

JUS CIVILE

Rivista a cura di Rosalba Alessi, Carmelita Camardi, Massimo Confortini, Carlo Granelli, Mario Trimarchi



3-2017

maggio-giugno



G. Giappichelli Editore

I contributi, inviati alla Rivista per la pubblicazione, sono soggetti a revisione tra pari a doppio cieco (*double blind*). È, quindi, garantito l'anonimato dei valutatori e dei valutati.

Vengono sottoposti a revisione tutti i contributi costituenti Articoli e saggi, inseriti in una delle voci tematiche. Soltanto in casi eccezionali, i curatori assumono la responsabilità diretta della pubblicazione con adeguata motivazione.

Il Comitato dei revisori è costituito, esclusivamente, da professori ordinari dell'area privatistica, indicati in un apposito elenco pubblicato.

La revisione è affidata a due membri del Comitato dei revisori, scelti a rotazione dai curatori in base alle indicazioni di settore fatte da ciascun componente.

Il *referee* è tenuto a compilare la scheda di valutazione. È garantita la piena autonomia dei revisori rispetto alla Direzione della Rivista.



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
“Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci ** di <i>Alessio Zaccaria</i>	185
La Scuola messinese e l’ultimo corso di lezioni di Salvatore Pugliatti ** di <i>Mario Trimarchi</i>	193
“Vicende fiorentine”: da Giovanni Brunetti ad Enrico Finzi e, infine, a Salvatore Romano e al suo “ordinamento sistematico del diritto privato” ** di <i>Giovanni Furgiuele</i>	205
La scuola civilistica torinese ** di <i>Alessandro Ciatti</i>	212
La scuola pisana e il metodo civilistico ** di <i>Emanuele Navarretta</i>	218
La nullità strutturale della donazione di cosa altrui * di <i>Francesca Romeo</i>	230
El contrato de servicios bancarios: las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario * di <i>M.^a Natalia Mato Pacín</i>	244
Mobilità transfrontaliera e contenzioso civile: coppie e genitorialità nello spazio giudiziario europeo. Una ricerca in corso Sull’applicazione del regolamento “Bruxelles II bis” * di <i>Roberta Aluffi e Raffaele Sabato</i>	271

* Contributo sottoposto a revisione.

** I curatori, valutati il prestigio dell'Autore e la conseguente rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.



ALESSIO ZACCARIA

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Verona
Componente del Consiglio Superiore della Magistratura

“CONTATTO SOCIALE” E AFFIDAMENTO, ATTORI PROTAGONISTI DI UNA MODERNA COMMEDIA DEGLI EQUIVOCI *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il concetto di “contatto sociale”. – 3. Il contatto “negoziale”. – 4. I contatti sociali simili ai contatti negoziali. – 5. I contatti sociali diversi sia dai contatti negoziali sia dai contatti simili a questi ultimi. – 6. La teoria della Vertrauenshaftung. – 7. Quali comportamenti concludenti tipizzati possono essere inquadrati anche “contatti sociali”?

1. – Un mio scritto in materia di obbligazioni che, riecheggiando nel titolo una ben nota opera di Bertolt Brecht, ho dedicato all’*aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts*, alla resistibile ascesa del contatto sociale¹, è stato considerato meritevole di una replica “non tanto per qualche

* Quando questo scritto era ormai stato licenziato per la stampa, è stata approvata la l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. “legge Gelli”), i cui contenuti, per quanto qui d’interesse, di seguito si riportano.

In sintesi, va detto che, essendo stata introdotta una specifica norma di legge volta a classificare la responsabilità del medico dipendente da una struttura sanitaria come extracontrattuale, le questioni concernenti la possibilità di riconoscere la configurabilità di un “contatto sociale” fonte di obbligazioni debbono considerarsi con riguardo a questa fattispecie superate, e di conseguenza parimenti superati debbono considerarsi i riferimenti compiuti alla fattispecie medesima in questo scritto. Questioni e riferimenti conservano invece tutta la loro attualità per quanto riguarda le numerose altre fattispecie in cui la nostra giurisprudenza ha ritenuto di potere comunque ravvisare, appunto, un “contatto sociale” fonte di obbligazioni.

Art. 7 (*Responsabilità civile della struttura e dell’esercente la professione sanitaria*).

1. La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell’adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell’opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli 1218 e 1228 del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche alle prestazioni sanitarie svolte in regime di libera professione intramuraria ovvero nell’ambito di attività di sperimentazione e di ricerca clinica ovvero in regime di convenzione con il Servizio sanitario nazionale nonché attraverso la telemedicina.

3. L’esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell’articolo 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell’adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell’esercente la professione sanitaria ai sensi dell’articolo 5 della presente legge e dell’articolo 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall’articolo 6 della presente legge.

4. Il danno conseguente all’attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell’esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo.

5. Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme imperative ai sensi del codice civile.



valore che in realtà ... non ha, ma perché, ammantandosi del riferimento alla dottrina tedesca, ha potuto indurre qualche fiducioso lettore a ritenerlo dotat[o] di qualche plausibilità”, quando, invece, risulterebbe “minato ... dalla implausibilità di un discorso a tesi, che ritaglia arbitrariamente un profilo non significativo della materia con la velleità di far diventare modello per l'intero discorso le conclusioni che a tale profilo intendono riferirsi”².

Art. 5 (*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*).

1. Gli esercenti le professioni sanitarie, nell'esecuzione delle prestazioni sanitarie con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche, palliative, riabilitative e di medicina legale, si attengono, salve le specificità del caso concreto, alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi del comma 3 ed elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, e da aggiornare con cadenza biennale. In mancanza delle suddette raccomandazioni, gli esercenti le professioni sanitarie si attengono alle buone pratiche clinico-assistenziali.

2. Nel regolamentare l'iscrizione in apposito elenco delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche di cui al comma 1, il decreto del Ministro della salute stabilisce:

a) i requisiti minimi di rappresentatività sul territorio nazionale;

b) la costituzione mediante atto pubblico e le garanzie da prevedere nello statuto in riferimento al libero accesso dei professionisti aventi titolo e alla loro partecipazione alle decisioni, all'autonomia e all'indipendenza, all'assenza di scopo di lucro, alla pubblicazione nel sito istituzionale dei bilanci preventivi, dei consuntivi e degli incarichi retribuiti, alla dichiarazione e regolazione dei conflitti di interesse e all'individuazione di sistemi di verifica e controllo della qualità della produzione tecnico-scientifica;

c) le procedure di iscrizione all'elenco nonché le verifiche sul mantenimento dei requisiti e le modalità di sospensione o cancellazione dallo stesso.

3. Le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse elaborati dai soggetti di cui al comma 1 sono integrati nel Sistema nazionale per le linee guida (SNLG), il quale è disciplinato nei compiti e nelle funzioni con decreto del Ministro della salute, da emanare, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, con la procedura di cui all'articolo 1, comma 28, secondo periodo, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive modificazioni, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'Istituto superiore di sanità pubblica nel proprio sito *internet* le linee guida e gli aggiornamenti delle stesse indicati dal SNLG, previa verifica della conformità della metodologia adottata a *standard* definiti e resi pubblici dallo stesso Istituto, nonché della rilevanza delle evidenze scientifiche dichiarate a supporto delle raccomandazioni.

4. Le attività di cui al comma 3 sono svolte nell'ambito delle risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente e comunque senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

Art. 6 (*Responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria*).

1. Dopo l'articolo 590-*quinquies* del codice penale è inserito il seguente:

«ART. 590-*sexies*. – (*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*). – Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.

Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

2. All'articolo 3 del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, il comma 1 è abrogato.

¹ Pubblicato in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 77ss.

² Così CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, ristampa emendata, Milano, 2015, p. 133s. La contestazione ivi proposta, per quanto attiene l'impianto generale del mio scritto, è in realtà più ampia. Ma non mi è sembrato il caso di riprodurre i passi che, almeno secondo quanto a me è parso di potere cogliere, sono stati ispirati più che altro da un qualche risentimento del loro autore per il fatto di non essere stato citato, e che non mi sono perciò sembrati, per questo loro carattere, particolarmente funzionali rispetto alla trattazione del tema.

JUS CIVILE



Siamo nel campo delle “obbligazioni senza prestazione”, come spesso vengono chiamate, anche se dovrebbe dirsi, *rectius*, delle “obbligazioni senza dovere primario di prestazione”, in questi termini potendosi tradurre l’espressione “*Schuldverhältnisse ohne primäre Leistungspflichten*”, comune presso la dottrina tedesca, e idonea, a differenza dell’altra appena ricordata, ad individuare con esattezza la fattispecie, posto che una “obbligazione senza prestazione” non dovrebbe considerarsi configurabile, per difetto di un suo elemento essenziale.

La questione è se obbligazioni senza dovere primario di prestazione possano sorgere in conseguenza di un “contatto sociale”.

La risposta affermativa andrebbe sicuramente accolta, secondo il mio critico Lettore, almeno lì dove il “contatto sociale” possa definirsi come “qualificato” in considerazione delle qualità proprie del soggetto con il quale appunto in contatto si sia avuta l’occasione di entrare.

Non sarei d’accordo. E al fine di spiegare le ragioni di questo mio diverso convincimento, riprenderò – cercando di ulteriormente chiarirle, posto che una così accalorata reazione hanno suscitato –, le considerazioni che avevo svolto in quel mio scritto cui all’inizio ho fatto cenno; e non solo in quel mio scritto³.

2. – Vediamo, innanzi tutto, cosa deve intendersi per “contatto sociale”.

Si tratta di un concetto assolutamente generico: “contatto sociale” è qualsiasi forma d’interrelazione fra due o più soggetti che si collochi in un ambito definibile, appunto, come sociale.

Per limitarci a taluni esempi tratti dalla giurisprudenza della nostra Cassazione, è un contatto sociale quello che si instaura fra un medico dipendente da una struttura sanitaria e il paziente, così come sono contatti sociali quelli che si instaurano fra i genitori e l’insegnante cui sia stato affidato un minore, il notaio e la persona alla quale abbia accettato di rendere un consiglio, non però nel contesto di un rapporto professionale.

Così inteso il “contatto sociale”, di esempi è possibile reperirne una quantità tendenzialmente infinita.

3. – Un contatto sociale che interessa il diritto è certamente quello che si instaura in sede di trattative volte alla conclusione di un contratto: si tratta del “contatto negoziale”, che si contradd-

³ In quanto trascurati dal mio critico Lettore, mi permetto di segnalare: *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*, in *La Responsabilità Civile*, 2010, pp. 245-257 (poi compreso negli *Studi in onore di Antonino Cataudella*, Napoli, 2013, III, pp. 2355-2382), *La mediazione è un “contatto sociale” mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan?*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, pp. 726-730, *La natura della responsabilità in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, pp. 344-358 (in precedenza già apparso in Germania, in lingua tedesca, con il titolo *Die Natur der Haftung für culpa in contrahendo aus der Sicht der Krabbe*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014, pp. 626-641).

JUS CIVILE



distingue, principalmente, per due caratteri, rappresentati dal fatto di essere voluto e dal fatto di mirare ad un preciso scopo, e cioè la conclusione di un negozio, che sarà poi la fonte delle obbligazioni divise dalle parti.

In Germania, che questo tipo di contatto sociale possa costituire fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, obblighi, cioè, che per loro natura dovrebbero porsi come accessori rispetto all'obbligo di eseguire una determinata prestazione, è assolutamente pacifico. Con la *Schuldrechtmodernisierung*, è stata introdotta una norma specifica in proposito, il § 311 (2) 1 BGB, mentre in precedenza la risposta affermativa veniva tranquillamente poggiata sul § 242 BGB, che impegna a comportarsi secondo buona fede: perché buona fede appunto impone che nel caso del quale ci stiamo occupando sorgano (soltanto) obblighi della citata specie, e precisamente obblighi di protezione, d'informazione e via discorrendo.

Che lo stesso valga anche nell'ordinamento italiano è meno pacifico. Che nel contesto di una trattativa precontrattuale possano sorgere obbligazioni senza dovere primario di prestazione è infatti possibile affermare solo qualora fossimo disposti a ravvisare nella norma dell'art. 1337 c.c. la fonte appunto di obbligazioni di questo genere, piuttosto che la fonte di un generale dovere di comportarsi secondo buona fede, alla violazione del quale potrebbe allora essere collegata solo una responsabilità extracontrattuale⁴.

4. – Vi sono poi contatti sociali che possiamo classificare come contatti (non negoziali, bensì solo) simili ai contatti negoziali: non contatti negoziali, perché, pur se anch'essi voluti, non sono diretti alla conclusione di un negozio; ma simili ai contatti negoziali, perché tendenti a porre in essere una situazione che assomiglia a quella che scaturisce dalla conclusione di un negozio, non solo per il motivo che il contatto è voluto, bensì anche perché le parti, nell'entrare in contatto, intendono stabilire un rapporto che allo stesso modo, da un lato, mira all'esecuzione e, dall'altro, al conseguimento di una determinata prestazione "principale", entrambe consapevoli, però, del fatto che – a differenza di quanto accade nel caso di contatto negoziale – quest'ultima non finirà mai per risultare dovuta (non risulterà mai oggetto di un rapporto obbligatorio), bensì verrà attuata per spirito di cortesia, e dunque a titolo gratuito e senza alcun vantaggio per l'adempiente.

Per la verità, pure l'esecuzione di prestazioni *dovute* può risultare contrassegnata dai caratteri della gratuità e del difetto di vantaggio per l'adempiente: si pensi, per fare un esempio, alla pre-

⁴ La natura contrattuale della responsabilità precontrattuale è stata recentemente riconosciuta anche dalla Suprema Corte, con la sentenza 12 luglio 2016, n. 14188, la quale, peraltro, al fine di affermare detta natura, anziché muovere dal dato normativo dell'art. 1337 c.c., si è fondata sulla pretesa possibilità di riconoscere in generale cittadinanza, nel nostro ordinamento, alla figura del contatto sociale. Uno schema logico che, come ho avuto anche in passato modo di sottolineare, ricorda il movimento del gambero, e che era stato seguito dalla stessa Suprema Corte – altrimenti in modo di gran lunga prevalente incline a classificare la responsabilità precontrattuale come extracontrattuale – pure in un'altra occasione, e precisamente nel pronunciare la sentenza 20 dicembre 2011, n. 27648, per considerazioni riguardanti la quale mi permetto di rinviare al mio scritto *La natura della responsabilità in contrahendo ...*, cit.

JUS CIVILE



stazione cui è tenuto il mandatario a titolo gratuito. Anche in questi casi, si potrebbe parlare, perciò, di rapporti di cortesia, non, però, di *pura* cortesia.

Esistono vari indici che, lì dove manchi una dichiarazione di volontà negoziale, possono aiutare a stabilire se la prestazione sia dovuta oppure no: si potrà tenere in considerazione, in particolare, il fatto che il destinatario della prestazione, viste le circostanze del caso concreto, secondo buona fede e avendo riguardo ai costumi del traffico, potesse legittimamente confidare sulla presenza di una volontà della controparte di obbligarsi; così come si potrà riguardare alla specie della prestazione, al suo valore economico e giuridico, specialmente per il suo destinatario, alle ragioni per cui deve essere compiuta e al suo scopo, nonché agli interessi, in genere, dei soggetti interessati.

Sulla base di questi indici, quale rapporto di *pura* cortesia, avente ad oggetto una prestazione non dovuta, può essere fra gli altri classificato, ad esempio, il trasporto, appunto, di cortesia, mentre, per fare un esempio di segno opposto, è stata riconosciuta sussistere una base negoziale, in quanto tale fonte di obbligazioni, lì dove un medico accetti di fornire una prestazione ad un altro medico rinunciando, per ragioni di colleganza, a ricevere un onorario⁵.

Orbene, possono considerarsi rilevanti, i rapporti di cortesia *puri*, solo sul piano della responsabilità extracontrattuale? O possono considerarsi anch'essi fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione?

La risposta in questo secondo senso potrebbe essere raggiunta abbastanza pianamente attraverso una estensione della disciplina riguardante la responsabilità da trattative, sempre che la si intenda anch'essa fondata sulla violazione di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, estensione che potrebbe essere giustificata sulla base della considerazione che – lo si diceva poco fa –, come nel caso, appunto, delle trattative, il contatto non solo è voluto, bensì (sia pure non con la finalità di costituire un rapporto obbligatorio) comunque mira all'esecuzione, da un lato, e al conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione, e, per questa via, alla costituzione di un rapporto, così come accade quando ci si impegna in una trattativa diretta alla conclusione di un contratto, anche se di un rapporto il cui rilievo rimane confinato puramente sul piano della cortesia.

5. – Possiamo poi delineare una terza categoria di contatti sociali: quelli diversi sia dai contatti negoziali sia dai contatti simili ai contatti negoziali (e cioè dai contatti che abbiamo appena veduto caratterizzarsi per il fatto di essere anch'essi instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una certa prestazione, anche se in un contesto di pura cortesia).

Si tratta: *a)* dei contatti che a prima vista parrebbero anch'essi da ricondurre alla categoria dei contatti simili ai contatti negoziali, ma che come tali non sono definibili per il motivo che,

⁵ In questo senso, v. BGH, *NJW* 1977, 2120.

JUS CIVILE



pur se instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione che non finisce mai per essere dovuta, non possono essere intesi come diretti alla costituzione di un rapporto, anche soltanto di cortesia, dato che la prestazione medesima non viene eseguita a titolo gratuito e senza vantaggio per l'adempiente; nonché *b*) dei contatti che nemmeno apparentemente possono essere ricondotti al mondo di quelli negoziali, per quanto ampiamente inteso, in quanto non sono instaurati in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione.

Per intenderci.

Il medico dipendente dalla struttura, il maestro cui sia stato affidato l'allievo non agiscono a titolo di cortesia: non agiscono a titolo gratuito e senza che all'adempimento sia per loro collegato alcun vantaggio, per il semplice motivo che, anche se non da coloro con i quali entrano in contatto, incassano un compenso, così che fa difetto, in questi casi, un rapporto anche soltanto cortesia.

Mentre quando un notaio fornisca spontaneamente un consiglio nel corso di un'occasione conviviale, lo si potrà anche considerare attore di un contatto voluto, ma il consiglio non potrà in alcun modo dirsi fornito a seguito di un contatto instaurato in vista dell'esecuzione, da un lato, e del conseguimento, dall'altro, di una determinata prestazione.

Possono considerarsi anche questi contatti sociali, o almeno taluni di questi contatti sociali come fonti di obbligazioni senza dovere primario di prestazione?

La risposta positiva è stata proposta affermando la possibilità di una estensione della disciplina dettata per le trattative anche al di là delle fattispecie di contatto sociale simili a quelle di contatto negoziale, (almeno) con riguardo ai casi nei quali in chi fornisce la prestazione sia ravvisabile una sorta di "garante" della bontà della prestazione medesima⁶, fattispecie che potrebbero ritenersi integrate, in specie, tutte le volte in cui la prestazione resa rientri nell'esercizio di un'attività particolarmente qualificata, quali sono, ad esempio, quella dell'avvocato o del commercialista⁷.

E però, posto che, come si diceva, siamo di fronte a contatti che non appaiono omologabili non solo ai contatti negoziali, ma neppure ai contatti simili a contatti negoziali, una tale estensione non può non lasciare dubbiosi.

Un'affermazione come quella secondo cui, "se la buona fede, a norma dell'art. 1337 c.c., dà vita a obblighi c.d. accessori sin dalla fase delle trattative in conseguenza dell'affidamento che in esse si genera, parimenti in situazioni di affidamento altre dalle trattative può ritenersi nascere analoga responsabilità quando detti obblighi vengano violati"⁸, appare invero difficilmente

⁶ KRAMER, *Einl. zu §§ 241-304*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3a ed., München, 1994, 34, p. 23.

⁷ Si è parlato, in proposito, di "*Haftung kraft Berufstellung*": v. sempre KRAMER, *op. cit.*, 39, p. 22 (nella scia di LAMMEL).

⁸ Così CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 145 s.

JUS CIVILE



sostenibile. Così come difficilmente sostenibile appare quella secondo cui “l’identità di natura dei rapporti da contatto sociale qualificato e di quello precontrattuale [sarebbe] base più che sufficiente per consentire di affermare che la legge, alla stregua di quest’ultimo, consente il sorgere di altri rapporti obbligatori sulla base di elementi di fatto di pari natura”⁹. L’affidamento non può, infatti, essere inteso come una fonte generale di obbligazioni. Se lo fosse, dell’art. 1337 c.c. non avremmo bisogno alcuno. E neppure dell’art. 1338 c.c. Così come bisogno non avremmo dell’art. 1398 c.c.

In realtà, l’affidamento svolge in quelle norme non il ruolo di fondamento dell’obbligazione, bensì quello di limite alla responsabilità del soggetto che potrebbe in ipotesi essere chiamato a rispondere¹⁰.

Nulla vieta, ovviamente, di estendere ad altre fattispecie norme dettate per fattispecie assimilabili a quelle disciplinate, esattamente come abbiamo veduto potersi fare con l’art. 1337 c.c. per quanto riguarda i contatti sociali simili ai contatti negoziali. Ma, al di là di tale ambito, l’estensione di questa norma non può ritenersi consentita. Con riguardo ai contatti diversi dai contatti negoziali e dai contatti simili ai contatti negoziali, se si vuole sostenere l’esistenza di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, occorre trovare *altre* norme di riferimento, veramente estensibili alle fattispecie di volta in volta considerate, per la loro vicinanza a quella specificamente regolata.

In difetto di una norma che possa considerarsi estensibile, il semplice affidamento non basta.

Come si è recentemente scritto, “La scelta di un regime rafforzato di responsabilità si mostra incostante e volubile quanto lo è il rilevamento di quel fatto di sentimento individuale e collettivo (affidamento, aspettativa sociale) che giustificerebbe la disciplina dell’obbligazione contrattuale. Ricade in questa responsabilità il medico nei confronti del paziente; l’insegnante nei confronti dello studente; ... Più degli altri [questi] indirizzi ... lasciano emergere le incertezze e le contraddizioni del criterio dell’affidamento e dell’aspettativa sociale. Criterio che appare in sé insufficiente a far valere, in senso conclusivo, le ragioni di un’obbligazione contrattuale”¹¹.

In difetto di un “mediatore giuridico”, il semplice, generico “contatto sociale”, anche se eventualmente “qualificato” dall’affidamento che sia in grado di ingenerare, fino a quando non si trovi una base legale di riferimento, diretta (lì dove esista una norma immediatamente applicabile) o indiretta (lì dove si debba, e possa ragionare in termini di analogia, *legis* o *iuris*), può essere inteso solo come una fonte *extralegale* di obbligazioni, per la quale, però, nel nostro ordinamento non c’è spazio, dato che, ai sensi dell’art. 1173 c.c., oltre che al fatto illecito e al con-

⁹ Così sempre CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 146.

¹⁰ Per quanto riguarda questo profilo, mi permetto di rinviare ad altro mio scritto: *Rappresentanza apparente e “contatto sociale”: considerazioni circa il ruolo dell’affidamento nel diritto civile italiano*, in *Studium Iuris*, 2016, pp. 1161-1166.

¹¹ F. GAMBINO, *Le obbligazioni*, 1, *Il rapporto obbligatorio*, Torino, 2015, pp. 123-124.

JUS CIVILE



tratto, possono sì essere fonti di obbligazioni anche gli altri atti o fatti idonei a produrle, ma solo *in conformità dell'ordinamento giuridico*.

In altri termini, non va in radice escluso che anche contatti sociali diversi dai contatti negoziali e dai contatti a questi simili possano costituire fonte di obbligazioni senza dovere primario di prestazione, ma solo lì dove per le obbligazioni medesime possa essere trovata una base giuridica, che non può essere costituita da un semplice affidamento.

6. – Quanto sono venuto sin qui esponendo rappresenta in larga parte l'adattamento all'ordinamento nostro della teoria della *Vertrauenshaftung*, della responsabilità da affidamento, elaborata in Germania da Canaris¹² sulla base di una pluralità di norme del BGB, come quella del § 122, sul risarcimento del danno in favore di chi abbia confidato senza sua colpa nella validità di una dichiarazione nulla o annullata, e di diverse altre che non è qui il caso di enumerare. Teoria la cui idea di fondo è che al fine di fondare obbligazioni senza dovere primario di prestazione un semplice richiamo al “contatto sociale” non possa considerarsi sufficiente, e che pertanto, dovendo il diritto sempre “regnare sovrano”, obbligazioni senza dovere primario di prestazione debbano, e possano essere fondate soltanto sull'analogia della fattispecie di volta in volta considerata con fattispecie già regolate.

D'altra parte, se così non fosse, un contatto sociale possibile fondamento di una responsabilità che va oltre quella extracontrattuale, idoneo a fare sorgere una obbligazione senza dovere primario di prestazione, potrebbe finire per essere ravvisato in un numero talmente ampio di situazioni – persino in un incidente automobilistico – che si potrebbe progressivamente giungere all'evidentemente inaccettabile esito di cancellare la responsabilità extracontrattuale¹³.

7. – Per concludere, vorrei infine dare conto di un ulteriore, possibile modo d'inquadrare i contatti sociali differenti sia dai contatti negoziali sia da quelli a questi ultimi simili.

Le fonti delle obbligazioni, ai sensi dell'art. 1173 c.c., sono sì il fatto illecito e gli altri atti o fatti idonei a produrle secondo l'ordinamento giuridico, ma è anche il contratto: oltre al fatto illecito e alle fonti legali, l'attenzione può, e deve perciò essere rivolta anche alla fonte convenzionale.

Perché mai, se per definizione, trattando dei “contatti sociali”, ci stiamo interrogando in ordine alla configurabilità di obbligazioni non sorrette da un contratto?

Occorre invero considerare che un comportamento concludente, se ben può essere ravvisato ad esito di una valutazione condotta con riguardo ad una singola fattispecie, ben può essere rav-

¹² A partire dalla monografia *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München 1971, *passim*.

¹³ Il rilievo, suggestivo, e secondo quanto a me pare condivisibile, è stato espresso da SCHUR, *Leistung und Sorgfalt*, Tübingen, 2001, pp. 241-242, nella scia di LARENZ. Di diverso avviso CASTRONOVO, agli occhi del quale si tratterebbe, invece, della “Conclusione gloriosa di una lettura evidentemente monocola del contatto sociale” (*op. cit.*, p. 143).

JUS CIVILE



visato altresì ad esito di una valutazione condotta avendo presente quelle che sono le convinzioni socialmente diffuse nella generalità dei consociati¹⁴.

Ben potrebbe darsi, in altre parole, che un comportamento possa essere inteso come situazione espressiva di un intento di vincolarsi anche in quanto comportamento che tale significato assume (solo) alla luce di come certe relazioni quotidianamente si svolgono nel traffico giuridico, risultando in tal modo tipizzate.

*Riferimenti a questa idea si trovano anche nel recente volume di Francesco Gambino che ho poco fa citato, lì dove si accenna a quelle teorie che, rinvenendo nel principio di effettività un saldo riferimento di fondo, riconnettono l'obbligazione al modo di conformarsi di una data relazione tra soggetti determinati, proponendosi di parlare allora di pretesa socialmente tipica, frequente e comune, quale condizione sufficiente della giuridicità*¹⁵.

Orbene, quali comportamenti concludenti socialmente tipizzati si potrebbe immaginare allora di leggere anche “contatti sociali” diversi dai contatti negoziali e dai contatti simili a quelli negoziali.

E però, costruzioni di questo genere, occorre riconoscerlo, hanno il “sapore” di “*künstliche Produkte juristischen Denkens ohne jede Realität, denen sich die Justiz ... zuzuwenden gezwungen ist, wenn die deliktische Schutz des Vermögens schwach ausgeprägt ist*”¹⁶.

Senza considerare come sembri contrario ad ogni logica, in relazione a contesti nei quali tutti gli attori sono consapevoli del fatto che la prestazione divisata non costituirà mai oggetto di un rapporto obbligatorio, immaginare che vengano assunte per via negoziale obbligazioni accessorie rispetto all'adempimento di quella stessa prestazione¹⁷.

¹⁴ Cfr., sul punto, LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8° ed., München, 1997, § 30, 26 ss., p. 597 ss.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 113 ss.

¹⁶ Vale a dire, di prodotti artificiali del pensiero giuridico senza una base di realtà, ai quali la giustizia è costretta a riferirsi lì dove la tutela extracontrattuale del patrimonio appare troppo debole: così GERNHUBER, cit. da KRAMER, *Einl. zu §§ 241-304*, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 5a ed., München, 2007, 36, p. 21.

¹⁷ Cfr. CANARIS, *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*, in *Festschrift für Herbert Schimansky*, Köln, 1999, p. 47 s.



MARIO TRIMARCHI

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Messina

LA SCUOLA MESSINESE E L'ULTIMO CORSO DI LEZIONI DI SALVATORE PUGLIATTI *

SOMMARIO: 1. Il fondatore della Scuola messinese: Salvatore Pugliatti. – 2. “Diritto civile e diritto amministrativo”: l'ultimo corso di lezioni di Salvatore Pugliatti e la scelta del metodo storico. – 3. L'età antica: il diritto romano e l'origine degli istituti civilistici. – 4. L'età medioevale: da Giustiniano, ai Commentatori e al diritto comune. – 5. L'età moderna: le grandi codificazioni e la Costituzione. – 6. Conclusivamente: il diritto civile è la Sua Storia. – 7. Il rapporto tra diritto civile e diritto amministrativo. – 8. L'attualità della lezione pugliattiana.

1. – L'Università di Messina costituisce una di quelle sedi in relazione alle quali è possibile con certezza affermare che nel corso del '900 si sia sviluppata una Scuola¹. È dato, infatti, riscontrare una comunità di studiosi che adotta un metodo comune e – fatta salva la libertà di ricerca di ciascuno – fa proprie e condivide indicazioni dogmatiche in ordine alle categorie giuridiche fondamentali.

Una Scuola che si riconosce nei nomi in primo luogo di Salvatore Pugliatti e di Angelo Falzea e si caratterizza per la proposizione di una concezione assiologica del fenomeno giuridico.

Degli orientamenti della Scuola messinese e del pensiero dei suoi massimi esponenti ha già mirabilmente detto nel precedente convegno sulle Scuole civilistiche di fine aprile Vincenzo Scalisi, che ben può essere considerato il più autentico continuatore di quei Maestri, nella misura in cui ha saputo coniugare i loro insegnamenti con una non comune sensibilità nel cogliere, anche sul piano della teoria dell'interpretazione, l'evoluzione del diritto civile del tempo della complessità.

Giovanni D'Amico in questa occasione si occupa di alcuni aspetti dell'opera di Angelo Falzea. Mi riprometto, dunque, di trattare della figura di Salvatore Pugliatti e più precisamente di riferire del Suo ultimo corso di lezioni di Diritto civile, corso rimasto inedito e del quale conservo però la trascrizione in quanto lo frequentai come studente nell'anno accademico 1972/73.

* Relazione tenuta nell'ambito del Convegno su “Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche”, svoltosi presso l'Università La Sapienza di Roma il 21 e 22 ottobre 2016.

¹ Si tratta di una convinzione sufficientemente diffusa, suffragata anche dall'opinione di illustri Maestri: P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Laterza, Roma-Bari, 1991, 261; N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1982, 139 ss.; ID., *La scuola di Messina in un libro sui fatti giuridici*, in *Jus*, 1995, 399 ss.; P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 428 s.

JUS CIVILE



Corso – a mio avviso– particolarmente significativo in quanto conclude mirabilmente, attraverso una affascinante indagine di carattere storico sull'evoluzione del diritto civile, il percorso scientifico del Maestro, anche con illuminanti riflessioni intorno al metodo di ricerca e alla funzione del giurista.

Di e su Pugliatti si è scritto tanto², della Sua eccezionale personalità di studioso, della Sua capacità di padroneggiare ai massimi livelli tutte le scienze umane, e non certo solo quella giuridica, cosicché senza alcuna enfasi ben può essere considerato un grande protagonista della cultura italiana del '900. Uno di quei Maestri la cui dimensione si staglia con assoluta preminenza ed il cui ricordo ed insegnamento permarranno vivi e fecondi nel tempo.

I contributi che Pugliatti ha fornito alla scienza giuridica sono innumerevoli e attengono non solo a tutti i campi del diritto civile, ma anche al diritto del lavoro, al diritto commerciale, al diritto industriale e al diritto agrario³. È stato rilevato come Pugliatti sia stato un giurista completo, ma al tempo stesso inquieto⁴, dotato di grande curiosità, fortemente aperto al dibattito, convinto che lo scienziato del diritto debba continuamente aggiornare i risultati conseguiti, assolutamente insofferente nei confronti di qualsiasi generalizzazione o astrazione inutile, in una logica di continuo rinnovamento dei concetti e della loro necessaria rispondenza al reale.

Pugliatti – come lui stesso afferma – è fautore di una concezione integrale della giuridicità, lontana sia dal formalismo sia dal sociologismo, dove il diritto è visto come sintesi tra sostanza e forma, tra fatto e norma: “Il fenomeno giuridico – rileva – è un fatto storico sociale giuridica-

²Limitando l'indicazione ai contributi che ricostruiscono prevalentemente la personalità scientifica di Pugliatti giurista v.: E. PARESCHE, *Presentazione*, in S. PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, V ss.; R. NICOLÒ, *Presentazione*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, I, 1, Giuffrè, Milano, 1978, VI ss.; *L'opera di Salvatore Pugliatti*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 534 ss. con saggi di A. FALZEA, E. PARESCHE, F. SANTORO PASSARELLI, A. TRABUCCHI, M.S. GIANNINI, R. NICOLÒ, G. PETROCCHI; A. FALZEA, *Dalla scuola dell'apprendimento alla scuola dell'insegnamento*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, *Teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, 565 ss.; P. GROSSI, *Presenze vigili: Salvatore Pugliatti, un civilista inquieto*, in *La cultura del civilista italiano*, Giuffrè, Milano, 2002, 95 ss.; *Salvatore Pugliatti giurista. Ricordo nel I centenario della nascita (1903-2003)*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 559 ss., con saggi di G. SILVESTRI, V. SCALISI, A. FALZEA, P. GROSSI, P. RESCIGNO, G. MINERVINI, A. GAMBARO, G. GABRIELLI; P. GROSSI, *L'avvio di un itinerario scientifico. (Una lettura del primo volume degli «Scritti giuridici» di Salvatore Pugliatti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 365 ss.; V. SCALISI, *I professori del genere civilistico istituzionale a Messina (dalla tragedia del terremoto al secondo conflitto mondiale)*, in *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Giuffrè, Milano, 2012, 139 ss.; ID., *Dalla Scuola di Messina un contributo per l'Europa*, in *Fonti-Teoria-Metodo*, cit., 259 ss.; ID., *Salvatore Pugliatti*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Il diritto*, App. VIII, a cura di P. Cappellini, P. Costa, M. Fioravanti, B. Sordi, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da G. Treccani, Roma, 2012, 712 ss.; A. FEDERICO – F. MACARIO, *Salvatore Pugliatti*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta, Il Mulino, Bologna, 2013, II, 1633 ss.; *I Maestri italiani del diritto civile. Salvatore Pugliatti*, a cura di S. Ciccarello, A. Gorassini, R. Tommasini, Esi, Napoli, 2016.

La straordinaria figura di Pugliatti è delineata in L. FERLAZZO NATOLI, *Nel segno del destino. Vita di Salvatore Pugliatti*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007.

³Tutti gli *Scritti giuridici* di Salvatore Pugliatti sono stati ripubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Messina in sei volumi, Giuffrè, Milano, 2008-2012.

⁴P. GROSSI, *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 597 ss.

JUS CIVILE



mente qualificato: il nucleo (elemento sostanziale) sta nel fatto, l'elemento qualificativo (elemento formale) promana dalla norma ... se può essere concesso analizzare separatamente contenuto e forma, non si può certo prescindere, per la comprensione piena del fenomeno, dal considerarne gli elementi costitutivi nella loro sintesi”⁵. In altri termini il Nostro afferma che la scienza giuridica nella elaborazione delle categorie e nella costruzione del sistema non può mai fare a meno né deve astrarsi dalla concreta realtà sociale colta nel suo divenire storico. E però – come si è rilevato– l'intuizione di Pugliatti “contiene una insospettabile miscela esplosiva dal momento che mette insieme ... due entità (la *materia-fatto* e la *forma-norma*) percorse da potenziale e conflittuale tensione ... l'una concreta, mutevole e mobile...l'altra astratta, statica e tendenzialmente immutabile nel tempo”⁶. Cosicché, se si vuole fare scienza del diritto, –ci ammonisce Pugliatti– ci si deve orientare verso la considerazione “dell'esperienza giuridica nelle sue molteplici articolazioni”⁷, rifuggendo da ogni impostazione meramente esegetica e formalistica, a favore di una impostazione che non perda mai di vista l'evolversi dei processi sociali e le reali esigenze dei consociati, quali momenti imprescindibili per la comprensione ed interpretazione delle norme, per l'elaborazione delle categorie e del sistema, per il controllo della loro effettività.

La considerazione del momento sostanziale a base di ogni fenomeno giuridico implica, quindi, –come si è rilevato– l'immersione del diritto nella storia, che costituisce pertanto “un passaggio ineliminabile e obbligato nella metodologia del giurista, perché permette di cogliere l'*indice di valore* già racchiuso nella sottesa concreta realtà storico-sociale, la quale in quanto realtà complessa originaria e oggettiva fatta di interessi e relazioni tra gli uomini altro non è che la stessa esperienza di vita dei consociati, ossia prassi e storia degli uomini, nella quale si danno legati da inscindibile nesso e fusi insieme sia il fatto che il valore, l'*essere* e il *dover essere*, il caso e la regola”⁸.

2. – L'ultimo corso di lezioni di Salvatore Pugliatti, tenuto durante l'anno accademico 1972/73, è intitolato “Diritto civile e diritto amministrativo”⁹.

L'avvio è scintillante. All'inizio dell'esposizione conduce una attenta analisi linguistica del

⁵ S. PUGLIATTI, *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*, Giuffrè, Milano, 1935, 64.

⁶ V. SCALISI, *Dalla Scuola di Messina un contributo per l'Europa*, cit., 268.

⁷ S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, in *Grammatica e diritto*, cit., 89.

⁸ V. SCALISI, *I professori del genere civilistico istituzionale a Messina (dalla tragedia del terremoto al secondo conflitto mondiale)*, cit., 164 s..

⁹ Pugliatti, stante la Sua prematura scomparsa, avvenuta nel 1976, non ebbe modo di rivedere e limare il testo, raccolto da studenti e giovani collaboratori, di quelle lezioni. Trattandosi dell'ultima importante ricerca del Maestro e di una testimonianza imperitura del Suo grande ingegno, sento di omaggiarlo attraverso la pubblicazione di un volume che raccoglie quelle lezioni. Gli interventi sul testo allora trascritto sono stati meramente formali e rispettosi al massimo del pensiero del Maestro. Il volume è in corso di pubblicazione per i tipi della ESI. Tutte le citazioni proposte, da adesso sino alla conclusione di questo lavoro, sono tratte da tale scritto.

JUS CIVILE



titolo del corso, e si chiede se fosse opportuno indicare prioritariamente il diritto amministrativo o il diritto civile, ma soprattutto indaga sulla portata della particella “e” concludendo che dal punto di vista puramente grammaticale congiunge, mentre dal punto di vista logico disgiunge, nel senso che la ricerca mira a proporre un raffronto tra due ambiti tra i quali ricorre una relazione o, ancora, nel senso che tra i due termini che presentano il sostantivo diritto in comune e poi aggettivazioni diverse, si ipotizza che vi siano elementi di identità e elementi di differenza.

Ma il particolare interesse della parte introduttiva di queste lezioni va ravvisato nel fatto che Pugliatti si dichiara apertamente in ordine al metodo che il giurista deve utilizzare nella ricerca.

Al riguardo evidenzia che, almeno in astratto, è possibile procedere per tre vie differenti, peraltro non parallele e quindi destinate per più aspetti ad incrociarsi.

La prima è quella dell’esperienza comune, quella consistente nel ricorso alle notizie più o meno approfondite che ciascuno possiede in una data materia ed in particolare che l’operatore del diritto possiede per gli istituti giuridici; l’esperienza consente di orientarsi, dà una prima informazione ma non è certo da sola sufficiente per conseguire una vera conoscenza dei fenomeni.

La seconda via è quella che parte dai concetti, dalle categorie, dagli schemi, nella specie propri del diritto civile e del diritto amministrativo. Sembra la più rapida; in realtà, pur essendo utile, non sempre è praticabile dal momento che le classificazioni sono spesso incerte e problematiche e comunque alquanto astratte. Lo stesso confine tra le due branche oggetto della ricerca appare quanto meno mobile e comunque segnato da una zona grigia che rende difficile la distinzione.

Vi è, infine, un’altra via, – sono parole di Pugliatti – “un metodo di ricerca che ricorre a diversi mezzi, cerca di utilizzare tutte le risorse possibili e di tenersi quanto più possibile a contatto con la realtà e l’esperienza, provando al tempo stesso a soddisfare il bisogno di ordine, che sorregge la cosiddetta scienza ... In che cosa consiste questa altra via? In una parola, la tradizione, la storia. Parole grosse, compromesse ... C’è ... un patrimonio immenso di esperienza e di elaborazioni culturali, di esperienze immediate di vita vissuta, di *erlebnis* ... di riflessione sul vivere ... La tradizione ha dunque un’importanza enorme, e di essa non possiamo liberarci perché finisce con l’essere l’eredità che ci viene trasmessa dalle generazioni immediatamente precedenti la nostra e che noi finiamo con il dover accettare di fatto e di diritto ... volendo stabilire cosa è diritto civile, cosa è diritto amministrativo ... dobbiamo affidarci alla tradizione per vedere in che modo questa esperienza è stata analizzata dalle generazioni precedenti”.

3. – Pugliatti indica, quindi, il metodo storico o storicistico quale percorso privilegiato da precegliere nella ricerca, anche per evitare sia concettualizzazioni eccessive e lontane dal reale, sia interpretazioni meramente formali del dato positivo del tutto sconnesse dal contesto sociale.

Ed avvia, così, un’amplissima, dotta e ricchissima ricostruzione del diritto civile dagli albori ai giorni d’oggi, passando in rassegna e analizzando attentamente una infinità di fonti, a partire dai Greci e dai Romani sino alla metà del secolo scorso, sempre attento a collegare quelle stret-

JUS CIVILE



tamente giuridiche con tutte le altre di matrice economica, politica o sociale, essenziali per comprendere in una visione unitaria in modo corretto le prime.

Dopo aver ricordato che l'orientamento speculativo dei grandi pensatori greci, se ci consegna un insegnamento filosofico che ha gettato le basi dell'intera cultura occidentale, risulta scarsamente utilizzabile o comunque sommamente difficile da intendere in ordine al fenomeno giuridico, Pugliatti dedica numerose lezioni alla formazione degli istituti tradizionali del diritto civile durante i secoli del dominio romano.

Qui va notato che il Nostro coniuga un esame analitico delle fonti con lunghe parentesi che potrebbero apparire erudite digressioni, ma che in realtà costituiscono paragoni, tra fenomeni anche temporalmente distanti, necessari per cogliere appieno il senso del discorso. E, così, l'elegante discussione sulla *naturalis ratio* ed il confronto col *Volksgeist*, di matrice storicista con le citazioni di Puchta, di Savigny, di Herbert e di Grimm, e con *l'esprit du peuple*, e quindi con l'illuminismo di Montesquieu, gli servono per cogliere i punti di incontro e le differenze tra le varie fasi storiche ma al tempo stesso per concludere che la concezione romantica è assai più vicina al testo gaiano, che non alla concezione razionalistica. Oppure l'approfondimento, di particolare interesse, sulla c.d. grammatica comparata, dove il riferimento alle varie famiglie linguistiche via via individuate dagli studiosi, a partire dal Sanscrito, che si assumeva all'origine di varie lingue europee, e poi alla lingua indogermanica, a quella indoeuropea, a quella arioeuropea, e, ancora, alla lingue studiate più di recente amerindiane e africane, è utile per dimostrare la necessità di evitare generalizzazioni e di condurre un'analisi storicamente collaudata e relativizzata.

In realtà – osserva Pugliatti – “nulla esiste che possa essere fermato per l'eternità. Ecco allora come la storia non è più soltanto una parola, ma è una parola che designa qualche cosa di essenzialmente reale, cioè appunto questo moto continuo, questo cambiamento incessante, questa instabilità esistenziale radicale di ciò che è reale come natura, di ciò che è reale come uomo e prodotto dall'azione dell'uomo”.

Scevro, quindi, da ogni eccessiva concettualizzazione ed attento, piuttosto ad un approfondito esame dei testi (e così ricorda, tra gli altri, Ermogeniano, Ulpiano, Marciano e Gaio), il Nostro, a conclusione della prima parte dell'indagine storica, individua alcune materie formanti il diritto civile e segnatamente quelle delle persone, delle cose, delle successioni e delle obbligazioni, che rappresentano punti di forza di una tradizione millenaria pervenuta sino ad oggi. Con l'ulteriore, però, importante precisazione che, nonostante l'identità linguistica, lo *jus civile* romano non corrisponde pienamente al diritto civile contemporaneo e che alcuni di quegli istituti hanno subito, come è inevitabile e necessario nel processo storico, profondi rinnovamenti.

4. – La seconda parte della ricostruzione storica, anch'essa molto documentata e dettagliata, è dedicata all'evoluzione del diritto civile nel periodo che va dalla divisione dell'impero romano e quindi dall'opera di Giustiniano sino alla conclusione dell'età medioevale.

JUS CIVILE



L'analisi, di grande pregio per l'affresco d'insieme che ci consegna, è sempre fondata su uno studio particolarmente accurato dei testi, con l'esame di tutte le principali fonti disponibili, mettendo in luce, nelle varie fasi temporali, in parallelo i fenomeni sociali via via prodottisi e le novità riscontrabili tra gli istituti civilistici.

Il lettore è condotto in un affascinante viaggio attraverso il tempo, alla scoperta, pagina dopo pagina, delle ragioni di carattere economico, politico o sociale che hanno determinato la formazione di ciò che oggi chiamiamo diritto civile.

E così Pugliatti racconta secondo quali modalità la persistenza del solo impero d'oriente ha indirettamente comportato in occidente l'emersione di diritti "provinciali" ed in specie di quello sviluppatosi da ultimo in ambiente greco, che innestandosi su quello romano, determina la formazione del diritto bizantino. Più in generale segnala, poi, che il periodo coevo alla divisione dell'impero romano sembra caratterizzato dal fatto che la pluralità di fonti formatesi nei secoli precedenti, tende ad essere sostituita, in un processo di semplificazione connesso all'accentramento del potere politico, da un'unica fonte (le *Constitutiones principum*), che modernamente potremmo ricondurre alla figura della legge. Peraltro queste *Constitutiones* solo formalmente valevano per tutto l'impero, in quanto in occidente "un complesso di ragioni ... di ordine pratico, economico e sociale ... reclamavano anche una disciplina di ordine giuridico differente ... ed ecco che allora sorse un complesso di norme e di principi che finisce con l'essere raccolto sotto l'etichetta di diritto volgare", in relazione al quale – al di là, nota Pugliatti, dell'impossibilità sul piano storico di determinare con precisione il significato dell'espressione-, va ricordata proprio la sua idoneità a rispondere ad esigenze nuove che andavano proponendosi.

Il quinto e il sesto secolo, segnati dal tentativo da parte di Giustiniano di riconquista dell'occidente ma soprattutto dalle c.d. invasioni barbariche, dopo l'avvento dei longobardi vede la frattura (durata ben 13 secoli) dell'unità politica e giuridica dell'Italia, con al nord un diritto romano-longobardo espressione di una mescolanza di razze, usi e esigenze diverse, anche di origine germanica, ed al sud un diritto romano-bizantino.

Con l'arrivo dei Franchi e di Carlo Magno questa mescolanza si accentua ulteriormente. Ma il periodo è significativo in quanto si afferma per la prima volta l'ordinamento della Chiesa, destinato ad avere un grande impatto sul diritto civile.

Nei secoli successivi ed in modo più intenso soprattutto dopo l'anno mille, si sviluppano interessi ed esigenze del tutto nuove sul piano sociale, strettamente connesse all'evolversi dei traffici e del commercio, specie marittimo. Si creano così zone "vuote", dove il diritto romano non è più sufficiente, destinate ben presto ad essere colmate da regole consuetudinarie, che comportano il riemergere del fenomeno della pluralità delle fonti.

Pugliatti consente, così, di cogliere quando, come e perché si originino e si sviluppino vari istituti giuridici e, tra gli altri, quelli della rappresentanza, della cessione del credito e dei titoli di credito al portatore e, più in generale, quelli propri del diritto commerciale. Ed ancora fa comprendere come, una volta superato il periodo feudale tendenzialmente chiuso e accentratore, l'ampliamento del mondo degli affari abbia favorito la nascita e il diffondersi del fenomeno as-

JUS CIVILE



sociativo (le *universitates* medioevali, diverse da quelle romane) e, più in generale, un vero e proprio rinascimento giuridico, caratterizzato, in un quadro di moltiplicazioni delle fonti, dalla riviviscenza del diritto romano.

Prendendo, poi, spunto dalle forme di collaborazione che a partire dall'undicesimo e dal dodicesimo secolo si instaurano tra scienza e fonti (il Nostro al riguardo si sofferma sulla Scuola di Bologna e sui glossatori: Pepo, Irnerio, Bulgaro, Martino, Ugo, Iacopo, e poi sui commentatori: Cino da Pistoia e Bartolo da Sassoferrato, e nota che nella sostanza questi dottori finiscono con l'innestare nuove regole nella piattaforma romanistica, dando così vita al c.d. diritto comune), Pugliatti riflette in generale sulla funzione e sul ruolo del giurista, rilevando che la scienza giuridica del ventesimo secolo presenta ormai una funzione secondaria, essenzialmente didattica ed ha talora portata anche deformatrice, nel senso che costruisce degli schemi concettuali ma esagera nell'attribuire ad essi anziché un valore semplicemente pratico, cioè di strumenti utilizzabili per mettere ordine e per agevolare la interpretazione delle norme, addirittura un valore di principi dai quali è lecito dedurre e ricavare delle norme giuridiche. È il Pugliatti decisamente contrario al mero concettualismo e alle teorizzazioni inutili, nella convinzione – ribadita in questa sede – che l'attività del giurista deve sempre avere una finalità pratica, tenendo quanto più è possibile in disparte le sue convinzioni ideologiche, pur senza spogliarsi della sua personalità.

5. – Riprendendo le fila del Suo affascinante viaggio nella storia del diritto civile, il Nostro osserva che in seguito al progressivo affermarsi degli Stati unitari e dell'assolutismo monarchico, il diritto romano tende a perdere progressivamente di importanza ed è integrato o sostituito dai diritti nazionali. In Francia, in particolare, mentre nel meridione continua a prevalere il diritto romano, nel settentrione si sviluppa un diritto a matrice consuetudinaria, che viene anche raccolto in appositi testi (nel quindicesimo secolo è celebre, ad esempio, la *coutume de Paris*). Parallelamente seppur con lentezza, per superare questo intreccio di fonti, si affaccia l'esigenza o, se si vuole, l'idea di una codificazione che dia ordine alla congerie di fonti esistenti e risponda ad una esigenza sistematica. Pugliatti, al riguardo, raccoglie il pensiero di numerosi autori, francesi o germanici, ascrivibili a periodi diversi, da Demulin e Otomanus, a Pufendorf, Wolf e Tomasio ed ancora a Domat e Poitier; e richiama tra l'altro l'esperienza di metà '700 di stampo razionalista del c.d. codice fridericiano, redatto da Cocceio, rimasto sulla carta proprio perché sprovvisto – dice testualmente – di quel lievito essenziale che viene dalla realtà sociale.

Ed in questo contesto non si lascia sfuggire l'occasione per alcune amare considerazioni sulla classe dei giuristi e sulle tecniche di formazione delle leggi. “I giuristi – rileva Pugliatti – sono quasi tutti individualisti e tendono ognuno a realizzare proprie idee, ideologie e tecniche, ... difficilmente associabili in una unità di tendenze e di orientamenti ... con quello scarso risultato pratico che è abbastanza facile concepire”. Talora alcuni di essi riescono parzialmente a collaborare per curare la tecnica ed il linguaggio legislativo, ma nella massima parte dei casi la classe politica, trasformista ed immatura, nel redigere le leggi “ non rispetta né la logica, né la lingua,

JUS CIVILE



né la chiarezza espressiva” cosicché “vi è una specie di anarchismo tecnico nel campo legislativo ... sempre più pauroso”, e, di conseguenza, una classe giuridica, almeno nel complesso, scarsamente utile ed autoreferenziale.

Il Nostro si sofferma, infine, ampiamente sulle grandi codificazioni e segnatamente in primo luogo sul *Code civil* del 1804. Per intenderne la reale portata, – fedele al metodo storico adottato sin dall’inizio delle lezioni – Pugliatti ricostruisce attentamente le vicende della storia francese dei decenni precedenti, dalla rivoluzione a Napoleone, ricordando che alla sua prima accoglienza come liberatore da parte di personaggi del calibro di Kant, Beethoven o Foscolo, subentrò ben presto una loro amara delusione e la convinzione che l’Imperatore operava essenzialmente a tutela di interessi economici francesi. Pugliatti – in linea con l’opinione prevalente – afferma, comunque, che il *Code* rappresenta la vittoria della classe borghese, con la connessa consacrazione dei valori della libertà giuridica e dell’uguaglianza formale, nonché della libertà di iniziativa economica con lo Stato mero controllore della competizione. In questo quadro gli istituti del diritto privato previsti e regolamentati dal codice sono quelli emersi e confermati da una plurisecolare tradizione, e quindi, oltre la famiglia, essenzialmente la proprietà e il contratto, con una disciplina pienamente funzionale al conseguimento delle finalità ispiratrici la nuova legislazione.

Ma l’ottocento, a livello sociale – ricorda Pugliatti – è segnato essenzialmente da quel grandioso fenomeno, sviluppatosi in origine in Inghilterra, costituito dalla rivoluzione industriale, che si pone a sua volta a fondamento della c. d. questione sociale e della regolamentazione dei rapporti tra datore di lavoro e lavoratore.

Il tema, nonostante la sua primaria rilevanza, è a lungo ignorato dalla legislazione privatistica. Nessuna traccia è rinvenibile al riguardo nel nostro paese nella prima metà del diciannovesimo secolo, dove alternanti vicende politiche comportano periodi o zone dove trova applicazione il *Code* napoleonico ed altri o altre nelle quali si restaura l’articolata e confusa situazione di fine ’700. È solo con l’unità politica e con la connessa “piemontizzazione” e “burocratizzazione” dell’Italia, che, accogliendo mature e nobili aspirazioni favorevoli alla semplificazione e all’unificazione legislativa, si recepì sostanzialmente col codice civile del 1865 quello francese – e ciò, nota Pugliatti, probabilmente per una tradizione comune neolatina che negli ultimi decenni si era sedimentata, contro le convinzioni della scuola storica tedesca contraria alle codificazioni –.

Anche il codice tace sulle grandi questioni indotte dalla rivoluzione industriale ed in specie sul rapporto di lavoro subordinato. E risultano quindi confermate, e però in un contesto storico profondamente mutato, le scelte ideologiche del codice francese, il quadro dei valori ai quali è ispirato nonché le materie di rilievo privatistico che disciplina.

Con queste premesse diventa allora necessaria negli ultimi decenni dell’ottocento e nei primi del novecento l’emanazione di una sempre più vasta normativa speciale, che disciplini i fenomeni di maggior rilievo che progressivamente ed imperiosamente si pongono a livello sociale. Ed il Nostro ricorda, così, tra l’altro, la legislazione tesa a regolare i rapporti con la Chiesa cat-

JUS CIVILE



tolica, e soprattutto le numerose leggi che sulla pressione del movimento socialista iniziano a regolare vari aspetti della materia lavoristica. Il racconto pugliattiano perviene, così, a momenti o periodi storici che ha vissuto personalmente. Pugliatti, infatti, nasce a Messina nel 1903, si laurea in Giurisprudenza nel 1925 e già nel 1934 vince il concorso per professore straordinario di Diritto civile. Adesso la sua ricostruzione, – forse anche soltanto per ragioni di tempo avviandosi il corso alla conclusione –, diviene progressivamente più attenta ad un esame analitico essenzialmente dei dati di diritto positivo, senza sviluppare parallelamente in modo approfondito, diversamente da quanto aveva fatto per tutte le epoche precedenti, le ragioni economiche, politiche e sociali fondanti la legislazione.

Concentra in particolare la sua attenzione sulla circostanza che il codice civile del 1942 rimane fondamentalmente aderente alla tradizione e che si tratta di un codice che si segnala per il notevole grado di perfezionamento tecnico. Per il resto nota che rimane fondato sulle scelte del codice precedente, con l'unica significativa innovazione costituita dal quinto libro, dedicato agli istituti dell'impresa e del lavoro. E si dilunga, poi, su un confronto anche testuale tra le disposizioni contenute nella Carta del lavoro proclamata durante il fascismo e le numerose previsioni in materia della Carta costituzionale.

Con riferimento a quest'ultima Pugliatti – qui certamente con spirito innovatore per il tempo – insiste fortemente sulla natura precettiva delle disposizioni privatistiche in essa contenute, a partire da quelle in materia di tutela dei lavoratori. Analizza, poi, attentamente e con osservazioni spesso precorrenti i tempi, il disposto costituzionale in tema di famiglia e di proprietà, soffermandosi infine ampiamente su un tema in quegli anni all'attenzione generale, quello dei limiti all'iniziativa economica privata che attraverso lo strumento della programmazione la legge avrebbe potuto introdurre.

6. – Al termine della parte propriamente privatistica del corso, dopo aver condotto una brillante ricerca al fine di individuare attraverso una analisi storica dettagliata, e però al pari in una prospettiva sintetica, il vivo e palpabile evolversi dei fenomeni sociali e dei connessi istituti civilistici, Pugliatti osserva: “possiamo concludere questa lunga esposizione, questa ampia ricostruzione storica, in cui abbiamo tentato di descrivere cosa è il diritto civile ... si può affermare ... che ... il diritto civile ha come fondamento alcuni istituti essenziali ... Uno è il lavoro ... un altro è la proprietà. Proprietà e lavoro però finiscono con l'essere collegati ... la proprietà terriera ... e poi la proprietà dei mezzi di produzione” sono fortemente connessi col mondo del lavoro e del capitale, cosicché “Terra, capitale e lavoro ... i tre fattori della produzione ... sono i fenomeni alla base degli istituti disciplinati dal diritto civile. Vi è poi anche la regolamentazione della famiglia e delle successioni”.

Il diritto civile è, perciò, la sua storia. Consiste e coincide con quanto la sua storia ci insegna e ci consegna. Gli istituti del diritto civile sono quelli che nell'esperienza plurisecolare della civiltà contemporanea sono andati progressivamente ad emergere.

Pugliatti ci ammonisce che non è possibile compiere alcuna generalizzazione, che le distin-

JUS CIVILE



zioni tra le varie branche del diritto non possono poggiarsi su criteri logicamente e astrattamente precostruiti e come l'unica risposta valida riposa nella storia e va colta attraverso un'analisi dell'evoluzione del reale e dei fatti sociali quali entità fondanti le norme, da quelli non separabili né distinguibili.

Un insegnamento, quello pugliattiano, che va sempre tenuto a mente e praticato, anche oggi, quando si investighi sull'oggetto del diritto civile, alla ricerca degli istituti che lo caratterizzano. Certo, dalle riflessioni del Maestro è trascorso ormai quasi mezzo secolo e le novità che hanno interessato il diritto civile postmoderno del tempo della complessità e del pluricentrismo normativo sono notevoli ed evidenti. Ciò non di meno la Sua lezione rimane illuminante, soprattutto per la tensione che la anima a favore di una concezione storico-reale del fenomeno giuridico, da sperimentare attraverso una approfondita indagine analitica che colga tutti i dati a disposizione, con l'obiettivo di organizzare l'ordinamento rimanendo fortemente connessi ai fatti e ai valori emergenti dalla realtà sociale.

7. – Ma Pugliatti presenta il diritto civile insieme al diritto amministrativo. Il corso è, appunto, intitolato “Diritto civile e diritto amministrativo”, il che fa supporre la ricorrenza di elementi che giustificano questa considerazione unitaria, accanto naturalmente ad elementi che differenziano i fenomeni osservati.

Per cogliere tale rapporto, il Nostro – fedele alle sue scelte metodologiche – chiarisce, come ha già fatto per il diritto civile, che il mero ricorso all'esperienza e alla logica e, si vuole, anche alla sociologia e alla linguistica, se può essere utile alla ricerca, non appare comunque pienamente appagante. Ad esempio, –aprendo una ampia parentesi-, rileva acutamente che il termine latino *administrare* è “naturalmente ambiguo, in quanto polisenso” potendo significare “assistere” ad esempio ad una funzione religiosa, oppure “servire” ad esempio a tavola, oppure “dirigere” ad esempio una nave, o ancora “condurre” o “essere titolari di un comando” o “eseguire” o, infine, “reggere e dirigere”. Invero solo l'indagine storica è quella in grado di svelare come e perché si sia sviluppato il diritto amministrativo e, più in particolare ai nostri fini, quali suoi istituti presentano connessioni col diritto civile. Anche in questa materia non si tratta – chiarisce Pugliatti – di ricercare improbabili o impossibili criteri distintivi, quanto piuttosto di osservare e constatare le innumerevoli forme di coesistenza tra le due branche del diritto nella regolamentazione di ogni istituto, cogliendo così in una logica unitaria le esigenze fattuali e le risposte dell'ordinamento.

Pugliatti – ma l'affermazione non è ampiamente discussa e quindi va accolta col beneficio del dubbio – sembra aderire alla tesi secondo cui, pur ricorrendo con certezza nei secoli passati, già a partire dagli Assiri e dagli Egiziani, complessi apparati di gestione del potere (di particolare interesse sono le pagine sui collaboratori dei Faraoni o anche degli Imperatori romani), il diritto amministrativo moderno vede la sua origine dopo la rivoluzione francese e si sviluppa proprio in quel paese in connessione all'attività politica e culturale dominante, quale struttura predisposta dalla classe borghese per difendere il potere acquisito anche usando leggi autoritarie, contro le insidie delle classi spodestate e i fermenti delle classi subalterne.

JUS CIVILE



Nel corso, poi, del diciannovesimo secolo, l'organizzazione amministrativa si sviluppa e si struttura nei vari paesi europei, i servizi pubblici vengono assunti da organi a ciò preposti e si forma progressivamente un ramo speciale del diritto e cioè un sistema normativo tendenzialmente con principi generali, settoriali e di materia che si collegano tra loro. Si può, quindi, – conclude sul punto Pugliatti – legittimamente parlare di diritto amministrativo quando si individua “concretamente, in relazione ad una data organizzazione giuridico-politica, un sistema indipendente, autonomo, organico e tendenzialmente compiuto”.

Ma l'attenzione del civilista non è solo rivolta a questi profili, quanto piuttosto ad evidenziare le innumerevoli forme di collegamento e i continui rapporti tra le due branche dell'ordinamento. A questi fini il Nostro conduce un'ampia ricerca, particolarmente attenta ai dati normativi, evidenziando l'enorme mole di istituti che presentano insieme aspetti civilistici e amministrativistici. E fa riferimento all'idea di diritto comune, inteso come il complesso degli istituti fondamentali della convivenza civile, in relazione ai quali accanto a profili privatistici, rilevano spesso anche aspetti pubblicistici, che integrano forme di amministrazione pubblica del diritto privato. La maggior parte delle attività dei privati – nota Pugliatti – presenta riflessi esterni che mettono in giuoco interessi non tanto degli autori dell'atto di autonomia quanto di carattere generale o di determinati terzi estranei, cosicché divengono essenziali forme di accertamento e di documentazione, esplicate soprattutto dai notai, che attribuiscono pubblica fede a quegli atti. Nell'atto pubblico, appunto, si incontrano un'attività privata e un'attività amministrativa, nella misura in cui il pubblico ufficiale assicura quella certezza importante ai fini della prova.

Attività intrinsecamente amministrative afferenti a materie privatistiche vengono poi poste in essere in svariate occasioni dall'ufficiale dello stato civile, soprattutto per fatti attinenti alla vita delle persone. Il primo riferimento è all'atto di nascita, ma in genere ai vari atti dello stato civile in materia di diritto di famiglia e, in particolare, alla celebrazione del matrimonio, dove il sindaco o un suo delegato non si limita peraltro a documentare la volontà dei nubendi ma, di più, li dichiara marito e moglie. Anche il procedimento per conseguire il mutamento del cognome coinvolge organi della pubblica amministrazione. E, transitando ad altre tematiche civilistiche, considerazioni non troppo dissimili vengono proposte con riferimento alle successioni o anche alla proprietà, dove addirittura la perdita del diritto del privato in seguito a procedimento espropriativo è rimessa alla pubblica amministrazione.

Un'attività sostanzialmente amministrativa viene poi svolta in numerose ipotesi anche dal giudice, nelle materie della volontaria giurisdizione, dove però l'operatore rimane organo del potere giudiziario seppur in funzione amministrativa.

Pur senza considerare il fenomeno – solo accennato da Pugliatti – della privatizzazione del diritto amministrativo e dell'applicabilità di regole e principi privatistici ad attività della pubblica amministrazione, le ipotesi di coesistenza nell'ambito dello stesso istituto di regole di diritto civile e di regole di diritto amministrativo sono, dunque, particolarmente diffuse. Le attività di organi amministrativi e le attività di soggetti privati vengono quindi a combinarsi con varie possibili funzioni, a volte “costitutiva, altre volte dichiarativa, ma sempre” con “l'effetto dell'attribuzione di

JUS CIVILE



pubblica fede”. In svariatissime occasioni – rileva Pugliatti – un istituto del diritto civile non può operare se non è connesso a regole del diritto amministrativo, cosicché le classificazioni e le distinzioni tra i due ambiti presentano un rilievo semplicemente generico ed indicativo e vanno tendenzialmente superate. Già da tempo Pugliatti aveva avuto modo di chiarire che non era possibile tracciare con nettezza la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. Anche nel Suo ultimo corso di lezioni il Maestro rifugge da concettualizzazioni e schematizzazioni eccessive e si orienta a favore di un metodo che potrebbe dirsi integrale, nel senso che il compito dell’interprete è quello di individuare e prendere in considerazione tutti i dati, di qualsiasi genere, disponibili e rilevanti. E quindi nella specie tutte le disposizioni di diritto civile e di diritto amministrativo riferibili al caso, ai fini di una loro lettura unitaria, nonché tutte le componenti della realtà sociale utili per la evidenziazione e soluzione del problema pratico di vita dei consociati.

8. – Le suggestioni indotte dalla lettura delle lezioni del Maestro inducono a prospettare alcune brevi considerazioni.

La storia in genere ed anche quella del diritto ci consegnano momenti alterni, che sembrano vorticosamente ripetersi e rincorrersi. Fasi nelle quali, più in particolare, il diritto civile presenta una tendenza unificatrice, che si traduce nella codificazione o comunque nella vigenza di una fonte assolutamente prevalente, e fasi nelle quali si danno una pluralità di fonti, aventi varia natura e generanti forme di particolarismo giuridico. Pugliatti ci ammonisce che il giurista non può limitarsi ad una semplice presa d’atto della ricorrenza in un dato periodo storico di un dato assetto (piuttosto che di un altro) delle fonti civilistiche, conducendo un’analisi meramente astratta e formale. Ogni assetto delle fonti, più o meno accentrato o più o meno diffuso, presenta, infatti, una precisa motivazione, è fondato su scelte in senso lato politiche ed è significativo dell’emergere, dell’evolversi o del venir meno di date esigenze sociali. Così, determinati momenti storici caratterizzati dalla compresenza di una pluralità di fonti potrebbero essere dovuti all’insorgere di forze sociali nuove che tendono ad imporsi o comunque costituiscono la prova della ricorrenza di più forze in conflitto. La ricorrenza di una codificazione può, invece, testimoniare un periodo di controllo dell’assetto sociale da parte delle forze prevalenti o comunque di stabilità, di pretesa certezza o di conservatorismo. In ogni caso le scelte risultanti dalla forma delle norme non possono essere scisse – chiarisce definitivamente ed autorevolmente il Maestro – dall’osservazione e dalla considerazione del fatto inteso come realtà sociale e dei valori di cui è portatore.

L’utilizzo di queste illuminanti riflessioni per provare a comprendere i tempi d’oggi, inducono a ritenere che il pluricentrismo normativo del ventunesimo secolo vigente nel tempo della complessità ed il diritto debole che caratterizza vari fondamentali settori dell’esperienza (dal diritto dei mercati finanziari al biodiritto, dal diritto ambientale a quello di internet, per ricordare solo i campi più importanti), costituiscano il segno di una fase di passaggio e di instabilità dovuta alla presenza sullo scenario internazionale di grandi forze attualmente in lotta per l’affermazione sul piano giuridico dei loro interessi economici.



GIOVANNI FURGIUELE

Professore ordinario di Diritto civile – Università di Firenze

**“VICENDE FIORENTINE”: DA GIOVANNI BRUNETTI AD
ENRICO FINZI E, INFINE,
A SALVATORE ROMANO E AL SUO “ORDINAMENTO SISTEMATICO
DEL DIRITTO PRIVATO”***

1. – Se si dovesse riassumere in un sol tratto l’essenza e il livello concettuale della qualificazione in senso giuridico nell’ambiente fiorentino di inizio del secolo ventesimo essi risulterebbero espressi efficacemente nella connotazione di stampo normativo formulata, in primis, dall’autorità di natura statutale. A questi conseguirebbe, da un lato, una pretesa delimitazione formale della qualità giuridica implicandosi necessariamente la derivazione logica del progetto da una regola di natura legale; dall’altro, una interiore pretesa restrizione dell’attività interpretativa all’interno di un riferimento esclusivo a quanto derivante da un linguaggio formulato in legge.

La derivazione di tutto ciò risulta affermata nell’Europa Continentale dagli avvenimenti verificatisi nel secolo precedente: ne scaturisce il dominio di una classe, la classe borghese; l’esaltazione del potere statutale, di cui, appunto, si appropria la classe borghese; la creazione ad opera dello Stato dei riferimenti giuridici nella continuità della logica conforme agli interessi della medesima classe borghese. Il diritto risulta privato di aderenza ai valori formulati dall’intero corpo sociale e, per di più, ridotto a pura forma e non, viceversa, a sostanza. Fedele interprete, seppur a suo modo, di quanto non è altro che esaltazione di atteggiamenti legati ad anni passati risulta anche Giovanni Brunetti. La sua opera che può ritenersi principale, “Norme e regole finali nel diritto”¹ ne traduce in formule adeguate il significato originario.

Quel che, così, si smarrisce è l’idoneità ad incidere sui fermenti in atto nel contesto sociale: la norma che esiste in realtà può contraddire e non agevolare l’emersione degli eventualmente rinnovati profili di organizzazione collettiva.

Questo è il quadro che, dal punto di vista universitario, manifesta l’ambiente fiorentino allorché nel 1922 venne ivi fondata la Facoltà di Giurisprudenza.

* Intervento svolto dall’Autore nell’ambito del Convegno organizzato dall’Associazione Civilisti Italiani presso l’Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema “*Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche*” e destinato ad essere pubblicato nel volume comprensivo degli Atti del Convegno.

¹ Pubblicata a Torino nel 1913.

JUS CIVILE



2. – Negli anni successivi il panorama ebbe profondamente a modificarsi. Insegnarono a Firenze presso la facoltà di Giurisprudenza personaggi illustri come Giorgio La Pira, Emilio Betti, Francesco Calasso, Pietro Piovani i quali, pur non trattando espressamente il Diritto civile, introdussero nell’ambiente culturale concetti e prospettive ben più ampie del ridotto riferimento alla sola norma emanata dallo Stato. Le modifiche di ordine intellettuale ebbero tuttavia a proporsi anche nel medesimo settore privatistico. Il riferimento riguarda innanzitutto in linea temporale una figura di docente complessa quale senz’altro fu quella di Enrico Finzi. Nel medesimo tempo Egli, infatti, si realizzò come scienziato della materia giuridica appartenente sia al Diritto civile sia al Diritto commerciale, e, in entrambi i riferimenti, fu avvocato di primario rilievo. Non solo, ma conobbe e coltivò intensi rapporti con colleghi illustri, quali Giacomo Venezian, Francesco Carnelutti, Carlo Lessona, Piero Calamandrei, Francesco Ferrara. E, soprattutto, ebbe legami con persone ulteriori e in vista al di fuori del mondo giuridico quali furono, per ricordarne alcune, Enrico Corradini, Giacomo Vailati, Mario Calderoni, Gaetano Salvemini, Ludovico Limentani, Giorgio Pasquali, Arrigo Serpieri².

Ne consegue che il settore del diritto sia visto come un momento non scisso, ma partecipe delle vicende culturali e, prima ancora, economiche che sono nei vari momenti storici all’origine del modo di essere delle scienze sociali. Da ciò deriva che l’approccio iniziale alla considerazione della materia giuridica, sia da essa espressa dal “ possesso dei diritti” alla cui delimitazione è dedicata inizialmente la riflessione ai Enrico Finzi”³o, viceversa, da un problema in materia di nullità o, per dir meglio, in materia di efficacia, cui è rivolta la sua successiva attenzione⁴, siano considerate sotto il profilo dell’impiego delle formule linguistiche. Penetra, in altri termini, all’interno degli strumenti culturali di cui è fatto impiego un approccio derivante agli inizi del secolo ventesimo dal pensiero neo-pragmatista. Il giurista, quale è Enrico Finzi, è ad esso sensibile e ne trae spunto per fondare in maniera scientificamente più solida le riflessioni dal medesimo svolte intorno agli specifici argomenti volta per volta considerati.

Ciò, nella sostanza, induce ad allargare lo sguardo oltre la lettera del testo legale e parrebbe aprire l’obiettivo ad una considerazione del diritto ulteriore rispetto a quella di fonte statutale, ma Finzi, che pur ne comprende la possibilità, si astiene dal compiere tale passo e rimane, in definitiva, all’interno del formalismo legale di tipo consueto. Il diritto è visto rispetto all’immagine del medesimo derivante dall’influsso decisivo di ordine statutale o, per dire diversamente ma in maniera analoga, di origine di tipo pubblicistico. Tanto significa che si rinuncia volontariamente a coglierne la globalità, per concentrarsi piuttosto a rilevarne un solo profilo, quello comunemente più diffuso. È ovvio, tuttavia, che quanto viene ad essere accennato è ben più am-

² Tutto ciò e quanto poco prima ricordato, nonché altro, è efficacemente sottolineato da P. Grossi, Enrico Finzi: un innovatore solitario, in E. Finzi, “*L’officina delle cose*” – *Scritti minori*, Milano 2013, p. X ss. Per ulteriori opere di P. Grossi in cui si accenna ad Enrico Finzi, cfr. quanto dal medesimo P. Grossi indicato in Enrico Finzi cit., p. VIII.

³ Cfr. E. Finzi, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915 (rist. Milano, 1968)

⁴ Cfr. E. Finzi, *Studi sulle nullità del negozio giuridico – I – L’art. 1311 del Codice Civile*, Bologna, 1920.

JUS CIVILE



pio di ciò che risulta dalla singola formula espressiva di fonte normativa, ma consentirebbe tipi di letture di ordine giuridico più articolati e intellettualmente veritieri.

Un ulteriore argomento appare prevalentemente considerato da Enrico Finzi ed esso è quello nella proprietà.⁵

La “novità” che nell’apprezzarne l’immagine viene ad essere introdotta consiste nell’esaltazione della dimensione oggettiva e, di per sé, economica. Il che vuole che non debba esaltarsi il profilo della titolarità e dei poteri che ad esso conseguono per descriverne la figura, ma debba piuttosto accompagnarsi a tutto ciò una considerazione necessaria degli obblighi che si impongono a livello normativo al fine di conseguire la realizzazione di un determinato profilo. Inizia in tal modo la convivenza di diritto ed obbligo al fine di individuare il senso e il contenuto complessivo della situazione considerata in termini proprietari. L’opera perverrà ad essere compiuta allorché nel 1967 verrà pubblicato “Diritto ed obbligo nella teoria del diritto reale” di Francesco Romano⁶, autore, anch’esso, di “stampo” fiorentino.

Inizialmente, tuttavia, all’intuizione del profilo che porta all’abbinamento gli aspetti al tempo stesso positivi e negativi, non consegue una pienezza di sviluppo e piuttosto subentra la considerazione di un necessario approdo in senso corporativo⁷. Quello della corporazione, com’è noto, rappresenta un profilo organizzativo diffuso e praticato in età fascista.

Non è tale circostanza un aspetto il quale induca a ricondurre al suo interno Enrico Finzi. Piuttosto è il riflesso della diffusione nel periodo storico intorno agli anni trenta nel secolo scorso di atteggiamenti di pensiero con caratteri al tempo spesso economico e giuridico. È in questa tendenza che si colloca l’Autore di cui si stiamo occupando.

Ne risente la concezione del diritto di proprietà e l’accostamento al suo interno del momento della possibilità e, assieme ad esso, dell’ulteriore momento dell’obbligo. È una circostanza storica, quella degli ultimi venti anni della prima metà del secolo ventesimo, quanto traspare dagli scritti in tema di Enrico Finzi.

3. – Ed è, al tempo stesso, una ulteriore circostanza storica, particolarmente triste e per molti gravemente dolorosa, quella che alla fine degli anni trenta del medesimo secolo passato ebbe a determinarsi a livello politico, dapprima in Germania e poi in Italia, nei confronti degli ebrei. Enrico Finzi era ebreo e ne subì le conseguenze. Caduto il fascismo, si riaprirono anche per Lui le porte dell’Università e, con l’indubbio patrocinio al riguardo di Piero Calamandrei, si verificò il Suo passaggio dalla Facoltà di economia e commercio alla Facoltà di Giurisprudenza.

⁵ In particolare cfr. E. Finzi, *Le moderne trasformazioni del diritto di proprietà*, in Arch. Giur. 1923 e *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in Atti del primo congresso nazionale di diritto agrario, Firenze, 1936. Entrambe le opere appaiono in ristampa in E. Finzi, *“L’officina delle cose”*, cit., p. 17 ss. e 40 ss. e rispetto a questa opera sono qui citate.

⁶ Opera, questa, pubblicata a Napoli nel 1967.

⁷ Cfr. E. Finzi, *Diritto di proprietà*, cit., p.50 ss.

JUS CIVILE



L'insegnamento di cui divenne titolare fu quello di Istituzioni di diritto privato.

La cattedra di diritto civile era occupata da Salvatore Romano, il quale la mantenne fino al 1974, anno per lui di compimento del settantesimo anno di età. La coppia di insigni giuristi divenne realtà accademica in quanto inseriti all'interno di una medesima struttura operativa. Rimane il fatto che l'uno, Enrico Finzi, era nato a Mantova nel 1984 e dopo essersi laureato a Bologna s'era trasferito per sempre a Firenze agli inizi del secolo ventesimo e che l'altro, Salvatore Romano, era nato a Modena nel 1904 a seguito del trasferimento del padre, Santi Romano e della sua famiglia, intrinsecamente siciliana, in tale sede fino al passaggio a Firenze agli inizi degli anni trenta fino al decesso verificatosi nel 1975.

In quell'anno e nell'anno precedente per Enrico Finzi ebbe a verificarsi quasi contemporaneamente la scomparsa di due personalità di grande valore. Due personalità tuttavia, intrinsecamente diverse per cultura, per atteggiamento politico, per gusto e per concezione in senso tecnico – giuridico. Si è già detto (seppur brevemente) di Enrico Finzi, rimane da prendere in considerazione (e, anche qui, seppur brevemente) Salvatore Romano per ricordarne i caratteri differenziali.

4. – Egli, com'è noto, sulla scia del padre, Santi Romano, muove da concetti intrinsecamente giuridici, quelli di ordinamento e di istituzione.

Enrico Finzi ha l'immagine consueta del diritto in forma legale; ne esamina l'intima complessità sotto il profilo del linguaggio, ma non fuoriesce dall'unicità di un riferimento dal punto di vista tecnico.

Salvatore Romano, viceversa, sostituisce all'unitarietà di uno schema la pluralità nella determinazione dei singoli oggetti così visualizzati.

La considerazione giuridica ne esce profondamente incisa: per chi crede nella validità dei riflessi di natura intellettuale all'incisione si accompagna la realtà nella visione di quanto in tal modo analizzato. Certo è che se, nell'ottica di Santi Romano, prevale più la sua intuizione rispetto alla considerazione puntuale dell'intima struttura dei settori giuridici indagati, così non è per Salvatore Romano, la cui valutazione effettuata a proposito del mondo privatistico trae dall'ottica dell'ordinamento validissimo apporto e sicura coincidenza. Tutto ciò è stato puntualmente rilevato e messo in luce in due occasioni: la prima, nel 2004 a cento anni dalla nascita di Salvatore Romano⁸; la seconda, nel 2015 in una pubblicazione di più ampio respiro su alcune delle varie opere dal medesimo effettuate⁹. Deve, quindi, ad esse rinviarsi per una riflessione più specifica intorno alla figura di Salvatore Romano. Un momento appare, tuttavia, non adeguatamente valorizzato ed esso concerne i due volumi dell'"Ordinamento sistematico del diritto priva-

⁸ Cfr. Salvatore Romano – *Giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Milano, 2007.

⁹ Cfr. Salvatore Romano – a cura di Giovanni Furguele, Napoli, 2015.

JUS CIVILE



to,” editi, il primo, agli inizi degli anni sessanta¹⁰ e, il secondo, qualche anno dopo, nel 1970¹¹.

In tali opere si racchiude, in sostanza, la conclusione della vicenda intellettuale cui ha dato vita Salvatore Romano.

Alcuni scritti minori vennero pubblicati sempre nel 1970,¹² anno di edizione, come già detto, del secondo volume dell’*“Ordinamento sistematico”* ed uno scritto¹³ appare dopo il decesso, secondo quanto già riferito verificatosi nel 1975. In tutti i casi vengono applicati concetti già considerati. L’*“Ordinamento sistematico”*, viceversa, pone riassuntivamente le premesse elaborate nel corso della vita di studio e di riflessione. Ha, quindi, un significato particolare nella valutazione stessa della figura del Suo autore. Un rilievo, a conferma di ciò, è nella formula di apertura del volume iniziale secondo il quale “il concetto fondamentale del diritto coincide con quello di ordinamento dinamicamente inteso, come espressione dell’azione di forze ordinanti, come ordinarsi e come ordinato¹⁴. Essa costituisce la rappresentazione perfetta della profonda consistenza del pensiero giuridico di Salvatore Romano. La formulazione è sintetica, ma estremamente precisa. Ne sono aspetti fondamentali la considerazione dell’ordinamento in senso “dinamico”, l’immagine delle “forze ordinanti”, la visione “dell’ordinarsi” e “dell’ordinato”.

È la configurazione stessa di ciò che è necessario per dichiararsi opportunamente giuristi e al tempo stesso per comprendere in maniera adeguata la complessa realtà della vicenda giuridica. Altro è naturalmente il diritto, altro la sociologia del diritto: una descrive l’ordine compiuto, l’altra le vicende ulteriori che determinano il compimento dell’ordine. Ma tuttavia, lo ribadisco, non si è consapevoli giuristi se non si percepiscono le ragioni stesse che determinano storicamente l’acquisizione dell’ordine. Né, a maggior ragione, lo si è se non si è in grado di cogliere l’incidenza dei motivi i quali determinano la vicenda costante dell’aggiornamento dei criteri di risoluzione dei singoli problemi. Tanto è valido per il passato e ancor più oggi, per non dire addirittura, e forse meglio, sempre.

Nella determinazione della vicenda da cui scaturisce l’ordine acquista un rilievo essenziale la menzione dell’influenza esercitata dalle c.d. forze ordinanti. Il concetto risulta così formulato nella maniera più ampia e può essere inteso, in un primo senso, con rinvio all’attività svolta dai soggetti o, in senso ulteriore, con riguardo ai molteplici fattori i quali influenzano in vario modo la scelta di uno fra i possibili modelli di ordine. Nella dimensione iniziale la “forza ordinante” si risolve nell’immagine del potere a tutti egualmente riferibile e come tale in senso giuridico “ri-

¹⁰ Cfr. Salvatore Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, I, *Diritto oggettivo*, a cura di F. Romano, Napoli, s.d.

¹¹ Cfr. Salvatore Romano, *Ordinamento sistematico del diritto privato*, II, *L’azione – Il potere*, a cura di F. Romano, Napoli, 1970.

¹² Sono, cioè, Sulla remissione del debito, In tema di persone giuridiche e Sul concetto giuridico di documento, raccolti e nuovamente pubblicati in Salvatore Romano, *Scritti minori*, Milano, 1980, t. III a pp. 1483 ss., 1511 ss., 1527 ss.

¹³ Vale a dire Procura e incapacità naturale del rappresentato, in Salvatore Romano, *Scritti minori cit.*, t. III, p. 1543 ss.

¹⁴ Salvatore Romano, *Ordinamento*, cit., I, p. 15.

JUS CIVILE



conosciuto” e non, viceversa, “attributo”. Nella vicenda ulteriore ciò costituisce la complessa realtà dei vari criteri i quali giocano un ruolo nel causare, in via iniziale, un’azione o, in un ulteriore momento, un criterio di giudizio. Ma si è già detto, come tutto questo rischi più frequentemente di collocarsi in una visione di carattere sociologico della vicenda giuridica. L’espreso richiamo all’“ordinarsi” a all’“ordinato” si traduce nell’abbinamento della realtà dell’azione con quanto racchiuso nella formula del procedimento. Ciò significa non concentrare l’attenzione sull’esclusività della figura del solo atto giuridico, bensì anche sulle vicende che ne hanno preceduto la conclusione o, altresì, anche sui comportamenti che ne determinano l’esecuzione o che si collocano in fase di autotutela. Il riferimento alla pluralità nel collocarsi all’interno della visione dell’ordine, sia esso quello proprio dei privati o, per di più, quello che ha al vertice lo Stato o anche la comunità europea, giustifica e rende concreta la visione composita e non soltanto semplicisticamente isolata all’interno di singoli e specifici elementi.

5. – Il richiamo, seppur in termini minimali, di questi vari aspetti giustifica la necessità di considerare più da vicino l’“Ordinamento sistematico del diritto privato”.

Esso rappresenta, per così dire, una sorta di “carta geografica” dettata quasi in conclusione della vicenda terrena per accompagnare il suo Autore nelle varie tappe della sua esperienza intellettuale. La novità che distingue l’“Ordinamento sistematico” da analoghe opere generali e di carattere, per così dire, introduttivo quali sono, per operare un riferimento, “Le nozioni fondamentali del diritto civile” di Mario Allara o “Dottrine generali del diritto civile” di Francesco Santoro Passarelli sta nella visione dell’ordinamento giuridico, da un lato, e nello Stato e nella norma da esso emanata, dall’altro. Il modo di organizzare il pensiero e di riflettere sulle categorie che ne divengono necessarie distinguono inevitabilmente Salvatore Romano (e, prima di lui, rispetto ai contemporanei, Santi Romano) dagli autori di analoga età.

Negli ultimi tempi si sta verificando un recupero sempre più esteso e convinto di atteggiamenti concettuali legali all’idea dell’ordinamento¹⁵. Tanto appare conseguenza della situazione di difficoltà in cui si trova la visione, per così dire, pubblicistica in tutte le sue dimensioni, quindi lo Stato e la sua idoneità a produrre norme giuridiche. Ciò induce a sottolineare in più di un settore il carattere prevalente della spontaneità nella venuta ad esistenza della regola giuridica e non quello della sua pretesa nascita a seguito del compimento di un preciso atto di volontà ordinante posto in essere da “soggetti” all’uopo espressamente legittimati.

Sono, queste, caratteristiche che si ritrovano sia nella produzione di Santi Romano, sia anche, se non di più, nelle opere del figlio, cioè Salvatore. La considerazione dell’“Ordinamento sistematico” offre la possibilità di addentrarsi in un mondo in cui anni di riflessione nel corso intero di una vita ne hanno rafforzato la consistenza e lo sviluppo.

¹⁵ Cfr. al riguardo i saggi raccolti nel volume recentemente pubblicato da N. Lipari, *Il diritto civile fra legge e giudizio*, Milano, 2017.

JUS CIVILE



6. – Gli autori qui ricordati, nonché le opere su cui è stata richiamata l’attenzione rappresenteranno termini di riferimento della ricerca che da più soggetti verrà posta in essere.

Il rinvio, pertanto, è al suo compimento. Sono, queste, per riprendere il titolo del presente scritto, “vicende fiorentine”, nel senso, cioè, di vicende avvenute nei confronti di docenti di ruolo all’interno dell’Università di Firenze. Non tuttavia “fiorentine” nella sostanza, poiché anzi gli aspetti affrontati avranno ed hanno una valenza in generale per lo stesso schema di carattere giuridico. Tanto è quel che si cercherà di porre in luce.



ALESSANDRO CIATTI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Torino

LA SCUOLA CIVILISTICA TORINESE *

SOMMARIO: 1. *Precisazioni terminologiche.* – 2. *La figura di Mario Allara.* – 3. *Gli allievi di lui.*

1. – Poiché non è agevole attribuire un significato univoco all'espressione "scuola", prendendo esempio da Scarpelli¹ ne sceglierò uno non lessicale ma stipulativo. Individuo perciò una «scuola» quando riscontro gli elementi che seguono:

- a) una figura di riferimento autorevole (il Maestro);
- b) una figura radicata per un periodo di tempo apprezzabile in un Ateneo;
- c) un numero di allievi (professori di prima fascia) superiore a tre;
- d) la condivisione di metodo o quanto meno la condivisione di temi di ricerca tra il Maestro e gli allievi.

Alcune ulteriori precisazioni che ritengo necessarie.

Per quanto riguarda l'autorevolezza del Maestro, ho qualche dubbio che non si possa ritenere implicita nell'elemento *sub c)* giacché un numero di allievi superiore a tre è ben più che un indizio di autorevolezza. È vero tuttavia che in quel giudizio possano pure concorrere altre considerazioni: il numero delle citazioni delle sue opere in quelle altrui, le cariche accademiche ricoperte e quelle non accademiche ma pur sempre di prestigio, la frequenza statistica di partecipazione alle commissioni di concorso (dalla quale può dipendere anche il numero di citazioni delle opere), in alcuni casi forse pure il carattere eccentrico o magari sgarbato del personaggio, che può contribuire ad alimentarne la fama e, con qualche riserva, il prestigio della sede nella quale egli si trovava a insegnare.

Una precisazione merita pure l'individuazione della figura dell'allievo. Penso che, sempre stipulativamente parlando, si possa indicare come tale la persona che, pur non avendo avuto come relatore della tesi di laurea il Maestro, sia stato da questo indirizzato nella scelta dei temi di studio, sia stato da questo accompagnato nella carriera (e soprattutto nelle fasi critiche di questa, come quella concorsuale e quella della chiamata) e sia arrivato a ricoprire il posto di professore di prima fascia. Va quindi da sé che l'elemento *sub c)* (numero di allievi) possa trovarsi

* Intervento svolto dall'Autore nell'ambito del Convegno organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani presso l'Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema "Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche".

¹ *Il problema della definizione e il concetto del diritto*, Milano, 1955.

JUS CIVILE



collegato funzionalmente alla frequenza statistica di partecipazione ai concorsi (ma ciò non sempre accade perché, anche se rari, vi sono esempi di Maestri che non hanno mai partecipato alle commissioni di concorso).

2. – Per ragioni di tempo e direi anche *ratione materiae* (per non sovrappormi cioè agli storici del diritto), devo poi ulteriormente restringere la mia indagine all'ultimo Maestro in ordine cronologico, a quello più vicino a noi: devo quindi parlare, per la sede torinese, di Mario Allara, senza considerare allora figure – altrettanto eminenti – come quelle di Chironi o di Felice Merlo ad esempio.

Allara era sicuramente autorevole, nel senso indicato.

Ha avuto più di tre allievi (Giommaria Dejana, Alfredo Fedele, Piero Schlesinger, Marino Bin ed Enzo Ferrero).

Ha ricoperto la carica di rettore dell'Università di Torino ininterrottamente dal 1945 al 1972 (un anno prima della sua morte avvenuta il 7 giugno 1973²) mentre non gli è mai riuscito di accedere alla carriera politica (egli era di orientamento liberale monarchico).

Aveva un carattere eccentrico ed è ancora ricordato tra i suoi ex studenti per la severità eccezionale agli esami, per il modo inconsueto di tenere lezione e di condurre gli esami di profitto (proponeva tra l'altro esempi spesso bizzarri e astraeva quasi del tutto dall'esame delle disposizioni).

Nato a Torino l'8 agosto 1902, si era addottorato a Palermo con Giuseppe Messina. Nella prima fase della sua opera si nota un legame ancora forte con la costruzione pandettista che mano a mano verrà scemando sino a posizioni estreme (come per tutte il rifiuto della categoria del negozio).

I temi di ricerca di Allara si indirizzano specialmente sulla teoria delle obbligazioni e sulle successioni a causa di morte, cioè su temi caratterizzati da elevato tecnicismo e che consentono più agevolmente di praticare un metodo che spesso si chiama rigoroso per significare avalutativo. E mi pare che non si possa spiegare questo solamente come un segno di quel tempo: basta pensare a quanto scriveva, per evocare uno dei migliori, in quel periodo un Redenti.

Allara si occupa infatti di novazione condizionale³, di obbligazione del fatto altrui⁴ di prestazione in luogo di adempimento e più tardi (quando dall'Istituto universitario di Economia e commercio veneziano si era trasferito a Camerino) di pagamento con causa turpe⁵ (queste ultime probabilmente sono le sue opere di maggiore rilievo in questo settore alle quali va aggiunta senz'altro quella dedicata alla proprietà temporanea⁶).

² L'università di Torino ha ritenuto di dedicargli solamente un'aula per riunioni nel palazzo del Rettorato di via Po, senza immagini, busti o altri omaggi (che viceversa sono tributati ad altri Maestri di quell'Ateneo).

³ In *Riv. dir. civ.*, 1926, I, p. 313 s.

⁴ In *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 420 s.

⁵ Rispettivamente: *Boccone del Povero* ed. Palermo, 1927 e *Ann. Cam.*, 3 [1929], p. 148 s.

⁶ In *Circolo giuridico*, Palermo, 1930, p. 69 ss.

JUS CIVILE



Per il diritto delle successioni, vanno annoverate l'opera giovanile sul prelegato⁷ e quella dedicato al testamento⁸, o meglio soprattutto sulla dichiarazione testamentaria, giacché differenti aspetti avrebbero dovuto costituire oggetto di un altro volume che l'autore non ha poi mai avuto a comporre, forse a causa di una sopravvenuta diminuzione della vista, che lo affligge poi per tutta la vita.

Ai due settori di elezione della sua produzione dedica, dopo la malattia, una serie di lavori destinati prevalentemente alla didattica, e quindi trascurati dal punto di vista formale (sono pubblicati in forme di corsi universitari litografati). Si tratta di lavori di rilievo scientifico indiscutibile ma nei quali viene scemando il dialogo di Allara con la giurisprudenza dottrinale e con quella forense (alla quale aveva invece dedicato un certo impegno tra il 1925 e il 1952, sorpendo nei suoi commenti per la capacità di coniugare l'analisi dei problemi generali con l'esame del fatto concreto⁹), probabilmente perché la fatica nel leggere lo stava sopraffacendo.

Mi riferisco alla *Vicende del rapporto giuridico, fattispecie, fatti giuridici*¹⁰ e *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*¹¹; a *Per una teoria generale del rapporto reale*¹² e, in materia successoria, a *La revocazione delle disposizioni testamentarie*¹³, a *La successione familiare suppletiva*¹⁴, ai *Principi di diritto testamentario* (Torino 1957) e a *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*¹⁵.

Dedica poi un corso alla *Teoria generale del contratto* e alla *Vendita*¹⁶ e una voce del 1959 agli atti emulativi per l'*Enciclopedia del diritto*¹⁷.

Merita infine una riflessione il tentativo di ricostruzione dell'intero impianto sistematico del diritto civile attraverso lo studio della fattispecie e delle vicende del rapporto giuridico che ne derivano, tentato ne *Le nozioni fondamentali del dir. civile*¹⁸ ma rimasto incompiuto giacché manca l'analisi delle interrelazioni tra l'una e le altre. Si tratta di un'opera complessa, tormentata nello stile, nella quale l'ansia della sistemazione concettuale finisce talvolta con l'offuscare l'originalità della ricostruzione e la portata delle intuizioni, che ancora oggi restano in parte da esplorare. Un'opera che si trova a metà del guado tra una vera e propria teoria generale e un manuale per gli studenti.

⁷ In *Ann. sem. Palermo*, 12 [1926], p. 1 s.

⁸ Cedam, Padova 1934, rist. Esi, Napoli 1978.

⁹ V., ad esempio, *Due questioni in tema di responsabilità alberghiera*, in *Temi emil.*, 1929, p. 4 ss.

¹⁰ Torino, 1942, ristampa a cura di N. Irti, stesso editore, Torino 1999.

¹¹ Torino, 1952.

¹² In *Studi in onore di G. Grosso*, Torino, 1973, p. 333 s.

¹³ Torino, 1951.

¹⁴ Torino, 1954.

¹⁵ Rispettivamente Torino, 1957 e Torino 1964.

¹⁶ Rispettivamente 1943 e 1958.

¹⁷ Vol. IV, p. 33. ss., Giuffrè, Milano, 1959.

¹⁸ Vol. I, unico, Torino, 1939; quinta edizione 1958.

JUS CIVILE



3. – Forse non tutti sanno che Allara ha dedicato qualche lavoro alla comparazione: *Note a Winfield, Breve rassegna di giurisprudenza inglese*¹⁹ e un *Corso di diritto privato comparato*²⁰. Di qui probabilmente ha preso avvio la scuola comparativa di Rodolfo Sacco che con Allara si era laureato (con una tesi sull'interpretazione della legge²¹), al quale era stato affidato di insegnare Diritto privato comparato e che poi da Allara stesso si era precocemente distaccato, legandosi accademicamente a Paolo Greco²² e prendendo poi la strada autonoma che tutti ben conosciamo.

Tra gli allievi più anziani di Allara vanno ricordati Giommara Dejana e Alfredo Fedele. Il primo lo aveva incontrato tramite Gioacchino Scaduto, l'altro allievo di Messina con cui D. si era laureato a Roma discutendo una tesi dedicata ai *Motivi nel diritto privato*²³. Dopo essere passato a Ferrara e a Trieste, era arrivato a Torino nel 1956, condividendo le scelte allariane soprattutto per quanto riguardava i temi di indagine più che il metodo (potremmo dire che fosse molto più vicino nello stile e nelle letture a Messina). Le sue opere più celebri sono infatti dedicate alle obbligazioni²⁴ e alle successioni²⁵, anche se non vanno dimenticate quelle dedicate ai diritti reali²⁶ e ai diritti personali di godimento²⁷. Dejana non ha avuto allievi tra i professori ordinari²⁸.

Alfredo Fedele si era invece laureato sotto la guida di Allara – con la tesi *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, poi pubblicata nel 1943²⁹ – e viene generalmente indicato, non sempre con toni lusinghieri, come il suo allievo ortodosso, più per il metodo che per la scelta dei temi: il commosso necrologio del Maestro sulla Civile compare del resto a sua firma³⁰ (una manina dissenziente e irritata ha glossato la copia della Rivista, destinata ai docenti della biblioteca torinese, con commenti e vari segni di interpunzione di significato non equivocabile).

¹⁹ In *Ann. dir. comp.*, 2 e 3 [1929], p. 753 s.)

²⁰ Giappichelli, Torino, 1942.

²¹ *Il concetto di interpretazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 1947.

²² V. *L'ammortamento dei titoli di credito all'ordine*, Giuffrè, Milano, 1950; *Colpa e buona fede negli acquisti di titoli di credito a non domino*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951 e *Rassegna generale di giurisprudenza in tema di titoli di credito* (1947–1952), in *Riv. dir. comm.*, 1953.

²³ Giappichelli, Torino 1939, rist. Esi, Napoli, 1980.

²⁴ *Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, p. 132 ss.; *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, p. 122 ss.; *Beneficio di escussione ed obbligazione fideiussoria*, in *Riv. dir. civ.*, 1940, p. 213 ss.

²⁵ *Concetto e natura giuridica del contratto di divisione*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 15 ss.; *Problemi e riforma in tema di divisione*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, p. 420 ss..

²⁶ *Alcune considerazioni sull'azione negatoria*, in *Ann. Trieste*, 1946, p. 5 ss. e *Surrogazione dell'indennità alla cosa in usufrutto*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, oltre ovviamente al volume da lui dedicato alle Servitù prediali, scritto in parte da Giuseppe Grosso, per il Trattato di diritto civile diretto da Filippo Vassalli, Torino³, 1963

²⁷ *La tutela del locatario per le molestie di fatto*, in *Ann. Trieste*, 1945 e *L'art. 1380 c.c. ed il conflitto tra diritti di credito*, *ivi*, 1947.

²⁸ Sua unica allieva è Giovanna Falzone, professore dell'Università di Cagliari.

²⁹ Giappichelli, Torino, 1943.

³⁰ In *Rivista di diritto civile*, 1973, I, p. 480 ss.

JUS CIVILE



Con Allara (e a differenza di Dejana) condivide la lontananza dalle letture dottrinali francesi, preferendo la letteratura tedesca Pandettista e post Pandettista: penso ad autori come Isay, Manigk o Danz).

Ha scritto in tema di *Possesso ed esercizio del diritto*³¹ – per confutare con coraggio e impegno argomentativo la nota tesi jheringiana evocata sin dalla seconda parte del titolo del saggio – in tema di *Responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*³² – ove sosteneva e provava a portare nuova linfa alla tesi tradizionale sul giudizio di ingiustizia del danno, poi superata da Busnelli e da Rodotà – in tema di *Compravendita dell'eredità*³³ e infine di *Comunione* per il Trattato di Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli³⁴. Tra i suoi allievi si annoverano Giovanni Gabrielli, laureatosi nel periodo triestino, e Andrea Belvedere, laureatosi nel suo periodo pavese.

Anche Piero Schlesinger si è laureato con Mario Allara e, al contrario di Fedele, nella scelta dei temi di studio mi pare si individui chiaramente l'impronta del Maestro, mentre per quanto concerne il metodo egli mostra di essere influenzato piuttosto da Dejana. Ha infatti scritto, almeno nella fase giovanile, soprattutto sulle obbligazioni e sulle successioni tuttavia con uno sguardo alla letteratura senza pregiudizi dogmatici. Si pensi al saggio su *La petizione di eredità*³⁵ o a quello su *Il pagamento al terzo*³⁶ e a molti lavori, come si dice, minori (per dimensione!), come *Sanatoria per conferma del testamento revocato di diritto*³⁷, *Eccesso di mandato e gestione d'affari*³⁸, *Mancanza dell'effetto estintivo nella novazione oggettiva*³⁹, *L'indebito soggettivo "ex latere solventis" e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*⁴⁰; *In tema di transazione relativa a un testamento olografo invalido*⁴¹, *Incapacità del binubo e c.d. cautela sociniana*⁴², *Riflessioni sulla prestazioni dovuta nel rapporto obbligatorio*⁴³, *La ratifica del pagamento effettuato al non creditore*⁴⁴ e l'elenco potrebbe ancora continuare.

Poiché dopo il periodo urbinato (dal 1956 al 1958) S. è stato chiamato all'Università Cattolica di Milano, non ha potuto avere allievi torinesi.

Al contrario, Marino Bin si è laureato con Alfredo Fedele a Trieste, con una tesi sulla *Colpa*

³¹ Giappichelli, Torino, 1950.

³² Giappichelli, Torino, 1954.

³³ Utet, Torino, Torino, 1957.

³⁴ Vallardi, Milano, 1967.

³⁵ Giappichelli, Torino, 1956

³⁶ Giuffrè, Milano, 1959

³⁷ In *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 1006 ss.

³⁸ In *Riv. dir. comm.*, 1955, II, p. 94 ss.

³⁹ in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 353 ss.

⁴⁰ in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, p. 58 ss.

⁴¹ in *Foro it.*, 1957, I, c. 1672 ss.

⁴² In *Foro it.*, 1958, I, c. 1028 ss.

⁴³ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, p. 1273 ss.

⁴⁴ In *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 36 ss.

JUS CIVILE



civile e colpa penale, e si è poi trasferito a Torino dove, salvo un periodo a Cagliari, si è sviluppata tutta la sua carriera. Anche B. studia argomenti allariani, e come Schlesinger ha un approccio metodologico meno severo, avvertendo la forte influenza della figura di Dejana. Vanno ricordati il suo saggio dedicato alla *Diseredazione. Contributo allo studio del contenuto del testamento*⁴⁵ e quelli dedicati al diritto familiare (Allara lo aveva frequentato con una certa assiduità, legato a filo doppio com'è al diritto successorio⁴⁶). B. ha insegnato diritto familiare per alcuni anni a Torino (appena la cattedra è stata istituita). Va ricordato il saggio dedicato ai *Rapporti patrimoniali tra coniugi e principio di eguaglianza*⁴⁷, preceduto da *Per un'analisi interna della giurisprudenza costituzionale in tema di obbligo di mantenimento tra coniugi*⁴⁸ e soprattutto da *Compenetrazione dei modelli di tipo associativo nell'esperienza contemporanea di rapporti patrimoniali tra coniugi*⁴⁹. Ha poi assunto posizioni politiche di estrema sinistra⁵⁰, che lo hanno avvicinato per un periodo alla Facoltà di Scienze politiche (ove insegnavano tra gli altri Bobbio e Claudio Napoleoni) e, dopo la morte di Allara, ha cominciato a dedicarsi con assiduità a temi gius laboristici⁵¹ e soprattutto gius commercialistici⁵². Si è quindi avvicinato a Francesco Galgano e al gruppo di Contratto e impresa. Di qui l'impegno profuso negli studi sul precedente giudiziario⁵³. Sono suoi allievi Roberto Calvo, oggi docente nell'Università della Valle d'Aosta, e l'autore di queste righe.

Ultimo allievo di Allara per anzianità è Enzo Ferrero, tra tutti forse quello più vicino al Maestro soprattutto per l'approccio metodologico (e per la sua inflessibilità con gli studenti e con i colleghi).

Si è occupato soprattutto di dichiarazione contrattuale⁵⁴ e di proprietà⁵⁵ senza aver avuto allievi.

⁴⁵ Giappichelli, Torino, 1966, rist. Esi, Napoli, 2011.

⁴⁶ ALLARA, *Il riconoscimento della filiazione illegittima nel progetto del nuovo cod. civ.*, Parma 1932, nonché *Il primo libro del nuovo cod. civ. con particolare riguardo al matrimonio*, Giappichelli, Torino 1940.

⁴⁷ Giappichelli, Torino, 1971

⁴⁸ In *Giur. cost.*, 1969, p. 525 ss.

⁴⁹ In *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 19 ss.

⁵⁰ V. *I limiti del progressismo accademico e l'esigenza della pratica politica*, in *L'uso alternativo del diritto*, 2. Ortodossia giuridica e pratica politica, a cura di P. Barcellona, Laterza, Bari, 1973, p. 201 ss.

⁵¹ *Sospensione del lavoro per sciopero parziale e adempimento dell'obbligazione lavorativa*, in *Riv., trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 52 ss.

⁵² Si devono ricordare soprattutto i saggi dedicati a *La piccola impresa industriale. Problemi giuridici ed analisi economica*, Il Mulino, Bologna, 1983 e la voce *Broker di assicurazione*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 531 ss.

⁵³ V. soprattutto *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contr. impr.*, 1988, p. 504 ss. e la Prefazione a BIGIAMI, *Appunti sul diritto giudiziario*, rist., Cedam, Padova, 1989.

⁵⁴ *Il dissenso occulto nella teoria generale del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1970, p. 3 ss.; *Dichiarazione "espressa", dichiarazione "tacita" e autonomia privata*, Giappichelli, Torino, 1974; *Valutazione secondo buona fede e controllo della forma*, in *Studi in onore di M. Giorgianni*, Esi, Napoli, 1988, p. 346 ss.;

⁵⁵ *La proprietà terriera*, Giappichelli, Torino, 1979; *La legge 203/1982 sui contratti agrari*, stesso editore, 1983; *Proprietà terriera, impresa agraria e agricoltura biologica*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milano, 1988, I, p. 383 ss.



EMANUELE NAVARRETTA

Professore ordinario di Diritto privato – Università di Pisa

LA SCUOLA PISANA E IL METODO CIVILISTICO *

SOMMARIO: 1. I tratti generali della scuola pisana. – 2. La breve, ma intensa, permanenza di Gino Gorla e di Giorgio Giampiccolo. – 3. Il radicamento pisano di Ugo Natoli e il formarsi della scuola intorno ai principi costituzionali e alle clausole generali. – 4. Fra interessi e tutele il pensiero di Lina Bigliuzzi Geri e di Francesco Busnelli. – 5. Da Francesco Busnelli a Umberto Breccia “la ricerca della via del ritorno al diritto”.

1. – Fra la seconda metà del novecento e l’apertura del nuovo millennio, l’incontro a Pisa di studiosi dalla forte personalità e dalle diverse provenienze ha generato un dialogo culturale che ha saputo tracciare, nell’arco di alcuni decenni, una linea metodologica di scuola.

Pochi tratti distintivi riescono ad evocare i lineamenti di quella peculiare identità scaturita dalla fusione di tradizione e innovazione, di apertura e rigore.

Dominante è il bisogno di assegnare al diritto un’intrinseca attitudine dinamica e una costante capacità evolutiva, che si alimenta all’interno del sistema positivo – alle clausole generali e ai principi, agli interessi e alle tutele – sperimentando una molteplicità di metodi: l’ermeneutica, l’analisi storico-comparativa, l’approccio casistico.

A quello sforzo di rendere duttile il sistema si unisce una costante attenzione alla forma del diritto, non per un ossequio ideologico al formalismo o alla tradizione kantiana, ma a garanzia delle istanze costitutive della giuridicità moderna. Ne discende il tentativo incessante, e a volte incompreso, specie nel dialogo con altre scuole dai tratti metodologici più schierati tra formalismo e antiformalismo¹, di fondere l’inclinazione al rinnovamento con la coerenza del sistema, la calcolabilità del diritto con la sua giustizia.

Da ultimo, largamente condiviso è l’impegno civile: la consapevolezza che il diritto deve essere al servizio dell’uomo e dei suoi bisogni personali e sociali, una consapevolezza che, pur mossa dal riecheggiare interiore di differenti credo religiosi e politici, resta saldamente radicata in una laica fedeltà ai principi costituzionali. Ed è tale ispirazione che induce alla ricerca di nessi e interazioni fra diritto civile e diritto costituzionale e di rapporti osmotici fra diritto civile e altre branche della scienza giuridica: il diritto del lavoro, il diritto amministrativo, il diritto processuale, il diritto penale.

* Relazione tenuta nell’ambito del Convegno su "Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche", svoltosi presso l’Università La Sapienza di Roma il 21 e 22 ottobre 2016.

¹ Cfr. TANZI (a cura di), *L’antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, Milano, 1999, *passim*.

JUS CIVILE



2. – I quattro Maestri che nella comunità dei giuristi maggiormente rappresentano l'identità della scuola pisana sono coloro che hanno unito i loro nomi e le loro fatiche nella stesura di un manuale di diritto privato, che resta un impareggiabile depositario della linea metodologica di scuola²: Ugo Natoli, Lina Bigliazzi Geri, Francesco Busnelli, Umberto Breccia.

I tratti della scuola non possono, tuttavia, realmente cogliersi se a quei nomi non si affiancano perlomeno due personalità, Gino Gorla e Giorgio Giampiccolo, il cui passaggio all'Università di Pisa, intorno agli anni '60, è stato tanto fuggevole quanto incisivo ed influente.

Con Gino Gorla irrompe nell'Università di Pisa il metodo storico-comparativo³ e si apre una tradizione di studi comparatistici, che verrà consegnata a Verrucoli e poi a Busnelli, a Breccia e ai tanti allievi. La comparazione è prospettata come un "potente reattivo"⁴ contro le astrazioni e le generalizzazioni tipiche della tradizione concettualistica, preludio di un tempo nel quale la comparazione entrerà nelle aule dei tribunali, impedendo che il ricorso sempre più frequente ai principi porti ad assemblare nel vuoto caso e valori⁵. Alla comparazione si accompagna il metodo casistico, inteso come "problema del diritto nel caso concreto"⁶: prima presa di coscienza del circolo ermeneutico fra caso, regole e principi che, attraverso la riflessione di Mengoni⁷ e il confronto con Natoli, influenzerà profondamente il pensiero dei pisani. "Si deve riprodurre nella nostra mente – scrive Gorla – il processo [...] che porta giudici e legislatori [...] a formulare astrazioni di regole e principii, per ridiscendere, in uno scambio e circolo continuo, al problema del caso concreto. Si tratta di vedere come regole e principii [...] si atteggianno, si adattano, si modificano, di fronte a questo problema, che è poi quello della giustizia, storicamente condizionata"⁸.

In tal modo la giustizia resta all'interno del sistema positivo, tant'è che Gino Gorla, pur se attratto dalla riflessione di Geny, si dissocia dalla scuola del libero pensiero e ribadisce piena fedeltà alle forme del diritto⁹.

² BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, 1*, 1**, 2, 3, 4*, Torino, 1987 (con successive ristampe sino al 1992).

³ Il senso del metodo storico-comparativo e del metodo casistico è efficacemente racchiuso nella *Prefazione* al volume di GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, voll. I e II, Milano, 1954, p. V ss.

⁴ "La comparazione – scrive GORLA, *Il contratto*, cit., p. VI – è un reattivo potente: essa suscita idee e accende luci improvvise" "Ma quel metodo non è soltanto un mezzo di comprensione; è anche uno dei migliori correttivi delle nostre eccessive tendenze verso le astrazioni e le generalizzazioni".

⁵ Si veda il noto caso Englaro (Cass., 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Danno e resp.*, 2008, p. 421, con nota di Bonaccorsi e in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 363 con nota di Palmerini) e la recentissima sentenza Cass., 25 gennaio 2017, n. 1946 sul parto anonimo, che si devono alla firma di un giudice di scuola pisana, Alberto Giusti.

⁶ GORLA, *Il contratto*, cit., p. VII.

⁷ Cfr. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 37 ss.

⁸ GORLA, *op. loc. ultt. citt.*

⁹ GORLA, *L'interpretazione del diritto*, Milano, 1941.

JUS CIVILE



L'attenzione per le forme, mai disgiunta dall'obiettivo della soluzione del caso concreto, diventerà poi il fulcro dell'insegnamento di Giorgio Giampiccolo¹⁰, che per nove anni (dal 1961 al 1970)¹¹ trasmetterà ai pisani il suo modello di perfezionismo calato nella dimensione empirica. L'allievo di Nicolò – e come lui avvocato – non professa un'esplicita metodologia, ma con la sua attenzione certosina per il dato semantico, per la puntualità e la scientificità del linguaggio e per l'argomentazione logica e sistematica manifesta un'identità fortemente simile all'approccio analitico¹². Questo alimenta il rigore formale della scuola, senza smentire l'impulso a un'apertura del sistema che in Giorgio Giampiccolo si manifesta nel contributo dedicato alla tutela della persona umana e al diritto alla riservatezza¹³, che unisce all'originalità una spiccata sensibilità per una concezione costituzionalmente orientata del diritto.

3. – Se Gorla e Giampiccolo hanno certamente contribuito a plasmare i lineamenti della scuola pisana, la sua identità più autentica si è venuta formando intorno alla personalità di Ugo Natoli¹⁴ che, per oltre un trentennio (dal 1956 al 1990), ha dominato la scena pisana¹⁵ con la forza del suo pensiero in perfetto equilibrio fra apertura e coerenza del sistema, fra impegno civile¹⁶ e tecniche giuridiche.

La fedeltà, sia pur con tratti innovativi, alle categorie tradizionali del diritto soggettivo e del negozio giuridico svela il rigore della formazione messinese dell'allievo di Pugliatti, dedito a ricerche connotate da una spiccata complessità specialistica: l'amministrazione dei beni ereditari¹⁷, la condizione¹⁸, il conflitto di diritti¹⁹, l'attuazione del rapporto obbligatorio²⁰, i mezzi di

¹⁰ Alla figura di Giampiccolo Umberto Breccia ha dedicato una breve, ma preziosa voce biografica: BRECCIA, *Giorgio Giampiccolo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, Bologna, 2013, II, p. 977 s.

¹¹ La sua integrazione nel gruppo degli studiosi pisani è attestata dalla partecipazione agli *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, con il contributo su *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, ivi, p. 75 ss., che può anche leggersi su *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 335 ss.

¹² Esemplici sono le due monografie su *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954 e *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959.

¹³ GIAMPICCOLO, *La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza*, in *Riv. trim. dir. princ. civ.*, 1958, p. 466 ss.

¹⁴ Cfr. la bella biografia scritta da BRECCIA, *Ugo Natoli*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, pp. 1411-1413.

¹⁵ Natoli ha a lungo diretto tanto l'Istituto di diritto privato dell'Università di Pisa, quanto il Collegio medicogiuridico della Scuola Normale Superiore, che poi confluirà nella Scuola Superiore S. Anna.

¹⁶ BRECCIA, *op. cit.*, p. 1411 ricorda che Natoli fu, oltre che fondatore e direttore della *Rivista giuridica del diritto del lavoro e della previdenza sociale* e di *Democrazia e diritto*, componente del CSM eletto dal Parlamento dal 1959 al 1963.

¹⁷ U. NATOLI, *L'amministrazione dei beni ereditari*, 1 e 2, Torino, 1947.

¹⁸ U. NATOLI, *Della condizione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da D'Amelio-Finzi, Firenze, 1948.

¹⁹ U. NATOLI, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 c.c.*, Milano, 1950.

²⁰ U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in *Tratt. dir. civ. comm.*,

JUS CIVILE



conservazione della garanzia patrimoniale²¹, la trascrizione²², la rappresentanza²³, il possesso²⁴. Al contempo, in quella stessa figura di studioso ardono una passione politica e un impegno sociale intensi, che si conciliano con le istanze formaliste del giurista attraverso la “positivizzazione” dei diritti costituzionali, capace di dissolvere tanto il giusnaturalismo che aveva avvertito la Repubblica di Weimar, quanto l’ingiustizia legale dei regimi totalitari denunciata da Radbruch.

Il bisogno di conciliare – secondo l’insegnamento di Pugliatti – *Begriffjurisprudenz* e *Interessenjurisprudenz*, forma e sostanza del fenomeno giuridico, si realizza, nel pensiero di Natoli, attraverso la coraggiosa consapevolezza dell’influenza dei diritti costituzionali sul diritto privato.

Sono quei diritti a dare voce al suo impegno sociale negli scritti in materia giuslavoristica, apparsi sulle pagine di “Democrazia e diritto”.

Ed è la Costituzione a suggerirgli un ripensamento dell’istituto proprietario²⁵, spazzando via ogni retaggio di giusnaturalismo²⁶ e giungendo a ritenere che la regolamentazione dettata dal codice debba “essere necessariamente integrata sulla base di quanto stabilito dalle norme della Costituzione”²⁷. L’esito è quello di consolidare la frantumazione del monoblocco proprietario e di funzionalizzare la proprietà privata al duplice obiettivo: di “rendere la proprietà «accessibile» a tutti” e di “assicurarne la funzione sociale”²⁸.

Infine, i diritti costituzionali vanno a permeare le obbligazioni, i contratti e la stessa categoria del diritto soggettivo, usando il tramite delle clausole generali – in specie dell’abuso del diritto²⁹ e della buona fede oggettiva – che consentono di attuare la rivoluzione della *Drittwirkung* mediata.

In particolare, l’attenzione di Natoli si sofferma sulla buona fede oggettiva e, in un tempo in cui parte della dottrina³⁰ si opponeva al suo utilizzo, adducendo la connessione operata dalla Relazione ministeriale al codice fra la clausola e i principi della solidarietà corporativa, rivendi-

diretto da Cicu-Messineo, XVI, I, Milano, 1975 e ID., *L’attuazione del rapporto obbligatorio. II. Il comportamento del debitore*, ivi, XVI, II, Milano, 1984.

²¹ BIGLIAZZI GERI e U. NATOLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, 1 e 2, Milano, 1974 e 1975.

²² U. NATOLI, *La trascrizione*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1970.

²³ U. NATOLI, *La rappresentanza*, Milano, 1977.

²⁴ U. NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992.

²⁵ U. NATOLI, *La proprietà. Appunti delle lezioni*, Milano, 1976.

²⁶ U. NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 5 scrive che “il significato, il contenuto e i limiti di quella situazione soggettiva non possono che essere determinati dalla legge, sia poi essa scritta o non scritta”.

²⁷ U. NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 33.

²⁸ U. NATOLI, *op. ult. cit.*, p. 42.

²⁹ U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.

³⁰ Il riferimento è, in particolare, a GIUS. FERRI, *Diritto agli utili e diritto al dividendo*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 412.

JUS CIVILE



ca, viceversa, il passaggio dai vecchi principi corporativi ai nuovi principi costituzionali. Il riferimento al “principio di solidarietà” – scrive l’Autore – rischia di rimanere “una pura e semplice reminiscenza (destinata come tale a restare priva di significato) sino a quando [...] non se ne operi l’aggancio [...] con uno dei nuovi principi fondamentali [...] e più precisamente con quello espresso nell’art. 2 della Carta Costituzionale”³¹, attuando “quell’aspirazione generalizzata alla instaurazione di una garanzia di sostanziale rispetto della personalità dei soggetti, della loro sicurezza, della loro libertà e della loro dignità (artt. 2, 3, 4, 36, 41, 42 etc. Cost.)”: la buona fede oggettiva serve “a tenere avvertito il giudice della necessità che [...] egli operi nel caso concreto l’indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l’ordinamento”.

In tal modo, Natoli cerca di plasmare il comportamento delle parti per renderlo coerente con i principi costituzionali, ma al contempo dimostra un rigore inflessibile nell’assoggettare la clausola agli equilibri disegnati dal sistema, attraverso l’apparato di tutele. È talmente intransigente da non tollerare neppure la sbavatura sistematica della buona fede integrativa³², con il suo potere di traslare gli illeciti dalla responsabilità aquiliana a quella contrattuale. Sarebbe inorridito dinanzi alla sfilacciata pronuncia della Corte costituzionale che, nell’associare la buona fede alla solidarietà dell’art. 2 C., accede al rimedio della nullità³³.

Con questa impronta di apertura e di rigore il tema della buona fede diviene un classico della scuola pisana che, nell’arco di otto anni (dal 1968 al 1975), dà alle stampe, oltre a una corposa raccolta di scritti conclusivi di una ricerca³⁴, ben sei monografie sulle diverse sfaccettature del tema: *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*³⁵ in cui Breccia ammorbidisce il contrasto fra Natoli e Mengoni sulla responsabilità contrattuale; *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*³⁶ con cui Lina Bigliazzi Geri getta le basi di una nuova ermeneutica del contratto e inizia a erodere il senso della contrapposizione netta fra interpretazione e integrazione secondo buona fede; e ancora *Buona fede nel possesso* di Busnelli e Vallini³⁷ e i volumi di Cherubini, di Brusciuglia, di Loi e Tessitore sulla buona fede rispettivamente nel primo libro del codice civile, nella condizione, nella responsabilità precontrattuale^{38 39}.

³¹ U. NATOLI, *La regola della correttezza e l’attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, cit., p. 166 s. (il contributo riproduce l’Introduzione a *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit.).

³² U. NATOLI, *L’attuazione del rapporto obbligatorio*, I, cit. p.

³³ Il riferimento è a C. cost., ord., 21 ottobre 2013, n. 248, in *I Contratti*, 2014, p. 926 ss., con nota di D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, seguita da Corte cost., ord., 26 marzo 2014, n. 77, su cui cfr. PAGLIANTINI, *L’equilibrio soggettivo dello scambio (e integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l’oeil concettuale?*, in *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, p. 156 ss.

³⁴ AA. VV., *Studi sulla buona fede*, cit.

³⁵ BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.

³⁶ BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.)*, Pisa, 1970.

³⁷ BUSNELLI E VALLINI, *La buona fede nel possesso*, Pisa, 1973.

³⁸ CHERUBINI, *La buona fede nel primo libro del codice civile*, Pisa, 1973; BRUSCIUGLIA, *Pendenza della condizio-*

JUS CIVILE



Il tema della buona fede fiorisce, dunque, nella scuola pisana nel tempo della “fuga dalle clausole generali”⁴⁰. Ma verrà il tempo della fuga *nelle* clausole generali e dinanzi al risorgere, a parti invertite fra maggioranze e minoranze, della vecchia e sterile contrapposizione fra la “*dura lex sed lex*” e il “*fiat iustitia pereat mundus*”⁴¹ sarà proprio dalla scuola pisana che si ergerà la denuncia che la vera insidia non risiede in sé nelle tecniche normative, ma “nella totale strumentalizzazione del diritto da parte dei poteri dominanti. Così, nulla è meno clausola generale della puntuale legislazione di discriminazione razziale che fu introdotta in Italia verso la fine degli anni ‘20. [E] sull’altro versante, [...] nulla suona più sinistro del «principio del *Führer*»”⁴².

Del tempo della fuga *nelle* clausole generali⁴³, la nuova stagione introdotta dal diritto europeo, Lina Bigliazzi Geri riuscirà a vedere solo gli albori, commentando eroicamente – alla fine della sua vita – la disciplina sulle clausole vessatorie, nella quale prendevano forma tante delle sue riflessioni in tema di buona fede nell’interpretazione del contratto⁴⁴. E così, mentre le prime letture a caldo dell’allora art. 1469-*bis*, comma 1°, c.c. oscillavano nella ricostruzione del famigerato “malgrado buona fede”, gli studi della Signora (come amava farsi chiamare) sull’art. 1366 c.c. rendono immediatamente saldo il convincimento sulla necessità di considerare la buona fede nell’accezione oggettiva, ponendola in un rapporto dialettico con lo squilibrio: “che cosa può far risultare l’esistenza di uno squilibrio [...] se non una valutazione *ex fide bona* degli interessi in gioco e cosa, se non una valutazione *ex fide bona*, consente di accertare l’esigenza [...] reale e concreta nelle circostanze di ogni singola vicenda, di una debolezza che, causa scatenante dello squilibrio, deve caratterizzare la posizione dell’aderente? Non, dunque, identificazione fra i due criteri [la buona fede e lo squilibrio], ma l’uno strumento, l’altro risultato di una congruità degli interessi in conflitto caratterizzata da un giudizio di valore di stampo eminentemente bilaterale [...] e qualitativo”⁴⁵.

La riflessione sulle clausole generali, nella nuova stagione del diritto europeo, verrà poi proseguita da Busnelli e da Breccia che continueranno ad indagare il ruolo dell’abuso del di-

ne e comportamento secondo buona fede (art. 1358 c.c.), Pisa, 1975; LOI-TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Pisa, 1975.

³⁹ I temi dell’abuso del diritto, della buona fede e dell’incidenza dei principi costituzionali sul diritto privato resteranno dei classici della scuola anche per le successive generazioni.

⁴⁰ BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *Lavoro e diritto*, 2007, p. 443 ss. e ora in *Immagini del diritto privato*, I, *Teoria generale, fonti, diritti*, 2013, p. 193 ss. e spec. 194.

⁴¹ BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., p. 194.

⁴² BRECCIA, *op. loc. ultt. citt.*

⁴³ BRECCIA, *op. loc. ultt. citt.*

⁴⁴ Il riferimento non è soltanto all’opera BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.)*, cit., *passim*, ma anche al volume *L’interpretazione del contratto. Art. 1362-1371 c.c.*, (1994) che è stato ristampato con prefazione, note di aggiornamento e bibliografia di Calderai, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger-Busnelli, Milano, 2013.

⁴⁵ BIGLIAZZI GERI, *Clausole vessatorie nel contratto del professionista e consumatore*, in *Comm. al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 798.

JUS CIVILE



ritto⁴⁶, il rapporto fra buona fede ed equità⁴⁷, la nuova funzione del giudice disegnata dal successo delle clausole generali⁴⁸.

Il rovesciamento di prospettiva dall'avversione all'entusiasmo si verrà, dunque, a tradurre nel monito a maturare "un'intelligenza critica" e a sfuggire alle "sovradeterminazioni ideologiche" di segno positivo e negativo, unica via per evitare tanto gli abusi nell'uso delle clausole generali quanto le prevedibili reazioni di chi torna a paventare il timore di Mannheim che le clausole generali aprano "la porta a chi detiene il potere"⁴⁹.

"Mentre sbiadisce l'immagine della fuga, persa nella memoria di un tempo giuridicamente del tutto statico e del tutto asservito, conserva tutta la sua attualità e perfino si rafforza, l'istanza della ricognizione critica. E questa presuppone uno stretto contatto con la casistica, così da coinvolgere in maniera integrale la formazione culturale e il ruolo degli interpreti"⁵⁰.

Il desiderio della scuola di difendere il ruolo della buona fede oggettiva si traduce nell'invito alla cautela e al necessario, consapevole coordinamento fra la clausola, la concretizzazione casistica e il disegno sistematico inerente alle tutele.

4. – Il riferimento alle tutele, e prima ancora agli interessi, conduce verso un ulteriore ambito di sperimentazione metodologica di scuola. In particolare, è Lina Bigliazzi Geri che tenta una nuova sintesi tra sostanza e forma, ragionando intorno all'interesse giuridico.

L'interesse – perno dell'antiformalismo di Jhering e della scuola di Tübingen – viene studiato da Lina Bigliazzi Geri nel tentativo di dare una forma giuridica a istanze non di mero fatto, incapaci di sottostare alla forma dominante del diritto soggettivo. Viene così teorizzata la forma atipica dell'interesse giuridicamente rilevante e contestualmente viene proiettato il fuoco dell'indagine verso una forma negletta dal diritto privato: l'interesse legittimo⁵¹. La categoria entra nei rapporti fra privati, erode i confini tra pubblico e privato e pone le basi per quel tramonto delle immunità che faciliterà – sia pure sotteraneamente – l'affermarsi della risarcibilità dell'interesse legittimo, sino a condurre alla responsabilità civile degli Stati. Tra le righe di pagine dense di coerenza argomentativa traspare un bisogno di giustizia, che si rivolge contro i poteri, pubblici e privati, e che cerca faticosamente di ricostruire una rete protettiva per i soggetti deboli. Torna così prepotentemente in gioco la Costituzione, di cui non si discute più il ruolo, ma si mette alla prova il suo operare nel tessuto di riflessioni rigorosamente tecniche che, grazie alla fonte primaria, si animano e

⁴⁶ BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto privato*, diretto da Furguele, III, Padova, 1997, p. 5 ss.; BUSNELLI-NAVARETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, *ivi*, p. 171 ss.

⁴⁷ BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 537 ss.

⁴⁸ BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, *cit.*, p. 193 ss.

⁴⁹ IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 45.

⁵⁰ BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, *cit.*, p. 195.

⁵¹ BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

JUS CIVILE



perseguono importanti battaglie di civiltà giuridica. La costruzione sull'interesse legittimo fa spazio a intense riflessioni sul ruolo dell'art. 2 Cost. e si piega al bisogno di coniugare l'unitarietà della sfera personale con la molteplicità delle esigenze dell'essere e con la varietà di interessi tesi all'obiettivo della tutela e idonei a consentire un bilanciamento fra istanze confliggenti⁵². Nel medesimo contributo si fa strada la battaglia per una parità effettiva fra i coniugi e per un maggiore rispetto della dignità dei figli⁵³, mentre finanche le pagine dedicate alla più algida materia delle successioni si animano nella brillante penna della Signora, che trascorre dall'ironia per "le pesanti misure fiscali apparentemente dirette a soddisfare le ragioni della collettività" allo sdegno per l'indifferenza che circonda "la convivenza *more uxorio*": sol "perché non «santificata» da *legittime nuptiae*"⁵⁴. E non vi è dubbio che la Signora avrebbe continuato ad indignarsi dinanzi al perpetrarsi della discriminazione del convivente di fatto in campo successorio, cui la recentissima legge n. 76 del 2016 non lascia che temporanee briciole legate all'abitazione.

Dal piano degli interessi, la ricerca della Signora trascorre poi verso una prospettiva di tutela, che si rivolge sia al terreno ibrido della responsabilità ambientale⁵⁵ sia agli strumenti di autotutela⁵⁶. Ancora una volta, la sua riflessione – di passaggio fra la giurisprudenza degli interessi e l'approccio rimediabile – riporta il pensiero al dibattito odierno: all'oscillazione fra l'entusiasmo per la conquista antiformalista e la denuncia della morte della fattispecie. E ancora una volta, dinanzi ad una tale alternativa, il pensiero pisano si dissocia dall'alternativa e condivide il monito di associare all'approccio rimediabile "la ricostruzione ermeneutica e [...] la comprensione del rapporto tra norma e realtà"⁵⁷.

La dialettica fra interessi e tutele, che accompagna costantemente il pensiero di Lina Bigliazzi Geri, si intreccia, in una complementarietà sistematica, con la riflessione di Francesco Busnelli, che mette a frutto la metodologia pisana per spostare il *focus* dell'innovazione proprio al cuore della tutela: l'illecito civile⁵⁸.

Attraverso la clausola sull'ingiustizia del danno, che si apre alla lesione del credito da parte di terzi⁵⁹ e poi alla risarcibilità degli interessi legittimi⁶⁰, riedifica i lineamenti sistematici della

⁵² BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, cit., p. 272 s.

⁵³ BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, p. 280 ss.

⁵⁴ BIGLIAZZI GERI, *Successioni testamentarie*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, p. 5. Al tema delle successioni la Signora si era già dedicata già nel volume EAD., *Il testamento. I. Profilo negoziale dell'atto (Appunti delle lezioni)*, Milano, 1976; EAD., *Il testamento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, vol. 6, *Successioni*, t. II, Torino, 1982.

⁵⁵ BIGLIAZZI GERI, *A proposito di danno ambientale ex art. 18 l. 08.07.1986 n. 349 e di responsabilità civile*, in *Pol. diritto*, 1987, vol. II, p. 253 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Divagazioni su tutela dell'ambiente ed uso della proprietà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 496 ss.

⁵⁶ BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata. I. Introduzione*, Milano, 1971.

⁵⁷ MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto contrattuale*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, p. 155.

⁵⁸ BUSNELLI, voce *Illecito civile*, in *Enc. giur. Trecc.*, XV, Roma, 1989, p. 1 ss.

⁵⁹ BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964.

JUS CIVILE



responsabilità civile e assegna all'istituto una nuova collocazione fra gli strumenti di politica del diritto. Al contempo, l'analisi delle funzioni della responsabilità introduce un nuovo terreno di raffronto distintivo e osmotico, questa volta, con il diritto penale, che anticipa quel tema delle pene private⁶¹, oggi al centro del dibattito civilistico, a seguito sia degli interventi legislativi volti alle depenalizzazioni sia delle vicende giurisprudenziali in materia di delibazione delle pronunce sui danni punitivi.

Nel solco della metodologia ermeneutica e dell'insegnamento di Natoli, anche lo sguardo di Busnelli è costantemente rivolto ai principi costituzionali e specificamente all'art. 32 C., con il quale dà avvio a un processo di interpretazione adeguatrice alla Costituzione che condurrà alla generalizzata affermazione della tutela risarcitoria dei diritti della persona per i danni non patrimoniali. Quel terreno di indagine, oltre ad assorbire la tensione civile di Busnelli⁶² e dell'intera scuola⁶³, offre una straordinaria occasione metodologica per recuperare l'insegnamento gorliano del confronto critico con la giurisprudenza. Con lo studio di casi si apre la raccolta dei risultati della ricerca pisana dedicata alla "Tutela della salute e diritto privato"⁶⁴; in risposta, la giurisprudenza accoglie la figura del danno biologico; e, in ulteriore replica, Busnelli si rivolge alla giurisprudenza per rinvenire, attraverso la collaborazione con i medici legali (coordinati dall'amico e collega Marino Bargagna), una tecnica di quantificazione del danno biologico compatibile con il principio di uguaglianza formale e sostanziale⁶⁵. Con tale esperienza tramonta il disinteresse intellettuale verso la casistica e, al contempo, si comincia a combattere – con quell'approccio tipico di scuola, alieno da ogni automatismo ed estremismo – l'incipiente atteggiamento esegetico verso le pronunce. Si pongono così le basi per introdurre un dialogo critico con la giurisprudenza, fonte *extra ordinem* del nuovo diritto, che vedrà sempre di più protagoniste le Corti europee.

E proprio attraverso l'Europa il metodo di Busnelli e dell'intera scuola si arricchisce e si rinnova integrando l'ermeneutica, l'utilizzo delle clausole generali e dei principi, l'attenzione agli interessi e il metodo casistico con la capacità di utilizzare, in una prospettiva radicalmente rinnovata, il metodo comparativo: non solo "potente reattivo"⁶⁶ per il diritto interno, come già au-

⁶⁰ BUSNELLI, *Lesione degli interessi legittimi: dal "muro di sbarramento" alla "rete di contenimento"*, in *Danno e resp.*, 1997, p. 265 ss.; ID., *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 335 ss.

⁶¹ BUSNELLI E SCALFI (a cura di), *Le pene private*, Milano, 1985. Più di recente cfr. BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Europa dir. priv.*, 2009, 909 ss.

⁶² BUSNELLI, *Il danno biologico dal diritto "vivente" al "diritto vigente"*, Torino, 2001.

⁶³ Il lavoro di scuola sul tema è documentato dal volume BUSNELLI-BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978.

⁶⁴ Cfr. nota precedente.

⁶⁵ Cfr. BARGAGNA-BUSNELLI (a cura di), *La valutazione del danno alla salute. Profili giuridici, medico-legali ed assicurativi*, Padova, 1981, seguita da una II ed. del 1986, da una terza del 1995 e da una IV del 2001.

⁶⁶ V. *supra* nota n. 4.

JUS CIVILE



spicava Gorla, ma anche elemento costitutivo di un incessante processo di armonizzazione e di condivisione europea delle problematiche giuridiche⁶⁷.

Ma l'Europa non porta con sé solamente gli entusiasmi e ben presto si iniziano a incrinare le passate certezze. La bussola della Costituzione perde la sua precisione con l'innesto di “nuovi principi rivestiti di falsa neutralità” e la raffinato tecnica, tra bussola costituzionale e compasso del giurista, che aveva accompagnato negli anni la ricostruzione da parte di Busnelli di istituti densi di rilievo sociale – la persona, le comunità, la famiglia⁶⁸ – è costretta a potenziare il registro della complessità e deve farsi carico di precise scelte per affrontare le nuove sfide della bioetica⁶⁹ e del rapporto fra persona e mercato. La “navigazione in mare aperto” – immagine con la quale Breccia descrive l'attività di ricerca di Busnelli⁷⁰ – è appassionante, ma a volte diviene logorante; ed ecco si riaffaccia il bisogno di un “ritorno al diritto”⁷¹, che conduce Busnelli a ripercorrere, con il compagno Breccia e con alcuni giovani allievi⁷², il tema delle obbligazioni, che aveva accompagnato la sua ricerca giovanile sulle obbligazioni soggettivamente complesse⁷³.

5. – “La ricerca della via del ritorno al diritto” è l'approdo della riflessione metodologica di Umberto Breccia che, nel suo percorso di studi, sperimenta una duplice prospettiva di indagine: si avvale del complesso strumentario metodologico di scuola per addentrarsi in molteplici settori di ricerca e si ferma a riflettere, di volta in volta, sul senso e sul valore della metodologia civilistica.

Con lo studio sul diritto all'abitazione conduce verso il terreno dei diritti sociali la scoperta del rilievo privatistico dei principi costituzionali⁷⁴; parallelamente riflette sul rapporto fra principi costituzionali e sistema privatistico⁷⁵, sul confronto fra pubblico e privato⁷⁶ e sulla fram-

⁶⁷ Non può tacersi in proposito l'esperienza di Busnelli come membro del gruppo di Tilburg finalizzato a elaborare un Progetto di principi europei in materia di responsabilità civile.

⁶⁸ Gli scritti di Busnelli dedicati a quei temi sono ora raccolti nel volume *Persona e famiglia. Scritti di Francesco Busnelli*, Pisa, 2017.

⁶⁹ BUSNELLI, *Bioetica e diritto privato*, Torino, 2001.

⁷⁰ BRECCIA, *La bussola e il compasso del giurista navigante in mare aperto*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*. I, Milano, 2008, p. 3 ss.

⁷¹ BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in *Immagini del diritto privato*, cit., p. 47 ss.

⁷² BRECCIA-BUSNELLI, *Le “nuove” obbligazioni solidali. Principi europei, orientamenti giurisprudenziali, interventi legislativi*, Padova, 2016.

⁷³ BUSNELLI, *Le obbligazioni soggettivamente complesse*, Milano, 1974.

⁷⁴ BRECCIA, *Il diritto all'abitazione*, Milano, 1980 e successivamente ID., *Diritto all'abitare*, in *XXI Secolo*, Treccani, Roma, 2009, e ID., *Itinerari del diritto all'abitazione*, in *Quad. della Riv. dir. civ.*, Padova, 2013, p. 123 ss.

⁷⁵ BRECCIA, *Problema costituzionale e sistema privatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 687 ss.

⁷⁶ BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 191 ss.; ID., *Il*

JUS CIVILE



mentazione ed unità del sapere giuridico⁷⁷. Analizza la diligenza, la buona fede e l'abuso del diritto⁷⁸ e, nel frattempo, si interroga sul ruolo del giudice nell'uso delle clausole generali⁷⁹. Si confronta, nel rispetto dell'insegnamento di Natoli e di Giampiccolo, con tematiche di spiccata complessità tecnica – dalla ripetizione dell'indebito⁸⁰, agli elementi essenziali del contratto⁸¹, alle obbligazioni⁸², alla proprietà⁸³ – e contestualmente ragiona sulle fonti del diritto e sull'incidenza del diritto sovranazionale.

Intuisce fra i primi la rivoluzione che ha sconvolto il sistema delle fonti, l'intrecciarsi di gerarchie verticali e orizzontali, assiologiche e per competenze, il passaggio dal pensiero antiformalista ad una realtà giuridica dalle forme evanescenti, dominata dalla pluralità degli ordinamenti giuridici, dall'autonomia privata che genera diritto, dal diritto giurisprudenziale che procede attraverso il principio di effettività e decreta il tramonto del monopolio del legislatore.

Ricostruisce con inflessibile rigore tutta la complessità del sistema ma non si ferma a descriverla: rigetta tanto il neogiuspositivismo quanto l'approccio luhmaniano, tanto il velato neogiurisprudenzialismo di Habermas e la fede assoluta nei valori quanto la dimensione materializzata di un puro diritto giurisprudenziale.

È consapevole, insieme con Busnelli, di raccogliere l'eredità di una scuola che ha saputo instillare aperture all'interno di un sistema ordinato di forme giuridiche e che ha saputo anticipare, con una capacità intuitiva a volte stupefacente, come quella che si rinviene in certi guizzi metodologici di Lina Bigliazzi Geri, una nuova dimensione della giuridicità. Ma proprio per questo è consapevole, insieme con Busnelli e nel solco dell'insegnamento di Natoli, dei rischi insiti in un puro dissolvimento materiale.

Di qui l'anelito ad un ritorno al diritto inteso come faticoso costruirsi di un modo diverso rispetto alle forme tradizionali di garantire le istanze poste a fondamento del diritto moderno, giungendo ad una nuova sintesi tra sostanza e forma, chiamata ad assorbire tutte e tre le tensioni da cui è nato il metodo della scuola pisana.

Il punto di arrivo non è ancora nettamente definito, ma l'itinerario per raggiungerlo trapela

principio di legalità nel diritto privato, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, 2008.

⁷⁷ BRECCIA, *Il diritto civile tra frammentazione e unità del sapere giuridico*, in *Il diritto civile, e gli altri*, a cura di Roppo-Sirena, Milano, 2013, p. 417 ss.

⁷⁸ BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, cit.; *Clausole generali (buona fede, buon costume, diligenza, ordine pubblico)*, in *Dizionario del diritto privato*, a cura di Irti, Milano, 2011, p. 249 ss.

⁷⁹ BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, cit., p. 193 ss.

⁸⁰ BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974; ID., *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur. Trecc.*, XVI, Milano, 1989, p. 1 ss.

⁸¹ BRECCIA, *Causa*, in *Il contratto in generale*, t. III, Torino, 1999, p. 3 ss.; ID., *La forma*, I. *Formazione*, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Roppo, Milano, 2006, p. 463 ss.; ID., *Commento agli artt. 1321, 1322, 1323, 1324, 1325 c.c.*, in *Comm. cod. civ., Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta-Orestano, Torino, 2011, p. 5 ss.

⁸² BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica-Zatti, Milano, 1991.

⁸³ BRECCIA, *I quarant'anni del libro terzo del codice civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 337 ss.

JUS CIVILE



dal dialogo pisano. “Vogliamo garantire certezza e giustizia?”⁸⁴ – scriveva Gorla – Vogliamo tendere “a quella società in cui finalmente *iustitia et pax osculatae sunt?*”⁸⁵, incalza Mengoni, cui si richiamano Busnelli e Breccia⁸⁶. Allora “dobbiamo incominciare dai giovani” – diceva sempre Gorla⁸⁷ – dobbiamo educarli “alla facoltà di sintesi” e al governo della complessità, orientando il loro sguardo tra passato e futuro.

“Cosa [dunque] resterà [del passato] per coloro che verranno dopo [...], nel duemila?” – si chiedeva Natoli. Alla sua amara e sconsolata risposta “poco o nulla” replicano gli allievi. Resta “un non so che”⁸⁸: “un non so che” che prelude a quel “quasi”⁸⁹ tutto che è la linea di congiunzione fra passato e futuro. Resta la possibilità di costruire il futuro del diritto [...] in forza della “consapevolezza dei lasciti intellettuali e culturali del passato”⁹⁰. Resta la promessa incarnata dai giovani, nella quale sopravvive tutta l’eredità umana e culturale dei loro Maestri.

⁸⁴ GORLA, *L’interpretazione del diritto*, cit.

⁸⁵ MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 10.

⁸⁶ BRECCIA, *La bussola e il compasso del giurista*, cit., p. 17 scrive “In quell’arduo convergere di forze contrastanti, Francesco Donato Busnelli, per suo aperto riconoscimento, sceglie finalmente – e non esita a far sue – le parole di un grande giurista scomparso” (v. *supra* nota n. 82).

⁸⁷ NATOLI, *Risposta a Natalino Irti. Intervista sul diritto privato*, in *Dieci domande di Natalino Irti (1988)*, ora in *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, p. XVI.

⁸⁸ “Un non so che di meno di quello che sperava” diceva Leopardi nello *Zibaldone di Pensieri*, n. 141.

⁸⁹ Ma nel riposo, poi, l’anima è “quasi piena, e quasi gusta la felicità”, Leopardi, *cit.*

⁹⁰ BRECCIA-BRUSCUGLIA-BUSNELLI, *Introduzione a Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti: scritti giuridici*, Milano, 1998.



FRANCESCA ROMEO

Dottoranda di ricerca – Università di Messina

LA NULLITÀ STRUTTURALE DELLA DONAZIONE DI COSA ALTRUI

SOMMARIO: 1. Il caso e la soluzione della Corte. – 2. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. La tesi della nullità per violazione diretta o per applicazione analogica dell'art. 771 c.c. – 2.1 (Segue) La tesi dell'inefficacia. – 3. La scelta adottata: la nullità per assenza di causa. – 4. I profili di criticità. L'inammissibilità dell'atto dispositivo della c.d. quotina. – 4.1 (Segue) Il nesso tra la possibilità dell'oggetto e la realizzabilità della causa. – 4.2 (Segue) I margini di validità dell'atto dispositivo di res aliena: la donazione obbligatoria. – 4.3 (Segue) La declaratoria di nullità dell'intero atto donativo. – 5. Conclusioni.

1. – Con la sentenza n. 5068 del 2016 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite pone fine al contrasto giurisprudenziale sul tema della validità della donazione di cosa altrui. La questione portata all'attenzione delle SS.UU. ha ad oggetto la donazione della quota di un immobile di cui 2/3 di proprietà esclusiva di due germani e 1/3 in comunione *pro indiviso* tra gli stessi ed altri eredi a seguito del decesso del terzo fratello originario comproprietario. Trattasi, in particolare, della donazione, da parte di uno degli originari comproprietari superstiti in favore di un nipote, della nuda proprietà di una quota pari a 5/12 dell'immobile (di cui 4/12 di piena proprietà del donante e 1/12 pervenutogli in successione, in comunione *pro indiviso*).

Avendo il donante concepito la donazione quale avente effetti reali immediati si pone, ancora una volta, avuto riguardo al divieto di donazione di beni futuri di cui all'art. 771 c.c., la questione circa la validità della donazione di un bene non ancora formalmente parte del patrimonio del disponente.

La controversia veniva decisa dal Tribunale adito, e confermata in sede d'appello, con la declaratoria di nullità dell'atto donativo. Ciò in relazione alla lettura sistematica degli artt. 769 e 771 c.c., assumendosi come la quota ideale in comproprietà *pro indiviso* non potesse ritenersi facente parte del patrimonio del donante.

In ragione del contrasto giurisprudenziale in *subiecta materia*, di cui si dirà *infra*, la seconda sezione civile della Corte di Cassazione rimetteva alle Sezioni Unite la seguente questione: «Se la donazione dispositiva di un bene altrui debba ritenersi nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione e, in particolare dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante e quindi anche quelli aventi ad oggetto i beni altrui, oppure sia valida ancorché inefficace, e se tale disciplina trovi applicazione, o no, nel caso di donazione di quota di proprietà *pro indiviso*».

JUS CIVILE



Il Supremo Collegio si pronuncia, con la sentenza in commento, nel senso della nullità dell'atto donativo, nel solco di quanto costantemente affermato dalle Sezioni Semplici, tuttavia discostandosi dalle motivazioni assunte a sostegno delle precedenti pronunce. Si afferma, invero, la nullità della disposizione negoziale per mancanza di *causa donandi* stante, come si dirà meglio nel prosieguo, l'impossibilità di realizzare l'arricchimento del beneficiario a fronte del depauperamento del donante.

2. – Il tema dell'idoneità della donazione *a non domino* ai fini dell'usucapione abbreviata è stato più volte oggetto di pronunce di legittimità, e ciò ha permesso alla Corte di Cassazione di reiterarne, negli anni, il giudizio di nullità in forza di un'applicazione ora diretta, ora in via analogica, del divieto di donazione di beni futuri previsto dall'art. 771 c.c.

Secondo il primo orientamento ermeneutico, l'art. 771 c.c. sarebbe suscettibile di applicazione diretta, in quanto disciplinerebbe non soltanto i beni futuri, ivi espressamente richiamati, ma anche i beni altrui. Ciò sul presupposto di un'equivalenza semantica tra i concetti di "futurità" e "alienità" o, più precisamente, di un rapporto di continenza per il quale quest'ultima sarebbe contenuta nella prima. Si tratterebbe, dunque, di applicare la disposizione ad un'ipotesi già compresa nella fattispecie, posto che il divieto ha ad oggetto una situazione giuridica comunque non presente nel patrimonio¹.

Siffatta soluzione trae le proprie argomentazioni dalla *ratio* della disposizione in esame, ossia l'esigenza di contenere la prodigalità del donante² che, per i fautori della tesi in esame, consentirebbe all'art. 771 c.c. di assurgere a norma di sistema, espressione di un principio generale in materia di donazione³. In altri termini, in forza di tale *ratio*, il concetto di bene "futuro" ivi richiamato andrebbe inteso in senso soggettivo, ossia quale bene non soltanto non esistente *in rerum natura* bensì anche mancante nel patrimonio del donante. In quest'ottica sarebbe illogico

¹ D. PASTORE, *Donazione di quota di bene ereditario e donazione di cosa altrui*, in *Riv. not.*, 2014, 1210 ss.; osserva M. ONORATO, *Donazione del bene altrui e donazione del bene presente nell'asse ereditario indiviso*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 839 «sicuramente la locuzione di appartenenza 'del donante' risulta logicamente inadatta a specificare un dato temporale. Il riferimento genitivo al donante è insuscettibile di precisare un'esistenza temporale, la quale si coniuga esclusivamente con un prima e un dopo, un oggi e uno ieri. (...) Il riferimento al soggetto 'del donante' parrebbe allora designare un'assenza nello spazio. Non si tratta di un luogo reale, individuabile attraverso dati topografici; bensì di uno spazio artificiale e normativo: la sfera ideale delle situazioni giuridiche non delimitata da confini fisici, e tutta raccolta intorno al soggetto giuridico, quale centro di imputazione di diritti e di obblighi. Su questa linea, quel 'del donante' parrebbe un'espressione ellittica, la quale sta per 'nel patrimonio del donante'. L'essere presente è cioè considerato rispetto ad uno spazio tipicamente normativo (il patrimonio giuridico), retto e costituito da norme giuridiche».

² *Ratio* unanimemente riconosciuta con riferimento alla circolazione dei beni futuri. In questo senso, tra gli altri, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, VI, *Successioni*, II, Utet, 1997, 469; G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Giuffrè, 1947, 107.

³ G. BALBI, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli, II, Vallardi, 1964, 43; A. PALAZZO, *Donazione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VII, Utet, 1991, 137 ss.

JUS CIVILE



e contraddittorio un ordinamento che, repressivo della donazione di cosa futura, ammettesse viceversa la donazione di cosa altrui⁴.

Autorevole dottrina ha contribuito a delineare il concetto di futurità c.d. in senso soggettivo⁵, traendo, altresì, spunto dall'art. 1348 c.c. Si è ribadito, invero, come anche dalla definizione di cose future ivi prevista sia possibile desumere che essa ricomprenda tanto le cose non ancora pervenute ad esistenza, quanto le cose *extrapatrimonium*⁶.

Per un diverso filone interpretativo, la nullità della donazione *a non domino* discenderebbe, come accennato, dall'applicazione in via analogica dell'art. 771 c.c.⁷ Presupponendosi, dunque, l'esistenza di una lacuna normativa, il ricorso all'*analogia legis* diverrebbe giustificabile in ragione dell'*eadem ratio* sottesa ai divieti di cui trattasi, la necessità di evitare un eccessivo depauperamento del donante⁸. Per converso, tale impostazione, pur includendo i beni altrui nel divieto di cui all'art. 771 c.c., esclude, dunque, un'interpretazione estensiva del concetto di futurità.

Diversamente argomentando, un ulteriore orientamento dottrinale, in ragione dell'asserito raggiungimento, in tali casi, di scopi diversi da quelli previsti dalla disciplina della donazione ha, invero, sostenuto la tesi della nullità del contratto per illiceità della causa. Ciò in quanto il negozio stipulato risulterebbe difforme dallo schema normativamente previsto dall'art. 769 c.c. (che, secondo la già richiamata interpretazione adottata dal Supremo Collegio, limiterebbe, per l'appunto, la donazione dispositiva ai beni presenti nel patrimonio del donante)⁹.

⁴ In questo senso A. TORRENTE, *La donazione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, a cura di U. Carnevali e A. Mora, Giuffrè, 2006, 497 ss.; L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Giuffrè, 1975, 27 ss.

⁵ L. MENGONI, *Gli acquisti*, cit., 27 ss.; nello stesso senso A. TORRENTE, *La donazione*, cit., 497 ss.; A. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, Società editrice libraria, 1935, 207; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 469.

⁶ S. PUGLIATTI, *Cosa* (teoria generale), in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, 1962, 93.

⁷ In questo senso G. BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Utet, 2013, 493 il quale evidenzia che «in merito alla donazione di bene altrui, si propende, pur con voci contrarie, per la sua nullità, quindi si esclude che il donante, a differenza del venditore (art. 1478 cod. civ.), si possa obbligare a procurarne l'acquisto al donatario: ai sensi dell'art. 771 cod. civ., si sostiene, la donazione deve comprendere soltanto beni presenti del donante, e l'art. 769 cod. civ., inoltre, stabilisce che questi dispone, a favore del donatario, di un "suo" diritto. A giustificazione, si osserva che i beni altrui sono equiparabili ai beni futuri, perché non si trovano, attualmente, nel patrimonio del donante, il quale sarebbe obbligato a procurarne l'acquisto, sicché l'ordinamento giuridico tende ad evitare, con la nullità della donazione di beni altrui, liberalità avventate. Si aggiunge: va applicata, in via analogica, la norma racchiusa nell'art. 771, primo comma, cod. civ., con la conseguenza che, ove la donazione comprenda, oltre a beni presenti, beni altrui, essa è nulla solo rispetto a questi ultimi. Si rammenti che, secondo un'interpretazione, la donazione di beni altrui è valida come donazione obbligatoria, importando, quindi, l'obbligo del donante di procurare l'acquisto al donatario». Ed ancora, U. CARNEVALI, *Le donazioni*, cit., 470 secondo cui «sembra da accogliere la tesi che, argomentando dalla nullità della donazione di beni futuri e dalla sua ratio tendente ad evitare prodigalità avventate (i beni altrui sono equiparabili a dei beni futuri, perché non si trovano attualmente nel patrimonio del donante, il quale sarebbe obbligato a procurarne l'acquisto), sostiene la nullità della donazione di cose altrui (con applicazione analogica dell'art. 771, 1° comma, per cui la donazione, se comprende anche beni altrui, è nulla solo rispetto a questi ultimi)».

⁸ Tra i molti G. LA MARCA, *La donazione di cosa altrui e la sua idoneità ai fini dell'usucapione abbreviata*, in *Fam. pers. succ.*, 2010, 42 ss.; G. VISALLI, *Sull'asserita inefficacia della donazione di beni altrui, con spunti in tema di «titolo idoneo» ai fini dell'usucapione abbreviata e di donazione obbligatoria*, in *Riv. not.*, 2002, 404 ss.

⁹ Analogo ragionamento è stato sostenuto, in tema di mutuo di scopo, da V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di*

JUS CIVILE



Le ricadute applicative non sono di poco conto, posto che il rimedio della conversione (espressamente esclusa dalla sentenza in commento) non trova applicazione laddove la nullità derivi da illiceità, a differenza del caso in cui essa attenga ad un vizio strutturale nel negozio¹⁰.

2.1. – Un ulteriore orientamento dottrinale¹¹, avallato dall'*unicum* giurisprudenziale fornito dalla pronuncia n. 1596 del 2001 della Suprema Corte, ha sostenuto, invero, la tesi dell'inefficacia dell'atto donativo di cosa altrui¹². Tale interpretazione trae fondamento, in primo luogo, dall'impossibilità di operare un'interpretazione analogica dell'art. 771 c.c. stante la sua natura eccezionale¹³.

A suggerire tale qualificazione sarebbe la stessa portata proibitiva della norma, collocata in un ordinamento che dà ampio risalto all'autonomia contrattuale. Dalla qualifica di norma eccezionale discenderebbe, pertanto, l'impossibilità di ritenere sussistente, nella medesima disposizione, un ulteriore divieto alla donazione di cosa altrui in quanto, così argomentando, da una norma in sé eccezionale discenderebbe altra norma parimenti eccezionale in forza dell'asserita *eadem ratio*¹⁴.

Altro segnale nel senso dell'eccezionalità, sarebbe, poi, ricavabile dalla disciplina della vendita di cosa altrui, posto che il legislatore sembrerebbe, implicitamente, attribuirle natura eccezionale e derogatoria rispetto alla disciplina generale di cui all'art. 1470 c.c.

Da tale disciplina i fautori della tesi in commento fanno, altresì, discendere una precisa volontà del legislatore del '42 nel senso di tenere distinti i concetti di altruità e futurità¹⁵.

Accendendo a tale impostazione, l'altruità della *res* non impedirebbe al soggetto di disporre

successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 985.

¹⁰G. PERLINGIERI, *Negozi illeciti e negozi illegali. Un'incerta distinzione sul piano degli effetti*, Esi, 2003, 21.

¹¹A favore della mera inefficacia della donazione dispositiva di bene altrui che le parti considerino di proprietà del donante si esprime E. MORELATO, *Donazione di bene altrui ed usucapione immobiliare abbreviata*, in *Contr. impr.*, 2002, 998.

¹²La sentenza in questione esclude espressamente la possibilità di ricomprendere la donazione di cosa altrui nella donazione di beni futuri, nulla ex art. 771 c.c.: «Occorre considerare che l'art. 771, primo comma, cod. civ., espressamente stabilisce che se la donazione "comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo che si tratti di frutti non ancora separati". Appare evidente, dalla formulazione di tale norma, il riferimento al divieto ai soli beni non ancora esistenti "in rerum natura"».

¹³Tale impostazione si pone, dunque, in aperto contrasto con la tesi dell'interpretazione analogica dell'art. 771 c.c. in quanto, dalla qualificazione come norma eccezionale discenderebbe, conseguentemente, l'applicazione dell'art. 14 disp. prel.

¹⁴E. FERRANTE, *Donazione di cosa altrui: una sentenza eccentrica della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 281 ss.

¹⁵In questo senso E. FERRANTE, *Donazione*, cit., 281 ss., il quale afferma come il concetto di futurità soggettiva non vale ad eliminare la distinzione fattuale tra ciò che non esiste in natura e ciò che rimane semplicemente estraneo ad un determinato patrimonio.



validamente, in assenza di un'espressa enunciazione in tal senso¹⁶.

Il principio *de quo* emergerebbe nel nostro ordinamento, in primo luogo, dal diverso regime previsto per la vendita di bene futuro (art. 1472 c.c.) e per la vendita bene altrui (1478 c.c.)¹⁷, cui può, altresì, affiancarsi la permuta di cosa altrui in virtù del rinvio ex art. 1555), ma anche da quelle inerenti il legato di cosa dell'onerato o di un terzo, ovvero di cosa solo in parte del testatore, a mente degli artt. 651 e 652 c.c.

Con riguardo, segnatamente, alla disciplina del legato di cosa altrui, ritenuto valido a condizione che dal testamento o da altro scritto risulti che il testatore fosse a conoscenza che la cosa legata appartenesse all'onerato o ad un terzo, non si comprenderebbe come in tale ipotesi la conoscenza del *de cuius* dell'altruità della cosa porti a ritenere che egli volesse far acquistare la proprietà, o il diritto, all'onerato per poi trasferirla al legatario, mentre non si potrebbe pervenire alla medesima conclusione anche in materia di donazione.

Ancora, la scelta della sanzione della nullità non convince i fautori di questa tesi in ragione della poca aderenza del rimedio prescelto con il vizio dell'atto dispositivo. Viene sostenuto come l'ordinamento non faccia mai discendere dalla carenza di legittimazione a disporre la nullità del negozio giuridico. *A fortiori*, si richiama l'art. 1372 c.c. dal quale, disponendo che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, si ricaverebbe come la mancanza della titolarità del diritto incida solo sull'attitudine dell'atto a produrre effetti rispetto al terzo titolare e non anche sulla validità dello stesso. Analogo ragionamento è stato, poi, sostenuto con riguardo alla disciplina del *falsus procurator*, avendo la giurisprudenza di legittimità affermato come, ai sensi dell'art. 1398 c.c., il contratto stipulato non sia invalido, bensì inefficace nei confronti del soggetto falsamente rappresentato¹⁸.

¹⁶ Chiarisce M. D'AURIA, *La donazione di beni altrui. Sul concetto di titolo astrattamente idoneo e di liberalità*, in *Giur. it.*, 2001, 1598 – 1599: «se il donante è in mala fede, ovvero sa dell'altruità della cosa e non la comunica al donatario, il titolo sarebbe invalido dal punto di vista causale, posto che verrebbe meno l'*animus donandi* nella sua generalmente ammessa accezione psicologica. Se, al contrario, il donante non è consapevole dell'altruità della cosa, ammesso che si volesse attribuire una qualche efficacia al titolo ai fini dell'*usucapione abbreviata*, rimane comunque che l'atto donativo sarebbe privo di fatto del *depauperamento del donante*».

¹⁷ *Contra* F. M. GAZZONI, *Donazione di cosa altrui e usucapione abbreviata*, in *Riv. not.*, 2001, 867 ss., che mette in luce come un accostamento alla disciplina della vendita di cosa altrui corre il rischio di lasciar intendere che ove il donante acquisti a qualsivoglia titolo il bene, il donatario ne acquisterebbe, a sua volta, automaticamente la proprietà. Si precisa, peraltro, come «il richiamo alla vendita è, in ogni caso, del tutto fuorviante, perché la disciplina della donazione è modellata non già su questo contratto *inter vivos*, ma sull'atto testamentario *mortis causa*, come si desume facilmente, tra l'altro, dagli artt. 778, 779, 784, 787, 788, 793, 799 c.c. Il divieto di donare beni altrui e la conseguente nullità è dunque perfettamente in linea con la nullità del testamento con il quale il *de cuius* disponga di sostanze non proprie, secondo quanto disposto dall'art. 587 c.c.»

¹⁸ Da ultimo, Cass. 13 marzo 2015, n. 5105, in *Foro it.*, 2015, 197. Nello sforzo di distinguere tra invalidità ed inefficacia, V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, 332 ha precisato come la mancanza del potere di disposizione non sempre nel nostro diritto positivo dia luogo ad inefficacia relativa, individuando nel novero dei casi riconducibili a nullità proprio la donazione di cosa altrui.



3. – Prendendo parzialmente le distanze dall'orientamento consolidatosi, la soluzione eseguita inaugurata dalla pronuncia in commento conclude per la nullità del negozio liberale *a non domino* in ragione della mancanza di *causa donandi*.

In particolare, il Supremo Collegio mette a punto l'*iter* logico-argomentativo intrapreso con la sentenza n.10356 del 2009 con cui, tuttavia, nel dichiarare l'invalidità dell'atto donativo, non chiariva il preciso fondamento tecnico – giuridico della stessa.

A ben vedere, la su detta pronuncia sconta il limite di affermare la nullità della donazione *a non domino* non in ragione di un vizio strutturale, bensì operando un generico richiamo alla funzione del negozio¹⁹. Non risultava, dunque, agevole comprendere se la nullità discendesse dal contrasto con una norma imperativa derivante, in via analogica, dalla *ratio* politico – legislativa di arginare la prodigalità del donante; o ancora da nullità testuale per violazione del disposto di cui all'art. 771 c.c.; o, infine, per nullità strutturale dovuta all'assenza di causa.

La rilettura operata dalle Sezioni Unite chiarisce la questione, riconducendo l'invalidità proprio alla mancanza di *causa donandi*, in ossequio al combinato disposto dell'art. 1325 c.c. e dell'art. 1418 comma secondo c.c.

Qui il Supremo Collegio prende le mosse dall'impossibilità di operare un'*analogia legis* dell'art. 771 c.c. e, non riaffermandone la natura eccezionale²⁰, stigmatizza l'*iter* logico – argomentativo accolto per non aver tenuto in debita considerazione l'elemento causale.

Emerge, dunque, un evidente contrasto con lo schema ermeneutico prevalente, incentrato, come su detto, sull'applicazione in via diretto o analogica dell'art. 771 c.c. La pronuncia, pur non occupandosi espressamente di comporre il dibattito in ordine all'interpretazione dell'art. 771 c.c., implicitamente ridisegna l'ambito applicativo della norma *de qua*, escludendovi proprio la donazione di un bene esistente *in rerum natura* ma non ancora nel patrimonio del donante.

Quanto all'elemento causale, l'argomentazione adottata, accogliendo la tesi oggettiva che la individua nell'incremento del patrimonio altrui con il contestuale depauperamento del proprio²¹,

¹⁹ I giudici di legittimità affermano che «la nullità della donazione di cosa altrui dipende, non da un vizio di struttura, ma esclusivamente – come è stato osservato in dottrina – da una ragione inerente la funzione del negozio, ossia dalla altruità del bene donato rispetto al patrimonio del donante».

²⁰ In senso contrario G. VISALLI, *Sull'asserita inefficacia*, cit., 404 ss., il quale ritiene non sia soggetta alla nullità di cui all'art. 771 c.c. la donazione di beni non facenti parte del patrimonio del donante ma esistenti *in rerum natura* in quanto la corretta interpretazione, letterale e logica, dell'art. 771 c.c. e la sua formulazione conducono a dover ritenere che il divieto contenuto nella norma citata faccia riferimento ai soli beni non esistenti *in rerum natura* e non anche a beni esistenti ma nel patrimonio di soggetto diverso dal disponente.

²¹ *Ex multis* Cass. 26 maggio 2000, n. 6994 in *Giur. it.*, 2001, 243; Cass. 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro. it.*, 1996, 1222. Per completezza espositiva va precisato come la causa della donazione sia stata oggetto di dibattito dottrinale nel novecento formandosi, accanto alla tesi oggettiva, orientamenti contrastanti. Sotto il codice previgente la dottrina prevalente sosteneva la tesi c.d. soggettiva secondo cui la causa si identificerebbe con l'elemento soggettivo e, dunque, andrebbe ravvisata nell'*animus donandi*, cioè nell'intenzione di arricchire il donatario per spirito di liberalità. Una dottrina minoritaria, fautrice della tesi del contratto acausale, ha diversamente sostenuto come la causa non sarebbe elemento autonomo e necessario del contratto e la sua mancanza sarebbe comunque compensata dalle più stringenti formalità cui l'atto donativo è sottoposto.

JUS CIVILE



trova il suo fondamento nell'interpretazione dell'art 769 c.c. Si sottolinea come, in forza della disposizione *de qua*, l'appartenenza del bene oggetto di donazione al donante costituisca elemento essenziale del contratto di donazione²², non potendosi realizzare, in caso contrario, la causa donativa²³. Ciò anche in ragione della necessaria attualità dello spoglio, caratteristica della donazione traslativa, la quale implica il requisito dell'appartenenza del diritto al donante al momento del contratto.

In altri termini, l'atto dispositivo di un bene altrui sarebbe, pertanto, inidoneo a dar vita alla nuova situazione giuridica che le parti intendono costituire con la stipula del negozio giuridico²⁴.

Da qui l'invalidità del negozio al quale il diritto non accordi la forza di produrre la conformazione dei rapporti cui esso tende.

4. – La sentenza in commento, stabilendo *a priori* come l'altruità del bene incida sulla possibilità di ricondurre il trasferimento dello stesso nello schema della donazione dispositiva e quindi sulla possibilità di realizzare la causa del contratto, opera un diretto collegamento tra quest'ultima e l'oggetto del negozio (inteso, nella sua accezione sostanziale, quale autoregolamento delle parti²⁵).

Partendo proprio dall'oggetto, e prendendo le mosse dalla valutazione di idoneità dello stesso, ossia l'attitudine dei beni sui quali il negozio verte a ricevere il regolamento pratico che il contratto ha di mira²⁶, occorre preliminarmente distinguere tra impossibilità fisica ed impossibilità giuridica della prestazione. Mentre nel primo caso la prestazione ha riguardo a cose non esistenti *in rerum natura* o attività praticamente irrealizzabili, la seconda attiene invece a prestazioni aventi ad oggetto beni o attività che non possono essere dedotti in un rapporto giuridico²⁷.

Il caso di cui trattasi realizzerebbe, dunque, un'ipotesi di impossibilità giuridica della presta-

²² Proprio dall'individuazione dell'oggetto della donazione nel diritto del donante, in ossequio alla formulazione letterale dell'art. 769 c.c. ("suo diritto") discende, implicitamente, l'accoglimento della concezione c.d. soggettiva di bene altrui, quale bene esistente *in rerum natura* ma non ancora nel patrimonio del donante e, in quanto tale, non trasferibile tramite atto donativo dispositivo.

²³ In senso contrario potrebbe argomentarsi che, in ragione della definizione di testamento prevista dall'art. 587 c.c., secondo cui taluno dispone delle "proprie sostanze", e della circostanza che, a tacer d'altro, il legislatore consenta al testatore la regolamentazione dei propri interessi anche per il tramite di disposizioni ad effetti obbligatori, non si comprenderebbe come da una formulazione letterale analoga, qual è quella di cui all'art. 769 c.c., i giudici di legittimità facciano discendere un divieto generante un'incoerenza sistematica con la disciplina testamentaria.

²⁴ In questo senso E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, XV, Utet, 1943, 299, che, per il vero, richiama ancora il concetto di causa in astratto, riferendosi espressamente alla nuova situazione giuridica che il diritto ricollega al rispettivo tipo legale, in conformità con la funzione economico-sociale sua caratteristica.

²⁵ C. M. BIANCA, *I contratti*, *Diritto Civile*, III, Giuffrè, 2015, 316.

²⁶ E. BETTI, *Teoria*, cit., 154.

²⁷ C. M. BIANCA, *I contratti*, cit., 322.

JUS CIVILE



zione, avendo la donazione dispositiva ad oggetto un bene in comproprietà tra il donante e terzi coeredi. A tal fine viene chiarito come non si rilevi alcuna differenza tra “bene altrui” e “bene eventualmente altrui”²⁸.

Nel valutare l’idoneità a formare oggetto di negozio giuridico²⁹, la pronuncia richiama il disposto dell’art. 757 c.c. che, nel ritenere il coerede solo e immediato successore in tutti i beni componenti la sua quota o a lui pervenuti dalla successione, impedirebbe allo stesso di disporre di una quota del bene prima ancora che la divisione venga operata, esistendo una mera quota ideale della proprietà di questi beni in capo al donante fino a tale momento.

La Corte avalla, dunque, l’orientamento dottrinale secondo cui la quota di comproprietà, in caso di comunione ereditaria, investirebbe tutta la massa ereditaria (c.d. quotona) e non ogni singolo bene (c.d. quotina)³⁰.

Tale tesi si fonda, in primo luogo, su un’interpretazione dell’art. 757 c.c. secondo cui, stante l’impossibilità di conoscere, nella vigenza della comunione ereditaria, i beni che saranno attribuiti a ciascun comunista nella futura divisione, il coerede non è legittimato a disporre con effetti reali di una quota di un singolo bene dell’eredità. Ciò in quanto, a seguito dell’espletamento della divisione ereditaria, egli potrebbe divenire proprietario di un bene diverso da quello ricondotto alla c.d. quotina, con effetti retroattivi all’apertura della successione.

Le Sezioni Unite sembrano, dunque, ritenere che l’art. 757 c.c. costituisca una disposizione dettata con esclusivo riferimento alla comunione ereditaria, diversamente da quanto sostenuto da parte della dottrina e della giurisprudenza secondo cui la disposizione *de qua* sarebbe applicabile anche alla divisione di una comunione ordinaria, in forza del disposto di cui all’art. 1116 c.c.³¹ È stato, invero, sottolineato come anche nella comunione ordinaria sussista il rischio che,

²⁸ Si veda in senso contrario Trib. Vallo Lucania, 13 aprile 1992, in *Dir. giur.*, 1992, 525 secondo cui «la donazione di cosa altrui è nulla in base alla previsione dell’art. 771 c.c. che non consente la donazione di beni futuri; il concetto di bene futuro va, infatti, inteso non solo in senso oggettivo (bene non esistente in rerum natura) ma anche soggettivo (bene che non fa parte del patrimonio del donante). Peraltro la donazione da parte di un coerede di beni ricadenti nella massa ereditaria non costituisce una donazione di cosa altrui, ma di cosa solo eventualmente altrui; con la conseguenza che trattasi di valida donazione, sottoposta alla condizione sospensiva che i beni donati rientrino nella quota assegnata, in sede di divisione, al coerede donante».

²⁹ E. BETTI, *Teoria*, cit., 154, secondo cui l’idoneità a formare oggetto di negozi giuridici andrebbe valutata come qualità di determinati interessi rispetto a determinati negozi, imponendosi pertanto un’analisi più approfondita circa l’impossibilità della prestazione inerente la donazione *de qua*.

³⁰ P. SCHLESINGER, *Successioni* (diritto civile). Parte generale, in *Nov. dig. it.*, diretto da A. Azara e E. Eula, XVIII, Utet, 1957, 762.

³¹ In dottrina, in questo senso, S. RAMPOLLA, *Della divisione*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, *Delle successioni*, III, Artt. 713-768 octies, Utet, 2010, 296; G. BRANCA, *Comunione, condominio negli edifici*, in *Commentario del codice civile*, diretto da A. Scialoja e G. Branca, *Della proprietà*, Artt. 1100 – 1172 c.c., Zanichelli, 1982, 342, il quale osserva «che la norma dell’art. 757 c.c. si estenda ad ogni comunione oltre quella ereditaria è uno dei pochi punti sui quali non v’è ne può esservi discussione». Così anche R. MAZZARIOL, *Comproprietà e vendita di cosa altrui*, Esi, 2016, 72. In giurisprudenza, Cass. 29 marzo 2006, n. 7231, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 1142, secondo cui l’effetto dichiarativo – retroattivo della divisione di cui all’art. 757 c.c. è esteso, ai sensi dell’art. 1116 c.c. al rapporto tra comproprietari che non sono coeredi.

JUS CIVILE



in sede divisionale, il bene sia assegnato ad altro dividendo. Nondimeno ciò non può assurgere a valido motivo per negare l'efficacia reale immediata dell'atto di disposizione della quota di un bene facente parte della massa comune. Accedendo a questa diversa prospettazione non vi sarebbe ragione per assumere che, pur in presenza del medesimo rischio, il legislatore abbia attribuito efficacia diversa agli atti dispositivi di quota ora in comunione ereditaria, ora ordinaria.

La questione in ordine alla validità dell'atto dispositivo di quotina era stata già affrontata, e risolta in senso negativo, dalla Suprema Corte con la sentenza n. 9543 del 2002. Con questa pronuncia veniva sancita l'inapplicabilità, in caso di vendita da parte di un coerede di un bene facente parte di una più ampia massa comune, del principio generale in tema di comunione ordinaria di cui all'art. 1103 c.c. Non sarebbe, dunque, possibile in tali casi considerare la vendita immediatamente efficace per la quota nella titolarità del cedente ed obbligatoria per il restante, tranne nell'ipotesi in cui la comunione ereditaria fosse formata da un unico bene, posto che in tal caso, coincidendo quota sul singolo bene e quota dell'eredità, sarebbe configurabile una immediata efficacia traslativa della attribuzione. Nel caso di specie, le Sezioni Unite non affrontano tale questione, potendosi desumere dalla sentenza in commento l'esistenza di ulteriori beni parte della massa ereditaria³².

La soluzione proposta dalla Sezioni Unite si basa, altresì, sul concetto di eredità, intesa come *universitas*, in ragione del quale il coerede non sarebbe titolare di una quota ideale su ogni singolo bene ereditario, ma solo sull'intera eredità³³.

Il quadro normativo codicistico (art. 477 c.c. che prevede la vendita di diritti di successione, ed art. 765 c.c., che prevede la vendita del diritto ereditario), escluderebbe l'esistenza di una quota ideale della proprietà del singolo bene facente parte della massa ereditaria in capo al coerede, il quale sarebbe titolare solo di una quota di eredità, intesa, per l'appunto, come *universitas*, già di per sé un diritto alienabile (a mente degli artt. 1542 e segg. c.c.)³⁴.

Avverso tale prospettazione si è, invero, opinato come, pur volendo aderire alla tesi che qualifica l'eredità quale universalità, conseguenza di ciò sarebbe l'applicazione dell'art. 816, comma 2 c.c., secondo cui le singole cose componenti l'universalità possono formare oggetto di separati atti e rapporti giuridici.

³² La presenza di ulteriori beni si desume dalla domanda giudiziale delle germane S.A., S.E. e S.V. volta ad includere tra i beni da dividere anche quelli oggetto della donazione di cui trattasi.

³³ Sul concetto di eredità come *universitas* F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1966, 85, secondo cui l'eredità è una universalità di diritto poiché ha una sua unità oggettiva, che è opera della legge. La dottrina più recente è, tuttavia, orientata a negare tale qualifica all'eredità. Si veda in tal senso M. TRIMARCHI, *Universalità di cose*, in *Enc. dir.*, XLV, Giuffrè, 1992, 810, il quale afferma che «la configurazione dell'universalità come collegamento di beni capace di fornire una nova utilitas pone già una limitazione logica alla possibilità di includervi anche l'eredità (...) che per le diversità di struttura e funzione non consente alcuna assimilazione alle varie forme di universalità. Nell'eredità, in altri termini, manca un dato essenziale e sostanziale caratterizzante l'universalità, l'utilità risultante dall'insieme complessivamente considerato come utilità diversa da quella che le singole cose sono in grado di fornire».

³⁴ Così anche Cass. 1 luglio 2002, n. 9543, in *Foro it.*, 2004, 237.

JUS CIVILE



È stata, poi, sottolineata la conseguenza paradossale cui si perverrebbe accogliendo tale tesi: neanche tutti i coeredi insieme potrebbero alienare detto bene, giacché altrimenti ciascuno di essi, ancorché nel contesto di un unico contratto, alienerebbe pur sempre la propria quota su un singolo bene, come si desume anche dalle modalità di esecuzione della trascrizione³⁵. Tale dottrina ribadisce, peraltro, come l'esistenza di una disciplina specifica per la vendita di eredità agli artt. 1542 e ss. non possa portare ad escludere, *ipso facto*, la possibilità di vendita della singola quota di bene ereditario che ben potrebbe essere regolata dalla disciplina generale in tema di vendita.

4.1. – Quanto appena esposto dev'essere tenuto in considerazione non soltanto in ordine alla valutazione di idoneità dell'oggetto, ma soprattutto con riferimento al giudizio sulla sussistenza della causa in concreto, posto che è ormai pacificamente ritenuto necessario non limitarsi ad un accertamento in astratto della causa negoziale, bensì valutare la funzione che il singolo contratto sia diretto ad attuare³⁶.

Il Supremo collegio conferma come la causa del contratto di donazione debba individuarsi nell'interesse all'arricchimento del donatario a seguito del depauperamento del donante. Ciò posto, a ben vedere, detta ragione pratica sembrerebbe, in realtà, individuabile nel caso concreto: sussiste, difatti, l'interesse del donante, proprietario di un bene *pro indiviso*, ad arricchire il donatario trasferendogli la proprietà di una quota del bene in questione.

Il collegamento tra l'oggetto del contratto e la causa si coglie analizzando quando quest'ultima possa realmente ritenersi mancante. Sul punto, la dottrina maggioritaria sostiene come tale vizio strutturale si realizzi nel caso in cui l'operazione negoziale in cui la causa si traduce non risulti realizzabile, così costituendosi un modello negoziale volto al perseguimento di scopi ultronei rispetto a quelli predisposti dal legislatore³⁷.

Da ciò discenderebbe che la donazione dispositiva dovrebbe ritenersi nulla per mancanza di causa in ragione dell'impossibilità di realizzare nell'immediato l'arricchimento del donante. Diversamente, accedendo alla tesi contraria secondo cui nulla osterebbe alla possibilità del coerede di disporre della propria quota, non risulterebbe sussistente un'impossibilità giuridica della prestazione tale da rendere la causa del contratto irrealizzabile.

4.2. – Il Supremo Collegio pone un limite alla capacità dispositiva del donante chiarendo,

³⁵ D. PASTORE, *Donazione*, cit., 1210 ss.

³⁶ In giurisprudenza la prima sentenza a proporla è Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, 1718, che la definisce come lo scopo pratico del negozio, sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato.

³⁷ E. BETTI, *Teoria*, cit. 296; C. M. BIANCA, *I Contratti*, cit., 465.

JUS CIVILE



tramite un implicito richiamo al secondo comma dell'art. 769 c.c., come la donazione di bene altrui valga come donazione obbligatoria di *dare* solo ove, in primo luogo, l'altruità sia conosciuta dal donante.

Conforme, sul punto, l'orientamento dottrinale secondo cui, altrimenti, si perverrebbe ad una contraddizione in termini posto che, qualora il donante per spirito di liberalità assumesse l'obbligo di procurare l'acquisto, soggiacerebbe ad una prestazione di *facere*, che si considera unanimemente non deducibile in donazione dispositiva³⁸.

Ai fini della qualificazione dell'atto come donazione obbligatoria occorrerebbe, altresì, una manifestazione di volontà del donante precisamente diretta all'assunzione dell'obbligazione³⁹ ed espressamente indicata nell'atto pubblico.

Ritenere che il negozio donativo ad effetti obbligatori necessiti della suddetta dichiarazione determina, dunque, l'impossibilità di convertire la donazione traslativa nulla in obbligatoria laddove manchi siffatta manifestazione.

Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 1424 c.c., il contratto affetto da nullità può produrre gli effetti di un contratto diverso solo ove ne contenga i requisiti di sostanza e di forma.

Tuttavia, a ben vedere, posto che la conversione opera una correzione della qualifica giuridica rispondente sia all'esigenza generale di conservazione del negozio giuridico⁴⁰ sia all'esigenza di tutela dell'affidamento del terzo, si è obiettato come l'art. 1424 c.c. ben potrebbe trovare applicazione nel caso della donazione *a non domino*, convertendola in altro contratto di donazione con peculiarità parzialmente differenti⁴¹, ossia proprio nella donazione obbligatoria. Giova rammentare come, mentre per parte della dottrina, in ragione della formula legislativa «ciò che le parti avrebbero voluto», la conversione dipenderebbe dall'indagine sull'ipotetica volontà delle parti, secondo altro orientamento essa opererebbe a prescindere dalla volontà delle parti, sul presupposto che le stesse non abbiano regolato le conseguenze della nullità del contratto⁴².

Lo stesso precedente giurisprudenziale del 2002, su richiamato, nell'escludere l'efficacia reale dell'atto dispositivo di quotina, non fa discendere da siffatta eventuale altruità del bene la

³⁸In questo senso E. FERRANTE, *Donazione*, cit., il quale precisa che d'altra parte la donazione di cosa altrui, qualora fosse ipoteticamente valida, non potrebbe che produrre effetti solo obbligatori, sicché affermarne la validità nella versione obbligatoria significa ritenere *tout court* che è lecito dedurre in donazione la cosa altrui, ma con ciò si torna al punto di partenza. In senso contrario U. CARNEVALI, *La donazione di beni altrui nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, 613 ss. «Se il donante si obbliga a procurare la proprietà del bene al donatario, ciò significa che anzitutto egli si obbliga ad acquistare il bene dal terzo proprietario. E questa attività contrattuale costituisce oggetto di un'obbligazione di *facere*. L'obbligazione di *dare* è successiva: una volta divenuto proprietario del bene, il donante è obbligato a trasferirlo al donatario. E questa è un'obbligazione di *dare*».

³⁹G. BONILINI, *L'oggetto della donazione*, in *Trattato*, diretto da G. Bonilini, *I grandi temi, La donazione*, II, Utet, 2001, 563-564; L. MENGONI, *Gli acquisti*, cit., 27; F. M. GAZZONI, *Donazione*, cit., 869; V. MARICONDA, *Donazione di cosa altrui ed usucapione abbreviata di immobili*, in *Corr. giur.*, 2001, 758.

⁴⁰E. BETTI, *Teoria*, cit., 318.

⁴¹M. TAMPONI, *Sanatoria della donazione invalida*, in *Trattato*, diretto da G. Bonilini, *I grandi temi, II, La donazione*, Utet, 2001, 1104.

⁴²G. GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido. Il problema in proiezione europea*, Giuffrè, 1988, 278 ss.



nullità dell'atto dispositivo, attribuendogli, invero, efficacia obbligatoria⁴³.

In ragione della disamina effettuata è possibile concludere come l'unico margine di validità garantito alla donazione di cosa altrui sia da individuare nell'ipotesi in cui il donante e il donatario siano consapevoli dell'altruità della cosa e intendano l'uno obbligarsi a procurare gratuitamente l'acquisto e l'altro conseguire una corrispondente posizione creditoria senza corrispettivo, ai sensi dell'art. 769 c.c. secondo periodo.

4.3. – In forza dell'asserita mancanza di *causa donandi*, derivante dall'impossibilità giuridica della prestazione, il Supremo Collegio ha dichiarato la nullità dell'intero negozio donativo, ivi comprese le disposizioni inerenti le quote già in possesso del donante. Ciò in quanto, in entrambi i casi, il bene oggetto di donazione non è presente, in senso soggettivo, nel patrimonio del donante al momento della stipula del contratto⁴⁴.

Per il vero, è opportuno evidenziare come il nostro codice sembri palesare un concetto elastico e più realistico di unità del negozio sancendo, all'art. 1419 c.c., la regola generale⁴⁵ dell'invalidità parziale, con la conseguenza che dovrebbe pervenirsi alla declaratoria di nullità dell'intero atto dispositivo solo in casi eccezionali⁴⁶.

In via esemplificativa può aversi riguardo all'art. 652 c.c., che sancisce la validità del legato di cosa che risulti essere solo in parte del proponente limitatamente a tale parte, o ancora allo stesso art. 771 c.c. che, nel ritenere la donazione di cosa altrui «nulla rispetto a questi», implicitamente commina una nullità parziale laddove l'atto donativo dovesse avere ad oggetto anche beni già venuti ad esistenza⁴⁷.

⁴³ Cass. 1 luglio 2002, n. 9543, cit. «Da ciò consegue che non può ritenersi che la vendita di un bene, rientrante nella comunione ereditaria, da parte di uno solo dei coeredi, produca effetti reali relativamente alla quota ideale del coerede alienante, in quanto questi, per effetto dell'assegnazione in sede di divisione, potrebbe non risultare mai proprietario del detto bene o di parte di esso (questa volta pro diviso). In questo caso la vendita ha solo effetto obbligatorio, essendo la sua efficacia reale subordinata all'assegnazione del bene al coerede venditore attraverso la divisione». In questo senso anche Cass. 13 luglio 1983, n. 4777, in *Giur. it.*, 1983, 1786.

⁴⁴ In senso critico E. FERRANTE, *Le Sezioni Unite sulla donazione di cosa altrui (commento a Cass. 15 marzo 2016 n. 5068)*, in *Dir. civ. cont.*, 7 giugno 2016 (<http://dirittocivilecontemporaneo.com/2016/06/le-sezioni-unite-sulla-donazione-di-cosa-altrui-commento-a-cass-15-marzo-2016-n-5068/>) «Se due o più comunioni hanno titolo diverso – ad esempio una vendita ed una successione, od anche due successioni con diverso de cuius –, e pur quando i comunisti siano in parte gli stessi, vi sono tante masse quanti sono i titoli e ciascuna massa costituisce un'entità patrimoniale a sé stante, malgrado l'eventuale unicità del bene (...). Se le masse sono plurime, tali rimangono anche laddove un contitolare per l'uno e per l'altro titolo, sovrapponendole, ritenga di donare come unicum quote di comproprietà a lui spettanti inter vivos e quote a lui ipoteticamente spettanti perché coerede. Non risulta che una considerazione unitaria delle masse, per quanto indebita – o proprio perché indebita –, possa segnare l'assoggettamento d'entrambe al regime previsto per una sola di esse».

⁴⁵ Così, *ex multis*, C. GRASSETTI, *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, IX, Giuffrè, 1961, 174, secondo cui per principio di conservazione si può intendere un canone ermeneutico che, enunciato legislativamente per la materia contrattuale nell'art. 1367 c.c., ispira tutto il nostro ordinamento giuridico.

⁴⁶ E. BETTI, *Teoria*, cit., 305.

⁴⁷ A. PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, *I singoli contratti*, II, Utet, 2000, 334 ss.; M. TAMPONI, *Sanatoria*, cit., 1025.

JUS CIVILE



A ben vedere, poi, l'art. 1419 c.c. esclude la conservazione del negozio giuridico solo ove risulti che i contraenti, in mancanza della parte colpita dalla nullità, non avrebbero concluso il contratto.

Per giurisprudenza costante della Suprema Corte l'estensione all'intero negozio degli effetti della nullità di una singola parte di esso costituisce l'eccezione che dev'essere provata dalla parte interessata e ricorre allorché rimanga acclarato che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella specifica parte del suo contenuto colpita dalla nullità⁴⁸.

Quanto al metodo di ricostruzione della volontà ipotetica delle parti è stato sostenuto come il problema non vada inquadrato in un'ottica volontaristica, che porti in rilievo gli atteggiamenti psichici delle parti⁴⁹. La disposizione deve essere letta in chiave oggettiva, avuto riguardo agli interessi dedotti, onde la comminatoria di nullità non può estendersi al contratto nella sua interezza permanendone l'utilità in relazione agli interessi con esso conseguiti⁵⁰.

In altri termini, prescindendo dalle manifestazioni di volontà delle parti, occorrerebbe valutare se il contratto parzialmente nullo realizzi pur sempre un assetto di interessi congruente con quello inizialmente perseguito dalle parti⁵¹.

Nel caso di specie le Sezioni Unite sottolineano come dai precedenti gradi di giudizio non fosse emersa la volontà di mantenere in vita la donazione per la quota già di proprietà del donante. Tuttavia, una tale considerazione sembrerebbe non tener conto della prevalente tesi, ora ricordata, secondo cui in giudizio sarebbe dovuta emergere una volontà contraria al mantenimento del negozio giuridico, rimanendo esso valido in mancanza⁵². Ciò anche avuto riguardo alla particolare natura del contratto ricorrente nel caso di specie: in ragione della sussistenza dell'*animus donandi* sarebbe stato altamente probabile ritenere che il donante avrebbe comunque inteso perseguire l'arricchimento del donatario, seppur di minore entità⁵³.

⁴⁸ In questo senso, *ex multis*, Cass. 16 dicembre 2005, n. 27732, in *Foro it.*, 2005, 557.

⁴⁹ V. FRANCESCHELLI, *Nullità parziale e volontà ipotetica delle parti*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, *Nullità del contratto, artt. 1418-1423 c.c.*, Giuffrè, 2015, 165.

⁵⁰ In questo senso Cass. 10 novembre 2014, n. 23950 con nota di A. Paganini, *Il principio utile per inutile non vitiatur implica sempre un esame attento dell'effettiva volontà dei contraenti*, in *Dir. giust.*, 2014, 33 ss. secondo cui «la nullità della singola clausola contrattuale comporta la nullità dell'intero contratto ovvero all'opposto, per il principio "utile per inutile non vitiatur", la conservazione dello stesso in dipendenza della scindibilità del contenuto negoziale, il cui accertamento richiede, essenzialmente, la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'eventualità del mancato inserimento di tale clausola e, dunque, in funzione dell'interesse in concreto dalle stesse perseguito».

⁵¹ A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Cedam, 1974, 261.

⁵² In questo senso anche A. AMBANELLI, *Donazione di bene indiviso, e donazione di bene altrui*, in *Fam. Dir.*, 2016, 1061. In giurisprudenza vedasi Cass. 11 agosto 1980, n. 4921 in *Giust. civ. mass.*, 1980, 2083, secondo cui è onere della parte che assume l'effetto estensivo della nullità darne la prova con ogni mezzo idoneo. È più recentemente Cass. 5 luglio 2000, n. 8970, in *Foro it.*, 2000, 2782, secondo cui la prova che le parti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte affetta da nullità dev'essere fornita dall'interessato.

⁵³ Trattandosi di donazione è lecito presumere come sussistesse, in base all'*id quod plerumque accedit*, un'alta probabilità che il donante avrebbe comunque dato seguito al trasferimento della sola quota già esistente nel suo patrimonio, ove avesse saputo di non poter disporre della quota in comunione ereditaria. Anche in tale ipotesi si sarebbe, invero, realizzato il concreto accrescimento della sfera giuridica del donatario.

JUS CIVILE



5. – La sentenza in commento ha il pregio di superare l'orientamento predicativo dell'applicazione in via analogica dell'art. 771 c.c. ai fini della declaratoria di nullità della donazione *a non domino*, frutto di una forzatura del concetto di "esistenza" del bene. Tuttavia, pur avallando un'interpretazione restrittiva dell'art. 757 c.c., che giustifichi la comminatoria di nullità per mancanza di causa, dubbi si pongono in relazione ai soprarichiamati orientamenti dottrinali in tema di conversione del negozio nullo e di nullità parziale.

L'impossibilità di convertire la donazione dispositiva in donazione avente effetti obbligatori, *ut supra* evidenziata, sembra essere il frutto di un'interpretazione eccessivamente restrittiva dell'art. 769 c.c., sia sotto un profilo normativo sia sotto un profilo logico. Per un verso, vengono, invero, richiesti elementi (l'espressa volontà del donante risultante nell'atto pubblico e la consapevolezza dell'altruità della *res*) non previsti dal secondo capoverso della disposizione in esame. Per altro verso, la soluzione adottata presuppone la valutazione della fattispecie attuale (basata su una mera eventualità dell'altruità del bene) alla stregua di un evento futuro (la divisione) il cui esito non può che ritenersi incerto (ben potendo il bene oggetto di donazione essere attribuito al donante a seguito della procedura divisoria).

Sotto il profilo della mancata applicazione della disciplina della nullità parziale, la sentenza in commento non sembra attribuire la giusta rilevanza al principio di conservazione del negozio giuridico cui l'istituto si ispira. Dichiarando nullo l'intero atto donativo, le Sezioni Unite operano implicitamente una rilettura in chiave restrittiva dell'art. 1419 c.c. la cui applicazione viene esclusa in ragione di un'asserita "attrazione", in forza della sussistenza della quota in comunione ereditaria, delle ulteriori quote (di piena proprietà del donante) nella disciplina della comunione ereditaria. Ricondere anche le quote acquistate dal donante *inter vivos* a detta disciplina realizza un'inversione del rapporto regola – eccezione, costantemente richiamato dalla prassi giurisprudenziale, che, per quanto già precedentemente affermato, non può ritenersi condivisibile.



M.^a NATALIA MATO PACÍN
Profesora Ayudante – Universidad Carlos III de Madrid

EL CONTRATO DE SERVICIOS BANCARIOS: LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO *

SOMMARIO: 1. El punto de partida. – 2. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. – 2.1 Sobre la naturaleza de las cláusulas suelo. – 2.2 Sobre el control de transparencia al que están sometidas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. – 2.2.1 No es suficiente superar el control de incorporación ni cumplir con la normativa sectorial bancaria. – 2.2.2 ¿Criterios para superar el control de transparencia reforzado? – 2.2.3 Estructura y naturaleza del control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. – 2.3 Sobre las consecuencias de la nulidad de las cláusulas suelo. – 2.4 Sobre el enjuiciamiento de la transparencia de las cláusulas suelo y de los efectos de su nulidad a través de una acción colectiva de cesación. – 3. El control de las cláusulas suelo en contratos entre empresarios. 4. Recapitulación: una cláusula y un sinfín de incógnitas.

1. – La contratación de consumo en el sector bancario se caracteriza por formalizarse esencialmente mediante condiciones generales predispuestas por la entidad prestamista. Por otro lado, en este tipo de contratos existe una desventaja informativa incuestionable para el cliente, que debe manejar un sinfín de términos y conceptos de difícil acceso y entendimiento. Teniendo esto en cuenta, no es de extrañar que en este tipo de contratos, entre ellos, el de préstamo, puedan producirse abusos por parte de la entidad financiera prestamista. Entre las cláusulas en contratos de préstamo que más problemas de abusividad han planteado en los últimos años en los tribunales españoles podemos identificar las cláusulas de vencimiento anticipado, las cláusulas de intereses moratorios o las denominadas “cláusulas suelo”. A estas últimas dedicaremos estas líneas, con el propósito de dibujar de forma sucinta su *iter* jurídico y cómo han influido en él algunas sentencias recientes del Tribunal Supremo así como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

Efectivamente, sin duda unos de los temas de mayor relevancia jurídica en los últimos años en el Derecho de consumo en España ha sido el de las cláusulas suelo. La inserción de este tipo de cláusulas en multitud de contratos de préstamo hipotecario ha generado diversos debates jurídicos que han ido dando lugar, a su vez, a sucesivos pronunciamientos de los tribunales nacionales, corregidos en más de una ocasión por las instancias europeas.

En primer lugar, sería conveniente delimitar a qué nos referimos con “cláusulas suelo”. La controversia se ha planteado principalmente en los préstamos hipotecarios de consumo con tipo de interés variable, en los que las partes asumen el riesgo de la variación del índice de referencia adoptado a lo largo de la vida del préstamo. Lo más habitual es fijar el interés a pagar en fun-

JUS CIVILE



ción del EURIBOR¹, como índice de referencia, al que sumarle un diferencial fijo (ej. EURIBOR + 1 o EURIBOR + 1.25). Para limitar los efectos de estas posibles oscilaciones de interés, pueden incluirse limitaciones o tope máximos (“cláusulas techo”) y/o mínimos (“cláusulas suelo”). De este modo, en este último supuesto, cuando el interés a pagar desciende por debajo del tope inferior (el suelo), las cláusulas impiden que la bajada se traslade al prestatario (consumidor), que siempre va a pagar ese mínimo (por ejemplo, 2.5%).

Alrededor del año 2008 los tipos de interés comenzaron a bajar en la eurozona, lo que dio lugar a que entrara en juego en la práctica este límite inferior que representan las cláusulas suelo y, como consecuencia, que los prestatarios no vieran proporcionalmente rebajada la cuota a pagar por el préstamo. Así las cosas, se produjeron multitud de reclamaciones de los clientes y asociaciones de consumidores solicitando la ineficacia de dicha cláusula, que había sido impuesta por las entidades de crédito, alegando su desconocimiento y abusividad.

2.– La primera sentencia relevante en la materia es la sentencia del Tribunal Supremo (STS, en adelante), Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013, cuyo origen está en una demanda de una asociación de usuarios de servicios bancarios en ejercicio de una acción colectiva de cesación de condiciones generales contra tres entidades de crédito. La demandante solicitaba que se declarara la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de los contratos que establecían un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia, es decir, cláusulas suelo. En el fallo, entre otros pronunciamientos, considera el órgano jurisdiccional que estas cláusulas en los contratos de préstamo hipotecario son elementos esenciales del contrato que pueden ser declaradas nulas si no superan lo que se denomina un control de transparencia reforzado.

En su razonamiento jurídico conociendo del caso, el Tribunal Supremo realiza una serie de pronunciamientos, que a continuación enunciamos y que nos darán la pauta, en algunos casos, para exponer las cuestiones más debatibles –y debatidas– en torno a las cláusulas suelo y su régimen jurídico de control.

2.1.– En primer lugar, el Tribunal Supremo parte de la idea de que *las cláusulas suelo son lícitas en sí mismas* pues corresponde al prestamista (entidad financiera) fijar el interés al que presta el dinero y diseñar su oferta comercial. La delimitación de cuándo una cláusula suelo –*a priori* válida– puede ser declarada nula es lo que ocupa el razonamiento del órgano jurisdiccional.

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2013-44620-P .

¹ Según definición del Banco de España de este tipo de referencia oficial: “*Es la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación*” (http://www.bde.es/clientebanca/es/areas/Tipos_de_Interes/Tipos_de_interes/Oficiales_para_p/Tipos_referencia/). Es decir, el tipo de interés al que las principales entidades financieras se prestan dinero entre sí en el mercado interbancario.



Por otro lado, concluye que *las cláusulas suelo describen y definen el objeto principal del contrato*: las cláusulas suelo están íntimamente vinculadas con el precio que debe pagar el prestatario y son un elemento determinante a la hora de tomar la decisión de contratar o no contratar. Adelantamos que esta tipificación tiene una gran trascendencia pues, como veremos, los elementos esenciales del contrato² no están sujetos exactamente al control de contenido o control de abusividad que sí se prevé para las cláusulas no negociadas accesorias, sino a un control que el Tribunal Supremo ha venido a calificar como “doble control de transparencia”.

Aunque este aspecto no está en el centro de la discusión en la actualidad, no faltaron opiniones que cuestionaron en un inicio la naturaleza de objeto principal del contrato de las cláusulas suelo. Destacamos a CÁMARA³ quien, defendiendo una interpretación restrictiva del concepto, entendió que la cláusula suelo no cae necesariamente en la noción de objeto principal ya que, de hecho, el contrato de préstamo podría sobrevivir si ésta se suprimiera, devengándose simplemente el interés variable que correspondiera en cada momento sin ningún límite. Ciertamente, el TJUE ha abogado por una interpretación estricta de lo que puede ser considerado “elemento esencial” a los efectos de esta normativa de consumo, dado que se trata de una excepción al control de contenido. Así, entre otras, la STJUE de 30 de abril de 2014 (Caso *Kásler*), al hilo de una cláusula de redondeo al alza del tipo de interés, señaló que la categoría de cláusulas cuyo posible carácter abusivo no cabe apreciar por ser elementos esenciales tiene un alcance reducido y solo abarca la estricta adecuación entre el precio o retribución y los servicios o bienes (excluyendo en su fallo a las cláusulas de redondeo de esta categoría). Sin embargo, consideramos que, aunque ambas cláusulas están “referidas” al tipo de interés⁴, la cláusula suelo está más íntimamente relacionada con el precio del contrato que –siguiendo el ejemplo del TJUE– una cláusula de redondeo, porque la primera forma parte propiamente del tipo de interés. Sin ese mínimo que supone una garantía de rentabilidad para la entidad de crédito, posiblemente ésta no hubiera ofrecido al consumidor ese diferencial concreto sino otro más elevado (sin poder hacer extensivo este razonamiento, pensamos, para el caso de una cláusula de redondeo al alza). Y, como contrapartida y dada la relevancia económica que tiene para el consumidor la existencia o no de un suelo que le impida beneficiarse de las bajadas de los tipos de referencia, es razonable pensar que sería un elemento a tener en cuenta por su parte a la hora de tomar la decisión de contratar o no contratar ese préstamo con esas condiciones concretas⁵.

² Señala el Tribunal Supremo que la Directiva 93/13/CEE no habla propiamente de “elementos esenciales” del tipo de contrato en abstracto (de hecho, para empezar, el precio –interés– no es esencial en el préstamo) sino de cláusulas que describan o definan el objeto principal del contrato y no afecten meramente al “método de cálculo” o se refieran a las “modalidades de modificación del precio”.

³ S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 26 de marzo de 2015, 624 ss.

⁴ De hecho, el propio TRLC incluye en la lista de cláusulas potencialmente abusivas algunos ejemplos que afectan al precio y/o bien y, sin embargo, no son considerados por el legislador como elementos esenciales dado que se sujetan a un control de abusividad o control de contenido (ej. cláusulas que permiten variar el tipo de interés, cláusulas que determinan condiciones de pago del precio o del modo de cumplir la prestación, cláusulas de redondeo al alza...)

⁵ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Más sobre las cláusulas de “suelo”: ¿cómo saber si una cláusula forma parte de*

JUS CIVILE



Sea como fuere, parece difícil determinar unos criterios que decidan de forma clara y en todo caso qué define el objeto principal del contrato y qué, aun estando referido al precio o al bien o servicio, no cae dentro de esta categoría. El propio TJUE, en una reciente sentencia de 26 de enero de 2017 (Caso *Banco Primus*) ha catalogado como objeto principal del contrato (y, por tanto, excluida de control de contenido) una cláusula que establecía una fórmula por la que los intereses ordinarios se calculaban teniendo en cuenta un año de 360 días –en lugar de 365-. A nuestro parecer, sin embargo, se trata de una cláusula que hace referencia al precio del contrato, sí, pero no vemos tan claro que sea un elemento esencial en el sentido antes referido sino, más bien, un mero método de cálculo del mismo.

Asimismo, aclara el Tribunal Supremo que la cláusula suelo, a pesar de referirse al objeto principal del contrato, tiene la *naturaleza de condición general de la contratación*. El hecho de que sea o no condición general viene determinado solo por el proceso seguido para su inclusión en el contrato, es decir, por cumplir –como efectivamente cumple– los requisitos de preredacción, generalidad e imposición⁶. En cuanto a este último, se señala que el carácter impuesto no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas estén estandarizadas con base a cláusulas predispuestas sin posibilidad real de negociar por parte del consumidor medio.

2.2. – 2.2.1.– El hecho de que la cláusula suelo sea un elemento definitorio del objeto principal del contrato no elimina la posibilidad de que sea controlada por el órgano judicial: sobre ella no cabe, en principio, un control de su equilibrio (control de contenido o de abusividad) pero *sí está sujeta a lo que el Tribunal denomina un “doble control de transparencia” o “control de transparencia reforzado”*.

Para entender este juego de controles debemos previamente hacer una referencia breve al marco jurídico en el que nos movemos en cuanto a protección del consumidor frente a cláusulas abusivas en contratos no negociados se refiere. La principal norma vigente en esta materia en la actualidad es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLC). Esta norma vino a derogar parcialmente a la Ley de condiciones generales de la contratación (Ley 1/1998, de 13 de abril, en adelante LCGC), por la que se había transpuesto al or-

los elementos esenciales del contrato?, 23 de marzo de 2011, <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es>, a favor de considerar las cláusulas suelo elementos esenciales, resalta este último argumento de las diferentes consecuencias prácticas para el consumidor de una cláusula suelo –significativas– y de una cláusula de redondeo –escasas– y, asimismo, el funcionamiento de la competencia respecto de las cláusulas suelo –por ser un elemento esencial– como mecanismo protector del consumidor.

⁶ Según se detalla en el art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, en adelante LCGC), son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Acerca del concepto de “condiciones generales de la contratación”, véase, por todos, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Comentario al artículo 1*, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigido por A. Menéndez; L. Díez-Picazo, Civitas, 2002, 97 ss.

JUS CIVILE



denamiento jurídico español la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (vinculante para los Estados miembros).

Todas estas normas prevén una serie de controles especiales de los contratos no negociados con consumidores. Como sabemos, este régimen especial estaría justificado por el procedimiento de formación de este tipo de contratos, en el que una de las partes predetermina el contenido del mismo y se lo impone a la otra, que simplemente se adhiere⁷. Esta forma de contratar se aparta de la noción clásica de contrato negociado. Y no puede sujetarse a los mismos parámetros un contrato negociado, expresión de la autonomía bilateral de las partes, que un contrato cuyo contenido solo ha sido determinado por una de ellas⁸. Esta es la razón por la que el régimen jurídico de la contratación predispuesta está siempre pivotando alrededor de la idea de “control” o de “límites” para el predisponente. Límites que se materializan en estos textos normativos en dos controles, uno de incorporación y otro de contenido, así como en unas reglas especiales de interpretación⁹.

En primer lugar y mediante el control de incorporación, se pretende determinar qué cláusulas predispuestas quedan efectivamente incorporadas al contrato por haber superado los requisitos de transparencia en la redacción (los arts. 5 y 7 LCGC hablan de “*transparencia, claridad, concreción y sencillez*” y rechazan las cláusulas “*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*” mientras que el art. 80.1.a) TRLC señala la necesidad de “*concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa*”) y de cognoscibilidad (“*accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*”, si atendemos al art. 80,1,b) TRLC))¹⁰.

Si, una vez incorporadas las cláusulas predispuestas al contrato, se genera algún problema interpretativo, son de aplicación las normas hermenéuticas generales contenidas en los arts. 1281 a 1289 Código civil. Pero si no se han podido salvar estos problemas, tanto la LCGC (art. 6.1)

⁷ Como sostuvo el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 1997, en el contrato de adhesión “*se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)*”.

⁸ J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario al artículo 82*, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigido por S. Cámara Lapuente, Colex, 2011, 718; *Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios*, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, I, 2013, 234 ss.

⁹ Tanto la LCGC como el TRLC son de aplicación a los contratos de consumo aunque la primera solo sigue vigente en lo que a control de incorporación y reglas de interpretación se refiere (sin que existan en estos aspectos grandes divergencias entre ambas regulaciones). El régimen del control material de abusividad en contratos de consumo se encuentra recogido en el TRLC.

¹⁰ Acerca del control de incorporación ver F. PERTIÑEZ VILCHEZ, *Comentarios al art. 80 TRLGDCU*, en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, dirigido por S. Cámara Lapuente, Colex, 2011, 696 ss.; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Condiciones generales y cláusulas abusivas*, en *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, dirigido por M. Rebollo Puig; M. Izquierdo Carrasco, Iustel, 2011, 1349 ss. y 1400 s.; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario a los artículos 80 a 89*, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2015, 1049 ss.

JUS CIVILE



como el TRLC (art. 80.2) prevén reglas de interpretación específicas para las cláusulas no negociadas (que tienen en cuenta la peculiaridad de que en este tipo de contratos no existe, al menos estrictamente hablando, una voluntad común que averiguar): la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y la regla de interpretación contra *proferentem*¹¹.

Pero el control verdaderamente relevante y pieza central de la protección a los consumidores es el control de contenido, que pretende sancionar con la nulidad aquellas cláusulas impuestas por el predisponente y que resulten desproporcionadamente perjudiciales para el consumidor¹². El art. 82 TRLC recoge el núcleo de este control material mediante una cláusula general que hace pivotar la valoración de la abusividad alrededor de dos conceptos: la buena fe y el desequilibrio significativo de derechos y obligaciones de las partes¹³. Esta cláusula general se complementa con un listado no exhaustivo de cláusulas más delimitadas, que sirve de apoyo para concretar lo abstracto de los conceptos de “buena fe” y “desequilibrio significativo de derechos y obligaciones” (arts. 85 a 90 TRLC). Las cláusulas sancionadas con la nulidad se tendrán por no puestas sin perjuicio de que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas (art. 83 TRLC, sobre el que volveremos).

¿Este régimen de control se aplica por igual a todas las cláusulas no negociadas del contrato? La respuesta es negativa. El art. 4.2 Directiva 93/13/CEE excluye del control de abusividad a las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y los bienes o servicios proporcionados como contrapartida, “*siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*”. El legislador español no transpuso este artículo al ordenamiento jurídico nacional por un error en la votación¹⁴, error que no ha sido tampoco corregido en sucesivas reformas. Al ser la Directiva una norma de mínimos, dejaba la puerta abierta a que los Estados miembros quisieran incorporar un nivel de control más intenso,

¹¹ Sobre las reglas de interpretación, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *La interpretación de las condiciones generales de los contratos*, en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 183 – 184, enero – junio 1987, 30; *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Civitas, 1991, 299 ss.; J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Marcial Pons, Madrid; Barcelona, 1999, 460, 515 – 517.

¹² De modo extenso, acerca de la necesidad de este control, nos remitimos a J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario*, 2001, 437 ss.; *Comentario*, 2011, cit., 714 ss.

¹³ El art. 82 TRLC define a las cláusulas abusivas como “*todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*”.

¹⁴ Ampliamente sobre esta omisión del legislador español y su interpretación, S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 26 de marzo de 2015, 557 ss.; *¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2013, vol. 5, nº 2, 218 ss.



aplicando a los elementos esenciales del contrato los mismos criterios de control de las cláusulas abusivas. Esto planteó dudas acerca de la posibilidad de que en el sistema español hubiera un control judicial de precios. El TJUE, preguntado al respecto, señaló en su sentencia de 3 de junio de 2010 (Caso *Caja de Madrid*) que, a la vista de la no incorporación del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE a la norma española, un órgano jurisdiccional nacional podría apreciar el carácter abusivo de una cláusula que se refiriera a un elemento esencial aunque estuviera redactada de manera clara y transparente. Esta no era, sin embargo, la posición mayoritaria en la doctrina ni en la jurisprudencia españolas¹⁵ y, afortunadamente, el Tribunal Supremo puso punto y final a la controversia aclarando que, por una interpretación de la normativa española conforme a la Directiva, el art. 4.2 de la misma debía entenderse vigente también en nuestro ordenamiento jurídico y que, por tanto, a pesar del silencio legislativo, no cabía el control del equilibrio de las cláusulas que describieran y definieran el objeto principal del contrato¹⁶.

Pues bien, como decíamos, el Tribunal Supremo de forma muy clara en la sentencia que nos ocupa afirma: “*que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia*”. La cláusula suelo, por lo tanto, tendrá que superar este control de transparencia reforzado para ser declarada válida. Y se habla de un *doble* control de transparencia porque no será suficiente con cumplir con ese primer filtro formal al que se ha aludido antes, el control de incorporación o inclusión previsto para toda condición general. Recordemos que en este control uno de los requisitos era el de transparencia del clausulado, pero entendida esta transparencia desde un punto de vista formal (es decir, que la cláusula sea comprensible sin realizar un esfuerzo intelectual extraordinario, que sea sencilla, clara, concreta). En este punto, el Tribunal Supremo entiende que las cláusulas suelo del supuesto de hecho cumplirían las exigencias legales para entenderlas incorporadas al contrato pues se había procedido en su momento a la entrega al consumidor de un folleto informativo, de una oferta vinculante con las condiciones financieras, se había permitido el examen de la escritura pública por el prestatario en un momento previo al otorgamiento y se había formalizado el préstamo en escritura pública, con la consiguiente presencia del notario, que está obligado a informar y advertir a las partes¹⁷.

Pero este primer control formal es insuficiente y hay que sumarle un segundo filtro de transparencia ya que es preciso que el consumidor sea plenamente consciente de los *elementos esenciales* del contrato, precisamente porque ellos *sí que influyen en la decisión de contratar o no*

¹⁵ Acerca de los argumentos defendidos por ambas posturas, a favor y en contra de este control, *vid.* S. CÁMARA LAPUENTE, *¿De verdad*, cit., 219 s.

¹⁶ De forma abierta lo hace en la sentencia cuyo análisis nos ocupa, la STS de 9 de mayo de 2013 pero también antes había fallado en este sentido el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de junio de 2012.

¹⁷ Todos ellos requisitos a los que igualmente obligaba la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, vigente en su momento, que regulaba el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores.

JUS CIVILE



contratar. Es decir y en palabras del Tribunal Supremo: es necesario que el consumidor “*tenga un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato*”. Que sea capaz de comprender la carga económica y jurídica de la cláusula¹⁸. Y esta comprensibilidad real no se consigue, por un lado, solo con el primer control de incorporación, que lo único que garantiza al consumidor es la mera posibilidad de conocimiento del contenido del clausulado. Tampoco es suficiente, como hemos visto, con el cumplimiento de los requisitos de información específicos que impone la normativa bancaria sectorial (en aquel momento, OM de 5 de mayo de 1994): se trata de una normativa administrativa con la que las entidades de crédito deben cumplir pero que no impide que sigan siendo aplicables a los contratos de préstamo hipotecario las disposiciones de la LCGC y el TRLC¹⁹.

2.2.2.– ¿Qué comportamiento tenían que haber observado, pues, las entidades financieras? El Tribunal Supremo aporta en la sentencia una serie de razones por las que, en el supuesto de hecho concreto, entiende que las cláusulas suelo no son transparentes. Teniendo en cuenta esto y *a sensu contrario*, se puede deducir que son criterios para entender que este tipo de cláusulas superan el control de transparencia reforzado, los siguientes: que estas cláusulas se resalten de una forma especial y proporcional a la importancia que revisten (por ser un elemento definitorio del objeto principal del contrato) y que no se enmascaren entre una abrumadora cantidad de datos; que no se inserten de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas²⁰; que se incorporen simulaciones de los distintos escenarios que pueden darse con las variaciones de los tipos de interés (en función del comportamiento previsible en el momento de contratar) y que expliquen qué supondría en ellos la inclusión de esa cláusula suelo; que se incluya información sobre un producto similar en la misma entidad pero con un tipo de interés fijo para que el consumidor pueda comparar el coste.

Preguntado el Tribunal sobre el funcionamiento de estos criterios²¹, su contestación median-

¹⁸ Por todas, la STJUE de 23 de abril de 2015 (caso *Van Hove*) condicionaba en su fallo la exclusión del control de abusividad sobre las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato a que “*la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él*” (§ 41).

¹⁹ Así lo señala, entre otras, la STS de 2 de marzo de 2011 al afirmar que la protección del consumidor no puede quedarse limitada a una Orden Ministerial.

²⁰ Es más, el hecho de que exista una cláusula techo en el contrato de préstamo (es decir, un máximo por encima del cual nunca va a subir el tipo de interés con independencia de cómo varíe el índice de referencia) hace la cláusula suelo todavía menos transparente porque genera en el consumidor una falsa sensación de reciprocidad. Es decir, hace pensar al prestatario que, como contrapeso a la cláusula suelo, está protegido frente a subidas de los tipos de interés cuando, en realidad, los máximos que los bancos solían fijar como cláusulas techo eran tal altos que, a la vista de la evolución de los tipos de interés, era prácticamente imposible que llegaran a entrar en juego y, por tanto, que supusieran una protección en la práctica para el consumidor.

²¹ Literalmente, en el fallo, el TS había declarado la nulidad de las cláusulas por: “*a) La creación de la apariencia*



te el Auto de 3 de junio de 2013 no aclaró mucho acerca del comportamiento que debía seguir una entidad de crédito para asegurarse que una cláusula suelo superara el control de transparencia reforzado, pues se limitó a señalar que “*las circunstancias enumeradas constituyen parámetros tenidos en cuenta para formar el juicio de valor abstracto referido a las concretas cláusulas analizadas*” sin que se trate de “*una relación exhaustiva de circunstancias a tener en cuenta con exclusión de cualquier otra*” ni “*tampoco determina que la presencia aislada de alguna, o algunas, sea suficiente para que pueda considerarse no transparente la cláusula a efectos de control de su carácter eventualmente abusivo*”. “*No existen*”, concluyó, “*medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado*”²².

Dentro de esta indefinición acerca de los requisitos del control de transparencia material, la doctrina ha criticado ampliamente el nivel tan exigente impuesto por el Tribunal Supremo. Se ha dicho que, según la práctica habitual en la comercialización de contratos de préstamo hipotecarios con cláusula suelo en nuestro país, será casi imposible para una entidad de crédito demostrar que consiguió informar a ese nivel al consumidor²³. Hay que tener en cuenta, por otro lado, que la normativa bancaria vigente en la actualidad –aun de carácter administrativo y no excluyente, como sabemos, de la aplicación de la LCGC y del TRLC– ha aumentado los requisitos protectores del cliente de servicios bancarios respecto de la OM de 5 de mayo de 1995: así, el art. 25 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, recoge obligaciones precontractuales adicionales en el caso de que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés (deben recogerse estos detalles “*en*

de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero. b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato. c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo. d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA [Banco Bilbao Vizcaya Argentaria]. e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual. f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad”.

²² En la misma línea argumenta el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de marzo de 2017. El órgano jurisdiccional resalta que no es necesario que en el análisis del control de transparencia se tengan que mencionar todos y cada uno de los parámetros empleados por la sentencia de 9 de mayo de 2013. En cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia (FJ 2º, 7).

²³ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, en *InDret*, nº 3, 2013, 15. En sentido similar se pronuncia E. VALPUESTA GASTAMINZA (*El control de incorporación y transparencia de condiciones generales del contrato en los contratos bancarios según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Retos y tendencias del Derecho de la contratación mercantil*, dirigido por L. M. Miranda y J. Pagador, Marcial Pons, 2017, 462). El autor señala cómo una buena parte del contrato tendría que estar destacada si se piensa en cumplir con todo lo que el Tribunal Supremo parece exigir, con la consiguiente consecuencia de que, por esta saturación, se logre el efecto contrario, es decir, que nada esté realmente destacado. Para conseguir que el consumidor esté informado, según J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *La próxima sentencia del Tribunal Supremo sobre las cláusulas-suelo*, 14 de enero de 2017, <http://derechomercantiles.ana.blogspot.com.es>, sería suficiente con que la cláusula estuviera claramente redactada y se incluyera en el contrato junto con y con la misma relevancia que la cláusula que determina el tipo de interés.

JUS CIVILE



un anexo a la Ficha de Información Personalizada”) mientras que el art. 6 de la Ley 1/2013, de 15 de mayo de 2013, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, exige para estos casos²⁴ que la escritura pública “incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita [...] por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato”.

De hecho, en la reciente STS de 9 de marzo de 2017 el propio Tribunal ha fallado a favor de entender superado el control de transparencia de una cláusula suelo valorando, entre otras circunstancias, que la cláusula estaba resaltada en negrilla o que había sido advertida por el Notario a los consumidores. Es cierto que probablemente el argumento de mayor peso es la inclusión como suelo de un tipo de interés diferente al que venía usando la entidad, lo que da pie a pensar que los prestatarios conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la cláusula²⁵. Pero también lo es que alude expresamente a estos otros dos criterios, que no habían tenido la mayor relevancia en la STS de 9 de mayo de 2013.

2.2.3. – Así las cosas y una vez hechas estas primeras apreciaciones sobre el control de transparencia al que se ven sujetas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, debemos detenernos en el análisis de la naturaleza jurídica y fundamento de este control, cuestión, adelantamos, bastante controvertida en la doctrina.

El Tribunal Supremo califica a las cláusulas suelo que no superan el control de transparencia reforzado como “abusivas” pero en realidad, no existe, normativamente hablando, una regulación jurídica completa y clara del control al que se someten las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, ni desde el punto de vista de su configuración ni en cuanto a sus consecuencias jurídicas. El único texto al que se puede recurrir es el ya citado art. 4.2 Directiva 93/13/CEE (no transpuesto al ordenamiento jurídico español). Por su interés, lo reproducimos a continuación:

“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Literalmente, *a sensu contrario*, parece que debe entenderse que estas cláusulas pasan un primer filtro de transparencia y claridad y, en el caso de que no lo superaran, podría entrar a va-

²⁴ En concreto, en la Ley de 2013, para los casos en los que “se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza”.

²⁵ Es más, aunque la predisposición e imposición de la cláusula nunca fue cuestionada por las partes, la sentencia que se recurre ante el Tribunal Supremo declara acreditada la existencia de una negociación entre los consumidores y la entidad financiera (lo que excluiría la aplicación del régimen de las cláusulas abusivas, solo previstas para la contratación no negociada). Aquí tendría sentido el debate acerca de la fina línea que separa el concepto de cláusula pre-dispuesta referida a los elementos esenciales transparentemente introducida y el de cláusula negociada individualmente (al respecto, ver J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *La próxima*, cit.)



lorarse la abusividad de su contenido. Parte de la doctrina, sin embargo, ha entendido que la lectura en sentido contrario no es la única posible (y no es la correcta) y, además, que hay una laguna respecto de este control pues la Directiva 93/13/CEE se limita a hacer una mención en el art. 4.2 sin desarrollar su régimen jurídico, vacío que todavía se acrecienta más al no realizar el legislador español mención alguna al respecto en la normativa nacional²⁶.

En todo caso y antes de entrar en las distintas posiciones doctrinales, debemos poner de relieve el error al que incita la parte final del art. 4.2 Directiva al referirse a una redacción clara y comprensible de las cláusulas. Entendido textualmente, parecería que la transparencia con la que deben cumplir las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato es una mera transparencia formal, equivalente a la del control de inclusión (es decir, que su redacción sea clara), cuando respecto de estos elementos no accesorios hay que procurar un verdadero conocimiento del consumidor y no una simple posibilidad de conocimiento. Por eso se ha considerado un error residenciar lo que el Tribunal Supremo ha denominado como un segundo filtro de transparencia (distinto del meramente formal de inclusión) en el art. 80.1 TRLC, tal y como hace en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (§ 210). Y es un error porque, como señalamos antes, este artículo no hace sino regular el control de incorporación: recoge también el requisito de transparencia y claridad en la redacción de las cláusulas pero desde un punto de vista meramente formal, sin añadir nada respecto de su equivalente en la LCGC. Es decir, no se puede extraer a la vez del art. 80.1 TRLC un control de transparencia cualificado para las cláusulas referidas a elementos esenciales y distinto del otro, formal, aplicable a toda cláusula, sea elemento esencial o accesorio²⁷.

¿Cuál es, pues, la naturaleza jurídica del control de transparencia al que se somete a estas cláusulas y sus consecuencias? ¿Forma parte del control de incorporación? ¿Está incluido en el de abusividad, tal y como se configura para las cláusulas que regulan elementos accesorios del contrato? ¿Se trata de un tercer control distinto a los otros dos?

Una primera postura, entre la que se encuentra doctrina autorizada²⁸, ha señalado el *control*

²⁶ Sin embargo, el TJUE en su sentencia de 26 de enero de 2017 (Caso *Banco Primus*), en contra de esta idea, ha venido a advertir que el examen del carácter abusivo de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato sí está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6.1 de ésta en particular (§51).

²⁷ Así lo ha señalado mayoritariamente la doctrina. Entre otros, S. CÁMARA LAPUENTE, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, 2017, 91 s. Este autor (S. CÁMARA LAPUENTE, *La nulidad*, cit., 18) encuentra un posible fundamento normativo para este deber de transparencia de los elementos que definen el objeto principal en el art. 60 TRLC, en la medida en que recoge unas obligaciones de información al consumidor de manera previa a quedar vinculado al contrato: obligaciones de facilitar de forma clara y comprensible la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

²⁸ Como exponente de esta postura, S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias*, cit., 606 ss.; *Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: Nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas suelo no*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2017, vol. 9, nº 1, 392. Asimismo señala E. VALPUESTA GASTAMINZA, *El control*, cit., 464 s. que una cláusula que no es clara ni comprensible ya no está incorporada al contrato. Defendiendo también esta tesis, I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *El control de transparencia de la cláusula suelo en la contratación hipotecaria es inaplicable a los empresarios/as o profesionales por no ser consu-*

JUS CIVILE



de incorporación como la ubicación más adecuada para este filtro específico de las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato. Así, una cláusula de este tipo que no fuera transparente no superaría el control de incorporación y, por lo tanto, se tendría por no puesta en el contrato, sin que haya lugar a que se pueda declarar abusiva. Partiendo de la idea de que no se contrataría a la Directiva 93/13/CEE –pues, según esta postura, la Directiva no liga el art. 4.2 con la sanción de la abusividad–, se alega que es la solución más sencilla para alcanzar el resultado de expulsar la cláusula del contrato y la más protectora para el consumidor, pues no es preciso entrar a valorar su carácter abusivo, lo que puede resultar complejo. Además, por otra parte, esta opción permitiría proteger también en nuestro ordenamiento jurídico a los empresarios adherentes frente a cláusulas definitorias del objeto principal no transparentes: como veremos y a diferencia de lo que ocurre con el control de abusividad, que no es de aplicación a los contratos entre empresarios, todo adherente, con independencia de su naturaleza, se ve protegido por el control de incorporación.

Sin embargo, nos parece que la Directiva 93/13/CEE sí que conecta el filtro al que se deben sujetar las cláusulas definitorias del objeto principal con la noción de abusividad. Y lo hace en el propio art. 4.2, al señalar que no se apreciará respecto de ellas el carácter abusivo *siempre que* –es decir, *en todos los casos en que, con tal de que*²⁹– dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. Es decir, es plausible entender que en los casos en los que esto no ocurra, sí que puede entrar en juego esta segunda valoración, precisamente porque no se ha cumplido con los requisitos de transparencia necesarios. Esto es, si el consumidor tiene un conocimiento completo de estas cláusulas, como están referidas a elementos esenciales, aquí se acabaría todo control. Representan un elemento que tiene en cuenta el consumidor al tomar su decisión de contratar y, por tanto, garantizado el consentimiento pleno respecto de ellas, es irrelevante su contenido y no es necesaria una mayor protección. Pero, por el contrario, en aquellos casos en los que no se cuenta con la garantía del consentimiento –consentimiento entendido en su acepción más plena–, tiene sentido que la protección se garantice a través de una segunda valoración.

Por lo tanto, esta otra posición en la que nos detendremos a continuación (y a la que nos adscribimos), parte del propio texto del art. 4.2 Directiva que, aunque es cierto que no contiene una regulación autónoma completa del control de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, sí que parece vincularlo al ámbito del *control de abusividad* en la medida en que, faltando la transparencia exigible, se sujeta a dichas cláusulas a una segunda valoración, la del control de contenido³⁰, con todas las matizaciones que haremos en las líneas siguientes.

midores. Comentario a la STS, Pleno (Quinta), de 3 de junio de 2016, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 103, enero – abril 2017.

²⁹ Siguiendo la definición de “*siempre que*” en el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española (<http://dle.rae.es/?id=XpgXJLL>)

³⁰ Entre otros, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario*, en *InDret*, núm. 3, 2013; *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, 2017, 75 ss.; A. CAÑIZARES LASO, *Control de incorporación y transparencia de las con-*



Una postura similar es la que ha adoptado el Tribunal Supremo, tras una cierta evolución en sus razonamientos. Efectivamente, en su primera sentencia de 9 de mayo de 2013 de forma expresa afirma el órgano jurisdiccional que “*la interpretación a contrario sensu de la norma transcrita es determinante de que las cláusulas referidas a la definición del objeto principal del contrato se sometan a control de abusividad si no están redactadas de manera clara y comprensible*” (§ 207). Ya hemos visto en epígrafes anteriores cómo las cláusulas suelo enjuiciadas en esta sentencia no superaban, a juicio del Tribunal, el control de transparencia cualificado que les es exigible (la comprensibilidad real por parte del consumidor respecto de la carga económica y jurídica que juega la cláusula en el contrato). Procedería, por tanto, valorar el carácter abusivo de las cláusulas. Así las cosas, acto seguido, realiza el Tribunal una pequeña reflexión sobre los elementos a tener en cuenta para valorar ese carácter abusivo, señalando muy brevemente que las cláusulas suelo enjuiciadas supondrían un desequilibrio en el reparto de riesgos porque siempre dan cobertura exclusivamente a los riesgos que para la entidad de crédito pudieran tener las oscilaciones a la baja y frustran las expectativas del consumidor de abaratar el crédito, convirtiendo un interés variable casi en fijo –dado lo previsible que era que entraran en juego, a la vista de la evolución a futuro de los tipos de interés-. Sin embargo, finalmente no hay mayor mención al respecto ni rastro del carácter abusivo de la cláusula en el fallo del Tribunal, que únicamente cita los motivos relacionados con una falta de advertencia e información respecto de las cláusulas suelo para justificar su nulidad, sin explicación alguna de la regla jurídica en la que fundamenta la nulidad de las cláusulas suelo, más allá de una falta de transparencia³¹.

En posteriores sentencias, sin embargo, el Tribunal Supremo ahonda más en la naturaleza jurídica del control de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato. No lo hace en los razonamientos de la STS de 8 de septiembre de 2014, pero sí en la STS de 24 de marzo de 2015, que avanza un poco más señalando expresamente la conexión, a través del art. 4.2 Directiva, de esta transparencia con el juicio de abusividad porque “*la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la*

diciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio – septiembre 2015, 92 ss.; J. M. DE TORRES PEREA, *Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación*, en *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 2, 2014, 28 ss.

En contra, entre otros, se muestran I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 80*, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, coordinado por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2015, 1077 s. así como J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *De nuevo sobre la STJUE de 26 de enero de 2017. El análisis de Cámara confirma que el TJUE ha perdido el norte*, 13 de febrero de 2017, <http://derechomercantiles.es>. Este último autor señala como desaconsejable “*meter por la ventana (el control de contenido) lo que se acaba de expulsar por la puerta (control de contenido)*”. Creemos, no obstante, que algunas de las objeciones que realiza se podrían entender subsanadas con el enfoque del control de abusividad que se recogerá después en el texto principal.

³¹ Así lo ha puesto de manifiesto A. CAÑIZARES LASO, *Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo*, en *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, julio – septiembre 2015, 92 s.

JUS CIVILE



privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados”. “Por tanto”, señala el Tribunal Supremo, “estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación” (FJ 3º, § 3). Es decir, el Tribunal conecta aquí la falta de transparencia con un posible desequilibrio que perjudica al consumidor³².

Por su parte, también el TJUE vincula la falta de transparencia con la abusividad. El órgano jurisdiccional europeo ha venido finalmente a clarificar la configuración del control al que están sujetas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato en su reciente sentencia de 26 de enero de 2017 (caso *Banco Primus*). No al hilo de una cláusula suelo, sino de una relativa al cálculo de intereses ordinarios de un préstamo, afirma que las cláusulas de esta naturaleza, según lo dispuesto en el art. 4.2 Directiva, sólo quedan exentas de la apreciación sobre su carácter abusivo cuando el tribunal nacional competente estime, tras un examen caso por caso, que han sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible. Y cuando esto no haya ocurrido, “incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”. Es decir, las cláusulas no son directamente abusivas por no transparentes sino que el órgano jurisdiccional deberá comprobar si esa falta de transparencia ha generado una situación de desequilibrio en perjuicio del consumidor³³.

Ahora bien, llegados a este punto, debemos realizar a nuestro juicio algunas matizaciones respecto de este juicio de abusividad al que se sujetan las cláusulas sobre elementos esenciales no transparentes. Para su valoración, la citada sentencia del TJUE remite, sin más, a los concep-

³² Y este criterio se confirma en la STS de 29 de abril de 2015 (FJ 14º, § 3).

³³ La reciente STS de 9 de marzo de 2017 recoge de forma más clara respecto de sus antecesoras esta configuración del control de transparencia como “abusividad ponderada” –es decir, la falta de transparencia da lugar a entrar a valorar la abusividad de una cláusula– y no “abusividad directa” –la falta de transparencia hace la cláusula directamente abusiva– (las expresiones son utilizadas por S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias*, cit., 562 s.). Es cierto que el Tribunal Supremo en alguna sentencia anterior podía dar la sensación de que el control que aplicaba era una equiparación automática entre abusividad y falta de transparencia *per se*, sin una ulterior valoración de los efectos de esa no transparencia. En esta última resolución, posiblemente por influencia de la doctrina del TJUE (la citada sentencia de 26 de enero de 2017), que por primera vez se pronuncia de forma abierta sobre ello, el Tribunal Supremo subraya que “el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación” (FJ 2º, 4, último párrafo).

Contrario a esta “abusividad ponderada” de las cláusulas relativas a elementos esenciales se muestra J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *De nuevo sobre la STJUE de 26 de enero de 2017. El análisis de Cámara confirma que el TJUE ha perdido el norte*, 13 de febrero de 2017, <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es>.

JUS CIVILE



tos de “*desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato*” y la contrariedad “*a las exigencias de la buena fe*”, contenidos en el art. 3.1 Directiva. En nuestro Derecho nacional, es el art. 82.1 TRLC el precepto equivalente encargado de recoger esta cláusula general de abusividad (el control de contenido) y en el que tendría que encontrar el fundamento jurídico la nulidad, en su caso, de una cláusula no transparente que define el objeto principal del contrato. Pero, como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 2015, lo que se debe enjuiciar no es el equilibrio objetivo entre precio y prestación, que no es controlable por el juez³⁴. Lo que debe valorarse es si el defecto de transparencia ha provocado una alteración subrepticia del equilibrio entre el precio y la prestación, tal y como legítimamente se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

Las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato (precio, prestación) y las que regulan el contenido accesorio (ej. una cláusula penal, una limitación de responsabilidad) tienen distinta naturaleza en cuanto a su control en contratación predispuesta³⁵. En el caso de las segundas, su abusividad trae causa de un defecto intrínseco a la propia cláusula, un desequilibrio, que no se eliminaría por mucho que el predisponente lo resaltara en el contrato (ej. unos intereses moratorios desproporcionados). Por eso, respecto de ellas, a pesar de existir un control de incorporación, existe otro de control de contenido: la idea que se le transmite al consumidor es que puede contratar sin leer el clausulado –no es eficiente porque sería mayor el coste de hacerlo que las ventajas³⁶– porque la ley le protege frente a posibles contenidos abusivos (frente a posibles contenidos que sean desequilibrados). De este modo, las cláusulas predispuestas accesorias tienen eficacia en la medida en que coincidan con una distribución equilibrada de los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, el comportamiento del consumidor respecto de las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato es diferente porque estos elementos sí que son los que influyen en su decisión de contratar o no contratar. El consumidor solo tiene en cuenta la relación entre el precio y la prestación y por eso respecto de ellos hay que procurar un pleno conocimiento. Que sepa lo que realmente está contratando para que pueda comparar y elegir entre las distintas opciones en el mercado, esto es, para que pueda funcionar la competencia. Por lo tanto, no cabe una intervención aquí en el mismo sentido que respecto de los elementos accesorios porque no se trata de valorar si existe un equilibrio o no en la relación precio-

³⁴ De hecho, la mención en el texto legal al equilibrio entre las prestaciones fue suprimido y sustituido por el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, para dejar claro que era éste y no un control de precios lo que pretendía el artículo.

³⁵ Sobre el fundamento de los distintos controles desarrollado en este párrafo, ampliamente *vide*. J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones*, cit., 52 ss.; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario*, 2011, cit., 715 ss. Asimismo, A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, 2010, 773; J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones*, 2011, cit., 1407 ss.

³⁶ Acerca del comportamiento eficiente del adherente nos remitimos al profundo análisis de J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones*, cit., 70 ss.

JUS CIVILE



prestación (esto lo debería garantizar, en su caso, la existencia de competencia en el mercado) sino de valorar si el consumidor ha podido tener un conocimiento pleno de los mismos en su toma de decisión. A diferencia de los elementos accesorios, aquí el problema no es el contenido sino que si éste no es efectivamente conocido, el consumidor no puede saber qué está contratando y realizar las comparaciones oportunas.

Estas razones justifican que el enfoque en la aplicación del art. 82 TRLC sea, necesariamente, distinto en el caso del enjuiciamiento de las cláusulas respecto del objeto principal del contrato, pues distinta es su naturaleza y los problemas que plantean en la contratación predisuelta.

Pues bien, siendo cierto que el art. 82.1 TRLC se refiere a un desequilibrio *en los derechos y las obligaciones de las partes*, nos parece afortunada la argumentación que plantea PERTÍÑEZ para entender que encaja en este precepto la abusividad de una cláusula, no solo por contener una distribución asimétrica de los aspectos jurídicos del contrato, sino también por una falta de transparencia que altere la razonable percepción del consumidor sobre el precio y su relación con la prestación: al ser el art. 82 TRLC una cláusula general y, por definición, indeterminada, ofrece un marco jurídico abierto en el que el juez pueda ir subsumiendo distintos supuestos que no representen sino concreciones del concepto general de “abusividad”. En el caso concreto de las cláusulas suelo, la contrariedad a la buena fe vendría de la mano de la ausencia de advertencia especial al consumidor por parte de la entidad de crédito respecto de la importancia de la cláusula en su decisión de contratar, aprovechándose de su desconocimiento típico en este sector. En cuanto al requisito de la existencia de un desequilibrio perjudicial, entiende el autor que también tienen cabida las hipótesis de desequilibrio relativas a los intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en este caso, económicos, y que el perjuicio no es el carácter excesivo o desproporcionado de la cláusula, sino su carácter sorpresivo³⁷.

De esta manera, se descarta que el control aplicado sea un control de precios: no se está controlando si el consumidor paga un precio muy alto o muy bajo, es decir si el precio que paga es desequilibrado respecto “del que debería pagar”³⁸, sino si es desequilibrado respecto del que legítimamente podía esperar, a la vista de las circunstancias y la información recibida³⁹.

³⁷ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Falta*, cit., 23 s.; *La nulidad*, cit., 101 ss. (obra, esta última, en la que desarrolla en profundidad estas ideas).

³⁸ Entre otras cosas, porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control, tal y como señaló el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014.

³⁹ Nos parece interesante hacer un último apunte acerca del papel de los vicios del consentimiento como vía de control de las cláusulas suelo. Aunque *a priori* el mecanismo más adecuado para la nulidad de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores sería el creado *ad hoc* para ello, la nulidad al amparo del TRLC, no podemos olvidar la figura del error como falso conocimiento de la realidad y que conlleva la sanción de anulabilidad. Dado que estamos ante un supuesto de falta de información, sería posible encauzarlo a través de este vicio si cumpliera los requisitos correspondientes para invalidar el consentimiento (según el art. 1266 C.c., error esencial –parece que sí por referirse al objeto del contrato– y excusable). Sin embargo, el impedimento que se ha encontrado por parte de la doctrina es el relativo a las consecuencias de la anulabilidad: ésta afectaría, no solo a la cláusula suelo sino a todo el contrato con lo que sería precisa la devolución de las prestaciones, solución perjudicial y lejos de los intereses del consumidor (en este sentido, ampliamente argumentado, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*



2.3. – Pero posiblemente el tema más espinoso en relación con las cláusulas suelo y la doctrina del Tribunal Supremo ha sido el relativo a las consecuencias de la nulidad de este tipo de cláusulas, en particular, a la retroactividad o no de sus efectos.

Antes de profundizar en ésta, la cuestión principal, queremos sin embargo detenernos brevemente en otro aspecto de la nulidad en relación con las cláusulas que definen el objeto principal del contrato y que trae causa del epígrafe anterior. Y es que la controversia acerca de la naturaleza del control de transparencia cualificado al que se somete a este tipo de cláusulas no se ciñe a su configuración sino que también tiene consecuencias en cuanto a los efectos de la nulidad. Como vimos, la solución adoptada por el TJUE y el TS ha sido la de fundamentar, en su caso, la nulidad de este tipo de cláusulas que no sean transparentes en los arts. 3.1 Directiva 93/13/CEE y 82 TRLC, respectivamente, es decir, en su consideración como abusivas, con las matizaciones correspondientes hechas. Esto conlleva en el ordenamiento español la sujeción al régimen del art. 83 TRLC, que regula los efectos de la nulidad por abusividad. En su redacción actual y tras una reforma para corregir una supuesta transposición incorrecta de la Directiva 93/13/CEE, este precepto señala que las cláusulas abusivas “*serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*”. Para aumentar el “efecto útil” de la Directiva en cuanto a la protección a los consumidores, no se permite, como sí se hacía antes de la reforma, que el juez modere la cláusula considerada abusiva hasta un nivel en el que ésta dejara de serlo. La cláusula debe ser eliminada sin posibilidad de que sea sustituida por otra, sin posibilidad de integrar el vacío recurriendo, por ejemplo, a normas nacionales de Derecho supletorio. La razón de fondo es desincentivar a los predisponentes a incluir cláusulas desproporcionadas porque, de lo contrario, les saldría rentable introducirlas ya que, aun en el peor de los casos –que fuera declarada nula por abusiva–, la máxima penalización que sufrirían es que la cláusula tuviera el contenido jurídicamente aceptable, es decir, el que tenía que haber tenido desde el inicio⁴⁰.

dad, cit., 125 ss.). Alguna voz autorizada en la doctrina (sin reflejo en la jurisprudencia hasta el momento) ha planteado de forma reciente la posibilidad de salvar esta anulabilidad total acudiendo a la figura del dolo incidental (art. 1270 C.c.), esto es, las palabras o maquinaciones insidiosas que no inciden en la voluntad de celebrar el contrato sino en las condiciones del mismo, en la medida en que su apreciación conlleva una indemnización de daños y perjuicios (F. PANTALEÓN PRIETO, *10 tesis sobre la falta de transparencia de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato*, 12 de marzo de 2017, <http://almacenederecho.org/>)

⁴⁰ De este modo, la STJUE de 14 de junio de 2012, Caso *Banco Español de Crédito*, declaró la antigua redacción del art. 83 TRLC –que permitía al juez integrar la cláusula declarada nula por abusiva– contraria a la Directiva ya que no garantizaba una protección eficaz al consumidor: “*la mencionada facultad [de moderación] contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales*” (§69). Como consecuencia de esta sentencia, el citado artículo se modificó en virtud de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, para su correcta transposición. La cuestión se ha planteado en especial con algunas cláusulas en concreto, como las de intereses moratorios: siguiendo la actual redacción del art. 83 TRLC, el juez que declara abusiva una cláusula de intereses moratorios no podría dejar la cláusula vigente pero reformulada con un tipo de interés más bajo, sino que debería eliminar, sin más, esa cláusula (interés moratorio cero por cierto). Al respecto nos remitimos a I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentario al artículo 83*, cit., 1162 ss.

JUS CIVILE



En el caso que nos ocupa, la cláusula suelo, esta ineficacia implica simplemente que la limitación inferior al tipo de interés se elimina y éste irá variando a lo largo de la vida del préstamo en función del tipo de referencia, sin ningún tope. Sin embargo, la solución puede no ser tan sencilla para otras cláusulas del mismo tipo. De ahí que algunas voces en la doctrina que ya se posicionaban en contra de que el régimen jurídico de la abusividad fuera el aplicable a las cláusulas no transparentes definitivas del objeto principal del contrato, se hayan reafirmado cuestionando la adecuación de la solución que conlleva este régimen (nulidad sin posibilidad de sustitución). Destacamos a ALFARO⁴¹, quien plantea qué ocurriría en el caso de que fuera la cláusula que propiamente regula el precio de la prestación (en su ejemplo, se refiere al precio de una habitación en un contrato de hospedaje) la que fuera intransparente (siguiendo con el ejemplo, porque “a hurtadillas” fijara el precio de una forma totalmente inusual y contraviniendo las expectativas razonables del consumidor). Si, aplicando el juicio de abusividad, resultara nula de pleno derecho, señala el autor que la cláusula del precio tendría que desaparecer sin ser sustituida por ninguna otra de manera que el contrato se quedaría sin precio, mientras que la solución que sería a su juicio sensata, conforme a Derecho, sería reducir la cláusula intransparente hasta el precio habitual de una prestación semejante.

Pues bien, consideramos que un resultado similar podría alcanzarse igual aun aplicando el régimen de nulidad por abusividad del art. 82 TRLC. Y es que hay que tener en cuenta que existe una excepción a la no moderación de las cláusulas declaradas abusivas: tal y como señaló el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014 (Caso *Kásler*), en aquellos casos en los que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no pueda subsistir, en perjuicio de este último, tras la supresión de una cláusula abusiva, no es contrario a Derecho que el juez nacional subsane la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional (§85)⁴².

En todo caso y volviendo al inicio del epígrafe, no podemos hacer una exposición de las cuestiones jurídicas que se han planteado al hilo de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo sin hacer mención al aspecto temporal de las consecuencias de su nulidad.

La nulidad por abusiva de una cláusula es una nulidad de pleno derecho, una nulidad con efectos *ex tunc*, como si nunca hubiera existido (*quod nullum est nullum effectum producit*). Esto conllevaría la devolución por parte de la entidad de crédito predisponente de todas las cantidades indebidamente percibidas desde la conclusión del contrato, esto es, de todas aquellas cantidades que los predisponentes han cobrado de más porque entró en juego la cláusula suelo que impidió a los consumidores beneficiarse de todas las bajadas de tipos de interés⁴³. Sin embargo,

⁴¹ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *De nuevo*, cit.

⁴² Apunta el Tribunal que si en algunos casos no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse (§83).

⁴³ La Directiva de 1993, en su art. 6, establece que las cláusulas abusivas “no vincularán” a los consumidores y

JUS CIVILE



el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 limita esta retroactividad total de los efectos de la nulidad al declarar que esta regla general de eficacia retroactiva de las declaraciones de nulidad “*no puede ser impermeable a los principios generales del Derecho –entre ellos de forma destacada la seguridad jurídica–*”. Efectivamente, el órgano jurisdiccional acude a una serie de valoraciones, entre las que destacamos:

Por una parte, lo que el Tribunal denomina la “*buena fe de los círculos interesados*”. Buena fe de las entidades de crédito que incluyeron cláusulas suelo y que se justifica, a su juicio, entre otros, por el hecho de que las cláusulas suelo son cláusulas lícitas en sí mismas, no son cláusulas inusuales, su utilización ha sido tolerada largo tiempo por el mercado y la condena a cesar en su uso se basa en la falta de transparencia, no por su oscuridad interna, sino por la insuficiencia de información.

Por otra parte, y posiblemente como argumento más relevante, el Tribunal acude al aludido principio general de seguridad jurídica y al riesgo de “*trastornos graves con trascendencia al orden público económico*” que generaría la retroactividad.

De esta forma, declara la irretroactividad de la sentencia, “*de tal forma que la nulidad de las cláusulas no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de esta sentencia*” (§294). Es decir, solo cabe aplicar los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo a partir de la fecha de la sentencia, sin que pueda pedirse el reembolso de cantidades indebidamente cobradas entre la conclusión del contrato y el 9 de mayo de 2013.

Esta solución ha sido, por un lado, ampliamente criticada por la doctrina española⁴⁴. Por otra parte, la tendencia de los tribunales de instancias inferiores tras el fallo no fue homogénea pues algunos Juzgados de Primera Instancia y Audiencias Provinciales se resistieron a aplicar este criterio. Sin embargo, el Tribunal Supremo mantuvo su postura pues en las sentencias de 25 de marzo y de 29 de abril de 2015 se reafirma en la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad⁴⁵.

hay consenso en entender que la figura que tiene mejor encaje en nuestro ordenamiento jurídico es la nulidad de pleno derecho del art. 1303 Código civil, que impone la regla de la restitución íntegra de las prestaciones (“*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses [...]*”).

⁴⁴ Entre otros muchos, véase J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Condiciones*, cit., 249 ss.; S. CÁMARA LAPUENTE, *Transparencias*, cit., 629; E. CORDERO LOBATO, *Nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos?*, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6, 2013, 5; A. CAÑIZARES LASO, *Control*, cit., 98. F. PERTÍÑEZ VILCHEZ (*La restitución de cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013*, en *Diario La Ley*, núm. 8154, 23 de septiembre de 2013) señala con acierto que “[U]na cláusula es abusiva y, por lo tanto contraria a la buena fe, o no lo es, pero no puede ser sólo un poco abusiva como parece querer justificar la sentencia, de manera que en atención a esta supuesta abusividad atenuada se dulcifiquen los efectos de la declaración de abusividad”.

⁴⁵ En el caso de la sentencia de 25 de marzo de 2015, el Tribunal Supremo confirmó la limitación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de una cláusula suelo en el marco de la demanda individual de un consumidor. Así, hizo extensiva a las acciones individuales de cesación y de reparación la solución adoptada anteriormente por la STS de 9 de mayo de 2013, que conocía de una acción colectiva.

JUS CIVILE



Así las cosas y como era de esperar, la controversia llegó al TJUE a través de dos cuestiones prejudiciales que planteaban la compatibilidad de la solución adoptada por el Tribunal Supremo (esto es, que los efectos restitutorios derivados de la nulidad por abusiva de una cláusula suelo inserta en un contrato de préstamo no se retrotrajeran a la fecha de celebración del contrato sino a una posterior) con el Derecho comunitario (recordemos que el art. 6 Directiva 93/13/CEE señala que las cláusulas abusivas “no vincularán” a los consumidores)⁴⁶. El TJUE resolvió esta cuestión en sentencia de 21 de diciembre de 2016 pero antes, el 13 de julio de 2016, se publicaron las conclusiones del Abogado General del TJUE, que tienen la función de proponer al Tribunal una solución jurídica al asunto. El Abogado General entendió que la limitación en el tiempo de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo era compatible con el Derecho de la Unión Europea pues corresponde a cada ordenamiento jurídico interno precisar las condiciones en las que un órgano jurisdiccional puede limitar los efectos de abusividad de una cláusula. Por otro lado, entendía justificada una limitación en el tiempo tras ponderar el binomio “protección de los consumidores” con las “repercusiones macroeconómicas” de una retroactividad total.

Las conclusiones del Abogado general tienen importancia porque, aunque no son vinculantes, en la práctica y en una buena parte de los procesos, el fallo final del Tribunal acaba coincidiendo con el sentido de las mismas. No ha sido el caso de las cláusulas suelo. El 21 de diciembre de 2016 el TJUE dictó sentencia (Caso *Francisco Gutiérrez Naranjo*) y falló a favor de la retroactividad total de los efectos de la nulidad. Partiendo del carácter de norma imperativa y de orden público del art. 6 Directiva, subraya que la declaración como abusiva de una cláusula contractual debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido (esto es, que no le vinculen esas cláusulas). A juicio del Tribunal europeo, la jurisprudencia nacional española solo permitía garantizar una protección limitada a los consumidores, que resulta incompleta e insuficiente. Por tanto, concluye, la limitación temporal de los efectos no resulta compatible con el Derecho de la Unión Europea (§§ 53 y ss.)⁴⁷.

Tras esta resolución del TJUE, los tribunales españoles han comenzado a aplicar la doctrina sobre la retroactividad total de las cláusulas suelo⁴⁸, siendo la sentencia de 24 de febrero de 2017 la primera del Tribunal Supremo en la que adapta su jurisprudencia a la doctrina del órgano comunitario.

⁴⁶ Cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Granada (auto de 25 de marzo de 2015) y por la Audiencia Provincial de Alicante (auto de 15 de junio de 2015).

⁴⁷ Llama la atención, no obstante, cómo el TJUE incluye de forma reiterada la expresión “*en principio*” antes de algunas de estas afirmaciones, suponemos que dejando la puerta abierta para posibles matizaciones futuras (“[...] *procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido [...]*”; la consecuencia de la abusividad debe ser “*en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho [...]*”; esto genera “*en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes*”).

⁴⁸ Las primeras, entre otras, las Audiencias Provinciales de Sevilla (sentencia de 29 de diciembre de 2016), de Lugo (sentencia de 4 de enero de 2017) y de Pontevedra (sentencia de 11 de enero de 2017).



Ante un potencial aumento de procedimientos judiciales reclamando la devolución de lo indebidamente percibido por los bancos en aplicación de la cláusula suelo, se aprueba el 20 de enero de 2017 mediante un procedimiento de urgencia el Real Decreto-Ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo. En la propia Exposición de Motivos se alude a la STJUE de diciembre de 2016 como la justificación para arbitrar un cauce previo al judicial, de carácter voluntario para el consumidor y “obligatorio” para la entidad de crédito, que facilite que ambas partes puedan llegar a un acuerdo y solucionar sus diferencias mediante la restitución de las correspondientes cantidades (Considerando III). Esta norma obliga a las entidades de crédito a implantar un sistema de reclamación previa a la interposición de demandas judiciales al que pueda acudir el consumidor que así lo desee. Se fija un plazo máximo de tres meses para que ambas partes alcancen un acuerdo sobre la procedencia de la devolución y, en su caso, sobre la cuantía de la misma (art. 3). Nótese que se trata de un procedimiento que preceptivamente tiene que habilitar y atender la entidad pero que, sin embargo, no impone a la misma la devolución de cantidades en todos los casos, sino solo en aquellos en los que considere que efectivamente es pertinente, a la vista del supuesto concreto. No podía ser de otra manera, pues, a falta de acuerdo entre las partes, solo un juez tiene la facultad de poder entrar a valorar el contrato. De ahí que se trate de una vía alternativa para la solución de conflictos que no elimina, obviamente, el recurso posterior a los tribunales en el caso de que el consumidor no haya visto atendida su reclamación o no lo haya hecho en los términos que satisfacen sus intereses⁴⁹.

Por último y antes de cerrar esta sinopsis sobre los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo, nos parece pertinente dejar apuntados los problemas que este cambio de doctrina del TJUE respecto de la del TS ha abierto de cara al futuro. Y es que surgen multitud de interrogantes procesales en relación con las resoluciones anteriores con valor de cosa juzgada y que fallaron a favor de la retroactividad limitada de la nulidad de las cláusulas suelo. ¿Qué ocurre con aquellos consumidores a los que les fueron devueltas las cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito, pero solo hasta mayo de 2013? ¿Podrían reclamar ahora el reembolso del resto (es decir, desde la conclusión del contrato hasta mayo de 2013) teniendo en cuenta que, según la doctrina que ha sentado el TJUE, era la solución jurídicamente correcta?

Sin entrar en estas cuestiones, simplemente señalamos que la doctrina ha destacado que, mientras que los recursos frente a sentencias no firmes se verán afectados por la solución del TJUE, es complicado cambiar los efectos de sentencias que ordenaron la devolución de las cantidades indebidadas solo desde el 9 de mayo de 2013 y que ya sean firmes⁵⁰. Se ha dicho que no cabe el recurso de revi-

⁴⁹ Sí que se limita la posibilidad de que las partes ejerciten entre sí acción judicial o extrajudicial alguna en relación con el objeto de la reclamación durante el tiempo en que esta se sustancia (art. 3.6).

⁵⁰ En estos casos, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*, cit., 196 ss., cree necesario diferenciar entre el efecto de cosa juzgada en las sentencias resolviendo que acciones individuales y en las que han resuelto sobre acciones colectivas de cesación. En el primer caso, no podrá el consumidor interponer una nueva demanda con el mismo objeto –esto es, solicitando la devolución con fundamento en la nulidad de la cláusula suelo por abusiva– porque se daría una tri-

JUS CIVILE



sión del art. 510 LEC⁵¹ y, además, hay que tener en cuenta que el TJUE, quizá previendo los problemas prácticos que podía conllevar el sentido de su fallo, se afana en su sentencia de 21 de diciembre de 2016 por dejar claro que la protección al consumidor no es absoluta y que el Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13/CEE (§68).

Esta misma postura, aludiendo a la importancia del principio de cosa juzgada, ha sido de hecho la mantenida por el Tribunal Supremo en su reciente Auto de 4 de abril de 2017, en el que inadmite a trámite una demanda que pretendía revisar una sentencia firme dictada por un Juzgado de Primera Instancia.

También se ha cuestionado la validez de los acuerdos a los que algunos consumidores llegaron con sus entidades de crédito renunciando al ejercicio de acciones para reclamar intereses indebidamente cobrados en el futuro a cambio de ventajas en el contrato de préstamo⁵². En el caso de ser nullos –como así lo han considerados algunas resoluciones– no serían un impedimento para reclamar judicialmente.

Por otra parte, y ante la incertidumbre de los efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 sobre las situaciones ya resueltas mediante sentencia, se ha planteado incluso en la doctrina la posibilidad de que los consumidores vean resarcidos sus intereses reclamando responsabilidad patrimonial al Estado español por una infracción por parte del Tribunal Supremo de la normativa europea. Es decir, por los daños causados a los particulares como consecuencia de una incorrecta aplicación del Derecho de la Unión Europea. Parece que esta vía no está exenta tampoco de obstáculos pues en el momento en el que el Tribunal Supremo dictó sus sentencias no existía doctrina al respecto por parte del TJUE y, por lo tanto, es complicado hablar de una infracción manifiesta que pueda acarrear responsabilidad.

En este sentido, señaló el TJUE en su sentencia de 30 de septiembre de 2003 (Caso Köbler) que para exigir responsabilidad a un Estado miembro por los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables se deben cumplir varios requisitos, entre ellos, que la norma jurídica violada tenga por objeto conferir derechos a los particulares y que la vio-

ple identidad (de partes y de objeto). Sin embargo, en el caso de la acción de cesación, recuerda cómo la STS de 25 de marzo de 2015 negó que la STS de 9 de mayo de 2103 produjera efecto de cosa juzgada negativa para todos los prestatarios que tuvieran concertados préstamos hipotecarios con la entidad condenada: el Tribunal Supremo pecó de incongruente en la sentencia de 2013 porque, a pesar de que en su fallo incluyó pronunciamientos sobre todas las cuestiones, la acción ejercitada era solo la acción de cesación sin que se le había acumulado la pretensión accesorio de devolución de las cantidades indebidamente cobradas (nos remitimos al epígrafe siguiente). De ahí que, a juicio del autor y aludiendo a la citada sentencia de marzo de 2015, no se extendieron los efectos de cosa juzgada negativa sobre esta segunda pretensión.

⁵¹ S. CÁMARA LAPUENTE, *Un examen*, cit., 394; M.J. ACHÓN BRUÑÉN, *Efectos de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: supuestos en que va a ser posible reclamar todas las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de la cláusula suelo y casos en que no*, en *Diario La Ley*, núm. 8904, 19 de enero de 2017, 13 s.

⁵² S. CÁMARA LAPUENTE, *Un examen*, cit., 394; M.J. ACHÓN BRUÑÉN, *Efectos*, cit., 11 ss. No entiende nullos estos acuerdos con tanta facilidad y en todos los casos F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*, cit., 202 ss.



lación esté suficientemente caracterizada (que se haya dictado con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, atendiendo al grado de claridad y precisión de la norma, el carácter intencional de la infracción y el carácter excusable o inexcusable del error de Derecho) (§§ 51 y ss.) A la vista de la oscuridad existente en torno al régimen jurídico al que están sometidas las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, es altamente dudoso que la actuación del Tribunal Supremo pueda subsumirse dentro de ese supuesto de hecho⁵³.

2.4.– Dos últimos aspectos a reseñar respecto de la STS de 9 de mayo de 2013, son los relativos a la correspondencia entre el pronunciamiento del Tribunal, la naturaleza del control aplicado y la acción ejercitada. ¿Tiene sentido el pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre la (irr)retroactividad de los efectos de la nulidad a la vista de la acción ejercitada? Y, por otra parte, ¿cabe enjuiciar la falta de transparencia de las cláusulas suelo a través de una acción colectiva?

Como señalábamos al inicio, la STS de 9 de mayo de 2013 trae causa de una acción colectiva de cesación planteada contra tres entidades financieras por una asociación de consumidores. El Tribunal, en el fallo, declara nulas las cláusulas suelo contenidas en las condiciones generales de los contratos suscritos por las entidades demandadas y las condena a eliminar aquellas cláusulas con el mismo tenor de sus contratos y a cesar en su utilización. Ningún problema hasta aquí pues a través de la acción de cesación se pretende, precisamente, la condena al demandado y la prohibición de una determinada conducta.

Sin embargo, y centrándonos en la primera cuestión, el Tribunal Supremo en su razonamiento también se pronuncia sobre los efectos de la nulidad, en su caso, de las cláusulas sujetas al control de transparencia⁵⁴. Como sabemos, inesperadamente se declara la no retroactividad total de la nulidad, de tal modo que los consumidores afectados solo podrán reembolsarse las cantidades indebidamente cobradas por las entidades financieras a partir de la fecha de sentencia. Pero, como ha señalado la doctrina,⁵⁵ este pronunciamiento sobre la restitución fue incongruente en la medida en que la acción ejercitada era solo la de cesación, sin que se le hubiera acumulado una acción restitutoria con carácter accesorio. Efectivamente, la acción de cesación por sí sola no da derecho a la restitución de cantidades con lo que el pronunciamiento en este sentido era innecesario⁵⁶.

⁵³ S. CÁMARA LAPUENTE, *Un examen*, cit., 394 s.; M.J. ACHÓN BRUÑÉN, *Efectos*, cit., 7 ss.

⁵⁴ Lo cierto es que el Ministerio Fiscal le solicita que precise el elemento temporal de la sentencia. En este sentido, el Ministerio Fiscal realiza una sorprendente –y no muy imparcial– afirmación señalando que “*Si se otorga este efecto retroactivo total [...] quedarían afectados los contratos ya consumados en todos sus efectos, de modo que [...] habría que reintegrar ingentes cantidades ya cobradas*”, añadiendo que “*no creemos sea ésta la voluntad de la LCGC por drástica en exceso*”.

⁵⁵ F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*, cit., 201; A. CAÑIZARES LASO, *Control*, cit., 96 s.; J. M. DE TORRES PEREA, *Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación*, en *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 2, 2014, 32 ss.

⁵⁶ Regulan los efectos de la acción de cesación y la posibilidad de acumular otras acciones, entre ellas, la de “restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes”, el art. 53 TRLC (así como el art. 12.2 LCGC).

JUS CIVILE



También ha recibido críticas la declaración de no transparencia de las cláusulas suelo a través de un procedimiento que resolvía una acción colectiva –como es la de cesación-. Si la nulidad tiene su fundamento en el hecho de que el consumidor, a la vista de la información recibida por la entidad financiera, no ha podido realmente conocer las implicaciones de la cláusula, resulta complicado entender cómo el Tribunal Supremo pudo concluir que en ningún caso los bancos demandados habían cumplido con los comportamientos que harían que una cláusula suelo –lícita en sí misma– superase el control de transparencia. Es una valoración que se ha hecho “en abstracto”, sin tener en cuenta las circunstancias concretas de cada caso a pesar de que son las únicas que pueden determinar si se cumplió o no con la obligación de transparencia. El hecho de que una cláusula sea no transparente por tener una redacción oscura es algo enjuiciable de forma general pero no ocurre lo mismo cuando la no transparencia deriva del cumplimiento de una serie de actos previos y coetáneos a la celebración del contrato, en cuyo caso habrá que estar, necesariamente, al supuesto de hecho concreto⁵⁷.

3.– Antes de cerrar este breve recorrido por algunos de los aspectos más relevantes surgidos en torno a las cláusulas suelo, nos parece pertinente hacer referencia a una última cuestión. A lo largo del trabajo nos hemos centrado en las cláusulas suelo insertas en contratos de préstamo hipotecario con consumidores. Se trata de contratos a los que les son aplicables los mecanismos protectores previstos en la Directiva 93/13/CEE y en su correspondiente transposición a la legislación nacional de consumo. Sin embargo, en la práctica diaria no podemos obviar que también las entidades de crédito contratan con adherentes que no reúnen la condición de consumidor⁵⁸. Y, del mismo modo, también en los contratos de préstamo hipotecario con empresarios las entidades de crédito han incluido cláusulas suelo. En este sentido, cabe preguntarse si la protección mediante el control de transparencia especial para las cláusulas que definen el objeto principal del contrato que hemos desarrollado en epígrafes anteriores también le es de aplicación a un adherente empresario. Es decir, ¿es posible declarar una cláusula suelo nula por no superar el control de transparencia en contratos entre empresarios?

Para responder a este interrogante es necesario previamente realizar una advertencia sobre el exiguo marco normativo al que están sujetos los contratos mediante condiciones generales de la contratación entre empresarios en el ordenamiento jurídico español. El único texto aplicable a estos contratos es la LCGC (no así la Directiva 93/13/CEE ni el TRLC al que hemos venido ha-

⁵⁷ Así lo señala J. M. DE TORRES PEREA, *Nulidad*, cit., 46. Asimismo, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad*, cit., 71 ss.; J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *¿Y ahora qué?*, en *InDret*, núm. 1, 2017, 6 s.

⁵⁸ Según el art. 3 TRLC, son consumidores “*las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad profesional, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*”. Acerca del concepto de consumidor, ver A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, coordinado por F. Blasco; M. Clemente; J. Orduña, et. al., tomo I, Tirant lo Blanch, 2011; S. CÁMARA LAPUENTE, *El concepto*, cit., 85 y ss.

JUS CIVILE



ciendo referencia, que tienen como ámbito subjetivo de aplicación únicamente los contratos de consumo⁵⁹). La LCGC prevé para todo adherente –también, por tanto, para el empresario– la protección que supone el control de incorporación, esto es, el cumplimiento de unos requisitos meramente formales (incorporación de las cláusulas al contrato con firma del adherente, claridad y sencillez en la redacción, etc.; todos ellos recogidos en los arts. 5 y 7 LCGC). A esto añadimos la sujeción de estas cláusulas no negociadas a las reglas de interpretación *contra proferentem* y de prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales (art. 6 LCGC). Y, para el caso de los adherentes empresarios, aquí acaba la protección dispensada por la norma, pues el art. 8, regulador del control de contenido, se limita a remitir a la vulneración de las normas imperativas o prohibitivas para poder declarar la nulidad de las condiciones generales cuando el adherente no sea un consumidor. Es decir, no existe un control de abusividad para las cláusulas desequilibradas entre empresarios, que tendrán como únicos límites los propios y generales de la autonomía de la voluntad para todo contrato, sea o no negociado (ley imperativa, moral y orden público, en virtud del art. 1255 Código civil)⁶⁰.

Así las cosas, como vemos, no está contemplada de forma expresa una solución para el control de aquellas cláusulas que definen el objeto principal del contrato en contratos no negociados entre empresarios. El Tribunal Supremo ha venido a dar una respuesta y a unificar el criterio jurisprudencial en su sentencia de 3 de junio de 2016⁶¹. En ella, el órgano jurisdiccional aclara que el control de transparencia definido a partir de su sentencia de 9 de mayo de 2013 está reservado solo a la contratación con consumidores y no es de aplicación a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios. La solución parece coherente con el criterio adoptado por el Tribunal Supremo en su momento acerca de la naturaleza jurídica del control de las cláusulas definatorias del objeto principal del contrato: recordemos que había conectado este control con el de abusividad. “*Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad*”, indica el Tribunal, “*es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor*”⁶² pues, como destacá-

⁵⁹ La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas no negociadas individualmente en contratos entre un profesional y un consumidor, solo afecta a los consumidores aunque es una Directiva de mínimos, es decir, no impide que los países que quieran extiendan la protección en este tipo de contratación a los adherentes empresarios (como hacen, en mayor o menor medida, una buena parte de los ordenamientos jurídicos vecinos). No es el caso de España, como veremos a continuación.

⁶⁰ Recoge una crítica a la ausencia de control de contenido en la contratación predispuesta entre empresarios, J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario al artículo 8*, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, dirigido por A. Menéndez; L. Díez-Picazo, Civitas, 2002, 446 ss. En profundidad, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Civitas, 2009; M. N. MATO PACÍN, *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Boletín Oficial del Estado, 2017.

⁶¹ Comentan esta sentencia F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Buena fe ex art. 1258 Cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios*, en *InDret*, núm. 4, 2016; I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *El control*, cit.

⁶² Continúa el Tribunal con su argumentación: “*Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de*

JUS CIVILE



bamos en el párrafo anterior, no existe control de contenido en los contratos predispuestos entre empresarios en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, y a pesar de que de un modo claro excluye el Tribunal Supremo la posibilidad de –al igual que sí ocurre en los contratos de consumo– residenciar este control en el fundamento jurídico de la abusividad, la resolución contiene otros pronunciamientos nada desdeñables. Y es que esta sentencia podría suponer un primer paso para abrir una suerte de vía de control protectora de los empresarios adherentes en la medida en que parece reconocer, casi por primera vez, por parte del Tribunal Supremo, un posible papel al principio general de buena fe como “*norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato*”⁶³. En este caso, la contrariedad a la buena fe vendría dada por una cláusula que sea sorpresiva en el sentido de que comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente⁶⁴.

Tras esta resolución, de momento, algunas sentencias de instancias inferiores han recurrido a este principio de buena fe, entre otros argumentos, para declarar nulas cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario concluidos con adherentes no consumidores⁶⁵. A tal efecto, es de resaltar la paradójica situación que se habría producido de haber fallado el TJUE a favor de la doctrina del Tribunal Supremo acerca de la retroactividad limitada de los efectos de la nulidad de las cláusulas suelo en contratos de consumo: los consumidores afectados solo podrían recuperar las cantidades indebidamente cobradas por las entidades de crédito desde mayo de 2013 mientras que los empresarios adherentes cuyas cláusulas suelo fueran declaradas nulas, por fundamentarse tal nulidad en una contravención del principio de buena fe y no en el control de transparencia por abusividad que desarrolla el Tribunal Supremo, podrían reembolsarse todas las cantidades, sin limitación (nulidad de pleno de derecho del art. 1303 Código civil).

4.– Recapitulando, no se puede negar la trascendencia que ha tenido en España, en el sistema jurídico y en la sociedad, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Como he-

ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores” (FJ 4º, apartado 4º).

⁶³ Buena fe contenida en el art. 1258 Código civil, donde tiene, según el tenor literal del precepto, una función integradora (“*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”).

⁶⁴ En el supuesto de hecho concreto no se entiende finalmente que haya habido un comportamiento de la entidad prestamista que contrarie una legítima expectativa porque se declara probado que hubo negociaciones intensas entre las partes.

⁶⁵ Sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 15 julio de 2016 y de la Audiencia Provincial de Álava, de 15 de marzo de 2017; sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Jaén, de 4 noviembre 2016.

JUS CIVILE



mos visto, son múltiples las controversias que han ido surgiendo en torno a la nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario y pocas las que se pueden afirmar como resueltas sin fisuras en la actualidad. Como punto de partida, la propia naturaleza del control de este tipo de cláusulas –respecto de la que hay una línea jurisprudencial cada vez más clara pero cuestionada, a la vez, por parte de la doctrina-. Por otro lado, y con una incuestionable repercusión práctica para consumidores –y entidades financieras-, las consecuencias temporales de la nulidad. Si bien el TJUE ha venido recientemente a señalar el camino en esta cuestión para la adecuada protección de los prestatarios consumidores –declarando que la nulidad de pleno derecho lo es con efectos *ex tunc* y que no caben limitaciones-, el cambio de doctrina respecto de la que ha venido siendo aplicada en los últimos años por el Tribunal Supremo ha generado una situación de incertidumbre. Por último, nos parece que la cuestión del control en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios ha irrumpido por primera vez de forma significativa en escena, y ha venido para quedarse. En este sentido, será interesante ver cómo se desarrolla jurisprudencialmente el recurso a la buena fe, entre otros mecanismos, como norma “*modeladora del contenido contractual*”.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, es evidente que la ausencia de una regulación completa y *transparente* en la materia a la que los tribunales puedan acudir ha contribuido significativamente a generar las diversas controversias jurídicas. De hecho, y tal y como señalábamos al inicio de la exposición, no son las cláusulas suelo las únicas que en el ámbito de los contratos bancarios han copado los tribunales españoles en los últimos tiempos. Tampoco son las únicas respecto de las que ha habido pronunciamientos del TJUE puntualizando –cuando no directamente corrigiendo– la doctrina de los tribunales nacionales o la transposición de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico español. Las cláusulas de intereses moratorios y las de vencimiento anticipado son otros dos claros ejemplos de alta litigiosidad y de necesidad de una mayor seguridad jurídica. En cualquier caso y aunque el efecto práctico, entre otros, de la forma de proceder por parte del Tribunal Supremo respecto del control de las cláusulas suelo pueda ser el de una eliminación o reducción considerable y generalizada de las mismas, no nos parece que una eventual regulación debiera ir en esa línea: como se ha reiterado a lo largo del trabajo, el problema no ha sido la cláusula en sí sino la forma de comunicarla al prestatario.



ROBERTA ALUFFI

Professore associato di Sistemi giuridici comparati – Università di Torino

RAFFAELE SABATO

Magistrato

MOBILITÀ TRANSFRONTALIERA E CONTENZIOSO CIVILE: COPPIE E GENITORIALITÀ NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO. UNA RICERCA IN CORSO SULL'APPLICAZIONE DEL REGOLAMENTO "BRUXELLES II BIS"

SOMMARIO: 1. *Le ragioni della ricerca.* – 2. *Le caratteristiche specifiche.* – 3. *La matrice interprofessionale.* – 4. *La dimensione transfrontaliera.* – 5. *La metodologia «sul campo».* – 6. *I primi risultati.*

1. – L'acronimo ITAC¹ designa un progetto di ricerca – denominato in italiano «Mobilità transfrontaliera e contenzioso civile – coppie e genitorialità nello spazio giudiziario europeo» – nato nel dicembre 2015 in risposta a un invito a presentare progetti della commissione europea da parte delle Scuole superiori della magistratura, oltre che dell'Italia, della Francia e della Romania. Destinato a concludersi all'inizio del 2018, esso ha lo scopo di migliorare il livello di conoscenza da parte degli operatori giuridici e dei decisori politici circa l'applicazione da parte dei giudici di primo grado – di coloro che, cioè, ne plasmano la vita concreta – del regolamento noto come «Bruxelles II bis», relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e genitoriale.

Ogni anno in Europa sono pronunciati circa 100.000 divorzi o separazioni con elementi di internazionalità; i minori coinvolti in controversie transnazionali legate alle questioni di responsabilità genitoriale sono stati, negli ultimi anni, tra i 150.000 e i 245.000; ogni anno, infine, tra 175.000 e 240.000 “famiglie internazionali” sono state interessate da procedimenti di diritto di famiglia: basterebbero questi dati a convincere della decisività di informazioni raccolte sul campo circa l'effettivo funzionamento del regolamento quale strumento a disposizione dei giudici (e, prima di loro, con impatto non meno decisivo, degli avvocati) dei diversi Stati membri.

¹ L'acronimo trae origine dalla denominazione francese del progetto: *Itinérances transfrontalières et affaires civiles: couples et parentalité dans l'espace judiciaire européen*. Il regolamento cui si opera riferimento è, com'è noto, il regolamento (CE) n° 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003, che ha abrogato tra l'altro il precedente regolamento (CE) n. 1347/2000. Sulla ricerca v. M. LAMARCHE, *ITAC: itinérances transfrontalières et affaires civiles: couples et parentalité dans l'espace judiciaire européen*, in *Dr. famille*, 2016, *alerte* 76; tale articolo, a firma di una tra i responsabili francesi di ITAC, ha presentato il progetto oltralpe, in parallelo con altra presentazione in rumeno.

JUS CIVILE



2. – Com'è noto, gli studi in materia non mancano. Si tratta, però, per lo più di lavori relativi ai principali problemi giuridici sollevati dall'applicazione del regolamento da parte della giurisprudenza delle corti superiori degli Stati membri, quando non si ci confronta con studi di vera e propria teoria generale del diritto internazionale privato.

Quali allora le caratteristiche specifiche di ITAC? In breve, il progetto si prefigge di: a) operare un inventario delle difficoltà tecniche concretamente sperimentate dai giudici (e, prima di essi, degli avvocati) nell'attuazione del regolamento; b) identificare, in base a tale inventario, le prassi virtuose relative all'attuazione stessa. Per quanto poi concerne gli obiettivi di fondo, si auspica che i risultati dello studio possano essere presi in considerazione nell'ambito delle iniziative di revisione del regolamento; e che, comunque, essi servano da "analisi dei bisogni" per gli enti competenti per la formazione di magistrati e avvocati.

3. – Altro tratto di originalità è costituito dalla matrice operativa, e non solo dottrinale, della ricerca: essa infatti vede la collaborazione di tre Scuole della magistratura di altrettanti paesi europei (Francia, Italia e Romania) affiancate – per non trascurare i profili teorici, che alla prassi debbono pur sempre fornire le coordinate – da esponenti di altrettante istituzioni universitarie, il tutto nell'ambito della Rete europea di formazione giudiziaria che pure è associata all'iniziativa. La composizione interprofessionale del gruppo di ricerca tende a creare una fruttuosa interazione, facendo convergere le competenze di ciascuna professionalità sugli obiettivi del progetto.

4. – La ricerca è, poi, originale per la sua autentica dimensione europea: non solo i risultati saranno pubblicati in francese, inglese, italiano e rumeno, ma le prassi giudiziarie oggetto di classificazione e studio saranno quelle di ben tre paesi dell'Unione europea, interessati da mobilità transfrontaliera di coppie e minori di diverse caratteristiche: si tratta, come detto, di Francia, Italia e Romania.

5. – Passando alla metodologia, va detto che si è prescelto un approccio empirico comune, anch'esso innovativo, fondato sull'acquisizione parallela in Francia, Italia e Romania (mediante accesso diretto agli uffici giudiziari, trattandosi per la quasi totalità di materiale inedito) di campioni rappresentativi di decisioni giudiziarie di primo grado (dei tribunali civili e dei minorenni) emesse in lassi temporali predeterminati. Per altri lassi temporali, presso qualche ufficio, la ricognizione delle decisioni è stata addirittura completa. Ci si è avvalsi anche della collaborazione dei corrispondenti uffici di procura della Repubblica. Per l'Italia, la ricerca si è svolta a Napoli e a Torino.

Le raccolte di decisioni sono state integrate – per garantirsi le opportune prospettive di spiegazione dei fenomeni – con la diffusione di un questionario *online* e con l'effettuazione di inter-

JUS CIVILE



viste dirette di un campione di magistrati da parte di un responsabile del progetto. Il questionario è stato reso accessibile anche agli altri professionisti del diritto. I quesiti posti hanno tentato di classificare i potenziali percorsi di analisi delle risposte forensi e giudiziarie rispetto al regolamento, con particolare riferimento alle eventuali causali di difficoltà di applicazione o, addirittura, di mancata applicazione.

6. – Sulla base del censimento dei dati di base di diritto positivo nazionale, delle pronunce delle giurisdizioni superiori e di una rassegna bibliografica, i gruppi di ricerca hanno analizzato in dettaglio – operando gli opportuni confronti – le decisioni di primo grado acquisite, ottenendo così un valore aggiunto significativo: una comprensione approfondita delle circostanze (fattuali e giuridiche) in presenza delle quali le più importanti disposizioni del regolamento «Bruxelles II bis» vengono (o non vengono) applicate. In questo senso, dunque, la ricerca è stata effettivamente «sul campo»; e i risultati sono stati catalogati in funzione anche di alcuni indici in significativa correlazione con i fenomeni riscontrati (tra i quali la residenza e la nazionalità delle parti).

Senza che si possano in questa sede anticipare i risultati di una ricerca ancora in via di completamento², che necessita di ulteriori approfondimenti e revisioni anche a livello comparato, si può però menzionare sin d'ora un primo campanello d'allarme, rilevante in quanto presente in tutti e tre i sistemi giudiziari oggetto di indagine: in alcune situazioni, malgrado la presenza di uno o più elementi necessitanti la valutazione di applicabilità del regolamento, quest'ultima risulta omessa dalle parti e/o dal giudice, sì che le questioni vengono definite a prescindere da essa.

L'analisi delle decisioni – e questo è un secondo risultato provvisorio che fa riflettere – permette anche di mettere in evidenza alcune differenziazioni nelle prassi di applicazione del regolamento, in relazione alle singole sue disposizioni: in termini concreti, ad esempio, si notano significative divergenze di “sensibilità” rispetto all'applicazione del regolamento a seconda che si tratti di divorzi congiunti (a un estremo dello spettro) o di sottrazioni internazionali di minori (all'altro estremo).

Tali prime impressioni consentono di prevedere un sicuro interesse dei risultati definitivi, auspicabilmente densi di quei contenuti concreti in mancanza dei quali materie delicate quali la mobilità transfrontaliera delle coppie e dei minori – gravide come sono di preoccupanti problemi sociali, oltre che giuridici – diventano semplici vetrine di astratto dibattito giuridico.

² Si prevede che un resoconto sui risultati si renderà disponibile nella seconda metà del 2017.