

■ **RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE** ■

Anno LXXII Fasc. 4 - 2018

ISSN 0391-1896

Gianluca Sicchiero

**ENRICO GABRIELLI, *STUDI SULLE
TUTELE CONTRATTUALI***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ENRICO GABRIELLI, *Studi sulle tutele contrattuali*, Cedam, 2017, pp. 1-217.

La raccolta di scritti che Enrico Gabrielli ha destinato prevalentemente agli studenti del corso di diritto civile riunisce articoli pubblicati tra il 2003 ed il 2016 in occasioni diverse.

Il filo conduttore è quello delle tutele contrattuali, in cui risalta il problema della possibilità e dei limiti dell'intervento del giudice per la ricostruzione dell'equilibrio contrattuale messo in crisi dalle sopravvenienze del mercato.

Compare più volte un termine che va ben oltre il tema del contratto, ossia « il rischio »; parola e concetto, che connotano ogni aspetto della nostra vita quotidiana, qui preso però in considerazione con pertinenza all'oggetto della raccolta ed in continuità con gli studi di Gabrielli.

Il primo capitolo riguarda l'offerta ad equità diretta ad impedire lo scioglimento del contratto, stravolto altrimenti dalle sopravvenienze, dove il problema di qualificarne anzitutto la natura è ricostruito con puntualità fin dal pensiero di Francesco Carnelutti, recuperando così una letteratura che, sebbene alle volte induttiva e poco incline al confronto, mantiene invece molto spesso un rigore ricostruttivo che oggi a torto si trascura di considerare. Il capitolo mette bene in luce il percorso della giurisprudenza, all'inizio per nulla disponibile a farsi carico della rideterminazione dell'equilibrio contrattuale, sebbene invocata, per superare poi questa ostilità: e « si tratta di un intervento solidale, e non antagonistico, con l'autonomia contrattuale » (pag. 13). Quanto ai criteri, per l'eccessiva onerosità ben si mette in evidenza che questi non possono essere unicamente oggettivi, poiché ogni specifico contratto rivela « la proporzione originariamente fissata dalle parti » che costituisce un ineludibile concorrente criterio soggettivo (pag. 20).

Il secondo capitolo è dedicato ad una verifica: se la disciplina della conformità dei beni mobili alla promessa, contenuta nel codice del consumo, rappresenti almeno in questo settore un superamento della regola giurisprudenziale per cui i vizi redibitori sono fattispecie diversa dall'*aliud pro alio*, cui si applica invece la normativa generale sull'inadempimento. Con solidissimo rigore metodologico Gabrielli giunge alla risposta negativa, sia fondandola su basi semantiche — la difformità è uno scostamento dal modello, laddove l'*aliud pro alio* è esattamente quel che dice la traduzione dei termini — sia sul piano della ricostruzione sistematica degli istituti.

Nel terzo capitolo trova forma di saggio scientifico un parere reso sul problema se una disciplina di settore che sopravvenga possa configurare in un contratto di *put and call option*, in alternativa, un evento straordinario ed imprevedibile agli effetti della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta oppure vada considerato agli effetti della presupposizione o della impossibilità oggettiva di adempimento.

La specificità del caso non può essere riassunta in poche righe ed impone il rinvio allo scritto, ma qui va segnalato nuovamente il rigore metodologico con cui Gabrielli utilizza tanto le regole scritte (gli artt. 1467 c.c. e 1218 c.c.) quanto quelle introdotte dal formante giurisprudenziale (la presupposizione) per ricostruire i termini della vicenda e condurre in modo convincente alle risposte, che proprio la difficoltà del caso faceva sembrare opinabili. Segnalo che compare qui uno degli

argomenti portanti e filo conduttore dei capitoli del libro: « ogni tipo di contratto è infatti di per sé un piano di distribuzione di rischi » (pag. 58), per dire che il rischio di cui parlavo in apertura è già scelto dai contraenti fin dal momento dell'adozione di questo o quel tipo contrattuale: criterio sul quale mi sia consentito di manifestare la più totale condivisione con le idee di Enrico Gabrielli (Sicchiero, *Buona fede e rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 919 ss.).

Il quarto capitolo vede Gabrielli schierarsi contro la configurazione del danno da perdita di *chance*, che a ragione qualifica come una « ipostasi giurisprudenziale » laddove l'interesse di fatto viene trasformato in entità patrimoniale autonoma. Con argomenti anche comparatisti ineludibili viene infatti evidenziato come la giurisprudenza trascuri di affrontare il perno centrale della questione, ovvero il rapporto di causalità tra *chance* e danno effettivo: il criterio utilizzato, del « più probabile che non » è davvero fuori luogo per determinare il nesso che deve sussistere tra fatto e danno, che « deve essere anzitutto distinto dal problema della stima del valore economico della *chance* » (pag. 75) e che deve essere oggetto di prova rigorosissima (pag. 81). Qui devo dire che le mie convinzioni portano però ad una soluzione in parte diversa: ferma la totale adesione a quanto ricostruito, ritengo però che la *chance* vada configurata come diritto a lottare (così Pucella, *La causalità incerta*, Torino, 2007, pp. 148-149), cioè come manifestazione del nostro quotidiano essere su questo mondo: lottare contro le malattie, battersi per i beni della vita, per avere ciò che riteniamo ci spetti. In tal senso sono d'accordo che sia impossibile determinare un danno in senso patrimoniale nei limiti imposti dall'art. 1223 c.c., solo a pensare che quando l'avvocato non impugna la sentenza, il punto di partenza è una sentenza che negava il diritto del soccombente e quindi la *chance* dovrebbe essere tendente a zero. Tuttavia ciò di cui il cliente è stato privato non è una ragionevole possibilità di vincere l'appello — trovo bizzarro che un giudice possa dirlo —, ma è il diritto a battersi fino all'ultimo. Per me quindi quel danno esiste ma in tal senso e la perdita del diritto a lottare può essere e va liquidata equitativamente, come prevede l'art. 1226 c.c. (Sicchiero, *Dell'adempimento delle obbligazioni*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1176, p. 167 ss.).

Il quinto capitolo riporta una conferenza tenuta all'Università di São Paulo in Brasile, dedicata alle sopravvenienze contrattuali nel confronto tra il nuovo codice civile del Brasile e le regole domestiche, dove nuovamente viene ricordato il ruolo che assume la scelta del tipo contrattuale nella distribuzione pattizia dei rischi: che deve essere tenuto in considerazione anche in tema di sopravvenienze, giacché sono proprio tali scelte ad indicare le propensioni delle parti a correre o meno il relativo pericolo ed in che misura (pp. 92-93 e 106 ss.), rivalutando a tal fine il ruolo della causa (p. 110).

A conferma del fatto che il ruolo del civilista non si può confinare nei limiti in cui vogliono costringerlo le valutazioni di pertinenza degli scritti ai settori disciplinari di appartenenza, il sesto capitolo è dedicato all'opponibilità al fallimento degli atti che limitano la disponibilità di beni: il tema si incentra, com'è ovvio, sulla disciplina contenuta nell'art 45 l.f. nella sua ricostruzione storica. Gabrielli rileva che « anche la disciplina della trascrizione delle domande giudiziali viene colpita dalla legge fallimentare »: il dubbio è infatti quello dell'opponibilità al fallimento, della sentenza che sia pronunciata dopo il fallimento in relazione all'avvenuta o meno trascrizione (quando si deve) della domanda. L'aspetto problematico (tra i molti affrontati con puntualità e dovizia di argomenti) e statisticamente più interessante attiene alla possibilità di ottenere una pronuncia costitutiva *ex art.* 2932 c.c. nei confronti del fallimento in relazione alla previsione dell'art. 72 l.f., di

cui viene ricostruito il mutato atteggiamento della giurisprudenza che ha concluso (correttamente) in senso positivo.

Chiude la raccolta il settimo capitolo, che raccoglie le lezioni tenute questa volta nella facoltà di giurisprudenza dell'Università Cattolica in Uruguay (di cui è professore onorario), in cui Gabrielli ricostruisce le forme di autotutela concesse al creditore e che giustamente viene posto a coronamento degli aspetti problematici esaminati (non quindi solo per essere l'ultimo cronologicamente).

È un argomento molto importante perché segna un cambio di passo culturale: la voce *Autotutela* di Emilio Betti nell'*Enciclopedia del diritto* (vol. VI, 1959, p. 529 ss.) era il portato di un'idea non più percorribile di limitazione dei poteri di protezione delle parti fondate sulla loro autonomia. Betti si era lanciato perfino contro l'arbitrato, perché sottraeva allo Stato l'esercizio della giurisdizione e ci pare meritorio che si sia deciso di aggiornare la voce affidandone a C.M. Bianca una nuova stesura (nell'*Aggiornamento*, vol. IV, 2000, p. 130 ss.), la cui lettura conforta la convinta inversione di rotta, dato che esistono ancora oggi studiosi che indagano il diritto con il binocolo al rovescio.

Gabrielli è in piena sintonia con questo ripensamento e non solo elenca le classiche ipotesi codificate di protezione del contraente deluso, ma evidenzia anche quelle fino ad ora spesso non adeguatamente valutate, per individuarne i limiti non in una lettura angusta del principio di autonomia contrattuale, ma del loro eventuale impiego in mala fede (p. 194 ss.).

Di qui la conclusione (p. 216), che va pienamente sottoscritta, per cui « le parti possono organizzare e modulare l'assetto dei loro interessi al fine di realizzare una distribuzione, all'interno dell'economia del contratto, del rischio dell'inadempimento coerente con le ragioni che ciascuna di loro pone a base della corrispettività delle prestazioni, indipendentemente da ogni altra valutazione ».

È quello che segnalavo all'inizio: la libertà di correre il rischio della vita secondo le propensioni di ognuno di noi, contro ogni forma di paternalismo.

Alla fine della lettura si può dire che è forse riduttivo assegnare a questa raccolta il ruolo di testo per gli studenti; ben venga per loro, che abbiano un forte segnale del fatto che la libertà è anche assunzione dei rischi; ma serve a tutti come riflessione di fronte alle continue sollecitazioni di protezione non equilibrate dal doveroso senso di autoresponsabilità. [GIANLUCA SICCHIERO]