra nel traffico giuridico «alla stregua di una *res*, destinata a circolare sotto l'esclusivo profilo della titolarità», v. CONFORTINI, *Cessione del credito e nullità di protezione (sulla circolazione degli statuti asimmetrici)*, cit., 1057.

³⁶PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti. Art. 1260-1267*, cit., 216, *sub* nota 7.

³⁷IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., 17.

si articola lo statuto normativo, l'effetto del di protezione è disallineato e segue una sua scansione separata a seconda dello *status* rivestito da cedente e cessionario.

In un caso del 2018³⁸, il giudice del rinvio aveva qualificato siffatte cessioni come forme di factoring *pro soluto*³⁹; e dalla narrazione del fatto apprendiamo che, se nelle c.g. di trasporto dovessero figurare dei divieti di cessione, clausole siffatte sarebbero da reputarsi nulle in quanto, detto alla tedesca, idonee ad ingenerare uno svantaggio indebito a carico del consumatore. Neanche nella dottrina italiana⁴⁰, del resto, l'iscrizione di un *pactum de non cedendo* nel disposto dell'art. 33, comma 2, lett. *b)* o *t)*, cod. consumo ha mai sollevato soverchie discussioni, visto che, e a pieno titolo, una clausola *de non cedendo* passa per introdurre, a carico del consumatore, delle restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con terzi. È vero, naturalmente, che il disposto dell'art. 150 *ter* del codice delle assicurazioni private ha contemplato, pur se un limitato spazio di tempo, un espresso divieto di cessione a terzi senza il consenso dell'assicuratore tenuto al risarcimento: ma la norma,⁴¹ veniva reputata, proprio perché introduceva una fattispecie eccezziva, di (stretta) interpretazione. Tanto è vero che, nel diritto vivente, è data per pacifica la cessione del credito da risarcimento del danno da sinistro stradale⁴². Ora, per evidenti ragioni di coerenza sistematica, ci parrebbe arduo sostenere la ragionevolezza o la meritevolezza di una regola che, nell'area della contrattazione b2c, conoscesse, in conformità al recitativo dell'art. 1260 c.c., una cedibilità del credito ad opera del professionista e, in deroga al medesimo disposto, un'incedi-

³⁸ Corte giust. 9 novembre 2018, causa C-701/18, *Geld-für-Flug*, causa poi cancellata, <curia.europa.eu>.

³⁹ In *DelayFix*, cit., leggiamo invece di una fatti specie denominata «cessione fiduciaria ai fini dell'incasso», giacché il cessionario del credito ceduto lo recupera (in nome proprio), ma (per conto) del consumatore cedente.

⁴⁰ DE FRANCESCHI, *I limiti negoziali alla cessione del credito*, Napoli, 2014, 8, nonché A. VENTURELLI, in *Commentario breve al diritto dei consumatori* a cura di De CRISTOFARO - ZACCARIA, II ed., Padova, 2013, *sub* art. 33 cod. consumo, 345.

⁴¹ E dei natanti.

⁴² Una cessione che, intervenuta tra il danneggiato/cedente e la carrozzeria/cessionaria, consente a quest'ultima di agire in giudizio nei confronti della compagnia assicurativa in quanto la cessionaria può, in base a tale titolo, domandarne anche giudizialmente il pagamento al debitore ceduto, pur se assicurato per la r.c.a., non sussistendo alcun divieto normativo in ordine alla cedibilità del credito risarcitorio. V. Cass. 14 febbraio 2019, n. 4300, *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Cessione dei crediti*, n. 4, e 10 gennaio 2012, n. 51, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 19.

bilità da parte del consumatore. Alle corte, tecnicamente l'art. 150 *ter* legalizzava un'incapacità asimmetrica: altrettanto seriamente non crediamo però contestabile che un'incapacità convenzionale, se da un lato ipostatizza una condotta abusiva del consumatore cedente⁴³, a tutto addivene, dall'altro, fuorché ad un «adeguato bilanciamento degli interessi»⁴⁴. Se la cessione o la surroga nei crediti dei passeggeri è da reputarsi legittima, avrebbe del sorprendente che una società acquistasse il suddetto diritto senza confidare nell'opporre una vessatorietà sollevabile dal cedente. Notiamo, di passata, che pure l'argomento di una prevedibilità del diritto applicabile dovrebbe qui vedersi assegnato un posto d'onore. Come «non si estingue il diritto ma continua nel nuovo titolare»⁴⁵, così non viene meno una disciplina premiale la cui preclusione sortirebbe semmai l'effetto, torniamo a rimarcarlo, di riservare al debitore un miglioramento della sua posizione originaria: mentre, com'è risaputo, il principio generale è che costui non può subire, a motivo di una cessione alla quale non ha partecipato, un trattamento *in peius*. In *Lexitor*, mentre era contestata la ripetibilità dei c.d. costi fissi, non v'è traccia di un'eccezione denegante l'*an* della pretesa a motivo dello *status* professionale dei ricorrenti. Opporlo, implica riconoscere che una vicenda soggettiva del rapporto è idonea a generare regole diverse da quelle applicabili alle parti, professionista e consumatore, che abbiano concluso il contratto.

Il quadro, *sic stantibus rebus*, comincia dunque a sgrezzarsi: se una cessione del credito b2b non modifica in alcun modo il contenuto degli obblighi del debitore consumatore, dovrebbe apparire evidente che pure una cessione c2b, contratto del quale il professionista debitore non è parte, in alcun modo è idonea a determinare un significativo squilibrio in danno del ceduto. La cessione del credito, come leggiamo nelle conclusioni dell'avvocato generale Wahl, ancorché indotta o da una finalità speculativa o, aggiungiamo, da un tasso incrementale di effettività della tutela, è «neutra dal punto di vista del debitore» (punto 47). Se lo *status* è conformativo tanto dell'atto che del rapporto, una cessione del credito c2b diventa appetibile soltanto se il cessionario professionista lucra sul prezzo quanto perde sul piano della qualità del contratto. Sullo sfondo, per inciso, si intravedono fi-

⁴³ Che, invece, vede soppressa una delle facoltà idonee a soddisfare il proprio diritto a compensazione pecuniaria, con il professionista che riesce specularmente ad imporre una sola modalità per ottenere l'indennizzo.

⁴⁴ Come mostra invece di credere che sia DE FRANCESCHI, *I limiti negoziali alla cessione del credito*, cit., 109.

⁴⁵ BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., 759.

nanco le sembianze del mandato all'incasso: quantunque le differenze tra le due figure siano nette. Piaccia o no, nel mandato all'incasso quel che viene conferito al mandatario è infatti soltanto la legittimazione alla riscossione del credito, del quale, va da sé, resta titolare il mandante.

5. *Atto quarto.*

Se la qualità di consumatore non è trasferibile, *quid* nella fattispecie contigua ma diversa di una cessione del contratto b2b ex art. 1406 c.c., laddove il cessionario sia un consumatore? Come già Cass. n. 24799/13 ha messo in risalto, qui non è invece revocabile in dubbio che, producendosi una vicenda circolatoria, una clausola derogatoria della competenza territoriale opera quantunque il contraente cessionario sia un consumatore⁴⁶. Come nella pronuncia si legge, lasciando invariato il contenuto del rapporto contrattuale, non è che una cessione porti con sé l'effetto di rendere inopponibile una clausola a motivo di una diversa qualità del cessionario. Da un lato, infatti, un'inopponibilità sortirebbe qui l'effetto di impedire al contraente ceduto di far valere una clausola lecitamente pattuita con una controparte professionale in ragione di una decisione potestativa di quest'ultima, dall'altro può farsi perno sulla circostanza che, ove sia stata oggetto di una trattativa individuale, neanche è ipotizzabile un approfittamento del contraente ceduto nei confronti del cessionario. È, va da sé, la congiunzione dei due argomenti ad avvalorare la deduzione che un'applicabilità dello statuto consumeristico produrrebbe, in tali contesti, il risultato di mutare il contenuto del rapporto, assoggettando il contraente ceduto ad un contratto diverso da quello stipulato. È altresì pacifico, del resto, che il cessionario non stipula alcun nuovo contratto con il ceduto. Perciò l'immunità dalla disciplina consumeristica, anziché mostrarsi come il prodotto opinabile dell'affievolimento di una tutela somministrata per legge, sembra qui piuttosto assumere i tratti di un fatto incontestabile: diversamente, davvero dovrebbe farsi questione di una nullità sopravvenuta soggettiva. Il Tribunale di Ravenna⁴⁷, in un caso nel quale una società immobiliare aveva ceduto il proprio credito ad una persona fisica, rotondo com'è nell'escludere recisamente la trasmissione al suddetto credito di una natura consumeristica assente

⁴⁶ Cass. 5 novembre 2013, n. 24799, *ForoPlus*, relativa ad un'ipotesi di cessione di un contratto di leasing tra un professionista (cedente, nella specie una società di capitali) ed un consumatore (cessionario, nuovo utilizzatore).

⁴⁷ Trib. Ravenna 19 settembre 2017, *DeJure*.

nel momento in cui lo stesso sia sorto, tematizza un'elusione del dato normativo unitamente ad un *vulnus* all'affidamento, legittimamente nutrito dalla controparte contrattuale, sul quale vien difficile ribattere. Il triangolo contrattuale non può comportare — questa la sintesi del discorso — una eterogenesi dei fini se rilevante è soltanto il credito originario, cioè la fonte dell'obbligazione da cui discende un siffatto credito, la quale ne determina, dicevamo, la natura.

6. *Atto quinto.*

Altrove è qui che ci siamo fermati, pur sapendo che il mosaico conosce altre tessere che sono fuori posto. Una fra tutte, e fra le più succose, quella che rimanda alla fattispecie dell'art. 1945 c.c.

Proviamo a farla breve: nelle fattispecie di modificazione soggettiva, unico è il rapporto obbligatorio, mentre nella fideiussione i rapporti sono due, con il secondo che ripete il suo contenuto dal primo. Questa differenza fattuale è idonea a incidere sul dominio applicativo della disciplina consumeristica? Oppure a contare è il fatto che se, ai fini dell'operare della dir. 93/13, è in capo alle parti del contratto di garanzia o di fideiussione che deve essere valutata la qualità con cui queste hanno agito, allora dobbiamo trarne la deduzione che la qualità del debitore principale non rileva?

A tutta prima, la legittimazione a dedurre le eccezioni del debitore è una facoltà propria di qualsiasi fideiussore: a meno che, riscoprendo quanto statuiva il disposto dell'art. 1927 del c.c. abrogato, non si dia per buono che, siccome inopponibile al creditore rimane l'eccezione derivante dall'incapacità del debitore principale, status e capacità stanno insieme, con il risultato che, se trasmissibili sono quelle inerenti al debito, le eccezioni personali del debitore diventano invece il controlimite al fatto, diremmo, che il pagamento del garante trova pur sempre la sua causa nell'adempimento di un'obbligazione altrui.

Orbene, intuitiva non è soltanto la replica, se credito e debito assommano in sé «tutte le norme o clausole che [li] fanno [essere] quali sono», allora la relativa eccezione si trasmette in quanto ogni norma e ogni clausola originaria determinano la «concreta e inconfondibile identità [del debito]»⁴⁸. C'è pure da riflettere sul dato concorrente che il fideiussore è pur sempre ammesso a far valere l'annul-

⁴⁸ IRTI, *La teoria delle vicende del rapporto giuridico*, cit., 17. Nella dottrina tedesca v. GEIMER, *Schwindende Rechtssicherheit bei der Forumsplanung in der Europäischen Union*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2021, 263.

lamento del contratto di credito stipulato dal debitore con il finanziatore. Dopo di che, vista la ragione di questa estensione⁴⁹, non troviamo che l'alea sarebbe diversa laddove l'obbligato principale si risolvesse invece a denunciare l'abusività di clausole reagenti sul *quantum debeat*.

In cauda venenum: laddove il fideiussore sia un professionista, siccome il contratto sarà allora b2b, è pattuibile la clausola che gli precludesse di denunciare l'abusività del contratto di finanziamento? Oppure dobbiamo supporre che la suddetta variante introdurrebbe una *dénaturation* della fideiussione? Senza contare che il giudice potrebbe trovarsi nell'impasse di mantenere intatti gli effetti del contratto, ove il debitore principale consumatore dovesse opporsi alla disapplicazione della clausola denunciata dal fideiussore come abusiva. Sono tre quesiti che poniamo per avvertire il lettore di quanto avrà già compreso: e cioè che la digressione svolta, se formalmente assisa nella provincia del b2c, è invece anche una pagina di quella galassia puntinistica di un b2b che, nel sistema italiano, continua ad arrancare faticosamente.

7. Un finto epilogo.

Hier ist die Rose, hier tanze, direbbe Hegel parafrasando *Hic Rhodus, hic saltus*: e, vista la traiettoria impressa alla nostra questione dall'avvocato generale, *Conny*⁵⁰ si annuncia come un proscenio di eccellenza per capire quali percorsi potrebbero osservare le coordinate circolatorie dello statuto consumeristico. Il leitmotiv è, a suo modo singolare: c'è, a Berlino, una società specializzata che si propone come cessionaria seriale dei diritti spettanti a quei conduttori che intendano avviare azioni legali per denunciare il superamento del canone massimo calmierato prescritto

⁴⁹ Tarata sulla circostanza che, se una siffatta legittimazione non si desse, il fideiussore dovrebbe accollarsi il rischio di un adempimento che lo espone ad un'azione di regresso o di ripetizione, innescate pur sempre da un annullamento proposto dal debitore principale.

⁵⁰ Causa C-400/22, <curia.europa.eu>, ruotante intorno alla seguente questione: nell'ipotesi di un contratto concluso per via elettronica, qual è il perimetro di quell'art. 8, par. 2, della direttiva 2011/83 che detta l'obbligo per il professionista di apporre, sul pulsante di effettuazione dell'ordine, la dicitura «ordine con obbligo di pagamento»? L'art. 8, pacificamente dettato per le fattispecie contemplanti un obbligo di pagamento immediato, si applica pure all'ordine di pagamento *sub condicione* quando l'evento sia estraneo alla sfera di volontà del consumatore? Questione sofisticata che chiama in causa il controverso profilo se l'inadempimento dell'obbligo informativo introduca ad una forma di inesistenza o nullità del contratto.

dalla legge (§ 556d BGB). Nello specifico, l'operazione economica prevede che, recuperato il *surplus* versato, alla cessionaria spetti il 33,33% del canone annuale risparmiato e, quanto all'atto di sollecito inviato al locatore rapace, un importo pari all'onorario che sarebbe da corrispondersi ad un avvocato per la prestazione professionale effettuata. Esempio lampante di una remunerazione ottenuta attraverso la modalità di compenso success fee, qui è dunque il professionista che «sceglie unilateralmente di farsi remunerare solo in caso di successo nella prestazione professionale offerta, [con un consumatore che][non svolge alcun ruolo»⁵¹.

Niente di stupefacente, perciò: se non per la circostanza che bisogna comprendere, ove il recupero del credito proceda, quale spazio sia ritagliabile per un conduttore/consumatore che, nonostante la cessione, si volesse successivamente opporre alla disapplicazione della clausola incriminata. Poc'anzi abbiamo notato che la cessione potrebbe rilevare da comportamento concludente che gioca da fatto impeditivo di un pentimento del consumatore che ci ripensi. Epperò non tutti sono di questo avviso, cominciando dal Landgericht Berlin, scettico che *electa una via, non datur recursus ad alteram*. Ci si chiede, perciò: siccome l'obbligo di pagamento del consumatore è eventuale, perché condizionato dall'effettivo recupero delle somme dovute dal cessionario, c'è margine, ove il contratto di cessione dovesse mostrarsi nullo per violazione dell'art. 8, par. 2, direttiva 2011/83, per recuperare un'interferenza oppositiva del consumatore? Al netto dell'interrogativo su di una legittimazione del locatore a far valere la nullità del contratto di c.d. cessione, tutt'una va da sé con l'interesse ad una caducazione che vanificherebbe la pretesa dedottagli contro dal professionista cessionario, il quesito sollevato mostra lo stigma della domanda ineludibile: se l'art. 8, par. 2, è da riguardarsi a guisa di una disposizione formalizzante una non vincolatività di cui può disporsi, come fa a circolare uno statuto consumeristico esposto ad una *mutatio* di volontà del cedente? Nelle conclusioni dell'avvocato generale Pitruzzella, contrario ad una non vincolatività incondizionata, leggiamo di un accertamento «dell'invalidità e [...] successivo annullamento della clausola controversa e, in caso dell'intero contratto, [...] rimesso alla volontà del consumatore, per la cui tutela è specificamente predisposta l'invalidità della clausola». Ora, di là dai problemi di conformità sollevati da un § 312j, commi 3 e 4, del BGB che ha disinvoltamente attuato l'art. 8, una cessione che non spoglia il cedente della titolarità soggettiva del credito, tecnicamente è un non sense. Ergo, delle due l'una: o una cessione v'è, ed allora il

⁵¹ Così Conny, causa C-400/22, conclusioni dell'avvocato generale PITRUZZELLA, punto 42, cit.

consumatore cedente esce di scena o, se il primato della sua volontà rimane superiore, fino al punto — notiamo — che il giudice deve decidere in linea con la sua volontà, nessuna cessione potrà, in realtà, aversi. Ammettendo infatti che il cedente possa pentirsi esprimendo la volontà di mantenere gli effetti della clausola e/o del contratto, la conseguenza non potrà che essere il rigetto della domanda di nullità del cessionario. Vorrà allora convenirsi su un dato: un cessionario che, pur al cospetto di una clausola nulla, non può agire contro la volontà e l'interesse del consumatore cedente sa tanto di una figura, apparentabile a un ibrido, mancante di equipollenti nella legge. Se tutto passa per un giudice chiamato a valutare se l'interesse del terzo e quello del consumatore collimino o se essi siano divergenti, è ben altro il percorso che l'interprete è chiamato a battere.

Nonostante tutto, siamo ancora, temiamo, al preambolo del dibattito.

UNFAIR. LE VICISSITUDINI DI BUONA FEDE E CORRETTEZZA NEL RECEPIMENTO DI TRE DIRETTIVE EUROPEE

Luciana Cabella Pisu *

SOMMARIO: 1. Le differenti traduzioni di *unfair*. – 2. Clausole vessatorie: buona fede soggettiva o oggettiva? – 3. Pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori: buona fede, correttezza e diligenza professionale. – 4. Pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare. Il riemergere della buona fede. – 5. Sintesi delle vicissitudini

1. Le differenti traduzioni di *unfair*.

Permettetemi, in apertura, di rivolgere a Giovanna Visintini un saluto e un augurio affettuosissimi, e un grazie per quanto ho imparato da lei in decenni di lavoro al suo fianco. Non voglio contare gli anni, ma voglio ricordare che in questo periodo si sono create tra noi una sintonia per me assai preziosa e un'amicizia vera e profonda di cui vado fiera.

Dopo che Stefano Pagliantini ha introdotto il tema del diritto comunitario¹, vorrei ritagliarmi lo spazio per qualche rapida riflessione su alcuni problemi che riguardano i rapporti tra legislazione europea e diritto italiano con riferimento alla clausola generale di buone fede e correttezza. Lo spunto per questo mio intervento è dato da una parola che compare nel testo inglese di molti documenti normativi europei: “*unfair*”. Un solo vocabolo in inglese, a cui però corrispondo-

* Professore emerito di diritto privato dell'Università di Genova.

¹ V. *supra* PAGLIANTINI, *Le clausole generali nel diritto europeo*.

no differenti traduzioni nei testi in altra lingua, a seconda dei contesti normativi e dunque degli obiettivi di volta in volta perseguiti; e in particolare il mio interesse si concentrerà su tre direttive di cui ho avuto occasione di occuparmi. Esse sono:

A) Direttiva 93/13 CEE (ad armonizzazione minima) su «*unfair terms in consumer contracts*»². In gran parte dei testi in altre lingue “*unfair*” è reso con abusivo³. Talvolta invece la parola scelta corrisponde a sleale⁴

B) Direttiva (ad armonizzazione completa) 2005/29/CE su «*unfair business-to-consumer commercial practices*»⁵. Qui la traduzione ufficiale di “*unfair*” è ovunque sleale⁶.

C) Direttiva (UE) 2019/633 (armonizzazione minima) sulle «*unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain*»⁷. Anche qui la traduzione è sleale⁸.

² Direttiva 93/13 CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive stipulate nei contratti con i consumatori, in GUCE L 95 del 21 aprile 1993.

³ Il testo tedesco dice *mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, e analogamente quello francese traduce *clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs*; sulla loro scia i testi italiano (*clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*), spagnolo (*cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*), portoghese (*cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores*) o romeno (*clauzele abuzive în contractele încheiate cu consumatorii*).

⁴ In olandese *oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten*.

⁵ Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (“direttiva sulle pratiche commerciali sleali”), in GUCE L 49 dell'11 giugno 2005.

⁶ In francese “*pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs*”, tedesco *unlautere Geschäftspraktiken sie den Erfordernissen der beruflichen Sorgfaltspflicht widerspricht*, italiano *pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, spagnolo *prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores*, portoghese *práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, romeno *practicile comerciale neloiale ale întreprinderilor*, olandese *oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten*»

⁷ Direttiva (UE) 2019/633 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare, in GUUE L111 del 25 aprile 2019.

⁸ In Germania (*unlautere Handelspraktiken in den Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmen in der Agrar- und Lebensmittelversorgungskette*), Francia (“*pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d’approvisionnement*”

La sorte di questo termine, “*unfair*”, è curiosa quando dai testi ufficiali delle direttive si passa al loro recepimento in Italia. In due casi su tre il nostro legislatore ha scelto un vocabolo diverso da quello della direttiva di riferimento nella sua traduzione ufficiale: per la 93/13 si parla di clausole *vessatorie* (Art. 33 ss. C. cons.), per la 2005/29 di pratiche commerciali *scorrette* (art. 20 ss. C. cons.), e solo per la 2019/633 si mantiene il termine *sleali* (d. lgs. 8 novembre 2021, n. 198, pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare). E ciò che interessa è il fatto che queste scelte si intrecciano in vario modo con le vicende della clausola generale di buona fede e correttezza.

2. *Clausole vessatorie: buona fede soggettiva o oggettiva?*

La vicenda del recepimento della direttiva 93/13 è fin troppo nota. L’art. 3.1 della direttiva premette all’elenco delle singole clausole considerate abusive una previsione “valvola”, che ne dà la chiave di lettura e consente di considerare l’elenco una serie aperta. Il testo inglese prevede che «*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*». E il testo tedesco usa l’espressione “*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*”, così come l’olandese (“*in strijd*” [in conflitto] “*met de goede trouw*”) o il romeno (“*în contradicție cu cerința de bună credință*”). Ma nel testo francese i traduttori hanno scelto un’espressione ambigua: “*en dépit de l’exigence de bonne foi*”, che in qualche modo stempera la “contrarietà” in un “a dispetto di”. E questa espressione ambigua influenza i testi spagnolo (“*pese a las exigencias de la buena fe*”) e portoghese (“*a despeito da exigência de boa fé*”) e diventa addirittura “malgrado” nel testo italiano (“malgrado il requisito della buona fede”). Ma non sempre l’ambiguità ha prodotto conseguenze: in Spagna, in particolare, è prevalsa la preesistente tradizione⁹ di valutare

agricole et alimentaire”), Italia (pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare), Spagna (“*prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario*”) Portogallo (“*práticas comerciais desleais nas relações entre empresas na cadeia de abastecimento agrícola e alimentar*”) Romania (“*practicile comerciale neloiale dintre întreprinderi în cadrul lanțului de aprovizionare agricol și alimentar*”), Olanda (“*oneerlijke handelspraktijken in de relaties tussen ondernemingen in de landbouw- en voedselvoorzieningsketen*”).

⁹ V. Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, in BOE núm. 176, de 24 de julio de 1984.

l'abusività delle clausole alla stregua della buona fede oggettiva; e il testo della legge di tutela dei consumatori e utenti, riformulato nel 2007, all'art. 82, cambia la formulazione in “*en contra de las exigencias de la buena fe*”. Non così invece in Italia, ove l'ambiguità ha avuto un peso decisamente maggiore.

Nel recepimento della direttiva, infatti, il testo, inizialmente inserito nel codice civile come primo comma dell'art. 1469 *bis* e poi confluito nell'art. 33 c. cons., è risultato il seguente:

«Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore. 1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista [...] si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

Non è stato dunque corretto l'errore di traduzione italiana della direttiva, nel cui art. 3.1 si legge che “malgrado il requisito della buona fede” le clausole determinano, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti; e il testo dell'art. 33 c. cons. è rimasto invariato anche dopo che l'errore è stato rettificato in sede UE con un provvedimento del 2015 (relativo ai testi italiano e spagnolo), che traduce: “in contrasto con il requisito della buona fede”. Inoltre è stata soppressa la parola “requisito”, con la conseguenza di avvalorare una lettura della norma nel senso che le clausole si considerano abusive nonostante la buona fede (soggettiva) del predisponente: e ciò appare una precisa scelta del legislatore, se si tiene conto dell'ampio dibattito che ha preceduto e accompagnato il recepimento della direttiva¹⁰.

Così si arriva a una situazione abbastanza paradossale, se si considera quanto invece avvenuto nel recepimento della direttiva in gran Bretagna: poiché nel *Common Law* inglese la nozione di *good faith* ha una connotazione soggettiva, le norme di trasposizione si premuravano di chiarire i criteri, tipicamente oggettivi, sulla cui

¹⁰ La dottrina italiana aveva coralmemente chiesto la correzione della svista: tra gli altri v. DE NOVA, *Direttiva 93/13 CEE. Normativa comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Contratti*, 1993, p. 356; BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in CESÀRO (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994, p. 30 ss.; RIZZO, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*, *ivi*, p. 55 ss.; E. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, *ivi*, p. 89 ss.; L. PATRONI GRIFFI, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva 93/13 C.E.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 356 ss.; BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (Ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, p. 438 ss. Ma la proposta di recepimento Berlusconi-Comino, che finì col prevalere, usava addirittura l'espressione “malgrado la buona fede *del predisponente*”.

base doveva essere compiuto l'*assessment of good faith*¹¹. Al contrario l'Italia, unica in Europa, sembra dare alla clausola generale una valenza decisamente soggettiva.

Dico “sembra”, perché poi l'applicazione concreta della normativa porta in un'altra direzione. È vero che sporadicamente qualche professionista ha cercato di difendersi allegando l'assenza di un suo intento vessatorio, essendosi uniformato alla prassi del mercato e avvalso di consulenze legali¹² oppure della consulenza di esperti del settore¹³: in quei casi l'affermazione dell'irrilevanza della buona fede soggettiva ex art. 33 c. cons. è stata semplicemente una via più spiccia per rag-

¹¹ Già l'*Unfair Contract Terms Act* del 1977, che concerneva essenzialmente le clausole di esonero da responsabilità, prevedeva un controllo basato sullo standard della *reasonableness*: Whincup, *La trasposizione nel diritto inglese della direttiva UE sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, in BIANCA, ALPA (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, p. 103 ss. Poi la prima trasposizione della direttiva, avvenuta con *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994 (*Statutory Instrument* 1994 No. 3159, con la *regulation* 4(1) stabiliva che “unfair term” means any term which contrary to the requirement of good faith causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer», e alla *schedule 2* sentì la necessità di chiarire che “In MAKING an assessment of good faith, regard shall be had in particular to - (a) the strength of the bargaining positions of the parties; (b) whether the consumer had an inducement to agree to the term; (c) whether the goods or services were sold or supplied to the special order of the consumer, and (d) the extent to which the seller or supplier has dealt fairly and equitably with the consumer. In seguito le *Regulations* sono state sostituite con lo *Statutory Instrument* 1999 No. 2083 e poi con il *Consumer Rights Act* 2015, e ormai si dà per scontato che nel *test of fairness* la *good faith* abbia natura oggettiva, come risulta anche dal sito dell'*Office of Fair Trading* (<http://www.offt.gov.uk/about-the-offt/legal-powers/legal/unfair-terms/what-is-unfair#.Uaxs2pyZi7o>): “Good faith’ means that you must deal fairly and openly with consumers. Standard terms may be drafted to protect commercial needs but must also take account of the interests and rights of consumers by going no further than is necessary to protect those legitimate commercial interests». Sull'impatto della normativa europea nell'ambiente giuridico inglese si veda CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 715 ss.

¹² AGCM, provv. n. 24288 del 27 marzo 2013, disponibile su www.agcm.it/dettaglio?tc/2016/4/&db=C12560D000291394&uid=FE09D55CFF4D15C6C1257B5600353BF0&view=vw0401&title=CV28-FELTRINELLI.COM-CONTRATTOSERVIZIOEBOOK&fs=&oscurato=1

¹³ AGCM, provv. n. 28493 del 15 dicembre 2020, disponibile su www.agcm.it/dettaglio?tc/2026/1/&db=C12560D000291394&uid=06FF9AB02ECB26CCC12586530064FB29&view=vw0401&title=CV220-BRESCIA-CLAUSOLERIMBORSOBIGLIETTI&fs=

giungere una conclusione a cui si sarebbe comunque arrivati facendo riferimento alla buona fede oggettiva e correttezza. Tuttavia si registra anche uno svarione, fortunatamente rimasto isolato: in una delle primissime inibitorie collettive, relativa a una serie di clausole del contratto Enel, il Tribunale di Roma¹⁴ si è lasciato convincere dalle argomentazioni dei legali dell'impresa fornitrice, che enfatizzavano le esigenze organizzative della loro cliente per escludere la vessatorietà delle clausole controverse, senza procedere a una vera valutazione complessiva dell'equilibrio di diritti e doveri, nonostante l'irrilevanza legale della buona fede soggettiva del predisponente.

Se ora scendiamo nel dettaglio, l'analisi della giurisprudenza mostra che la sostanza delle decisioni si risolve comunque in una valutazione di buona fede oggettiva/correttezza, e ciò era stato ampiamente previsto dalla dottrina in quanto la buona fede oggettiva è sempre stata criterio di valutazione della rilevanza dello squilibrio. Infatti in Italia la normativa di buona fede oggettiva e correttezza riveste un'importanza centrale in tutto il sistema delle obbligazioni e dei contratti, e in particolare un ruolo di clausola generale che costituisce da un lato una fonte di doveri per le parti nella fase di formazione del contratto, e dall'altro (anche) una fonte di integrazione del rapporto obbligatorio e del contratto e uno strumento per salvaguardare l'economia dell'operazione contrattuale¹⁵. Parlare di salvaguardia dell'economia contrattuale significa parlare di controllo della corrispondenza dell'assetto di interessi effettivamente realizzato a quello programmato dalle parti; ma può anche significare, secondo una consistente corrente dottrinale e un orientamento giurisprudenziale ormai diffuso, un controllo "eterodiretto" della conformità del regolamento contrattuale a valori superiori, quali, soprattutto, quei doveri inderogabili di solidarietà (economica e) sociale che trovano una consacrazione nell'art. 2 della Costituzione italiana¹⁶. In questa prospettiva, una valutazione di buona fede oggettiva si propone, nell'ordinamento italiano, come sede naturale per l'apprezzamento dei casi di abuso del diritto e/o di superiorità economica, con particolare riguardo agli squilibri non solo economici, ma pure normativi del contratto, anche nella prospettiva del perseguimento di quegli

¹⁴Trib. Roma, 31 agosto 1998, in *Contratti*, 1998, 573, con nota di DE MAFFEIS.

¹⁵Ce lo hanno ricordato *supra* le ampie relazioni di NANNI, *La buona fede oggettiva*; CAMARDI, *Sopravvenienze contrattuali e buona fede*; AFFERNI, *La correttezza nelle trattative*, a cui faccio rinvio per riferimenti.

¹⁶Fondamentale il riferimento a RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 112 ss.

equilibri economici generali che giustifica l'intervento del legislatore europeo in tema di contratti asimmetrici e, in particolare, di contratti tra professionisti e consumatori: dunque, ripetiamo, indipendentemente dalla formulazione legislativa in termini soggettivi una valutazione di buona fede oggettiva va comunque affiancata a quella relativa al significativo squilibrio di diritti e doveri provocato, in danno del consumatore, da una clausola predisposta dal professionista e sospetta di vessatorietà; anzi, è proprio in base alla clausola generale di buona fede oggettiva e correttezza che si deve valutare se e quanto sia significativo lo squilibrio, come è possibile constatare sulla base della copiosissima produzione giurisprudenziale italiana in tema di clausole vessatorie nei contratti del consumatore.

Talvolta le argomentazioni dei giudici fanno espresso riferimento alla buona fede oggettiva¹⁷, ma anche quando manca tale riferimento manca la sostanza delle operazioni compiute è comunque quella di un apprezzamento dell'equilibrio contrattuale complessivo con i tipici canoni di una valutazione di buona fede oggettiva e correttezza.

Si tratta dunque di valutare uno squilibrio dei diritti e degli obblighi a danno del consumatore, che deve essere "significativo". Secondo la Corte di giustizia europea¹⁸, a tal fine è necessaria un'analisi delle disposizioni nazionali applicabili in mancanza di un accordo tra le parti, onde appurare se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale. Inoltre, nella medesima prospettiva, risulta pertinente procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive. Per accertare se lo squilibrio sia creato «malgrado il requisito della buona fede», occorre verificare se il professionista, qualora avesse trattato

¹⁷Trib. Palermo, 7 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, I, c. 1624, con nota di LENER, applica la direttiva, in quanto *self-executing*, a un caso verificatosi prima della sua trasposizione, e parla di bilanciamento degli interessi in gioco grazie alla clausola generale di buona fede. Successivamente, Trib. Torino, 7 giugno 1999, in *Foro it.*, 2000, I, c. 297, con nota di PALMIERI, e Trib. Torino, 22 settembre 2000, in *Giur it.*, 2001, p. 981, si richiamano alla buona fede e correttezza nelle trattative: e cfr. Trib. Roma, 31/01/2017, in *De Jure Milano*; Trib. Palermo, 14/10/2010, *ivi*.

¹⁸Corte giust. UE, sent. 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Aziz/Catalunyacaixa*, ECLI:EU:C:2013:164, punto 68; in senso analogo Corte giust. UE, sent. 16 gennaio 2014, causa C-226/12, *Constructora Principado SA/Menédez Álvarez*, ECLI:EU:C:2014:10, punti 20-23.

in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale.

Si tratta, come noto, di uno squilibrio "normativo", perché la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile (art. 34, comma 2, c. cons., che riproduce testualmente l'art. 4.2 della direttiva): dunque solo nel caso di mancanza di trasparenza la valutazione si estende allo squilibrio economico tra le prestazioni principali, cioè alla congruità dello scambio.

Tuttavia, anche quando sussiste il requisito della trasparenza, valutazioni *lato sensu* economiche hanno comunque rilievo in casi singoli: per esempio, si ritiene manifestamente eccessivo l'importo della penale consistente nel pagamento della provvigione al mediatore in caso che il mandante rifiuti di concludere il contratto, anche ingiustificatamente, sottolineando che non sarebbe vessatoria la clausola che consentisse una remunerazione proporzionata all'attività fin allora svolta dal mediatore¹⁹; e si pensi anche alle sentenze che ritengono vessatorie le clausole con cui le scuole private prevedono di trattenere il corrispettivo già incamerato, qualora lo studente (o per lui il genitore esercente la potestà) decida di non partecipare ai corsi ancor prima che essi abbiano inizio, quando dunque l'attività della scuola si era solo limitata ai profili organizzativi²⁰. Nella giurisprudenza filtrano inoltre valutazioni sull'economia globale dell'operazione nel momento in cui si dà concreta applicazione ai criteri indicati dall'art. 33 1° c., rapportando la clausola "incriminata" alle altre clausole del contratto medesimo o di altro contratto collegato.

Va segnalato che in taluni Stati membri (come, ad esempio, la Spagna) la trasparenza è di per sé requisito necessario per le clausole non individualmente negoziate, con conseguente comminatoria di nullità in casi di difetto di trasparenza²¹ e il controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali verten-

¹⁹ Trib. Roma, 13/11/2013, in *De Jure*: non è invece vessatoria la clausola che commisura il compenso all'attività fino ad allora svolta dal mediatore. Cfr. anche Trib. Roma, 23/01/2017, *ivi*.

²⁰ Cass., 5 maggio 2015, n. 8904, in *De Jure*; Cass., 5 maggio 2017, n. 10910, in www.ilcaso.it.

²¹ Cfr. art. 80 e 83 Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, texto refundido 2007.

ti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, è possibile anche se tali clausole sono formulate in modo chiaro e comprensibile²²; la Corte europea²³ ha ritenuto che ciò non contrasti con gli artt. 4, n. 2, e 8 della direttiva del 93/13/CEE.

A proposito dell'esperienza spagnola, è significativa la vicenda della clausola *floor*, o clausola di tasso minimo, che fissa una soglia minima al di sotto della quale il tasso d'interessi non può scendere (nemmeno quando, come effettivamente accaduto, il tasso Euribor scende addirittura a valori negativi). Le associazioni di consumatori in Spagna sono particolarmente agguerrite e sono fiorite le contestazioni circa la validità della clausola. Nel 2013 il Tribunal Supremo²⁴ ha ritenuto la clausola nulla per difetto di trasparenza, perché i rischi ad essa connessi non erano sufficientemente evidenziati all'attenzione dei clienti; ma, anche sulla base di una norma in tema di procedimento amministrativo²⁵, ha stabilito la non retroattività della nullità per esigenze [di buona fede oggettiva] e di ordine pubblico economico²⁶, nonché per il principio della certezza del diritto. Ma la Corte di Giustizia UE ha bocciato l'irretroattività perché stabilita in violazione dell'art. 6.1 della direttiva, a cui attribuisce il carattere di norma (imperativa) di ordine pubblico²⁷.

²² Ciò consegue al mancato recepimento in Spagna dell'art. 4. 2 della direttiva 93/13.

²³ Corte giust. CE, sent. 3 giugno 2010, causa C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid / Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2010:309, punto 44.

²⁴ Tribunal Supremo, 9 maggio 2013, n. 241, in <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.j>.

²⁵ Art. 106 *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* ammette limitazioni alla retroattività della nullità stabilendo che "[l]as facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

²⁶ Si consideri che la sentenza del Tribunal Supremo interviene in un momento assai delicato, nel pieno della campagna di riforma e stabilizzazione del sistema bancario, intrapresa dal governo spagnolo grazie ai fondi MES: un obbligo generalizzato di restituzione *ex tunc* degli interessi indebitamente percepiti dalle banche avrebbe potuto avere pesanti interferenze negative con tale politica.

²⁷ Corte giust. UE (Grande Sezione), sent. 21 dicembre 2016, cause riunite C154/15, C307/15 e C308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo e Ana María Palacios Martínez contro Cajasur Banco e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)*, ECLI:EU:C:2016:980, punti 52-66. Un'argomentazione, prospettata dal governo spagnolo e da due banche a

Si è aperta così una valanga di ricorsi, che ha creato qualche problema al sistema bancario spagnolo, peraltro in un momento in cui il sistema era ormai stabilizzato grazie alle politiche economiche del governo.

In Italia non si è verificato nulla del genere. Però va segnalato che recentemente la Corte di Appello di Milano ha accolto due inibitorie collettive promosse da Altroconsumo, affermando che la clausola “floor” determina uno squilibrio ingiusto a danno del consumatore nella distribuzione dei rischi legati all’andamento dell’Euribor, in quanto non controbilanciata da una clausola “cap”, che fissi un tetto massimo agli interessi²⁸. Se le sentenze fossero confermate in Cassazione potrebbe aprirsi anche da noi una valanga di richieste di rimborso relativi al periodo –ormai concluso- di tassi in calo, anche se attualmente, con la politica di contrasto all’inflazione della BCE, il problema dei mutui a tasso variabile è piuttosto quello di porre un tetto agli oneri crescenti per i mutuatari²⁹.

sostegno dell’irretroattività della nullità, si basava sulla riconducibilità della nullità per difetto di trasparenza al maggior livello di tutela del consumatore voluto dalla legge di recepimento, e dunque sull’estraneità della specifica disciplina rispetto alla direttiva; ma la Corte UE ritiene che anche per la direttiva rilevi la mancata trasparenza sostanziale, non solo formale, e che dunque il controllo sull’oggetto del contratto, nel caso specifico, rientrasse nei limiti dell’art. 4.2. (vedi il punto 48).

²⁸ Ringrazio l’amico Giorgio Afferni per avermi procurato il testo delle sentenze. Si tratta di App. Milano, 6 settembre 2022, relativa ai mutui a tasso variabile di BPM, secondo cui la nozione di “oggetto principale del contratto” va interpretata restrittivamente, sicché la clausola floor, non riguardando un elemento caratterizzante del contratto, può essere sottoposta al controllo di vessatorietà. Nella specie, inoltre, va rilevato che la clausola era contenuta solo in un allegato del contratto, con conseguente difetto di trasparenza. Nello stesso senso, per i mutui a tasso variabile di Deutsche Bank, v. App. Milano, 18 febbraio 2023.

²⁹ Problema che, come è noto, il governo attuale ha affrontato con il controverso d.l. 10 agosto 2023, n. 104, che prevede un prelievo fiscale straordinario del 40% sugli extraprofiti delle banche, e che è stato poi modificato (su iniziativa dello stesso governo) in sede di conversione. I benefici per i mutuatari non sono comunque immediati, ma possono derivare da una parziale redistribuzione degli introiti a sostegno di talune categorie di mutui, anche se le banche hanno ottenuto la possibilità di non versare l’imposta, destinando invece a una riserva non distribuibile un importo non inferiore a due volte e mezzo l’imposta medesima.

3. Pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori: buona fede, correttezza e diligenza professionale.

Anche l'art. 5.2, lett. a) della direttiva 2005/29/CE contiene una previsione “valvola”, che evita l'ingessamento del successivo elenco di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive dando elasticità al sistema. La slealtà delle pratiche commerciali è ivi collegata alla violazione della diligenza professionale, e l'art. 2 lett. b) così definisce la diligenza professionale: «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori», in tal modo prospettando un rapporto tra buona fede/correttezza e diligenza, che crea difficoltà di coordinamento con la sistematica del codice civile: si tratta di uno dei vari problemi originati dall'impatto del diritto europeo sulla coerenza dei diritti nazionali³⁰, e in particolare su quello italiano.

Le difficoltà passano nelle norme di recepimento della direttiva e sono rese più evidenti dalla scelta lessicale: le pratiche non sono definite “sleali”, ma “scorrette”. Infatti l'art. 18 c. cons. (cfr. art. 2 direttiva) intende per «pratiche commerciali tra professionisti e consumatori «qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori; e per “diligenza professionale” intende il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista. Inoltre, l'art. 20.2-3 c. cons. (art. 5 direttiva) contiene una previsione generale secondo cui “una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare³¹ in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”. Con ciò la diligenza sembra sovrapporsi alla

³⁰ Problemi analizzati, tra l'altro, in un convegno tenutosi a Bochum il 22 e 23 giugno 2023 sugli effetti *spillover* dell'implementazione del diritto UE.

³¹ Non per pedanteria, ma anche qui va segnalato un refuso nel testo del codice del consumo: il testo corretto della direttiva è: “è contraria alla diligenza professionale, e falsa o è idonea a falsare”.

correttezza, ponendosi come fonte di doveri per il professionista nei confronti del consumatore, che si vuole indurre a concludere un contratto, e ciò mal si concilia con la sistematica del codice civile, in cui spetta alla buona fede e alla correttezza il ruolo di fonti di doveri precontrattuali (di informazione, di protezione, di avviso, ecc.: art. 1337) oltre che di doveri integrativi nel rapporto obbligatorio (art. 1175) e nell'interpretazione (art. 1366) ed esecuzione del contratto (art. 1375); mentre la diligenza ha il diverso ruolo di criterio di valutazione della condotta del debitore nell'adempimento e dunque di criterio di responsabilità³².

Ma l'impatto delle norme europee sul nostro sistema codicistico non va a mio avviso enfatizzato. Sicuramente l'art. 20 cod. cons. contiene una clausola generale, ma è da vedere se ciò dipenda dalla "scorrettezza" o dalla "diligenza professionale". La scelta di qualificare le pratiche come "scorrette" in luogo di "sleali" ci riporta in qualche modo alla buona fede precontrattuale, e da un rapido controllo della giurisprudenza e dei provvedimenti dell'Antitrust³³ ho tratto l'impressione che le valutazioni ricondotte all'etichetta "diligenza professionale" siano più simili a quelle che giudici e AGCM compiono quando applicano l'art. 1337 cod. civ. di quelle che invece compiono quando applicano l'art. 1176. Non sembra che le loro valutazioni attengano all'attenzione e competenza usate dalle imprese; piuttosto, spesso vengono sanzionati l'approfittamento sleale di una situazione di emergenza³⁴ oppure una reticenza che potrebbe sospettarsi dolosa³⁵, cioè l'omis-

³² Rinvio in proposito *supra* alla relazione di DE MATTEIS, *La diligenza professionale*.

³³ Per un'ampia rassegna dei provvedimenti dell'AGCM in tema di pratiche commerciali scorrette, con riferimento alla diligenza professionale, v. ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.* diretto da Galgano, Padova, 2012, p. 201 ss.

³⁴ Cfr. per esempio AGCM, 13/04/2021, n. 29636, in *www.agcm.it*, *PS11917*, relativa a un caso di vendita di gel disinfettante e mascherine da parte di una farmacia, che risultava aver applicato prezzi diversi per unità dello stesso prodotto appartenenti al medesimo lotto nonché un ricarico superiore al 100% sul prezzo di acquisto: si parla di "diligenza professionale necessaria a evitare che ai consumatori fossero praticati prezzi elevati e non giustificati dai costi di acquisto" per stigmatizzare un caso di sfruttamento doloso del condizionamento derivante dal timore di contagio.

³⁵ Si veda per esempio Cons. Stato, sez. VI, 29/03/2021, n. 2631, in *de jure Milano*, relativa all'omissione di informazioni rilevanti circa lo sfruttamento dei dati personali di chi si iscrive alla piattaforma Facebook. Ricordo che, come da tempo ci ha insegnato Giovanna Visintini, la reticenza può costituire dolo se contraria a doveri di informazione, comunicazione e avviso nascenti dalla buona fede precontrattuale: VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Cedam, Padova, 1972, p.98 ss.

sione di informazioni che potrebbero distogliere il consumatore dall'operazione economica. Sul punto, peraltro, attendo di sentire l'opinione di Enrico Camilleri, la cui relazione ha questo specifico oggetto³⁶.

Ricordiamo che il decreto "cresci Italia" del 2012, sulla scorta di una raccomandazione della Commissione del 2003³⁷, ha esteso l'applicazione della normativa alle microimprese, cioè alle «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro»³⁸.

4. Pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese nella filiera agricola e alimentare. Il riemergere della buona fede.

La direttiva (UE) 2019/633 tende a garantire un miglior funzionamento della filiera agricola e alimentare contrastando gli squilibri di potere economico e contrattuale tra fornitori e acquirenti. Essa mira a fermare le grandi imprese che sfruttano i fornitori di piccole e medie dimensioni e a evitare che i costi di tali pratiche vengano trasferiti ai produttori primari.

In realtà parlare di "filiera" è un'astrazione e si dovrebbe, più concretamente, parlare di "filiere", perché le situazioni sono molto differenti a seconda del tipo di prodotti (agricoli o alimentari, trasformati o non trasformati, deperibili o durevoli, ecc.). In ogni filiera, comunque, sono presenti soggetti deboli (come i piccoli produttori, ma anche gli anelli della catena distributiva che si trovano a contrattare con le grandi imprese di trasformazione o di distribuzione) i quali possono trovarsi costretti a subire le politiche commerciali (come i prezzi e le condizioni di contratto) studiati dalle imprese più forti nel proprio interesse. Si tratta di una normativa di razionalizzazione del settore di mercato mediante il riequilibrio dei rapporti commerciali e, dunque, anche contrattuali, tra imprese (con ovvie ricadute finali sui consumatori).

³⁶ V. *infra* Camilleri, *La diligenza professionale nelle pratiche commerciali scorrette*.

³⁷ Cfr. art. 2. 3, della raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003, consultabile in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32003H0361>.

³⁸ Art. 18, lett. d-*bis*) c. cons., introdotto dall'art. 7 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività (convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27).

La tutela è riservata ai fornitori di piccole e medie dimensioni, nonché ai fornitori più grandi con un fatturato annuo non superiore a 350.000.000 EUR. La protezione dipende dalle dimensioni relative del fornitore e dell'acquirente in termini di fatturato annuo³⁹.

La normativa europea utilizza la tecnica della fattispecie: viene stabilito un minuzioso elenco minimo di pratiche commerciali sleali vietate tra acquirenti e fornitori lungo la filiera agricola e alimentare e si stabiliscono norme minime concernenti la loro applicazione. A tal fine la direttiva prevede due liste: a) una "nera" di pratiche considerate sleali in qualunque circostanza e b) una "grigia" di pratiche considerate sleali a meno che non siano state concordate in termini chiari ed univoci nell'accordo di fornitura.

Le *unfair practices* sono dunque dettagliatamente individuate, senza fare ricorso a clausole generali che fungano in qualche misura da norme valvola. La slealtà, *unfairness*, non è una declinazione della clausola di buona fede e correttezza, ma consiste piuttosto in un'espressione riassuntiva di specifiche fattispecie normative.

Tuttavia, come già detto, si tratta di una direttiva ad armonizzazione minima, e con il suo recepimento in Italia le clausole generali tornano in gioco. In primo luogo, il d. lgs. 8 novembre 2021, n. 198 ha notevolmente allargato l'ambito di applicazione della normativa, prescindendo dai limiti di fatturato di fornitori e acquirenti; lo squilibrio di potere contrattuale tra imprese della filiera è dato per presupposto, per le asimmetrie strutturali che caratterizzano il mercato agroalimentare.

È stabilito l'obbligo di forma scritta, ma sono ammesse a forme equipollenti, a condizione che le quantità e le caratteristiche del prodotto venduto, il prezzo, le modalità di consegna e di pagamento, la durata, siano concordati tra acquirente e fornitore mediante un accordo quadro. Tali equipollenti possono essere, ad esempio, documenti di trasporto o di consegna, fatture, ordini di acquisto con i quali l'acquirente commissiona la consegna dei prodotti.

Ciò che più ci interessa è che la tutela delle imprese deboli è accresciuta anche mediante il ricorso a clausole generali e formulazioni aperte, non presenti nella direttiva e mutate invece dalla previgente normativa nazionale (l. 24 marzo 2012, n. 27, art. 62). Il testo del d.lgs. 198/2021 ne è disseminato.

L'art. 1 vieta infatti le pratiche commerciali in quanto contrarie ai principi di buona fede e correttezza ed imposte unilateralmente da un contraente alla

³⁹ Questi fornitori sono suddivisi in cinque scaglioni a seconda del loro fatturato: fino a 2 milioni EUR; da 2 a 10 milioni EUR; da 10 a 50 milioni EUR; da 50 a 150 milioni EUR; da 150 a 350 milioni EUR.

sua controparte. E l'art. 3.1 del d. lgs. prevede che i contratti di cessione devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni (dunque: equilibrio economico, non equilibrio normativo), con riferimento ai beni forniti, cui attenersi prima, durante e dopo l'instaurazione della relazione commerciale.

Tra i divieti aggiunti dal d. lgs. (art. 5, lett. b, d, e, g, h) c'è quello di imporre direttamente o indirettamente condizioni di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali eccessivamente o ingiustificatamente gravose, o di applicare condizioni oggettivamente diverse per prestazioni equivalenti; o di conseguire indebite prestazioni unilaterali, non giustificate dalla natura o dal contenuto delle relazioni commerciali; o di adottare ogni ulteriore condotta commerciale sleale che risulti tale anche tenendo conto del complesso delle relazioni commerciali che caratterizzano le condizioni di approvvigionamento. Alla lett. l), poi, è vietata l'imposizione di un trasferimento ingiustificato e sproporzionato del rischio economico da una parte alla sua controparte.

Proprio frasi come l'ultima riportata, «imposizione di un trasferimento ingiustificato e sproporzionato del rischio economico da una parte alla sua controparte»⁴⁰ mostrano che l'ampliamento della tutela delle imprese deboli non avviene solo con riferimento alle dimensioni delle stesse, ma anche su un altro piano: l'impresa debole non è più identificata automaticamente con il fornitore, ma può essere, all'inverso, anche l'acquirente. E ciò è testualmente confermato dall'art. 5, lett. m, n, o, p, che qualificano come sleali le pratiche consistenti nell'imposizione all'acquirente, da parte del fornitore, di prodotti con date di scadenza troppo brevi rispetto alla vita residua del prodotto stesso, stabilita contrattualmente; o di vincoli contrattuali per il mantenimento di un determinato assortimento; o dell'inserimento di prodotti nuovi nell'assortimento; o dell'inserimento di prodotti nuovi nell'assortimento.

Una guida per le valutazioni di buona fede e correttezza è data dal riferimento alle buone pratiche commerciali di cui all'art. 6:

«1. Fermo restando il rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 3, 4, 5 e 7, si considerano attuativi dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza nelle relazioni commerciali tra acquirenti e fornitori di prodotti agricoli ed alimentari gli accordi ed i contratti di filiera che abbiano durata di almeno tre anni nonché i contratti di cui all'articolo 3, conformi alle condizioni contrattuali definite

⁴⁰Ma prima ancora si veda l'art. 1, che vieta le “pratiche contrarie ai principi di buona fede e correttezza ed imposte unilateralmente *da un contraente alla sua controparte*”.

nell'ambito degli accordi quadro ovvero che siano conclusi con l'assistenza delle rispettive organizzazioni professionali maggiormente rappresentative a livello nazionale rappresentate in almeno cinque camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ovvero nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, anche per il tramite delle loro articolazioni territoriali e di categoria.

2. I contratti di cessione si considerano conformi ai principi di buona fede, correttezza e trasparenza quando sono retti, sia nella loro negoziazione che nella successiva esecuzione, dai seguenti criteri: conformità dell'esecuzione a quanto concordato; correttezza e trasparenza delle informazioni fornite in sede precontrattuale; assunzione ad opera di tutte le parti della filiera dei propri rischi imprenditoriali; giustificabilità delle richieste.

3. Per la vendita dei prodotti agricoli e alimentari oggetto dei contratti di cui al comma 1 possono essere utilizzati messaggi pubblicitari recanti la seguente dicitura: «Prodotto conforme alle buone pratiche commerciali nella filiera agricola e alimentare».

Si tratta di vedere come verranno concretamente applicate queste clausole generali. Va segnalato innanzitutto che nel giugno 2021 è stato pubblicato un Codice di condotta UE per pratiche commerciali e di marketing responsabili nella filiera alimentare⁴¹, che dovrebbe sicuramente fungere da riferimento per queste valutazioni. Ma sarà anche inevitabile fare riferimento alle valutazioni compiute dalla giurisprudenza (ordinaria e amministrativa) e alle pronunce dell'AGCM relative all'art. 62 l. 24 marzo 2012, n. 27, che è la fonte delle modifiche apportate alla direttiva dal del d.lgs. 198/2021; e sarà inevitabile anche il riferimento a criteri individuati in fattispecie estranee alla filiera agroalimentare, con riferimento agli abusi di posizione contrattuale e ai contratti di subfornitura⁴².

Va segnalato che nel settore specifico agroalimentare il d. lgs. 8 novembre 2021, n. 198, ha trasferito la competenza relativa alle pratiche sleali all'ICQRF (Ispettorato Centrale per il Controllo della Qualità e la Repressione delle Frodi Alimentari, che non è un'Autorità indipendente ma è un organo del Ministero dell'agricoltura, della sovranità alimentare e delle foreste, come è la denominazione attuale). Ho controllato il sito e a quanto pare questa nuova attività di control-

⁴¹ Consultabile in https://food.ec.europa.eu/system/files/2021-12/f2f_sfpd_coc_final_it.pdf.

⁴² Sul punto si veda ANGIOLINI, *Liaisons dangereuses: la slealtà nella filiera agricola e alimentare*, Napoli, 2023, p. 71 ss.; e v. anche *ivi*, p. 141 ss., per il profilo (che esula dai limiti del mio intervento) relativo alle ricadute di queste norme regolatrici del mercato, e dunque delle relazioni commerciali tra imprese, sul sistema civilistico dei rimedi contrattuali.

lo dell'ICQRF è ancora ai blocchi di partenza, quindi non è ancora dato di sapere se adotterà criteri di valutazione coerenti con quelli finora seguiti dall'Antitrust: pare verosimile che ciò avvenga, ma anche che la più profonda conoscenza dei problemi del settore da parte del nuovo controllore possa portare ad una particolare incisività nell'individuare le pratiche contrarie a buona fede e correttezza, con una ulteriore specificazione dei criteri da seguire nella loro concreta valutazione.

5. Sintesi delle vicissitudini.

A questo punto è opportuno tracciare brevemente le conclusioni del discorso fin qui svolto.

Siamo partiti da un'etichetta, *unfair*, usata da tre direttive europee che reprimono politiche contrattuali e/o commerciali praticate da imprese (contraenti forti) nei confronti dei consumatori o di imprese di minori dimensioni (contraenti o partner commerciali deboli).

Abbiamo visto come l'etichetta sia variamente declinata nei testi ufficiali diversi dall'inglese e poi, a cascata, nella normativa italiana di recepimento. E abbiamo rilevato che in tutti i casi la sostanza delle operazioni demandate ai controllori si risolve in valutazioni di buona fede oggettiva e correttezza, che costituiscono il criterio di apprezzamento di equilibri e squilibri contrattuali e commerciali.

Ma abbiamo anche osservato che la clausola generale di buona fede è passata nei tre casi attraverso vicissitudini diverse, da cui ogni volta è riemersa come l'araba fenice.

Nel caso delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore, il legislatore italiano ha stravolto la clausola generale trasformandola in buona fede soggettiva, nell'illusione di ampliare così la tutela dei consumatori, ma il sistema ha reagito riportando in gioco la buona fede oggettiva.

Nel caso delle pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori, la clausola di buona fede ci è stata consegnata dal legislatore europeo "contaminata" dal riferimento alla diligenza professionale, creando qualche problema sul piano teorico, ma senza che ciò sembri aver inciso particolarmente sulle operazioni concrete dei giudici.

Nel caso delle pratiche commerciali sleali tra imprese del settore agroalimentare, la tecnica delle clausole generali non era stata seguita dal legislatore europeo, e la scelta di quello italiano di utilizzare formulazioni aperte, e in particolare la clausola di buona fede, sarà uno degli strumenti per arricchire e rendere elastica la casistica delle pratiche da inibire, in una più ampia platea di soggetti tutelati, in modo da sfruttare la ricca esperienza finora maturata, a livello nazionale, anche al di fuori dello specifico settore di mercato.

PRATICHE COMMERCIALI SCORRETTE E CLAUSOLA GENERALE

*Enrico Camilleri **

SOMMARIO: 1. Una prospettiva non scontata; 2. La diligenza professionale; 3. Consumatore medio e “materiality test”; 4. Lo spazio di manovra della clausola generale; 5. Clausola generale e consumatore medio tra mercati digitali e bias cognitivi: adelante con juicio.

1. Una prospettiva non scontata.

La felice consuetudine accademica di onorare i Maestri discutendo dei temi che maggiormente appartengono al loro magistero, avrebbe consentito, nel caso di Giovanna Visintini, di selezionare più d'uno dei capitoli centrali del diritto privato. È tuttavia particolarmente meritoria l'iniziativa dei suoi Allievi, di dedicarle un importante convegno prima¹ e una raccolta di Scritti poi, nel segno delle clausole generali, riguardo alle quali le si è debitori di un contributo teorico la di grande originalità e attualità².

Alla necessità di concetti indeterminati e clausole generali non si sottrae, d'al-

* Professore ordinario di diritto privato dell'Università di Palermo.

¹ Convegno dal titolo “*Le clausole generali nel diritto privato. Il ruolo della giurisprudenza e i limiti alla discrezionalità dei giudici*”, svoltosi a Genova il 19 e 20 maggio 2023

² Tra i tanti lavori dell'Onorata in tema di clausole generali, specie nella cornice della responsabilità, ci limitiamo a richiamare VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, III ed. Padova, 2005, spec. 202 e ss.; Ead., *Il danno ingiusto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 177; Ead., *Principi e clausole generali con particolare riguardo alla responsabilità civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, V., Milano, 1988.

tra parte, neppure il diritto privato regolatorio³, nonostante i molti suoi tratti devianti dal diritto privato generale; e ciò vale, nell'ambito dell'ampia cornice che esso appresta, pure per il plesso delle pratiche commerciali scorrette, dove anzi la prospettiva di indagine offerta dalla clausola generale risulta sempre più ineludibile e cruciale.

Ineludibile, a tacer d'altro, a misura che il rapido avanzamento della frontiera tecnologica rende il complesso di regole sulla repressione delle scorrettezze di mercato in danno di consumatori (e microimprese), via via meno efficace e adeguato ad intercettare condotte che poco o nulla hanno a che vedere con quelle d'elezione, attinenti alla dimensione *off-line*, nonché a rispondere alle sfaccettature sempre nuove che il tema della vulnerabilità dei consumatori presenta. Cruciale, poi, giacché guardare alle pratiche commerciali scorrette a partire da quanto in esse integra clausola generale vale quanto mettere in esponente uno snodo per il quale passa il crinale interpretativo che può condurre a sovraestendere quella disciplina oltre il proprio punto di rottura.

Nondimeno, è la plausibilità stessa dell'angolazione offerta dalla clausola generale a risultare, in materia di pratiche commerciali scorrette, tutt'altro che scontata. Valga notare come la direttiva 2005/29/CE si presenti improntata quasi alla fuga *dalle* clausole generali; tanto emerge chiaramente dal Considerando n. 13, laddove è precisato che gli obiettivi di promozione del mercato interno sono meglio presidiati, in luogo appunto di più clausole generali spesso tra loro divergenti, da un *divieto unico*, dettato peraltro in una cornice di armonizzazione massima.

Può poi aggiungersi che la stessa direttiva 2019/2161/UE, tassello del New Deal for Consumers e della volontà dunque di aggiornare e adeguare le tutele del consumatore alle sfide dei mercati digitali, emenda la disciplina unitaria del 2005, slargandone la nozione di prodotto e introducendo quella di mercato online (si vedano le modifiche apportate all'art 2, comma, 1 sub lett c, m ed n), ma in fin dei conti rilanciando pur sempre la strategia delle "disposizioni esplicite" di cui viene anzi ribadito il primato⁴.

Si è tuttavia per contro osservato come, vuoi guardando alla disciplina unitaria, vuoi a quella municipale di recepimento, l'impressione che tutto resti affidato (solo) a termini puntualmente e positivamente dati si stempera proprio alla stregua del divieto generale, dettato rispettivamente dagli artt. 5, comma 1, della

³ si rinvia, per tutti, ad ZOPPINI, *Diritto privato, diritto speciale, diritto regolatorio*, in *Ars interpretandi*, 2021, p. 37 e ss.

⁴ Cfr. il Considerando n. 53, direttiva 2019/2161/UE.

Direttiva e 20, comma 2 del cod. cons.; divieto tra le cui pieghe è infatti dato scorgere taluni profili/termini aperti che demandano al giudice lo svolgimento di un'opera di concretizzazione individualizzante⁵, funzionale alla soluzione del conflitto tra libertà dell'impresa di scegliere i mezzi di promozione delle proprie vendite e libertà di scelta del consumatore⁶.

Così, mentre la clausola generale riguadagna spazio, facendosi addirittura trina attraverso il gioco di specchi che giustappone una *grand general clause*, contenuta nelle disposizioni prima richiamate, e due *small general clauses*, proiettive di quella e chiamate a delimitare le sottocategorie delle pratiche ingannevoli e aggressive⁷, i nodi che si impongono all'attenzione dell'interprete si palesano piuttosto intorno al ruolo che la clausola generale gioca o può giocare nella dinamica applicativa della intera regolamentazione, oltre che ai termini intorno ai quali prende corpo.

2. *La diligenza professionale.*

La ricerca dei sintagmi aperti che, in tema di pratiche commerciali scorrette, si prestino a concretizzazione onde pervenire alla regola del caso singolo e al bilanciamento dei confliggenti interessi in gioco, si è fatalmente appuntata sulla diligenza professionale, la contrarietà alla quale puntella il predicato di scorrettezza - per lo meno stando agli artt. 5 della Direttiva e 20, comma 2 cod. cons. - e cui del resto fa insistito riferimento l'AGCM nell'esercizio delle sue prerogative di autorità competente in materia.

Complice anche la sovrapposibilità terminologica alla nozione codicistica dettata dall'articolo 1176 cod. civ. - o, più latamente, alla negligenza che dà concrezione alla colpa ex art 2043 cod. civ. - non sono così mancate opinioni inclini a ricondurre la diligenza professionale del divieto di pratiche scorrette finanche alla diligenza perizia del comma 2° dell'art 1176 c.c.⁸, scorgendovi quindi un criterio determinativo della regola di condotta dovuta, nel solco degli autorevoli insegnamenti in tema di responsabilità del debitore.

⁵ Si veda ancora LUCIANI, *op. ult. cit.*, p. 175.

⁶ Cfr. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Impr.*, 2010, pp. 73-74 ed ivi in nt. 1.

⁷ Cfr. DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. Dir., Annali*, V, Milano, 2012, 1079 e s. ma spec. p. 1087

⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720, in *Riv. dir. ind.*, 2012, II, p. 320 e ss.

Non vi è certo qui modo di ripercorrere analiticamente un dibattito che si presenta assai articolato e denso; può però dirsi senz'altro come più di un elemento, a ben vedere, si incarichi di dimostrare che le cose non stiano esattamente nei termini accennati e che dunque, non solo la diligenza professionale di cui all'art 20 cod. cons. sia altra cosa dalla diligenza professionale di cui all'art 1176 cod. civ., ma che soprattutto non possa in essa ravvisarsi concetto aperto, per lo meno in termini che consentano di identificare una clausola generale propriamente intesa.

Anche seguendo la traccia della diligenza codicistica, la nozione della direttiva del 2005 vi appare comunque irriducibile; e ciò per via dell'assenza di ogni ancoraggio ad una relazione qualificata del genere di quella debitore-creditore, giacché non il comportamento legato ad una condotta esecutiva, votata al migliore soddisfacimento dell'interesse creditorio, vi è centrale, bensì l'ossequio ad uno standard comportamentale che preservi la libertà di scelta del consumatore. Peraltro, non già il consumatore singolo bensì il consumatore medio, termine astratto, rappresentativo della intera "classe" dei destinatari della pratica e attraverso cui si fa peraltro plastica l'inerenza della disciplina delle pratiche all'attività anziché all'atto.

Giova infine considerare, nella direzione indicata, la definizione stessa che di diligenza professionale fornisce la direttiva del 2005 (all'art 2, lett h) e soprattutto, con qualche non trascurabile scostamento dal testo europeo, l'art 18 lett h) del codice di consumo; prestando in particolare attenzione a questa seconda disposizione, si apprende infatti che con diligenza professionale deve intendersi il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori si attendono da un professionista, rispetto ai principi di correttezza e buona fede nel settore di riferimento: quanto dire di una diligenza che è definita in funzione di buona fede e correttezza.

Giusto nell'endiadi che lega tali termini (buona fede e correttezza), preceduta nella disposizione municipale dal richiamo ai principi generali del settore di attività del professionista - in luogo del rimando alle pratiche oneste di cui al testo della Direttiva- si palesa in effetti il fattore propulsivo di regole oggettive di condotta, doveri informativi e di protezione che il professionista è tenuto ad osservare in ogni contesto di mercato, fatta salva poi la rilevanza additiva delle *best practices* del contesto professionale dato, nonché delle più specifiche regole comportamentali eventualmente prescritte per il singolo settore⁹.

⁹ Cfr. per tutti Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720, in www.giustizia-amministrativa.it.

Il che, nel mentre non vale comunque a sostituire la buona fede alla diligenza nel ruolo qui di clausola generale, giacché ancora una volta vi si oppone l'assenza di una cornice relazionale ristretta, l'inerenza alla conformazione dell'attività più che dell'atto, e soprattutto il rivelarsi qui della buona fede secondo una chiara cifra normativa, che ne fa fattore di stabilità anziché di dinamismo individualizzante e l'avvicina piuttosto al paradigma del principio generale, è reso però chiaro l'ammontare della diligenza piuttosto a concetto empirico, la cui indeterminatezza è di tipo diverso rispetto a quella della clausola generale¹⁰.

Vi va scorta una formula dotata di una quota più contenuta elasticità applicativa, giacché chiamata a fungere da metro oggettivo di valutazione della colpa dell'impresa, sotto forma di impegno profuso nell'esecuzione dei doveri di condotta *aliunde* imposti e da apprezzare quindi in chiave di responsabilità imputabile in capo al professionista in presenza di una scorrettezza della pratica già altrimenti scrutinata.

3. Consumatore medio e “materiality test” quali fattori dell’intonazione proconcorrenziale della disciplina sulle pratiche scorrette.

Le puntualizzazioni che precedono, sul significato di diligenza professionale e buona fede, consentono di indirizzare più opportunamente il discorso intorno alla clausola generale in tema di divieto di pratiche scorrette - nonché sui concetti aperti che la sostanziano – verso la nozione di consumatore medio, oltre che verso il c.d. “*materiality test*”, consistente nella verifica di idoneità della singola condotta a falsare il comportamento economico del consumatore.

Per quanto i contorni di questi due tasselli della normativa siano stati più volte oggetto di interventi chiarificatori della Corte di Giustizia come della giurisprudenza amministrativa è però utile anteporre alla loro breve disamina una puntualizzazione circa la complessiva intonazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette, cui essi sono strettamente funzionali; intonazione di stretta complementarità e contiguità al plesso normativo antitrust propriamente inteso.

Come peraltro si desume chiaramente dai Considerando 1-5 e 12 della direttiva, la repressione della scorrettezza delle pratiche commerciali è innanzitutto funzionale al funzionamento concorrenziale del mercato o, se si preferisce, alla sua regolazione; abbraccia cioè la prospettiva macroeconomica del raccordo offerta-domanda, mentre solo indirettamente e a cascata quella microeconomica del singolo contratto.

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414.

Vero è che la Corte di Giustizia ha, nel 2015, affermato il principio per cui può darsi scorrettezza di una pratica anche solo in presenza di comunicazione errata ad un unico consumatore¹¹; e vero è del pari che il compendio rimediabile privatistico, introdotto dalla Direttiva 2161/2019, sottende appunto un risalto individualizzato della pratica scorretta e della reazione ad essa, nella cornice del singolo contratto.

Senonché, affermare il possibile palesarsi di una pratica scorretta anche alla luce del condizionamento del comportamento contrattuale a carico di un singolo consumatore non vale, ci sembra, a smentire in radice la postura regolatoria che connota il segmento normativo nel suo insieme, incentrato sulla generica relazione *one to many*, ossia impresa-generalità dei consumatori che ne incrocino l'attività. Pur sgombrato il campo dalla necessità di elementi asseverativi di una avvenuta reiterazione di azioni/omissioni del professionista e del loro impatto decettivo a carico di più consumatori¹², quanto affermato dalla Corte consente comunque di dire ancora valida la prospettiva dell'illecito di "pericolo"¹³, alla base della repressione delle pratiche scorrette, intendendo il condizionamento già verificatosi a carico del singolo consumatore come sintomatico di una attitudine ad un impatto più esteso, appunto di mercato, per poco che quel primo soggetto pregiudicato possa essere ricondotto al paradigma del consumatore medio¹⁴.

Analogamente, guardando al compendio rimediabile scaturente dalla direttiva del 2019 e che il nostro legislatore ha recepito attraverso l'introduzione di un comma 15 bis nell'art 27 cod. cons., seppure si colga d'acchito quasi una curvatura impressa alla repressione delle pratiche scorrette nella direzione del singolo rapporto/contratto, non ne esce per ciò stesso smentita la primaria vocazione macroeconomica, di regolazione in chiave pro-concorrenziale del mercato, che a quella è propria.

Può intanto rilevarsi come già il testo originario della Direttiva del 2005, in punto di tutele individuali, non pregiudicasse l'eventuale concorso tra regole contrattuali domestiche su formazione, validità o efficacia di un contratto e accertata scorrettezza di una data pratica¹⁵; e, ancora, come il Considerando n. 9 della

¹¹ Corte di Giustizia, caso C 388/13, UPC Magyarország.

¹² Cfr. Corte di Giustizia Corte di Giustizia, caso C 388/13, cit., § 45.

¹³ Cfr. Cons Stato 26 ottobre 2022, n. 8614, cit.

¹⁴ V. Conclusioni dell'Avv. Generale Whal in C388/13, UPC Magyarország, § 29.

¹⁵ Cfr. art 3, comma 2 della Direttiva del 2005; previsione analoga si rinviene pure nella Direttiva 2161 del 2019 (considerando nn. 56 e 57). Si veda inoltre Corte Giust. 2

medesima sottolineasse il restare integra la proponibilità di ricorsi individuali da parte di soggetti lesi da pratiche scorrette. Quanto dire, appunto, della possibilità, mentre non anche della necessità, di una ripercussione della acclarata scorrettezza a carico della singola vicenda contrattuale.

Ora, tale impostazione non ci pare sovvertita dai rimedi privatistici adesso espressamente contemplati dall'art 11 bis direttiva del 2005 e così pure dalla nostra legislazione domestica (art 27, comma 15 bis, cos. cons.). Nessun automatismo è del resto introdotto in punto di caducazione del contratto interessato da pratica scorrette, nel segno, si direbbe, della giurisprudenza *Pereničová e Bankia*¹⁶; e nessun automatismo, soprattutto, si accompagna alla previsione di attingibilità al rimedio risarcitorio, che pure induce ad integrare la prospettiva dell'illecito di pericolo - propria del piano sanzionatorio amministrativistico¹⁷ - con quella dell'illecito di danno - orientato alla rimozione dei danni riportati dal singolo.

Tanto vale sul piano della norma unitaria, visto che la sola previsione esplicita del rimedio riparatorio, mentre non anche la regolamentazione dei suoi profili operativi, è imposta ai legislatori nazionali; e tanto vale pure sul piano della norma di recepimento, alla cui stregua, in considerazione dei principi più generali dell'ordinamento, resta comunque indispensabile la prova del danno sofferto dal singolo, come pure dai consumatori originariamente o successivamente aderenti all'azione di classe promossa ex 840 bis e ss. c.p.c. o che aderiscano all'azione rappresentativa di tipo compensativo, promossa ai sensi degli artt. 140 *ter* - 140 *novies* cod. cons.

Quanto poi agli ulteriori rimedi della risoluzione del contratto e della riduzione del prezzo, il ricorso ai quali è previsto, dal comma 15 bis dell'art 27 cod. cons., "laddove applicabile", anch'essi restano subordinati all'accertamento di presupposti ulteriori, che si danno caso da caso e che rispondono ai principi del diritto comune dei contratti e del diritto processuale civile¹⁸.

Ecco appunto che nessuna smentita, circa la inerenza del divieto di pratiche commerciali scorrette al plesso di norme a presidio della concorrenzialità del mercato, ci pare sia dato desumere, né dai più recenti approdi interpretativi della giu-

febbraio 2023, causa C-208/21, *Towarzystwo Ubezpieczen*.

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, caso C-453/10, *Jana Pereničová e Vladislav Perenič v. Sos financ, spool s r.o*; C. Giust. UE 19 settembre 2018, causa C-109/17, *Bankia*, spec. sub §§ 33-47.

¹⁷ Cfr., da ultimo, Tar Lazio 3 agosto 2022, n. 10943, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Cfr. De Cristofaro, op. ult. cit., 473 e ss.

risprudenza della Corte, né in definitiva dalle disposizioni sul *private enforcement*, introdotte dalla direttiva 2019/2161/UE ; semmai, proprio guardando a queste ultime e al loro recepimento si direbbe quasi che la scelta di introdurre un comma 15 bis nel corpo del corpo dell'art 27 del codice del consumo, ossia all'interno della disposizione dedicata alla competenza AGCM in tema di pratiche scorrette, accrediti quasi una sorta di potere di direzione del rimedio privatistico demandato alla stessa autorità.

Lasciando da canto, almeno in questa sede, quest'ultima suggestione, ci pare comunque possibile affermare che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si confermi dettata a presidio di un fronte sì complementare a quello propriamente antitrust, ma ugualmente funzionale alla attuazione della *competition on the merits*¹⁹.

Come l'antitrust vale a porre rimedio alle distorsioni che possono generarsi sul lato dell'offerta, così la disciplina delle pratiche, a partire da condotte inerenti al lato dell'offerta, previene/corregge le distorsioni che quelle generino a carico del libero esercizio del potere di scelta tra offerte alternative, da parte dei consumatori; basti considerare, del resto, che l'attività di promozione di beni e servizi, da parte di ciascuna impresa, è in grado di produrre un condizionamento del comportamento dei consumatori, alimentandone una consapevolezza inadeguata o distorta e di minare così il funzionamento di una componente essenziale del meccanismo concorrenziale, vale a dire la genuinità ed efficienza della selezione tra offerte concorrenti²⁰ ad opera della giuria dei consumatori.

È in questa cornice che va colto il significato del riferimento al consumatore medio, nonché alla formula della idoneità della pratica «a falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» (c.d. *materiality test*), contenuto nell'art 20, comma 2, cod. consumo; per l'appunto le due nozioni realmente suscettibili di declinazione individualizzante e che strettamente tra loro si tengono, giacché al diverso apprezzamento dell'una, con annesso bagaglio di

¹⁹ LIBERTINI, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Moneta e credito*, 2019, 301 e ss. ma spec. 318-320; Bertani, *Pratiche commerciali scorrette e consumatore medio*, Milano 2016, 5 e ss.

²⁰ Cfr. LIBERTINI, *op. ult. cit.*, 318. Resta fondamentale, sul punto, lo studio di Averitt e Lande, *Consumer sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection*, in *Antitrust Law Journal*, 65 (1997), 713 e ss. Nella letteratura italiana v. però già T. Ascarelli. Si vedano altresì gli interessanti spunti di riflessione di I. Graef, *Consumer Sovereignty and competition law: from personalization to diversity*, in *Common Market Law review*, 2021, 471 e ss., su cui si tornerà *infra* nel testo.

conoscenze e di responsabile operare sul mercato, si accompagna un diverso esito della valutazione di idoneità dell'altra a condizionare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore stesso.

Il c.d. *materiality test* meglio si specifica, attraverso l'art 18, lett. e) cod. cons., in idoneità della pratica a sensibilmente alterare la capacità di discernimento e ponderazione del consumatore medio, il quale finisce con l'assumere (o rischia di assumere) decisioni che non avrebbe altrimenti assunto; è in ciò che si risolve per l'appunto la traiettoria di concretizzazione della formula (del "sensibile condizionamento"), appuntandosi sullo scrutinio delle informazioni necessarie ai fini di una decisione consapevole²¹.

D'altra parte, scontato il rinvio a indici socialmente tipici di valutazione della singola pratica e della sua attitudine decettiva, lo è non meno che, in tanto quella potrà essere considerata come anche solo potenzialmente condizionante, in quanto le informazioni cui si riferisce, che distorce o omette, potranno dirsi rilevanti in funzione di chi ne sia destinatario: come ha chiarito la Corte di Giustizia in *Purely*, «l'articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva sulle pratiche commerciali sleali definisce dunque il carattere sleale di una pratica in relazione al gruppo determinato di consumatori al quale tale pratica è diretta»²².

Da qui una circolarità necessaria tra concretizzazione del "*materiality test*" e concretizzazione dell'altro concetto aperto, costituito appunto dal consumatore medio²³.

Quella di consumatore medio è nozione che si afferma sul proscenio eurounitario sin dalla pronuncia *Gut Springenheide GmbH*²⁴ e che, consolidandosi lungo una serie di pronunce successive²⁵, confluisce infine in seno alla Direttiva n. 29, che ne fissa i termini nel Considerando 18, descrivendo un soggetto normalmente informato, ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici ed altresì puntualizzando che la determinazione dei parametri che possono concorrere via via a verificare tale profilo resta rimessa all'interpretazione della Corte di Giustizia²⁶.

²¹ Cfr. Corte di Giustizia, C-310/15 *Vincent Deroo-Blanquart v. Sony Europe Limited*, §§ 45-49.

²² Cfr. Corte di Giustizia, C- 428/11, *Purely Creative Ltd*, § 54.

²³ Cfr. BERTANI, *op. cit.*, 66 e ss.

²⁴ Cfr.. Corte di Giustizia C-210/96, *Gut Springenheide GmbH*, §31.

²⁵ Cfr.. BERTANI, *op. cit.*, 29 ed ivi spec nt 21.

²⁶ Si veda ad esempio Corte di Giustizia, C-628/17, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentó v. Orange Polska S.A.*, § 30.

Beninteso, non viene evocato uno standard oggettivo su base statistica, bensì uno dinamico di tipo qualitativo, programmaticamente suscettibile di declinazione lungo i tre possibili binari - ad ampiezza via via ridotta e crescente *vis attractiva* - dell'*average consumer*, del *target consumer* e del *vulnerable consumer*: il riferimento al consumatore medio cede infatti il passo al membro rappresentativo di un gruppo determinato di consumatori, ove sussistano gli elementi del comma 2, seconda parte, dell'art 20 e, d'altra parte, l'uno e l'altro termine di riferimento sono recessivi rispetto a quello di soggetto vulnerabile medio, quante volte si dia-no i presupposti di cui all'art 20, comma 3, cod. cons.

Senonché, pur con questi margini di oscillazione, quella dell'*average consumer* resta categoria normativa, in cui il medio non è definito come colui che possiede certe oggettive proprietà ma come colui che si comporta in un certo modo, sicché con il riferimento ad esso non si intende - appunto statisticamente - descrivere come mediamente i consumatori si comportino ma come debbano comportarsi²⁷.

Si allude ad una sorta di idealtipo di consumatore destinatario di una data pratica, presupposto logico, più che protagonista storico²⁸ della dinamica di mercato. Quanto dire di un tassello allora cruciale della inerenza del divieto di scorrettezza al diritto della concorrenza e dell'essere quella disciplina non già aprioristicamente intesa alla protezione del soggetto debole, quanto piuttosto alla conformazione di relazioni di mercato ad un elevato livello di efficienza cui lo stesso consumatore deve in definitiva concorrere, siccome appunto agente razionale, responsabile, informato e consapevole.

Indicativo è, sotto questo profilo, quanto la stessa Commissione europea ha avuto cura di precisare, ossia che alla base della nozione di consumatore medio si pone il principio di proporzionalità, intendendo la direttiva garantire l'equilibrio tra, da un lato, la necessità di proteggere il consumatore e, dall'altro, la necessità di promuovere il libero scambio su un mercato aperto e concorrenziale²⁹.

²⁷ In questo senso DENOZZA, *Aggregazioni arbitrarie*, cit., 1072, da cui sono tratti i passi in corsivo.

²⁸ Così Rossi CARLEO, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 685 e ss., ma spec. 704.

²⁹ Cfr.. Comunicazione 2021/C 526/01, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno*, sub § 2.5.

4. Lo spazio di manovra della clausola generale: prospettive e limiti.

Così fissati i termini della clausola generale rinvenibile nella disciplina sulle pratiche commerciali scorrette, resta però da chiarire quale spazio operativo sia ad essa assegnato, tenuto conto della trama normativa che, come detto, al divieto generale (art. 20 cod. cons.) fa seguire le due macrocategorie di pratiche ingannevoli (artt. 21 e 22 c. cons.) e aggressive (artt. 24 e 25 c. cons.), nonché poi l'analitica elencazione di ben 31 pratiche commerciali oggetto delle c.d. "liste nere", da considerare sicuramente ingannevoli e aggressive (artt. 23 e 26, cui si aggiungono inoltre le previsioni "speciali" di cui agli artt. 21, i commi 3 e 4 e 22-*bis*, cod. cons).

La Corte di Giustizia ha puntualizzato in più occasione la struttura per così dire piramidale della disciplina e tracciato la traiettoria applicativa che si dipana lungo una sequenza (eventuale) di tre stadi³⁰; impostazione, questa, ribadita anche dalla Commissione europea³¹ oltre che seguita dal Consiglio di Stato³².

Primo stadio, dunque. Verificato che una data condotta sia sussumibile tra quelle in astratto codificate nelle c.d. liste nere, nessuna verifica in chiave di clausola generale e suoi contenuti è necessario o possibile effettuare, avendosi una presunzione assoluta di scorrettezza; chiara è del resto la lettera della norma unitaria (art 5, comma 5, della Direttiva, che fa rinvio all'allegato I) come di quella interna (art 20, comma 5, cod. consumo che fa riferimento agli artt. 23 e 26 del medesimo codice), ove si fa parola di pratiche *in ogni caso* scorrette.

Il rinvio ai parametri generali del *materiality test* e del consumatore medio risulta in tali circostanze insieme non utile a corroborare una censura di scorrettezza già operata *ex ante* dal legislatore, né d'altronde ammissibile, laddove inteso in chiave di possibile correzione attenuativa dello stigma positivamente dato, pena il cortocircuito con le finalità di armonizzazione massima che rintracciano nelle *black list* il segmento di maggiore pregnanza e non consentono appunto il concorso di integrazioni valutative.

³⁰ Cfr. Corte di Giustizia C-43/2011, *CHS Tour Services GmbH v. Team4 Travel GmbH*, §§ 35 e ss. ma spec. §§ 45-46; C. 281/12 *Trento Sviluppo srl, Centrale Adriatica Soc. coop. Arl v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, §§ 27-30.

³¹ Cfr.. Comunicazione 2021/C 526/01, *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE*, cit., sub § 2.

³² Cfr.. altresì Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2020, n. 2414, in www.giustizia-amministrativa.it, § 4.2.

Una volta che sia invece esclusa la sussunzione della singola pratica entro una delle fattispecie oggetto di presunzione assoluta di scorrettezza, occorre accertare - e si è così al secondo stadio - se ricorrano o meno gli estremi per reputare che quella sia comunque ingannevole o aggressiva ai sensi delle disposizioni che fissano le due macrocategorie (rispettivamente gli artt. 21 - 22 e 24 - 25). Il che prelude o, meglio, può preludere ad un impiego in sedicesimo della *grand general clause* e dei suoi elementi, in guisa precisamente di *small general clause*, impiegata però non già in chiave asseverativa bensì avversativa, confutativa della reale capacità condizionante di una pratica che pure risponda ai tratti della ingannevolezza o della di aggressività.

Si dà infatti, in relazione alle due macrocategorie considerate, un meccanismo di inversione dell'onere probatorio da presunzione legale *iuris tantum*, tale per cui la verifica degli indici normativi di ingannevolezza o aggressività fa appunto presumere il segno convergente della singola condotta sotto scrutinio, restando salva la possibilità per il professionista di provare l'inidoneità di quest'ultima a effettivamente condizionare le scelte del consumatore medio - o, se del caso, di *target o vulnerable consumer* - cui si riferisce.

Di là da siffatta più elastica operazione di riconduzione a schemi astratti tipizzati, ecco stagliarsi, quasi per differenza, lo spazio riservato all'impiego propriamente asseverativo, *construens*, della fattispecie generale di divieto ex art 20, commi 1 e 2 cod. cons (o 5, commi 1 e 2 della Direttiva del 2005); spazio per l'appunto residuale, anche se non necessariamente marginale.

Non però, come pure si è ipotizzato, nel senso che la clausola possa giocare un ruolo complementare rispetto a condotte ricadenti nelle liste nere, epperò ad esempio connotate da aspetti "più o meno generici" che necessitino di essere concretizzati in relazione alla singola fattispecie. Alla luce di quanto detto, infatti, delle due l'una: o la pratica si presta a rientrare in una delle *per se rules* e allora si avrà una forza di attrazione della fattispecie concreta al divieto specifico, tale da far premio su eventuali connotati secondari che presentino una qualche originalità; ovvero la condotta in esame non può essere ricondotta ad alcuna delle previsioni delle liste nere e così - per poco che ne sia esclusa anche la sussunzione entro una delle due macrocategorie intermedie di ingannevolezza e aggressività - il suo scrutinio dovrà essere svolto unicamente secondo previsione di carattere generale.

Piuttosto, il raggio di azione della clausola generale e dei termini aperti che la sostanziano può dirsi non necessariamente marginale in ciò, che non solo la sua proiezione in sedicesimo (*small general clause*) sul terreno delle due macrocategorie appresta il tema di prova contraria rispetto alle presunzioni *iuris tantum* cui le disposizioni che a quelle danno corpo mettono capo; ma soprattutto e, in

positivo, che fungendo da fattore antagonista rispetto al rischio di obsolescenza dell'intera disciplina, la clausola generale assicura la copertura di eventuali vuoti lasciati dalle previsioni specifiche, nonché da eventuali regole settoriali, apprestando appunto una *safety net* al divieto generale.

Per riprendere ancora una volta quanto affermato dal Consiglio di Stato, può bene parlarsi di una "fattispecie" (generale) di illecito, dotata di autonoma portata disciplinare, applicabile in caso di mancata integrazione delle fattispecie speciali delineate dagli artt. 21 e ss. del medesimo Codice³³; dal che però, a ben vedere, più che una semplice affrancazione da un ruolo marginale è dato pronosticare quasi una tensione alla centralità crescente della clausola generale.

Vi è in effetti una dinamica in atto che chiama quest'ultima a dare buona prova di sé quale *safety net* o, meglio, ad assolvere al suo ruolo primigenio di strumento elastico, in grado a rendere «meno acuta la tensione tra norma giuridica e realtà regolata», tanto più essendo quest'ultima interessata da un dinamismo crescente³⁴ legato all'effetto combinato di almeno due ordini di fattori.

Da un lato l'emergere di fenomeni e condotte nuovi, che le fattispecie tipizzate sempre più faticano a catturare al proprio raggio, specie in relazione al dilagare dei mercati digitali; dall'altro, l'accentuarsi della sensibilità verso le acquisizioni della *Behavioural Law and Economics* (di qui in avanti *BLE*), che nel mentre induce a rivedere criticamente il paradigma interpretativo del consumatore medi, schiude nuovi scenari interpretativi per classi di condotte note e persino per singole disposizioni normative³⁵.

Ora, il dispositivo tecnico della clausola generale risulta in grado di fornire risposte a molte delle criticità che, sotto il profilo dell'ossequio alla *fairness* delle relazioni di mercato, l'avanzare della frontiera tecnologica pone; e ancora, di recepire parte delle istanze volte a una raffigurazione meno idealtipica o comunque meno astratta del consumatore reale. Lo spazio di manovra che si offre all'interprete deve tuttavia rimanere al di qua di un determinato perimetro, delimitato dagli ancoraggi che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette presenta, attinenti, come detto, alla prospettiva macroeconomica di regolazione pro concorrenziale del mercato.

³³ Cfr.. Cons Stato, 14 aprile 2020, n. 2414, cit.

³⁴ Cfr. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, rist. integrata, Milano, 2004, 189-190.

³⁵ Paradigmatico è il caso dell'art. 120 *quinquies*, cod. ass., su cui v.infra in relazione a Cons. Stato, ord. 10 ottobre 2022, n. 8650.

5. Clausola generale e consumatore medio tra mercati digitali e bias cognitivi: *adelante con juicio*.

Rispetto ai mercati digitali è noto come il legislatore europeo, nel quadro delle linee di azione a base del *New Deal for Consumers*³⁶, abbia scelto di emendare la Direttiva del 2005 attraverso la tipizzazione di fattispecie³⁷, provvedendo cioè all'irrobustimento degli argini intorno a pratiche già codificate e a rischio di divenire più pericolose e con accresciuta capacità decettiva nei contesti digitali, nonché introducendone di nuove tra quelle annoverate nelle liste nere.

Va da sé, tuttavia, che l'opzione seguita non possa che dirsi insufficiente a fornire adeguate risposte alle sfide che lo scenario dell'*on-line* pone alla sovranità dei consumatori; sfide legate innanzitutto a targetizzazione e personalizzazione algoritmica di informazioni e messaggi, vale a dire a fenomeni e condotte che, seppure non del tutto privi di elementi potenzialmente positivi per i consumatori che ne siano destinatari, non mancano però di mettere in esponente anche più di fattore di rischio, tanto più se si collocati, come assai spesso avviene, a valle di una distorsione in senso oligopolistico quando non monopolistico dello stesso assetto del mercato di riferimento.

Paradigmatico è il caso degli *online behavioural advertisings*, ossia dei messaggi di natura commerciale che raggiungono in modo selettivo i singoli componenti della platea di consumo, sulla base del paniere di preferenze che a ciascuno di essi è riferibile grazie alla profilazione algoritmica dei comportamenti.

Non solo questo genere di messaggio è infatti preordinato a far leva su preferenze, gusti e inclinazioni che il singolo abbia già -inconsapevolmente- rivelato di sé, e presenta dunque per tale ragione elevata attitudine persuasiva o, peggio, decettiva; ma, tanto più in presenza di specifiche condizioni di potere di mercato riferibili al professionista che vi fa ricorso, gli *OBA*s sono in grado di indurre nel destinatario anche una sorta di effetto obliterativo della disponibilità di offerte alternative per così dire genuine, ossia "non personalizzate" e dunque non costruite a partire dallo sfruttamento manipolativo della leva apprestata da dati già raccolti³⁸.

Da qui le evidenti ripercussioni negative sulla effettività della *consumer sovereignty* e, più in generale, sulla stessa concorrenzialità del mercato: *if a consumer*

³⁶ Riassunte con la Comunicazione COM(2018) 183 final.

³⁷ Precisamente mediante la Direttiva 2161 del 2019.

³⁸ LAUX, WÄCHTER, MITTELSTADT, *Neutralizing online behavioural advertising: algorithmic targeting with market power as an unfair commercial practice*, CMLR, 2021, p. 719e ss.

*is nudged towards one option by restricting their ability to choose freely, the effect may be the same as having only one option*³⁹.

Per quanto parte delle proposte “rimediali” affacciate in letteratura guardino direttamente al diritto antitrust e prefigurino in questi casi il ricorrere di un abuso da sfruttamento ex art 102 TFUE, ad esempio da apprezzare e sanzionare alla stregua di un “*personalized welfare standard*”⁴⁰; altre ipotesi interpretative fanno invece direttamente capo alla disciplina delle pratiche scorrette e si appuntano sulla circostanza che gli *OBA*s si presentano, come detto, non solo come in sé potenzialmente idonei a falsare il comportamento del consumatore che ne sia destinatario, ma a farlo tanto più incisivamente quanto maggiore sia potere di mercato detenuto da chi li pratici, distogliendo in tal caso l’attenzione dalla reperibilità di alternative di mercato. E d’altra parte, può bene aggiungersi, è la stessa Commissione europea che, con la Comunicazione dedicata agli Orientamenti sull’interpretazione e sull’applicazione della direttiva 2005/29/CE, annettendo al perimetro della disciplina in esame numerose condotte/pratiche riguardanti i c.d. mercati digitali, vi include anche quelle legate alla profilazione e al c.d. “modello oscuro”⁴¹.

Ora, però, vuoi che si punti sul diritto antitrust, vuoi che si faccia invece leva sul divieto di pratiche scorrette, emerge costante l’avvertita necessità di una valorizzazione della *speciale* condizione di vulnerabilità in cui versa il consumatore destinatario di *OBA*s; condizione appunto ritenuta non pienamente riconducibile a quella che la disciplina delle pratiche scorrette già conosce e codifica.

Mentre infatti la vulnerabilità di cui all’ art. 5, comma 3 della Direttiva (e 20, comma 3, cod. cons.), per quanto situazionale⁴², appare pur sempre legata alla presenza relativamente stabile di determinate condizioni in capo a specifici gruppi, quella che si segnala – e si pretende di valorizzare - in tema di manipolazioni comportamentali da *OBA* o comunque su base algoritmica si presenta come necessariamente dinamica, dovendo consentire, si afferma, di cogliere occasionali condizioni, singoli momenti di particolare vulnerabilità.

Ecco quindi palesarsi, in relazione ai problemi sollevati dai mercati digitali e dalle pratiche commerciali al loro interno, per un verso l’ammacco di fattispecie

³⁹ Cfr. GRAEF, *Consumer Sovereignty and competition law: from personalization to diversity*, in *Common Market Law review*, 2021, p. 471 e ss., p. 478-479;

⁴⁰ Cfr. GRAEF, op. cit., p. 498

⁴¹ V. Cfr. Comunicazione 2021/C 526/01, cit., 4.2 - 4.2.7.

⁴² V. *Orientamenti sull’interpretazione e sull’applicazione della direttiva 2005/29/CE*, cit. § 2.6.

regolatoria che chiama a supplezza la clausola generale del divieto di scorrettezza; per l'altro, il tema del possibile ricorso a quella stessa clausola non già secondo il copione consueto di concretizzazione su base relazionale ma innanzitutto a partire da un'autentica riformulazione di uno dei concetti aperti che vi danno corpo, ossia quello di consumatore medio⁴³. Al che non tarda allora a cogliersi l'ideale saldatura che si dà tra il genere di problemi che emergono sul fronte appena considerato e quelli legati ai pretesi ulteriori "vuoti" che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette esibirebbe, in termini di mancata o comunque inadeguata valorizzazione di *bias* cognitivi, secondo le acquisizioni della *behavioural law and economics*.

Da tempo, come noto, va infatti diffondendosi una sensibilità critica verso il paradigma della razionalità economica degli individui, specie nelle relazioni di mercato; le scienze cognitive evidenziano sempre più la fallibilità, l'irrazionalità persino, di molti comportamenti umani o comunque la soggezione a molteplici *bias*⁴⁴.

Fatale quindi che anche la nozione di consumatore medio, su cui è costruita la disciplina delle pratiche commerciali scorrette e che si è visto essere normativamente cristallizzata (Considerando 18) e interpretata in aderenza al modello dell'*homo oeconomicus*, finisca essa stessa sul banco degli imputati, tacciata di scarsa aderenza al dato reale e dunque di una insoddisfacente capacità di dare riscontro a istanze di tutela che si palesino in mercati maggiormente critici in termini di effettività della *consumer sovereignty*⁴⁵, a partire da quelli creditizio e assicurativo.

Invero, il tema dei limiti cognitivi non risulta estraneo all'ordito della disciplina che ci occupa la quale, giusto in ossequio al principio di proporzionalità che la ispira, dà anzi ingresso a scostamenti "programmati" dal binario dell'*homo oeconomicus*, contemplando cioè particolari condizioni di deviazione dall'idealtipo della razionalità economica, rinvenibili in forma aggregata, ossia pur sempre riferibili a gruppi o classi di soggetti; militano per l'appunto in tale direzione le due categorie dei *target groups*, di cui all'art. 20, comma 2 cod. cons. (e 5, comma 2, direttiva 29/2005) e soprattutto del gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si

⁴³ Un'apertura nella direzione considerata si rintraccia ancora una volta negli *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 2005/29/CE, cit., sub § 4.2.7*

⁴⁴ V. TVERSKY e KAHNEMANN, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, in *Science*, 1974, p. 1124 ss.

⁴⁵ SIBONY, "Can EU consumer law benefit from behavioural insights?", 6 *Eur. Rev. of Private Law* (2014), 901 e ss.

riferisce, contemplata dal comma 3 della medesima disposizione (nonché dall'art 5, comma 3 della direttiva)⁴⁶. Senza dire, poi, dell'attenzione verso specifiche pratiche che maggiormente si prestano allo sfruttamento di limiti cognitivi del destinatario, presenti nel corpo delle c.d. liste nere: valga per tutti il caso del *bait advertising* di cui all'art 23, lett e cod. cons.

D'altra parte, giova soggiungere, questa impostazione di fondo appare pienamente coerente con la finalità della repressione della scorrettezza nelle pratiche commerciali la quale, stante l'indicata intonazione pro-concorrenziale, non tende alla protezione di un soggetto particolare e tantomeno di un soggetto intrinsecamente debole, non mira cioè a presidiare l'autodeterminazione individuale e tollera – o, meglio, mette in non cale – gli errori cognitivi individuali o comunque le disuguaglianze che il processo economico genera.

Le regole preordinate alla repressione delle scorrettezze in danno dei consumatori sono infatti dettate a presidio della dinamica di *competition on the merits*, potenzialmente minacciata da condotte degli agenti professionali capaci di alterare la genuinità del processo di selezione informata e consapevole tra offerte concorrenti⁴⁷, che è rimesso ai consumatori compiere.

Quanto invece si agita intorno alla disciplina delle pratiche scorrette, dalla prospettiva *behavioural* come quella della frontiera digitale, ha giusto a che vedere con l'avvertita insufficienza del risalto positivamente dato alle variazioni sul tema della vulnerabilità e interroga quindi l'interprete sulla possibilità di colmare il presunto ammanco chiamando proprio la clausola generale, e in specie la nozione di consumatore medio, a coprire un gradiente inedito tra piano potenziale, su cui programmaticamente si attesta, e piano reale, su cui pragmaticamente la si vorrebbe attestare.

Di qui però un duplice interrogativo: se sia possibile che ciò accada e soprattutto, quand'anche possibile, se sia desiderabile che accada; preso cioè atto dell'artificialità del paradigma della razionalità, ci si deve chiedere a quali condizioni esso meriti di essere preservato o, meglio, fino a che punto necessiti di essere corretto.

Due casi recenti, oggetto di decisioni di diversa natura, risultano di estrema utilità nella messa a fuoco di questi interrogativi.

Il primo caso ha ad oggetto la interpretazione dell'art 120 quinquies del codice delle assicurazioni private, laddove consente che un prodotto assicurativo possa essere venduto in abbinamento, quale prodotto accessorio, rispetto ad un

⁴⁶ BERTANI, op. cit., 41 e ss.

⁴⁷ Così chiaramente SPADA, op. cit., p. 47.

dato altro prodotto principale. Con una ordinanza dell'ottobre del 2022⁴⁸, resa in relazione ad un ricorso di Compass s.p.a. contro una sanzione dell'Agcm per pratica aggressiva *ex art. 24 cod. cons.*, il Consiglio di Stato ha infatti proposto rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo di verificare innanzitutto la conformità unitaria di una deviazione dal paradigma del consumatore razionale, in funzione di determinati limiti cognitivi, tra i quali quelli ben noti in tema di *framing*; e, conseguentemente, circa la possibilità di ritenere aggressivo il *tying*, che pure la citata disposizione del D.lvo 7 settembre 2005, n. 209 consente.

Chiedono, in particolare, i giudici amministrativi alla Corte di chiarire se la nozione di consumatore medio non debba essere ripensata e rimandare, oltre che alla nozione classica dell'*homo oeconomicus*, «anche alle acquisizioni delle più recenti teorie sulla razionalità limitata (.....) che hanno dimostrato come le persone agiscono spesso riducendo le informazioni necessarie con decisioni 'irragionevoli' se parametrate a quelle che sarebbero prese da un soggetto ipoteticamente attento ed avveduto»; acquisizioni alla cui stregua si imporrebbe infatti una specifica esigenza di maggiore capacità protettiva degli interessi dei consumatori per lo meno quante volte ricorrano, nel mercato, pericoli di *condizionamenti cognitivi*.

Il secondo caso è invece costituito da una recente decisione con cui l'AGCM ha ritenuto scorretta la condotta di Poste Italiane consistente, fra l'altro, nel non avere informato la clientela – con condotte informative se del caso individualizzate – circa la imminenza della prescrizione dei diritti di crediti discendenti dalla sottoscrizione di buoni fruttiferi postali⁴⁹. Decisione che, per vero, è stata impugnata da Poste e in merito alla legittimità della quale si è in attesa del pronunciamento del TAR Lazio.

Le due vicende meritano di essere giustapposte perché testimoniano in pari tempo delle distorsioni in cui si incorre dilatando, riteniamo oltre il punto di rottura, la disciplina di repressione della scorrettezza commerciale, attraverso l'impiego della clausola generale che vi campeggia; nonché di ciò in cui si rischierebbe di incorrere ove la Corte di Giustizia desse la stura ad una rielaborazione troppo radicale della nozione di consumatore medio, all'insegna dei dettami della *BLE*.

Nella prima direzione credo, appunto, vada appunto collocata la decisione dell'Autorità in tema di scorrettezza della omessa informazione sulla imminente prescrizione dei BFP; in essa si fa infatti applicazione diretta della clausola genera-

⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, ord. 10 ottobre 2022, n. 8650.

⁴⁹ Cfr. PS11287- Poste-Buoni Fruttiferi, del 18 ottobre 2022, con particolare riguardo alla pratica classificata con la lettera "B".

le *as is* e si giunge a qualificare come appunto scorretta una condotta omissiva che si colloca nella fase esecutiva dell'operazione commerciale, avente ad oggetto la sottoscrizione di BFP. La censura rivolta contro questa omissione però, e sta in ciò il punto critico, by-passa la assenza di disposizioni di settore che eventualmente ne impongano la tenuta col dire che è giusto la tipologia di risparmiatori interessati (ossia piccoli risparmiatori, risparmiatori anziani, con un più basso livello di istruzione finanziaria, poco propensi al rischio) a renderla dovuta e ragionevolmente attesa, e ne postula addirittura la traiettoria individualizzata, nel senso cioè che la reputa dovuta anche a beneficio di singoli risparmiatori⁵⁰. In pratica, postula un dovere positivo di condotta - che invece non c'è - e soprattutto lo canalizza anche verso il singolo rapporto negoziale, anziché mantenerlo al più attestato unicamente sul piano della relazione *one to many*.

Non meno allarmante è d'altro canto lo scenario che si profila come possibile all'esito del rinvio pregiudiziale proposto nel caso *Compass*. Qui, invero, i piani di lettura sono almeno due: il primo, pur relevantissimo, attiene al coordinamento tra l'art. 120 quinquies cod. ass. e la disciplina in tema di pratiche scorrette, al rapporto tra le direttive 2016/97 e 2014/17 da un canto e la direttiva 2015/29 dall'altro; il secondo, invece, riguarda il quesito circa l'*ubi consistam* della nozione del consumatore medio.

Fermando l'attenzione su quest'ultimo, si può certo convenire sul fatto che obiettivo del giudice remittente non sia di sostituire alla razionalità aggregata la vulnerabilità cognitiva individuale, bensì semmai di elevare a connotato del consumatore medio - nel presupposto evidentemente della riferibilità a *tutti* i consumatori - una quota di irrazionalità e di soggezione a *bias* cognitivi.

Tuttavia, ciò vale a superare solo in parte l'obiezione per cui non la dimensione individuale è funzionale ad una prospettiva di *market regulation*, bensì unicamente quella aggregata e idealtipica, potenziale se si preferisce.

Ed invero, quest'ultima, quando pure accusi - sul lato della domanda - i *vulnera* generati dai diversi fallimenti di mercato, tra i quali rientrano certo le pratiche scorrette, lo fa nei limiti consentiti dal suo essere co-elemento della razionalità complessiva del mercato stesso, ossia mettendo in esponente quei soli pregiudizi/squilibri che residuino all'esito di un duplice processo selettivo: di marginalizzazione di punti di caduta occasionali o comunque non apprezzabili a livello macro e, ancora, di espunzione di quelli incompatibili con un livello comunque adeguato di responsabilità e avvedutezza dello stare del mercato.

⁵⁰ Cfr. PS11287- Poste-Buoni Fruttiferi, del 18 ottobre 2022, § 68.

Detto, cioè, che possa ben darsi in astratto una razionalità *minus quam perfecta*, deflettere dal paradigma del soggetto razionale è, a certe condizioni, possibile oltre che desiderabile e lo dimostra del resto proprio la disciplina vigente sulla repressione della scorrettezza delle pratiche, che appresta, come detto, un coerente schema (a maglie strette) per l'amministrazione di tale scostamento.

Ora, ed è questo il punto, se è vero che il progressivo modificarsi degli elementi di contesto rende in effetti difficile sostenere che quella codificata sia l'unica via possibile al risalto di situazioni – generalizzate – di limitata razionalità della platea dei consumatori e se anzi ulteriori margini di flessibilizzazione della traiettoria deviante dal paradigma generale sono persino auspicabili, resta però imprescindibile fissare i limiti esterni di un tale spazio di escursione.

Certamente vi è una tendenza a dare anche su questo terreno riscontro al processo di normalizzazione, di “costituzionalizzazione” della figura del consumatore, affrancato dalla mera ancillarità alle logiche del mercato e assunto sempre più quale centro di riferimento di interessi che pertengono alla dimensione della persona prima ancora che a quella del contesto (mercato) in cui opera.

Tuttavia, ciò che il piano della disciplina della concorrenza può accogliere delle istanze personaliste che pure arricchiscono di nuova linfa l'odierna stagione della tutela consumeristica non è che un riverbero. Non già perché la prospettiva mercatista goda ancora, nell'ordinamento eurounitario, di un indiscusso primato che ne faccia specchio deformato di ogni altra dimensione possibile; quanto perché, quel primato non è stato soppiantato altrettanto indiscutibilmente dall'instaurarsi di altro speculare, legato alla centralità della persona.

Come bene è stato rilevato, all'ombra dello stesso articolo 38 della Carte europea dei diritti fondamentali è dato infatti scorgere quanto meno un “fraseggio” tra due anime, tra due modi di intendere la *consumer sovereignty*: in chiave di essenzialità e funzionalità al mercato (ossia una prospettiva utilitaristica) ovvero di rilevanza autonoma, a prescindere e se del caso *contro* le dinamiche del mercato (prospettiva personalista).

Questa polarizzazione non resta però, ci pare, sempre allo stesso modo latente e distribuita lungo l'intero perimetro del diritto privato regolatorio. O per meglio dire, pur non rintracciando composizione chiara, su base normativa o giurisprudenziale, intorno a una qualche primazia gerarchica dell'una prospettiva sull'altra, conosce però *de facto*, il comporsi di diversi equilibri e segnatamente la preponderanza dell'una istanza sull'altra in corrispondenza di determinati plessi.

Ciò è quanto sicuramente accade nel diritto della concorrenza dove le prerogative, i “diritti” per così dire dei consumatori, non solo rilevano in chiave aggregata, ma soprattutto in chiave di *strumentalità* al τέλος della *competition*

on the merits: l'autodeterminazione del consumo fa infatti da limite esterno alla libertà di impresa e la risultante tra queste due forze in equilibrio reciproco genera l'utilità sociale connessa al dinamismo concorrenziale.

Ne discende che ogni eventuale nuova via al tema delle vulnerabilità o comunque dei limiti cognitivi, integrativa/alternativa rispetto a quella che passa già per le categorie codificate di *target* e *vulnerable consumers* e da far valere per scrutinare la correttezza o meno di singole condotte professionali, dovrà imprescindibilmente realizzarsi nel segno di una sorta di frammentazione "controllata" del paradigma di riferimento, che tenga cioè sì conto della diversificazione degli scenari che si offrono nei differenti contesti di mercato ma senza smarrire talune coordinate di fondo, a partire dalla preservazione di un tasso adeguato di responsabilizzazione anche degli agenti non professionali di mercato.

Viceversa, curvare quel paradigma fino a elidere stabilmente ogni elemento di accortezza e avvedutezza, elevando bensì il soggetto debole a termine di riferimento, appare non desiderabile oltre che estremamente pericoloso da più prospettive.

Ne va innanzitutto della alterazione della *competition on the merits*, la quale riposa come detto su un sofisticato bilanciamento tra libertà e ragioni di efficienza dell'impresa, da un canto, e salvaguardia della sovranità dei consumatori, dall'altro, da intendere però non già come volontà alla base del singolo atto di esercizio dell'autodeterminazione al consumo ma piuttosto quale possibilità seriale di libero esercizio di questa, in ragione della diffusa assenza di fattori decettivi o costrittivi.

Ne va poi del rischio del a forme di autentico paternalismo, tanto più accentuate in considerazione della persistente instabilità di approdi, criteri e categorie dell'approccio *behavioural*. Un paternalismo di tipo coercitivo, peraltro, ben diverso da quello liberale in cui si risolve la tecnica delle *default rules* e di assai dubbia compatibilità con i principi generali: laddove infatti il *nudging* preserva e al più accompagna l'autonomia privata e il suo esercizio, il definitivo e radicale oltrepasamento del soggetto razionale reca con sé uno scenario di autentica manipolazione delle scelte individuali o, meglio, la preclusione "forzosa" della libertà di compiere scelte irrazionali.

E ne va infine di potenziali distorsioni o fraintendimenti a carico del diritto della concorrenza complessivamente considerato corre.

Da un canto, il rischio che si delinei, intorno alla diversa nozione di consumatore medio e alla declinazione che ne diverrebbe possibile/necessario dare, un'area di non chiara distinzione tra diritto della concorrenza e diritto regolatorio; aspetto critico non a caso ben presente allo stesso Consiglio di Stato, che infatti lo pone quale potenziale controindicazione legata al considerare aggressiva – in

ossequio, appunto, a una diversa ricostruzione della figura del consumatore medio - la pratica di abbinamento di prodotti finanziari e assicurativi⁵¹.

Dall'altro, poi, si fa concreta la possibilità quasi di una eterogenesi dei fini del diritto concorrenziale in ciò, che l'anelito di maggiore *rule of reason* e la necessità di impiego di concetti indeterminati di ampio raggio, che ne sono cifra caratteristica e che si colgono fra l'altro anche in tema di PCS, alla base ad esempio degli insistiti riferimenti dell'AGCM alla clausola generale pure in presenza di condotte incluse nelle liste nere, da fattore di temperamento divengono elemento di irrigidimento della disciplina e della sua applicazione.

Schiacciare verso il basso il paradigma potenziale del consumatore, nel senso cioè da declinarlo come consumatore in varia misura debole, anziché con varietà di accenti e gradazioni razionale e responsabile, finisce col fare della nozione "rifondata" quasi il cavallo di Troia per la consumerizzazione del diritto della concorrenza; con l'ulteriore corollario che la integrazione valutativa diverrebbe non già lo strumento adattativo, che consente ad esempio di ottimizzare una più moderna azione *antitrust* specie sul terreno dei mercati digitali, ma appunto quasi il grimaldello attraverso cui pervenire – caso AGCM/Poste *docet* – a una moltiplicazione indiretta di censure e divieti, fornendo per di più implicito avallo ad una postura antitrust caratterizzata da avversione preconcepita al gigantismo.

⁵¹ Cfr. Cons. Stato Cons. Stato, ord. 10 ottobre 2022, n. 8650, cit., sub. parr 31 e 32.E a).

L'INTERESSE DI CLASSE

*Edoardo Ferrante **

SOMMARIO: 1. Le peripezie legislative della nostra *class action*: il problema della «retroattività». – 2. (Segue): lo spostamento della nostra *class action* dal codice del consumo al codice di procedura civile. – 3. Alcune ricadute sostanziali della riforma del 2019 e della *class action* in genere. – 4. Una piccola classe di aderenti. – 5. Verso il superamento del diritto soggettivo nel processo di massa (c'è un interesse “punitivo” di classe?) – 6. Un'appendice sull'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (nuovi artt. 140-ter ss. c. cons.).

1. Le peripezie legislative della nostra class action: il problema della «retroattività».

Ad uno sguardo d'insieme il nostro ordinamento non può più dirsi povero di procedimenti collettivi. Anzi, l'impressione è quasi d'abbondanza, se non di sovrappopolamento. Ma se domandassimo a dieci operatori quanta tutela queste azioni abbiano recato al cittadino, al consumatore, al lavoratore, probabilmente nove (o dieci) risponderebbero «poca». Strumenti più risalenti e altri recenti, inibitori e risarcitori, generali e settoriali hanno finora mancato alle promesse, e restano in cerca d'identità e spazio reale. Se un'istantanea restituirebbe immagini movimentate, un filmato che riproducesse l'evoluzione della giustizia collettiva in Italia sarebbe ben poco limpido.

D'altro canto, è risaputo che in queste faccende la quantità non diventa qualità, il moltiplicarsi dei riti non basta, il proliferare dei rimedi si fa controproducente. La tanto declamata effettività percorre itinerari complessi e talora misteriosi,

* Professore ordinario di diritto privato dell'Università di Torino.

non riducibili all'introduzione di nuovi modelli o alla rivisitazione dei vecchi, e talora diritto e processo sembrano parlare lingue diverse¹.

Solo per schizzi, l'inibitoria collettiva "generalista" ex art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. ha assorbito l'inibitoria collettiva consumeristica ex artt. 139-140 c.cons., ma sopravvive l'inibitoria speciale ex art. 37 c.cons. contro le clausole vessatorie, salvo ritenerla – ma è arduo – implicitamente abrogata. L'azione di classe "generalista" ex art. 840-*bis* ss. c.p.c. ha assorbito quella consumeristica ex art. 140-*bis* c.cons., ma i nuovi artt. 140-*ter* ss. c.cons. (introdotti dal d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, attuativo della Dir. 1828/2020/UE in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori), hanno ripristinato a far data dal 25 giugno 2023 un'azione collettiva a struttura esponenziale, che può essere tanto inibitoria (art. 140-*octies* c.cons.) quanto compensativa (art. 140-*novies* c.cons.).

Fra tutte resta paradigmatica l'epopea della nostra azione di classe. Come noto la «1ª edizione», risalente al 2007, non è mai entrata in vigore². Quanto alla «2ª», entrata in vigore il 1º gennaio 2010 per gli illeciti posteriori al 15 agosto 2009, le azioni sono state poche e promosse per lo più durante il primo anno di vigenza³. Ora gli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., introdotti con Legge 12 aprile 2019,

¹ Nel partecipare a questa raccolta di scritti in onore della Professoressa Giovanna Visintini – scritti che riproducono le relazioni tenute al convegno genovese del 19-20 maggio 2023 («*Le clausole generali nel diritto privato*») – desidero ringraziarLa nuovamente per l'invito e per l'opportunità concessami. E fra le molte cose belle che mi riportano a Lei col pensiero, mi piace ricordare un volume, «*I fatti illeciti, I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*» la cui 1ª edizione risale al 1987 e comparve nei noti libri «azzurri» della Cedam («*I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*»). In quanto *casebook* non appartiene, per definizione, ai libri più importanti della Professoressa, ma fu decisivo per me e per molti toRINESI iscritti a giurisprudenza negli anni '90. Tra corsi votati all'esegesi o allo stretto rigore dogmatico, ed altri di un realismo quasi iconoclasta, ne spiccava uno viceversa casistico, ma fatto di casi «veri», un po' *common law* e un po' *civilian*, ove il testo d'esame era appunto «La Visintini»: ebbene, per molti quel volume della Professoressa ha segnato una svolta, la scintilla di una passione sempre accesa per il diritto e per il diritto civile. Lo ribadiva a chiare lettere, per tutti, PERLINGIERI, *Relazione su sistemi di enforcement e principio di effettività*, MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, in particolare p. 210; sotto altro punto di vista, Paglietti, *La tutela civile dei diritti dei consumatori*, Napoli, 2013, p. 88 ss.

² Cfr. l'art. 2, co. 446, Legge 24 dicembre 2007, n. 244.

³ Cfr. l'art. 140-*bis* c. cons., introdotto dall'art. 49, co. 1, Legge 23 luglio 2009, n. 99, modificato dall'art. 6 d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. «cresci Italia»), e convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27.

n. 31, ne rappresentano la «3^a edizione»⁴. La nuova *class action* sarebbe entrata in vigore il 19 aprile 2020, se col solito decreto-“milleproroghe” la sua entrata in vigore non fosse stata rinviata di ulteriori sei mesi⁵; e in ogni caso, ai sensi dell’art. 7, co. 2, l. 31/2019, il nuovo rito vale solo per gli illeciti commessi dopo l’entrata in vigore della legge medesima. Ne deriva che per quelli commessi tra il 16 agosto 2009 e il 19 ottobre 2020 è ancora in vigore, ad esaurimento, la «2^a edizione», che però difficilmente verrà adoperata in futuro (se già langue l’uso dell’ultima e vigente edizione).

Come si nota all’istante, non è l’usuale successione di leggi processuali nel tempo: alla scansione temporale dei riti corrisponde quella degli illeciti che attraverso quei riti possono cadere *sub iudice*; il tempo della domanda si lega a quello del fatto dannoso⁶. Ecco una prima, latente dimensione sostanziale della nostra *class action*. Come nella «2^a edizione», così nella «3^a» il legislatore tratta l’istituto alla stregua del rimedio prima che del rito⁷: se dall’ottobre 2020 esso vale solo per

⁴ Per un commento “a caldo» cfr. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d’insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 737 ss.; e R. PARDOLESI, *La classe in azione. Finalmente*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 305 ss. In questo modo il nostro legislatore dà seguito alla Raccomandazione 2013/396/UE (in G.U.C.E. L n. 201/60 del 26 luglio 2013), dopo che già vi aveva dato seguito la Francia con l’art. 1 *Loi n. 2014-344 du 17 mars 2014*, che introduce l’art. 423 *code de la consommation* (una traduzione in lingua italiana compare in *Contratto e impresa/Europa*, 2014, p. 929 ss., a cura di COPPO; e per un breve commento, BERTOLINO, *L’“opt-out” nell’azione risarcitoria collettiva. Una contrarietà davvero giustificata? Analisi del dibattito e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 475 ss. e in particolare p. 501 ss.) e la Germania, che ha varato il *Gesetz zur Einführung einer zivilprozessualen Musterfeststellungsklage* (o *MuKlag*), entrato in vigore il 1° novembre 2018.

⁵ La vacanza fino all’aprile 2020 e poi fino all’ottobre 2020 si spiegava “al fine di consentire al Ministero della giustizia di predisporre le necessarie modifiche dei sistemi informativi per permettere il compimento delle attività processuali con modalità telematiche» (art. 7, co. 1, Legge 31/2019); notazione più che comprensibile, visto quante azioni di tipo collettivo sono naufragate, nei fatti, prima ancora dell’avvio, a causa dei notevoli inconvenienti organizzativi e logistici, prima che delle (vere o presunte) pastoie del rito.

⁶ Nota la disputa che aveva accompagnato la c.d. “irretroattività» dell’art. 140-*bis* (testo previgente) c.cons., stante il disposto dall’art. 49, co. 2, l. 99/2009: in tema sia consentito rinviare, fra i molti, a E. FERRANTE, *L’azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012, p. 183 ss.

⁷ Impossibile censire la dottrina “rimedialista», anche solo con riguardo alle esperienze della giustizia collettiva: cfr., per tutti, DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, in particolare p. 13 ss., p. 49 ss. e p. 71 ss.; MESSINETTI, *La sistematica rimediale*, in *Le*

chi abbia patito danno a partire da quella data, ciò significa che una pretesa maturata prima è sostanzialmente diversa da una maturata dopo, perché la prima serba una minore effettività, la seconda un'effettività maggiore⁸. È come se il legislatore temesse l'imprevedibilità o "retroattività" dell'*actio*, quando di solito a questi fini basta guardare al tempo della domanda. È chiaro però, qui più che altrove, che *jus* e *actio* vanno insieme, che una pretesa azionabile in forma allargata è diversa da una che non lo è, che le accresciute potenzialità di salvaguardia collocano l'istituto nell'area dei rimedi anziché dei semplici riti alternativi. Evidentemente il legislatore dell'art. 7, co. 2, l. 31/2019 ha stimato incongruo che chi abbia commesso un illecito prima dell'ottobre 2020 soggiaccia ad una tutela non ancora accessibile all'epoca dell'illecito, che chi confidava di sottostare alla sola azione individuale, che poco spaventa e poco danneggia, debba improvvisamente cimentarsi con un rito effettivo ed efficace. Giusto o sbagliato che sia, sembra uno scrupolo di "riconoscibilità" del rimedio⁹; e forse non è un caso che molti intravedano nell'azione qualcosa di sanzionatorio, qualcosa che non merita di patire chi non ne sia stato edotto fin dall'inizio¹⁰.

Tuttavia, se lo sguardo si posi sulla «2ª edizione», vale a dire sull'unica che ha trovato riscontro¹¹ – per la "3ª" è presto dire – tanti timori paiono esorbitanti.

tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo a cura di MAZZAMUTO, Napoli, 2012, p. 103 ss.; e di recente PESCE, I rimedi dell'autonomia, Pisa, 2022, passim ma in particolare p. 36 ss.

⁸ D'altro canto, secondo il "Documento di lavoro dei Servizi della Commissione. Consultazione pubblica: verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi", pubblicato il 4 febbraio 2011 come SEC (2011) 173 def., in particolare par. 1, "i diritti che non sono esercitati nella pratica non hanno alcun valore"; mentre al par. 4 si legge "spesso le azioni legali intentate a livello individuale non risultano un mezzo efficace per far cessare le pratiche illecite o per ottenere un risarcimento dei danni da queste provocati (...). La conseguenza di ciò è che il perdurare di pratiche illegali causa, a livello complessivo, considerevoli perdite alle imprese e ai cittadini europei" (in tema, fra i molti, GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 29 ss. e p. 53 ss.; Id., *Il consumatore come parte debole nel processo civile tra esigenze di tutela e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 525 ss.; e ancora Id., *Studi sulle "class actions"*, Padova, 1996, in particolare p. 182 ss.).

⁹ Tra gli altri, POMANTI, *La "riconoscibilità" della norma penale*, Napoli, 2020, in particolare p. 255 ss.

¹⁰ *Infra* par. 5.

¹¹ Un primo resoconto giurisprudenziale si legge in CAPORUSSO, *L'azione di classe nel diritto vivente: un laboratorio in itinere*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1199 ss.

Come noto le azioni esperite sono state non solo esigue, ma caduche e per lo più inette a superare il vaglio d'ammissibilità (riarticolatosi, a sua volta, nei giudizi di reclamo e di cassazione)¹². Quelle ammesse alla trattazione del merito generalmente hanno visto aderire pochi consumatori e hanno condotto a risarcimenti modesti, all'esito di procedimenti dal ritmo più lento di quello mediamente occorrente per le liti individuali.

Difficile cogliere con esattezza le ragioni dell'insuccesso. La prima spiegazione cui va il pensiero, non risolutiva ma neppure trascurabile, è data dall'estraneità dell'istituto al suo ambiente d'elezione, quel che sembra avervi scatenato una crisi di rigetto: gli esordi – è cosa nota – sono stati vissuti con allarme dai giudicanti e diffidenza dalla classe forense. Non è detto si debba scomodare a tutti i costi l'idea della lontananza culturale o della scarsa formazione degli operatori, tare mentali che avrebbero reso indigesto il *transplant*¹³: potrebbe essersi trattato, più banalmente, di paura del “super-lavoro” per i giudicanti e del lavoro scarsamente retribuito per i difensori. E ciò conferma la persuasione, pur dopo l'ingresso nel sistema della *class action*, che i mali della giustizia non si curino con nuovi riti o lo snellimento dei vecchi, ma con più risorse, giudicanti e no, e con incentivi pratici che rendano appetibile il processo¹⁴.

Il discorso vale anche per la *class action*, che promette molto ma per raggiungere i suoi obiettivi necessita delle giuste misure d'accompagnamento, che fluidifichino il superamento della bipolarità processuale tra un attore e un convenuto singolo, e forse, sul lungo periodo, della stessa logica bilaterale del diritto soggettivo.

¹² Numeri bassi, come nota GRANELLI, *Pratiche commerciali scorrette: le tutele individuali nel disegno di legge-delega di riforma del codice civile*, in *Contratti*, 2019, p. 493 ss. e in particolare pp. 499-500.

¹³ Notazione diffusa ma cfr., per tutti, DENOZZA, *L'azione privata. Tutela individuale o strumento di enforcement*, in *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia* (Atti del convegno di Courmayeur, 1-2 ottobre 2012), Milano, 2011, p. 46 ss.; di recente MONATERI, *La riforma italiana della class action tra norme speciali processuali e ricostruzione della tutela civilistica*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 314.

¹⁴ Come per le liti “a due», così per quelle di classe c'è bisogno di *third party funding*, che prima o poi arriverà anche da noi, piaccia o no (lo menziona il recente art. 140-septies, co. 5, c.cons.): D'ALESSANDRO (a cura di), *Prospettive del third party funding in Italia*, Milano, 2019, *passim*; CASTELLI - MONTI, *Third party litigation funding: quali prospettive in Italia?*, in *Contratti*, 2019, p. 580 ss.; e ancora D'ALESSANDRO PONCIBÒ, *European Parliamentary Research Service, Responsible private funding of litigation. European Added value assessment*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, p. 919 ss.

2. (Segue): lo spostamento della nostra *class action* dal codice del consumo al codice di procedura civile.

È un discorso che porterebbe lontano dal tema, mentre le ragioni dell'insuccesso della nostra *class action* devono essere cercate più in prossimità.

Ora, badando ai soggetti del rapporto processuale allargato, un primo importante restringimento dell'azione previgente era dato dalla circostanza per cui, in forza dell'art. 140-*bis*, commi 1-2 (vecchio testo), c.cons., attore di classe poteva essere solo un consumatore, convenuta solo un'impresa. Contratti, rapporti, questioni *business-to-consumer* e nulla più, settori importanti, ma pur sempre settori. È un problema che tornerà, quando verrà in gioco la neonata azione rappresentativa consumeristica¹⁵.

Quanto all'oggetto del rapporto processuale, altra importante restrizione era data dalla circostanza per cui, in forza dell'art. 140-*bis*, co. 2, in particolare lett. «a)», «b)» e «c)», c.cons., la materia del contendere doveva ricadere entro taluni specifici insiemi d'illeciti: inadempimento di contratti seriali, responsabilità del produttore, pratiche commerciali scorrette e danni da illecito *antitrust*. Anche qui settori vasti ed eterogenei, in fatto e in diritto, ma pur sempre parti del tutto.

Questa politica delle limitazioni era anzitutto il sintomo di una volontà legislativa incerta, preoccupata delle ricadute negative dello strumento prima che della sua effettività, a dispetto di quanto impongono gli artt. 47, co. 1, Carta UE e 13 CEDU¹⁶. D'altra parte, la «2ª edizione» della nostra *class action* non nacque da un disegno politico meditato ma quasi da una casualità, per quanto sia arduo parlare di casualità dinanzi all'opera legislativa: anche una veloce scorsa all'allora art. 140-*bis* c.cons. era sufficiente a cogliere il disagio di chi vuole e disvuole, fa e disfa¹⁷.

Inoltre, frammentare artificiosamente l'area del rimedio ha significato rimaneggiarne le occasioni d'impiego. Come ho detto, l'area restava ampia, ma fatta di zone distanti e non comunicanti. Incrociando le restrizioni soggettive e quelle oggettive si aveva come un arcipelago di situazioni coperte entro un mare di contenzioso sguernito, dove il processo tradizionale lasciava (e lascia) gran parte

¹⁵ Cfr. *infra*, par. 6 (in materia di azione rappresentativa).

¹⁶ Per tutti, TROCKER, *L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e l'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di tutela giurisdizionale dei diritti*, in G. VETTORI (a cura di), *Carta Europea e diritti dei privati*, Padova, 2002, p. 381 ss.

¹⁷ TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, pp. 122-123; e PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi superindividuali e sulle azioni di serie risarcitorie dei consumatori*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 253.

delle liti nel sommerso. Non ne poteva scaturire un “grosso” contenzioso di classe.

Ma frammentarne artificiosamente l'area – ecco il difetto peggiore – ha indotto le parti a controvertere sui requisiti d'accesso, anziché sul merito della lite, trasformandolo in un grande raccoglitore di cavilli; prova ne sia l'accanito dibattito, puntualmente sviluppatosi all'udienza-filtro, sulla qualità di consumatore del proponente¹⁸, sull'appartenenza della materia del contendere al novero di quelle coperte, sulla pertinenza temporale della pretesa (se anteriore o posteriore al 15 agosto 2009, secondo quanto prescritto dall'art. 49, co. 2, l. 99/2009). Non a caso molte azioni si sono “spente” quasi subito, già all'atto di saggiare l'ammissibilità dell'azione.

Ebbene la riforma del 2019, con i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c, dopo circa dieci anni di faticoso ambientamento del nuovo rito, ha finalmente ricusato questa politica delle barriere e dei freni: come non ha limitazioni precostituite l'azione individuale, così non deve avere limitazioni quella di classe¹⁹. Ma la politica delle limitazioni ha ripreso presto altre strade²⁰.

3. Alcune ricadute sostanziali della riforma del 2019 e della class action in genere.

Dunque, l'azione di classe generalista non è più “cosa” del consumatore²¹. Per i cultori del diritto sostanziale il dato non è di poco conto, perché il diritto dei consumi costituisce pur sempre una rete di protezione utile a collocare il rito o

¹⁸ Più ampiamente, FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., p. 48 ss. La qualità di consumatore è notoriamente problematica già in sede individuale: si pensi solo al quesito, recentemente tornato all'attenzione della Suprema Corte, circa la posizione della persona fisica fideiussore, se potenziale “professionista di rimbalzo» o consumatore “per natura» (come stabilito da Cass., 16 gennaio 2020, n. 742). Se l'azione di classe ora è aperta tanto ai professionisti, di rimbalzo e no, quanto ai consumatori per natura, il problema da questo punto di vista è risolto (salvo riproporsi nell'articolazione o “sub-articolazione» della classe costituita in giudizio, come si dirà *infra* par. 3).

¹⁹ Vi avrebbe certamente plaudito Galgano, a giudicare da quanto affermato in GALGANO, *Prefazione*, in C. CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis cod. cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, p. 5 (cfr. anche TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., pp. 106-107; e COSTANTINO, *La tutela collettiva: un tentativo di proposta ragionevole*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 140 ss.).

²⁰ Ancora *infra*, par. 6.

²¹ Per un commento sintetico alla nostra *class action* riformata cfr. RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, Pisa, 2022, p. 233 ss. (ed *ivi* ampia bibliografia).

rimedio in un preciso contesto²²; ordinamento settoriale incompleto e instabile, ma contrassegnato da principi e forse da valori suoi propri, non omologabili a quelli di parte generale (ad es. la lotta al disequilibrio informativo in area contrattuale, quella alla passività nell'accesso al prodotto pericoloso, l'incapacità di "scaricare" su altri i fallimenti del mercato, in primo luogo le conseguenze delle pratiche commerciali scorrette e delle intese anticoncorrenziali)²³. In una battuta, il diritto privato della regolazione, proveniente soprattutto dall'Unione, ha fatto del consumatore l'anello e il controllore terminale del mercato, tanto in ambito contrattuale quanto in ambito extracontrattuale; e l'ha dotato delle tutele funzionali allo scopo, che non è solo proteggere soggetti deboli ma salvaguardare, per questa via, la leale concorrenza tra imprese²⁴. Spostare la *class action* nel codice generalista ha significato abbandonare quest'universo rassicurante, ripristinare in certo senso l'idea del soggetto unico di diritto, fatto positivo ma che richiederà

²² Cfr., fra i contributi di maggiore meditazione, BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, in particolare pp. 293-295; ROLLI, *Il "codice" e i "codici" nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1496 ss.; PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 735 ss. (e inoltre Id., *Diritto privato e codificazioni europee*, Milano, 2004, pp. 85-87, pp. 94-95 e pp. 106-108); BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. critica dir. privato*, 2008, p. 347 ss. e in particolare p. 372 ss.; ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, ne *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?* (Atti del convegno per il cinquantenario della *Riv. dir. civ.*), Padova, 2006, p. 351 ss.; IRTI, *"Codici di settore": compimento della "decodificazione"*, in SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, p. 17 ss.; RESCIGNO, *Unità e pluralità del diritto civile: il sistema e le fonti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 23 ss.; e SCHLESINGER, *Codice civile e sistema civilistico: il nucleo codicistico ed i suoi satelliti*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 403 ss.

²³ Vi si sofferma, di recente, FEBBRAJO, *Il private enforcement del divieto di pratiche commerciali scorrette*, Napoli, 2018, p. 7 ss; un bilancio si legge in DE CRISTOFARO, *40 anni di diritto europeo dei contratti dei consumatori: linee evolutive e prospettive future*, in *Contratti*, 2019, p. 177 ss.

²⁴ Non è dunque profilo di "democrazia dei consumatori", né di democrazia *tout court*, come s'immaginava un tempo: GALGANO, *La democrazia dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, p. 38 ss.; e RODOTÀ, *Diritti civili e politiche delle riforme: il diritto collettivo come terza dimensione della geometria istituzionale*, in BALDASSARRE (a cura di), *I limiti della democrazia*, Bari, 1985, p. 86 ss. e in particolare p. 98; di recente cfr. anche i vari contributi raccolti in SIRENA, ZOPPINI (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.

molta accortezza²⁵. Sotto questo punto di vista l'azione rappresentativa consumeristica, ultima nata fra i procedimenti collettivi, appare un passo indietro²⁶.

Può suonare paradossale ma, allo stato, desta molta più sorpresa un'azione ad ampio spettro, libera di attraversare il diritto privato, che non una destinata a ricalcare i *cliché* del codice di settore (come la *class action* previgente *ex art. 140-bis c.cons.* o come la nuova azione rappresentativa *ex art. 140-ter ss. c.cons.*). Questo dovrebbe rilanciare un quesito più recòndito: forse la parte generale, che sia contratto o illecito, ha pian piano perduto non solo d'importanza ma pure di flessibilità sistematica²⁷. Se calare la *class action* al centro dell'ordinamento preoccupa – inutile negarlo –, forse è perché quel centro non è più tale, e meglio parrebbe governabile la periferia, che si auto-contiene e si auto-risolve in forme più stilizzate. La periferia si svela meglio attrezzata ad assorbire e comporre spinte e contropunte tipiche della modernità, mentre la parte generale degrada a fondamento epistemologico, imprescindibile ma remoto (quasi un baluardo per la didattica). La ritrovata generalità della nostra azione di classe, checché se ne dica, va in controtendenza.

Più modestamente – per rilanciare un quesito meno aeriforme – si potrebbe porre il problema di un'azione sì ad ampio spettro, ma dove fra proponenti e aderenti convivano «gomito a gomito» consumatori e no: a quel punto soggetti danneggiati da inadempimenti o illeciti identici (ovvero da un medesimo inadempimento o illecito plurioffensivo) potrebbero riversare nel processo pretese diversificate in ragione del loro appartenere all'una o all'altra categoria, pigiare nel medesimo contenitore tutele consumeristiche e tutele di parte generale.

Ecco che alla semplicità ritrovata della «3^a edizione» fa da contraltare la necessità di spaccare la classe in almeno due sotto-classi, consumatori e no, con la notazione allarmante che tale scissione sarebbe tendenzialmente rigida, una volta impostosi il *trend* della c.d. armonizzazione massima; e come noto a questo *trend* rimonta il diverso incidere dei precedenti giurisprudenziali europei, visto che la Corte UE ha il monopolio interpretativo sul diritto euro-unitario, ma non altrettanto, ovviamente, su quello esterno al raggio delle norme europee²⁸.

²⁵ TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna, 1976, p. 35 ss.

²⁶ Cfr. in breve *infra*, par. 6.

²⁷ Lo descrive, con peculiare riferimento all'area del contratto, fra i molti, ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2020, p. 69 ss.

²⁸ Fra i molti, WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017, p. 209 ss.

Ma c'è poco da fare, perché il futuro del nostro diritto contrattuale (e non solo) sarà sempre più segnato e quasi attanagliato dal dubbio: il consumatore è ancora *cives*?²⁹ Sono ormai domande retoriche, che paiono viepiù contraddire l'idea che consumatori e non-consumatori possano condividere rimedi unici. Alle spaccature sempre più nette che dividono il diritto d'impronta tradizionale da quello euro-derivato fa da contraltare un'azione che tutto ingloba e tutto sublima, e gli esempi d'incoerenza sarebbero allora molteplici³⁰.

Giusto per sceglierne uno, si ponga mente alla vendita di un elettrodomestico portante un vizio di fabbricazione: il compratore-consumatore vanta l'esatto adempimento sotto forma di sostituzione o riparazione del bene difforme, ma non più la risoluzione immediata, neppure – v'è da credere – nell'ipotesi peregrina dell'*aliud* (estromesso dall'arsenale dei rimedi consumeristici, per lo meno a quanto è dato intendere)³¹; il compratore-imprenditore, viceversa, non vanta l'esatto adempimento, estraneo alla vendita comune, ma potrebbe facilmente giovarsi della risoluzione per *aliud*, là dove ne ricorrano i generosi presupposti concessi dalla giurisprudenza³². Ora, se già è lecito dubitare della razionalità di quest'assetto, non meno arduo è immaginare, per lo meno «a freddo», un'azione unica che veda tra proponenti e aderenti consumatori e professionisti, tutti accomunati dall'aver comprato l'elettrodomestico mal funzionante. E discorsi analoghi si potrebbero fare per il credito al consumo e per le pratiche commerciali scorrette.

L'abbandono delle limitazioni oggettive, poi, è certamente positivo, ma richiederà impegno. La *class action* di *Common law* – espressione sempre imprecisa³³

²⁹ Cfr., fra i molti, FERRANTE, *La Direttiva 19/771/UE in materia di vendita al consumo: primi appunti*, in *Annuario del Contratto 2018* diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2019, p. 51 ss.; in termini più generali, non ristretti alla sola contrapposizione tra consumatori e imprenditori (o professionisti), AZZARRI, *Ricodificazione del diritto dei contratti tra parte generale e discipline di settore*, in SIRENA (a cura di), *Dal 'fitness check' alla riforma del codice civile*, Napoli, 2019, p. 163 ss.; nonché FARACE, *Coerenza e legislazione nazionale (sul rapporto tra codice civile e leggi speciali)*, *ibidem*, p. 209 ss.

³⁰ Ormai lontane, ad es., le pagine di FRANZEN, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin, 1999, p. 483 ss., ove s'immaginavano ben altri e più progressivi scenari, l'idea di un diritto europeo protagonista dell'armonizzazione virtuosa del diritto nazionale.

³¹ In tema, di recente e con ampie considerazioni, AFFERNI, *La responsabilità del venditore per i difetti materiali del bene*, Napoli, 2022, p. 266 ss.

³² Ancora AFFERNI, *La responsabilità del venditore*, cit., p. 124 ss.

³³ Sempre vivo il *memento* di GORLA, *Studio storico-comparativo della "common law"* e

– ha coperto e copre le materie più disparate, dalle intossicazioni da prodotto agli illeciti contro l'ambiente, dalla malasanità agli abusi sessuali, dalle liti tributarie alla negligenza degli investitori, dalle condizioni di lavoro nelle fabbriche alle rivendicazioni salariali, per finire con i danni da vacanza rovinata, gli allarmi domestici difettosi, le scommesse sportive truccate e le diffamazioni a mezzo stampa. Come si vede non solo *small claims*, a dispetto del pregiudizio (per lo più continentale) che lega lo strumento al bagatellare.

Per i cultori del diritto sostanziale il dato non è di poco conto, perché l'azione s'affranca da binari prestabiliti per aprirsi a tutti i settori e a tutti i problemi della responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale. Tutto il diritto privato dovrà fare i conti con l'azione di classe o l'azione di classe dovrà fare i conti con tutto il diritto privato.

Squarciata la rete di protezione del codice di settore e della tipizzazione per gruppi d'illeciti, l'interprete si troverà dinanzi ad un enigma per lui inedito (ma scontato agli occhi dell'interprete d'oltreoceano): qual è il limite naturale della *class action*? Ora, l'unico limite – ma non è un limite, è la *ratio* – consisterà nella *commonality* della materia del contendere: le posizioni individuali devono manifestare uno o più tratti unificanti, necessari e sufficienti a rendere il procedimento allargato preferibile rispetto al proliferare delle liti singole; e su questo profilo, l'unico davvero cruciale, sia l'art. 140-*bis* c.cons. previgente sia i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c. hanno deciso di glissare con formule di rinvio, vale a dire prima l'"identità" e poi, col «cresci-Italia» (art. 6 d.l. 1/2012), l'"omogeneità" dei diritti individuali.

È paradossale che pure un'amplissima disciplina come i nuovi artt. 840-*bis* ss. c.p.c. lasci nell'ombra l'enigma di fondo, vale a dire come si possa e si debba "ri-tagliare" il processo di classe. Ma forse non è poi così paradossale: spetta davvero al legislatore regolare in forma analitica e tassativa i confini dello strumento? È possibile precostituirne il funzionamento tramite norme generali e astratte, come sono pur sempre quelle legislative, e che al contempo non siano di puro rinvio? In ogni caso, anche all'esito della riforma tutto continuerà a gravare sulle spalle dell'interprete, ma per essere schietti su quelle dell'attore, fondamentalmente solo nella ricerca della giusta via per oltrepassare il filtro di ammissibilità.

Non v'è chi non veda come il rito finisca col confermare una fortissima impronta sostanziale: l'omogeneità è dei diritti, non del procedimento. Non è questa la sede per trattarne a fondo, ma i recenti sviluppi confermano che la "*commona-*

scienza del diritto (le forme d'azione), in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, p. 25 ss.

lity” non è spiegabile puramente e semplicemente come unicità dell’istruttoria, come se omogenei fossero quei soli diritti per la cui tutela di classe sia richiesta una delibazione singola ed unitaria tanto all’udienza-filtro quanto nella fase di merito. L’unicità dell’istruttoria è al più una conseguenza, non il metro dell’omogeneità. Spetta invece al diritto sostanziale dire che cosa è omogeneo e che cosa no³⁴.

4. Una piccola classe di aderenti.

Senonché la riforma del 2019, che pure ha affrancato il rimedio dalle sue pregresse costrizioni soggettive ed oggettive, come non scioglie il nodo dell’omogeneità, così non abbandona l’ormai consueto meccanismo dell’*opting-in*. Anche nella sua «3^a edizione» la nostra non sarà un’azione di classe in senso proprio ma un’azione di aderenti, i quali entrano nel processo con un atto positivo di partecipazione (art. 140-*bis*, co. 3, c.cons. e nuovo art. 840-*quinquies* c.p.c.). Questo ha scatenato e continuerà a scatenare discussioni accese sulla posizione anomala dell’aderente, parte (solo) sostanziale del processo aggregato, e sull’intima contraddizione che si crea fra la natura unitaria di questo e l’ingresso a titolo singolare di ciascun membro della classe³⁵.

³⁴ *Infra* par. 5.

³⁵ Sul punto la letteratura è folta, dai tempi della nostra prima *class action* fino alla versione in vigore: cfr., fra gli altri, DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, Napoli, 2013, p. 620 ss. e p. 634 ss.; CONSOLO, ZUFFI, *L’azione di classe ex art. 140 bis*, cit., p. 135 ss.; TARUFFO, *La tutela collettiva nell’ordinamento italiano*, cit., p. 115 ss.; PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale*, cit., p. 254; DONZELLI, *L’azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, p. 265; PACE, *Interrogativi sulla legittimità costituzionale della nuova “class action”*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 19; SCHLESINGER, *Introduzione*, in *Class action: il nuovo volto*, cit., pp. 14-15; DONATI, *Azione collettiva e diritto soggettivo collettivo*, in *Contratto e Impresa*, 2010, pp. 947-948; CANALE, *Il “convitato di pietra” ovvero l’aderente nell’azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1304 ss.; PORRECA, *Ambito soggettivo e oggettivo dell’azione di classe*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 551 ss.; DE CRISTOFARO, *L’azione collettiva risarcitoria “di classe”: profili sistematici e processuali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 1941 ss.; PELLE, *Lo status processuale di aderente nell’azione di classe ex art. 140 bis cod. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, pp. 972-973. In senso contrario: GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 602; Id., *Azione di classe e tutela antitrust: profili processuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, I, p. 383; nonché Id., *L’azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1189; e inoltre MENCHINI, MOTTO, *L’azione di classe dell’art. 140 bis c. cons. (legge 23 luglio 2009, n. 99)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, pp. 1430-1431; BOVE, *Profili processuali dell’azione di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, p. 1033 ss.; e CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 387.

L'adesione porta inevitabilmente con sé questioni individuali, come diviene lampante quando il convenuto, ammessa l'azione alla fase di merito, formuli eccezioni personali non contro la classe, ma contro il singolo aderente come tale. Ne discende l'individualizzazione di ritorno della lite, nonché l'impossibilità di ridurla ad un'unica istruttoria; al contrario, potrebbero occorrere tante istruttorie quanti sono gli aderenti, ciò che mette a repentaglio l'idea stessa della comunanza della materia del contendere. Se con l'*opt-in* l'aderente formula un'autentica domanda di tutela, esattamente al pari del proponente, egli deve poter replicare alle eccezioni del convenuto, per lo meno quando dette eccezioni riguardino soltanto lui e non altri; e da questo vicolo cieco non si può uscire sottraendo al convenuto la facoltà di sollevare eccezioni personali, pena la violazione di ogni suo più elementare diritto di difesa³⁶. Ecco il rischio di fondo: per via indiretta l'azione degrada a somma di cause individuali, perché accanto alla lite fra proponente e convenuto insorgono tante liti individuali quanti sono gli aderenti. Esattamente l'opposto della *commonality*.

In giurisprudenza si segnala in particolare Cass., 15 maggio 2019, n. 12997, in *Giur. it.*, 2020, p. 535 ss., con nota di chi scrive, la quale precisa: “*Gli aderenti, nei confronti dei quali fa stato la sentenza, non sono parti processuali in senso tecnico*»; formulazione più completa si deve all'ormai datata Trib. Torino, ord. 4 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2010, p. 2601 ss., con note di RONCO e di ZUFFI, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2523 ss., con nota di DE SANTIS, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 869 ss., con nota di LIBERTINI e MAUGERI, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, p. 610 ss., con nota di CERRATO, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 67 ss., con nota di FRATA, in *Corr. merito*, 2010, p. 1045 ss., con nota di SANGIOVANNI, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 1487 ss., con nota di RUGGERI (e commentata anche da COSTANTINO, CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione risarcitoria di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 985 ss. e in particolare p. 987 ss.), ove il Tribunale ha affermato che “(...) l'azione di classe tutela i diritti individuali omogenei dei consumatori ed utenti ed a tal fine può agire ciascun componente. Solo il soggetto che assume tale iniziativa processuale assume la qualità di parte processuale, mentre coloro che aderiscono all'azione ai sensi del 3° co. ne subiscono gli effetti, ma non assumono la qualità di parte essendo privi di poteri di impulso processuale e della possibilità di impugnare la decisione, che fa comunque stato nei loro confronti».

³⁶ Per citare un esempio noto – verosimilmente non l'unico né il più importante – Trib. Torino, 10 aprile 2014, in *Giur. it.*, 2015, p. 331 ss., con nota di chi scrive, nel rigettare la quasi totalità delle adesioni, non aveva sottaciuto di aver accolto “contestazioni sollevate dalla parte convenuta»; ma a quanto consta neppure s'era dato modo a quegli aderenti di replicare (in tema, fra gli altri, SCAGLIONE, *Azione di classe e nuove forme risarcitorie*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 63 ss.; RORDORF, *L'azione di classe nel novellato art. 140 bis cod. consumo: considerazioni [e qualche interrogativo]*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 187; e di recente, PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno e responsabilità*, 2019, p. 308).

Un'attenuazione del fenomeno può derivare dall'uso delle sottoclassi, abituale nelle azioni di *common law*, ove si parla di *subclassing*. Proprio per salvaguardare la compattezza della lite e non giungere ad un coacervo informe di liti individuali, queste sono riaggregate attorno a più poli, a più sottoclassi omogenee che hanno qualcosa in comune e qualcosa no, ma entro una medesima e più lata cornice; la situazione-modello che "esce" dall'udienza-filtro si scompone e riarticola in più sotto-modelli, sicché l'istruttoria non sarà unica ma neppure polverizzata in tanti procedimenti paralleli.

Senonché nella vigenza della «2ª edizione» consta un unico caso virtuoso ove il giudice ebbe a «fare» *subclassing*³⁷, a riprova di come lo strumento, a distanza di dieci anni, sia ancora maneggiato con disagio nelle aule di giustizia e di come, verosimilmente, non basterà averne riformato ed allungato la disciplina con la riforma del 2019.

Tutti sanno, infatti, che è molto difficile curare le storture dell'"*opt-in*" e che l'unica *class action* funzionante è quella basata sulla classe chiusa o sull'"*opt-out*"³⁸. Non a caso negli Stati Uniti la "*class action*" non è decollata fintantoché non s'è imposta l'automatica deduzione in giudizio di tutte le posizioni facenti capo ai membri della classe, capace di raggruppare i portatori di situazioni isomorfe, anziché quei pochi che di volta in volta decidano d'aderirvi³⁹.

³⁷ Trib. Cagliari, 10 febbraio 2017, in *Giustizia civile.com*, 2017, con nota di DE DOMINICIS.

³⁸ Rilievo diffuso: per tutti, CHIARLONI, *Il nuovo articolo 140-bis del codice del consumo: una tutela debole*, in *Class action: il nuovo volto*, cit., p. 217 ss.; e ancora di recente, PONZANELLI, *La nuova class action*, cit., p. 308.

³⁹ Poiché è risaputo che l'inerzia del danneggiato è molto difficile da vincere e lo tiene lontano non solo dalle liti individuali ma anche da quelle collettive, i due modelli dell'*opt-out* e dell'*opt-in* si differenziano anzitutto sul piano quantitativo: l'uno dà vita a «grandi» azioni, perché tutti gli appartenenti a quella stessa cerchia di danneggiati, per il fatto di vantare posizioni conformi a quella dell'attore, attraggono automaticamente gli effetti del giudicato collettivo; l'altro dà vita a «piccole» azioni, perché l'estensione soggettiva del giudicato è tale da coprire solo gli aderenti, i quali saranno sempre una frazione minimale dell'intero (ancora TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., p. 116 ss.). Già solo questo scarto quantitativo rende palese la preferibilità dell'*opt-out*: solo un grande processo aggregato restituisce davvero all'azione civile la sua efficacia riparatoria e deterrente, tutelando appieno la massa dei danneggiati, anziché quei pochi che decidano scientemente di parteciparvi (cfr., nella letteratura americana, sconfinata, MULHERON, *The case for an opt-out class action for european member states: a legal and empirical analysis*, in *15 Columbia Journal Eur. Law*, 2009, p. 409 ss.; e in prospettiva più ampia, KAHAN,

La versione statunitense conviene al membro della classe, che sotto la guida dell'attore esercita o «vede esercitata» la sua pretesa senza dover fare alcunché; non redige atti adesivi, non subisce eccezioni di controparte, non necessita d'assistenza difensiva, non sostiene spese di sorta, e tutto ciò per la semplice ragione che non compare personalmente in giudizio⁴⁰. Essa conviene però anche al convenuto, che apprestando le sue difese contro l'attore, simultaneamente si difende da tutti i componenti la classe; al termine del giudizio, quale che ne sia l'esito, la partita sarà chiusa per sempre, non già nei confronti dell'attore e di quei pochi che abbiano aderito, ma di tutti gli appartenenti alla classe, ivi compresi quelli che non siano neppure consci del loro diritto; non c'è spazio per questioni personali, capaci di frammentare l'*iter* fino a renderlo guazzabuglio di liti singolari; non c'è spazio per un contenzioso di risulta, vale a dire per cause a due coltivate a margine o *a posteriori*. Tutto deve iniziare e finire in sede collettiva. Se è data la facoltà d'uscita, l'impresa potrà temere qualche azione individuale durante o dopo quella collettiva, ma i numeri saranno così bassi da non rappresentare una seria minaccia.

Questo si ripercuote sulla stessa transigibilità della lite di gruppo: in un sistema ad *opting-in* perché mai il convenuto dovrebbe accettare una transazione? Se dovesse transigere, il giorno dopo s'esporebbe ad una sequela di cause individuali, incoraggiate dalle sue concessioni in sede allargata. In un sistema *mandatory*, ove il membro della classe neppure vi può fuoriuscire, il contenzioso si chiude e per il convenuto ha senso pratico transigere, al punto che anzi bisogna diffidare da transazioni troppo "facili" e magari troppo profittevoli per il convenuto stesso. D'altra parte, si sa che negli Stati Uniti la maggior parte delle azioni certificate si chiude con l'*agreement* approvato dal giudice, mentre dal 2010 ad oggi in Italia ci sono state, a quanto consta, ben poche transazioni di classe. Di nuovo dati

The logic of reciprocity: Trust, collective action, and law, in 102 *Michigan Law Rev.*, 2003, p. 71 ss.; in Italia, fra i molti, CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 629 ss.; e – sia consentito rinviare a – FERRANTE, *Opt-out ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*, in *Contratto e impresa Europa*, 2012, p. 487 ss.).

⁴⁰Non a caso l'art. 23, "[a]", 4^a proposizione, delle *Federal Rules of Civil Procedure* (Rule 26) prescrive che "*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*" (in tema, BARRINGTON WOLFF, *Discretion in class certification*, in *Univ. Pennsylvania L. Rev.*, 2014, p. 1897 ss.; e nella dottrina italiana, fra i molti, PUNZI, *L'"azione di classe" a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 259-260; e PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140 bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 363).

incomparabili, ma che danno un ordine di grandezza.

V'è dell'altro. Per quanto possa stupire visti i fiumi di dollari che fa scorrere, la *class action* americana sul lungo periodo ha una sorta d'effetto-calmiere sui risarcimenti, anche quando non si chiuda con la composizione anticipata della lite, ovviamente in proporzione alle dimensioni ragguardevoli del contenzioso che smuove. Infatti, poiché i membri della classe sono assenti, la liquidazione del danno è necessariamente in astratto, improntata a criteri di probabilità statistica, e ciò che è probabile e medio, normalmente è anche prevedibile ed assicurabile, e s'attesta entro una soglia che non è di picco⁴¹. Forse che i tanto deprecati risarcimenti punitivi sono stati introdotti proprio perché, in loro mancanza, la somma posta a carico del convenuto risultava mediamente bassa? Inoltre, non solo la quantificazione ma anche l'assegnazione del risarcimento al *class representative* ha qualcosa d'astratto, perché la somma liquidata a carico del soccombente è sì prelevata dal patrimonio di questo, ma non immediatamente riversata in quello di altri; chiuso l'itinerario occorre distribuire il ricavato fra i membri della classe, i quali però sono assenti, ed è normale che una quota di costoro resti assente per sempre. La *class action* americana libera risorse che spesso trascendono le pretese concretamente avanzate dai membri della classe, la c.d. *take-up rate* (e allora viene spontaneo, per lo meno in Europa, pensare ad una loro destinazione alla mano pubblica).

Raramente accade che i membri della classe siano inaspettatamente numerosi e l'ammontare dei loro crediti oltrepassi il ricavato. In questo caso la ripartizione non potrà che essere concorsuale e proporzionale. Se il *class representative* e il giudice sottostimano l'ampiezza della classe e l'entità globale delle pretese, questo non potrà pregiudicare il convenuto, che si libera pagando la somma concordata in sede conciliativa o portata a suo carico dalla sentenza di condanna. Quasi un *cap* spontaneo, anziché fissato per legge.

Alfine si tratta di cose note e sufficienti per dire che l'azione americana resta un esempio cui guardare⁴².

⁴¹ GROSSFELD, *Risikobegrenzung!?*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2003, n. 8, p. I.

⁴² Di tutto ciò pareva essere consapevole il legislatore europeo, almeno a giudicare già dal "Libro Verde sui mezzi di ricorso collettivo dei consumatori", COM (2008) 794 def., par. 55-56 (in tema, VIGORITI, *L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2009, p. 680 ss.; e ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, p. 380), ma gli sviluppi successivi del dibattito europeo denotano maggiore freddezza nei confronti del prototipo americano (basti pensare alla risoluzione del Parlamento UE n. <NoDocSe>A7-0012/2012, " <Titre>Verso un approccio europeo coerente in materia

5. Verso il superamento del diritto soggettivo nel processo di massa (c'è un interesse "punitivo" di classe?).

Divelte le restrizioni all'accesso, la nostra *class action* riformata rischia pur sempre di stentare, sotto la pretesa omogeneità dei diritti e l'adesione espressa dei membri della classe. Ma se dell' "opt-in" s'è appena detto – difficile curarne le storture, lontano il modello statunitense – il dilemma dell'omogeneità segnerà ogni prospettiva di successo (o di nuovo insuccesso) dell'azione⁴³. La sua effettività dipende da una rivisitazione radicale del binomio *jus-actio* in una prospettiva, per noi inesplorata, «di massa», un cambio di mentalità che dovrà attraversare gradualmente diritto e processo. La sua riformulazione generalista, con la novella del 2019, varrà certamente a velocizzarne l'ambientamento e la capacità di trasformare il sistema, perché la "class action" – si sa – piano piano trasforma l'ordinamento dalle fondamenta. Ma diviene ancor più cruciale l'affinamento dei criteri d'assimilazione delle pretese individuali entro il canovaccio del rito allargato.

Come premesso dall'ottobre 2020 tutto il diritto privato deve fare i conti con l'azione di classe e l'azione di classe deve fare i conti con tutto il diritto privato. Ma un'azione (davvero) di classe contemporaneamente richiede e produce diritti di classe; difficile dire che cosa venga prima e che cosa dopo, ma non è possibile guardare al processo di massa con le lenti del rapporto a due o guardare ai rapporti a due con quelle del processo di massa. Questo è il problema di fondo, che è *de jure condito* e non *de jure condendo*, un uso alternativo del processo e del diritto⁴⁴.

di ricorsi collettivi», </Titre> approvata in commissione giuridica il 12 gennaio 2012); parte della dottrina italiana condivide tali timori, come PONZANELLI, *I segnali della responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 2010, pp. 1230-1231; BELLINI, PONZANELLI, *I limiti delle class actions nell'esperienza nordamericana. Un monito per il legislatore italiano*, in GALGANO, VISINTINI (a cura di), *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Padova, 2006, p. 337 ss.; e VALERINI, *L'introduzione della class action nell'ordinamento italiano*, in Panizza, Romboli (a cura di), *Temi e questioni di attualità costituzionale*, Padova, 2000, p. 136 ss. Si sente dire in particolare che l'eventuale suo affermarsi nel contesto europeo costituirebbe l'ennesimo svantaggio competitivo per le imprese continentali o l'ennesimo disincentivo agli investimenti provenienti da Paesi *extra-UE*. Ma non risulta che l'economia-USA ne abbia sofferto o che la *class action* abbia reso quel mercato meno attraente.

⁴³ S'è tentata un'impostazione sostanziale dei problemi in FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., p. 208 ss.

⁴⁴ L'atavica tendenza a minimizzare l'azione, degradandola a mero rito speciale, sullo stesso piano dei molti riti noti al processo contemporaneo, è stata contrastata con vigore

Se il vaglio d'omogeneità si riduce, come accaduto finora, ad un raffronto su scala «1:1» tra il diritto soggettivo perfetto dell'attore e quello parimenti perfetto di ciascun aderente, alla ricerca di tratti comuni sufficienti all'instaurazione congiunta della lite – e se poi, in aggiunta, si chiede a tutti i portatori di quei diritti d'intraprendere un'adesione espressa –, la lite di classe non sarà mai veramente di classe. E allora qual è il senso ultimo della “*commonality*” o dell'omogeneità (impropriamente detta), un senso che l'”*opting-out*” esalta ma l'”*opting-in*” non nega? La situazione-modello (impropriamente omogenea) spetta alla classe come tale, non a questo o quel membro individualmente inteso⁴⁵.

L'omogeneità dei diritti individuali, se malintesa, può condurre ad una valutazione comparativa fra situazioni soggettive singole – che cosa hanno in comune? Che cosa le separa? –, mentre l'azione di classe richiede e produce una situazione-modello che, a rigore, non è né omogenea né disomogenea rispetto a qualcos'altro, ma è semplicemente imputabile alla classe come tale.

Proponenti e aderenti fruiscono dell'azione allargata non perché le rispettive situazioni soggettive siano *tout court* identificabili o sovrapponibili, ma perché le loro domande presentano lineamenti utili ad una trattazione e decisione congiunte. La comunanza cui è subordinato l'accesso al rimedio implica l'emarginazione delle questioni strettamente individuali e la convergenza su quelle di classe⁴⁶. Ne discende che la posizione *sub judice* non preesiste all'azione ma è un prodotto di questa: proponente e giudice vi danno forma rispettivamente con la citazione e con l'ordinanza ammissiva (anzi, per essere più precisi, la citazione fornisce come una bozza, ma è solo l'ordinanza a creare il diritto tutelabile col nuovo rito)⁴⁷.

proprio dalla dottrina processual-comparatistica italiana: CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, 1989, p. 268 ss.; ma già Id., *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti la giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, p. 361 ss.

⁴⁵ Qualche barlume in App. Milano, 26 agosto 2013, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1319 ss., con nota di chi scrive, ove si narra di un diritto omogeneo di classe, ma in modo quasi allusivo, verboso anziché concettuale.

⁴⁶ Per tutti, in direzione sostanzialmente convergente, TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano*, cit., p. 115; Pagni, *L'azione di classe*, cit., p. 356 ss.; e DONZELLI, *L'azione di classe*, cit., p. 257.

⁴⁷ Un protagonismo giudiziario che, abituale nella *Common Law*, resta piuttosto lontano dalla mentalità e dalla prassi del giudice continentale, il cui *modus operandi*, anche a causa dei carichi di lavoro, va sempre più inaridendosi e burocratizzandosi. Vi contribuisce – o ne consegue – una qualche percepita neutralità o indifferenza del rito, quasi il modello processuale divenisse un “velo» (AULETTA, *L'effettività nel processo*, in S.

Ne discende inoltre che, trattandosi di una situazione-modello che come tale non fa capo ad alcuno ma è sufficiente all'uso del rimedio, la tutela ottenibile da ciascun membro della classe, se raffrontata a quella ricavabile in sede individuale, è generalmente inesatta: qualche danneggiato potrebbe conseguire «di più», qualcun altro «di meno», con una *fluid recovery* che valica il principio di specularità perfetta fra danno e risarcimento (e sul lungo periodo potrebbe segnare l'accantonamento di quel principio nell'area del nuovo rito)⁴⁸. È il prezzo dell'effettività, ove il processo a due, volto ad una tutela esatta, lascia ingenti porzioni di contenzioso nel sommerso.

La compensazione fluida non è punitiva⁴⁹. Al contrario essa è per lo più calmierante, perché l'approssimazione non si pratica spingendo i livelli ai loro picchi, ma tenendo un parametro medio che rifugge per definizione da qualsiasi pretesa sanzionatoria. Una *class action* ben oliata stempera ed accomoda sui grandi numeri la quantificazione del danno. Forse l'impresa preferirebbe fronteggiare poche o pochissime liti individuali, ma è intuitivo come un'unica azione di classe

GRISI [a cura di], *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 2019, p. 52; ma già DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 7).

⁴⁸ Emblematica l'idea del non patrimoniale di classe, come ad es. in Cass., 31 maggio 2019, n. 14886 (non priva di qualche archetipo nella giurisprudenza di merito, come in App. Roma, [ord.] 27 gennaio 2012, inedita, a quanto consta; App. Torino, [ord.] 26 gennaio 2012, anch'essa inedita, sempre a quanto consta, ove si dice: "Non rileva, dunque, in concreto, [...] la qualità o quantità del pregiudizio patrimoniale affermato, né pare corretto escludere *a priori* l'esperibilità dell'azione di classe a tutela dei diritti non patrimoniali, per definizione personali, non avendo il legislatore posto alcun distinguo in merito alla natura del danno tutelabile»; e infine, ma *obiter*, App. Torino, [ord.] 25 ottobre 2010, in *Foro it.*, 2010, I, c. 3530 ss., con nota di DE SANTIS, in *Nuova giur. civ.*, 2011, I, p. 502 ss., con nota di LIBERTINI e MAUGERI, in *Corriere giur.*, 2011, p. 525 ss., con nota di ZUFFI, in *Danno e resp.*, 2011, p. 71 ss., con nota di FRATA; e commentata anche da POLI, *Sulla natura e sull'oggetto dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 38 ss.). Quanto alla dottrina cfr., in senso sostanzialmente affermativo e pur con molte sfaccettature, CAPONI, *Il nuovo volto*, cit., c. 388; CONSOLO, ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140-bis*, cit., p. 90 ss., in particolare nota 39; LIBERTINI, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in *Riv. dir. ind.*, 2011, pp. 159-160; SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, in particolare p. 511 ss.; in breve, G. ALPA, *L'art. 140-bis del codice del consumo nella prospettiva del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, p. 391; e SALVI, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 518 ss. e in particolare p. 528.

⁴⁹ Di recente, DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie*, Padova, 2019, p. 233 ss.

minacci esborsi comunque più bassi di quanto non conseguirebbe alla ripetuta soccombenza in sede individuale, allorché una quota significativa di azioni singole fosse intrapresa. Se invece per punitività s'intende maggiore effettività, allora sì, la *class action* è sicuramente «punitiva»⁵⁰.

Insomma, la tutela ha qui ad oggetto una situazione-modello che, prodotta dal rito e solo approssimativamente riferibile a ciascun membro, spetta in realtà alla classe come tale. È un risultato che implica l'abbandono o la rivisitazione di tutto l'armamentario classico del processo civile, e stimola un graduale ripensamento dello stesso diritto sostanziale, destinato a massificarsi tanto quanto il rito, non appena l'istituto si sarà fatto meno rado nella pratica. Ha qualche punto di contatto con quello che negli Stati Uniti è detto *Class Action-Respecting Canon*, e che da noi potrebbe rileggersi, allusivamente, come bisogno di un approccio interpretativo che ritagli per l'istituto uno spazio suo, anziché pretendere di forzarlo nelle pieghe del già noto⁵¹.

⁵⁰ Verrebbe da citare, ovviamente, Cass., 5 luglio 2017, n. 16601, che ha enunciato con enfasi la polifunzionalità della responsabilità civile e una sorta di benessere ai risarcimenti punitivi, pur nel quadro di un procedimento di delibazione di una sentenza straniera (sul punto, fra i molti, DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie*, cit., p. 31 ss.; DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1142 ss.; LASSO, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, 2018, p. 26 ss.; MALOMO, *Responsabilità civile e funzione punitiva*, 2017, *passim*; MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, p. 1410 ss.; e in chiave internazional-privatistica, PERLINGIERI - ZANNA, *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Napoli, 2019, p. 166 ss.). Ma il precedente non è in termini, nel senso che la *class action* non implica di per sé alcuna valenza punitiva della sentenza di condanna, né impone che ad essa s'unisca la statuizione di risarcimenti ultracompensativi (GALGANO, *Prefazione*, cit., pp. 2-3; e GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 239 ss.); e comunque, a dispetto di quanto asserito dalla Suprema Corte con la citata sentenza, non spetta necessariamente al legislatore fissare una volta per tutte le funzioni della responsabilità civile, se non altro perché, in fin dei conti, queste funzioni dipendono dal *quantum*, cosa che sfugge a qualsiasi tipizzazione o precomprensione legale (in tema, fra gli altri, BENEDETTI, *Sanzionare compensando? Per una liquidazione non ipocrita del danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 222 ss. e in particolare p. 230 ss.; DI MAJO, *Rileggendo Augusto Thon, in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 1314 ss.; e MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 92 ss.).

⁵¹ Su come la *class action* possa contribuire a riplasmare il diritto sostanziale, la letteratura anglo-americana è davvero sterminata: fra i molti, HANDLER, *The shift from substantive to procedural innovations in antitrust suits: the twentythird annual antitrust*

L'azione di classe, per funzionare, al tempo stesso richiederà e favorirà il superamento del diritto e del rapporto soggettivi, emblemi “stanchi” della modernità⁵², per abbracciare la logica di un diritto e di un processo massificati⁵³. Questa

review, in 71 *Col. Law Rev.*, 1971, p. 5 ss.; SIMON, *Class actions: useful tool or engine of destruction*, in 55 *Federal Rules Decisions*, 1973, p. 375 ss.; PRIEST, *Procedural Versus Substantive Controls of Mass Tort Class Actions*, in 26 *Jour. Legal Stud.*, 1997, p. 521 ss.; NAGAREDA, *The Preexistence Principle and the Structure of the Class Action*, in 103 *Col. Law Rev.*, 2003, p. 149 ss. e in particolare p. 181; MOLLER, *Class Action Law MAKING: An administrative Law Model*, in 11 *Texas Rev. Law & Pol.*, 2007, p. 41 ss. e specialmente p. 46 ss.; LANDSMAN-ROOS, *Front-End Fiduciaries: Precertification Duties and Class Conflict*, in 65 *Stanford Law Review*, 2013, p. 817 ss.; nella nostra dottrina, per tutti, GIUSSANI, *Studi sulle “class actions”*, cit., p. 155 ss.; e FRIGNANI - VIRANO, *La class action nel diritto statunitense: tentativi (non sempre riusciti) di trapianto in altri ordinamenti*, in *Dir. econ. assic.*, 2009, p. 26 ss.

⁵² Quasi una mistica del diritto soggettivo: cfr., per citare due scritti pressoché coevi ma molto distanti tra loro, CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 659 ss.; e ROSS, *Diritto e giustizia*, a cura di GAVAZZI, Torino, (rist.) 1990, p. 160 ss. (l'ed. originale è del 1958); ma in merito al “realistico» superamento della proprietà occorrerebbe rimeditare, *in primis*, LLEWELLYN, *Through Title to Contract and a Bit Beyond*, in *Law: A Century of Progress*, III, New York, 1937, p. 80 ss.; Id., *Across Sales on Horseback*, in *Harvard Law Rev.*, 1939, p. 725 ss.; e ancora Id., *The First Struggle to Unhorse Sales*, *ibidem*, p. 873 ss.; e per una recente rimeditazione critica, RUPERTO, *La dinamica giuridica*, Torino, 2019, p. 80 ss.

⁵³ Il diritto privato s'è già ampiamente massificato e si tratta solo di prenderne atto, a fronte di un nuovo modello di processo che ne esalta ulteriormente la massificazione. Solo due esempi, qui appena enunciati ma facilmente comprovabili: nella materia contrattuale, il deperimento dei vizi del volere e delle relative tutele e loro sostituzione col paradigma della trasparenza – chiarezza e comprensibilità o chiarezza ed esaustività – presidiata in primo luogo dall'interpretazione contro l'autore della clausola *ex artt.* 1370 c.c. e 35, co. 2, c.cons. (poderoso K. KOSCHE, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, Tübingen, 2011, *passim*; in Italia, fra i molti, RIZZO, *Trasparenza e “contratti del consumatore» [la novella al codice civile]*, Napoli, 1997, p. 51 ss.; DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, p. 81 ss.; MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 592 ss.; Id., *Nuovi requisiti di forma del contratto*, Padova, 2006, *passim* ma in particolare p. 38 ss.; P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 461 ss. e in particolare p. 489 ss.; in breve GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, p. 606); nella materia extracontrattuale, il trionfo giurisprudenziale della prova probabilistica del nesso causale, del “più probabile che non», e delle presunzioni legali che talora semplificano accertamento e quantificazione del danno in un'ottica statistica anziché personalizzata (vi si soffermano, tra gli altri, RIZZO, *La causalità civile*, Torino, 2022, *passim* ma in particolare p. 227 ss.; e D FRENDA, *Il danno da perdita di chances tra le ragioni della vittima e le regole*

visione olistica, implicita nell'esperienza americana, è per noi indigesta⁵⁴; inutile negarlo⁵⁵. Ma è ancor meno utile negare la visione in sé ed affermare che un diritto azionato tramite *class action* resti uguale ad uno azionato in sede individuale.

L'omogeneità dei diritti, confermata dall'art. 840-*bis* c.p.c., non è dunque una "vera" clausola generale, come la buona fede o l'ingiustizia del danno, né un precetto elastico come la diligenza⁵⁶, ma un predicato (atecnico) della posizione tutelabile, che non è più soggettiva ma omogenea, e perciò stesso di classe. Così intesa, l'omogeneità del diritto azionato nel processo di classe potrebbe restituire una rinnovata ed effettiva forma di controllo dei poteri privati, al servizio della collettività tutta, fatta di consumatori e no.

6. Un'appendice sull'azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori (nuovi artt. 140-ter ss. c. cons.).

La conclusione non cambia di molto quando si ponga mente all'ultima novità, vale a dire all'azione rappresentativa ricomparsa nel codice di settore con gli artt. 140-*ter* ss. c.cons. All'esito di un percorso legislativo che trova avvio nel diritto europeo, vale a dire nella Dir. 1828/2020/UE, dopo lunghi dibattiti nelle più svariate sedi⁵⁷, ricompare nel codice del consumo un'azione collettiva dedicata al consumatore e al suo bisogno di protezione (anche transfrontaliera) dinanzi alle storture e deficienze del mercato. Ecco che, mentre la nota *class action* piano piano si posiziona nel nuovo *habitat* del codice di procedura, altra azione riaffiora nel codice di settore e ripristina strettoie che la «sorella maggiore» aveva lentamente oltrepassato (non ultima la "stretta" sulle materie coperte di cui al nuovo Allegato

del sistema, in *Riv. dir. civ.*, 2019, p. 1325 ss.; ma la letteratura è davvero molta). D'altro canto, il giudice "di classe" è espressamente autorizzato dall'art. 840-*quinquies*, co. 4, c.p.c. ad "avvalersi di dati statistici e di presunzioni semplici", norma dal chiaro sapore *antitrust*.

⁵⁴ Sempre suggestivo ANGELICI, "Consegna" e "proprietà" nella vendita internazionale, Milano, 1979, p. 43 ss. (ed *ivi* ampia bibliografia).

⁵⁵ Ci costringe ad ammettere l'insufficienza delle politiche pubbliche, cosa che per l'osservatore continentale è sempre spiacevole: FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, cit., p. 26 ss.

⁵⁶ Nella sterminata letteratura, di recente, S. PATTI, *Il giudice e le clausole generali*, in RICCI (a cura di), *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto*, Milano, 2018, p. 119 ss.; e VELLUZZI, *L'interprete e le clausole generali*, *ibidem*, p. 135 ss.

⁵⁷ Per un *resumé* del lavoro europeo e del dibattito che ne è seguito cfr., fra gli altri, RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi*, cit., p. 214 ss.

II-*septies* c.cons., materie tutte di rilievo consumeristico, ma tali da non saturare certamente il quadro complessivo). Questa volta si tratta di un'azione rappresentativa, rimessa a soggetti bisognosi di una legittimazione attiva certificata (artt. 140-*quater* e 140-*quinquies* c.cons.), e calibrata espressamente sugli interessi collettivi dei consumatori (già ricomparsi col «cresci-Italia» nel previgente art. 140-*bis*, co. 1, c.cons., ma poi scomparsi nel nuovo art. 840-*bis* ss. c.p.c.)⁵⁸.

Prematuro e ozioso sembra commentare, in questa fase, il senso ultimo del «doppione», ammesso che un senso lo abbia veramente. Da un lato viene semplicemente censurare, ancora una volta, il difetto di coordinamento o lo strabismo di un legislatore interno che, non potendo o non volendo fare di più, si limita a travasare nuove forme processuali nel recipiente più comodo, il codice del consumo, pressoché immemore di strumenti già presenti altrove. Dall'altro lato, però, viene semplice ribadire che attuare il diritto europeo in misura espansiva, unificando gli istituti e amalgamando i rimedi, non va indenne da criticità: l'interpretazione europeisticamente orientata, svolta «a valle» del precetto, vale finché vale il diritto europeo «a monte», ma se la norma da interpretare è più lata, vi sarà un'area ove quell'interpretazione non è doverosa; la Corte UE ha il monopolio finale sull'interpretazione del diritto europeo, ma non su norme che, per quanto ispiratesi ad esso, non ne costituiscano un'attuazione in senso tecnico. Se dunque quest'attuazione è sovra-obbligatoria, residua una zona grigia ove l'interpretazione conforme è possibile ma non doverosa, l'applicazione delle sentenze della Corte opzionale ma non vincolante (e si rischia il decadimento nella questione di gusto, nella diafrasi tra interpreti e decisori filo-europeisti ed altri agnostici, se non ostili, dinanzi al diritto di provenienza europea)⁵⁹. Qualcosa di spiacevole sarebbe certamente accaduto anche all'atto di trasformare la Dir. 1828/2020/UE in diritto nazionale-derivato, se il nostro legislatore avesse tentato una crasi fra vecchia e nuova disciplina, fra codice di procedura e codice di settore.

⁵⁸ Resta opaco il perché di queste repentine comparizione e sparizione, e forse neppure cruciale: ancora RUMINE, *Natura e forme civilistiche di tutela degli interessi collettivi*, cit., p. 235 ss.

⁵⁹ Il discorso, ovviamente, ha trovato sensibile soprattutto l'interprete tedesco, aduso ad attuazioni espansive del diritto dell'Unione, ma neppure in Germania è stato coltivato a dovere: cfr. JÄGER, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht*, Baden-Baden, 2006, in particolare p. 96 ss.; in breve, BASEDOW, *Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht*, in *Arch. civ. Prax.*, 2010, p. 157 ss.; e con riferimento più particolare alla vendita, WAGNER, *Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?*, in *ZEuP*, 2016, p. 87 ss.

Ecco che il “doppione” pare da un lato censurabile, dall’altro quasi benefico. Certamente non passa inosservato, esprime una diseconomia di mezzi giuridici e rischia d’intrappolare l’interesse di classe nell’abbondanza (apparente) dei procedimenti. In ogni caso, che sia attore in una *class action* o sostituito dall’ente nel nuovo *format* di azione rappresentativa – «senza bisogno di mandato», dice l’art. 140-*septies*, co. 1, c.cons. – il portatore dell’interesse è latamente occasionale, giacché, scelto lo strumento, quell’interesse è della classe prima che del “*class member*”. Il provvedimento di tutela inibitoria o compensativa non protegge il diritto soggettivo o diritti omogenei, ma l’interesse di classe *tout court*.

Di nuovo si crea, in prospettiva, il circolo virtuoso tipico dell’azione statunitense: pretese facilmente aggregabili in giudizio lasciano meglio cogliere l’interesse di classe, lo standard «entra» bene nel rito di gruppo, ma un interesse ripetutamente difeso in sede allargata a sua volta si raffina fino a staccarsi, anche nella percezione comune, dalla base ideologica del diritto soggettivo. Il processo di massa, piccolo o grande che sia, predilige segmenti replicabili del diritto sostanziale – questo sì –, ma poi li rilancia e tende a massificare via via le zone circostanti, così aumentando l’area del massificato.

Per fare qualche esempio, è facile prevedere che la giurisprudenza chiamata a formarsi nelle azioni collettive giunga gradatamente a modificare e commisurare all’interesse di classe la nozione di consumatore, il danno non patrimoniale e lo stesso nesso di causalità: è inevitabile che l’interesse di classe agisca piano piano dall’interno, normalizzando la qualità di consumatore *ex art. 3* (e 140-*ter*, co. 1, lett. «a»), c.cons.) entro tracce reiterabili – un consumatore “prevalente”? – limando quel *quid* di non patrimoniale mai standardizzabile, o imponendo un accertamento statistico-probabilistico del nesso causa-effetto, anche solo perché deliberato con riferimento a gruppi anziché *singulatim*.

Ne dà recente conferma l’art. 140-*septies*, co. 8, lett. «b»), c. cons., quando dichiara inammissibile quella domanda collettiva che sia «priva degli elementi necessari ad individuare il gruppo dei consumatori interessati dall’azione»: il gruppo dei consumatori è compattato dall’interesse, è l’interesse del gruppo prima che dei singoli; sbaglia quell’attore esponenziale che, nello scrivere il ricorso, non sappia cogliere unicità e unitarietà dell’interesse.

Nell’affastellarsi dei riti e nella dovizia delle forme, poco o nulla potrà funzionare finché non s’abbandoni l’uso d’osservare la giustizia collettiva con le lenti del processo a due, o l’uso d’irregimentare l’interesse di classe entro lo stereotipo dei diritti soggettivi identici od omogenei. Finché non sarà affrontato e sciolto questo nodo, che è culturale e quasi ancestrale, le nuove forme di processo non potranno spiccare il volo.

CONCLUSIONI

*Claudio Carlo Viazzi **

Siamo alla fine di questo splendido convegno che meglio, io credo, non poteva onorare Giovanna Visentini e la sua prestigiosa carriera accademica. Lo dimostrano la quantità e qualità degli studiosi che hanno partecipato a questi due giorni di intenso dibattito e confronto da lei richiamati e accorsi nel comune intento di dare il massimo di sé per rendere questo incontro un momento altissimo di riflessione scientifica su un tema cruciale del diritto civile, allorchè l'ordinamento si esprime attraverso principi aperti e indeterminati (che tali sono le clausole generali) e dunque si apre ad un particolare suo processo applicativo che ieri ben richiamava Giovanna nelle sue dense parole introduttive ricordando due indimenticati maestri quali sono stati per molti di noi qui presenti, cioè Giovanni Tarello e Stefano Rodotà : un convegno che si è così sviluppato interamente sul diritto applicato nel concreto, in un costante esercizio di realismo giuridico, ancora una volta contrapposto all'astrattezza della scienza giuridica tradizionale.

È forse è proprio per questa curvatura casistica (che G. Visentini ha sempre meritoriamente coltivato e che stamane ha ben ricordato A. Ciatti parlando del necessario dialogo con la giurisprudenza), curvatura che colloca al centro della tematica delle clausole generali il giudice, che sono stato chiamato a svolgere le conclusioni. Una persona che ha scelto come professione proprio quella di applicatore del diritto e che ha sempre coltivato l'interesse tenace di indagare (e cercando di contribuire tante volte alla loro realizzazione) le operazioni ermeneutiche e sovente anche paranormative che i giudici hanno posto in essere nei settori (dal diritto del lavoro alla responsabilità civile) di cui mi sono sempre occupato e che sempre hanno collocato al centro la questione, o meglio, la tensione del rapporto legge-giudice che proprio sul terreno delle clausole generali

* Presidente emerito del Tribunale di Genova.

rischia spesso la collisione entrando in conflitto con il principio tradizionale della certezza del diritto.

Ha scritto di recente a questo proposito un grande giudice della Suprema Corte, E. Scoditti in un saggio intitolato “Clausole generali e certezza del diritto”, che la giurisdizione per clausole generali accompagna da sempre come un’ombra il tema della certezza del diritto per cui in un sistema come il nostro in cui il giudice è soggetto soltanto alla legge questi può fare applicazione della clausola generale provvedendo alla sua concretizzazione solo *in mancanza della fattispecie legale*, e quindi una cosa sono le clausole generali in senso proprio ed altro le norme più o meno indeterminate od elastiche che si rinvergono spesso nell’ordinamento.

Molteplici sono state le indicazioni e suggestioni provenienti dal convegno, a cominciare da quelle più generali e stimolanti di metodo (P.G. Chiassoni) e di diritto comparato (M. Lupoi) sul non eccelso per non dire deludente funzionamento di altri sistemi giudiziari europei che tradizionalmente, ed in una sorta di mantra, sono sempre stati presi a modello della nostra giurisdizione, rappresentati da quello francese ed inglese. Questi sistemi in realtà, come ci ha spiegato Lupoi, appaiono pesantemente condizionati da vizi strutturali (i francesi sostanzialmente non motivano i loro provvedimenti, gli inglesi appartengono ad un ceto sociale ristretto e sempre identico nel tempo che ha prodotto un sistema di precedenti ossificato e costantemente politicamente orientato in senso conservatore). Il che mi ha sicuramente rincuorato per essere appartenuto, lo dico orgogliosamente, per tanti anni ad un corpo sì reclutato burocraticamente e spesso bistrattato ma davvero non classista perchè felicemente espressione del popolo, come ricordava un famoso saggio comparso sul Foro italiano dei primi anni 70 di G. Borrè, P. Martinelli e L. Rovelli sulla varietà nella giurisprudenza, come suo *campione* per diversità di ceto, cultura, orientamenti ideali e che motiva sempre e il più possibile i propri provvedimenti, trattandosi di un obbligo costituzionale che è al contempo un dato indefettibile del proprio statuto, potrei dire del suo DNA.

Ed è stata proprio questa Magistratura non monolitica ma plurale, sempre aiutata dalla migliore dottrina e avvocatura (che sempre è stata il veicolo-tramite indispensabile per dare ingresso nel processo a nuovi bisogni, domande, interessi, valutazioni concrete in grado di riempire di contenuti le norme, e ciò tanto più queste sono elastiche o si configurano appunto come clausole generali) che ha provveduto in tanti settori dell’ordinamento a realizzare quella concretizzazione giurisprudenziale che è proprio l’essenza del diritto vivente, vale a dire il *proprium* della clausola generale. E di questo il convegno ha fornito vari esempi

significativi : dal principio di solidarietà (v. contributi di Alpa e De Simone), a quella di ragionevolezza (v. Troiano), dall'abuso del diritto (v. Della Massara) al danno ingiusto (v. Ponzanelli e Scognamiglio).

Proprio quest'ultimo settore, affrontato da chi è intervenuto sotto l'angolatura dei danni non patrimoniali c.d. *sostenibili* (da parte del sistema) in particolare nel settore della responsabilità civile sanitaria ha visto di recente aprirsi con la c.d. legge Gelli del 2017 una delle pagine più significative nel conflitto tra interpretazione giurisprudenziale e principio di certezza del diritto, nel momento in cui si è assistito ad un intervento del legislatore finalizzato ad introdurre dei veri e propri alti là a certe degenerazioni del "parasistema" creato dalla giurisprudenza nella materia, a cominciare dalla Corte di Cassazione con l'invenzione della nota teorica della responsabilità contrattuale dei medici da c.d. contatto sociale.

Ma il convegno ha spaziato in tanti altri settori su cui ,per ragioni di tempo, non ci si può dilungare, a cominciare dal tema delle clausole generali nei contratti con le piattaforme digitali, di cui si è occupato l'intervento di V. Zeno Zencovich dove emerge un grosso scarto tra proclamazioni di principio e loro resa pratica effettiva , salvo forse la clausola della trasparenza; per passare alle prospettive molto più pregnanti emergenti dalle relazioni di S. Pagliantini e L. Cabella Pisu sul fronte esterno delle clausole generali nel diritto europeo; fino alla clausola generale dell'interesse del minore affrontato da G. Ferrando per illustrare il fenomeno di progressiva espansione di tale principio nella conquista ininterrotta di nuovi territori volti ad attribuire sempre nuovi diritti in capo ai minori.

E che dire allora dell'interesse comune dei partecipanti nei rapporti condominiali, di cui ci ha parlato A. Ciatti, settore in cui sta emergendo (in base ad una recentissima pronuncia della Cassazione del 2023) un'idea di interesse comune dei partecipanti meritevole di tutela come clausola generale , non prevista da nessuna norma espressa, ricavabile però da altri contesti normativi, qual'è quello societario, in maniera implicita. Riprendendosi qui una delle accezioni generali del termine clausola generale richiamate da P.G. Chiassoni nel discorso introduttivo di metodo sviluppato ieri.

Spunti quindi profondamente innovativi che segnalano un fenomeno generale che ha caratterizzato negli ultimi trent'anni l'approccio dei giuristi a tante questioni, come giustamente ci ricordava M. Franzoni, dove l'interesse scientifico si è gradatamente spostato dal c.d. diritto a fattispecie determinata a quello caratterizzato da clausole generali. Orbene secondo questa illuminante riflessione, ciò che caratterizza la tecnica normativa per clausole generali è la mancanza di spazio per l'interpretazione letterale, perchè in esse manca il contenuto precettivo della norma, o meglio, questo emerge piuttosto "*per approssimazione*". Affermazione

questa, a mio avviso, davvero centrale, in grado di orientare l'intero convegno, perchè in grado di spiegare, al contempo, alcune precise dinamiche nell'approccio giurisprudenziale alle clausole generali negli ultimi anni: innanzi tutto il fenomeno del loro scarso utilizzo in tanta giurisprudenza di merito. Qui la riluttanza di tanti giudici a farne un uso significativo trova spiegazione forse proprio in questa mancanza di una sponda normalmente essenziale per l'interprete: la sponda costituita dagli spazi per l'interpretazione letterale. Ora, proprio quest'assenza, è una situazione che determina nell'interprete una sensazione davvero sgradevole di smarrimento, come se il terreno mancasse sotto i propri piedi, il che induce il più delle volte a bypassare il problema di come riempire di contenuti la clausola optando per una più comoda formalistica disapplicazione della stessa.

Ciò spiega, io ritengo, ampiamente la storia della clausola di buona fede che ha trovato nelle riflessioni condotte nel convegno da L. Nanni e C. Camardi importanti conferme di questo assunto, a cominciare dagli interessanti riferimenti alla giurisprudenza più avanzata della Cassazione rispetto a quella più arretrata di certi giudici di merito, meno attenta all'apertura alle clausole generali (emblematico il noto caso Renault). E queste riflessioni ci consentono una breve ma doverosa considerazione sul fatto di come certe dinamiche interne alla Magistratura italiana abbiano dimostrato negli ultimi anni l'avvenuto ribaltamento del tradizionale rapporto storico tra giudici di merito e di legittimità. Questo rapporto un tempo era contraddistinto, com'è noto, da una netta separazione tra l'area più avanzata e progressista del corpo, che si collocava a livello dei primi e quella che rappresentava il bastione della conservazione, che si collocava normalmente tra i secondi. Oggi, al contrario, sempre più spesso si assiste al fatto che, proprio sul terreno delle clausole generali, è la giurisprudenza della Cassazione ad essere più avanzata rispetto a quella dei giudici di merito, meno attenti ad avallare aperture su questo fronte. Ma se questo vale sul piano delle operazioni sostanziali compiute, che hanno consentito una maggiore e continua osmosi tra realtà sociale e sistema, il dinamismo della Suprema Corte in tema di clausole generali intese proprio (per dirla alla Rodotà) come "finestre aperte" su un mondo sempre più mutevole, in funzione di consentire l'adattamento della norma alla realtà senza bisogno di un continuo adeguamento normativo, presenta caratteristiche profondamente innovative anche sul piano processuale che meritano un accenno in queste considerazioni conclusive.

È infatti lo stesso sindacato della Corte ad essersi, nel tempo, via via modificato nel caso di controversie risolte mediante l'applicazione di clausole generali. Mentre fino ad una ventina di anni fa si riteneva praticabile solo il sindacato sul vizio di motivazione, grazie all'opera della giurisprudenza della sezione lavoro della Cassazione, si è pervenuti gradatamente ad una forma di sindacato per

violazione di norme di legge, tra cui rientravano appunto anche le clausole in questione, avallandosi in tal senso la praticabilità di un controllo sul giudizio di valore espresso dal giudice di merito.

La valutazione del fatto, ad esempio, sotto il profilo della ricorrenza della giusta causa o del giustificato motivo del licenziamento o della contrarietà a buona fede della condotta di una delle parti del rapporto è divenuta ormai da tempo oggetto di un sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360 n. 3 CPC per violazione di norme di diritto. E come è stato correttamente rilevato dalla dottrina prima citata (E. Scoditti), si tratta in questo caso di un giudizio inedito di terzo tipo, non meramente di fatto né meramente di diritto, perché invece frutto della combinazione di tali due tipi di giudizio. Operazione ermeneutica che ritroviamo pari pari effettuata nel diverso settore della responsabilità civile a proposito di determinazione del quantum risarcibile di danno non patrimoniale tabellato (biologico) e non tabellato. Ormai da tempo la Corte controlla il profilo del quantum risarcito dal giudice di merito sotto il profilo della sua conformità a diritto, con valutazioni in cui la clausola generale dell'ingiustizia del danno trova concretizzazione in un evidente intreccio tra giudizio di fatto e di diritto ancorato a certi parametri di ragionevolezza e pur sempre al limite della solidarietà (come ci ricordava nel convegno C. Scognamiglio).

In questi casi il giudizio di diritto enunciato dalla Cassazione non appare mai separabile dal caso concreto su cui è intervenuta nella stessa maniera di quanto accade con la casistica propria della giurisprudenza anglosassone.

In altri termini, la disciplina del rapporto dedotto in giudizio non riposa più sulla norma generale ed astratta ma nel diritto del caso concreto che spetta al giudice dichiarare. Ecco perché, quindi, la giurisdizione per clausole generali corrisponde alla fenomenologia di un diritto interamente casistico, regolato da norme di carattere individuale. Ma senza, tuttavia, dimenticare che alla fine il criterio di valutazione che sta alla base del diritto casistico individuato è pur sempre fornito dalla legge che contiene la clausola generale (buona fede, correttezza, diligenza, danno ingiusto, ecc.), anche se con una formula aperta che deve essere concretizzata dall'interprete volta per volta, alla luce dei precedenti casi concreti decisi.

In questo senso, e concludo, assistiamo, proprio grazie alla tematica delle clausole generali, ad un interessantissimo processo evolutivo della giurisprudenza di legittimità che l'ha condotta ad un oggettivo e fecondo avvicinamento ai sistemi di common law.

Ma su questo non mi pare ci sia tempo per ulteriori riflessioni in questo convegno. L'importante mi sembra aver solo segnalato come la tecnica legislativa per clausole generali appare foriera di sorprendenti risultati e di prospettive non

solo sotto il profilo dell'evoluzione dell'ordinamento sostanziale ma anche delle riflessioni che si possono sviluppare sui connotati della giurisdizione e del ruolo del giudice allorchè si misura col diritto casistico. Che è, alla fine, proprio il cuore del lavoro svolto in tutta la sua vita da Giovanna in modo unico ed esemplare.

Grazie a tutti voi per l'attenzione che mi avete voluto mostrare.

CURRICULUM



Giovanna Visintini è attualmente professore emerito di diritto civile nell'Università degli Studi di Genova.

Non è genovese, è nata a Torino ove il padre, noto neurologo, aveva iniziato la sua carriera universitaria, e la sua famiglia di origine è lombarda con originaria residenza a Toscolano, paese situato sulla sponda bresciana del lago di Garda. Si è laureata in giurisprudenza a pieni voti con lode nell'Università di Parma ove la famiglia si era trasferita a seguito della chiamata alla cattedra di malattie nervose e mentali del genitore.

Nell'anno 1962 diventa assistente alla cattedra di 'Istituzioni di diritto privato' della Facoltà di Giurisprudenza di Bologna (titolare prof. Pietro Rescigno) e collabora negli anni seguenti come redattore alle Riviste di diritto civile e Giurisprudenza italiana sotto la direzione del prof. Walter Bigiavi.

Nel 1970 si trasferisce a Genova per seguire la residenza del marito, prof. Giovanni Tarello, e nell'Ateneo ligure, prima di essere chiamata a coprire la cattedra di diritto civile alla Facoltà di Giurisprudenza nell'anno 1985, ha insegnato (dal 1972 al 1984) Istituzioni di diritto privato presso la Facoltà di Economia.

È stata membro del Comitato per le Scienze giuridiche e politiche di consulenza del CNR dal 1988 al 1998 e in questo ruolo ha svolto una politica di promozione delle ricerche civilistiche aperte alla comparazione e allo studio del diritto extralegislativo (ovvero il diritto di derivazione giurisprudenziale o prodotto dalla prassi contrattuale). Ha inoltre proposto agli organi del CNR, ottenendone il relativo finanziamento, un progetto strategico sul tema “ I modi di formazione della legge”, portato avanti in dimensione multidisciplinare e interuniversitaria insieme al prof. Victor Uckmar nel corso di quattro anni. I risultati scientifici sono confluiti in una decina di volumi editi dall’editore Cedam e nella istituzione del primo dottorato di ricerca nella disciplina della tecnica legislativa, con sede a Genova.

Per il triennio 1990/93 è stata Pro-Rettore nell’Università di Genova, e, accanto al Rettore prof. Sandro Pontremoli, ha, fra l’altro, contribuito a gestire l’anno 1992, delle celebrazioni colombiane del cinquecentenario della scoperta dell’America, con le molteplici iniziative culturali ad esso connesse. Fra queste ultime sul versante giuridico si ricordano la convenzione con la Banca d’Italia per il conferimento di borse a studiosi latino-americani intitolate alla “ Scoperta dell’Italia”, e un convegno che ha avuto una notevole risonanza intitolato al “Diritto dei nuovi mondi”.

Con decorrenza dal 1° novembre 1993 è stata nominata Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Genova. È stata rieletta nel 1996 per un altro triennio. In questo ruolo ha promosso l’istituzione di una scuola forense post-laurea tramite una convenzione con l’Associazione M. De Andrè e il Consiglio dell’Ordine, un nuovo percorso formativo finalizzato a una carriera aziendale di legale d’impresa (laurea triennale) successivamente integrato da un Master per Giurista di impresa (post-laurea) e ha promosso, con una serie di convenzioni, i rapporti esterni con imprese e fondazioni aventi scopi culturali e con Università straniere. Si menzionano, fra le altre, il Consorzio per giurista di impresa e la Convenzione con la Fondazione Paolo Fresco.

Con Decreto del Ministro di Grazia e Giustizia in data 22 aprile 1999 è stata nominata membro della Commissione di studio per la revisione sistematica del diritto commerciale. In questo ruolo ha redatto una proposta legislativa di revisione del titolo 2° del primo libro del codice civile concernente le persone giuridiche, proposta già approvata dalla Commissione e che è stata pubblicata e presentata per essere inoltrata al Parlamento.

È condirettore della rivista: “Contratto e impresa” e fa parte del Comitato di valutazione della “Giurisprudenza italiana”.

Ha organizzato (e partecipato in veste di relatore a) numerosi convegni su tematiche di rilevante attualità. Si segnalano, fra gli altri, quelli dedicati all’Inse-

gnamento del diritto, ai Principi e clausole generali, al Nuovo diritto societario e l'organizzazione delle Journées italiennes dell'Association H. Capitant nel 1993 sul tema della circolazione dei modelli giuridici.

Ha coordinato ricerche interuniversitarie finanziate dal Ministero dell'Università e della ricerca scientifica, i cui risultati sono stati presentati in Seminari aperti alla partecipazione di studiosi stranieri e poi pubblicati. Fra queste una ricerca sul tema *Associazioni, fondazioni e altri enti no profit* da cui sono derivate molte pubblicazioni e un'altra dal titolo "Dalla responsabilità professionale per colpa alla responsabilità oggettiva" i cui risultati sono confluiti in libri e saggi nella Rivista "Contratto e Impresa".

La sua attività scientifica è attestata da numerose pubblicazioni che vertono soprattutto in materia di diritto dei contratti, della proprietà e della responsabilità civile e, a partire dall'anno 1999, ha diretto una collana edita da Giuffrè dedicata alla didattica post-laurea per le professioni legali.

Dall'anno 2001 fino al 2007 è stata Direttore del Dipartimento G.L.M. Casaregi della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Genova.

Nel mese di novembre 2004 le è stata conferita una laurea honoris causa in Derecho y Ciencia política dall'Università di San Marcos di Lima. Analoghi riconoscimenti le sono stati conferiti in Colombia e in Argentina ove è membro dell'Accademia nacional de derecho di Buenos Aires

Nel 2009 le è stato conferito con Decreto del Ministro Gelmini il titolo di professore emerito.

Nel 2006 ha fondato un Centro Studi a Toscolano (Bs) Lago di Garda di cui è il Presidente e ha promosso una collana di pubblicazioni intestata al Centro, edita da E.S.I., caratterizzata da un approccio interdisciplinare e da intenti divulgativi, presso un pubblico vasto di lettori e non solo di addetti ai lavori, dei principali istituti del diritto civile (v. il sito internet del Centro: www.centrostuditoscolano.it)

È Presidente del consiglio scientifico del Master per Giurista di impresa, attualmente in ventesima edizione presso l'Università di Genova e dal 2009 al 2019 è stata Presidente dell'Associazione per la formazione in diritto dell'economia, Onlus, (DIREC) con sede a Genova presso il Dipartimento di Giurisprudenza, associazione che a termini di statuto ha organizzato annualmente corsi post laurea finalizzati a facilitare l'accesso al mondo del lavoro dei neolaureati erogando borse di studio ai meno abbienti.

Elenco pubblicazioni
[in ordine cronologico]

Monografie e Trattati

1. - *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, ed. Cedam Padova, 1965.
2. - *La responsabilità civile nella giurisprudenza in Raccolta sist. giur. comm.* diretta da M. Rotondi ed. Cedam, Padova, 1967.
3. - *La reticenza nella formazione dei contratti*, ed. Cedam, Padova, 1972.
4. - *La responsabilità contrattuale*, ed. Jovene Napoli, 1979.
5. - *Il risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (a cura di), ed. Giuffrè Milano, 1984.
6. - *Materiali di giurisprudenza civile - Raccolta ad uso didattico* - ed. Bozzi, Genova, 1986; idem., ed. 2^a, 1991.
7. - *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*, I^a edizione Cedam 1987.
6. - *Inadempimento e mora del debitore in Il codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger Artt. 1218-1222, Giuffrè, Milano, 1987.
8. - *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente* (a cura di), Atti Convegno di Genova, 11-12 marzo 1988, ed. Cedam Padova, 1988.
9. - *I fatti illeciti. II. La colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, I^a edizione Cedam 1990.
10. - *Rappresentanza e gestione* (a cura di) Atti Convegno, Genova, Cedam, 1992.
11. - *Rappresentanza e contratto per persona da nominare*, in Commentario cod. civ. a cura di Scialoja e Branca e continuato da F. Galgano, Zanichelli 1993: nel 2018 tradotto in lingua cinese.
12. - *Il diritto dei nuovi mondi* (a cura di), Atti Convegno Genova, 5-7 novembre 1992, ed. Cedam 1994.
13. - *Nozioni giuridiche fondamentali. Diritto Privato*, Zanichelli, I^a edizione 1995.
14. - *Analisi di leggi-campione* (a cura di), volume Progetto strategico CNR coordinato da Uckmar, ed. Cedam, 1995.
15. - *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, I edizione Cedam, 1996.
16. - *L'insegnamento del diritto oggi* (a cura di), Atti Convegno Genova, Giuffrè, 1996.
17. - *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno*, II ed. 1997, ora III^a edizione Cedam 2004.
18. - *I fatti illeciti. II. L'imputabilità e la colpa in rapporto agli altri criteri di imputazione della responsabilità*, ed. 2^a Cedam, Padova, 1998.

19. - *I fatti illeciti. III. Causalità e danno* (a cura di), ed. Cedam Padova, 1999.
20. - *Trattato breve della responsabilità civile. (Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile)* ed. 2ª Cedam, Padova, 1999, di cui è stata pubblicata anche una versione in lingua spagnola edita in Argentina dall'editore Astrea.
21. - *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi.* (a cura di) nella collana "Scuole di specializzazione per le professioni legali" Giuffrè 1999.
22. - Visintini e Marotta (a cura di), *Etica e deontologia giudiziaria*, Napoli, 2000.
23. - *Guida alle esercitazioni di Diritto Privato*, ed. Zanichelli, IIª edizione, 2000.
24. - *La proprietà immobiliare* (in collaborazione con P. Petrelli) Guida alla lettura della giurisprudenza, 2001.
25. - *Raccolta di pareri forensi. In diritto privato* (in collaborazione con D'Angelo, Cabella Pisu e De Matteis), 2001.
26. - *Dieci lezioni di diritto civile* (raccolte da -) Giuffrè 2001.
27. - *Nozioni giuridiche fondamentali. Diritto privato*, IIª edizione, Zanichelli, 2002.
28. - *Follia e diritto* (a cura di G. Visintini e G. Ferrando) Bollati-Boringhieri, 2003.
29. - *Le nuove aree di applicazione della responsabilità civile*, Giuffrè, 2003.
30. - *Gli enti non profit tra codice civile e legislazione speciale* (a cura di), E.S.I. 2003.
31. - *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno*, IIIª ed. 2004.
32. - *I principi civilistici nella riforma del diritto societario* (a cura di Afferni e -), Giuffrè, 2004.
33. - *Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual*, traducción Leysser L. León. Prólogo Francesco Galgano, ed. Themis Lima (Perù) 2005.
34. - *Nozioni giuridiche fondamentali. Diritto privato*, IIIª edizione 2005, Zanichelli.
35. - *Inadempimento e mora del debitore* in Il codice civile. Commentario diretto da P. Schlesinger Artt. 1218-1222, Giuffrè, Milano II edizione 2005.
36. - *Mercato finanziario e tutela del risparmio* (a cura di F. Galgano e -) in *Trattato dir. com. pubbl. ec.* diretto da F. Galgano, vol. 43, Padova, 2006.
37. - *L'utopia dell'eguaglianza* (a cura di -) E.S.I. 2006.
38. - *Cos'è la responsabilità civile. Fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale*, E.S.I., 2009.
39. - *Trattato della responsabilità contrattuale (a cura di -)*; 3 volumi; Cedam, Padova, 2009.

40. - *Trattato di diritto immobiliare* (diretto da -) in tre volumi, Cedam, 2013.
41. - *La scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali* (a cura di -) ESI, 2013.
42. - *Cos'è la responsabilità civile*, E.S.I. II edizione 2014 (di cui è stata curata da Edgar Cortes una versione in lingua spagnola, editoria Università Externado di Bogotà -Colombia).
43. - *Guida alle esercitazioni di diritto privato e allo studio della giurisprudenza* Zanichelli, III edizione 2015 (a cura di T. Arrigo).
44. - *Nozioni giuridiche fondamentali*, Zanichelli, quinta edizione 2014 e sesta edizione 2017.
45. - *L'abuso del diritto* (a cura di-) E.S.I. 2016.
46. - *Fatti illeciti. Fondamenti e nuovi sviluppi della responsabilità civile*, Pacini giuridica, 2019.
47. *Cos'è la responsabilità civile*, E.S.I. III edizione 2019.
48. - *Nozioni giuridiche fondamentali. Diritto privato*, settima edizione Zanichelli 2021.
49. - *I menu per un weekend in campagna*, editore Pacini 2021.
50. - *Giuseppe Zanardelli. Un grande statista di altri tempi* (a cura di -) E.S.I. 2022.

Saggi, rassegne, note a sentenza, recensioni e relazioni a convegni

1. - *Obbligazioni naturali* (rassegna in *Riv. dir. civ.* 1962).
2. - *Adozione* (rassegna in *Riv. dir. civ.*, 1964).
3. - *L'assistenza ai figli nati fuori del matrimonio* (note ai margini di un Convegno), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964.
4. - *Affiliazione* (rassegna in *Riv. dir. civ.*, 1965).
5. - *La responsabilità dell'imprenditore per lo sciopero dei dipendenti*, in *Dir ec.*, 1965.
6. - Recensione a A. Valente, Accertamento dichiarativo e dinamica giuridica, in *Riv. dir. civ.*, I, p. 295 ss.
7. - Recensione a L. Barbiera, L'ingiustificato arricchimento, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 97 ss.
8. - Recensioni a C. Cognetti, Patria potestà e educazione religiosa e G. D'Amore, L'affidamento della prole nella separazione personale tra coniugi, in *Riv. dir. civ.*, 1966, parte I^a, p. 501 ss.
9. - *La sfortuna di chiamarsi Teodora*, rubrica 'Colpi di obiettivo' in *Riv. dir. civ.*, 1966, parte II^a, p. 323 ss.
10. - Recensione a V. Lojacono, La potestà del marito nei rapporti personali tra coniugi, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 491 ss.

11. - Recensione a F. Santosuosso, Il risarcimento per l'uccisione del religioso, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, p. 547 ss.
12. - *Persona giuridica e stati soggettivi rilevanti*, in *Giur. it.*, 1969, I, 2.
13. - *Contributo allo studio della reticenza nella formazione dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 62, e in *Studi in memoria di Angelo Gualandi*, vol. II, ed. Argalia Urbino, 1969, p. 417 ss.
14. - *Sui rapporti tra l'azione di annullamento per dolo e l'azione di risoluzione per mancanza di qualità*, in *Giur. it.* 1970, I, 1.
15. - *Lesione del credito ad opera di terzi*, in *Giur. it.*, 1970, I, 2.
16. - *Affidamento di nave e deposito*, in *Dir. mar.*, 1971, 530 ss.
17. - *In margine al caso Meroni*, in *Giur. it.*, 1971, I, 1 ss.
18. - *Riflessioni sugli Scritti di Giuseppe Osti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971.
19. - *La reticenza nel contratto di assicurazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, parte I^a, p. 423 ss.
20. - *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 157 ss.
21. - *Ancora sulla lesione del credito ad opera di terzi*, in *Giur. it.*, 1973, I, 1 (nota a Cass., 24.6.1972 n. 2135).
22. - *L'eguaglianza tra coniugi nell'esperienza francese*, in *Atti Convegno Napoli*, 14-15 dicembre 1973, su "Eguaglianza morale e giuridica tra coniugi, Napoli, Jovene, 1973.
23. - *Ancora sul caso Meroni*, in *Giur. it.*, 1973 (nota a App. Genova), I, 2, c.1183.
24. - *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (studio comparativo del diritto francese e italiano)* in *Riv. dir. civ.*, 1974, parte I^a, p. 681 ss.
25. - *Le immissioni nel quadro dei conflitti di vicinato (seguito)* in *Riv. dir. civ.*, 1975, parte I^a, p. 29 ss.
26. - *In tema di cause giustificative del recesso del committente nel contratto di costruzione di nave*, in *Dir. mar.*, 1976.
27. - *In tema di liberalità d'uso*, in *Dir. mar.* 1976.
28. - *Dottrine civilistiche della responsabilità contrattuale e riflessi marittimistici*, in *Dir. mar.*, 1976, p. 359 ss.
29. - *Immissioni e tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 689 ss.
30. - Recensione a U. Ruffolo, La responsabilità vicaria, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, p. 497 ss.
31. - *Impossibilità della prestazione e giudizio di buona fede*, in *Dir. mar.*, 1977, p. 3 ss.
32. - «Colpa» e «buona fede» nella mora, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, p. 246 ss.
33. - Recensione a Cendon, Il dolo nella responsabilità extracontrattuale, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 798 ss.

34. - Recensione a Lupoi, Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 152 ss.
35. - *Spirito di liberalità dello spedizioniere?*, in *Giur. it.*, 1978, I, 2.
36. - *La responsabilità del vettore terrestre per perdita ed avaria nella giurisprudenza*, in *Dir. mar.*, 1978, 613 ss.
37. - Intervento al Convegno su La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori, ed. Giuffrè 1978, p. 116 ss.
38. - *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, in *Dir. fam. e pers.*, 1979, p. 871 ss.
39. - *Reticenze prematrimoniali e responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1979.
40. - *Il divieto di immissioni e il diritto alla salute nella giurisprudenza odierna e nei rapporti con le recenti leggi ecologiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, parte 2, p. 249 ss.
41. - *Osservazioni critiche sulla supposta esistenza di un principio di equiparazione della colpa grave al dolo*, in *Dir. mar.*, 1981.
42. - Intervento al Convegno su *Temi della cultura giuridica contemporanea*, 27-28 ottobre 1979, (Atti convegno c/o Luiss) Cedam, Padova , 1981, p. 125 ss.
43. - Recensione a Salvi, Le immissioni industriali, ed. Giuffrè 1979, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, p. 225 ss.
44. - *Il c.d. diritto all'identità personale e le reazioni della dottrina di fronte all'attività creatrice di un diritto della giurisprudenza* in Alpa, Bessone, Boneschi (a cura di) *Il diritto alla identità personale*, Padova, 1981.
45. - Voce "Immissioni (diritto civile) in *Noviss. Digesto it.*, Utet Torino, 1982.
46. - *La riforma in tema di assistenza psichiatrica. Problematica giuridica*, in *Politica dir.*, 1982, p. 445 ss.
47. - *Il diritto alla immagine*, relazione al Convegno "L'informazione e i diritti della persona", ed. Jovene, 1983.
48. - *Risarcimento del danno*, sintesi di informazione in *Riv. dir. civ.*, 1983,II, p. 811 ss.
49. - *Le obbligazioni in generale (Mora-Inadempimento-Risarcimento)*, in Trattato dir. priv. diretto da P. Rescigno, ed. Utet Torino, 1983 (poi in 2ª edizione 2000).
50. - *Il criterio legislativo delle conseguenze dirette ed immediate*, ivi, p. 9 ss.
51. - Recensione a Cendon, Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile, ed. Il Mulino, 1984, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 184 ss.
52. - *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali* in *Contratto e impresa*, 1985, p. 651 ss.
53. - Relazione al Seminario di Contratto e impresa, su Il precedente giudiziario nell'esperienza nazionale, Padova, 25-26 settembre 1987.
54. - *Il danno da uso da computer. Profili generali*, in Alpa (a cura di), *Computers e responsabilità civile*, ed. Giuffrè, 1985, p. 59 ss.

55. - *La Corte costituzionale e il danno non patrimoniale*, in *Dir. inf.*, 1986, p. 765 ss.
56. - *Imputabilità e danno cagionato dall'incapace*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1986, II, 116 ss.
57. - *In tema di danno lavorativo*, in *Nuova Giur.civ. comm.*, 1986, I, 223 ss.
58. - *Itinerario dottrinale sulla ingiustizia del danno*, in *Contratto e impresa*, 1987, rubrica 'Saggi', p. 73 ss.
59. - *In tema di danno lavorativo*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 626 ss.
60. - *Il risarcimento del danno*, sintesi di informazione in *Riv. dir. civ.*, 1988, II, p. 673 ss.
61. - *Il danno ingiusto*, relazione al congresso dei civilisti italiani a Venezia Fondazione Cini, 1989 in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Cedam, 1991, p. 689 ss.
62. - *La nozione di incapacità serve ancora?* relazione al Convegno svolto a Trieste, 12-14 giugno 1986, "Un altro diritto per il malato di mente" a cura di P. Cendon, ed. ESI, Napoli, 1988, p. 93 ss.
63. - Voce "Inadempimento" in *Enc. giur. Treccani*, 1988, con Postilla di aggiornamento, 2008.
64. - *In tema di lesione della serenità familiare*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1989, I, p. 152 ss.
65. - *Il dibattito sulla proprietà dei suoli urbani in Italia*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 286 (intervento alle Journées Capitant, 17-21 Cameroun sul tema "La maîtrise du sol").
66. - *La responsabilità civile dei magistrati*, in *Contratto e impresa*, rubrica 'Dibattiti', 1990, p. 421 ss.
67. - *Dottrine civilistiche in tema di colpa aquiliana* in *Scritti in onore di G. Tarello*, Il Mulino 1990.
68. - *La responsabilità del produttore in Francia e in Italia*, in Autorino Stanzone (a cura di) *Le responsabilità speciali. Modelli italiani e stranieri*, ESI, Napoli, 1994.
69. - *Responsabilità professionale del giornalista*, in *Dir. inf.*, 1991, p. 548 ss.
70. - Voce "Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale" in *Enc. giur. Treccani*, 1991, con Postilla di aggiornamento, 2008.
71. - Intervento al Convegno su "Assicurazione della responsabilità degli amministratori", 25 settembre 1991, Roma, a cura di Gustavo Visentini, presso Centro studi Ceradi Luiss.
72. - *Le devoir (professionnel) de connaître la jurisprudence*, relazione al Convegno « *Nature et rôle de la Jurisprudence dans les systèmes juridiques*, promosso da Association int.de Méthodologie juridique (Président J.L. Bergel) a Rabat (Marocco) 8-10 aprile 1993, ed. Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Cahiers de méthodologie juridique n. 8 - Revue de la Recherche juridique, 1993.

73. - *Considerazioni in tema di tutela civilistica del sofferente psichico*, in Bandini (a cura di) *La tutela giuridica del sofferente psichico*, Giuffrè 1993.
74. - Intervento al Convegno *Dottrina e giurisprudenza: l'integrazione informatica* 5-7 aprile 1990, ed. Giuffrè 1994, p. 105 ss.
75. - *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza*, in Scintillae Iuris, Scritti in memoria di G. Gorla, Milano, 1994, e in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 193 ss.
76. - *Diritto comunitario. Rapporti con il codice civile*, relazione all' Incontro tra giuristi italiani e argentini coordinato da Uckmar, 25 febbraio 1995, a latere delle *Journées Capitant* a Buenos Aires.
77. - *La tecnica della responsabilità civile nel quadro dei modelli di Civil Law*, in *N.G.C.C.*, 1995.
78. - Relazione su *Danno ingiusto* al Convegno Lima-Perù su Dieci anni codice civile peruviano, 1995.
79. - *Introduzione ai principi di diritto civile sulla responsabilità per inadempimento*. Relazione al Seminario su *Responsabilità civile delle società di revisione* c/o Ceradi Luiss a cura di Gustavo Visentini, 15 marzo 1995.
80. - *Le Joint-Ventures nel settore universitario*, relazione al II Seminario su *Joint-ventures entre empresas latino-americanas e italianas*, 7-8 settembre 1995, Università di Salta Argentina.
81. - *Rappresentanza e responsabilità nell'intermediazione mobiliare*, Atti Convegno su "Vigilanza e correttezza nelle attività di intermediazione mobiliare, Palermo, 1995.
82. - Intervento al Convegno su "Teorie sul danno alla persona a confronto con le prospettive di riforma della legge RCA", Asiago, 1995.
83. - Relazione alla Conferenza dei Presidi su *Diplomi e lauree brevi*, Genova, 1994.
84. - Intervento al Seminario di Contratto e impresa, *I precedenti giudiziari*, Villa Alba Gardone riviera, 3-4 ottobre 1997.
85. - *In tema di responsabilità del notaio per il regime fiscale degli atti rogati*, in *Dir. prat. trib.*, 1997, p. 965 ss.
86. - *La responsabilità civile nei grandi orientamenti della giurisprudenza* Relazione al Convegno su "Responsabilità civile tra presente e futuro," Perugia, 30/31 maggio 1997.
87. - Relazione al Convegno con il titolo "Costituzione e libertà" a cura del Centro Calamandrei, su *Attuazione e attualità della Costituzione*, Università La Sapienza Roma, 22.11.1996.
88. - *Joint-venture e autonomia universitaria. Una scommessa per il futuro?*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, ed. Cedam, 1997.

89. - *Principi e clausole generali nel diritto della responsabilità civile*, relazione al Convegno a cura Aida Kemelmajer su “El derecho a través de los principios generales. Rol de los Jueces, 15-16 ottobre 1997, Mendoza - Argentina.
90. - *Un trattato argentino di diritto civile (Recensione a G. Borda)* in *Riv. dir. civ.*, 1997, II, p. 755 ss.
91. - *Il caso Meroni: un precedente giudiziale?* in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1997, II, p. 33 ss.
92. - *Adeguamento della legge generale astratta a realtà giuridiche non più omogenee* (intervento come coordinatore al Convegno “Applicazione e tecnica legislativa” a cura di Pattaro e Zannotti, Bologna, 9-10 1997) ed. Giuffrè, 1998, p. 253 ss.
93. - *La prima donna giurista in Italia (Maria Pellegrina Amoretti)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* fondati da G. Tarello, 1998, p. 317 ss.
94. - Relazione in Argentina Convegno de derecho civil di Santa Fè 23/25 settembre 1999 su “ La responsabilidad civil entre derechos y perspectiva europea.
95. - *Il periodo di insegnamento nell’Università di Bologna*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, ed. Giuffrè 1998, vol. I, p. XXIII.
96. - Relazione su *Principi della responsabilità civile in Italia e in America latina* a confronto Convegno Bogotà (Colombia) anno 1999.
97. - *Principi e clausole generali con particolare riguardo alla responsabilità civile*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, cit. , vol. V, p. 663.
98. - *Principi e clausole generali nella disciplina dei fatti illeciti*, in Cabella Pisu e Nanni (a cura di) *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, ed. Cedam 1998.
99. - Intervento al Convegno “La responsabilità civile tra diritti interni e prospettiva europea” Palermo-Bagheria, 3-5 dicembre 1998.
100. - *Adeguamento della legge generale astratta a realtà giuridiche non più omogenee*, in Pattaro e Zannotti (a cura di) *Applicazione e tecnica legislativa*, Giuffrè 1998.
101. - *La crisi della nozione di imputabilità nel diritto civile*, relazione al Convegno “Malattia mentale e diritto”, Genova, 11-12 dicembre 1998, pubblicato nel volume edito da Bollati-Boringhieri dal titolo “Follia e diritto” a cura di Ferrando e Visintini, 2002.
102. - *Ai confini tra responsabilità civile e responsabilità disciplinare*, relazione al Convegno Etica e deontologia giudiziaria, Roma Accademia nazionale dei Lincei, 14-16 gennaio 1999, in *N:G.C.C.*, 1999, II, p.44 ss. e nel volume a cura di Visintini e Marotta, *Etica e deontologia giudiziaria*, Napoli, 2000.
103. - Presentazione del volume di Manfred Maiwald, *Causalità e diritto penale*, nella collana “Giuristi stranieri di oggi”, ed. Giuffrè.

104. - *Principi di diritto comune*, relazione al Convegno a cura di G. Visentini su 'Responsabilità civile delle società di revisione', Roma-c/o LUISS, 17 giugno 1999.
105. - *Commento alla sent. n.500/1999*, in N.G.C.C., 1999, II, p. 386 ss.
106. - *Lo stile delle sentenze. Il modello italiano*, Relazione al Convegno di Perugia, 25/26 giugno 1999, pubblicata in *Metodologia nello studio della giurisprudenza* cit.
107. - *Comparative remarks on the importance of the law in action, with special regard to tort law*, in *Towards a new european ius commune edited by Gambaro e Rabello*, 1999, Sacher Institute, Jerusalem, Printed in Israel.
108. - Recensione al libro di Geneviève Schamps, *La mise en danger*, Paris, 1998, in *Uniform Law Review*, vol. V, 2000, fasc. 3, p. 615 ss.
109. - *Danno ingiusto e lesione di interessi legittimi*, in *Contratto e impresa*, 2001, p.9 ss.
110. - *Relazione illustrativa del progetto di revisione del codice civile, libro I, titolo 2*, in Carusi (a cura di) *Associazioni e fondazioni. Dal codice civile alla riforme annunciate*, Giuffrè 2001.
111. - *Colpa contrattuale: un falso concetto?* in *Scritti in onore di P. Schlesinger*, Giuffrè 2002 e in *Contratto impresa*, 2004, p. 19 ss.
112. - *La Suprema Corte interviene a dirimere un contrasto tra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell'inadempimento)* in *Contratto impresa*, 2002, 903 ss.
- 113 - *Lesione di interessi legittimi: si delinea un contrasto tra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato?* in *Contratto impresa* 2004, p. 27 ss.
114. - Relazione convegno a Bologna su Università e privati a cura di Cammelli, sul tema *Consorzi e associazioni a partecipazione universitaria*.
115. - *Nuove tendenze in tema di responsabilità civile in Italia* Relazione al Seminario international de responsabilidad civil. Nuevas tenden, unification y reforma, 16-19 novembre 2004, Perù.
116. - *Gli enti del primo libro del codice civile: problematiche e prospettive* in *Non profit. Persona. Mercato* (a cura di V. Zambrano), Giuffrè, 2005, pp.39-57.
- 117 - *Incapacità di intendere e di volere: dai dogmi della tradizione alle nuove regole* in Ferrando (a cura di) *L'amministrazione di sostegno*, Giuffrè, 2002.
118. - *Le scuole di specializzazione per le professioni legali. Una collana per la didattica*, in *Riv. dir. civ.* 2003, II, p. 119 ss.
119. - *Rapport italien Le préjudice corporel* alle *Journées Capitant Québécoises* su *L'indemnisation*, 2004, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome LIV, 2007
120. - *Nuova editoria e cultura del precedente* -Relazione al convegno di Messina 4-7 giugno 2002 Atti pubblicati nel 2004 a cura di Scalisi con il titolo *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia in onore di A.Falzea*.

121. - *Linee di tendenza verso la responsabilità oggettiva dei fornitori di servizi. In particolare la responsabilità delle strutture sanitarie e delle banche.* Relazione al Master Università della Calabria Cosenza 2005.
122. - Relazione Convegno nazionale SISDiC Capri 7-8 aprile 2005 su *La proprietà privata a fronte della legislazione ambientale.*
123. - Relazione alle II Jornadas italoargentinas de derecho - 7-8-9/ 9 / 2005 Facultad Derecho U.N.C. *La responsabilidad de los bancos por falsa y omitida información en el marco de los servicios al cliente en Italia.*
124. - *L'organizzazione di una partita di calcio è attività pericolosa?* in *Giur. it.* 2004.
125. - *La regola della diligenza nel nuovo diritto societario* in *Riv. dir. impresa*, 2004, fasc. 3, p. 383 ss.
126. - *In tema di responsabilità professionale del commercialista per perdita di chances* in *Diritto prat. tributaria*, 2005, II, 5 ss.
127. - *Libertà di associazione* Relazione al II Convegno SISDiC 2006.
128. - *Il danno non patrimoniale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale* in *Studi per i 50 anni della Corte costituzionale*, volume V, La responsabilità civile.
129. - *La responsabilità della banca per omesse e false informazioni nel quadro dei servizi ai clienti* in Galgano e Visintini (a cura di-) *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Cedam 2006.
130. - Relazione al Convegno Rappresentanza e responsabilità degli enti collettivi Messina 28-30 settembre 2006 sul tema *Rappresentanza e responsabilità degli enti no profit.*
131. - *La responsabilidad de los bancos por falsa y omitida information en el marco de los servicios al cliente en Italia* in *Jornadas italoargentinas de derecho Cordoba*, 2006.
132. - *Ambiente insalubre, divieto di immissioni e responsabilità civile*, relazione al Convegno su “Danni da sostanze tossiche: tutela della persona e profili di responsabilità civile” Firenze 30 marzo 2007.
133. - *La responsabilità dello Stato da ingiusto processo* in *Contratto e impresa*, 2008, p. 111 ss.
134. - *La colpa del danneggiante*, relazione al Convegno su “La funzione deterrente della responsabilità civile” Siena 20 settembre 2007.
135. - Intervento alla Tavola rotonda: *Alessandro Baratta a Genova: cultura giuridica e politica del diritto* in R. Marra (a cura di) *Filosofia e sociologia del diritto penale* (Atti del convegno in ricordo di A. Baratta) Giappichelli, 2006.
136. - *La proprietà a fronte delle innovazioni in materia ambientale e di espropriazione*, relazione al II Congresso giuridico per l'aggiornamento forense, a cura Consiglio nazionale forense, Roma, 15-16-17 marzo 2007.

137. - *Lesione dei diritti fondamentali e responsabilità per danno da ingiusto processo*, relazione al Convegno di Camerino 3-4 settembre 2007, II^a Giornata di Diritto Comunitario.
138. - *Le responsabilità nell'esercizio dell'impresa* in Pinori (a cura di), *Il giurista di impresa. Competenze e responsabilità*, E.S.I., 2008.
139. - *Itinerario del pensiero giuridico sui diritti umani* in *Giur. it.*, 2010, IV rubrica 'Dottrina e attualità giuridichÈ', fasc. ottobre.
140. - *Le responsabilità professionali del dottore commercialista nell'esercizio dell'attività di consulenza per il cliente* in *Dir. pratica tributaria*, 2010 II, p. 97 ss.
141. - *Danno ambientale e profili di responsabilità civile* in *Scritti in onore di Francesco Berlingieri* vol. II, numero speciale della rivista⁴, 2010.
142. - *Riflessioni sui rapporti tra psichiatria, etica e diritto* in *I diritti dei soggetti deboli* a cura di R: Ciliberti e T: Pedrucci, ed. Pensa Multimedia, 2011.
143. - *La circolazione delle giurisprudenze* in *Contratto e Impresa*, 2011, p. 73 ss.
144. - voce "Responsabilità civile e danni ambientali" in *Enc. Diritto, Annali*, Giuffrè, 2011.
145. - *La proprietà personale e il mercato immobiliare* in *Liber Amicorum* per Nuccio Luminoso, 2013.
146. - *La proprietà nel codice civile e nella costituzione* in *Trattato di diritto immobiliare* cit., vol. I.
147. - *La tutela della proprietà*, ivi.
148. - *Le responsabilità extracontrattuali connesse alla proprietà*, ivi, vol. III.
149. - *Danno biologico, morale ed esistenziale nell'ambito dei danni riflessi da morte di un congiunto e da lesioni personali di un familiare* in *Responsabilidad civil en el derecho de familia* Alicante 19-20 octubre 2011.
150. - *Università e industria: quale rapporto* in *Dibattito a più voci intorno alla crisi dell'Università italiana*, in *Contratto e impresa* 2012, p. 324 ss.
151. - *L'onere probatorio nelle azioni di risoluzione e adempimento del contratto* in *Contratto e impresa*, 2014, p. 23 ss.
152. - *Il valore della molteplicità nella lezione di Calvino* in *Scritti in onore di Giovanni Iudica*, 2014.
153. - *Causalità e danno* in *Contratto e impresa*, 2015, p. 262 ss.
154. - *La colpa medica nella giurisprudenza civile*, in *Dibattito a più voci in Contratto e impresa* 2015, p. 530 ss.
155. - *Una nuova accezione della "funzione sociale" nell'interpretazione dell'art. 42 Cost.* relazione al convegno su <La nuova proprietà dei beni comuni> Brescia, 24 giugno 2014.
156. - *L'abuso del diritto come illecito aquiliano*, relazione al Convegno "L'abuso

del diritto” Brescia 26 giugno 2015 (Atti pubblicati dalla E:S:I: 2016 a cura Visintini).

157. - *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica* in *Contratto e impresa* 2017 fasc. 2 p. 216 ss.

158 - *Gli anni dell'insegnamento bolognese e gli scritti sulla soggettività dei gruppi non riconosciuti* relazione al convegno dedicato a Pietro Rescigno *Persona e comunità 50 anni dopo* a cura di Michele Sesta, Università di Bologna.

159. - Relazione al convegno a cura di Salvatore Mazzamuto *La biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno* Università Roma Tre, 27 aprile 2017.

160. - Relazione su *I profili civilistici dell'abuso del diritto* al Convegno di Studi su *L'abuso del diritto e l'abuso del processo* Università di Alessandria 15 maggio 2017.

161. - *Dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali* in *Dir. Inf.*, 2018.

162. - *Del derecho a la privacidad a la protección de los datos personales* nel volume a cura di Olenka Woolcott Oyague e di Diego Fernando Monje Mayorca, *Vicisitudes del derecho a la privacidad* Universidad católica de Colombia, 2020.

163. - Intervento al convegno di presentazione del libro di G.P. Cirillo *Il sistema istituzionale di diritto comune*, Genova, 2020.

164. - *Un tema scottante: il reclutamento della docenza nelle Università* in *Contratto e impresa*, 2021, p. 1324 ss.

165. - *Deviazioni dottrinali in tema di danno ingiusto* in *Contratto e impresa*, fasc. I, 2023, p. 31 ss.

Collana **Quaderni del Corso di Dottorato in Diritto**

1. *Lo spazio cibernetico. Rapporti giuridici pubblici e privati nella dimensione nazionale e transfrontaliera*, a cura di Paola Ivaldi, Simone Carrea, 2018; ISBN 978-88-94943-27-6, e-ISBN (pdf) 978-88-94943-28-3.
2. *I diritti umani settant'anni dopo. L'attualità della Dichiarazione universale tra questioni irrisolte e nuove minacce*, a cura di Paola Ivaldi, Lorenzo Schiano di Pepe, 2019; ISBN 978-88-94943-61-0, e-ISBN (pdf) 978-88-94943-62-7.
3. *Interdisciplinarietà della ricerca giuridica. Benefici e prospettive*, a cura di Elena Marchese, 2020; ISBN 978-88-3618-028-8, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-029-5.
4. *Formante giurisprudenziale e principio di legalità: tensioni ed equilibri*, a cura di Paola Ivaldi, Marco Pelissero, 2021; ISBN 978-88-3618-082-0, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-083-7.
5. *Diritto amministrativo e ruolo della giurisprudenza*, a cura di Piera Maria Vipiana, Matteo Timo, 2021; ISBN 978-88-3618-078-3, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-079-0.
6. *'Diritto dei giudici' e sistema delle fonti*, a cura di Eleonora Ceccherini, Michela Miraglia, 2022; ISBN 978-88-3618-130-8, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-131-5.
7. *Il Terzo settore tra pubblico e privato nel prisma della comparazione*, a cura di Andrea Fusaro, 2022; ISBN 978-88-3618-159-9, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-160-5.
8. *Discutere la crisi: il ruolo del diritto nella sfida della ripartenza. Atti del I convegno dei dottorandi in diritto dell'Università di Genova*, a cura di Daniele Colonna, Luca Oliveri, Sebastiano Zerbone, 2022; ISBN 978-88-3618-184-1, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-185-8.
9. *Uguaglianza e giustizia. Itinerario di una ricerca dottorale*, a cura di Paola Ivaldi, Lorenzo Schiano di Pepe, 2023; ISBN 978-88-3618-197-1, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-198-8.
10. *Uno sguardo sul diritto privato tra Brasile e Italia. Scritti per il I colloquio italo-brasiliano*, a cura di Mauro Grondona, Luca Oliveri, 2023; ISBN 978-88-3618-228-2, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-229-9.
11. *Diritto, morale, politica del diritto. Atti del Convegno (Genova, 14 ottobre 2022)*, a cura di Giulia Arena, Anna Barbano, Fiammetta Campana, Daniele Curir, 2024; ISBN 978-88-3618-264-0, e-ISBN (pdf) 978-88-3618-265-7.
12. *Le clausole generali nel diritto privato. Il ruolo della giurisprudenza e i limiti alla discrezionalità dei giudici. Atti del Convegno in onore di Giovanna Visintini*, a cura di Tommaso Arrigo, Alessandra Pinori, 2024; ISBN 978-88-3618-292-3. e-ISBN (pdf) 978-88-3618-293-0.

Tommaso Arrigo è professore associato di diritto privato e docente di diritto dei contratti di impresa dell'Università di Genova. I principali temi di ricerca sono il danno alla persona, i contratti di impresa, i rapporti fiduciari e la separazione patrimoniale.

Alessandra Pinori è professore aggregato di diritto privato dell'Università di Genova e avvocato del foro di Genova. I principali temi di ricerca sono il risarcimento del danno contrattuale, la protezione dei dati personali e l'internazionalizzazione delle imprese.

Il volume raccoglie i contributi del Convegno svoltosi a Genova il 19-20 maggio 2023 in onore della prof. Giovanna Visintini dal titolo: "Le clausole generali nel diritto privato. Il ruolo della giurisprudenza e i limiti alla discrezionalità dei giudici".

La scelta del titolo del Convegno è stata compiuta con riguardo alla metodologia che ha caratterizzato la scuola genovese afferente a Giovanna Visintini, ossia nello studio della giurisprudenza mediante la lettura integrale delle sentenze allo scopo di individuare le relative rationes decidentis e ricostruire i grandi orientamenti giurisprudenziali sulla base dei rispettivi precedenti giudiziari. La tematica delle clausole generali risulta emblematica in quanto caratterizzata dal ruolo svolto dalla giurisprudenza nell'ambito dell'individuazione delle regole applicabili ai casi concreti.

I relatori hanno predisposto i contributi sulle tematiche loro assegnate dal Comitato scientifico sulla base delle specifiche competenze, nel quadro della normativa europea, del codice civile italiano e della legislazione speciale, adeguandoli alle regole redazionali della Collana.

Il volume risulta di interesse per l'attualità del tema e poiché le singole relazioni costituiscono una risposta agli interrogativi che il titolo del Convegno sottende.

In copertina:
riproduzione dell'atrio di Via Balbi 5

Martin Pierre Gauthier,

Les plus beaux édifices de la Ville de Gènes et de ses environs

ISBN: 978-88-3618-293-0