

# JUS CIVILE

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



**3-2018**

*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

*pag.*

### **Giurisprudenza italiana**

- Sulla validità del patto di maggiorazione del canone di locazione ad uso non abitativo  
*Cassazione civile, Sez. Un., 9 ottobre 2017, n. 23601 \**  
di *Fabio Russo* 289
- Sulla impossibilità di estendere l'art. 687 al caso di sopravvenienza di figli "ulteriori"  
*Cassazione Civile, Sez. II, 21 giugno 2017-28 luglio 2017, n. 18893 \**  
di *Magda Irato* 318

### **Articoli e Saggi**

- La responsabilità sanitaria fra tradizione e rinnovamento \*  
di *Mirko Faccioli* 342
- Osservazioni sui patti di esonero da responsabilità civile \*  
di *Gaetano Anzani* 362
- Per una concezione normativa dell'autonomia privata \*\*  
di *Natalino Irti* 376
- Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale \*\*  
di *Giovanni Canzio* 383
- Lo sviluppo dell'autonomia privata in Germania \*\*  
di *J. Michael Rainer* 386
- Autonomia privata e intervento del giudice \*\*  
di *Carlo Granelli* 396

---

\* Contributo sottoposto a revisione.

\*\* I curatori, valutata la rilevanza del contributo, assumono la responsabilità diretta della pubblicazione.

# JUS CIVILE



|                                                                                                            | <i>pag.</i> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| Autonomia privata e giurisdizione **<br>di <i>Massimo Confortini</i>                                       | 413         |
| Contratto, giudice e Costituzione **<br>di <i>Enrico Scoditti</i>                                          | 420         |
| Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale **<br>di <i>Marina Tavassi</i> | 429         |



**La mancata registrazione del contratto di locazione di immobili è causa di nullità dello stesso.**

**Il contratto di locazione di immobili, quando sia nullo per (la sola) omessa registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza ex tunc, nel caso in cui la registrazione sia effettuata tardivamente.**

**È nullo il patto col quale le parti di un contratto di locazione di immobili ad uso non abitativo concordino occultamente un canone superiore a quello dichiarato; tale nullità *vitiatur sed non vitiat*, con la conseguenza che il solo patto di maggiorazione del canone risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione.**

*...Omissis...*

## Diritto

### LE RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è inammissibile quanto al suo primo motivo, mentre risulta fondata la seconda censura.

*(Omissis)*

3. La questione degli effetti di un tardivo adempimento all'obbligo di registrazione del contratto di locazione deve essere esaminata alla luce di un complesso e talvolta disarmonico quadro normativo.

3.1. Viene in rilievo, in primo luogo, la normativa fiscale che prevede la registrazione del contratto di locazione al D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, art. 2, lett. a) e b), e art. 3, lett. a), (Testo unico sull'imposta di registro), nonché all'art. 5, comma 1, lett. b) della "Tariffa" allegata, parte I, e all'art. 2 bis, parte II della medesima Tariffa, richiamata dal citato art. 2. Per quanto di interesse in questa sede, tali disposizioni stabiliscono che sono soggetti a registrazione i contratti di locazione immobiliare, sia se stipulati per iscritto sia se conclusi verbalmente, indipendentemente dall'ammontare del canone, esclusi i contratti di durata non superiore a trenta giorni nell'anno (i quali sono soggetti a registrazione solo in caso d'uso), nonché i contratti di comodato conclusi per iscritto.

3.1.1. Ai sensi dell'art. 17, comma 1, del medesimo D.P.R., come modificato dalla L. 21 novembre 2000, n. 342, art. 68, la registrazione deve essere effettuata entro trenta giorni dalla data dell'atto o dalla sua esecuzione in caso di contratto verbale.

3.2. L'orientamento giurisprudenziale largamente prevalente di questa Corte ha, in proposito, ripetutamente escluso la nullità del contratto a fronte della violazione di una norma tributaria, pur in presenza di alcune pronunce contrastanti con l'orientamento maggioritario, che hanno ritenuto nullo il negozio volto a conseguire un illecito risparmio d'imposta per difetto di causa in concreto, abuso del diritto e/o frode alla legge, evocando all'uopo il generale principio antielusivo desumibile dall'art. 53 Cost., (a mente del quale "tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività"), la cui natura di norma imperativa – e la conseguente sanzione di nullità delle



manifestazioni di autonomia negoziale con essa confliggenti – è stata riconosciuta da questo giudice di legittimità fin dalla risalente pronuncia di cui a Cass. ss.uu. n. 6445 del 1985 (sia pur con riguardo al diverso tema della legittimità della traslazione degli obblighi fiscali).

3.3. Va ancora evidenziato come la stessa normativa consenta la possibilità di una registrazione tardiva anche in caso di decadenza dall'azione di riscossione. A mente del citato D.P.R. n. 131 del 1986, art. 76, comma 5, infatti, “l'intervenuta decadenza non dispensa dal pagamento dell'imposta in caso di registrazione volontaria o quando si faccia uso dell'atto ai sensi dell'art. 6”, e il sistema tributario consente il c.d. “ravvedimento operoso”, riconoscendo l'attenuazione della sanzione prevista per la violazione delle norme tributarie nei casi ed alle condizioni indicate dal D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, art. 13.

*(Omissis)*

3.5. Il principio di tendenziale non interferenza tra le regole di diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica degli atti è stato poi recepito dallo stesso legislatore tributario nella L. 27 luglio 2000, n. 212, art. 10, comma 3, (cd. Statuto dei diritti del contribuente), a mente del quale “le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto”.

3.5.1. Coerentemente, lo stesso L. n. 212 del 2000, successivo art. 10 bis, (articolo aggiunto legge dal D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, art. 1), che abroga e sostituisce il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37 bis, (già inserito nel testo del citato D.P.R. dal D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, art. 7), stabilisce la mera inopponibilità all'amministrazione finanziaria dei fatti, degli atti e dei contratti che siano sprovvisti di “sostanza economica” e finalizzati, “pur nel rispetto formale delle norme fiscali” a realizzare “essenzialmente vantaggi fiscali indebiti”.

*(Omissis)*

3.7. In tale quadro si collocheranno, peraltro, diacronici e non consonanti interventi legislativi nella specifica materia locatizia, che, da un lato, hanno previsto nullità testuali a presidio dell'osservanza degli obblighi tributari, dall'altro hanno specificato ore rotundo gli effetti della (mancata) registrazione del contratto di locazione.

3.8. La prima novità è costituita dalla L. 9 dicembre 1998, n. 431, art. 13, comma 1, a mente del quale “è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione di immobili urbani superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato”.

3.9. A distanza di sei anni, il legislatore è nuovamente intervenuto con una norma che ha ulteriormente esteso la rilevanza della registrazione in ambito privatistico con riferimento alle locazioni di immobili, ivi comprese quelle ad uso diverso dall'abitazione, stabilendo, con la L. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 346, che “i contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, essi non sono registrati”.

*(Omissis)*

4. La sanzione testuale della nullità conseguente alla omessa registrazione introdotta dalla menzionata normativa in materia locatizia, ove intesa in senso conforme alla lettera della legge



(conformità che, in dottrina e nella giurisprudenza di merito, ha peraltro costituito oggetto di non poche critiche ed oscillazioni interpretative), pone poi il conseguente problema della sanabilità del negozio attraverso una tardiva registrazione, da esaminare (anche) alla luce dell'art. 1423 c.c., in forza del quale "il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente".

4.1. Non appare un fuor d'opera, sotto il profilo dell'interpretazione storica della normativa succedutasi nel tempo in subiecta materia, rammentare infine l'antico disposto del R.D.L. 27 settembre 1941, n. 1015, art. 1, (abrogato dal D.Lgt. 20 marzo 1945, n. 212, art. 1),

che aveva introdotto la sanzione della nullità "di pieno diritto" degli atti di trasferimento immobiliare ove non registrati in termini di legge.

5. La Corte costituzionale è stata più volte investita della questione di legittimità costituzionale delle norme volte a riconoscere una rilevanza civilistica al difetto di registrazione degli atti, anche con specifico riferimento a quelle concernenti la materia delle locazioni, sia in relazione alla disciplina introdotta dalla riforma del 1998 che a quella del 2004.

5.1. Dopo la riforma del 1998, la prima pronuncia del giudice delle leggi apparve in linea con i principi tradizionali, attesa la declaratoria di incostituzionalità della L. n. 431 del 1998, art. 7, che poneva, quale condizione per l'esecuzione del provvedimento di rilascio dell'immobile locato adibito ad uso abitativo, la dimostrazione, da parte del locatore, della regolarità della propria posizione fiscale quanto al pagamento dell'imposta di registro sul contratto di locazione, dell'ICI e dell'imposta sui redditi relativa ai canoni (Corte cost. n. 333 del 2001).

5.2. In seguito, investita della questione di costituzionalità della L. n. 431 del 1998, art. 13, nella parte in cui sancisce, con riferimento ai soli contratti di locazione ad uso abitativo, la nullità delle pattuizioni volte a determinare un importo del canone superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato (comma 1) e consente al conduttore di chiedere la restituzione delle somme indebitamente corrisposte (comma 2), il giudice delle leggi, premessa l'esistenza di diversi orientamenti interpretativi (questa Corte, aderendo ad una posizione dottrina isolata, aveva interpretato la norma nel senso che essa si limitasse a ribadire la regola della invariabilità soltanto in corso di rapporto del canone originariamente pattuito, con una soluzione che eludeva la questione dei rapporti fra norme fiscali e civilistiche e che, come sottolineato dalla dottrina, si risolveva in una sostanziale interpretatio abrogans della disposizione), con l'ordinanza n. 242 del 2004 dichiarò la manifesta inammissibilità della questione, facendo proprio, sia pur indirettamente, l'interpretazione del giudice di legittimità.

5.3. In tale contesto, il legislatore, come già ricordato, è nuovamente e più incisivamente intervenuto sulla materia con la disciplina di cui alla L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, introducendo *expressis verbis* una comminatoria di nullità conseguente alla mancata registrazione del contratto di locazione, norma peraltro applicabile a tutti i contratti di locazione indipendentemente dall'uso abitativo o meno cui l'immobile sia destinato.

5.4. La Corte Costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi per ben tre volte sulla legittimità costituzionale anche di tale norma.





5.4.1. La prima pronuncia, di manifesta infondatezza (ordinanza n. 420 del 2007), evidenziò l'inconferenza del parametro costituzionale invocato dal remittente (l'art. 24 Cost.), stante il carattere sostanziale della norma denunciata. In tale occasione, tuttavia, la Corte affermerà un principio di particolare importanza, secondo il quale la L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, "non introduce ostacoli al ricorso alla tutela giurisdizionale, ma eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c.".

5.4.2. Altra questione di legittimità costituzionale della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, verrà sollevata in due distinte occasioni dal Tribunale di Napoli in relazione agli artt. 41,3 e 24 Cost.. In entrambi i casi, la Corte ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione, con riferimento ai parametri 41 e 3 Cost., e manifestamente infondata quanto al parametro dell'art. 24 Cost., (Corte cost. ord. n. 389 del 19 novembre 2008 e n. 110 del 9 aprile 2009). In particolare, la declaratoria di inammissibilità è stata fondata, quanto al parametro dell'art. 3, sul rilievo che il giudice remittente non aveva adeguatamente individuato "i motivi dell'ipotizzata irragionevolezza intrinseca della norma, limitandosi ad indicare, in termini meramente descrittivi, l'ovvia diversità delle conseguenze per le parti derivanti dalla previsione della nullità del contratto rispetto al regime precedente", nonché, quanto al parametro dell'art. 41, sulla considerazione che nell'ordinanza di remissione non erano state "neppure chiarite le ripercussioni della nullità sull'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione finanziaria sotto il profilo della possibilità o meno per la stessa di trattenere le somme eventualmente versate a titolo di imposta di registro", mentre la manifestata infondatezza delle questioni, con riferimento al parametro dell'art. 24 Cost., è stata invece motivata richiamando la motivazione della precedente ordinanza n. 420 del 2007.

5.5. Merita ancora di essere segnalata la sentenza n. 50 del 14 marzo 2014, dichiarativa della illegittimità costituzionale del D.Lgs. n. 23 del 2011, art. 3, commi 8 e 9, per eccesso di delega. Tali disposizioni, relative alle sole locazioni ad uso abitativo, prevedevano, come si è accennato in precedenza, che dalla mancata registrazione "entro il termine di legge" (specificazione temporale che non è invece presente nella L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346) derivassero conseguenze invalidanti per effetto delle quali sorgeva un diverso rapporto locativo, legalmente determinato quanto a durata e misura del canone. Sebbene la pronuncia della Consulta non abbia sottoposto le summenzionate disposizioni allo scrutinio di ragionevolezza (la questione di costituzionalità era stata sollevata da diversi Tribunali con riferimento anche ai parametri 3, 23, 41, 42, 53 e 97), stante la assorbente declaratoria di illegittimità per eccesso di delega, meritano di essere ricordati due passaggi della motivazione, rilevanti ai fini interpretativi delle norme in tema di contratto di locazione non registrato: da un lato, infatti, la disciplina oggetto di censura viene definita "sotto numerosi profili rivoluzionaria sul piano del sistema civilistico vigente"; dall'altro, dopo aver ricordato che la legge delega (L. n. 42 del 2009) conteneva la prescrizione di procedere all'esercizio della delega nel "rispetto dei principi sanciti dallo Statuto dei diritti del contribuente di cui alla L. 27 luglio 2000, n. 212", viene richiamato in particolare l'art. 10



## JUS CIVILE



della citata L. n. 212 del 2000, rilevando che “tanto più la mera inosservanza del termine per la registrazione di un contratto di locazione non può legittimare (come sarebbe nella specie) addirittura una novazione – per *factum principis* – quanto a canone e a durata”.

6. Appare nondimeno utile, ai fini che occupano il collegio, ripercorrere brevemente le tappe segnate dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte sul delicato tema del rapporto fra diritto tributario e diritto privato con riguardo alle conseguenze civilistiche che possono derivare dalle violazioni tributarie.

6.1. In assenza di disposizioni che sancissero testualmente la nullità del negozio giuridico elusivo di una norma tributaria, si è posta la questione se fosse o meno configurabile una nullità virtuale del contratto per frode alla legge (art. 1344 c.c.) o per violazione di una norma imperativa (art. 1418 c.c., comma 1).

6.1.1. La risposta della giurisprudenza largamente prevalente è stata nel senso di negare che la norma fiscale avesse carattere imperativo – in conseguenza della distinzione tra norme imperative e norme inderogabili, nonché del peculiare carattere settoriale dell’interesse sotteso –. Di qui, l’affermazione secondo la quale le norme tributarie, essendo poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e non ponendo, in linea di massima, divieti, pur essendo inderogabili, non possono qualificarsi imperative, presupponendo tale qualificazione che la norma abbia carattere proibitivo e sia posta a tutela di interessi generali che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall’ordinamento giuridico (tra le altre, *funditus*, Cass. sez. 5, n. 11351 del 3 settembre 2001, n. 12128 del 28 settembre 2001, n. 5582 del 18 aprile 2002).

*(Omissis)*

6.4. È stato pertanto riconosciuto, e affermato in larga prevalenza, un principio di non interferenza fra le regole del diritto tributario e quelle attinenti alla validità civilistica degli atti, principio che si è ritenuto confermato dalla stessa normativa tributaria di contrasto all’elusione fiscale, la quale sancisce la mera inopponibilità all’amministrazione finanziaria dei fatti, degli atti e dei contratti che siano sprovvisti di “sostanza economica” e finalizzati, “pur nel rispetto formale delle norme fiscali” a realizzare “essenzialmente vantaggi fiscali indebiti” (così la L. n. 212 del 2000, art. 10 bis, aggiunto dal D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, art. 1, che abroga e sostituisce il D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, art. 37 bis, a sua volta già inserito nel testo del D.P.R. n. 600 del 1973, dal D.Lgs. n. 358 del 1997, art. 7) e rafforzato dalla stessa L. n. 212 del 2000, art. 10, comma 3, a mente del quale, “le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto”.

6.5. In questo quadro “di sistema” si inserisce la norma che introduce la sanzione della nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato nelle locazioni abitative (L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1), della quale la giurisprudenza di legittimità adoterà ancora una volta un’interpretazione stringentemente restrittiva e strettamente civilistica, tale da escludere ogni interferenza tra la regola tributaria concernente l’obbligo di registrazione e la validità dell’atto (e ciò sino all’intervento di queste sezioni unite con la sentenza n. 18213 del 2015), interpretando la dispo-



sizione alla luce di un preteso quanto indimostrato principio di immodificabilità del canone di locazione abitativa soltanto in corso di rapporto, ed escludendo quindi che essa sanzionasse la diversa ipotesi del patto occulto contestuale alla stipula del contratto di locazione, al quale pertanto veniva riconosciuta validità (Cass. n. 16089 del 27 ottobre 2003 e successiva giurisprudenza conforme, tanto di legittimità quanto di merito).

6.5.1. Le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza poc'anzi citata, modificheranno radicalmente tale orientamento, affermando che la nullità prevista dalla L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, sanziona esclusivamente il patto occulto di maggiorazione del canone, oggetto di un procedimento simulatorio, mentre resta valido il contratto registrato e dovuto il canone apparente; tale patto occulto, si legge ancora in sentenza, in quanto nullo, non è sanato dalla registrazione tardiva, vicenda extranegoziale inidonea ad influire sulla testuale (in)validità civilistica (la fattispecie, relativa ad una locazione abitativa, era disciplinata dalla L. del 1998, ed era anteriore all'entrata in vigore della L. del 2004, art. 1 comma 346).

6.5.2. Preciserà, infatti, questa stessa Corte che “non la mancata registrazione dell'atto recante il prezzo reale..., ma la illegittima sostituzione di un prezzo con un altro, espressamente sanzionata di nullità, è colpita dalla previsione legislativa, secondo un meccanismo del tutto speculare a quello previsto per l'inserzione automatica di clausole in sostituzione di quelle nulle: nel caso di specie, l'effetto diacronico della sostituzione è impedito dalla disposizione normativa, sì che sarà proprio la clausola successivamente inserita in via interpretativa attraverso la contro-dichiarazione ad essere affetta da nullità ex lege, con conseguente, perdurante validità di quella sostituenda (il canone apparente) e dell'intero contratto”.

6.5.3. Da tale ricostruzione, che va in questa sede confermata, deriva che nessun rilievo può assumere la successiva registrazione dell'atto contro-dichiarativo recante la pattuizione di un canone maggiore, posto che l'adempimento formale (ed extranegoziale) dell'onere di registrazione di tale patto “non vale a farne mutare sostanza e forma rispetto alla simulazione”, risultando “inidoneo a spiegare influenza sull'aspetto civilistico della sua validità/efficacia”. Infatti, chiarirà ulteriormente la sentenza, qualsiasi ricostruzione volta a riconoscere un effetto di sanatoria della registrazione “appare questione del tutto mal posta”, poiché “manca proprio l'oggetto (e il presupposto) di tale sanatoria”: ciò in quanto l'atto negoziale contro-dichiarativo risulta insanabilmente e testualmente nullo per contrarietà a norma di legge (da ravvisare nell'art. 13, comma 1, espressamente volto ad impedire la sostituzione del canone apparente con quello reale convenuto con il patto occulto), restando tale anche a seguito della sopravvenienza di un requisito extraformale ed extranegoziale quale la registrazione.

6.5.4. Oltre che di natura testuale, secondo il ragionamento di queste Sezioni Unite, la riconosciuta, in parte qua, invalidità negoziale aveva altresì i connotati della nullità virtuale, attesa la causa concreta del patto occulto, ricostruita alla luce del precedente procedimento simulatorio, illecita perché caratterizzata dalla vietata finalità di elusione fiscale e, quindi, insuscettibile di sanatoria (in proposito, autorevole dottrina, non condividendo tale soluzione, ha osservato che il problema del rapporto tra regola tributaria e sistema civilistico sarebbe stato eluso dal



questa Corte, alla quale sarebbe “ripugna(to) affermare che la nullità del patto potesse derivare dalla mancata registrazione”. La critica non pare cogliere nel segno, volta che una più attenta lettura della sentenza avrebbe consentito di rilevare come, pur non potendo farne applicazione nella fattispecie *ratione temporis*, il problema, ben lungi dall’essere eluso, venisse affrontato *apertis verbis* con la precisazione secondo la quale “se la sanzione della nullità derivasse dalla violazione dell’obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole ammettere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell’obbligo (nel sistema tributario è previsto, difatti, il cosiddetto “ravvedimento” D.Lgs. n. 471 del 1997, ex art. 13 comma 1...” non senza aggiungere, ancora, che la soluzione adottata con riferimento alla L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, aveva il pregio “di porsi in armonia, *quoad effecta* (anche se non sotto il profilo formale dell’efficacia negoziale della registrazione, predicabile solo a far data dalla L. n. 311 del 2004) con la successiva legislazione intervenuta in subiecta materia”.

6.5.5. Sotto tale, ulteriore profilo, si è criticato il ragionamento sviluppato da questa Corte in punto di raccordo tra la disciplina dell’art. 13, comma 1 e l’istituto della simulazione, osservando che le Sezioni Unite avrebbero accolto un inquadramento “monistico” del fenomeno della simulazione relativa oggettiva, in virtù del quale il procedimento simulatorio consterebbe soltanto di accordo di simulare e negozio ostensibile, mentre il patto dissimulato non avrebbe alcuna autonomia strutturale, bensì natura di mero strumento probatorio così che la conseguenza di tale premessa, che nega la sussistenza di un autonomo contratto dissimulato, non potrebbe essere allora la nullità riferita alla controdedichiarazione, ma dovrebbe essere la nullità dell’accordo simulatorio, il cui destino verrebbe invece del tutto sottaciuto”.

6.5.6. Osserva il collegio che tali rilievi, da un canto, prescindono del tutto dal dato normativo, che limita al solo patto di maggiorazione del canone, e non all’intero contratto, la sanzione della nullità, con conseguente validità (e sopravvivenza) ex lege dell’accordo negoziale “depurato” dal patto illecito; dall’altro, sovrappongono indebitamente la morfologia del “patto dissimulato”, di cui si evoca una pretesa “autonomia strutturale”, alla sua funzione, così ricadendo nell’errore di considerare il procedimento simulatorio caratterizzato da una duplicità di strutture contrattuali – caratterizzazione, in realtà, del tutto imprevedibile, come condivisibilmente sostenuto dalla più accorta dottrina, volta che la fattispecie disciplinata dagli artt. 1414 e 1417 c.c., è fenomenologicamente, prima ancora che giuridicamente, unitaria (di tal che il destino dell’accordo simulatorio, ben lungi dall’essere del tutto sottaciuto, è proprio quello scolpito dalla norma che ne sancisce la perdurante validità ed efficacia, una volta depurato dal patto controdedichiarativo contenente la illegittima maggiorazione del canone).

6.6. Tali considerazioni si segnalano per la loro specifica attinenza alla questione oggi nuovamente sottoposta al collegio con riferimento alle locazioni ad uso diverso da abitazione alle quali sia applicabile *ratione temporis* la L. n. 311 del 2004, e possono offrire un primo spunto interpretativo nell’analisi della fattispecie in esame.

6.7. Nella motivazione della sentenza del 2015 si rinvencono, difatti, ulteriori indicazioni,



definite di carattere storico-sistematico ed etico-costituzionale (queste ultime significativamente enfatizzate dall'ordinanza interlocutoria n. 16604/2016), che richiamano l'attenzione dell'interprete sull'avvenuta introduzione nel nostro ordinamento, nella specifica materia della locazione, di un principio generale di interferenza dell'obbligo tributario con la validità negoziale, nonché sulla opportunità di raggiungere una omogeneità di effetti tra le discipline succedutesi nel tempo (in particolare quella del 1998 e quella del 2004) e, infine, sul rilievo etico/costituzionale del corretto adempimento degli obblighi tributari.

6.7.1. In particolare, quanto alle ragioni di tipo storico-sistematico, si legge che “le disposizioni di legge successive al 1998 introducono un principio generale di inferenza/interferenza dell'obbligo tributario con la validità del negozio, principio generale di cui è sostanziale conferma nel *dictum* dello stesso giudice delle leggi (Corte cost. 420 del 2007), il che consente di rendere omogenea (sia pur per altra via, che non impinge nell'efficacia della registrazione) la soluzione adottata con quella scaturente dalla normativa successiva al 1998”. 6.8. La ricostruzione della fattispecie costituita dalla maggiorazione occulta del canone in termini di procedimento simulatorio deve essere, sul piano morfologico – sia pur con le evidenti ed innegabili differenze funzionali tra locazioni abitative e non – in questa sede confermata, anche (e soprattutto) alla luce dei successivi interventi normativi in subiecta materia.

(*Omissis*)

8. È convincimento del collegio che la soluzione del caso in esame non consenta un'interpretazione diversa da quella che ricostruisce la sanzione legislativa per omessa registrazione in termini di nullità sopravvenuta del contratto di locazione per mancanza di un requisito extraformale di validità. E tale requisito, che opera in guisa di co-elemento esterno di validità del negozio, è stato introdotto dal legislatore per contrastare tanto l'elusione quanto l'evasione fiscale (e non solo l'elusione o l'evasione dell'imposta di registro, ma anche l'evasione delle imposte dirette da parte del locatore sui canoni riscossi).

8.1. Milita in tal senso, in primo luogo, la chiara lettera della disposizione normativa, così che risulterebbe innegabile la forzatura di ogni opzione interpretativa volta a discostarsi da essa, ritenendo (assai sbrigativamente quanto assai poco convincentemente) che il legislatore sia incorso in un *lapis calami*, adottando in senso del tutto atecnico un termine che, nella teoria del contratto, ha un significato ben definito e non equivoco.

8.2. In secondo luogo, la norma in parola non solo ha reiterato la qualificazione del vizio in quegli stessi termini di nullità già utilizzati dalla L. n. 431 del 1998, art. 13, con riferimento alle sole locazioni ad uso abitativo, ma ne ha anche ampliato l'incidenza, estendendola a tutti i contratti di locazione, e altresì riferendola all'intero contratto e non soltanto al patto occulto di maggiorazione del canone.

8.3. Decisivo risulta, in terzo luogo, l'inequivoco *dictum* della Corte costituzionale, a mente del quale, come più volte rammentato, l'art. 1, comma 346, eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa, la violazione della quale determina la nullità del negozio ai sensi dell'art. 1418 c.c..



8.3.1. Nella pronuncia del 2007, il giudice delle leggi opera, peraltro, un generico richiamo all'art. 1418 c.c., senza precisare quale comma di tale articolo verrebbe in rilievo nel caso specifico, ossia se si tratti di una nullità virtuale ai sensi dell'art. 1418 c.c., comma 1, ovvero di una nullità testuale ai sensi del comma 3 del medesimo articolo. In considerazione dell'esplicito riferimento al rango di norma imperativa che la disposizione dell'art. 1, comma 346, avrebbe conferito alla norma tributaria sull'obbligo di registrazione, potrebbe, difatti, ipotizzarsi che la Corte abbia inteso riferirsi ad una fattispecie di nullità virtuale, anche se ciò potrebbe apparire prima facie incongruo, essendo la comminatoria di nullità sancita in modo espresso da una norma di legge (nullità testuale), onde l'apparente irrilevanza della qualificazione della disposizione sull'obbligo di registrazione in termini di norma imperativa o meno.

8.3.2. Ma la scelta terminologica adottata dalla Corte costituzionale potrebbe assumere, ad una più attenta riflessione, una duplice valenza: da un lato, quella di ribadire che proprio di nullità si discorre nella norma (e non già di inefficacia o di altre fattispecie ipotizzate in dottrina e nella giurisprudenza di merito); dall'altro, quella di affermare che comunque, al di là della nullità testuale ivi sancita, la norma tributaria ha assunto per il legislatore carattere imperativo, quantomeno con riferimento ai contratti indicati dal cit. art. 1, comma 346, con conseguente loro nullità (anche) virtuale in caso di omessa registrazione, anche quando non ricorra la specifica ipotesi riconducibile nell'alveo della nullità testuale – considerazione, quest'ultima, che, per quanto si dirà più avanti, potrebbe rilevare con riferimento al caso, propriamente oggetto della questione sollevata dall'ordinanza interlocutoria n. 16604/2016, di doppia pattuizione del canone, l'una indicata in un contratto simulato e registrato, l'altra (maggiore) specificata in un atto dissimulato e non registrato.

9. Come più volte rammentato, questa stessa Corte, pronunciandosi in tema di locazioni ad uso abitativo soggette *ratione temporis* ad altra disciplina normativa (la L. n. 431 del 1998, art. 13), e stabilendo che il patto occulto di maggiorazione del canone è nullo e che tale nullità non è sanata dalla registrazione tardiva, in quanto quest'ultima, in quella fattispecie (locazione stipulata ante 2004, e soggetta alla sola disciplina dell'art. 13 cit.), costituiva un fatto extranegoziale inidoneo ad influire sulla (in)validità civilistica della fattispecie, ha poi specificato come la sanzione di nullità derivasse non dalla mancata registrazione, bensì dalla (diversa) vicenda endonegoziale costituita dalla illegittima sostituzione di un prezzo con un altro, espressamente sanzionata di nullità – mostrando così di ritenere, sia pur implicitamente, la L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, senz'altro idoneo ad incidere a sua volta, ed autonomamente, sul negozio civilistico in termini di (in)validità, in consonanza con il *dictum* del giudice delle leggi di cui alla ordinanza n. 420 del 2007.

(*Omissis*)

11. La ricostruzione in termini di vera e propria nullità testuale sancita dall'art. 1, comma 346 cit. resiste poi, ad avviso del collegio, alle molteplici critiche, pur efficacemente e suggestivamente argomentate, mosse da autorevole dottrina anche successivamente alle menzionate pronunce della Corte costituzionale (ord. n. 420 del 2007) e delle Sezioni Unite di questa Corte (sent. n. 18213 del 2015).



11.1. In particolare, non sembra dirimente il rilievo secondo il quale la nullità, in ossequio ai principi del codice civile, andrebbe riferita ai vizi riguardanti l'iter formativo e costitutivo dell'atto negoziale, essendo stato condivisibilmente osservato che esistono nel nostro ordinamento anche altre ipotesi di nullità derivanti da un difetto extragenetico attinente ad elementi estrinseci e successivi rispetto alla formazione del contratto, tali da indurre ad una rivisitazione della categoria tradizionale della nullità (un esempio è offerto dall'art. 67 septiesdecies del codice del consumo, di cui al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che prevede la nullità del contratto se il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente, non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate o viola gli obblighi di informativa precontrattuale; o ancora dal D.P.R. n. 380 del 2001, artt. 46 e 47, che, in tema di compravendita immobiliare stipulata in violazione di norme edilizie che impongono alle parti specifiche dichiarazioni o allegazioni urbanistiche, discorrono di atti nulli "che possono essere confermati" e di atti nulli "non convalidabili").

11.2. Neppure giova richiamare il tradizionale orientamento sul principio di non – interferenza delle violazioni di carattere tributario rispetto alla validità del contratto, elevato a regola positiva dalla statuto dei diritti del contribuente (L. n. 212 del 2000, art. 10, comma 3), volta che, al di là di ogni considerazione sulla effettiva portata di tale norma, la disposizione dell'art. 1, comma 346, della Finanziaria 2005, circoscritta al solo ambito delle locazioni (e dunque *lex specialis*), non costituisce una prescrizione di esclusivo carattere tributario, ma introduce un regola di diritto civile, comminando una speciale nullità nei rapporti tra privati, sia pure per effetto di una violazione di carattere tributario, come autorevolmente sostenuto dallo stesso giudice delle leggi.

11.3. Le stesse riflessioni critiche che fan leva sulla ragione fiscale la quale resterebbe insoddisfatta dalla ricostruzione della norma in termini di nullità (in ipotesi, insanabile) – non risulta di per sé decisiva, ben potendo il legislatore, nella sua discrezionalità politica, scegliere di adottare una disposizione normativa caratterizzata da finalità preventive e dissuasive, rendendo non conveniente alle parti di omettere la registrazione salvo provvedervi in caso di sopravvenuto conflitto tra gli stessi contraenti, così prefiggendosi (come è stato condivisibilmente osservato) un obiettivo conformativo ben più ambizioso rispetto a quello conseguibile dalle eventuali sanatorie a posteriori, circoscritte alle ipotesi di contenzioso tra le parti.

11.4. Con riguardo, infine, alla disposizione di cui alla stessa L. n. 311 del 2004, comma 342, la quale presuppone espressamente l'esistenza del rapporto di locazione, in caso di omessa registrazione, per i quattro anni anteriori a quello in cui il rapporto è stato accertato, appare poi condivisibile l'osservazione che ne evidenzia la natura, questa sì, di disposizione esclusivamente tributaria, volta cioè ad assicurare una adeguata entrata fiscale a fronte della riscontrata evasione, senza alcun effetto di diritto civile.

12. Vanno pertanto riaffermati, sul piano dell'analisi morfologica della fattispecie, i principi affermati da queste sezioni unite con la più volte citata sentenza del 2015 in tema di locazioni abitative, predicativi della natura di procedimento simulatorio della vicenda negoziale volta ad occultare la maggiorazione convenzionale del canone.





13. Occorre ora indagare il tema, del tutto speculare, delle locazioni non abitative volta che le parti, oltre od a prescindere dalla registrazione del contratto, ovvero nonostante essa, abbiano concordato un certo canone, dichiarandone però un altro.

13.1. Va osservato, in premessa, che, sul piano funzionale, le fattispecie locative sembrerebbero differenziarsi a seconda che il rapporto contrattuale abbia o meno carattere abitativo.

13.2. Con riguardo alle locazioni non abitative, difatti, potrebbe rilevarsi, prima facie, la mancanza di una norma espressa che sancisca la nullità testuale del patto di maggiorazione del canone, come invece espressamente previsto dalla L. n. 492 del 1998, art. 13, per le locazioni abitative.

13.2.1. Per esse, la sanzione di nullità del (solo) patto di maggiorazione – che, attese la natura di controdedichiarazione dissimulativa (al di là ed a prescindere dalla forma negoziale di volta in volta assunta), ne impedisce il dispiegarsi degli effetti – non si estende, difatti, all'intero contratto (se registrato), che resta, pertanto, valido ed efficace, ai sensi del citato art. 13, salva, dopo il 2004, la nullità del contratto tout court per omessa registrazione.

13.2.2. Tale previsione normativa non è stata espressamente estesa, dal legislatore del 1998, alle locazioni non abitative, in relazione alle quali, pertanto, non risulterebbe apparentemente predicabile alcuna nullità testuale dell'accordo di maggiorazione occulta del canone.

13.3. Il procedimento simulatorio, costituito dall'accordo tra le parti (che ne consacra e ne cristallizza l'incontro delle volontà volto a stipulare una locazione con prezzo fittizio) e dall'(unica) convenzione negoziale (i.e. il contratto di locazione), perfetta in ogni suo elemento, il cui oggetto (il prezzo) simulato risulta essere diverso alla luce della controdedichiarazione contenente l'oggetto (il prezzo, non il negozio) dissimulato, risulterebbe, pertanto, prima facie "neutro" (come accade per ogni vicenda di simulazione relativa, rispetto alla quale il legislatore del '42 adatterà un atteggiamento felicemente definito agnostico dalla dottrina), sul piano tanto volontaristico, quanto causale (salvo quanto ancora si dirà sull'intento evasivo/elusivo del locatore), proprio per l'assenza di una norma che sancisca la nullità del patto controdedichiarativo di maggiorazione del canone.

La nullità è, di converso, stabilita per l'intero contratto (e non per il solo patto controdedichiarativo), in conseguenza non già di un vizio endonegoziale, ma (della mancanza) di un requisito extraformale costituito dall'omissione della registrazione del contratto.

13.4. Questa stessa Corte, con la sentenza del 2015, aveva avuto modo di affermare che, se la sanzione della nullità derivasse dalla sola violazione dell'obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole ammettere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell'obbligo.

Si pone allora, come prima questione, quella della configurabilità di una possibile sanatoria a seguito della tardiva registrazione di un (qualsivoglia) contratto di locazione che contenga l'indicazione del canone reale, come convenuto fin ab origine tra le parti.

14. In tale prospettiva, occorre preliminarmente verificare se una tardiva registrazione possa dirsi legittima.





La normativa tributaria sembra offrire una risposta positiva al quesito, considerato che il termine di trenta giorni previsto per assolvere al pagamento dell'imposta di registro non è qualificato come perentorio (D.P.R. n. 131 del 1986, art. 17, comma 1, come modificato dalla L. 21 novembre 2000, n. 342, art. 68) e che l'art. 38, dello stesso decreto, prevede che "la nullità... dell'atto non dispensa dall'obbligo di chiedere la registrazione e di pagare la relativa imposta". È inoltre prevista la possibilità di una registrazione volontaria tardiva anche in caso di decadenza dall'azione di riscossione (citato D.P.R. n. 131 del 1986, art. 76, comma 5), ed è lo stesso sistema tributario a consentire il c.d. "ravvedimento operoso", riconoscendo l'attenuazione della sanzione prevista per la violazione delle norme tributarie nei casi ed alle condizioni indicate dal D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, art. 13.

14.1. Resta da valutare se un ostacolo alla possibilità di tardiva registrazione sia stato introdotto a seguito della novella della L. n. 431 del 1998, art. 13, come recentemente modificato dalla L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, comma 59, (c.d. legge di stabilità 2016), laddove è stato previsto l'obbligo unilaterale del locatore di provvedere alla registrazione del contratto di locazione entro il termine perentorio di trenta giorni (comma 1, secondo periodo dell'art. 13 cit.) stabilendosi altresì che, in caso di inottemperanza a tale obbligo, il conduttore possa chiedere al giudice di accertare la esistenza del contratto e rideterminarne il canone in misura non superiore al valore minimo di cui al precedente art. 2.

15. Valutando complessivamente tale disposizione, peraltro dettata con esclusivo riferimento alle locazioni ad uso abitativo, non sembra che da essa possa desumersi l'introduzione di una generalizzata "perentorietà" del termine per la registrazione previsto dalla normativa tributaria, considerato che la perentorietà del termine sembra circoscritta alla condotta del solo locatore, ed esclusivamente al fine di far operare la correlata possibilità per il conduttore di ottenere la formazione del contratto (altrimenti nullo perché non registrato nel termine) al canone autoritativamente predeterminato, come previsto dalla nuova disposizione. Ma ciò, si ripete, per i soli contratti di locazione ad uso abitativo.

16. Ritenendo, pertanto, non illegittima una registrazione tardiva, sembra coerente riconoscere a tale adempimento tardivo l'effetto di sanare la nullità sancita dal comma 346 della Finanziaria 2004, attesone il carattere:

- sul piano morfologico, di nullità per difetto di un coelemento di validità extranegoziale
- sul piano funzionale, di invalidità da inadempimento (dell'obbligo di registrazione).

17. Tale soluzione si pone in linea con quanto condivisibilmente affermato da quella dottrina che propone una lettura restrittiva dell'art. 1423 c.c., limitata alla insanabilità del negozio nullo salvo convalida, così che (al di là dell'improprietà del termine adottato dal legislatore del 1942, essendo l'effetto di convalida predicabile con riferimento al solo negozio annullabile, del quale è destinato a fissarne definitivamente l'efficacia già temporaneamente e provvisoriamente prodottasi fin dalla conclusione del contratto), la norma non può ritenersi ostativa alla (eccezionale) ammissibilità di altre ipotesi di cd. sanatoria (ovvero di "recupero" degli effetti negoziali, come più correttamente proposto da altra dottrina) delle nullità contrattuali (ne testimonierebbero la



legittimità alcune fattispecie previste dallo stesso codice, come la conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle; il matrimonio putativo; l'esecuzione del contratto di lavoro nullo; la cosiddetta pubblicità sanante ex art. 2652 c.c., n. 6; la sanatoria delle nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. per mancanza del verbale, emendabile mediante verbalizzazione che preceda la successiva assemblea con effetto ex tunc; l'obbligo dell'assicuratore di pagare l'indennizzo anche quando il contratto sia nullo, perché stipulato in assenza di autorizzazione all'esercizio, ex art. 167, comma 2, Cod. ass.).

18. Può, pertanto, concludersi che il contratto di locazione ad uso non abitativo (non diversamente, peraltro, da quello abitativo), contenente ab origine la previsione di un canone realmente convenuto e realmente corrisposto (e dunque, in assenza di qualsivoglia fenomeno simulatorio), ove non registrato nei termini di legge, è nullo ai sensi della L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, ma, in caso di sua tardiva registrazione, da ritenersi consentita in base alle norme tributarie, sanabile, volta che il riconoscimento di una sanatoria "per adempimento" appare coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) "per inadempimento" (entrambi i termini da intendersi, come ovvio, in senso diverso da quello tradizionalmente riservato al momento esecutivo del rapporto negoziale).

18.1. È difatti innegabile che, nel caso di specie, l'interprete sia chiamato a confrontarsi con una vicenda di nullità efficacemente definita impropria o atipica – a tacer d'altro perché il contratto produce i suoi effetti almeno fino a trenta giorni dalla sua stipulazione, termine ultimo per effettuare la registrazione, per poi assumere la qualificazione negativa sancita dal legislatore, mentre l'ammissibilità di un effetto di sanatoria troverebbe ulteriore conferma nella interpretazione sistematica delle norme di registro, e, segnatamente, di quelle sulla registrazione d'ufficio (D.P.R. n. 131 del 1986, artt. 15 e 65).

19. La conseguente questione che si pone, all'esito del riconoscimento, alla registrazione tardiva, di un effetto sanante, è quella se tale effetto operi una reviviscenza del contratto con effetti retroattivi o meno.

19.1. La evidente anomalia della vicenda, che diacronicamente alterna una fase di piena validità ed efficacia del rapporto contrattuale ad una in cui subentra la totale invalidità ed inefficacia proprie della disciplina della nullità, in assenza di significativi indici normativi che possano indirizzare l'interprete verso l'una o l'altra soluzione (la sola fattispecie di sanatoria ove viene sancita espressamente la retroattività è quella di cui all'art. 2379 bis c.c., in tema di verbali assembleari di società), induce a ritenere che l'effetto sanante sia destinato a retroagire alla data della conclusione del contratto (in termini, di recente, Cass. sez. III n. 10498 del 2017).

19.1. L'effetto di sanatoria con efficacia retroattiva consente, difatti, di stabilizzare definitivamente gli (assai instabili) effetti del contratto, assicurando piena tutela alla parte debole del rapporto, volta che il conduttore non sarà esposto ad azioni di rilascio, godrà della durata della locazione come prevista ab origine nel contratto (e non dalla data della registrazione che, intervenendo a distanza di tempo dalla stipulazione, ne abbrevierebbe significativamente quanto arbitrariamente i termini di scadenza), conserverà il diritto all'avviamento, quello alla prelazione,



ed ancora quello alla libera trasferibilità dell'azienda e del contratto.

19.2. Una diversa opzione, collocando il *dies a quo* della convenzione negoziale soltanto alla data della registrazione (lasciandone inalterato il *dies ad quem*), finirebbe poi per contrastare con la stessa disciplina legale della durata del contratto, ponendosi al di fuori della stessa ratio della sanatoria, che finirebbe per creare un imprevedibile effetto di novazione del contratto originario (indirettamente) per *factum principis*.

20. Resta ora da esaminare se tale conclusione possa estendersi anche al caso che oggi occupa la Corte, e cioè all'ipotesi in cui la fattispecie concreta sia costituita da un accordo simulatorio cui consegua non già la tardiva registrazione dell'intero contratto che preveda, ab origine, la corresponsione del canone reale, ma quella del solo patto dissimulato (raccordo integrativo" del caso di specie) volto ad occultare un canone maggiore, dopo che il contratto contenente il canone simulato sia stato a sua volta e previamente registrato, sulla premessa per cui la sanatoria da tardiva registrazione elimina soltanto la nullità (testuale) sopravvenuta, lasciando impregiudicata la sorte del contratto qual era fino alla violazione dell'obbligo di registrazione (inidonea a spiegare efficacia sanante su di una eventuale nullità da vizio genetico).

La eventuale sanatoria della nullità sopravvenuta, in altri termini, non esime l'interprete dall'esaminare il contratto nel suo status quo ante.

21. Tanto la giurisprudenza quanto la dottrina che hanno affrontato il tema della nullità introdotta dall'art. 1, comma 346 cit. hanno, difatti, trattato le connesse problematiche senza distinguere tra le ipotesi di totale omissione della registrazione del contratto contenente ab origine l'indicazione del canone realmente dovuto (in assenza, pertanto, di qualsivoglia procedimento simulatorio) e quelle di simulazione del canone con registrazione del solo contratto simulato recante un canone inferiore, cui acceda il cd. "accordo integrativo" con canone maggiorato (ipotesi alla quale potrebbe ancora aggiungersi quella della mancata registrazione dello stesso contratto contenente il canone simulato, oltre che del detto accordo integrativo).

22. È convincimento del collegio che le due fattispecie non consentano di pervenire ad una soluzione omogenea.

Sul piano tanto morfologico, quanto (e soprattutto) su quello funzionale, difatti, le due vicende negoziali sono caratterizzate da evidenti dissonanze, volta che:

22.1. il contratto non registrato in toto, contenente l'indicazione del reale corrispettivo della locazione, è "sconosciuto" all'Erario dal punto di vista fiscale e nullo dal punto di vista civilistico in virtù di una testuale previsione normativa che ricollega la sanzione di invalidità al comportamento illecito (l'inadempimento all'obbligo di registrazione). Sanata l'invalidità successivamente alla stipula del contratto attraverso la registrazione tardiva, ciò che rileva è proprio (e solo) l'oggettiva tardività dell'assolvimento dell'obbligo tributario, ed è proprio (e solo) tale inadempimento ad essere sanzionato, al di là ed a prescindere dalla circostanza che esso sia o meno riconducibile all'accordo negoziale delle parti, potendo dipendere dalla scelta di uno solo dei contraenti e finanche da un impedimento alla tempestiva registrazione o da una mera incuria; in altri termini, in tale ipotesi non viene in rilievo un vizio genetico dell'atto, ma la mancata attua-



zione di un obbligo ad esso conseguente, in relazione al quale ben può ricavarsi dal sistema la possibilità di un adempimento tardivo, che integri diacronicamente la fattispecie con il necessario co-elemento esterno di validità, costituito dal requisito extra formale della registrazione, con effetti sananti dal momento in cui l'atto stesso è stato posto in essere.

22.2. Diverso è il caso di un contratto debitamente registrato, contenente un'indicazione simulata di prezzo, cui acceda una pattuizione a latere (di regola denominata "accordo integrativo", come nel caso di specie), non registrata e destinata a sostituire la previsione negoziale del canone simulato con quella di un canone maggiore rispetto a quello formalmente risultante dal contratto registrato. Appare inevitabile la riconduzione di tale fattispecie nell'orbita dell'istituto della simulazione, in sintonia con quanto affermato da queste stesse Sezioni Unite con riferimento alla speculare (e in parte qua del tutto sovrapponibile) vicenda della locazione ad uso abitativo. Il (medesimo) procedimento simulatorio si sostanzia, difatti, sul piano morfologico, in un previo accordo simulatorio e in una successiva, unica convenzione negoziale, tanto nell'ipotesi di simulazione assoluta (assenza di effetti negoziali) quanto di simulazione relativa (produzione di effetti diversi da quelli riconducibili al negozio apparente), mentre la cd. controdedichiarazione non è altro che uno strumento probatorio idoneo a fornire la "chiave di lettura" del negozio apparente, caratterizzata dalla sua eventualità e dalla irrilevanza della contestuale partecipazione alla sua stesura di tutti i soggetti protagonisti dell'accordo – tanto che l'atto contro dichiarativo può anche provenire da uno solo di essi, e sostanzarsi in una dichiarazione unilaterale, perciò solo priva di ogni veste contrattuale. Sicché non appare corretto, in punto di diritto, va ripetuto, discorrere di contratto simulato e contratto dissimulato come di due diverse e materialmente separate convenzioni negoziali (né tantomeno appare corretto ricondurre il cd. negozio dissimulato alla controdedichiarazione, come talora si suole affermare). Ebbene, proprio tale accordo simulatorio, in quanto volto a celare un canone maggiore rispetto a quello indicato nel contratto scritto e registrato, disvela la finalità di elusione ed evasione fiscale che un simile patto è funzionalmente destinato a realizzare e, dunque, la sua causa concreta, da intendersi quest'ultima nella più moderna nozione di scopo pratico del negozio, sintesi, cioè, 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. Osservata da tale prospettiva, la fattispecie della simulazione (relativa) del canone locatizio risulta affetta da un vizio genetico, attinente alla sua causa concreta, inequivocabilmente volta a perseguire lo scopo pratico di eludere (seppure parzialmente) la norma tributaria sull'obbligo di registrazione dei contratti di locazione. Se tale norma tributaria si ritiene essere stata elevata a "rango di norma imperativa", come sembra suggerire l'evoluzione normativa e giurisprudenziale più recente e come precisato dalla stessa Corte costituzionale, deve concludersi che la convenzione negoziale sia intrinsecamente nulla, oltre che per essere stato violato parzialmente nel quantum l'obbligo di (integrale) registrazione, anche perché ab origine caratterizzata da una causa illecita per contrarietà a norma imperativa (ex art. 1418 c.c., comma 1), tale essendo costantemente ritenuto lo stesso art. 53 Cost. – la cui natura di norma imperativa (come tale, direttamente precettiva) è stata, già in tempi ormai risalen-



ti, riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 5 del 1985; Cass. ss. uu. n. 6445 del 1985). In tale ottica, acquista una valenza particolarmente significativa l'affermazione della Corte costituzionale che, nel qualificare la nullità sancita dalla L. n. 311 del 2004, art. 1, comma 346, come genericamente riconducibile all'art. 1418 c.c., non ha ristretto la (evidente) portata della norma al solo comma 3, dell'articolo richiamato (nullità testuale), ma ne ha implicitamente evidenziato la rilevanza anche ai fini del comma 1 (nullità virtuale), sottolineandone l'effetto di aver elevato a norma imperativa la disposizione tributaria sull'obbligo di registrazione dei contratti ivi contemplati. Trattandosi di un vizio riconducibile al momento genetico del contratto, e non (soltanto) ad un mero inadempimento successivo alla stipula (sanzionato dalla nullità testuale di cui al comma 346 della Finanziaria 2004), nelle fattispecie simulatorie del canone locatizio contenuto in un contratto già registrato deve allora ravvisarsi la diversa ipotesi di una nullità virtuale, secondo la concezione tradizionale di tale categoria – e, quindi, tradizionalmente insanabile ex art. 1423 c.c.: in tal caso, infatti, la nullità deriva non dalla mancata registrazione (situazione suscettibile di essere sanata con il tardivo adempimento), ma, a monte, dall'illiceità della causa concreta del negozio, che una tardiva registrazione non appare idonea a sanare.

Non senza considerare, ancora, che, dalla registrazione del cd. “accordo integrativo”, ove questo presenti i caratteri di cui all'art. 1321 c.c., se ne dovrebbe trarre, ove se ne predicassero liceità, validità ed efficacia, la sua configurazione in termini di nuovo contratto, cui attribuire (del tutto fittiziamente, e del tutto erroneamente, come si è visto) il carattere o dell'accordo novativo ovvero del negozio di accertamento: caratteri, evidentemente, del tutto inesistenti, salvo che, nella sua riconosciuta facoltà di interpretazione del contratto, il giudice di merito non accerti, nel singolo caso, l'effettivo carattere novativo dell'accordo (novazione peraltro imprevedibile nel caso di coincidenza temporale tra i due atti), alla luce dell'effettiva esistenza di un *animus novandi* e di un *aliquid novi*.

23. Si rende conseguentemente necessario estendere l'indagine alla sorte del contratto di locazione regolarmente registrato, e contenente l'indicazione del canone simulato.

23.1. Con specifico riguardo all'analoga fattispecie simulatoria riferita alla locazione ad uso abitativo e soggetta alla disciplina della L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, la più volte citata sentenza di queste Sezioni Unite del 2015 ebbe modo di precisare come la sanzione legislativa della nullità prevista da quella specifica norma colpisse non la mancata registrazione dell'atto recante il prezzo reale (attesane la precipua funzione di controdedichiarazione), ma la illegittima sostituzione di un prezzo con un altro, sicché “sarà proprio la clausola successivamente inserita in via interpretativa attraverso la controdedichiarazione ad essere affetta da nullità *ex lege*, con conseguente, perdurante validità di quella sostituenda (il canone apparente) e dell'intero contratto”.

24. Nell'ipotesi oggi sottoposta al vaglio di questa Corte, che ha ad oggetto una locazione ad uso non abitativo, ciò che la disciplina legislativa del 2004 ha inteso non solo sanzionare, ma anche elevare a rango di norma imperativa, è proprio l'obbligo di registrazione, non il divieto di sostituzione di un canone con un altro.



Ma è proprio quell'obbligo che la causa concreta dell'accordo intercorso tra le parti è funzionalmente volta (ancorché parzialmente) ad eludere: occorre, pertanto, valutare se, negata in premessa la esistenza di un autonomo contratto dissimulato, la nullità possa ancora essere riferita alla sola controdedichiarazione, in (apparente) assenza di una norma simmetrica a quella di cui alla L. del 1998, art. 13.

25. È convincimento del collegio che, se in caso di omessa registrazione del contratto contenente la previsione di un canone non simulato ci si trova di fronte ad una nullità testuale L. n. 311 del 2004, ex art. 1, comma 346, sanabile con effetti *ex tunc* a seguito del tardivo adempimento all'obbligo di registrazione, nel caso di simulazione relativa del canone di locazione, e di registrazione del contratto contenente la previsione di un canone inferiore per finalità di elusione fiscale, si è in presenza, quanto al cd. "accordo integrativo", di una nullità virtuale insanabile, ma non idonea a travolgere l'intero rapporto – compreso, quindi, il contratto reso ostensibile dalle parti a seguito della sua registrazione.

26. Norma speculare, in via interpretativa, rispetto a quella di cui alla L. del 1998, art. 13, deve, difatti, ritenersi la L. n. 392 del 1978, art. 79.

26.1. Non ignora il collegio che la costante interpretazione della disposizione in parola si sia storicamente assestata, nella giurisprudenza di questa stessa Corte, nel senso che la sanzione di nullità in essa prevista abbia avuto riguardo alle (sole) vicende funzionali del rapporto, colpendo, pertanto, le sole maggiorazioni del canone previste in itinere e diverse da quelle consentite *ex lege*, e non anche quelle convenute al momento della conclusione dell'accordo.

26.2. Ma va altresì ricordato come, *mutatis mutandis*, la stessa linea di pensiero sia stata adottata, dalla stessa giurisprudenza di legittimità, anche con riferimento all'interpretazione dell'art. 13, dettato in tema di locazioni abitative – delle quali si era ritenuto parimenti predicabile la sanzione di nullità della maggiorazione del canone se, e solo se, quella maggiorazione avesse avuto diacronico riferimento a momenti diversi e successivi rispetto a quello della stipula dell'accordo.

Al momento, cioè funzionale, e non genetico, del rapporto.

Questa interpretazione è stata rivisitata e modificata dalla sentenza del 2015.

Per le stesse ragioni in essa esposte, è convincimento del collegio che anche la lettura dell'art. 79, della legge cd. sull'equo canone debba essere oggi modificata nel senso che il patto di maggiorazione del canone è nullo anche se la sua previsione attiene al momento genetico, e non soltanto funzionale, del rapporto.

27. Il collegio non ignora che, in tal modo, i casi, apparentemente più gravi, e cioè quelli di totale omissione della registrazione del contratto, risulterebbero soggetti ad una disciplina meno rigida (conseguente al riconoscimento di una sanatoria della nullità derivante dalla loro omessa registrazione), ma la diversa gravità delle conseguenze può trovare una congrua spiegazione nella maggiore gravità del vizio che inficia le ipotesi simulatorie rispetto a quelle in cui manchi la registrazione del contratto tout court: un vizio genetico e voluto da entrambe le parti nel primo caso, un inadempimento successivo alla stipula di un contratto geneticamente valido, nel secondo caso.





27.1. È vero, in altri termini, che una simile soluzione renderebbe più gravose, *quoad effecta*, le ipotesi di simulazione relativa del canone nei contratti di locazione soggetti rispettivamente, alla disciplina della L. n. 431 del 1998, art. 13, (per come interpretato dalle S.U. con la sentenza n. 18213 del 2015, che ha ritenuto la perdurante validità del canone apparente e, quindi, dell'intero contratto) e della L. n. 392 del 1998, art. 79, (per come oggi interpretato), rispetto a quelle concernenti i contratti di locazione, ad uso abitativo e non, cui sia invece applicabile la normativa (e la possibilità di sanatoria, per quanto in precedenza esposto) introdotta dalla Finanziaria del 2004.

Tuttavia, una simile conseguenza sembra coerente non solo con il diverso tenore delle predette norme, le une intese a vietare la sostituzione di una clausola sostanziale del contratto, l'altra a sanzionare direttamente la violazione della norma tributaria, ma anche con l'intenzione del legislatore del 2004, evidentemente tesa ad ampliare e rafforzare, rispetto alla normativa del 1998, l'effetto dissuasivo nei confronti degli infedeli locatori, e non pare affatto priva di ragionevolezza rispetto agli interessi pubblici inerenti al prelievo fiscale, in quanto mira a spiegare proprio quell'effetto dissuasivo, inteso nel senso di non rendere conveniente alle parti la registrazione di un contratto contenente un canone simulato consentendo loro di provvedere alla registrazione dell'"accordo integrativo" solo in caso di sopravvenuto conflitto tra i contraenti – in tal guisa prefiggendosi un obiettivo conformativo ben più ambizioso rispetto a quello conseguibile dalle eventuali sanatorie a posteriori.

28. La soluzione così adottata ha il pregio di ricondurre ad unità la disciplina delle nullità e della (eventuale) sanatoria di tutti i contratti di locazione, ad uso abitativo e non.

Il ricorso deve, pertanto, essere accolto nei limiti di cui in motivazione.

(*Omissis*)





## **SULLA VALIDITÀ DEL PATTO DI MAGGIORAZIONE DEL CANONE DI LOCAZIONE AD USO NON ABITATIVO**

SOMMARIO: 1. *Il caso.* – 2. *Il patto di maggiorazione del canone di locazione.* – 3. *Le argomentazioni della Corte.* – 4. *Osservazioni.*

1. – Tizio (locatore) e la Società Alfa s.r.l. (conduttrice), in data 20 ottobre 2008, sottoscrivevano un contratto di locazione ad uso non abitativo, a cui si attribuiva efficacia retroattiva al 1° maggio 2008, per un canone annuo di euro 14.400,00, pari ad euro 1200,00 mensili. Contestualmente alla stipula di detto contratto, le parti sottoscrivevano un altro atto, detto “accordo integrativo”, con il quale convenivano che il canone “reale ed effettivo” della locazione, maggiore di quello precedentemente indicato, sarebbe stato: (I) nel caso in cui detto accordo integrativo fosse stato registrato, di euro 5500,00 mensili; (II) diversamente, nell’ipotesi di omessa registrazione dell’accordo, il canone dovuto sarebbe stato di euro 3500,00 mensili. Il primo contratto venne registrato in data 4 novembre 2008 mentre l’accordo integrativo venne registrato in data 22 gennaio 2009.

In data 13 febbraio 2009 Tizio intimò alla società Alfa s.r.l. lo sfratto per morosità lamentando il mancato pagamento del canone di euro 5500,00 stabilito dall’accordo integrativo. La società Alfa s.r.l., nel resistere alla domanda, contestò la validità di detto accordo e sostenne di aver correttamente adempiuto pagando il canone convenuto di euro 1200,00 mensili. Il Giudice di prime cure esclude l’inefficacia del contratto per intempestiva registrazione ma ritenne nulla la pattuizione aggiuntiva, poiché contenente la illegittima previsione di un aumento automatico del canone, e riconobbe in euro 1200,00 mensili l’importo dovuto dalla conduttrice. Tuttavia, preso atto della tardività del pagamento di due mensilità, il contratto venne risolto in funzione della prevista clausola risolutiva espressa.

Il 6 febbraio 2012 la società Alfa s.r.l. propose appello verso la sentenza contestando la ritenuta tardività del pagamento delle due mensilità. La conduttrice, infatti, sosteneva che il pagamento era avvenuto in tempo attraverso bonifico bancario e che il ritardato accredito era stato dovuto a un fatto imputabile esclusivamente all’istituto di credito. Tizio, nel costituirsi, propose appello incidentale contestando la ritenuta nullità dell’accordo integrativo che, a suo dire, non configurava già la previsione di un aumento automatico del canone bensì la determinazione del reale canone di locazione. La corte di appello, in parziale accoglimento dell’appello incidentale:



– dichiarò risolto per inadempimento della società Alfa s.r.l. il contratto di locazione stipulato tra le parti in data 20 ottobre 2008;

– condannò la società al pagamento delle differenze dovute tra il canone corrisposto e quello effettivamente dovuto, pari ad Euro 5.500 mensili, con maggiorazione di interessi legali dalla data di ogni scadenza sino al soddisfo;

– ritenne che, contrariamente alla tesi sostenuta dalla difesa dell'appellante e fatta propria dal Tribunale, "la previsione contrattuale aggiuntiva di cui all'articolo 2 del patto integrativo" registrato prima dell'introduzione del giudizio e ritenuto efficace dal primo Giudice con motivazione espressa e non censurata "valeva a configurarsi alla stregua di controdeduzione attestante la simulazione relativa del prezzo", posta in essere per "intuibili scopi di elusione fiscale";

– osservò che, nella specie, non era configurabile un illecito "aumento" del canone, nullo L. n. 392 del 1978, ex articolo 79, in quanto "il complesso regolamento delle rispettive posizioni patrimoniali operato dalle parti conduce(va) a ritenere di essere dinanzi ad un canone di locazione fissato sin da subito in Euro 5.500 mensili: ne fa(ceva) fede il fatto che il contratto sottoscritto il 20 ottobre 2008 facesse retroagire i suoi effetti al primo maggio dello stesso anno, con la previsione di uno sconto in ragione della mancata registrazione dell'effettivo importo contrattuale";

– affermò essersi in presenza di "un contratto sottoposto a condizione sospensiva – pienamente lecita ed anzi imposta afferente alla misura del canone e legata alla registrazione del contratto reale".

Avverso la sentenza della Corte di Appello la società Alfa s.r.l. propose ricorso per Cassazione denunciando la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 1362 e 1355 cc., in riferimento all'art. 360 comma 1, n. 3, c.p.c., in ragione dell'errata interpretazione dell'atto integrativo non corrispondente alla reale comune intenzione delle parti. La ricorrente dedusse altresì la nullità delle pattuizioni di cui all'accordo integrativo alla luce dei principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 18213 del 17 settembre 2015 con la quale era stata sancita "la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, al di là e a prescindere da qualsivoglia elemento esterno all'atto". Tizio resistette con controricorso eccependo preliminarmente l'inammissibilità del gravame per violazione dell'art. 360 bis c.p.c. ed evidenziando, altresì, la correttezza dell'interpretazione e della qualificazione giuridica dell'accordo integrativo operato dalla Corte di Appello.

All'esito dell'udienza pubblica del 13 aprile 2016 la Terza Sezione Civile della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 16604 del 5 agosto 2016, trasmetteva gli atti al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, ponendo la questione così sintetizzata in sentenza: "Se, in tema di contratti di locazione ad uso diverso da quello di abitazione, nell'ipotesi di tardiva registrazione (anche) del contestuale e separato accordo recante l'importo del canone maggiorato rispetto a quello indicato nel primo contratto registrato, sia configurabile un'ipotesi di sanatoria di tale nullità, ovvero se anche per le locazioni ad uso diverso da abitazione debba far-



si applicazione del principio affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte (Cass. S.U., 17 settembre 2015, n. 18213, rv. 636471) con riferimento ai contratti di locazione ad uso abitativo, secondo il quale, su di un più generale piano etico/costituzionale, l'esclusione di una qualsivoglia efficacia sanante della registrazione tardiva consente di impedire che dinanzi ad una Corte suprema di un paese Europeo una parte possa invocare tutela giurisdizionale adducendo apertamente ed impunemente la propria qualità di evasore fiscale, e sia proprio la Corte di legittimità ad affermarne la liceità".

2. – L'interprete che si approccia alla disciplina del contratto di locazione sperimenta un senso di smarrimento dovuto alla difficoltà di inquadrare le molteplici norme speciali, sparse in una pluralità di provvedimenti, che paiono mal coordinarsi con gli istituti codicistici. I plurimi interventi legislativi, spinti dal lodevole obiettivo di contrasto all'evasione<sup>1</sup>, hanno finito, infatti, per generare un quadro confuso di difficile lettura che ha dato adito ad un ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale ancora oggi ben lontano dall'essere risolto<sup>2</sup>. Tra le questioni maggiormente

<sup>1</sup> Nonostante i tentativi del legislatore di scoraggiare la stipula di contratti di locazione "in nero" risulta però ancora particolarmente diffusa la pratica di occultare, in tutto o in parte, il canone di locazione al fisco. Sebbene negli ultimi anni si segnalino, infatti, un significativo calo delle locazioni in nero, l'ultimo dato disponibile, relativo al 2015, indicato dal "Rapporto sui risultati conseguiti in materia di misure di contrasto dell'evasione fiscale" allegato alla "Nota di Aggiornamento del Documento di Economia e Finanza 2017", stima ancora un'evasione pari a 1,33 miliardi.

<sup>2</sup> Tra i contributi più significativi si segnala Buset, G., *Alle Sezioni Unite il patto occulto di maggiorazione del canone e la locazione ad uso diverso*, in *NGCC*, 2017, 2, pp. 224 ss.; Buset, G., *Locazione non registrata e prestazione indebita di far godere*, in *NGCC*, 2017, 6, pp. 859 ss.; Buset, G., *Registrazione tardiva della locazione e sanzioni civili: interviene la Corte costituzionale*, nota a Corte Cost., 14 marzo 2014 n. 50, in *NGCC*, 2014, pp. 769 ss.; Costabile, C., *L'obbligo di registrazione a pena di nullità dei contratti di locazione: esegesi della norma e sua applicabilità ai rapporti locativi in corso stipulati prima dell'1 gennaio 2005*, nota a Trib. Palermo, 25 marzo 2009, in *Giur. Merito*, 2010, 5, pp. 1282 ss.; Cuffaro, V., *Ancora sulla nullità del contratto di locazione non registrato (soluzioni interpretative e dubbi di costituzionalità)*, in *Il corriere del merito*, 2007, 11, pp. 1241 ss.; Cuffaro, V., *Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione*, nota a Cass. Civ., sez. un., 17 settembre 2015 n. 18213, in *Giur. It.*, 2016, pp. 324 ss.; Cuffaro, V., *Il problema della mancata registrazione del contratto di locazione*, nota a Cass. Civ., sez. III, 3 gennaio 2014 n. 37, in *Giur. It.*, 2014, pp. 533 ss.; Cuffaro, V., *Orwell e il contratto di locazione: note a margine dell'art. 1, co. 50, legge 29 dicembre 2015, n. 208*, in *Il corriere giuridico*, 2016, 5, pp. 597 ss.; Cuffaro, V., *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto di locazione*, in *Riv. Dir. Civile*, 2011, 4, pp. 357 ss.; Di Marzio, M., *Anche dopo la finanziaria 2005 il contratto di locazione non registrato non è nullo*, in *Immobili e Proprietà*, 2007, 1, pp. 41 ss.; Di Marzio, M., *Ancora della nullità del contratto di locazione per omessa registrazione*, nota a Trib. Palermo, 25 marzo 2009, in *Giur. Merito*, 2010, 5, pp. 1276 ss.; Di Marzio, M., *La nullità del contratto di locazione*, in *Immobili e proprietà*, 2014, 1, pp. 37 ss.; Di Marzio, M., *La nullità del contratto di locazione per omessa registrazione*, nota a Trib. Modena, 12 giugno 2006, in *Gius. Civ.*, 2007, 2, pp. 484 ss.; Di Marzio, M., *La sorte del contratto di locazione non registrato*, in *Immobili e Proprietà*, 2009, 8, pp. 512 ss.; Di Marzio, M., *Omessa registrazione del contratto di locazione: la Corte Costituzionale cancella le sanzioni al locatore, il Legislatore le proroga*, in *Immobili e proprietà*, 2014, 7, pp. 451 ss.; Giove, S., *La registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo non è prescritta a pena di nullità*, nota a Cass. Civ., sez. III, 27 ottobre 2003 n. 16089, in *Corriere Giuridico*, 2014, 10, pp. 1342 ss.; Giove, S., *Sulla validità della clausola di aumento del canone di locazione*, nota a Cass. Civ., III sez., 1 febbraio 2000 n. 1070, in *NGCC*, 2000, pp. 43 ss.; Padovini, F., *La disciplina della locazione immobiliare fra regime attuale e prospettive future*, in *NGCC*, 2012, pp. 265



discusse rientra, senza dubbio, quella relativa alla validità di un “patto di maggiorazione” del canone coevo alla stipula del contratto di locazione. Nella prassi è infatti frequente la malsana abitudine di registrare un contratto di locazione con un canone inferiore rispetto a quello effettivamente previsto (e voluto) dalle parti in un “accordo integrativo” (o patto di maggiorazione) destinato a rimanere occulto<sup>3</sup>. Detta fattispecie configura, evidentemente, un tipico caso di simulazione parziale relativa<sup>4</sup>, che trova la propria disciplina negli artt. 1414 ss. del Codice Civile. Come è facile intuire, pertanto, il problema è esclusivamente di ordine fiscale e, come tale, dovrebbe trovare soluzione in sanzioni tributarie<sup>5</sup>. Il legislatore, invece, ripetendo gli infelici errori del passato<sup>6</sup>, ha disposto la nullità dei contratti di locazione, comunque stipulati, «se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati» (art. 1, comma 346, l. 311/2004) e ha previsto, in tema di locazione ad uso abitativo, la nullità di «ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato» (art.

ss.; PADOVINI, F., *Locazione ad uso abitativo e diritti fondamentali*, in NGCC, 2016, 1, pp. 197 ss.; PADOVINI, F., *Locazioni abitative, patti contrari alla legge e registrazione: dal rapporto di fatto all'efficacia ultrattiva?*, in NGCC, 2016, 5, pp. 985; TRONCONE, F., *Aspetti civilistici dell'obbligo di registrare il contratto di locazione (prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2016, 1, pp. 11 ss.; TRONCONE, F., *Aspetti civilistici dell'obbligo di registrare il contratto di locazione (seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2016, 2, pp. 143 ss.; ULESSI, C., Buset, G., *Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone*, nota a Cass. Civ., sez. un., 17 settembre 2015 n. 18213, in NGCC, 2016, 2, pp. 268 ss.

<sup>3</sup> La Corte di Cassazione sez. un., 17 settembre 2015 n. 18213, in NGCC, 2016, 2, pp. 268 ss. (nota di ULESSI, C., Buset, G., *Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone*) e in *Giur. It.*, 2016 (nota di CUFFARO, V., *Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione*) ha così ricostruito la fattispecie «a) Parte locatrice e parte conduttrice convengono, con accordo simulatorio, di stipulare un contratto di locazione indicando, in seno ad esso – destinato alla registrazione – un canone inferiore a quello realmente pattuito; b) Le parti redigono materialmente un contratto di locazione contenente l'indicazione di tale canone fittizio; c) Le stesse parti, con controdedichiarazione scritta (coeva alla stipula), alla cui redazione partecipano tutte e contestualmente, convengono che il canone indicato nel contratto registrato deve essere modificato in aumento, secondo quanto indicato nella controdedichiarazione stessa, avendo il locatore manifestato il proprio intento di frodare il fisco».

<sup>4</sup> In tema di simulazione è nota la distinzione tra simulazione assoluta e relativa. La prima si ha «allorché le parti, attraverso l'accordo (simulatorio) che assume esclusiva rilevanza interna tra di esse, intendono che il contratto (simulato) apparentemente stipulato sia tra loro del tutto improduttivo di effetti giuridici [...]. Diversamente nell'ipotesi di simulazione relativa nella quale il contratto dissimulato esplicita la vera intenzione delle parti diretta a realizzare effetti giuridici differenti rispetto a quelli palesati nel contratto simulato.» (VENDITTI, C., *La simulazione*, in *Diritto Civile, norme, questioni, concetti*, (a cura di AMADIO, G., MACARIO F.), I, il Mulino, Bologna, 2014, pp. 838-839. Si segnalano sul tema: AURICCHIO, A., *La simulazione nel negozio giuridico. Premesse generali*, Napoli, 1957; DISTASO, N., *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960; GENTILI, A., *Simulazione dei negozi giuridici*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 4° ed., Torino, Utet, 1999; SACCO, R., «*Simulazione (diritto civile)*», in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992.

<sup>5</sup> Del resto, l'art. 10, comma 3, ultima parte, L. 27 luglio 2000, n. 212 prevede che «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto». Sul tema si rinvia a PAPPÀ MONTEFORTE, V., *Violazioni tributarie e validità del contratto*, in *Notariato*, 2, 2009, pp. 189 ss. il quale rileva che «ogni volta che il legislatore ha fatto ricorso alla nullità del contratto per sanzionare le violazioni tributarie (situazione questa che più volte ha caratterizzato le scelte legislative), le norme hanno avuto vita breve.» Vedi altresì CUFFARO, V., *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto di locazione*, cit., pp. 357 ss.

<sup>6</sup> Si fa riferimento, in particolare, all'art. 1, r.d.l. 27.9.1941, n. 1015 che disponeva la nullità delle alienazioni immobiliari non registrate.

## JUS CIVILE



13, comma 1, l. 431/1998)<sup>7</sup>. È possibile dunque ravvisare almeno due ordini di problemi relativi alla validità di un patto di maggiorazione contestuale alla stipula del contratto di locazione: (I) il primo, concernente l'interpretazione da attribuire all'art. 13, comma 1, l. 431/1998; (II) il secondo, relativo alla possibilità di una registrazione tardiva, per così dire, "sanante". Cominciando da quest'ultimo, è opinione oramai maggioritaria in giurisprudenza che la nullità del contratto di locazione possa essere sanata, con efficacia *ex tunc*, da una registrazione tardiva<sup>8</sup>. A questa conclusione si giunge rammentando che il sistema tributario prevede il cosiddetto "ravvedimento operoso" (D.Lgs. n. 471 del 1997, ex art. 13, comma 1) «consistente nel versamento di una sanzione pecuniaria ridotta per correggere errori ed omissioni o per versare in ritardo l'imposta dovuta, alla condizione che la violazione non sia già stata constatata e comunque non siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali l'autore o i soggetti solidalmente obbligati abbiano avuto formale conoscenza<sup>9</sup>». Si argomenta, infatti, che «la tesi della nullità, che in ragione della sua atipicità, risulti sanabile con effetto *ex tunc* è coerente con i principi che sottendono al complessivo impianto normativo in materia dell'obbligo di registrazione del contratto di locazione ed in particolare con la espressa previsione di forme di sanatoria nella normativa succedutasi nel tempo e dell'istituto del ravvedimento operoso, norma che il legislatore ha mantenuto stabile nel tempo potenziandone l'applicazione<sup>10</sup>». Il problema, però, per ciò che qui maggiormente interessa, è comprendere se detta efficacia sanante possa aversi anche in caso di registrazione tardiva del solo patto di maggiorazione. A tal fine risulta preminente la questione relativa al significato da attribuire all'art. 13, comma 1, l. 431/1998: secondo una prima ricostruzione, fatta propria dalla Suprema Corte fino al 2015, la norma sancirebbe esclusivamente il *principio di invariabilità del canone in corso di rapporto*<sup>11</sup>, per cui sarebbe salvo l'eventuale patto di maggiorazione coevo alla stipula del

---

<sup>7</sup> L'art. 1, comma 59, L. n. 280/2015 ha recentemente modificato l'art. 13, comma 1, l. 431/1998 che ha attualmente la seguente formulazione: «è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato. È fatto carico al locatore di provvedere alla registrazione nel termine perentorio di trenta giorni, dandone documentata comunicazione, nei successivi sessanta giorni, al conduttore ed all'amministratore del condominio, anche ai fini dell'ottemperanza agli obblighi di tenuta dell'anagrafe condominiale di cui all'articolo 1130, numero 6), del codice civile».

<sup>8</sup> Le Sezioni Unite, nella sentenza che si annota, ricordano comunque che «nella giurisprudenza di merito si registrano soluzioni interpretative assai difformi, che riflettono il dibattito dottrinario emerso a seguito della Finanziaria del 2005, e che possono sostanzialmente ricondursi a tre orientamenti: quello dell'interpretazione antilettale della nullità conseguente alla mancata registrazione, ritenuta condizione di efficacia sanabile *ex tunc* (Trib. Modena 12 giugno 2006; Trib. R. Emilia; Trib. Firenze 1 aprile 2009; Trib. Bergamo 7 febbraio 2012); quello predicativo della nullità sanabile con effetti *ex nunc* (Trib. Napoli 19 ottobre 2009; Trib. Bari 24 ottobre 2011; Trib. Lecce 8 gennaio 2014; TAR Trento, 9.12.2010, n. 230); quello, infine, della nullità assoluta ed insanabile (Corte di appello Roma n. 3753 del 24 giugno 2015)».

<sup>9</sup> In questi termini Cass. Civ., sez. un., 17/09/2015 n. 18213, cit., p. 273.

<sup>10</sup> Cass. Civ., sez. III, 28/04/2017, n.10498, in *Guida al diritto*, 2017, 23, 44 (nota di: PISELLI, M., *Un giusto equilibrio tra le diverse esigenze dei privati e del Fisco*).

<sup>11</sup> Cass. Civ., 27.10.2003, n. 16089, in *NGCC*, 2004, I, 623 ss. (nota di CASCIONE, C., *L'art. 13 della l. n. 431/1998, tra divieto di simulazione relativa e principio di invariabilità del canone*) e in *Corriere Giuridico*, 2014,





contratto di locazione registrato tardivamente; secondo la giurisprudenza più recente, sintetizzata dalla sentenza a Sezioni Unite n. 18213 del 17 settembre 2015, la norma sanzionerebbe, invece, ogni sostituzione di un prezzo con un altro, ivi compresa, dunque, quella contestuale alla stipula del contratto registrato<sup>12</sup>. La registrazione tardiva, quindi, secondo il Supremo Collegio, non avrebbe alcuna efficacia sanante in quanto il patto sarebbe comunque contrario a norma imperativa; il contratto di locazione registrato, invece, manterrebbe la sua validità ed efficacia pur contenendo un canone apparente non corrispondente alla vera volontà delle parti. Adottando quest'ultima prospettiva, pertanto, la Suprema Corte ha sancito, nel 2015, che «*in tema di locazione immobiliare ad uso abitativo, la nullità prevista dall'art. 13, comma 1, della l. n. 431 del 1998 sanziona esclusivamente il patto occulto di maggiorazione del canone, oggetto di un procedimento simulatorio, mentre resta valido il contratto registrato e resta dovuto il canone apparente; il patto occulto, in quanto nullo, non è sanato dalla registrazione tardiva, fatto extra-negoziale inidoneo ad influire sulla validità civilistica*<sup>13</sup>».

Questo arresto giurisprudenziale, che comunque non è andato esente da critiche e perplessi-

---

10, pp. 1342 ss. (nota di GIOVE, S., *La registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo non è prescritta a pena di nullità*) aveva infatti ritenuto che «*in tema di locazioni abitative, l'art. 13, comma 1o, della l. 9.12.1998, n. 431, nel prevedere la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato (e nel concedere in tal caso al conduttore, al comma 2o, l'azione di ripetizione), non si riferisce all'ipotesi della simulazione relativa del contratto di locazione rispetto alla misura del corrispettivo (né a quella della simulata conclusione di un contratto di godimento a titolo gratuito dissimulante una locazione con corrispettivo), in tal senso deponendo una lettura costituzionalmente orientata della norma, giacché, essendo valido il contratto di locazione scritto ma non registrato (non rilevando, nei rapporti tra le parti, la totale omissione dell'adempimento fiscale), non può sostenersi che essa abbia voluto sanzionare con la nullità la meno grave ipotesi della sottrazione all'imposizione fiscale di una parte soltanto del corrispettivo (quello eccedente il canone risultante dal contratto scritto e registrato) mediante una pattuizione scritta ma non registrata [...]».* Analogamente Cass. Civ., sez. III, 03/04/2009, n. 8148, in *Giust. civ. Mass.* 2009, 4, 583 e Cass. Civ., sez. III, 07/04/2010, n. 8230, *Ced Cassazione*, 2010. Critico CUFFARO, V., *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto di locazione*, cit., pp. 369-370 «la lettura che della disposizione ha compiuto la Corte di Cassazione è certo singolare giacché attribuisce al testo normativo un significato che non sembra sottrarsi al rilievo di irrazionalità pur espressamente paventato, in quanto la soluzione prospettata non è in grado di spiegare in che modo in un sistema di libera determinazione del canone dovrebbe essere nullo il patto successivo di rideterminazione del canone (di incerta configurabilità), mentre è lecito il patto contestuale che moduli nel tempo la misura del corrispettivo. L'interpretazione additata dalla Corte appare poi in sicuro contrasto con la lettera della legge».

<sup>12</sup> La Suprema Corte ha, infatti, sostenuto che «*l'interpretazione dell'art. 13 deve [...] condursi alla stregua della più generale riflessione secondo cui già nel 1998 la volontà del legislatore era quella di sanzionare di nullità la sola previsione occulta di una maggiorazione del canone apparente, così come indicato nel contratto registrato, in guisa di vera e propria lex specialis, derogativa ratione materiae, alla lex generalis (benché posteriore) costituita dal c.d. statuto del contribuente*», per cui, ha concluso, «*non la mancata registrazione dell'atto recante il prezzo reale (attese la funzione già in precedenza specificata di controdedichiarazione), ma la illegittima sostituzione di un prezzo con un altro, espressamente sanzionata di nullità, è colpita dalla previsione legislativa, secondo un meccanismo del tutto speculare a quello previsto per l'inserzione automatica di clausole in sostituzione di quelle nulle: nel caso di specie, l'effetto diacronico della sostituzione è impedito dalla disposizione normativa, sì che sarà proprio la clausola successivamente inserita in via interpretativa attraverso la controdedichiarazione ad essere affetta da nullità ex lege, con conseguente, perdurante validità di quella sostituenda (il canone apparente) e dell'intero contratto*».

<sup>13</sup> Cass. Civ., sez. un., 17 settembre 2015 n. 18213, cit.



tà<sup>14</sup>, è esplicitamente richiamato dall'ordinanza n. 16604 del 05.08.2016 della III Sezione Civile con la quale si è rimessa al Primo Presidente la questione relativa alla possibilità di estendere i principi affermati nel 2015 anche alle locazioni ad uso non abitativo per le quali non sussiste, però, una norma analoga all'art. 13, comma 1, l. 431/1998.

**3. –** Al quesito sull'estensibilità dei principi sanciti dalla sentenza del 2015 alle locazioni ad uso non abitativo la Suprema Corte risponde con una sentenza-trattato, di ben 50 pagine, nella quale, oltre a ricostruire le tappe legislative e giurisprudenziali della travagliata disciplina in materia locatizia, si impegna in un'insolita apologia della decisione del 2015 (dello stesso relatore). La Corte, infatti, prima di entrare nel merito della questione preferisce confermare la soluzione precedentemente adottata rispondendo anche ad alcune critiche della dottrina che vengono, addirittura, esplicitamente richiamate<sup>15</sup>.

Al di là di queste digressioni, il Supremo Collegio si dice convinto che la sanzione legislativa, per omessa registrazione, si configuri in termini di nullità sopravvenuta del contratto di locazione per mancanza di un requisito extraformale di validità. A sostegno di questo convincimento si invoca la lettera dell'art. 1, comma 346, l. 311/2004 e il dictum della Corte Costituzionale che, a dire del Collegio, eleva la norma tributaria al rango di norma imperativa. Questa conclusione, secondo la Corte, non risulta scalfita né dal rilievo secondo il quale la nullità andrebbe riferita ai vizi riguardanti l'iter formativo e costitutivo dell'atto negoziale né dal tradizionale orientamento relativo al principio di non interferenza delle violazioni di carattere tributario rispetto alla validità del contratto. Il primo appunto, infatti, viene superato rilevando che nell'ordinamento esistono altre ipotesi di nullità derivanti da un difetto extragenetico (ad esempio l'art. 67 *septiesdecies* del codice del consumo); il secondo, sostenendo che la disposizione dell'art. 1, comma 346, l. 311/2004 non costituisce una prescrizione di esclusivo carattere tributario, ma introduce una sanzione civile come conseguenza di una violazione di carattere tributario.

---

<sup>14</sup> Per una critica puntuale si rinvia a ULESSI, C., Buset, G., *Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone*, cit., pp. 277 ss. e CUFFARO, V., *Aporie della giurisprudenza e pervicacia del legislatore in tema di locazione e obbligo di registrazione*, cit., pp. 332 ss. il quale ritiene poco convincente la Sentenza sul piano della argomentazione logica, della realizzazione della *ratio legis*, della razionalità della disciplina complessiva delle locazioni urbane, dell'individuazione dell'obiettivo perseguito dalla legge e del sistema del codice. Si segnala altresì il commento di RESTUCCIA, V., *La nullità della clausola simulatoria del canone di locazione*, in *Jus Civile*, 6, 2016, pp. 553 ss.

<sup>15</sup> Diversi dubbi sorgono sulla legittimità di queste citazioni posto che l'art. 118, comma 3, disp. Att. C.p.c. dispone che «in ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici». Tra l'altro, si rammenta, lo stesso articolo impone la *succinta* esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione. È pur vero che la norma è priva di sanzione ma lascia comunque perplessi la palese violazione ad opera della Suprema Corte che, mostrando di essere consapevole della forzatura, tenta di giustificarsi sostenendo che «tali considerazioni si segnalano per la loro specifica attinenza alla questione oggi nuovamente sottoposta al collegio con riferimento alle locazioni ad uso diverso da abitazione alle quali sia applicabile *ratione temporis* la L. n. 311 del 2004, e possono offrire un primo spunto interpretativo nell'analisi della fattispecie in esame».





A questo punto la Corte, prendendo atto dell'assenza di una norma analoga all'art. 13, comma 1, l. 431/1998 in materia di locazioni ad uso non abitativo, distingue l'ipotesi della tardiva registrazione del contratto di locazione, che contenga l'indicazione del canone reale, da quella dell'accordo simulatorio «cui consegua non già la tardiva registrazione dell'intero contratto che preveda, ab origine, la corresponsione del canone reale, ma quella del solo patto dissimulato ("accordo integrativo" del caso di specie) volto ad occultare un canone maggiore».

Circa la prima ipotesi, affrontata solo *en passant*, la Corte conferma la possibilità di una registrazione tardiva sanante. Conclusione, questa, cui si giunge considerando che il termine di trenta giorni, previsto per assolvere al pagamento dell'imposta di registro, non è qualificato come perentorio e che lo stesso sistema tributario consente il c.d. "ravvedimento operoso". Il problema consequenziale che si pone è, dunque, quello relativo all'efficacia di detta sanatoria ossia se la stessa operi *ex tunc* ovvero *ex nunc*. Sul punto la Corte, pur riconoscendo l'assenza di significativi indici normativi, sostiene di propendere per la prima opzione volta a far retroagire l'efficacia sanante alla conclusione del contratto. Questa soluzione, infatti, secondo il Supremo Collegio, permetterebbe di stabilizzare definitivamente gli effetti del contratto assicurando piena tutela alla parte debole del rapporto.

L'ipotesi della simulazione, invece, solleva problematiche che possono essere così riassunte: posto che nessuna norma vieta esplicitamente l'accordo simulatorio, con il quale si conviene di occultare il reale canone di una locazione ad uso non abitativo, e che la registrazione tardiva del contratto di locazione, secondo quanto sancito dalla stessa Corte di Cassazione, ha efficacia sanante *ex tunc*, ci si interroga sull'estensibilità di detta sanatoria anche al patto di maggiorazione registrato tardivamente. Sul punto la Corte ritiene non assimilabile l'ipotesi dell'omessa registrazione in toto di un contratto con un canone reale con quella dell'omessa registrazione del solo patto di maggiorazione. Il primo contratto, infatti, secondo il Collegio, non sarebbe inficiato da alcun vizio genetico ma solo dalla mancata attuazione di un obbligo ad esso conseguente, onde si ritiene sempre possibile rimediare all'omissione con una registrazione tardiva. Nel secondo caso, invece, la Corte rintraccia un'ipotesi simulatoria, monisticamente intesa<sup>16</sup>, avente una finalità di elusione ed evasione fiscale (anche se i due termini designano situazioni giuridiche profondamente differenti), che, pertanto, si pone in contrasto con la norma tributaria, elevata al rango di norma imperativa, sull'obbligo di registrazione dei contratti di locazione. In sostanza, la Corte ritiene che «trattandosi di un vizio riconducibile al momento genetico del contratto, e non (soltanto) ad un mero inadempimento successivo alla stipula (sanzionato dalla nullità testuale di cui al comma 346 della Finanziaria 2004), nelle fattispecie simulate del canone locatizio contenuto in un contratto già registrato deve allora ravvisarsi la diversa ipotesi di una nullità virtuale, secondo la concezione tradizionale di tale categoria – e, quindi, tradizionalmente insanabile ex articolo 1423 c.c.: in tal caso, infatti, la nullità deriva non dalla mancata regi-

---

<sup>16</sup> Per la Corte, infatti, il patto di maggiorazione costituisce solo uno «strumento probatorio idoneo a fornire la "chiave di lettura" del negozio apparente».



strazione (situazione suscettibile di essere sanata con il tardivo adempimento), ma, a monte, dall'illiceità della causa concreta del negozio, che una tardiva registrazione non appare idonea a sanare».

Posto, dunque, che, secondo la Suprema Corte, l'accordo simulatorio è insanabilmente nullo per contrarietà a norma imperativa, ci si interroga, ancora, sulla sorte del contratto di locazione regolarmente registrato che però contenga un canone simulato. La Corte, non potendo utilizzare la stessa argomentazione del 2015, fondata su un'interpretazione dell'art. 13, comma 1, l. 431/1998 volta a sancire l'illegittimità della sostituzione di un prezzo con un altro, si dice convinta, anche in considerazione dell'art. 79, l. n. 392/1978, che «nel caso di simulazione relativa del canone di locazione, e di registrazione del contratto contenente la previsione di un canone inferiore per finalità di elusione fiscale, si è in presenza, quanto al cd. “accordo integrativo”, di una nullità virtuale insanabile, ma non idonea a travolgere l'intero rapporto». Secondo la Corte, infatti, il comma 1 dell'art. 79, l. n. 392/1978, che dispone la nullità di «ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto o ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello previsto dagli articoli precedenti ovvero ad attribuirgli altro vantaggio in contrasto con le disposizioni della presente legge», potrebbe reinterpretersi<sup>17</sup> «nel senso che il patto di maggiorazione del canone è nullo anche se la sua previsione attiene al momento genetico, e non soltanto funzionale, del rapporto».

All'esito di queste argomentazioni, la Corte si mostra consapevole del fatto che, paradossalmente, risulti più conveniente per i locatori non registrare in toto il contratto di locazione rispetto all'ipotesi di una registrazione parziale, ma, ciò nonostante, ritiene la distinzione per nulla «priva di ragionevolezza rispetto agli interessi pubblici inerenti al prelievo fiscale, in quanto mira a spiegare proprio quell'effetto dissuasivo, inteso nel senso di non rendere conveniente alle parti la registrazione di un contratto contenente un canone simulato consentendo loro di provvedere alla registrazione dell'“accordo integrativo” solo in caso di sopravvenuto conflitto tra i contraenti – in tal guisa prefiggendosi un obiettivo conformativo ben più ambizioso rispetto a quello conseguibile dalle eventuali sanatorie a posteriori».

Posto tutto quanto sopra, il Collegio rinvia alla Corte di appello al fine dell'applicazione dei seguenti principi: «(A) La mancata registrazione del contratto di locazione di immobili è causa di nullità dello stesso; (B) Il contratto di locazione di immobili, quando sia nullo per (la sola) omessa registrazione, può comunque produrre i suoi effetti con decorrenza *ex tunc*, nel caso in cui la registrazione sia effettuata tardivamente; (C) è nullo il patto col quale le parti di un contratto di locazione di immobili ad uso non abitativo concordino occultamente un canone superiore a quello dichiarato; tale nullità *vitiatur sed non vitiat*, con la conseguenza che il solo patto

---

<sup>17</sup> La Corte, infatti, si dice consapevole che «la costante interpretazione della disposizione in parola si sia storicamente assestata, nella giurisprudenza di questa stessa Corte, nel senso che la sanzione di nullità in essa prevista abbia avuto riguardo alle (sole) vicende funzionali del rapporto, colpendo, pertanto, le sole maggiorazioni del canone previste in itinere e diverse da quelle consentite *ex lege*, e non anche quelle convenute al momento della conclusione dell'accordo».



di maggiorazione del canone risulterà insanabilmente nullo, a prescindere dall'avvenuta registrazione».

4. – Nella sua portata dirompente, la sentenza che si annota non manca di sollevare dubbi e perplessità. Invero, molteplici sono i punti critici della decisione in esame<sup>18</sup>, quanto meno in riferimento all'ipotesi, che qui più interessa, dell'omessa registrazione del solo patto di maggiorazione.

La Corte, infatti, da un lato, ricostruisce la fattispecie simulatoria in termini unitari, attribuendo all'accordo integrativo la mera funzione di «strumento probatorio idoneo a fornire la “chiave di lettura” del negozio apparente», dall'altro scinde categoricamente il contratto simulato dal patto dissimulato sancendo la validità del primo e la nullità del secondo per violazione di norma (virtuale) tributaria imperativa. Tale soluzione appare, in verità, assolutamente strabica. Se l'accordo simulatorio è infatti unico non si comprende perché, a voler ragionare come la Corte, la nullità debba colpire solo il patto di maggiorazione e non invece anche il contratto contenente un canone solo apparente, posto che l'operazione, nella sua interezza, si pone in contrasto con l'ipotetica norma virtuale imperativa. Non si comprende, ad ogni modo, perché un canone non voluto dalle parti, come provato dal patto occulto, possa essere efficace, in palese contrasto al disposto dell'art. 1414 c.c.<sup>19</sup>. Né è dato sapere, ancora, perché, nonostante l'accordo simulatorio sia nel chiaro interesse di entrambe le parti (che conseguono, ambedue, un significativo vantaggio), debba essere “punito” solo il locatore infedele e non anche il conduttore<sup>20</sup>. In sostanza, a voler ammettere che sia corretto il ragionamento della Corte sulla nullità insanabile del patto di maggiorazione, non si comprende come possa salvarsi il contratto di locazione registrato con un canone fittizio sul quale è certamente carente l'accordo delle parti.

---

<sup>18</sup> Critico nei confronti della sentenza GIGLIOTTI, F., *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*, nota a Cass. Civ., SS.UU., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *I Contratti*, 1, 2018, pp. 34 ss.; si veda anche SCARPA, A., *Regolarizzazione solo in presenza di “affitto” reale*, in *Guida al diritto*, 44, 2017, pp. 47 ss.. Si segnalano altresì le seguenti note: SALVIATO, F., *Nuovi profili di nullità del contratto di locazione non registrato*, in *Immobili & Proprietà*, 2, 2018, pp. 117 ss.; MOSCARDI, V., *La nullità del contratto di locazione non registrato alla luce della pronuncia delle SS.UU. della corte di cassazione*, in *Cammino Diritto*, 11, 2017; MARCELLO, D., *Le locazioni ad uso non abitativo. profili tributari e interferenze civilistiche, nullità e sanatorie*, in *giustiziacivile.com*, 5 febbraio 2018.

<sup>19</sup> Il contrasto con l'art. 1414 c.c. è già messo in evidenza in GIGLIOTTI, F., *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*, cit., p.45.

<sup>20</sup> Sul punto, correttamente, ULESSI, C., Buset, G., *Locazione abitativa e patto occulto di maggiorazione del canone*, cit., p. 279, in commento alla sentenza del 2015, sostengono, che «riguardo alla tutela del conduttore, sembra sfuggire ai giudici di legittimità non solo che dell'omessa registrazione quest'ultimo è compartecipe e beneficia fiscalmente (imposta di registro), ma soprattutto che lo statuto speciale di protezione del locatario d'abitazione non involge affatto il profilo della determinazione del canone (art. 2, comma 1o, l. n. 431/1998). Prospettiva corretta per inquadrare la prassi in esame è quella che muove dalla volontà del locatore, cui il conduttore aderisce, di inserire nel contratto da registrare un canone apparente *minorato* rispetto a quello liberamente e consensualmente fissato, di per sé del tutto *legittimo* nel suo ammontare, e non già quella di un locatore che intende imporre a controparte una maggiorazione del canone in precedenza pattuito».



I dubbi, ad ogni modo, non si riducono a quanto sopra ma investono la stessa conclusione relativa alla nullità insanabile del patto di maggiorazione. Nessuna norma, infatti, si ribadisce, vieta esplicitamente un accordo simulatorio in materia di locazione ad uso non abitativo e il tentativo della Corte, in senso contrario, appare palesemente forzato ed errato. Infatti, la Corte si affanna per rintracciare nell'art. 1, comma 346, l. 311/2004 la norma imperativa che sancisca la nullità (virtuale) dell'accordo simulatorio, avente la causa concreta di evadere o eludere il fisco, ma dimentica, come osservato da attenta dottrina, che «la violazione di una norma imperativa importa nullità del contratto “salvo che la legge disponga diversamente” (art. 1418, comma 1o, ult. parte). E la legge, nel caso di specie, *dispone diversamente* bensì, proprio all'art. 10, comma 3°, secondo periodo, l. n. 212/2000, il quale, escludendo che la violazione di norme tributarie costituisca causa di nullità, indirettamente sancisce che le conseguenze (sanzionatorie) della violazione vadano ricercate altrove»<sup>21</sup>.

Del resto, non è chiaro come il disporre la nullità del solo patto di maggiorazione registrato (tardivamente) possa tutelare l'interesse del fisco, posto che un canone maggiore comporterebbe un prelievo maggiore.

In definitiva, dalle argomentazioni della Corte, dalle forzature interpretative, dalle discutibili conclusioni, appare chiaro che l'obiettivo prefissato dal Supremo Collegio fosse quello di uniformare la disciplina in tema di locazioni<sup>22</sup>. L'uniformazione delle discipline, però, non può perseguirsi disinteressandosi delle conseguenze sistematiche e dei dati normativi e, comunque, non rientra tra i compiti primari del giudice. È vero, però, che sarebbe stato probabilmente più difficile giustificare la palese disparità di regime tra le locazioni ad uso abitativo, in seguito alla sentenza del 2015, e quelle ad uso diverso.

---

<sup>21</sup> Buset, G., *Alle Sezioni Unite il patto occulto di maggiorazione del canone e la locazione ad uso diverso*, cit., p. 231 in nota. Sul tema più generale dei rapporti tra disciplina civilistica e disciplina tributaria Di Rosa, G., *Abuso dell'autonomia negoziale ed elusione tributaria*, in *Osservatorio di diritto civile e commerciale*, 2016, 1, p. 41 ss., anche in ragione dei distinti angoli di osservazione e delle consequenziali (differenti) sanzioni predisposte.

<sup>22</sup> La Corte infatti vanta che «la soluzione così adottata ha il pregio di ricondurre ad unità la disciplina delle nullità e della (eventuale) sanatoria di tutti i contratti di locazione, ad uso abitativo e non».



**Non è soggetto a revocazione ex art. 687 c.c. il testamento redatto dal de cuius che, al momento della predisposizione dello stesso, avesse già dei figli, dei quali fosse nota l'esistenza, nel caso di sopravvenienza di un altro figlio.**

La revocazione è dunque correlata ad una modificazione della situazione familiare e, nella prospettiva di assicurare una tutela della posizione dei figli, si deve ritenere che la modificazione debba essere tale da creare un quadro oggettivo radicalmente mutato rispetto a quello presentatosi al testatore alla data di redazione del testamento, e che appaia quindi connotato dalla sopravvenienza di figli, di cui si ignorava l'esistenza piuttosto che dalla nascita di figli ulteriori.

*...Omissis...*

## RAGIONI IN FATTO E DIRITTO

*...Omissis...*

Il primo motivo di ricorso denuncia la violazione dell'art. 687 c.c., nella parte in cui la decisione gravata ha escluso che la sopravvenienza della figlia C. (nata il (OMISSIS)), in epoca successiva alla stesura del testamento del 26/4/1990, a sua volta predisposto allorquando erano già nati tre figli, possa configurarsi come causa idonea a determinare la revocazione del testamento ai sensi della norma citata.

Inoltre la sentenza di appello sarebbe del pari censurabile nella parte in cui ha ritenuto che la formulazione della scheda testamentaria avallasse la conclusione per cui il testatore aveva disposto ai sensi dell'art. 687 c.c., comma 3, in ragione della previsione della sopravvenienza di altri figli, mancando invece di rilevare che, a fronte dell'indicazione nominativa dei figli già in vita, non poteva ritenersi che l'assetto successorio previsto dal M. fosse idoneo a ricomprendere anche l'ipotesi della successiva nascita della figlia C.

Il motivo è infondato e deve essere rigettato.

Ed, invero quanto alla ipotesi di testamento redatto allorquando il de cuius aveva già figli e dei quali era già nota l'esistenza, in relazione al caso in cui sopravvenga un altro figlio, vale richiamare in primo luogo come la costante opinione della giurisprudenza di merito (non essendosi ancora presentata tale vicenda al giudizio di questa Corte) si sia manifestata nel senso dell'impossibilità di dare applicazione alla previsione di cui all'art. 687 c.c.

A favore della conclusione fatta propria dai giudici di merito gioca in primo luogo l'interpretazione letterale della norma che contempla l'ipotesi in cui il figlio sopravvenga rispetto alla data di predisposizione del testamento, ove la situazione familiare sia connotata dalla assenza ovvero dalla ignoranza assoluta di avere figli.

Ne deriva che, attesa la natura eccezionale della norma de qua, ne è preclusa l'applicazione in via analogica alla fattispecie qui considerata, mancando anche i presupposti per un'interpretazione estensiva, non ravvisandosi in ogni caso una discordanza tra la lettera della legge e l'intento del legislatore, che non può ritenersi essere volto a ricomprendere nell'ambito di appli-



cazione della revocazione anche la situazione in esame. Né a diverse conclusioni può condurre un'indagine che abbia riguardo a quella che è la ratio della revocazione, apparendo a tal fine indifferente aderire alla tesi cd. volontaristica ovvero a quella che invece fa leva sull'esigenza oggettiva di tutela della situazione dei figli.

In proposito, la dottrina ha espresso diversi punti di vista, in quanto, secondo alcuni, il legislatore, tramite la norma dell'art. 687 c.c., avrebbe voluto predisporre una forma di tutela della volontà del testatore che abbia ignorato l'esistenza di figli, o non abbia previsto la loro possibile sopravvenienza, mentre, secondo altri, il legislatore, tramite la norma dell'art. 687 c.c., avrebbe voluto predisporre una speciale forma di tutela degli interessi familiari, e, più precisamente, degli interessi dei più stretti familiari del *de cuius*, e cioè dei figli, lì dove ignorati o sopravvenuti.

La prima tesi cd. volontaristica, si è poi sviluppata in due varianti, in quanto accanto a chi ha sostenuto che il legislatore avrebbe inteso tutelare la volontà di chi, ignaro dell'esistenza, o non avendo previsto la sopravvenienza di figli, si sia determinato a testare in favore di soggetti che non sono né figli né discendenti, vi è invece chi ha affermato che il legislatore (più genericamente) avrebbe inteso tutelare la volontà di chi, ignaro dell'esistenza, o non avendo previsto la sopravvenienza di figli, si sia determinato a testare in modo diverso da quanto avrebbe altrimenti fatto.

La valutazione della volontà del donante dovrebbe ritenersi che costituisca effettivamente il fondamento della revocazione della donazione per sopravvenienza di figli di cui all'art. 803 c.c. in tema di donazioni, come peraltro di recente affermato da Cass. n. 5345/2017, che ha appunto ribadito che la revocazione della donazione per sopravvenienza di figli o discendenti, rispondendo all'esigenza di consentire al donante di riconsiderare l'opportunità dell'attribuzione liberale a fronte della sopravvenuta nascita di un figlio, ovvero della sopravvenuta conoscenza della sua esistenza, in funzione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione che derivano da tale evento, è preclusa ove il donante avesse consapevolezza, alla data dell'atto di liberalità, dell'esistenza di un figlio ovvero di un discendente legittimo. Né tale previsione contrasta con gli artt. 3,30 e 31 Cost., non determinando alcuna ingiustificata disparità di trattamento o lesione del diritto dei figli sopravvenuti, i quali sono tutelati solo in via mediata ed indiretta, in quanto l'interesse tutelato dalla norma è quello di consentire al genitore di soddisfare le esigenze fondamentali dei figli, sicché è proprio l'assenza in assoluto di discendenti al momento della donazione che legittima la revocazione, al fine di assicurare rilevanza giuridica ad un intimo e profondo sentire dell'essere umano, che può non essere stato valutato adeguatamente dal donante che non abbia ancora avuto figli, diversamente da quello che, avendo già provato il sentimento di amore filiale, si è comunque determinato a beneficiare il donatario, benché conscio degli oneri scaturenti dalla condizione genitoriale.

In tal caso si è appunto rilevato che l'esigenza di approntare tutela al donante si pone, in quanto con l'instaurazione di un nuovo rapporto di filiazione sorgono in capo al genitore donante nuovi doveri di mantenimento, istruzione ed educazione per il cui adempimento egli deve poter disporre di mezzi adeguati. Proprio a tal fine il legislatore consente al donante di valutare se





per la sopravvenienza di figli e per l'adempimento dei menzionati doveri sia necessario recuperare le precedenti attribuzioni patrimoniali. In sostanza l'interesse tutelato dal legislatore attraverso l'istituto della revocazione della donazione per sopravvenienza di figli è quello di consentire al genitore donante di soddisfare le esigenze fondamentali dei figli.

La norma si spiega per la complessità della psiche umana, presumendo il legislatore che il donante non può avere valutato adeguatamente l'interesse alla cura filiale, allorquando non abbia ancora figli, e quando quindi non ha ancora provato il sentimento di amor filiale con la dedizione che esso determina ed il superamento che esso provoca di ogni altro affetto.

È quindi evidente che, nell'ottica privilegiata dal legislatore, finalizzata ad assicurare rilevanza giuridica a quella che viene ritenuta essere una innata connotazione della psiche umana, la preesistenza di un figlio ovvero di un discendente legittimo alla data della donazione, escluda il fondamento applicativo della previsione, dovendosi infatti ritenere che l'atto di liberalità sia stato compiuto da chi già aveva avuto modo di provare l'affetto filiale, e che quindi si è determinato a beneficiare il donatario pur nella consapevolezza degli oneri scaturenti dalla condizione genitoriale.

Se quindi la giustificazione della norma in chiave volontaristica, e precisamente come strumento di tutela della volontà presunta del testatore, appare incompatibile con l'istituto de quo nel caso di sopravvenienza di figli, laddove il de cuius avesse già dei figli noti alla data di redazione dell'atto di ultima volontà, ad analoga conclusione deve pervenirsi anche ove invece si aderisca, concordemente alla più recente giurisprudenza di questa Corte (cfr. Cass. n. 1935/1996), alla tesi secondo cui la norma avrebbe un fondamento oggettivo individuabile nella modificazione della situazione familiare in relazione alla quale il testatore aveva disposto dei suoi beni.

Ritiene il Collegio che debba darsi seguito a tale valutazione della norma in chiave oggettiva, e nell'ottica prevalente della tutela dei figli, senza che tale soluzione si ponga in contrasto con il diverso approccio volontaristico che è invece alla base dell'esegesi della previsione di cui all'art. 803 c.c., deponendo in tal senso anche le differenze evidentemente esistenti tra le due norme.

In primo luogo, la revocazione della donazione è rimessa ad un'iniziativa del donante ovvero dei suoi eredi, ed è assoggettata ad un breve termine di decadenza, palesandosi in tal modo come la perdita di efficacia della donazione sia ricollegata ad una specifica iniziativa individuale ed al fatto che il ripensamento del donante debba intervenire in un lasso di tempo contenuto, laddove a contrario la fattispecie in esame opera di diritto, ed anche laddove il de cuius abbia potuto fruire di un termine, anche ampio, per procedere alla revoca del precedente testamento ed ad una eventuale nuova manifestazione di volontà (si pensi al caso in cui la sopravvenienza del figlio, successiva alla redazione del testamento, preceda di vari anni la morte del testatore).

Ancora, in caso di revocazione della donazione, i beni rientrano nella disponibilità assoluta del donante, che, fatti salvi i limiti derivanti dall'operare delle regole in tema di successione necessaria, può nuovamente provvedere secondo il proprio insindacabile giudizio, senza che quindi gli stessi beni oggetto della donazione revocata siano essenzialmente vincolati in favore dei figli sopravvenuti.



Viceversa, in caso di revocazione del testamento, non essendo più in vita il testatore, e non avendo in precedenza disposto altrimenti, è destinata ad operare la successione legittima, con immediato e diretto vantaggio in favore del figlio o del discendente sopravvenuto.

Ma anche la diversa connotazione giustificativa del fondamento della norma de qua in chiave oggettiva non appare idonea a far conseguire un esito favorevole alla tesi dei ricorrenti.

Infatti, come sopra detto, appare imprescindibile il dato letterale che non consente di ampliare l'ambito di applicazione della norma al caso in oggetto.

Inoltre, l'ancorare in chiave oggettiva la revocazione ad una modificazione della situazione familiare, sia pure nella prospettiva di assicurare una tutela della posizione dei figli, impone di affermare che la modificazione debba essere tale da creare un quadro oggettivo radicalmente mutato rispetto a quello presentatosi al testatore alla data di redazione del testamento, e che appaia quindi connotato dalla sopravvenienza di figli, di cui si ignorava l'esistenza.

Ciò che vuol dirsi è che non ogni mutamento della composizione del quadro familiare, quale la nascita di figli ulteriori può portare alla revocazione, ma solo quello che denoti, con la necessità anche di un richiamo alla ipotetica volontà del *de cuius*, legata alle susesposte considerazioni in merito alla preponderanza dell'affetto nei confronti dei figli, non ancora provato alla data cui risale il testamento, una situazione affatto diversa, e che possa appunto giustificare la revocazione.

Inoltre, ed a favore sempre della lettura rigorosa della previsione di cui all'art. 687 c.c., non possono trascurarsi alcuni inconvenienti che la più attenta dottrina ha avuto modo di segnalare in relazione all'ipotesi in cui invece si optasse per la revocazione anche in caso di sopravvenienza di figli ulteriori. In tal senso si pensi al caso in cui il testatore abbia deciso di non istituire il figlio a lui noto, preferendo altri soggetti ovvero che al contrario, abbia deciso di istituirlo, in tutto il suo patrimonio o anche solo in parte dello stesso.

Nel primo caso, il figlio noto, in assenza di figli sopravvenuti, potrebbe tutelare le sue ragioni solo avvalendosi dell'azione di riduzione, mentre, qualora vengano scoperti altri figli, o ne sopravvengano, e si ammettesse l'estensione dell'art. 687 c.c., verrebbe alla successione legittima, contro, però, la volontà (reale) del testatore. Nel secondo caso, sempre ammessa l'estensione analogica dell'art. 687 c.c., anziché essere soggetto all'azione di riduzione, nuovamente il figlio noto, scoperti o sopravvenuti altri figli, verrebbe alla successione legittima, ancora una volta contro la volontà (reale) del testatore.

Si è acutamente sottolineato che, anche a voler ravvisare la ratio della norma in esame nella tutela di interessi familiari, il "bilanciamento" fra questi ultimi interessi e la volontà (reale) del testatore è stato compiuto nel momento in cui sono state scritte le norme sulla successione necessaria, le quali impongono di dover reagire nel caso di lesione avverso l'atto che esprima la volontà (reale) del testatore, senza quindi poter beneficiare (al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 549 c.c.) di una caducazione automatica delle previsioni lesive dei diritti dei legittimari.

La "prevaricazione" della volontà (reale) del testatore, in vista della tutela di interessi familiari può considerarsi giustificata, solo se funzionale alla tutela dei figli ignoti al tempo del te-



stamento o sopravvenuti, come peraltro confortato dalla previsione di cui al terzo comma della norma in esame, ma non anche laddove il testatore si sia determinato a dettare le proprie volontà in presenza di figli a lui noti, essendo quindi esclusa la parificazione della fattispecie qui esaminata a quella invece puntualmente descritta dal legislatore.

Tali argomentazioni che consentono di affermare in radice l'inapplicabilità della previsione di cui all'art. 687 c.c. al caso in esame, hanno portata assorbente anche rispetto alle ulteriori critiche, mosse nel motivo in esame, e finalizzate a contestare l'affermazione del giudice di appello secondo cui in ogni caso sarebbe ravvisabile una volontà del testatore ai sensi del terzo comma dell'art. 687 c.c.

Tale norma nel disporre che la revocazione è esclusa qualora il testatore abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti, è stata intesa nel senso che l'espressione "provvedere" abbia in realtà un significato vicino a quello di "prevedere", sicché non si ritiene necessario che il testatore abbia fatto attribuzioni patrimoniali al figlio o al discendente (cfr. Cass. n. 187/1970; Cass. n. 1770/1962), e non esige quindi che vi siano delle specifiche attribuzioni in favore dei figli sopravvenuti, ma che emerga la volontà del testatore di tenere conto anche dell'ipotesi de qua.

Orbene, i giudici di merito, a fronte di una scheda testamentaria che nella parte iniziale manifestava l'intento del testatore che il P. venisse considerato espressamente come figlio così come i (veri) figli Cristiano, Marco e Tatiana, ha ritenuto con valutazione tipicamente di fatto, in quanto risolvendosi nella interpretazione delle volontà testamentarie, che la successiva previsione in punto di assegnazione al P., nei limiti della quota disponibile, di una quota successoria "totale e globale" pari a quella degli altri figli C., M. e T., in modo che non vi fossero differenze tra loro, hanno ritenuto che sia stata prevista anche l'ipotesi della sopravvenienza di figli.

Ed, invero, l'affermazione secondo cui, nonostante l'indicazione nominativa dei figli già esistenti alla data del testamento, la volontà di assicurare al controricorrente una quota esattamente identica a quella degli altri figli, facendo sì, mediante il richiamo al limite della disponibile, che ciò non potesse in alcun modo pregiudicare i loro diritti di legittimari, costituisse una previsione tale da garantire l'attuazione delle volontà testamentarie anche in presenza della nascita di altri figli (nel senso che in ogni caso occorre attribuire al P. una quota corrispondente a quella dei figli, quale che ne fosse il numero), rappresenta un'interpretazione non implausibile ovvero in insanabile contrasto con la lettera del testamento, e come tale appare sottratta al sindacato di questa Corte.

*(Omissis).*



## SULLA IMPOSSIBILITÀ DI ESTENDERE L'ART. 687 AL CASO DI SOPRAVVENIENZA DI FIGLI "ULTERIORI"

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Una pronuncia senza precedenti. – 3. La revocazione testamentaria ex art. 687 c.c. – 4. Natura eccezionale dell'art. 687 c.c. – 5. Ratio dell'art. 687 c.c. – 6. L'adesione della Suprema Corte alla teoria oggettiva. – 7. Considerazioni finali.

1. – C.M. e M.T. convenivano in giudizio P.L., dinnanzi al Tribunale di Roma, per ivi sentire dichiarare l'inefficacia di diritto, ex art. 687 c.c., del testamento del defunto M.F. in ragione della nascita della figlia C. sopravvenuta in epoca successiva alla redazione della scheda testamentaria ed in aggiunta ad altri figli esistenti al momento di confezione dell'atto di ultima volontà.

Il Tribunale adito respingeva la domanda ed avverso tale decisione gli originari attori proponevano appello.

Con sentenza n. 5025 del 26 Settembre 2013 la Corte d'appello di Roma rigettava il gravame rappresentando che la disposizione invocata non poteva trovare applicazione giacché la revocazione opera solo qualora al momento della stesura del testamento il *de cuius* non abbia o ignori di avere figli e non può essere estesa alla diversa ipotesi in cui, come nella vicenda *de qua*, sopraggiungano ulteriori discendenti rispetto a quelli esistenti o noti al momento della redazione della scheda testamentaria.

Gli appellanti proponevano, dunque, ricorso in Cassazione lamentando la violazione e falsa applicazione dell'art. 687 c.c.

La domanda dei ricorrenti viene respinta anche dalla Suprema Corte con l'ordinanza in commento.

La pronuncia in esame riveste un'importanza cruciale nel panorama giurisprudenziale in quanto per la prima volta la *vexata quaestio* relativa alla possibile estensione dell'art. 687 c.c. anche ai "figli ulteriori" viene affrontata dalla Corte di Cassazione che, in ossequio alla sua funzione nomofilattica, offre le coordinate ermeneutiche per una corretta interpretazione ed inquadramento sistematico dell'istituto della revocazione testamentaria.

2. – Con il provvedimento in epigrafe la Suprema Corte si pronuncia per la prima volta sulla



possibilità di estendere l'art. 687 c.c. anche all'ipotesi in cui il *de cuius* sia già padre al tempo del testamento e sopravvivono altri discendenti.

Sulla questione si danno numerose pronunce di merito<sup>1</sup> in cui viene espresso un orientamento negativo confermato, da ultimo, nella sentenza del Tribunale di Cosenza del 2006<sup>2</sup>, mentre non si registrano statuizioni in sede di legittimità.

Esiste, invero, una pronuncia della Cassazione del 1996<sup>3</sup>, richiamata anche dall'ordinanza in commento, che rispetto alla vicenda in esame non può assurgere al rango di precedente poiché pur occupandosi dell'art. 687 c.c. ha risolto una fattispecie differente rispetto alla revocazione testamentaria per sopravvenienza di figli "ulteriori".

In tale sentenza, infatti, la Corte ha affrontato, con esito positivo, la diversa questione relativa alla possibile caducazione del testamento nel caso in cui la sopravvenienza di un figlio naturale, in assenza di altri discendenti, non sia imputabile ad un atto di tipo volontaristico del *de cuius* (ipotesi esplicitamente annoverata nell'art. 687 c.c.), ma consegua ad un accertamento giudiziale di maternità o paternità naturale.

L'equiparazione del riconoscimento volontario all'accertamento giudiziale<sup>4</sup>, ai fini dell'operatività dell'art. 687 c.c. rappresenta, altresì, la premessa logico-giuridica della suddetta sentenza del Tribunale di Cosenza del 2006 con la significativa differenza che in quest'ultimo caso il *de cuius* al momento della stesura dell'atto di ultima volontà aveva già dei figli legittimi a favo-

---

<sup>1</sup> Cfr. *ex multis* App. Napoli, 20.08.1951, in *Foro it.*, 1952, I, 541; App. Trento, 27.8.1968, in *Giur. Mer.*, 1970, I, 316 e più di recente Trib. Lucca, 12.3.2003, in *Giur. Mer.*, 2003, 2183 in cui si afferma che "La previsione dell'art. 687 c.c., in tema di revoca di diritto delle disposizioni testamentarie nell'ipotesi di esistenza (ignorata) o sopravvenienza di un figlio del testatore non si applica se non nell'ipotesi di mancanza di figli ai tempi delle disposizioni stes- se; ove il testatore fosse già padre al tempo del testamento la revoca non è operante e – se del caso – il figlio soprav- venuto avrà il rimedio dell'azione di riduzione per lesione di legittima".

<sup>2</sup> Trib. di Cosenza, I sez., 3.02.2006 n. 213 edita in *Fam., Pers. Succ.*, 2007, IV, 312 ss. con nota di SEVERI, *L'art. 687 c.c. e gli "altri" figli sopravvenuti alla redazione del testamento*, Il Tribunale di Cosenza era stato adito dalla figlia naturale del *de cuius* il quale, pur sapendo dell'esistenza della stessa, aveva disposto con testamento olografo solo a favore dei figli legittimi e non aveva provveduto a modificare le sue ultime volontà neanche dopo il riconosci- mento giudiziale della paternità. I giudici cosentini respingono il ricorso della figlia ed affermano che "La revocazio- ne del testamento per sopravvenienza di figli si verifica solo se il testatore al tempo non aveva o ignorava di avere figli o discendenti, ma non anche nel caso di preesistenza di altri figli, fattispecie di cui l'art. 687 c.c., per la sua na- tura eccezionale non può ritenersi applicabile."

<sup>3</sup> Cass. civ. sez. II, 9.3.1996 n. 1935 in *Foro it.*, 1996, I, 1229 ss.

<sup>4</sup> Per i riferimenti dottrinali sull'equiparazione tra riconoscimento naturale e dichiarazione giudiziale di maternità e paternità si esprimono in senso favorevole CICU, *Il testamento*, Milano, 1945, 211; CASSISA, *Appunti sulla revoca- zione delle disposizioni testamentarie per sopravvenienza dei figli: nozione dei figli non esistenti o ignorati dal testa- tore al tempo del testamento*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 769 ss. In senso contrario si v. TALAMANCA, *Successioni testa- mentarie*, Art. 679-712, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1978, 216-217, il quale pur ritenendo l'art. 687 c.c. suscettibile di un'applicazione analogica reputa che nel caso in esame mancherebbe l'*eadem ratio* che giustifichi tale procedimento atteso che "fra riconoscimento volontario, cui si riferisce il dettato legislativo, e la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità sussiste infatti una profonda differenza in funzione del fondamento politico- legislativo dell'art. in esame". Per tale ragione l'autore esclude che "la mancata previsione della dichiarazione giudi- ziale di paternità o maternità possa esser, tipicamente, valutata nel senso di importare una differenza fra la volontà del testatore quale si è formata e quella ipotetica che si sarebbe formata, se tale previsione vi fosse stata."



re dei quali aveva disposto e a cui si aggiungeva la figlia naturale, nata prima della redazione del testamento, nota al testatore e solo in seguito riconosciuta giudizialmente.

I giudici cosentini, dunque, pur condividendo le argomentazioni rese dalla Cassazione nel 1996, rigettano la domanda attorea poiché la figlia – attrice era un discendente “ulteriore” rispetto a quelli esistenti e noti al tempo della redazione del testamento. Viene, pertanto, escluso che l’art. 687 c.c. possa trovare applicazione anche qualora il testatore abbia già dei figli al momento della confezione dell’atto di ultima volontà e successivamente ne sopravvivono o se ne scoprono altri.

La sentenza della Cassazione del 1996 offre un contributo non indifferente in materia. A tale pronuncia, non a caso richiamata dall’ordinanza in commento, si deve riconoscere il merito di aver indagato sul fondamento giustificativo della revocazione testamentaria aderendo alla c.d. teoria oggettiva e determinando, pertanto, un *overruling* rispetto al tradizionale orientamento ancorato alla teoria volontaristica.

Appare, inoltre, significativa in quanto ribadisce il carattere eccezionale<sup>5</sup> dell’art. 687 c.c., confermato anche dall’ordinanza in epigrafe, con la conseguente impossibilità di applicazione analogica alla vicenda in esame.

**3.** – L’art. 687 c.c. prevede una peculiare ipotesi di revocazione delle disposizioni di ultima volontà redatte da chi al tempo del testamento non aveva o ignorava di avere prole in caso di scoperta dell’esistenza o sopravvenienza di un figlio o discendente del *de cuius*, benché postumo, anche adottivo, ovvero per il riconoscimento di un figlio naturale.

L’istituto in esame solleva diverse problematiche già a partire dalla sua qualificazione giuridica.

La dottrina<sup>6</sup> è concorde nel ritenere che il termine “*revocazione*” sia stato impropriamente

---

<sup>5</sup> Si noti, infatti, che per la Suprema Corte l’applicazione della revocazione *de qua* anche all’ipotesi di accertamento giudiziale di maternità o paternità naturale non è il risultato di un procedimento analogico dell’art. 687 c.c., ma discende dal combinato disposto di tale norma con l’art. 277, I comma, c.c., “*Ad impedire un’interpretazione analogica dell’art. 687 c.c., primo comma, poi, è sufficiente la natura eccezionale di tale norma [...] non resta che da esaminare se la revoca del testamento possa essere ricollegata all’art. 277, primo comma, c.c., il quale stabilisce che la sentenza che dichiara la filiazione produce gli effetti di un riconoscimento*”. Nello stesso senso il Tribunale di Cosenza con la sentenza 213/2006 “*L’equiparazione della dichiarazione giudiziale di paternità al riconoscimento (volontario) del figlio naturale non può quindi discendere in via di interpretazione analogica dal I comma dell’art. 687 c.c., avente natura eccezionale (in quanto prevede un’ipotesi di inefficacia di un negozio giuridico) [...], ma solo per il richiamo all’art. 277 c.c.*”.

<sup>6</sup> Cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, a cura di A. Ferrucci e C. Ferrentino, tomo II, III ed., Milano, 2009, 1005; CICU, *Il testamento*, Milano, 1945, 207; PALAZZO, *Le successioni, successione testamentaria – comunione – divisione*, II ed, Milano, 2000, 831, per il quale la sopravvenienza dei figli è “*solo un fatto dedotto in condizione legale risolutiva che determina l’inefficacia del testamento. Pertanto è impropria l’espressione revocazione della rubrica dell’art. 687, come dimostra la disciplina normativa di tutto il suo contenuto*”; FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1942, 200 ss.; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 204, in particolare quest’ultimo autore partendo dalla definizione di revoca in termini di “*negozio volto ad eliminare l’efficacia di un*





utilizzato dal legislatore atteso che la norma non introdurrebbe una revoca in senso tecnico-giuridico, bensì una situazione in cui l'inefficacia del testamento discende automaticamente dalla circostanza oggettiva della sopravvenienza o scoperta della filiazione.

Al riguardo si è discusso di revoca legale<sup>7</sup>, revoca di diritto<sup>8</sup> ed infine revoca presunta<sup>9</sup>. Le alternative figure a d'uopo evocate, al di là delle diverse formulazioni adoperate, alludono tutte all'impossibilità di sussumere il fenomeno descritto nell'art. 687 c.c. nell'alveo di una revoca negoziale atteso che il venir meno dell'atto non dipende dalla volontà dell'autore dello stesso, ma da semplici fatti giuridici<sup>10</sup>.

L'art. 687 c.c. stabilisce due presupposti ai fini dell'operatività della revocazione testamentaria; "l'esistenza" e la "sopravvenienza" di figli. Entrambe le condizioni, in conformità al pacifico orientamento giurisprudenziale<sup>11</sup> e dottrinale<sup>12</sup>, devo essere intese in termini giuridici.

---

*precedente negozio*" esclude tale qualifica per la fattispecie delineata dall'art 687 c.c. sia perché la revoca *de qua* prescinde da una qualsivoglia volontà negoziale (rappresentando una conseguenza automatica della scoperta o della sopravvenienza della prole) sia perché la revoca, quale causa di inefficacia, è sempre imputabile ad un fatto successivo all'atto da revocare, mentre il rimedio di cui all'art 687 c.c. può discendere anche da una causa successiva quale la sopravvenienza della filiazione.

<sup>7</sup> CRISCUOLI, *Il testamento, Norme e casi*, Padova, 1991, 181-182; BIANCA, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 731-732. In senso contrario ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, Torino, 1951, 23-24, per il quale la qualifica di legale riferita al fenomeno delle revocazione testamentaria è inammissibile laddove riferita alla fattispecie negoziale e non a quella effettuale in quanto "è assurdo parlare di un negozio determinato da una norma di legge", pertanto l'espressione legale o di diritto andrebbe ricondotta "non già alla fattispecie negoziale, cioè all'atto del testatore, ma agli effetti di questa fattispecie o atto, e cioè ad una particolare sopravvenuta inefficacia della disposizione testamentaria"

<sup>8</sup> D'AMICO, *Revoca delle disposizioni testamentarie*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, 280.

<sup>9</sup> Per l'orientamento tradizionale l'art. 687 c.c. contemplerebbe un'ipotesi di revoca presunta in quanto fondata sulla presumibile volontà di revoca del testatore il quale difficilmente potrebbe continuare a volere le sue disposizioni poiché redatte quando ancora non esistevano o ignorava di avere prole. Si v. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, II, Milano, 1952, 392 ss.; VITALI, *Delle successioni legittime e testamentarie*, in *Tratt. Fiore – Brugi*, IV, Napoli, 1989, 172; PACIFICI-MAZZONI, *Successioni*, in *Codice civile italiano. Trattato delle successioni*, IV, *Delle successioni testamentarie*, a cura di G. Venzi, III ed., Firenze, 1906, 425 ss.

<sup>10</sup> Le incertezze sull'inquadramento dogmatico della fattispecie si riflettano anche sul conseguente piano degli effetti. Secondo l'opinione prevalente e maggiormente condivisibile l'art. 687 c.c. integrerebbe un'ipotesi di inefficacia successiva del testamento imputabile ad una causa contemporanea o conseguente alla sua redazione a seconda che derivi dall'ignoranza dell'esistenza di figli ovvero dalla loro sopravvenienza. Una tesi minoritaria, invece, invoca la controversa e discutibile categoria dell'invalidità successiva. Non manca, infine, chi definisce il fenomeno effettuale in termini di caducità o caducazione legale della originaria volontà testamentaria. In termini di inefficacia successiva cfr. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., 205-206, secondo l'autore è più corretto parlare di inefficacia del testamento in luogo di invalidità successiva non solo per la discussa ammissibilità di tale ultima categoria giuridica, ma perché ragionando diversamente si trascura la circostanza che la caducazione del testamento può derivare pure da una causa coeva alla sua confezione come nell'ipotesi di scoperta del rapporto di filiazione. Nel senso dell'inefficacia sopravvenuta si v. anche ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, cit., 24 ss., *sub nota* n. 7. Si è, invece, espresso in termini di nullità per mancanza di causa BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. civ. it.*, a cura di Vassalli, Torino, 1952, 489 ss. Per l'inquadramento *sub specie* di caducità cfr. Cicu, *Il testamento*, op. cit., 207; BONILINI, *Testamento*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV ed., vol. XIX, 369. Per la qualifica dell'art. 687 c.c. quale ipotesi di caducazione legale del testamento Bianca, *Diritto civile, II, La famiglia. Le successioni*, cit., 732.

<sup>11</sup> Cfr. la recentissima pronuncia Cass. Civ., sez. II, 5.01.2018 n. 169 edita in *Corr. Giur.*, 2018, 15 ss. in cui la

# JUS CIVILE



Quello che rileva ai fini dell'inefficacia del testamento, infatti, è l'instaurazione di un rapporto di filiazione solo in senso giuridico e non meramente naturalistico.

Ne consegue, dunque, che la revocazione si verifica anche qualora al *de cuius*, all'atto del testamento, sia nota l'esistenza di un figlio biologico che non ha riconosciuto per scelta o la cui paternità– maternità non sia stata accertata giudizialmente. La caducazione è, perciò, preclusa in caso di ignoranza dell'esistenza di figli biologici sino a quando non sia stato instaurato un rapporto giuridico di filiazione.

Il secondo comma estende la fattispecie *de qua* al figlio che sia stato concepito al tempo del testamento.

Le successive disposizioni individuano, invece, delle cause di esclusione della revocazione.

In particolare, il III comma prevede che la caducazione non ha effetto qualora il *de cuius* abbia provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi.

L'espressione "*provveduto*", secondo un pacifico orientamento tra cui anche l'ordinanza in commento<sup>13</sup>, non deve essere interpretata nel senso che il testatore deve aver effettuato delle specifiche attribuzioni patrimoniali a favore di eventuali figli sopravvenuti. Al contrario, tale locuzione assume il significato di "*prevedere*" essendo a tal fine sufficiente che emerga la vo-

---

Suprema Corte afferma che "*Tenuto conto che ciò che rileva ai fini della caducazione del testamento è la sopravvenienza o la scoperta dell'esistenza della filiazione in senso giuridico, e non anche in senso meramente naturalistico, ne segue che la sola conoscenza del rapporto di filiazione non preclude la revocazione del testamento, anche nel caso in cui la dichiarazione giudiziale di paternità intervenga dopo la morte del testatore.*". Nello stesso senso cfr. Cass. civ. sez. II. 1.03.2011 n. 5037 in *Giur. It. – Dir. Civ.*, Marzo 2012, 586 ss.; Trib. Reggio Emilia, 13.10.2006, in *Il Merito* 2007, 5, 40 ss.; Trib. Belluno, 4.05.2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2580 ss.; Trib. Catania, 12.2.2001, in *Dir. Famiglia*, 2001, 1096 ss.; Trib. Caltanissetta, 2.11.1950, in *Foro it.*, 1951, I, 378 con nota di AZZARITI, *In tema di revocazione di testamento per sopravvenienza di figli*.

<sup>12</sup> Si veda CASSISA, *Appunti sulla revocazione delle disposizioni testamentarie per sopravvenienza dei figli*, op. cit., 767 ss. per il quale la sopravvenienza viene intesa in senso giuridico e non come mero evento in senso naturalistico, pertanto la revocazione opererebbe anche a vantaggio del figlio naturale, nato prima della redazione del testamento, noto al *de cuius*, ma solo in seguito riconosciuto. Nello stesso senso ROSSI CARLEO, *Revoca degli atti (Revoca del testamento)*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, 15, il quale intende la sopravvenienza in termini giuridici e ritiene, inoltre, che dalla possibilità di applicare la revoca *de qua* anche se il figlio è stato concepito al tempo del testamento (art. 687 c.c. II comma) si possa desumere una regola generale per cui qualunque mutamento che permetta al figlio di conseguire uno *status* familiare migliore legittimi la revoca concepita come un vantaggio a suo favore.

<sup>13</sup> L'ordinanza in commento si occupa della questione incidentalmente in quanto assorbita dal rigetto della domanda principale, sul punto la Suprema Corte richiama le pronunce Cass. civ., 29.1.1970 n. 182 in *Foro It.*, 1970, I, 1124; Cass. civ. 7.7.1962 n. 17770, in *Mass. Foro it.*, 1962, 534; In dottrina si vedano ROSSI, *Il testamento*, Milano, 1988, 283, per il quale ai fini dell'esclusione della revoca non è necessaria una disposizione attributiva di beni, ma è sufficiente una dichiarazione del tipo "*Queste sono le mie disposizioni, anche se si verificasse la situazione prevista dall'art. 687 c.c.*". Altri autori, invece, pur condividendo l'assunto del carattere non necessariamente attributivo della dichiarazione ritengono che sia in ogni caso fondamentale che dalla disposizione emerga una manifestazione di volontà nei riguardi del figlio nascituro o di cui è incerta l'esistenza nonché un esplicito riferimento non tanto all'individuo come persona fisica, quanto alla nuova condizione giuridica che lo stesso avrà al momento della successione e che sia dichiarato che il lascito rimarrà immutato anche in previsione di essa. Cfr. CICU, *Il testamento*, op. cit., 211-212; ROSSI CARLEO, *Revoca degli atti*, cit., 15, D'AMICO, *Commentario al codice civile, Delle successioni*, diretto da E. Gabrielli, artt. 565-712, a cura di V. Cuffaro e F. Delfini, Torino, 2010, 902-903, CARAMAZZA, *Delle successioni testamentarie*, in *Comm. De Martino*, Novara, 1982, 513 ss.



lontà del testatore di tener conto anche dell'ipotesi di un'eventuale futura filiazione.

Infine, l'ultimo comma stabilisce che il testamento conserva i suoi effetti qualora i figli o discendenti non vengano alla successione e non si faccia luogo a rappresentazione<sup>14</sup>.

Dall'analisi delle disposizioni contenute nell'art. 687 c.c. sembra che la norma non contempli, almeno *expressis verbis*, la fattispecie – oggetto dell'ordinanza – di sopravvenienza di figli ulteriori rispetto a quelli noti o esistenti al tempo della confezione del testamento.

Se la giurisprudenza, sebbene di merito, è pacifica nel precludere l'applicazione del 687 c.c. al caso in esame, in dottrina si assiste ad un'aporia interpretativa tra posizioni favorevoli e contrarie.

Coloro<sup>15</sup> che pretendono per una soluzione positiva fanno leva sul fondamento oggettivo di tutela degli interessi familiari nonché sull'ingiustificato trattamento che, in caso contrario, si verrebbe a determinare tra figlio primogenito e successivi discendenti, disparità tale da aver sollevato, come si vedrà, anche dei dubbi di legittimità costituzionale.

Diversamente, chi<sup>16</sup> accoglie la soluzione negativa invoca la natura eccezionale dell'art. 687 c.c. che ne impedirebbe un'applicazione analogica.

---

<sup>14</sup> A tal proposito si veda Corte d'Appello di Messina, 15.04.1915 in *Foro it.*, 1922, I, 548 relativa ad un caso, determinato dal devastante terremoto del 1908, di commorienza del testatore e dei suoi figli nati dopo la stesura del testamento e dunque ivi non contemplati, in cui non fu possibile stabilire chi morì per prima e, pertanto, venne esclusa l'operatività della revoca. Sul punto CRISCUOLI, *Il testamento*, op. cit., 184, il quale ritiene che la suddetta decisione deve ritenersi corretta anche alla luce del vigente art. 687 c.c.

<sup>15</sup> A favore di un'interpretazione estensiva della norma Cfr. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 217 ss. L'autore ritiene ammissibile il procedimento analogico in quanto esclude il carattere eccezionale dell'art. 687 c.c. e ravvisa un'identità di ratio tra il caso espressamente disciplinato dal legislatore e quello in esame; CICU, *Il testamento*, op. cit. 209 ss. per il quale l'interpretazione analogica è possibile non solo per la “*eadem ratio*”, ma anche sulla base dell'utilizzo da parte del legislatore del termine “figli” al plurale (il che non comporta necessariamente quale presupposto indefettibile che il testatore non avesse alcun figlio) ed infine, la circostanza che a differenza del vecchio codice la revocazione opera anche in caso di sopravvenuto riconoscimento del figlio naturale e, dunque, laddove il testatore fosse già padre al momento di confezione dell'atto di ultima volontà. L'autore sostiene, inoltre, che volendo ravvisare la ratio della norma nell'esigenza di tutela dei figli sarebbe inconcepibile ritenere che il legislatore abbia voluto prevedere solo la tutela del primo figlio e non anche dei successivi. Sulla stessa scia cfr. CRISCUOLI, *Il testamento*, cit., 183. In senso diametralmente opposto GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, cit., 399 ss., il quale smonta tutte le argomentazioni a sostegno dell'interpretazione estensiva. In particolare, in merito alla dizione letterale della norma ritiene che non vi sia alcun dubbio che la disposizione, nella sua formulazione, alluda esclusivamente al caso di assoluta inesistenza o ignoranza di figli o discendenti, in relazione, poi, all'introduzione del riconoscimento di un figlio naturale, quale ulteriore causa di revoca, afferma che anche in tal caso si richiede, quale presupposto indefettibile, che il *de cuius* non avesse figli ulteriori o ignorasse di averli. Infine, nemmeno l'identità di ratio legittimerebbe l'applicazione analogica stante il carattere tassativo dei casi di revoca delle disposizioni testamentarie.

<sup>16</sup> L'interpretazione restrittiva dell'art. 687 c.c. è senz'altro maggioritaria in dottrina Cfr. PACIFICI MAZZONI, *Successioni*, op. cit. 429, per il quale “Non è punto necessario che al tempo del testamento il testatore avesse già o ignorasse di avere tutti i figli e discendenti che lascia in morte. Se allora un solo ne avesse avuto, e in morte ne lasci dieci, cento, alla revocazione non si fa luogo, come non farsi luogo alla medesima se nota allora gli fosse stata la esistenza di uno solo fra i molti che esistevano”; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, Napoli, 1990, 651; BRUNELLI E ZAPPULLI, *Il libro delle successioni e delle donazioni*, in *Commento al nuovo cod. Civ.*, Milano, 1951, 450-451; D'AMICO, *Revoca delle disposizioni testamentarie*, op. cit., 284-285, l'autore critica fortemente l'istituto in esame ritenendo che il carattere automatico della caducazione in aggiunta all'impossibilità di fornire una prova contraria da parte del *de cuius* finisce per mortificare l'effettiva volontà del testatore e per tale ragione suggerisce un'interpretazione il più possibile restrittiva della norma.



A favore dell'interpretazione restrittiva militerebbe anche la ricostruzione esegetica della norma.

Al riguardo può ricordarsi come la revocazione testamentaria per sopravvenienza di figli trovi il suo antecedente storico nell'art. 888 del codice civile del 1865 (il quale a sua volta riproduceva l'art. 832 dello statuto Albertino) e, ancor prima, nel diritto romano.

L'“*adgnatio*” di un “*postumus*” rappresentava, infatti, una delle cause di “*testamentum ruptum*”<sup>17</sup> ossia di testamento perfettamente valido all'atto della sua stesura, ma divenuto successivamente invalido per cause sopravvenute tra cui, per l'appunto, la nascita di un *suus* dopo la morte del *de cuius*.

Quanto invece al previgente codice civile, l'art. 888, a differenza dell'attuale formulazione dell'art. 687 c.c., non conteneva l'ipotesi di caducazione per riconoscimento di figlio naturale.

Il successivo art. 889 prevedeva l'esclusione della revoca solo in caso di premorienza del figlio o discendente sopravvenuto mentre l'ultimo comma dell'attuale art. 687 c.c. parla genericamente di mancato acquisto<sup>18</sup>.

È interessante rilevare che in sede di lavori preparatori del codice civile del 1865 era stata avanzata la proposta<sup>19</sup> di inserire accanto alla norma che disciplinava la revocazione per sopravvenienza dei figli un ulteriore articolo che si sarebbe occupato proprio della fattispecie in esame e ai sensi del quale “*Se al testatore che ha dei figli ne sopravvivono altri dopo il testamento fatto, ciascuno dei sopravvenienti avrà diritto ad una porzione di eredità uguale a quella assegnata nel testamento al figlio meno favorito*”.

La mancata riproduzione di tale disposizione nella versione definitiva del codice civile del 1865, insieme all'omessa introduzione di una norma analoga nel codice del 1942, hanno portato parte della dottrina a ritenere chiara l'intenzione del legislatore di escludere dal campo di applicazione dell'art. 687 c.c. l'ipotesi di sopravvenienza di figli “ulteriori”<sup>20</sup>.

#### 4. – I ricorrenti invocando la revocazione ex art. 687 c.c. a fronte di un *de cuius* che era già

<sup>17</sup> Per un'analisi dell'istituto Cfr., SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*, a cura di Corbino e Metro, X ed., 379 ss.

<sup>18</sup> Da qui una interpretazione estensiva dell'ultimo comma dell'attuale art. 687 c.c. in cui vengono fatte rientrare tutte le ipotesi di mancato acquisto e più precisamente: premorienza, commorienza, indegnità, assenza e rinuncia. Cfr. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, cit., 225.

<sup>19</sup> Trattasi del c.d. progetto Cassinis elaborato in sede di lavori preparatori del codice civile del 1865.

<sup>20</sup> Volgendo lo sguardo al panorama europeo merita segnare la disciplina contenuta nel BGB il cui par. 2079 individua nella sopravvenienza di un figlio una causa di invalidità del testamento. Colui che è nato o divenuto legittimario dopo la confezione della scheda testamentaria può esperire l'azione di annullamento ove non si provi che il *de cuius* avrebbe ugualmente disposto anche qualora fosse stato a conoscenza del rapporto di filiazione. Tale norma riveste – per ciò che qui rileva – un'importanza significativa poichè in sede di lavori preparatori del codice civile del 1942 era stata avanzata la proposta, successivamente respinta, di sostituire la revocazione ex art. 687 c.c. con un'azione di annullamento proprio sul modello tedesco. Il mantenimento della revoca in luogo del rimedio caducatorio rappresenta una delle argomentazioni a sostegno del fondamento oggettivo e non, già, volontaristico dell'istituto in oggetto.



padre al tempo del testamento chiedono, di fatto, un'applicazione estensiva o analogica della disposizione.

I giudici di legittimità, pertanto, si interrogano dapprima sulla possibilità di tali procedimenti interpretativi richiamando sommariamente i presupposti a tal fine previsti dal nostro ordinamento e giungendo ad conclusione negativa.

In particolare, l'interpretazione analogica sarebbe preclusa dalla natura eccezionale della norma, mentre quella estensiva dall'assenza di una discordanza (quale requisito indefettibile ex art. 14 preleggi c.c.) tra il tenore letterale della disposizione e la *voluntas legis*.

Da nessun elemento, dunque, si potrebbe dedurre che il legislatore intendesse considerare anche il caso in esame.

Nonostante il quesito ermeneutico sia risolto in poche battute non bisogna trascurarne l'importanza.

Difatti, riconoscere carattere eccezionale alla revocazione testamentaria per sopravvenienza di figli significa non soltanto escluderne l'applicazione analogica alla vicenda in commento, ma anche a tutte quelle altre e diverse fattispecie non espressamente previste dall'art. 687 c.c. e che in un futuro potranno essere sottoposte al vaglio degli operatori del diritto.

In altri termini, con l'ordinanza *de quo* si preclude esplicitamente la caducazione nel caso di "ulteriori" figli sopravvenuti ed implicitamente, riconoscendosi natura eccezionale alla norma, si elimina *in radice* ogni dubbio sulla possibilità di futura applicazione della stessa a fattispecie che esulino dal campo di operatività del 687 c.c. (basti pensare a titolo esemplificativo all'estensione analogica al coniuge sopravvenuto).

Come già rappresentato, il carattere eccezionale dell'art. 687 c.c. era già stato riconosciuto dalla giurisprudenza nella nota sentenza della Corte di Cassazione del 1996 e dal Tribunale di Cosenza del 2006 quale "*ipotesi di inefficacia (latu sensu intesa) sopravvenuta di negozio giuridico*".

Invero, anche la dottrina ha più volte invocato la natura eccezionale<sup>21</sup> della revocazione testamentaria *de qua*, non solo perché essa rappresenta un caso di inefficacia sopravvenuta di un negozio giuridico, ma anche alla luce di una serie di ulteriori riflessioni.

Innanzitutto, l'art. 687 c.c. rappresenterebbe un'eccezione al principio della prevalenza della delazione testamentaria rispetto a quella legittima in quanto determina una caducazione automatica del testamento con conseguente apertura della successione legittima<sup>22</sup>.

Costituirebbe, altresì, una "eccezionale" limitazione della volontà del testatore nel senso che

---

<sup>21</sup> In senso contrario TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 220 ss. il quale ritiene che il divieto di analogia ex art. 14 delle preleggi del c.c. si riferisca solo alle norme a fattispecie esclusiva ovvero qualora trattasi di disposizione espressamente limitata al caso particolare preso in considerazione dal legislatore. Diversamente quando, come nel caso dell'art. 687 c.c., il carattere eccezionale della norma si rifletta sul suo fondamento politico legislativo questo "potrà far sì che non si riscontrino altre fattispecie, dove individuare l'*eadem ratio*, ma non esclude dal punto di vista logico, l'applicabilità del procedimento analogico."

<sup>22</sup> Cfr. CARNEVALI, *Revocazione per sopravvenienza di figli*, in *Comm. Cian, Oppo e Trabucchi*, V., Padova, 1992, 201.



la revocazione opera di diritto anche qualora tra la redazione del testamento, sopravvenienza del figlio e morte del *de cuius* intercorra un lasso di tempo considerevole in cui il testatore avrebbe potuto, ma non ha modificato le sue ultime volontà contemplando gli ulteriori discendenti, manifestando in tal modo, per *factia concludentia*, l'intenzione di non chiamarli alla successione. La caducazione, in altri termini, opererebbe automaticamente senza cioè che vi sia la possibilità di fornire la prova contraria di una diversa volontà del testatore. Proprio in ragione della limitazione della volontà del *de cuius*, in violazione dei principi del diritto testamentario, si suggerisce un'interpretazione restrittiva della norma<sup>23</sup>.

L'art. 687 c.c. sarebbe, inoltre, derogatorio rispetto ai principi previsti dalla successione necessaria, che in assenza di tale disposizione, potrebbero essere applicati nei confronti dei figli sopravvenuti o ignoti e, per tale motivo potrebbe essere qualificata come eccezionale<sup>24</sup>.

La deroga deve essere intesa nel senso che, come prontamente rilevato anche dall'ordinanza, la revocazione testamentaria si atteggia diversamente dalla successione necessaria le cui norme *"impongono di dover reagire nel caso di lesione avverso l'atto che esprima la volontà (reale) del testatore, senza quindi poter beneficiare [...] di una caducazione automatica delle previsioni lesive dei diritti dei legittimari"*.

In sostanza, mentre l'art. 687 c.c. determina per il solo fatto della sopravvenienza una inefficacia *ex lege* dell'intera scheda testamentaria, diversamente l'operatività delle norme sulla successione necessaria è rimessa ad un'apposita iniziativa dei legittimari (azione di riduzione) e non colpisce l'intero testamento, ma solo quelle disposizioni lesive della legittima.

5. – Esclusa la possibilità di un'interpretazione analogica ed estensiva dell'art. 687 c.c., la Suprema Corte procede il suo *iter* argomentativo con un'indagine sulla reale *ratio* sottesa all'istituto della revocazione testamentaria per sopravvenienza di figli.

I giudici di legittimità rilevano che sulla questione si contendono il campo due diversi orientamenti ermeneutici<sup>25</sup>; la c.d. tesi volontaristica e quella c.d. oggettiva.

Secondo la teoria volontaristica<sup>26</sup> l'art. 687 c.c. troverebbe il suo fondamento giustificativo

---

<sup>23</sup> D'AMICO, *Revoca delle disposizioni testamentarie*, cit., 285.

<sup>24</sup> Cfr. ZACCARIA, *Testamento redatto nella consapevolezza dell'esistenza di un figlio e successivo accertamento giudiziale dell'esistenza di un secondo figlio*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2010, 3, 170 ss.

<sup>25</sup> Non manca chi ritiene che l'art. 687 c.c. sia sorretto da entrambe le rationes sul punto cfr. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, III, Milano, 2009, 1005, per il quale *"la norma è certamente ispirata alla presunta volontà del testatore, tant'è vero che essa non trova applicazione se costui ha previsto il caso che esistessero o sopravvenissero figli, ma ha altresì lo scopo di tutelare gli interessi della famiglia"*.

<sup>26</sup> La teoria volontaristica si declina in due varianti; 1) tutela della volontà del *de cuius* che, ignaro di avere prole o non avendone previsto la sopravvenienza si sarebbe determinato a disporre a favore di soggetti che non sono né figli né discendenti e nei confronti dei quali non avrebbe disposto ove avesse saputo o previsto di essere padre 2) tutela della volontà di chi trovandosi nell'anzidetta posizione abbia testato in maniera diversa rispetto a quanto avrebbe altrimenti fatto. Per i sostenitori della teoria volontaristica si vedano TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit.,





nella tutela della presumibile volontà del testatore che abbia ignorato l'esistenza di figli o non abbia previsto la loro possibile sopravvenienza.

Quella oggettiva, invece, individua la ratio nell'esigenza di tutela degli interessi familiari e, più precisamente, di quei parenti più vicini al *de cuius* e rappresentati per l'appunto dai figli ignorati o sopravvenuti.

La scelta a favore dell'una o dell'altra ricostruzione non è meramente teorica, ma si riflette sul piano pratico atteso che solo qualora si optasse per la teoria oggettiva si potrebbe predicare un'estensione dell'art. 687 c.c. proprio nell'ottica di tutela dei familiari più ristretti del *de cuius* tra i quali rientrano senza dubbio anche i figli successivi a quelli noti/esistenti al tempo del testamento. Non così, qualora il fondamento della revocazione testamentaria *de qua* si ravvisasse nell'esigenza della presunta volontà di tutela del testatore.

In realtà, la Corte si preoccupa di dimostrare come effettivamente ambedue le soluzioni precludono l'applicazione del 687 c.c. qualora il *de cuius* sia già padre al tempo del testamento e sopravvengano altri discendenti.

Sia in dottrina sia in giurisprudenza sono stati sostenuti entrambi gli indirizzi.

A sostegno della ricostruzione in termini volontaristici viene invocato il terzo comma dell'art. 687 c.c. il quale esclude che la revocazione possa spiegare effetti qualora il testore abbia provveduto per il caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi. Ne consegue, pertanto, che la volontà del *de cuius* sarebbe il presupposto da cui muove la norma in esame atteso che in presenza di un diverso volere del defunto la revocazione non si verifica<sup>27</sup>.

A questa considerazione si aggiunge la riflessione che l'art. 687 c.c. rappresenterebbe una valutazione tipica della presunta volontà<sup>28</sup> del *de cuius* il quale se fosse stato a conoscenza dell'esistenza o sopravvenienza del figlio non avrebbe disposto ovvero avrebbe testato diversamente. In altri termini la norma conterrebbe una presunzione assoluta<sup>29</sup> della volontà del testa-

---

208 ss., GANGI, *La successione testamentaria*, op. cit., 398; BIANCA, *Diritto civile, II*, op. cit., 732; AZZARITI, *Le successioni e le donazioni*, op. cit., 652, ZACCARIA, *Testamento*, cit., 172 ss.

<sup>27</sup> In tal senso cfr. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 209; GANGI, *La successione testamentaria*, op. cit., 398 per il quale la conferma del fondamento volontaristico dell'art. 687 c.c. “*si può anche argomentare dal 3 comma dello stesso articolo, in cui è stabilito che la revoca non ha luogo quando il testatore ha provveduto al caso che esistessero o sopravvenissero figli o discendenti da essi. Se in questo caso invero la revoca non è ammessa, non lo è appunto perché qui la presunzione di una volontà di revoca non è possibile*”.

<sup>28</sup> In termini di valutazione tipica della presumibile volontà del testatore si vedano GIARDINI, *Testamento e sopravvenienza*, Padova, 2003, 194 ss., per l'autore la revocazione ex art 687 c.c. rappresenta un caso di “*valutazione legale tipica, ad opera della legge, di quello che dal testamento risulti come l'intento negoziale del testatore, e ciò rispetto ad una sua ipotetica e presumibile volontà, che si ritiene si sarebbe formata allorquando egli avesse avuto contezza dell'esistenza o della sopravvenienza di figli o di discendenti*”, Cfr. anche CARNEVALI, *Revocazione per sopravvenienza di figli*, op. cit., 194 ss.; TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 207, il quale, più precisamente, nel ribadire la natura non negoziale della revoca ex art. 687 c.c. ritiene che tale norma contenga più che una valutazione tipica della presunta volontà di revoca del testamento da parte del *de cuius* una “*difformità dell'intento negoziale, come manifestato nel testamento, dalla volontà ipotetica del testatore, quale si direbbe formata tenendo conto dell'esistenza, ignorata, di discendenti o della sopravvenienza degli stessi*”. Nello stesso senso TATARANO, *Il testamento*, in *Tratt. Dir. civ. CNN.*, diretto da PERLINGIERI, Napoli, 2003, 531.

<sup>29</sup> Sul punto qualcuno parla di presunzione di volontà di revoca nel senso che secondo le regole di comune espe-



tore di non disporre a favore di soggetti estranei in caso di scoperta o sopravvenienza di un rapporto di filiazione. Sempre in una prospettiva soggettiva qualcuno ha ricostruito l'istituto in esame in termini di vizio (*sub specie* di errore<sup>30</sup>) che colpisce la volontà testamentaria formata sull'erroneo presupposto dell'inesistenza o non sopravvenienza di prole.

La conferma della connotazione volutaristica sarebbe, inoltre, fornita dalla collocazione sistematica della norma non a caso posta a chiusura della sezione contenente la disciplina della revocazione delle disposizioni testamentarie, materia, com'è noto, permeata dall'intento di tutelare il più possibile la volontà di un soggetto, che in quanto autore di un atto *mortis causa* non può essere interpellato<sup>31</sup>.

In un primo momento anche la giurisprudenza<sup>32</sup> aveva aderito a tale ricostruzione ermeneutica riscontrando nell'art. 687 c.c. una presunzione *iuris et de iure*.

La teoria volutaristica è stata per la prima volta sconfessata dalla nota e più volte citata sentenza della Cassazione n. 1935 del 1996, per la quale la revoca testamentaria ex art. 687 c.c. “non è sempre ricollegabile alla presunzione che la volontà del testatore si sarebbe formata diversamente se egli, al tempo del testamento, avesse conosciuto la sua reale situazione [...]”, ma avrebbe “[...]un fondamento oggettivo, individuabile nella modificazione della situazione familiare in relazione alla quale il testatore aveva disposto dei suoi beni”.

---

rienza si può ragionevolmente presumere che, verificatosi i fatti di cui all'art. 687 c.c., il testatore non continuerebbe a volere le sue precedenti disposizioni formulate prima della scoperta o sopravvenienza di figli Cfr. GANGI, *La successione testamentaria*, op. cit., 395. Altri autori, invece, ricollegano la presunzione non alla volontà di revoca bensì alla volontà ipotetica del testatore ossia a quella positiva che si sarebbe presumibilmente formata qualora il *de cuius* fosse stato a conoscenza dell'esistenza o sopravvenienza della prole Cfr. ALLARA, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, op. cit., 193 il quale sostiene “nell'art. 687 c.c. non si valuta una presunta successiva volizione di revoca, ma la volizione iniziale del testatore (quella che sta alla base della disposizione testamentaria) come volizione che si è formata sul presupposto di una determinata situazione familiare considerata nel momento dell'apertura della successione”.

<sup>30</sup> In questo senso TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 208, il quale sostiene che “Il legislatore si fonda cioè su un vizio della determinazione della volontà del testatore, vizio che importa la difformità del testamento da quello che il testatore stesso avrebbe voluto, ove tale previsione vi fosse stata”. Si v. anche RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, 176 il quale utilizza l'espressione “errore di previsione” con riferimento all'ipotesi di sopravvenienza, diversamente, in caso di ignoranza dell'esistenza di prole ricorrerebbe la figura dell'errore civilistico in termini di falsa rappresentazione della realtà. Questa ricostruzione è stata criticata da autori come D'AMICO, *Revoca delle disposizioni testamentarie*, op. cit., 283-284, atteso che nel nostro ordinamento giuridico non è riconosciuta la categoria dell'errore su un fatto “futuro”.

<sup>31</sup> Sul piano sistematico si osserva che qualora la ratio fosse stata quella di tutela della prole, quali familiari più stretti del *de cuius*, la disposizione sarebbe stata inserita all'interno della disciplina della successione necessaria Cfr. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 208; GANGI, *La successione testamentaria*, cit., 398.

<sup>32</sup> Cfr. Cass. Civ. 6.10.1954, n. 3298 in *Giur. it.*, 1955, I, 1003 ss.; Cass. 29.1.1970, n. 187 in *Foro it.*, 1970, I, 1124; Trib. Caltanissetta, 2. 9.1950, in *Foro it.*, 1951, I, 378. La tesi volutaristica è stata, più di recente, sostenuta anche dal Tribunale di Cosenza nella citata sentenza 213/2006 in cui i giudici di merito affermano “[...] anche la ratio legis milita a favore di detta interpretazione; si è detto infatti che la revocazione è stata prevista per l'ipotesi in cui il testatore ignorasse di avere figli in quanto in tal caso è mancata ogni considerazione dei loro interessi; nel caso in cui tale considerazione vi sia stata, il legislatore non aveva ragione di prevedere la revoca del testamento accontentandosi di garantire ai figli sopravvenuti la sola quota di riserva”. In senso conforme App. Napoli, 20.08.1951, richiamata dal Tribunale di Cosenza, in *Foro. It.*, 1952, I, 541 ss.



Prende così avvio la teoria oggettiva che individua la ragion d'essere dell'art. 687 c.c. nella necessità di tutela dei figli legittimi o naturali quale finalità essenziale che orbita attorno al diritto successorio.

Al riguardo la dottrina<sup>33</sup> ha individuato una serie di elementi a supporto di questa prospettiva.

In primo luogo, viene rilevato che da un'attenta lettura dell'art. 687 c.c. sarebbe possibile sostenere che è proprio la stessa norma a consentire la caducazione prescindendo dalla volontà del *de cuius* o, addirittura, anche contro la presumibile intenzione dello stesso di mantenere il testamento.

La possibilità di prescindere dalla volontà, quale essa sia, favorevole o contraria, del testatore sarebbe fornita esplicitamente dall'ultimo comma dell'art. 687 c.c. in base al quale la caducazione testamentaria non si verifica qualora i discendenti sopravvenuti non vengano alla successione senza che possa farsi luogo alla rappresentazione. Orbene, si è sostenuto<sup>34</sup> che aderendo alla teoria volontaristica una simile previsione non dovrebbe esistere in quanto anche in tal caso la revocazione, ove fosse realmente fondata sulla volontà presunta del defunto, dovrebbe aver luogo. La caducazione sembra, dunque, ricollegabile più che alla presumibile *voluntas* del *de cuius* alla circostanza oggettiva della sopravvenienza o scoperta di figli i cui diritti successori devono essere tutelati. Tale esigenza di tutela, chiaramente, viene meno qualora la prole non dovesse venire alla successione per qualsiasi motivo (basti pensare al caso di premorienza oppure di rinuncia) e non opera l'istituto della rappresentazione.

Ancora, la revocazione ex art. 687 c.c. trova applicazione anche a fronte di circostanze in presenza delle quali è ragionevole ritenere che il *de cuius* non intenda modificare le sue disposizioni di ultima volontà nonostante la consapevolezza di avere di figli<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Per la teoria oggettiva si vedano, CICU, *Il testamento*, op. cit., 207-208; CRISCUOLI, *Il testamento*, op. cit., 182; D'AMICO, *Revoca delle disposizioni testamentarie*, cit., 284-285.

<sup>34</sup> Si veda CALVO, *La revocazione delle disposizioni testamentarie*, in CALVO – PERLINGIERI (a cura di), *Diritto delle successioni*, II, II, Napoli, 2015, 1277 ss. In senso contrario i sostenitori della teoria volontaristica ritengono che l'art. 687 c.c., ultimo comma, più che sconsigliare confermi la natura presuntiva della revoca testamentaria. In caso mancato di acquisto da parte del figlio sopravvenuto o scoperto, infatti, verrebbe meno lo stesso fondamento politico legislativo dell'inefficacia. Cfr. TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 210; GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, op. cit., 397-398 il quale ribadisce che anche il tale ipotesi l'esclusione della revoca si giustifica in omaggio alla volontà del *de cuius* in quanto “la presunzione che egli in seguito alla scoperta dell'esistenza o alla sopravvenienza di figli ha voluto revocare il testamento, non avrebbe più fondamento, qualora tali figli non venissero alla successione e non si facesse luogo a rappresentazione, giacché in questo caso essa sarebbe eliminata da una presunzione contraria”.

<sup>35</sup> Basti pensare all'ipotesi in cui tra la data del testamento, nascita del figlio e successiva morte del testatore intercorra un intervallo di tempo tale per cui il disponente avrebbe potuto, ma di fatto non ha modificato il testamento manifestando, dunque, una verosimile volontà di non voler cambiare le sue disposizioni anche in seguito alla scoperta della sopravvenienza della prole. In tal caso, si verifica comunque la caducazione della scheda testamentaria la quale opera *ipso iure* solo in ragione della nascita del figlio senza che abbia alcun rilievo, né che possa essere fornita la prova, della presunta intenzione del testatore di mantenere in piedi le sue ultime volontà e di non voler procedere alla modifica delle stesse nonostante la sopravvenuta nascita del discendente. In senso contrario GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, op. cit., 396. Per l'autore il fatto che non l'art. 687 c.c. non offre la possibilità di fornire in concreto la prova di una volontà contraria del disponente deve essere ricondotta sia alla necessità di

# JUS CIVILE



La volontà, pertanto, più che fondamento della norma ne delimita il raggio di azione.

Lo scollamento della revocazione testamentaria dall'elemento volontaristico sarebbe, altresì, confermato dall'esegesi storica della norma.

In sede di elaborazione del codice civile del 1942 era stato proposto, con esito negativo, di sostituire la revocazione ex art 687 c.c. con un'azione di annullamento del testamento per errore del *de cuius*, sulla falsa riga della corrispondente norma ancora oggi esistente nel BGB.

L'errore quale causa di annullamento di un negozio giuridico è indissolubilmente legato ad un vizio della volontà, nel caso di specie ravvisabile nella falsa rappresentazione della realtà ignorando la presenza di un discendente.

La scelta di mantenere la revocazione e di non optare per un rimedio basato su un elemento volontaristico qual è l'azione di annullamento per errore, confermerebbe, dunque, l'intenzione del legislatore di sganciare l'operatività dell'art. 687 c.c. dalla volontà del testatore<sup>36</sup>.

Infine, ulteriore elemento che milita a favore della teoria oggettiva sarebbe la natura legale e non negoziale della revoca in quanto ricollegata a semplici fatti giuridici (sopravvenienza/ scoperta prole) e non già alla volontà dell'autore dell'atto da revocare<sup>37</sup>.

La teoria oggettiva ha trovato riscontro positivo nella giurisprudenza successiva<sup>38</sup> al 1996 nonché nella recentissima pronuncia del 5.01.2018 in cui la Suprema Corte<sup>39</sup> ha ribadito che *“il fondamento della revocazione testamentaria per sopravvenienza dei figli va individuato in un'esigenza di carattere oggettivo rappresentata dalla tutela dei figli in conseguenza di una modificazione della situazione familiare, in relazione alla quale il testatore aveva disposto”*.

---

*“evitare le spinose indagini sulla effettiva volontà del testatore”* sia alla circostanza che solitamente, nell'ipotesi in esame, la mancata revoca da parte del testatore è imputabile alla mancanza di *“tempo”*, *“possibilità”*, *“agio”* ovvero a *“semplice trascuranza”*.

<sup>36</sup> Cfr. CICU, *Il testamento*, op. cit., 207. Contro l'argomento esegetico i sostenitori della tesi volontaristica hanno rilevato come in realtà il mantenimento del meccanismo della caducazione automatica in luogo dell'azione di annullamento, più che riflettere una ratio oggettiva, sottenderebbe a un'esigenza pratico funzionale e di certezza del diritto al fine di scongiurare le criticità legate alla ricostruzione dell'esatta volontà del *de cuius* e determinate da un'azione di annullamento, GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, op. cit., 395, ZACCARIA, *Testamento*, op. cit., 175.

<sup>37</sup> In senso contrario TALAMANCA, *Successioni testamentarie*, op. cit., 207, il quale afferma che sul punto occorre distinguere, da un lato *“il congegno tecnico della norma”* ancorato al verificarsi di fatti oggettivi (scoperta e sopravvenienza prole) cui l'ordinamento ricollega sul piano effettuale l'inefficacia testamentaria senza che il volere del *de cuius* rivesta alcuna rilevanza, dall'altro il fondamento politico legislativo della norma in cui la volontà del testatore riveste il suo ruolo.

<sup>38</sup> Cass. civ., sez. II, 1.03.2011 n. 5037, cit., 586 ss.; Trib. Reggio Emilia, 13. 10.2006, cit. 40 ss.; Trib. Catania, 12.2.2001, cit. 1096 ss.

<sup>39</sup> Cass. Civ., sez. II, 5.01.2018 n. 169, cit. in *Il Corr. Giur.*, I, 2018, 15, nel caso di specie la Suprema Corte, riformando la pronuncia del giudice di merito ha ammesso che il testamento possa essere revocato ex art. 687 anche qualora la dichiarazione giudiziale di paternità intervenga dopo la morte del *de cuius* atteso che ciò che conta ai fini della caducazione automatica dell'atto di ultima volontà è la sopravvenienza o la scoperta della filiazione in senso giuridico e non anche meramente naturalistico con la conseguenza che la sola conoscenza del rapporto di filiazione non preclude la revocazione del testamento.



6. – Nell’ordinanza in epigrafe i giudici di legittimità danno atto che sulla *ratio* giustificatrice dell’art. 687 c.c. si fronteggiano le anzidette tesi.

Tuttavia muovono dalla considerazione che sia indifferente aderire all’una piuttosto che all’altra giacché in entrambi i casi si giunge alla medesima conclusione ossia all’impossibilità di applicare l’art. 687 c.c. anche all’ipotesi di sopravvenienza di figli ulteriori.

Quanto alla teoria volontaristica la Suprema Corte sostiene che essa rappresenta senza dubbio, in conformità all’orientamento più recente<sup>40</sup>, il fondamento della revocazione delle donazioni per sopravvenienza di figli o discendenti, di cui all’art. 803 c.c.

Tale norma si spiega nell’ottica di consentire al donante di rivalutare l’opportunità della sua attribuzione liberale a fronte della sopravvenienza di un figlio al fine di garantire l’adempimento degli obblighi di mantenimento, educazione ed istruzione che derivano da tale evento.

I giudici muovono dalla premessa che l’instaurazione di un nuovo rapporto di filiazione determina in capo al donante una serie di obblighi genitoriali per il cui adempimento è necessario disporre di risorse economiche adeguate.

Pertanto, deve potersi consentire al disponente la possibilità di revocare quelle liberalità in precedenza poste in essere ove il recupero di dette attribuzioni patrimoniali sia necessario per l’assolvimento di tali doveri.

L’interesse tutelato dalla norma sarebbe, dunque, quello di garantire l’adempimento degli obblighi genitoriali di mantenimento anche in relazione alla complessità della psiche umana.

Il donante che non abbia ancora figli non ha potuto valutare adeguatamente l’assetto dei suoi interessi non avendo ancora provato il sentimento di “*amor filiale con la dedizione che esso determina ed il superamento che esso provoca di ogni affetto*”.

Ciò giustifica l’impossibilità di revoca, espressamente negata dall’art. 803 c.c., ove il disponente al momento dell’atto di liberalità fosse a conoscenza dell’esistenza del figlio o di un discendente legittimo. In questo caso deve potersi ritenere che avendo già provato il sentimento di amore filiale, il donante che si sia comunque determinato a disporre lo abbia fatto nella consapevolezza degli oneri scaturenti dall’instaurazione di un rapporto di filiazione.

Per le stesse ragioni si giustifica, altresì, l’esclusione della revocazione della donazione nell’ipotesi di sopravvenienza di figli ulteriori rispetto a quelli noti o esistenti al tempo dell’atto di liberalità giacché anche in tal caso l’attribuzione patrimoniale viene disposta da un soggetto che ha già avuto modo di provare l’affetto filiale e ciononostante ha posto in essere la liberalità, senza che tale evenienza determini una ingiustificata disparità di trattamento tra figli primogeniti e sopravvenuti i quali ultimi sarebbero tutelati solo in via mediata e indiretta attraverso l’azione di riduzione.

I giudici di legittimità, infatti, escludono un contrasto tra l’art. 803 e gli artt. 3, 30 e 31 della

---

<sup>40</sup> Sul fondamento volontaristico dell’art. 803 c.c. la Suprema Corte richiama la recente pronuncia della Cass. n. 5345/2017 edita in *Corr. Giur.*, 2018, 22 ss. con nota di CICERO e CARA, *L’autonomia privata e sopravvenienze di figli. Il problema della revocazione dell’atto giuridico*. Sul punto cfr. anche MUSOLINO, *La revoca della donazione per sopravvenienza di figli. Ratio e interesse tutelato dalla norma*, in *Riv. not.*, 2017, 1167 ss.

# JUS CIVILE



Costituzione proprio alla luce dell'interesse sotteso all'art. 803 c.c. ossia quello di consentire al genitore donante di soddisfare le esigenze fondamentali attribuendo rilevanza giuridica a “*quella che viene ritenuta essere una innata connotazione della psiche umana*”.

Solo l'assenza in assoluto di figli o discendenti al momento della liberalità può giustificare la revocazione poiché solo in tal caso si può riconoscere dignità giuridica all'amore filiale, sentimento che non può essere opportunamente valutato dal donante privo di prole e che, diversamente, una volta provato non può più legittimare la revocazione.

Il medesimo percorso argomentativo viene invocato per l'ipotesi testamentaria.

La sopravvenienza di figli ulteriori rispetto a quelli noti o esistenti al tempo del testamento non può dar luogo alla revocazione in quanto si è in presenza di un *de cuius* che avendo già avuto figli, e dunque provato il sentimento paterno, non può dirsi che non abbia potuto valutare adeguatamente le sue ultime volontà in relazione ad una successiva filiazione.

Dopo aver illustrato le ragioni che pur nell'ipotesi di adesione alla teoria volontaristica precludono l'applicazione del 687 c.c. a favore dei figli “ulteriori”, la Corte rileva che alle medesime conclusioni si perviene ove si volesse accogliere la teoria oggettiva ancorata alla modificazione della situazione familiare in relazione alla quale il testatore aveva disposto dei suoi beni.

I giudici manifestano, peraltro, il loro *favor* verso il fondamento oggettivo della revocazione testamentaria, anche in ossequio alla più recente giurisprudenza di legittimità<sup>41</sup> precisando, tuttavia, che l'adesione alla teoria oggettiva non tradisce l'approccio volontaristico che, invece, rimane sotteso all'istituto della revocazione della donazione, ma si spiega nell'ottica della diversità dei due istituti, affini, ma non perfettamente sovrapponibili.

Vengono, dunque, delineati i tratti distintivi dei due rimedi che ne giustificano la diversità di ratio.

Innanzitutto, la revocazione della donazione ex art. 803 c.c. è rimessa ad una iniziativa del donante o dell'erede e soggiace ad un breve termine di decadenza di talché l'eventuale ripensamento del disponente deve avvenire entro un lasso di tempo contenuto.

Non così la caducazione testamentaria ex art. 687 c.c. che opera automaticamente di diritto e, come osservato in precedenza, anche qualora il testatore abbia avuto un considerevole intervallo temporale tra stesura del testamento, sopravvenienza del figlio e morte tale da poter manifestare un cambiamento di idee rispetto alle ultime volontà espresse.

Ancora, i beni oggetto delle liberalità revocate rientrano a pieno titolo nel patrimonio del donante il quale può decidere di disporne a proprio piacimento, salvo i limiti derivanti dalla successione necessaria, ma senza alcun vincolo di destinazione a favore dei figli sopravvenuti.

Al contrario, la revocazione ex art. 687 c.c. determina la caducazione di tutte le disposizioni testamentarie con conseguente apertura della successione legittima certamente più favorevole per il figlio sopravvenuto.

---

<sup>41</sup> La Suprema Corte richiama qui la nota sentenza Cass. n. 1935-1996, cit., 1229 ss., che per prima si è pronunciata a favore della teoria oggettiva.





Pur avallando la teoria oggettiva, l'art. 687 c.c. viene ritenuto inapplicabile alla vicenda in esame.

Viene richiamato, dapprima, l'ostacolo derivante dal dato letterale della norma, elemento utilizzato in premessa per escluderne l'applicazione analogica o estensiva.

Tuttavia è nella ricognizione esatta della teoria oggettiva che si coglie la vera ragione preclusiva.

Il fondamento della revocazione testamentaria per sopravvenienza di figli si rinviene, ad avviso della Corte, nella modificazione della situazione familiare nel senso che rispetto al momento in cui è stato redatto il testamento il quadro familiare deve presentarsi “*radicalmente mutato*” come nel caso di sopravvenienza o scoperta del primo figlio in cui il *de cuius* prova per la prima volta l'amore filiale.

Non ogni modifica del nucleo familiare, dunque, legittima la revocazione.

Nel caso di sopravvenienza di figli ulteriori il testatore, come ravvisato in precedenza, ha già conosciuto il sentimento genitoriale e non si può, dunque, ritenere che vi sia stato uno stravolgimento radicale della situazione familiare tale da giustificare la caducazione del suo testamento.

La Suprema Corte prosegue il suo impianto motivazionale illustrando gli inconvenienti cui si andrebbe incontro qualora si estendesse la revocazione anche all'ipotesi in cui il *de cuius* fosse già genitore.

Più precisamente, vengono prospettate due ipotesi diametralmente opposte; il caso in cui il testatore consapevole dell'esistenza del figlio lo abbia pretermesso preferendo altri soggetti e quello, contrario, in cui il *de cuius* abbia deciso di istituire erede il figlio a lui noto in tutto il suo patrimonio o parte di esso.

In entrambe le ipotesi delineate applicando il 687 c.c. ai figli sopravvenuti rispetto a quello noto si determinerebbe una violazione della volontà reale del testatore.

Difatti, nel primo caso il figlio pretermesso potrebbe agire in riduzione, mentre, qualora sopravvenissero altri figli, applicando il 687 c.c., si verificherebbe la caducazione dell'intera scheda testamentaria ed il figlio noto sarebbe chiamato alla successione legittima contro la volontà reale del testatore e ricevendo un'eredità più ampia da parte del genitore.

Al contrario nel secondo caso, il figlio noto, sopravvenuta altra prole, anziché essere soggetto all'azione di riduzione verrebbe alla successione legittima ricevendo, questa volta, una quota di eredità nettamente inferiore e, anche qui, contro la volontà reale del *de cuius* così come espressa nel testamento.

Sostiene, dunque, la Corte che anche a voler individuare la ratio del 687 c.c. nell'esigenza di tutela degli interessi dei familiari più stretti non può predicarsene l'estensione all'ipotesi in cui il *de cuius* sia già padre all'atto di confezione del testamento e sopravvengano altri figli.

Il bilanciamento degli interessi dei familiari con la tutela della volontà reale del testatore è già stato realizzato dal legislatore mediante le norme sulla successione necessaria.

Quest'ultime, nel caso di violazione degli interessi degli eredi legittimari consentono di poter reagire contro la volontà reale del *de cuius* mediante un'azione (quella di riduzione) che colpi-



sce solo la disposizione lesiva e non attraverso la caducazione dell'intero testamento, proprio al fine di contenere il più possibile la modificazione della volontà espressa dal testatore.

I giudici, dunque, concludono che la “prevaricazione” della volontà del *de cuius* a favore degli interessi dei familiari, in una disciplina quale quella testamentaria permeata dall'elemento volontaristico, si può giustificare solo al fine di tutelare i figli non noti al tempo della redazione del testamento ovvero sopravvenuti e non anche nell'ipotesi significativamente diversa in cui il testatore si sia determinato a disporre in presenza di figli a lui conosciuti ovvero qualora ad essi ne sopravvengano altri.

7. – La soluzione offerta dalla Suprema a Corte non può che essere salutata con favore in quanto coerente con il nostro sistema e rispettosa delle regole ermeneutiche dettate dagli artt. 12 e 14 delle preleggi del codice civile, quale primo parametro da interpellare a fronte di un dubbio interpretativo– applicativo.

L'estensione dell'art. 687 c.c. al di fuori delle fattispecie in esso letteralmente previste si tradurrebbe in un'operazione analogica o estensiva eseguita in assenza degli ineludibili presupposti di legge.

Non solo.

L'ordinanza in commento riveste un'importanza significativa e non trascurabile poiché si tratta della prima pronuncia di legittimità sulla questione in cui, con l'autorità di un provvedimento della Corte di Cassazione, organo nomofilattico per eccellenza, si esclude non solo l'applicazione dell'art. 687 c.c. all'ipotesi di figli ulteriori, ma si ribadisce, altresì, natura eccezionale alla suddetta norma e, pertanto, si precludono anche ulteriori applicazioni analogiche della stessa.

Alla pronuncia si deve, dunque, riconoscere l'innegabile funzione di orientare gli interpreti eliminando future incertezze applicative.

Certo non manca chi <sup>42</sup> paventa il rischio che una siffatta soluzione possa determinare una disparità di trattamento successorio tra figli primogeniti noti all'atto di confezione del testamento e successivi discendenti.

I primi, una volta istituiti conserveranno quanto disposto in loro favore anche qualora si trattasse di una quota di eredità che va ben oltre la legittima. Diversamente, coloro che sopravvengono o vengono scoperti successivamente al primo figlio, in quanto pretermessi, potranno ottenere solo la quota disponibile.

Tuttavia si tratta di un'obiezione facilmente superabile.

In realtà, come accennato, queste critiche avevano addirittura fatto sorgere dei dubbi di legittimità costituzionale intorno all'art. 687 c.c. proprio per violazione dell'art. 3 della Cost.

---

<sup>42</sup> Si veda HERCOLANI, *La revocazione del testamento per esistenza o sopravvenienza di figli*, in *Fam., Pers. Succ.*, 5, 2017, 457.



Ma, come prontamente osservato dalla giurisprudenza di merito<sup>43</sup>, nessuna censura di incostituzionalità può essere mossa contro l'interpretazione restrittiva dell'art. 687 c.c. poiché manca nel nostro ordinamento un principio che impone al *de cuius*, al di fuori dei limiti posti dalla successione necessaria che incide solo sul patrimonio indisponibile, un eguale trattamento successorio nei confronti dei figli.

Nel rispetto della quota di riserva, il genitore ben può, dunque, decidere di disporre della disponibile in misura più favorevole per un figlio piuttosto che per un altro essendo rimessa alla volontà del *de cuius* la modalità di distribuzione delle sue ricchezze per il tempo successivo alla sua morte. Piuttosto è preferibile l'interpretazione restrittiva della revocazione testamentaria per sopravvenienza dei figli in quanto è indubbiamente più rispettosa della volontà del defunto, elemento, questo da cui muove tutta la disciplina della successione per testamento.

Il contrasto con l'art. 3 della Cost. viene, d'altronde, escluso anche dall'ordinanza in commento sebbene con riferimento al diverso istituto della revocazione della donazione.

La Suprema Corte invocando il sentimento di amore filiale e la complessità della psiche umana evidenzia come la sopravvenienza del primo figlio è situazione significativamente differente dalla nascita di figli ulteriori, da qui la ragionevole diversità di trattamento delle due fattispecie.

Parimenti deve negarsi che profili di incostituzionalità possano derivare dal diverso trattamento riservato, in caso di pretermissione, ai figli noti tutelati dalle norme sulla successione necessaria e quelli ignoti o sopravvenuti che godono del regime giuridico e processuale più favorevole previsto dall'art. 687 c.c.

Sulla questione, infatti, è stato rilevato<sup>44</sup> che in materia di successione l'art. 42, IV comma della Cost., prevede una riserva di legge in ragione della quale spetta al legislatore, nella più ampia libertà, dettare i limiti della successione legittima e testamentaria purché sia sempre assicurata la tutela della famiglia *ex art. 29 Cost.*

Prevedere una disciplina peculiare per i figli sopravvenuti o ignoti rispetto a quella generale dettata dalla successione necessaria per i figli conosciuti non viola l'art. 29, ma riflette la scelta del legislatore di accordare una tutela rafforzata a fronte di una certa situazione familiare – sopravvenienza e scoperta di prole – differente rispetto alla conoscenza dell'esistenza di figli e che dunque rende ragionevole la diversità di trattamento.

Anche la preferenza verso la teoria oggettiva merita di trovare un riscontro favorevole.

È vero che la categoria della successione necessaria oggi è entrata in crisi e molti<sup>45</sup> ne

---

<sup>43</sup> App. Trento, 27.08.1968, cit., 318.

<sup>44</sup> Si veda App. Napoli, 20.08.1951, cit., 543. Per i riferimenti dottrinali cfr. ZACCARIA, *Testamento*, cit., 170 ss.

<sup>45</sup> Sulla opportunità di rivisitare l'istituto della successione necessaria si veda DELLE MONACHE, *Abolizione della successione necessaria?* in *Riv. not.*, 2007, 815 ss. il quale osserva come la successione necessaria, più legata ad un'uguaglianza formale che sostanziale dei legittimari, possa, di fatto, rappresentare un ostacolo ad una congrua distribuzione delle sostanze del *de cuius* impedendo di rimuovere situazioni di disparità eventualmente esistenti nel nucleo familiare e si domanda, pertanto, "Come può la legittima fungere da strumento perequativo nel momento stesso

## JUS CIVILE



suggeriscono una rivisitazione alla luce della nuova fisionomia della famiglia non più connotata da una struttura gerarchica e patriarcale a fronte della quale sacrificare la *voluntas* reale del defunto.

Tuttavia, non può revocarsi in dubbio che ravvisare la ratio dell'art. 687 c.c. nell'esigenza di tutela della prole piuttosto che nell'elemento volontaristico appare più fedele al dato letterale laddove la volontà più che fondamento giustificativo rappresenta un limite applicativo degradando dal ruolo di protagonista a voce fuori campo.

---

*in cui impone, ad es., che, in presenza di un figlio bisognoso, perché incapace, e di altro figlio invece dotato di consistenti mezzi, anche a quest'ultimo sia destinata una parte del patrimonio ereditario?"; Cfr. anche AMADIO, La successione necessaria tra proposte di abrogazione ed istanze di riforma, in Riv. not., 2007, 804 ss. il quale con riferimento alla normativa sulla successione necessaria parla di "obsolescenza assiologica" dovuta alla "mutata configurazione del modello familiare assunto a base della disciplina: diverso per ambito, non più allargato della famiglia patriarcale, ma quello nucleare e ristretto, della comunità genitori – figli; diverso per funzione, non più produttiva e "politica", ma semmai affettivo– assistenziale[...]" da qui la sentita esigenza di rivalutare il fondamento della "successione ereditaria endofamiliare" che "da strumento attuativo di una trasmissione generazionale (e quindi verticale) di una ricchezza, nella quale trova espressione l'interesse della famiglia (come stirpe), si ridefinisce come salvaguardia di interessi individuali di una cerchia di soggetti, legati (per così dire "in orizzontale") da vincoli di solidarietà e di affetti"; Nello stesso senso cfr. LAZZARO, La successione necessaria nella transazione verso la nuova famiglia solidale e complessa, Monografie di Diritto e Processo a cura di A. Palazzo, vol. 19, Istituto per gli Studi Economici e Giuridici "Giacchino Scaduto", Roma – Perugia– Mexico, 2016, 140 ss. L'autore valuta la necessità di una riforma della successione necessaria in chiave solidaristica atteso che l'attuale disciplina sembrerebbe disinteressarsi della tutela dei soggetti c.dd. deboli (per esempio eventuali legittimari portatori di handicap o coniuge superstite che versi in stato di bisogno economico o presenti particolari condizioni psico-fisiche). Suggestisce, pertanto, una rivisitazione della normativa in cui la disposizione testamentaria sia "orientata verso parametri "qualitativi, più che "quantitativi, in modo da soddisfare le aspettative dei legittimari maggiormente bisognosi, a discapito dei più abbienti, realizzando in tal modo una sorta di uguaglianza sostanziale, in linea con i dettami costituzionali di cui all'art. 3, comma 2 Cost."*



## LA RESPONSABILITÀ SANITARIA FRA TRADIZIONE E RINNOVAMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il superamento del contatto sociale. – 3. L'obbligo di attenersi alle linee guida nel quadro della distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato. – 4. La correlazione tra il rispetto delle linee guida e la quantificazione del danno risarcibile. – 5. Le clausole *claims made* nei contratti di assicurazione della responsabilità civile. – 6. Conclusioni.

1. – Il recente avvento della disciplina contenuta nella c.d. Legge Gelli-Bianco<sup>1</sup> ha decisamente accentuato una delle caratteristiche più note della responsabilità civile sanitaria, vale a dire quella di costituire una materia che, pur nella sua specificità, impone di confrontarsi con questioni di portata più generale che la trascendono e finiscono per interessare snodi nevralgici della responsabilità civile nonché della teoria generale dell'obbligazione e del contratto<sup>2</sup>.

Senza escludere che se ne possano individuare di ulteriori, sono (quantomeno) quattro i profili di emersione di questo fenomeno.

2. – Il più conosciuto punto d'intersezione tra la nuova disciplina della responsabilità sanitaria e le questioni generali di cui si è detto sopra si incontra nell'art. 7, comma 3 della Legge Gelli-Bianco, che riconducendo nell'alveo della responsabilità aquiliana la responsabilità del professionista sanitario che non operi «nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente» preclude in modo assai netto la possibilità di continuare ad utilizzare la teoria del contatto sociale<sup>3</sup> al fine di attrarre al regime contrattuale la responsabilità da *malpractice* del

---

<sup>1</sup> L. 8 marzo 2017, n. 24, recante «Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie».

<sup>2</sup> Per queste diffuse considerazioni v., fra i più recenti contributi in materia, E. QUADRI, *Considerazioni in tema di responsabilità medica e di relativa assicurazione nella prospettiva dell'intervento legislativo*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 28; G. PALMA, *Vecchi problemi e nuove prospettive in tema di responsabilità medica*, in *Europa dir. priv.*, 2016, 913.

<sup>3</sup> Ciò che l'anodino rinvio all'«obbligo di cui all'art. 2043 del codice civile» precedentemente contenuto nell'art. 3, comma 1 della c.d. Legge Balduzzi (d.l. 13 settembre 2012, n. 158, recante «Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute», poi convertito con la l. 8 novembre 2012, n. 189) non era invece riuscito a fare, sollevando, anzi, un'estenuante discussione dottrinale e giurisprudenziale intorno alla natura della responsabilità del medico non direttamente contraente con il paziente: per una sintesi al riguardo, v. fra i tanti, C. SCOGNAMIGLIO, *La natura della responsabilità del medico inserito in una struttura ospedaliera nel vigore della l. n. 189/2012*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1988 ss.; F. SALESIA, *Dalla legge Balduzzi alla riforma Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 28 ss.



medico che – operando, per esempio, come dipendente di una struttura sanitaria pubblica o privata – non abbia stipulato con il malato alcun negozio idoneo a far sorgere un’obbligazione di cura<sup>4</sup>.

Al di là delle perplessità sollevate dalla tecnica normativa utilizzata dal legislatore<sup>5</sup> e dal dubbio «se sia legittima una “mutilazione” di questo genere, che ha portato alla “decontrattualizzazione” della responsabilità da contatto sociale»<sup>6</sup>, l’operazione intrapresa con la norma sopra richiamata non può non suscitare l’interrogativo in merito a quali possano essere le sorti future di quella elaborazione teorica in tutti gli altri numerosi ambiti, diversi da quello qui considerato, in cui la giurisprudenza ha ritenuto di farvi ricorso: ambiti che spaziano, per ricordarne solo alcuni, dalla responsabilità dell’insegnante per i danni cagionati dall’allunno a se stesso a quella del notaio verso l’istituto di credito mutuante in caso di visura eseguita in modo negligente su incarico dell’aspirante mutuatario, passando per la responsabilità del mediatore per violazione dell’obbligo d’informazione nei confronti delle parti *ex art.* 1759 cod. civ.<sup>7</sup>, la responsabilità della banca per aver consentito ad un soggetto non legittimato l’incasso di un assegno non trasferibile e quella di colui che abbia violato il dovere di correttezza previsto dall’art. 1337 cod. civ. con riguardo alla fase delle trattative contrattuali<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> A tale riguardo, coglie senz’altro nel segno chi ritiene che solamente facendo leva su «eccentrici vizi interpretativi» si potrebbe tentare di sostenere la contraria tesi secondo cui il contatto sociale sarebbe suscettibile di essere ancora invocato nonostante le «cristalline indicazioni» dell’art. 7, comma 3 della Legge Gelli-Bianco (sono parole di F. GELLI – M. HAZAN, *La riforma “Gelli”, principi ispiratori e coordinate di base*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 18; per analoghi rilievi, v. pure G. ALPA, *Ars interpretandi e responsabilità sanitaria a seguito della nuova legge Gelli-Bianco*, in *Contr. impr.*, 2017, 732 s.).

<sup>5</sup> Com’è stato evidenziato, «è invero obiettivamente a dir poco anomala la scelta del legislatore di qualificare esso stesso – nel segno, appunto, della sussumibilità nello schema dell’illecito aquiliano – una categoria di ipotesi della realtà concreta [...]. Costituisce un’osservazione addirittura banale che al legislatore non spetta la qualificazione della fattispecie concreta, ma semplicemente la predisposizione della disciplina della medesima, che compete, poi, all’interprete, ed in particolare al giudice, interpretare. In altre parole, un testo normativo che avesse voluto stroncare l’indirizzo giurisprudenziale [...] ben avrebbe potuto farlo semplicemente introducendo una disciplina di diritto speciale della responsabilità del medico, caratterizzata da peculiari regole in materia di riparto dell’onere della prova, di durata del termine prescrizione, di ambito del danno risarcibile, in ipotesi modellate su quelle proprie della responsabilità aquiliana. La scelta di tecnica legislativa in questa occasione adottata rappresenta invece una modalità inappropriata [...]» (sono parole di C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta, modelli di responsabilità e risarcimento del danno nella nuova legge sulla responsabilità sanitaria*, in *Corr. giur.*, 2017, 747 s.; ID., *Il nuovo volto della responsabilità del medico. Verso il definitivo tramonto della responsabilità da contatto sociale?*, in *Resp. med.*, 2017, 40; per analoghe considerazioni, v. pure R. PARDOLESI, *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in *Danno resp.*, 2017, 265).

<sup>6</sup> Per un’approfondita riflessione al riguardo, v. R. CALVO, *La «decontrattualizzazione» della responsabilità sanitaria*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 465 ss., al quale appartengono pure le parole riportate nel testo.

<sup>7</sup> Sulla scorta dell’idea che la mediazione non avrebbe natura negoziale e costituirebbe un’attività giuridica in senso stretto.

<sup>8</sup> V., anche per ulteriori esempi di applicazione giurisprudenziale della tesi del contatto sociale e i relativi riferimenti, A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del «contatto sociale»)*, in *Riv. dir. civ.* 2013, 92 ss.; P. GALLO, *Quale futuro per il contatto sociale in Italia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1759 ss.; E. VINCENTI, *La responsabilità da contatto sociale nella giurisprudenza di legittimità*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 2065 ss.





Se, infatti, le previsioni dell'art. 7, comma 3 della Legge Gelli-Bianco di per sé non precludono in alcun modo l'utilizzabilità della tesi del contatto sociale in settori della responsabilità civile diversi da quello sanitario, non si può invero disconoscere che con le stesse il legislatore è intervenuto a delegittimare la tesi in discorso proprio nell'ambito nella quale essa era stata per la prima volta accolta dalla giurisprudenza<sup>9</sup> e ha così portato quello che è stato autorevolmente definito un «assalto alla “cittadella” della responsabilità da contatto sociale»<sup>10</sup>. Alla luce di questo rilievo, allora, è del tutto naturale chiedersi, in una prospettiva sistematica, se – e fino a che punto – ciò potrà indurre gli stessi giudici a ridimensionarne la portata applicativa al di fuori dalla responsabilità medica<sup>11</sup>, anche se allo stato attuale parrebbe davvero azzardato provare a formulare previsioni al riguardo<sup>12</sup>.

3. – Costituisce un'altra importante novità della nuova disciplina l'introduzione di un sistema di accreditamento formale affidato alle istituzioni delle linee guida rilevanti nell'esercizio dell'attività sanitaria, le quali dovranno essere elaborate da soggetti individuati dall'art. 5, comma 1 della Legge Gelli-Bianco e verranno pubblicate, previa verifica di alcuni requisiti indicati dalla legge stessa, nel sito *internet* dell'Istituto superiore di sanità ai sensi del comma 3 dell'articolo appena citato. Sempre l'art. 5 della legge dispone poi che, fatte «salve le specificità del caso concreto», il medico deve «attenersi» a queste linee guida<sup>13</sup>, così spostando il baricentro dell'attenzione – rispetto a quanto avveniva con l'art. 3 della Legge Balduzzi – dal profilo della responsabilità (innanzitutto penale) a quello della conformazione della condotta stessa del sanitario, della quale viene ulteriormente portato avanti quel processo di 'oggettivizzazione' rispetto a *standard* predefiniti<sup>14</sup> che da tempo è stato intrapreso dalla giurisprudenza<sup>15</sup>.

Queste considerazioni inducono a riflettere su quelle che possono essere considerate le caratteristiche peculiari della prestazione medica nella prospettiva della tradizionale e più

---

<sup>9</sup> Con la celebre Cass. 22 gennaio 1999, n. 589, in *Corr. giur.*, 1999, 441, con nota di A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*.

<sup>10</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., 746; ID., *Il nuovo volto*, cit., 38.

<sup>11</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo volto*, cit., 41; G. COMANDÈ - L. NOCCO, *La responsabilità dell'esercente la professione sanitaria tra artt. 1218 c.c. e 2043 c.c.*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 282 ss.

<sup>12</sup> P. GALLO, *Quale futuro*, cit., 1766 s.

<sup>13</sup> Sempre l'art. 5 della nuova legge prevede inoltre che, in caso di mancanza delle suddette linee guida, il medico dovrà attenersi alle «buone pratiche clinico-assistenziali»: che cosa queste ultime esattamente siano è, tuttavia, una questione fortemente controversa in dottrina già dai tempi in cui la materia veniva regolata dalla Legge Balduzzi e sulla quale la Legge Gelli-Bianco non ha portato chiarezza (per questi rilievi ed un'approfondita indagine sul punto, v. G. MONTANARI VERGALLO, *Le buone pratiche clinico-assistenziali nella legge 8 marzo 2017, n. 24*, in *Resp. med.*, 2017, 271 ss.).

<sup>14</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., 740, 742.

<sup>15</sup> Cfr. già R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica ad una svolta?*, in *Danno resp.*, 2005, 39.



generale distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato<sup>16</sup>.

Come noto, la prestazione *stricto sensu* sanitaria<sup>17</sup> viene tradizionalmente considerata, insieme a quella dell'avvocato, l'esempio paradigmatico del primo tipo di obbligazioni, in quanto le ineliminabili imperfezioni della scienza medica e l'imprevedibilità delle reazioni dell'organismo umano sottraggono senz'altro all'integrale controllo del medico la guarigione del paziente e, prima ancora, pure quel risultato «parziale»<sup>18</sup> e «intermedio»<sup>19</sup> tra quest'ultima e la sua condotta che può essere considerata la stessa attività diagnostica e terapeutica: attività,

---

<sup>16</sup> In questa sede non sarebbe certamente possibile addentrarsi nella «storia infinita» (così A. DI MAJO, *Mezzi e risultato nelle prestazioni mediche: una storia infinita*, in *Corr. giur.*, 2005, 38) della distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato né soffermarsi ad analizzare il complesso dibattito che da sempre questo tema suscita. Appare tuttavia importante evidenziare, nell'economia di questo contributo, che nonostante le critiche alle quali viene da sempre sottoposta la distinzione *de qua* ancora viene utilizzata da quella stessa giurisprudenza che pure ne aveva declamato l'abbandono intorno alla metà degli anni Duemila e continua inoltre a godere del ben argomentato e convincente supporto di una significativa parte della dottrina (tra gli altri v., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni "di mezzi" e "di risultato"*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Esi, 1999; ID., *Responsabilità per inadempimento e distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista di diritto civile*, Cedam, 2006, 141 ss.; V. DE LORENZI, *Diligenza, obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Contr. impr.*, 2016, 457 ss.; G. SICCHIERO, *Dell'adempimento. Artt. 1176-1179*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, 2016; ID., *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"*, in *Contr. impr.*, 2016, 1391 ss.; E. CARBONE, *Diligenza e risultato nella teoria dell'obbligazione*, Giappichelli, 2007).

<sup>17</sup> Come si è recentemente cercato di dimostrare, a ben diverse conclusioni – ovvero sia all'inquadramento nell'ambito delle obbligazioni di risultato – pare doversi, invece, giungere con riguardo agli obblighi di natura organizzativa che la struttura sanitaria assume nell'ambito del c.d. contratto di ospedalità intercorrente con il paziente e che hanno fondamentalmente per oggetto la sicurezza dell'ambiente ospedaliero, degli strumenti e dei prodotti utilizzati per le cure, la protezione dei malati privi della capacità di autotutela, l'acquisizione della disponibilità di risorse umane e materiali adeguate sia dal punto di vista quantitativo che sul piano qualitativo, l'adozione delle misure atte a consentire l'esercizio del diritto all'autodeterminazione da parte del paziente, l'utilizzazione efficiente e razionale delle risorse a propria disposizione: tali obbligazioni, infatti, non appaiono possedere quella spiccata nota di aleatorietà che invece caratterizza – v. *supra* nel testo – la prestazione diagnostica e terapeutica in senso stretto, in quanto richiedono il compimento di una serie di attività e l'adozione di un complesso di misure che possono considerarsi ricadere sotto il pieno governo del debitore o comunque dipendere dall'intervento di fattori che fuoriescono dalla sua sfera di controllo per una misura solo del tutto marginale. Su tutto questo, v. M. FACCIOLO, *La responsabilità civile per difetto di organizzazione delle strutture sanitarie*, Pacini, 2018, spec. 89 ss.

<sup>18</sup> Così, tra gli altri, L. ROVELLI, *Art. 1176 – Diligenza nell'adempimento*, in *Delle obbligazioni. Artt. 1173-1217*, a cura di V. Cuffaro, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, 2012, 229, il quale evidenzia che (220 s.), pertanto, «nelle obbligazioni di natura professionale sono individuabili due diverse nozioni di risultato: la prima identifica il fine ultimo, l'interesse del creditore per la cui soddisfazione l'obbligazione viene contratta (la guarigione del paziente nell'attività medica [...]), fine che resta però "esterno" all'obbligazione, anche se indirizza la prestazione in senso strumentale al suo raggiungimento; l'altra, è *in obligatione*, consiste in quel "risultato utile" – conforme all'interesse del creditore ancorché sottostante alla "situazione finale" ed esterna al suo diritto di credito – che il pieno rispetto delle regole della professione, della *diligentia-peritia* dovuta porta a conseguire. Con la precisazione che l'impegno profuso per l'adempimento della obbligazione non esaurisce la prestazione perché quel comportamento dovrà tradursi in attività, in atti e dunque, in tal senso, in "risultati" oggettivamente apprezzabili».

<sup>19</sup> R. RUSSO VALENTINI, *Rischio medico, rischio del medico e... della pubblica amministrazione sanitaria*, in *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, a cura di F. Roversi Monaco e C. Bottari, Maggioli, 2012, 147.



quindi, che appare intrinsecamente caratterizzata da quella nota di ‘aleatorietà’ che per l'appunto contraddistingue le obbligazioni di mezzi rispetto a quelle di risultato<sup>20</sup>.

Tuttavia non mancano ipotesi, anche di non scarsa rilevanza, nelle quali la giurisprudenza ritiene che vi siano gli estremi per ricostruire un'obbligazione di risultato in capo al medico o comunque elabora e impiega regole operazionali che nella sostanza finiscono per avere esiti applicativi del tutto simili: i trattamenti di natura estetica e le cure odontoiatriche<sup>21</sup>; i c.d. interventi di facile esecuzione (o di *routine*)<sup>22</sup>, categoria elaborata sulla base di una sorta di una lettura *a contrario* dell'art. 2236 cod. civ.<sup>23</sup>, dall'esito negativo dei quali i giudici traggono in via presuntiva l'accertamento della negligenza del medico e/o della sussistenza del nesso causale tra la sua condotta e il danno lamentato dal paziente<sup>24</sup>; le ipotesi in cui addirittura si giunge ad affermare<sup>25</sup> che «il risultato positivo è una conseguenza “statisticamente fisiologica” della prestazione professionale diligente» e che, pertanto, si configura un inadempimento dell'operatore sanitario «non solo allorché alla prestazione medica consegua l'aggravamento dello stato morboso o l'insorgenza di nuova patologia, ma anche quando l'esito risulti [...] caratterizzato da inalterazione rispetto alla situazione che l'intervento medico-chirurgico ha appunto reso necessario»<sup>26</sup>.

Com'è stato messo in evidenza da attenta dottrina, l'idea di fondo sottesa a questi indirizzi

---

<sup>20</sup> V., per tutti, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., *passim*.

<sup>21</sup> Al riguardo v., anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, F. DE MARIA, *Le obbligazioni di mezzi e le obbligazioni di risultato*, in *Le responsabilità nei servizi sanitari*, diretto da M. Franzoni, Zanichelli, 2011, 233 ss.

<sup>22</sup> Secondo costante giurisprudenza, «l'intervento [...] è di facile esecuzione quando non richiede una particolare abilità, essendo sufficiente una preparazione professionale ordinaria, ed il rischio di esito negativo, o addirittura peggiorativo, è minimo, potendo derivare, al di fuori della colpa del chirurgo, dal sopravvenire di eventi impreveduti ed imprevedibili secondo l'ordinaria diligenza professionale oppure dall'esistenza di particolari condizioni fisiche del cliente non accertabili con il medesimo criterio dell'ordinaria diligenza professionale» (così Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 953, che, a quanto consta, ha inaugurato questo orientamento): in caso di esito peggiorativo delle condizioni di salute del paziente, quindi, l'operatore sanitario potrebbe liberarsi solo provando che «la prestazione era stata eseguita idoneamente e l'esito peggiorativo era stato causato da un evento impreveduto ed imprevedibile, oppure dalla preesistenza di una particolare condizione fisica del malato, non accertabile con il criterio dell'ordinaria diligenza professionale» (così, *ex multis*, Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Foro it.*, 1997, I, 771).

<sup>23</sup> Tanto che un diffuso atteggiamento giurisprudenziale sembra qualificare come ‘facili’ tutte le prestazioni che ritiene non siano interventi di speciale difficoltà ai sensi e per gli effetti dell'art. 2236 cod. civ.: sul punto, v. R. PUCCELLA, *I difficili assetti della responsabilità medica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, 448 ss.

<sup>24</sup> Per maggiori dettagli al riguardo si rinvia a M. FACCIOLI, “*Presunzioni giurisprudenziali*” e responsabilità sanitaria, in *Contr. impr.*, 2014, spec. 92 ss., 99 ss. In prospettiva futura, è stato ipotizzato che la categoria degli interventi di facile esecuzione (con le presunzioni giurisprudenziali ad essa ricollegate) potrebbe ricevere nuova linfa dal riferimento alle «specificità del caso concreto» contenuto nell'art. 5, comma 1 della Legge Gelli-Bianco quale elemento di cui il medico deve tenere conto nel decidere se attenersi o meno alle linee guida (C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., 743 s.).

<sup>25</sup> V., per tutti, A. FIORI – D. MARCHETTI, *Un altro passo verso l'obbligazione di risultato nella professione medica?*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 872 ss.

<sup>26</sup> Così Cass. 13 aprile 2007, n. 8826 in *Giur. it.*, 2008, 63 (poi ripresa da Cass. 8 ottobre 2008, n. 24791, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 540), la quale ha pure puntualizzato che «lo stato di inalterazione si sostanzia nel mancato miglioramento [...] costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, e che il paziente può legittimamente attendersi quale normale esito della diligente esecuzione della prestazione convenuta».



giurisprudenziali è che l'esecuzione di determinati trattamenti sanitari risulta essere presieduta da regole tecniche molto specifiche e altamente vincolanti, al punto da potersi istituire, anche con il conforto del dato statistico, uno stretto collegamento tra il rispetto di quelle regole e il raggiungimento di un certo esito clinico e, di conseguenza, tra il fallimento delle cure da un lato e la sussistenza di un errore medico alla base del danno riportato dal paziente dall'altro<sup>27</sup>.

In questo quadro giurisprudenziale vanno quindi inserite ed interpretate le disposizioni dell'art. 5 della Legge Gelli-Bianco, che peraltro offrono indicazioni *prima facie* contrastanti in merito alla ricostruzione della natura della prestazione sanitaria: da un lato, l'obbligo di attenersi ad un catalogo di linee guida previamente individuate dalle istituzioni parrebbe accentuare l'accostabilità della prestazione in discorso alle prestazioni di risultato; dall'altro lato, tuttavia, il riferimento dell'obbligo suddetto all'«esecuzione delle prestazioni sanitarie» sembrerebbe mettere «l'accento [...] sul contenuto dell'attività, sul modo in cui essa dovrebbe essere espletata» più che sull'esito che la stessa è finalizzata a raggiungere<sup>28</sup>, così confermando quella riconducibilità dell'obbligazione sanitaria al novero delle obbligazioni di mezzi che pare essere tuttora condivisa dalla dottrina maggioritaria<sup>29</sup>.

Quella appena delineata è, quindi, un'altra questione sulla quale sarà necessario avviare un'approfondita riflessione, che per condurre ad esiti soddisfacenti richiederà però di impegnarsi (anche) in una più ampia rimeditazione della stessa distinzione tra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato nonché del criterio (o dei criteri) in base ai quali ascrivere i singoli rapporti all'una piuttosto che all'altra tipologia<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> V., tra gli altri, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto*, cit., 183 ss.; ID., *Responsabilità per inadempimento cit.*, 156 ss.; G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., 194 ss. Agli orientamenti in discorso un'altra parte della dottrina non ha peraltro mancato di muovere diverse e argomentate critiche (v., *ex multis*, R. PUCELLA, *I difficili assetti*, cit., 445 ss.; A. FIORI-D. MARCHETTI, *Un altro passo*, cit., 872 ss.), da ultimo e in particolare rilevando che la giurisprudenza, «con il dare sempre maggiore risalto alla circostanza, in sé ovvia, che l'obbligo curativo si rivolge alla peculiare condizione patologica che *hic et nunc* affligge il paziente ha finito – impropriamente – per farne derivare un obbligo di guarigione a carico del medico» e per «riprogrammare la funzione stessa dell'atto medico», così dimenticando che, dal punto di vista giuridico, l'attività sanitaria andrebbe invece «doverosamente circoscritta alla miglior prestazione che per ciascuna fattispecie la scienza medica consente di erogare e non al “miglioramento” o alla “guarigione” del paziente» (R. PUCELLA, *È tempo per un ripensamento del rapporto medico-paziente?*, in *Resp. med.*, 2017, 4).

<sup>28</sup> D. ZORZIT – F. GARZELLA, *Onere della prova nella responsabilità sanitaria, dopo la riforma Gelli*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzit, Giuffrè, 2017, 403.

<sup>29</sup> V., tra gli altri, G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento*, cit., 154; G. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, cit., 194; V. DE LORENZI, *Diligenza*, cit., 484, 513 s.; M. AZZALINI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato. Categorie giuridiche travisate*, Cedam, 2012, p. 80 ss.; N. DE LUCA-M. FERRANTE-A. NAPOLITANO, *La responsabilità civile in ambito sanitario (artt. 7-9 l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 760 s.; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità medica dopo la riforma Gelli-Bianco*, Dike, 2017, p. 84; S. VICIANI, *Errore in medicina e modelli di responsabilità*, Esi, 2016, 135.

<sup>30</sup> Del resto, gli stessi orientamenti giurisprudenziali che tendono ad assimilare le prestazioni sanitarie alle prestazioni di risultato anziché a quelle di mezzi possono essere considerati, «più che manifestazione di una “crisi” del significato della distinzione, [...] come espressione della ricerca di un più corretto criterio sul quale fondare la distinzione medesima» (G. D'AMICO, *Responsabilità per inadempimento*, cit., 145, nota 13).



4. – È connesso all'obbligo del medico di attenersi alle linee guida pubblicate nel sito *internet* dell'Istituto superiore di sanità anche il terzo profilo di confronto con tematiche di carattere più generale aperto dalla nuova disciplina della responsabilità sanitaria: si tratta, per la precisione, della seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco, il quale dispone che il giudice «tiene conto» del fatto che il medico abbia o meno osservato l'obbligo di cui si diceva sopra «nella determinazione del risarcimento del danno».

In continuità – seppure con una significativamente diversa formulazione letterale<sup>31</sup> – rispetto a quanto statuiva l'art. 3 della Legge Balduzzi<sup>32</sup>, tale previsione istituisce una correlazione fra le modalità soggettive della condotta del professionista sanitario da un lato e la quantificazione del risarcimento spettante al paziente danneggiato dall'altro<sup>33</sup> che, oltre a porsi in evidente discontinuità con i principi generali del nostro ordinamento<sup>34</sup>, evoca diversi scenari applicativi.

Il primo riguarda il caso del medico che, pur avendo commesso un qualche errore fonte di responsabilità civile, si sia però attenuto alle linee guida<sup>35</sup>: muovendosi nell'ottica del c.d. diritto premiale<sup>36</sup> e dell'obiettivo, notoriamente sotteso all'intero impianto della nuova legge, di contrastare il fenomeno della medicina difensiva mitigando il regime della responsabilità sanitaria, si può senz'altro ritenere che in questa ipotesi la norma si traduca nel dovere del giu-

<sup>31</sup> Si rinvia, sul punto, a M. FACCIOLO, *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla l. n. 24 del 2017 (c.d. "Legge Gelli-Bianco")*: profili civilistici (Seconda parte), in *Studium iuris*, 2017, 786 s.

<sup>32</sup> Si rinvia, al riguardo, a M. FACCIOLO, *La quantificazione del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica dopo l'avvento della Legge Balduzzi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, II, 97 ss.

<sup>33</sup> In termini generali v., per tutti, C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., 741.

<sup>34</sup> Secondo i suddetti principi, l'entità della colpa (o del dolo) che connota il comportamento del danneggiante svolge un ruolo nell'opera di quantificazione del danno risarcibile esclusivamente con riguardo ai danni non patrimoniali e, segnatamente, con riguardo ai soli danni morali soggettivi, quali elementi in grado di riverberarsi direttamente sulla gravità e sulla profondità del patema d'animo subito dalla vittima dell'illecito. Tradizionalmente si riconosce che qualsiasi considerazione relativa all'elemento soggettivo dell'offensore deve, invece, rimanere estranea all'opera di quantificazione degli altri danni non patrimoniali nonché dei danni patrimoniali, questi dovendo essere determinati, secondo il ben noto principio dell'integrale riparazione del danno (o del c.d. danno effettivo), in una somma di denaro stabilita avendo unicamente riguardo alla dimensione del pregiudizio sofferto dal danneggiato e, rispetto a quest'ultima, né superiore né inferiore.

<sup>35</sup> Ciò è possibile perché l'osservanza delle linee guida è soltanto un aspetto, assolutamente non esclusivo né esaustivo, del giudizio sulla condotta del medico, il quale non potrebbe, quindi, essere automaticamente mandato esente da responsabilità per il solo fatto di averle rispettate (ma nemmeno, al contrario, essere condannato in base alla mera verifica del mancato rispetto delle stesse), un suo errore potendo essere riscontrato, per esempio, nell'attività che porta a mettere in pratica le linee guida oppure nell'esecuzione di un determinato profilo della prestazione sanitaria non governato dalle medesime.

<sup>36</sup> Si parla di norme premiali per indicare quelle disposizioni che riconnettono conseguenze giuridiche favorevoli, sovente chiamate 'sanzioni positive', alla circostanza che un'altra norma sia stata osservata o eseguita, in tal modo perseguendo una funzione 'promozionale' del diritto che mira non tanto a prevenire o reprimere la violazione di regole di condotta, bensì ad incoraggiarne l'obbedienza: al riguardo v., in particolare, i saggi di N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto e Le sanzioni positive*, ora raccolti nel volume *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, 2007, rispettivamente 3 ss. e 21 ss.; M. PISANI, *Prolegomeni al diritto positivo premiale*, in *Foro it.*, 2011, V, 23 ss.; ID., *Studi di diritto premiale*, 2ª ed., LED, 2010; S. ARMELLINI-A. DI GIANDOMENICO (a cura di), *"Ripensare la premialità". Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche del problema*, Giappichelli, 2002.





dice di operare una diminuzione dell'entità del risarcimento<sup>37</sup> dovuto al paziente<sup>38</sup>.

Nella sua formulazione letterale la seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco è però riferibile anche al caso, specularmente opposto al precedente, del medico rimproverabile per aver violato le previsioni dell'art. 5 della legge stessa disattendendo le linee guida pubblicate nel sito *internet* dell'Istituto superiore di sanità<sup>39</sup>: un comportamento che, per coerenza rispetto a quanto sopra affermato, dovrebbe allora condurre all'incremento del *quantum* del risarcimento attribuito al paziente danneggiato nella prospettiva sanzionatoria e deterrente tipica dei c.d. danni punitivi.

In realtà, una siffatta lettura della norma – al pari di quanto veniva generalmente sostenuto con riguardo all'analoga previsione dell'art. 3 della Legge Balduzzi<sup>40</sup> – viene da più parti respinta osservando che la stessa, traducendosi in un evidente aggravamento del regime della responsabilità sanitaria, finirebbe per porsi in aperto contrasto con la *ratio* di fondo della nuova legge<sup>41</sup>.

Questa conclusione<sup>42</sup>, tuttavia, non sembra che possa essere accolta senza prima confrontarsi

---

<sup>37</sup> Precisa che «la logica non è di declassare il risarcimento all'indennizzo» M. FRANZONI, *Colpa e linee guida nella nuova legge*, in *Danno resp.*, 2017, 274.

<sup>38</sup> V., tra gli altri, G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità*, cit., 127 ss.; C. MASIERI, *Novità in tema di responsabilità sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 754, 762; M. HAZAN – A. CASSANO CICUTO – M. RODOLFI, *Il risarcimento del danno da responsabilità sanitaria*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzi, Giuffrè, 2017, 362; L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo della condotta del medico nella quantificazione del risarcimento. Note sull'art. 7, co. 3, l. 8-3-2017 n. 24*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1499 ss.; F. DI LELLA, *Leges artis e responsabilità civile sanitaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 270 s.; A. ASTONE, *Profili civilistici della responsabilità sanitaria (Riflessioni a margine della l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1122. Va precisato che, secondo alcuni, la limitazione risarcitoria prevista dalla norma in esame in realtà non si tradurrebbe in una diminuzione del risarcimento spettante al paziente calcolato secondo le regole generali, bensì opererebbe solamente sul piano della personalizzazione del danno non patrimoniale e, in particolare, del danno morale: cfr. P. ZIVIZ, *Il rebus del risarcimento del danno (nella responsabilità civile dell'esercente la professione sanitaria)*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, spec. 1136 s.; L. NOCCO, *La responsabilità civile "canalizzata" verso le aziende e i nuovi "filtri" per la proponibilità della domanda risarcitoria*, in *La nuova responsabilità sanitaria*, a cura di M. Lovo e L. Nocco, *Il Sole 24 ore*, 2017, 41.

<sup>39</sup> Sempre, s'intende, che il discostamento dalle linee guida non fosse dovuto in considerazione delle «specificità del caso concreto», come invero impone di fare lo stesso art. 5 della Legge Gelli-Bianco.

<sup>40</sup> Che per la sua formulazione letterale era, però, assai più agevolmente suscettibile di essere interpretata nel senso di escludere l'apertura verso forme di danni punitivi di cui si dirà subito *infra* nel testo: sul punto, v. M. FACCIOLI, *La quantificazione*, cit., 110 s.; G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità*, cit., 128.

<sup>41</sup> G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità*, cit., 29; M. HAZAN-A. CASSANO CICUTO-M. RODOLFI, *Il risarcimento*, cit., 365; L. GUFFANTI PESENTI, *Il ruolo*, cit., 1511 ss.; F. DI LELLA, *Leges artis*, cit., 271. Secondo P. ZIVIZ, *Il rebus*, cit., 1133, questa soluzione s'impone (anche) «alla luce di una lettura sistematica del dettato normativo, che vede tale regola incardinata entro un complesso di indicazioni improntate a promuovere l'osservanza, da parte del sanitario, delle linee guida/buone pratiche. In particolare, si assiste al riconoscimento al soggetto che si adegui a quello *standard* di comportamento un trattamento di favore a livello penale, mentre nessun tipo di appesantimento viene previsto per comportamenti particolarmente riprovevoli. Nello stesso segno andrà, quindi, declinata la risposta sul piano civilistico».

<sup>42</sup> Che invero non è fatta propria da L. NOCCO, *La responsabilità civile "canalizzata"*, cit., p. 42, il quale però muove dall'idea (v. *supra*, nota 38) secondo cui la norma in esame opererebbe solamente sul piano della personalizzazione del danno morale.





con la più generale questione attinente all'individuazione della funzione della responsabilità civile italiana e all'ammissibilità nel nostro ordinamento dei danni punitivi<sup>43</sup>, anche – e soprattutto – alla luce di quanto hanno al riguardo affermato le Sezioni Unite<sup>44</sup> solo qualche mese dopo l'avvento della Legge Gelli-Bianco. In quell'occasione la Suprema Corte, invitata a pronunciarsi sulla questione della riconoscibilità di sentenze straniere comminatorie di danni punitivi, ha infatti riconosciuto la «natura polifunzionale» della responsabilità civile: a quest'ultima, cioè, non può (più, come in passato) essere attribuito solamente «il compito di restaurare la sfera patrimoniale» del soggetto danneggiato, poiché da una nutrita serie di specifiche disposizioni normative si desume che (ormai) appartengono al sistema anche «la funzione di deterrenza e quella sanzionatoria» del soggetto responsabile, pur necessitando sempre, queste ultime, di un'espressa previsione legislativa<sup>45</sup> che «chiaramente» consenta al giudice di «imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati». Sulla scorta di questi rilievi, è stata pertanto ammessa la possibilità di delibare sentenze straniere comminatorie di risarcimenti punitivi subordinatamente al rispetto di talune condizioni, quali: che la condanna sia stata pronunciata sulla base di una norma che risponda ai principi di tipicità e di prevedibilità dell'ammontare del risarcimento assegnato; che vi sia proporzionalità fra il risarcimento compensativo e il risarcimento punitivo nonché fra quest'ultimo e la condotta censurata.

Partendo dall'idea che «il messaggio [...] rivolto al diritto straniero [...] logicamente non potrà non essere ricevuto anche dal nostro diritto interno»<sup>46</sup>, sembra doversi pertanto riconoscere

---

<sup>43</sup> Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di condotta*, cit., p. 748, nota 36, «la scelta normativa di attribuire rilevanza all'elemento soggettivo del responsabile ai fini della quantificazione del danno [...] pare un ulteriore punto di emersione della *allure* sanzionatoria che, com'è noto, sempre più spesso sembra assumere la responsabilità civile»; e in termini non dissimili, v. pure R. CARLEO, *Punitive damages: dal common law all'esperienza italiana*, in *Contr. impr.*, 2018, p. 265. L'esistenza di una correlazione tra Legge Gelli-Bianco e danni punitivi sembrerebbe essere riconosciuta anche da F. BENATTI, *Note sui danni punitivi in Italia: problemi e prospettive*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1139, nel momento in cui afferma che «una loro introduzione dovrebbe essere valutata nel sistema attraverso un coordinamento con le disposizioni vigenti, come ad esempio la nuova legge sulla responsabilità medica».

<sup>44</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Danno resp.*, 2017, 419.

<sup>45</sup> E questo, fondamentalmente, sulla scorta degli artt. 23 e 25, comma 2, Cost., i quali rispettivamente prevedono che «nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge» e che «nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso». In senso critico nei confronti di questo passaggio delle Sezioni Unite, v. A. LAMORGESE, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 325, il quale osserva che «se si afferma la intrinseca natura polifunzionale della responsabilità civile [...] non è chiaro perché occorra un'altra disposizione di legge per rendere operativa in concreto la funzione sanzionatoria-punitiva. Se tale funzione è interna al sistema della responsabilità civile, dovrebbero bastare le relative disposizioni del codice civile, altrimenti significa che quella funzione è estranea al sistema: *tertium non datur*».

<sup>46</sup> Così A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, 1793. Seppure con una certa varietà di accenti, la rilevanza della decisione delle Sezioni Unite sulla ricostruzione del diritto sostanziale interno viene riconosciuta anche da A. GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1408; P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite e le funzioni della responsabilità civile*, in *Danno resp.*, 2017, 437 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e i danni punitivi: tra legge e giudizio*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1120 ss.; C.C. VIAZZI, *L'ostracismo ai danni punitivi: ovvero come tenere la stalla chiusa quando i buoi sono scappati*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 341; M. SESTA, *Ri-*



che, alla luce delle indicazioni fornite dalla Suprema Corte – nonché dell’abbondante riflessione dottrinale in materia<sup>47</sup> –, bisognerà ragionare in maniera più approfondita per verificare se la seconda parte del comma 3 dell’art. 7 della Legge Gelli-Bianco possa assurgere a base normativa di sentenze comminatorie di risarcimenti aventi finalità sanzionatoria e deterrente nell’ambito della responsabilità sanitaria<sup>48</sup>.

Una condanna di questo tipo potrebbe apparire appropriata, per esempio, nel caso della struttura ospedaliera nella quale siano diffuse e tollerate condotte di *malpractice* che sfociano in lesioni della salute dei pazienti talmente poco significative da giustificare soltanto risarcimenti di scarsa entità e conseguentemente disincentivare i soggetti lesi dall’agire in giudizio<sup>49</sup>: in un’ipotesi come questa, nella quale si prospetta il rischio di una sostanziale ‘impunità’ di quelle che possono essere definite «microviolazioni»<sup>50</sup>, una condanna punitiva nei confronti della

---

*sarcimenti punitivi e legalità costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 305 ss.; R. CARLEO, *Punitive damages*, cit., 259 ss. In senso critico nei confronti di questa impostazione ed a sostegno della diversa tesi che confina la portata della pronuncia in esame al piano esclusivamente internazionalprivatistico, v., invece, G. PONZANELLI, *Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato*, in *Danno resp.*, 2017, 435 ss.; ID., *Sezioni unite e danni punitivi*, in *Contr. impr.*, 2017, 1127 s.; A. BRIGUGLIO, *Danni punitivi e deliberazione di sentenza straniera: turning point «nell’interesse della legge»*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1607 s.; C. CASTRONOVO, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione a proposito di giustizia*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 796 s.

<sup>47</sup> Per una riflessione sui danni punitivi e sulle funzioni della responsabilità civile italiana alla luce della pronuncia di Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601, cit., tra gli altri v., oltre alle opere citate nelle note precedenti, M. TESCARO, *Il revirement “moderato” sui punitive damages*, in *Contr. impr. Eur.*, 2017, 52 ss.; M. DELLACASA, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili: un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. impr.*, 2017, 1142 ss.; P. PETRELLI, *Verso i «danni punitivi»?*, in *Contr. impr.*, 2017, 1187 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile*, in *Foro it.*, 2017, I, 2630 ss.; G. ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2017, 1084 ss.; M. FRANZONI, *Quale danno punitivo?*, in *Contr. impr.*, 2017, 1107 ss.; ID., *Danno punitivo e ordine pubblico*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 283 ss.; M. GRONDONA, *Le direzioni della responsabilità civile tra ordine pubblico e punitive damages*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1392 ss.; M. ASTONE, *Responsabilità civile e pluralità di funzioni nella prospettiva dei rimedi. Dall’astreinte al danno punitivo*, in *Contr. impr.*, 2018, 276 ss.; G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale della responsabilità civile: dai punitive damages ai risarcimenti punitivi. Origini, evoluzioni giurisprudenziali e prospettive di diritto comparato*, in *Contr. impr.*, 2018, 289 ss.; C. DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in *juscivile.it*, 2017, 608 ss.

<sup>48</sup> Cfr. P. ZIVIZ, *Il rebus*, cit., 1133, nota 59, la quale peraltro sostiene che «una lettura punitiva [della norma in esame] sembra dover essere smentita anche alla luce delle indicazioni formulate dalle Sezioni Unite in materia di danni punitivi [...], considerato che manca nella norma qualsiasi indicazione sui limiti quantitativi della condanna».

<sup>49</sup> L’opportunità di pronunciare condanne con funzione di deterrenza nei «casi di danni seriali [...] cagionati dalle ASL in tema di danno alla salute», in modo che «anche danni di modesta rilevanza possano venire assistiti da risarcimenti esemplari», viene adombrata da P.G. MONATERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 438.

<sup>50</sup> Per questa terminologia v., in particolare, M. MAGGIOLO, *Microviolazioni e risarcimento ultracompensativo*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 92 ss., il quale per l’appunto si chiede se possano essere comminati risarcimenti punitivi nelle ipotesi in cui, a causa della scarsa entità dei danni seriali cagionati dall’autore dell’illecito, «la reazione individuale contro la microviolazione non è in alcun modo incentivata, perché la prospettiva è quella di ottenere un risarcimento pari al danno, e il danno compensabile è scarso in confronto al costo della reazione, elevato in termini monetari e di tempo. Il singolo danneggiato, in base ad una elementare analisi di costi e benefici, è quindi indotto a subire la perdita senza darsi ulteriore pena. Il giudizio – anche collettivo – sul comportamento microviolativo è invece severo». Secondo l’Autore, la questione potrebbe anche essere risolta in senso positivo sulla base del principio della solidarietà costituzionale, ma la conclusione dovrebbe essere di segno opposto in considerazione di ragioni attinenti all’effi-



struttura<sup>51</sup> e del personale sanitario coinvolto potrebbe infatti servire – anche nella prospettiva di dare attuazione al principio costituzionale di effettività della tutela civile dei diritti (in questo caso della persona e, in particolare, del diritto alla salute)<sup>52</sup> – a far sì che le prassi di cui sopra vengano abbandonate in favore di comportamenti più virtuosi e rispettosi dei diritti degli utenti dei servizi sanitari, vale a dire dell'intera collettività<sup>53</sup>.

Certo, non ci si può nascondere che questa soluzione potrebbe sollevare perplessità per il fatto che, a fronte di condotte che comportano la lesione della salute di una pluralità di pazienti, finisce per beneficiare uno (o alcuni) soltanto di questi con l'attribuzione di un risarcimento superiore al pregiudizio effettivamente subito<sup>54</sup>; ma a tali considerazioni si potrebbe ribattere che, a ben vedere, «va [...] premiato il soggetto che si assume il rischio e i costi non solo economici del procedimento per rafforzare la funzione deterrente» della condanna<sup>55</sup>.

---

cienza economica del sistema legate all'assunto – invero indimostrato – secondo cui la maggioranza delle «microviolazioni» sarebbe commessa dalla Pubblica Amministrazione e i risarcimenti ultracompensativi finirebbero quindi per gravare sulla collettività; mentre l'unica eccezione in cui dare ingresso a risarcimenti di questo tipo potrebbe essere rappresentata dalle «microviolazioni» penalmente rilevanti che cagionino danni non patrimoniali. Per un'efficace critica a questa impostazione v., peraltro, C. SCOGNAMIGLIO, *Principio di effettività, tutela civile dei diritti e danni punitivi*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, 1122 ss.; per ulteriori riflessioni circa l'opportunità di concedere risarcimenti punitivi nei casi in esame, svolte anche alla luce del dato comparatistico, v., poi, F. BENATTI, *Note*, cit., 1135 ss.; M. DELLA-CASA, *Punitive damages*, cit., 1157 ss.

<sup>51</sup> Non si può peraltro non ricordare, sebbene l'economia di questo contributo non consenta di soffermarsi in un'analisi approfondita della questione, che la riferibilità della seconda parte del comma 3 dell'art. 7 della Legge Gelli-Bianco – oltre che al medico, pure – alle strutture sanitarie (così P. ZIVIZ, *Il rebus*, cit., 1137, nota 77) non è pacifica: diversi Autori ritengono infatti che la formulazione letterale e la *ratio* della norma impongano di restringerne il campo d'applicazione alla responsabilità individuale dell'esercente la professione sanitaria (C. MASIERI, *Novità*, cit., 754, 762; A. ASTONE, *Profili*, cit., 1122; F. DI LELLA, *Leges artis*, cit., 270, nota 50), da taluno non mancandosi poi di precisare che questo dovrebbe valere tanto nell'ottica interpretativa che ricollega alla norma medesima solamente una riduzione del risarcimento dovuto al paziente quanto nella prospettiva ermeneutica secondo cui essa potrebbe invece portare anche ad un accrescimento del risarcimento in discorso (G. MONTANARI VERGALLO, *La nuova responsabilità*, cit., 129 s.).

<sup>52</sup> Per questa prospettiva, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite*, cit., 1114 ss.; ID., *Principio*, cit., 1120 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *I danni punitivi*, cit., 2638.

<sup>53</sup> Questa soluzione parrebbe inoltre porsi in sintonia con il rilievo che «la legittimità ordinamentale della funzione sanzionatoria-punitiva e dei 'risarcimenti punitivi' in senso ampio [...] è variabile dipendente dell'assetto generale della responsabilità civile, il quale non è tale perché costruito in un certo modo dal legislatore di ieri o di oggi, ma perché risponde a un'esigenza sociale (derivante da un'esperienza sociale) che, nel momento in cui è ravvisabile, deve ottenere una risposta proprio da quell'esperienza giuridica cui si è accennato, e cioè da un diritto vivente che non è riducibile al solo diritto giurisprudenziale, ma che va inteso quale espressione della sensibilità giuridica in un determinato momento storico. Una sensibilità giuridica che è quindi misura della giuridicità» (M. GRONDONA, *Le direzioni*, cit., 1394). Per analoghe considerazioni circa la «funzione educativa» della condanna ai risarcimenti punitivi, la quale «dovrebbe, quindi, indurre a desistere da comportamenti che la sensibilità pubblica ritiene riprovevoli», v. pure G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale*, cit., 323 ss.

<sup>54</sup> Per questo rilievo cfr., tra gli altri, C. SCOGNAMIGLIO, *Principio*, cit., 1131 s. e la dottrina ivi citata.

<sup>55</sup> Sono parole di F. BENATTI, *Note*, cit., 1139 s.; riconosce ai *punitive damages* «una funzione premiale del soggetto che si sia speso per affermare il proprio diritto» anche G. SCARCHILLO, *La natura polifunzionale*, cit., 290.



5. – Una quarta ed ultima problematica – ma sarebbe meglio parlare, come vedremo oltre, di un gruppo di problematiche – di carattere generale che si incontra scorrendo le disposizioni della Legge Gelli-Bianco riguarda, infine, le c.d. clausole *claims made*<sup>56</sup> nei contratti di assicurazione della responsabilità civile<sup>57</sup>: clausole che l'art. 11 della legge, seppure sollevando alcune non trascurabili incertezze interpretative<sup>58</sup>, con previsione caratterizzata da un'indubbia ed assai rilevante portata sistematica<sup>59</sup> impone debbano essere necessariamente contenute nelle polizze assicurative stipulate da medici e strutture sanitarie<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Pare opportuno ricordare che la peculiarità delle polizze contenenti questo tipo di clausole risiede nel fatto che esse individuano i sinistri oggetto della copertura avendo riguardo non al momento in cui essi si sono verificati bensì a quello in cui viene formulata la richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato, con l'effetto che l'assicurato viene indennizzato anche per illeciti commessi prima della stipula della polizza purché questi vengano denunciati dal soggetto danneggiato durante la sua vigenza, ma d'altro canto non è coperto per tutti quei fatti che, seppure verificatisi durante il periodo di efficacia del contratto, diano luogo ad una pretesa risarcitoria solamente dopo la scadenza del medesimo (c.d. richiesta postuma).

<sup>57</sup> Le peculiarità che il comparto dell'assicurazione della responsabilità sanitaria presenta a confronto con l'assicurazione degli altri settori della responsabilità professionale sono bene evidenziate da M. GAZZARA, *L'assicurazione di responsabilità civile professionale*, Esi, 2016, spec. 7 ss., 28.

<sup>58</sup> L'art. 11 della Legge Gelli-Bianco si può suddividere in due parti: la prima dispone che «la garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza»; nella seconda si prevede che «in caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta». A sollevare dubbi è, in particolare, il riferimento della prima parte della norma alla necessità, per l'operatività della copertura retroattiva decennale, che gli eventi accaduti durante quel periodo vengano (dall'assicurato) «denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza»: a rigore si tratterebbe, infatti, del modello assicurativo noto come *deeming clause* (v., in tal senso, S. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche assicurative nella relazione di cura: note a margine della l. 8.3.2017, n. 24*, in *juscivile.it*, 2018, 4 ss.; A. ASTONE, *Profili*, cit., 1124) e non dello schema *claims made*, il quale subordina l'operatività della copertura retroattiva alla diversa circostanza che durante la vigenza temporale della polizza il terzo danneggiato avanzi la pretesa risarcitoria nei confronti dell'assicurato. Anche considerando che il modello *deeming clause* non risponderebbe alle esigenze degli operatori e del mercato assicurativo, l'impostazione maggioritaria ritiene tuttavia preferibile discostarsi dalla formulazione letterale del testo normativo e interpretare il riferimento alla denuncia (dell'assicurato) all'impresa di assicurazione come una svista del legislatore, che in realtà intendeva richiamare quella richiesta risarcitoria (del terzo), tipica dello schema *claims made*, di cui correttamente discorre la seconda parte dell'art. 11 della legge (in questo senso v., tra gli altri, M. HAZAN-E. CINELLI, *Estensione della garanzia assicurativa e clausole claims made*, in *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione. Commento sistematico alla legge 8 marzo 2017, n. 24 (cd. Legge Gelli)*, a cura di F. Gelli, M. Hazan e D. Zorzi, Giuffrè, 2017, p. 666 ss.; N. DE LUCA-G.M. D'AIELLO-F. SCHIAVOTTIELLO, *Le assicurazioni di responsabilità civile in ambito sanitario (artt. 10-15 l. 8 marzo 2017, n. 24)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 794, nel testo e in nota 7; V. SALINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 313 s.; F. MARTINI, *Coperture assicurative obbligate per aziende e singoli operatori*, in *Guida dir.*, 2017, fasc. 15, 89 s.).

<sup>59</sup> Sul punto v., *ex multis*, P. CORRIAS, *La copertura obbligatoria dei rischi relativi alla responsabilità civile*, in *Corr. giur.*, 2017, 755.

<sup>60</sup> Ed è appena il caso di ricordare che tali soggetti sono dalla stessa Legge Gelli-Bianco (nonché da altre disposizioni normative antecedenti) obbligati a munirsi di copertura assicurativa per la responsabilità civile conseguente ai danni cagionati nell'esercizio della propria attività.



Come noto, il discostamento – ma sul punto si ritornerà più avanti – dall’ordinario modello *loss occurrence* predisposto dall’art. 1917, comma 1, cod. civ. che le caratterizza ha da tempo sollevato all’attenzione della dottrina così come della giurisprudenza la questione della validità (e della vessatorietà ai sensi dell’art. 1341 cod. civ.) di questo tipo di polizze<sup>61</sup>. In particolare la Corte di Cassazione, dopo avere prevalentemente avallato le clausole *claims made* con una serie di sentenze emesse fra il 2005 e il 2015<sup>62</sup>, l’anno successivo ha emesso due pronunce a Sezioni Unite<sup>63</sup> che, valorizzando il carattere di atipicità delle clausole in discorso<sup>64</sup>, hanno affermato doversi affidare il giudizio circa la validità delle medesime allo scrutinio di meritevolezza degli interessi di cui all’art. 1322, comma 2, cod. civ.<sup>65</sup> da svolgere caso per caso alla luce delle circostanze concrete della fattispecie di volta in volta considerata<sup>66</sup>.

È importante evidenziare che entrambi gli arresti delle Sezioni Unite, pur affrontando la questione delle *claims made* in termini generali, riguardavano fattispecie di responsabilità sanitaria, così come riguardano casi di responsabilità sanitaria molte delle sentenze di merito e di legittimità successive<sup>67</sup>. Fra queste meritano di essere menzionate, per il clamore (prevalentemente

---

<sup>61</sup> Che nella prassi in realtà conosce numerose e differenti varianti, sulle quali non sarebbe però possibile né utile soffermarsi nell’economia di questo contributo.

<sup>62</sup> Per una ricostruzione di questo percorso giurisprudenziale e della riflessione dottrinale che l’ha accompagnato v., anche nell’ottica comparatistica, M. MAZZOLA, *La copertura assicurativa claims made: origine, circolazione del modello e sviluppi normativi*, in *Europa dir. priv.*, 2017, 1013 ss. Per una chiave di lettura della giurisprudenza diversa rispetto all’impostazione dominante v., inoltre, F. DELFINI, *Controllo di meritevolezza ex art. 1322 c.c. e clausole claims made nelle assicurazioni r.c. professionale*, in *Nuove leg. civ. comm.*, 2017, 899 ss., secondo il quale «la giurisprudenza della Cassazione sulle *claims made*, precedente alla pronuncia a sezioni unite 6 maggio 2016, n. 9140, è stata spesso sbrigativamente letta nel senso di una generalizzata validazione delle clausole medesime. Se però non ci si limita alle massime delle sentenze richiamate, ci si avvede che i singoli casi avevano fortemente condizionato le decisioni concrete, che non potevano dunque essere considerate come espressive di una ritenuta validità, in via di principio, del modello *claims made*».

<sup>63</sup> Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Danno resp.*, 2016, 929; Cass., sez. un., 2 dicembre 2016, n. 24645, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 619.

<sup>64</sup> E accogliendo la maggioritaria impostazione che attribuisce natura dispositiva e non imperativa all’art. 1917, comma 1, cod. civ. in quanto non richiamato tra le norme qualificate come inderogabili dall’art. 1932 cod. civ.

<sup>65</sup> Com’è stato da più parti rilevato, queste pronunce (e quelle conformi che verranno esaminate nel prosieguo del discorso) vanno annoverate tra le più significative manifestazioni di un recente e più ampio movimento giurisprudenziale di rivalutazione della norma dell’art. 1322, comma 2, cod. civ., il giudizio di meritevolezza previsto dalla quale per lungo tempo era stato dai nostri giudici risolto in un sindacato di mera liceità dell’accordo (vale a dire di non contrarietà a norme imperative, ordine pubblico e buon costume) e conseguentemente espropriato di un autonomo significato applicativo (v., tra gli altri, U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2018, 11 s.; A. GUARNERI, *Il contratto immeritevole e il rasoio di Occam*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 261 ss.; M. FRANZONI, *La causa e l’interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico*, in *juscivile.it*, 2017, 419 ss.).

<sup>66</sup> Le Sezioni Unite hanno, peraltro, precisato che tale giudizio si dovrebbe per lo più risolvere positivamente nel caso di *claims made* c.d. pura, cioè priva di limitazioni temporali di retroattività, mentre dev’essere svolto con maggiore cautela e potrebbe avere un esito assai più incerto con riguardo alla *claims made* c.d. impura (o mista), ovvero sia alla clausola che subordina l’operatività della copertura alla circostanza che la richiesta risarcitoria riguardi fatti verificatisi entro un determinato periodo di tempo antecedente alla stipula della polizza.

<sup>67</sup> Per una panoramica, v. G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite alla Legge Gelli: la claims made dall’atipicità alla tipizzazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1415 ss.; V. AMENDOLAGINE, *La clausola claims made nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2018, 217 ss.





negativo) che hanno suscitato, due pronunce della Cassazione della prima parte del 2017<sup>68</sup> che hanno tra le altre cose sancito la nullità per immeritevolezza delle clausole *claims made* che escludono la copertura per le richieste postume<sup>69</sup>: appare infatti evidente, a tacer d'altro, che l'esclusione dalla copertura assicurativa delle richieste risarcitorie sopraggiunte dopo la scadenza della polizza appartiene all'essenza stessa del fenomeno *claims made*, sicché tali pronunce sembrano in realtà contraddire il principio della valutazione di meritevolezza caso per caso espresso dalle Sezioni Unite nell'anno precedente<sup>70</sup> e rischiano di precludere in via generale ed astratta il riconoscimento della validità di questo tipo di polizze nel nostro ordinamento giuridico<sup>71</sup>. A complicare ulteriormente questo già notevolmente intricato panorama giurisprudenziale, inoltre, è di recente sopraggiunto un nuovo provvedimento di rimessione alle Sezioni Unite di alcune fondamentali questioni ermeneutiche relative all'ammissibilità delle clausole *claims made*<sup>72</sup>.

<sup>68</sup> Cass. 28 aprile 2017, n. 10506 e Cass. 28 aprile 2017, n. 10509, in *Corr. giur.*, 2017, 1191.

<sup>69</sup> Secondo le pronunce in discorso, tali clausole realizzerebbero un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore senza contropartita per l'assicurato, privandolo verosimilmente di copertura per tutti i danni causati nella prossimità della scadenza della polizza.

<sup>70</sup> Ma per una diversa opinione, v. U. CARNEVALI, *La clausola claims made e le sue alterne vicende nella giurisprudenza di legittimità*, in *Contr.*, 2017, 389, il quale afferma che «in realtà, se si legge in filigrana la sentenza [di Cass. 28 aprile 2017, n. 10506], appare evidente che essa non ha voluto enunciare un principio in netto contrasto con quello enunciato dalle Sezioni Unite e non ha voluto dare una valutazione generale delle clausole *claims made* in termini di non meritevolezza, bensì ha limitato il suo giudizio alla specifica categoria di clausole *claims made* che veniva in considerazione in quel giudizio, e cioè ad una clausola inserita in una polizza di assicurazione della responsabilità civile sanitaria stipulata da un'azienda ospedaliera». Per un'aperta condivisione delle soluzioni fatte proprie dalle pronunce in parola, v., poi, S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno resp.*, 2017, 452 ss.

<sup>71</sup> Per queste considerazioni v., tra gli altri, F.A. MAGNI, *Il contratto di assicurazione per la responsabilità civile claims made non è meritevole di tutela se non è prevista la garanzia postuma (ovvero la III sezione corregge le Sezioni Unite)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1208 ss.; A. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Claims made, "code lunghe" e ostracismi giudiziali*, in *Danno resp.*, 2017, 445 ss.; B. TASSONE, *Ulteriori note sulle claims made: la trama si infittisce e non se ne esce*, in *Foro it.*, 2017, I, 2725 ss.; I. PARTENZA, *La clausola claims made e le sezioni dis-unite della Supr. Corte: l'insostenibile incertezza del mercato*, in *Resp. med.*, 2017, 237 ss. Da un altro punto di vista può essere, del resto, evidenziato che l'invalidità *tout court* delle polizze *claims made* alla quale rischiano di condurre le pronunce in discorso parrebbe poter essere evitata, alla stregua dei principi dalle stesse affermati, solo predisponendo un regolamento contrattuale che coprisse l'assicurato tanto per gli eventi avvenuti nel periodo di retroattività con richiesta risarcitoria pervenuta durante la vigenza della polizza, quanto per gli eventi avvenuti nel medesimo periodo con richiesta pervenuta sempre nello stesso arco temporale, quanto, infine, per gli eventi avvenuti durante la vigenza della polizza con richiesta postuma: ma un sistema siffatto, com'è agevole intuire, sarebbe senza dubbio insostenibile per le compagnie assicurative e non potrebbe pertanto trovare concreta applicazione (L. LOCATELLI, *Polizze a regime claims made: quando il diverso ha difficoltà ad integrarsi*, in *Danno resp.*, 2017, 466; ID., *Primi cedimenti delle clausole claims made di fronte al giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1383).

<sup>72</sup> Si tratta di Cass. (ord.) 19 gennaio 2018, n. 1465, con la quale le Sezioni Unite vengono chiamate «a stabilire se siano corretti i seguenti principi: (a) nell'assicurazione contro i danni non è consentito alle parti elevare al rango di "sinistri" fatti diversi da quelli previsti dall'art. 1882 cod. civ. ovvero, nell'assicurazione della responsabilità civile, dall'art. 1917, comma primo, cod. civ.; (b) nell'assicurazione della responsabilità civile deve ritenersi sempre e comunque immeritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 cod. civ., la clausola la quale stabilisca la spettanza, la misura ed i limiti dell'indennizzo non già in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui l'assicurato ha causato il danno, ma in base alle condizioni contrattuali vigenti al momento in cui il terzo danneggiato ha chiesto all'assicurato di essere risarcito».





Al di là di questi rilievi, sono diversi i profili di teoria generale del contratto che si incontrano nello studio delle clausole in parola.

Per dipanare la questione della validità delle *claims made* è necessario fare chiarezza, oltre – e prima ancora – che sul giudizio di meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322, comma 2, cod. civ., sulla stessa nozione di (a)tipicità contrattuale, perché la prevalente tesi che le ritiene deviare dal meccanismo *loss occurrence* fatto proprio dall'*art.* 1917, comma 1, cod. civ. è invero contrastata da quanti ritengono che, in realtà, esse si limiterebbero a circoscrivere il rischio assicurato dal punto di vista temporale e quindi non comporterebbero alcuno sconfinamento dal modello codicistico di assicurazione della responsabilità civile<sup>73-74</sup>.

I problemi che si è appena finito di richiamare sono, peraltro, intimamente collegati ad un'ulteriore e controversa questione, vale a dire la riferibilità del giudizio di atipicità e meritevolezza di cui all'*art.* 1322, comma 2, cod. civ. a singole clausole contrattuali anziché all'intero negozio: sebbene tale impostazione venga sostenuta da una parte della dottrina<sup>75</sup> e sia stata con-

---

<sup>73</sup> E questo sulla scorta dell'idea che l'espressione «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione» contenuta nell'*art.* 1917, comma 1, cod. civ. sarebbe idonea a ricomprendere, oltre che il fatto storico posto in essere dall'assicurato comportante l'insorgere della sua responsabilità secondo il modello *loss occurrence* (o *act committed*), pure la formulazione della richiesta di risarcimento da parte del terzo danneggiato secondo il modello della clausola *claims made*, l'inserimento della quale all'interno del contratto di assicurazione della responsabilità civile non sarebbe ad ogni modo in grado di snaturarne la causa al punto da comportarne la fuoriuscita dall'area della tipicità. Per questa impostazione ed ulteriori citazioni conformi, cfr., tra gli altri, G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1395 ss.; M. MAZZOLA, *La copertura*, cit., 1048; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*, in *Foro it.*, 2017, I, 1931; G. FACCI, *Gli interventi demolitivi della Cassazione sulle claims made e la tutela degli assicurati (e dei terzi danneggiati)*, in *Corr. giur.*, 2017, 1200. I fautori della prevalente tesi contraria non hanno, peraltro, mancato di ribattere al ragionamento che si è appena finito di esporre, per esempio osservando che «ciò è smentito dal secondo periodo del medesimo primo comma dell'*art.* 1917, ove si prevede che «sono esclusi i danni derivanti da fatti dolosi» e poiché, da un lato, può predicarsi un dolo esclusivamente rispetto alla condotta del danneggiante (e non certo rispetto alla richiesta di risarcimento del danneggiato) e poiché, dall'altro, non può ipotizzarsi che il medesimo termine «fatto» sia usato con due significati diversi nello stesso comma, ne consegue che anche nella prima parte del primo comma il termine «fatto» è riferito alla condotta dell'assicurato danneggiante e non già alla richiesta di risarcimento» (così F. DELFINI, *Controllo*, cit., 898).

<sup>74</sup> Un'interessante impostazione del problema è quella proposta da P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca borsa*, 2016, II, 667 s., il quale ritiene che «che nell'ambito della disciplina codicistica del contratto di assicurazione, possa parlarsi di tipi contrattuali in senso proprio solo con riguardo all'assicurazione contro i danni e all'assicurazione sulla vita, ossia alle due figure definite e descritte dall'*art.* 1882 c.c. Infatti, le varie manifestazioni di negozi assicurativi – compresa l'assicurazione della responsabilità civile – articolate secondo la classificazione dei rischi per rami (*art.* 2 cod. ass.), quando presentano i caratteri richiesti dalla menzionata norma codicistica, sono riconducibili ad uno dei due tipi e non esprimono quindi una rilevanza autonoma sul piano della qualificazione. Se si conviene con questa premessa, alla domanda se l'assicurazione con clausola *claims made* rappresenti una figura tipica o atipica può agevolmente risponderci che qualsiasi forma di assicurazione con la quale viene previsto l'indennizzo dei danni suscettibili di incidere sul patrimonio dell'assicurato a seguito dell'insorgenza di obblighi risarcitori nei confronti di terzi è pur sempre una assicurazione contro i danni – quindi rientrante nel tipo di cui all'*art.* 1882 c.c. – classificabile, in ragione dell'oggetto della copertura (ossia la responsabilità dell'assicurato), nelle assicurazioni di responsabilità civile. L'unica peculiarità che presenta, in caso di apposizione della clausola *claims made*, riposa sul fatto che il rischio relativo alla responsabilità civile, ossia l'oggetto del contratto, viene determinato in modo diverso da quanto è previsto dall'*art.* 1917 c.c.».

<sup>75</sup> Tra gli altri v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 106 ss.; ID., *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 942 s.; R. FOR-



siderata dalle summenzionate Sezioni Unite del 2016 «un approdo pacifico della teoria generale del contratto», significativi argomenti sia letterali che sistematici sembrano appoggiare l'opposta soluzione secondo cui solo l'intero contratto può costituire oggetto del giudizio in discorso e la singola clausola contrastante con una disposizione normativa può, alternativamente, essere soltanto nulla – se la disposizione violata ha natura imperativa – oppure lecita – se la disposizione violata ha natura derogabile – ai sensi di quanto prevede il primo comma dell'art. 1322 cod. civ.<sup>76</sup>.

Tutt'altro che agevole da ricostruire è, poi, il profilo – a sua volta connesso con quello appena sopra esaminato – delle conseguenze della declaratoria di nullità della clausola *claims made* inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile.

A rigore la questione andrebbe risolta alla stregua della disciplina della nullità parziale dettata dall'art. 1419 cod. civ.: il secondo comma della norma, il quale comporterebbe la sostituzione automatica del regime *claims made* con quello *loss occurrence* previsto dall'art. 1917, comma 1, cod. civ., non potrebbe però essere applicato a causa della natura non imperativa della disposizione da ultimo menzionata<sup>77</sup>; a trovare spazio dovrebbe allora essere il primo comma dell'art. 1419 cod. civ., l'applicazione del quale peraltro condurrebbe, stante l'importanza decisiva che la clausola *claims made* normalmente riveste per entrambe le parti<sup>78</sup>, alla declaratoria di nullità dell'intero contratto nell'assoluta generalità dei casi<sup>79</sup>.

Un siffatto esito, tuttavia, appare inappagante nella misura in cui consente all'assicurato soltanto di recuperare i premi pagati e non di ottenere l'indennizzo escluso dalla clausola *claims made* considerata immeritevole di tutela: per questa ragione, la giurisprudenza in materia preferisce allora 'ignorare' il primo comma dell'art. 1419 cod. civ. e applicare il secondo comma della norma nonostante la natura derogabile dell'art. 1917, comma 1, cod. civ., al fine di riconoscere l'automatica sostituzione del regime *loss occurrence* alla clausola *claims made* dichiarata nulla.

Sebbene venga avallata da una parte della dottrina riconoscendo l'estensibilità analogica

---

NASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1378 ss., il quale ritiene che tale impostazione possa trovare fondamento anche in talune disposizioni introdotte nell'ordinamento italiano in sede di recepimento di norme provenienti dall'Unione europea nonché nella recente riforma del *Code civil* francese.

<sup>76</sup> Così, in particolare, G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1405 ss. Per ulteriori considerazioni critiche circa la pretesa di isolare una clausola contrattuale nel vuoto, scollegandola dal contesto in cui si colloca, v., poi, A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Meritevoli e no*, cit., 1930.

<sup>77</sup> V. *supra*, nota 64.

<sup>78</sup> Il regime *claims made* consente infatti all'assicuratore di gestire il rischio con molta maggiore facilità rispetto al sistema *loss occurrence* e questo si riflette in una significativa diminuzione dell'entità del premio che l'assicurato viene chiamato a pagare: alla luce di queste considerazioni, quindi, si tende a riconoscere che il giudizio richiesto dall'art. 1419, comma 1, cod. civ. in linea di principio si risolverebbe sempre nel senso che né l'uno né l'altro avrebbero concluso il contratto senza la clausola *claims made*.

<sup>79</sup> Per questi rilievi v., tra gli altri, G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1408 ss.; L. LOCATELLI, *Primi cedimenti*, cit., 1383; G. FACCI, *Gli interventi*, cit., 1201; ID., *Le clausole claims made ed i c.d. «fatti noti» nella successione di polizze*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 767 ss.; F. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno resp.*, 2017, 478.



dell'art. 1419, comma 2, cod. civ. alle norme dispositive<sup>80</sup>, questa soluzione suscita però diverse perplessità: al di là della dubbia solidità del suo fondamento normativo<sup>81</sup>, non si può invero disconoscere che, seguendo l'impostazione in discorso, il contratto viene sostanzialmente riscritto (se non stravolto) dal giudice in dispregio del principio dell'autonomia privata, tra l'altro finendo per assumere un contenuto marcatamente sbilanciato a sfavore della compagnia assicurativa<sup>82</sup> con inevitabili riflessi negativi sullo stesso mercato assicurativo<sup>83</sup>. Dal piano delle perplessità si trascorre, poi, a quello dell'aperta disapprovazione – anche da parte degli Autori che pure sono favorevoli alla soluzione della sostituzione automatica del regime *loss occurrence* alla clausola *claims made* nulla – quando si constata che una certa giurisprudenza di merito si spinge oltre e non esita a riformulare il contratto sottoposto al suo giudizio elaborando una sorta di regime 'ibrido' tra *loss occurrence* e *claims made* nel malcelato intento di far rientrare ad ogni costo in copertura un sinistro che in realtà non sarebbe indennizzabile né secondo l'uno né secondo l'altro modello<sup>84</sup>.

Un'ultima questione di carattere generale sollevata dalle clausole *claims made*, che nonostante sia «estremamente delicata e spinosa» viene poco considerata dalla dottrina e sembra essere addirittura ignorata dalla giurisprudenza<sup>85</sup>, riguarda infine la legittimazione ad invocarne la nullità. Se tale rimedio consegue ad una valutazione di immeritevolezza della clausola fondata

---

<sup>80</sup> Tra gli altri v., anche per ulteriori citazioni di dottrina conforme, M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 112 s.; ID., *La meritevolezza*, cit., 946; U. CARNEVALI, *La clausola*, cit., 389, nel testo e in nota 9. Più in generale sulla tesi che sostiene l'applicabilità del meccanismo sostitutivo previsto dall'art. 1419, comma 2, cod. civ. anche alle ipotesi in cui vengano in rilievo norme di natura dispositiva, v., poi, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, 2008, 245 ss.

<sup>81</sup> Al riguardo v. la dottrina citata *supra*, in nota 79. È appena il caso di rilevare che – come evidenzia M. HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le Sezioni Unite* (“*Piacer figlio d'affanno; Gioia vana...*”), in *Danno resp.*, 2016, 969 – il fondamento della soluzione in esame non guadagna certamente alcuna maggiore attendibilità quando al già poco perspicuo «abbrivio degli spunti esegetici offerti dall'art. 1419, comma 2» cod. civ. si aggiunge il riferimento ad un non meglio precisato ed argomentato «principio, ormai assunto a diritto vivente, secondo cui il precetto dettato dall'art. 2 Cost., “che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*” [...], consente al giudice di intervenire anche in senso modificativo o integrativo sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto» (così Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.).

<sup>82</sup> Com'è stato rilevato alla nota 78, il regime *claims made* consente alla compagnia assicurativa di gestire il rischio in maniera più agevole e quindi di chiedere un premio inferiore all'assicurato, sicché dopo la sua sostituzione con il regime *loss occurrence* il premio (invariato) diventa sproporzionato per difetto rispetto alle esigenze dell'assicuratore e l'equilibrio contrattuale finisce inevitabilmente per sbilanciarsi a favore della controparte.

<sup>83</sup> Cfr., per queste considerazioni, M. MAZZOLA, *La copertura*, cit., 1053 s.; G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1410 s.; M. FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite confermano se stesse sulla natura della clausola claims made*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 624; C. GRANELLI, *Autonomia privata e intervento del giudice*, in *Contr.*, 2017, 632 ss.; V. ALLAVENA, *Meritevolezza della clausola claims made: il difficile compito dei giudici di merito dopo le Sezioni Unite*, in *Danno resp.*, 2016, 959.

<sup>84</sup> Per queste considerazioni e per i riferimenti alla giurisprudenza di merito di cui si è detto nel testo, v. U. CARNEVALI, *La clausola*, cit., 390 s.; M. FERMEGLIA, *Le Sezioni Unite*, cit., 624; V. ALLAVENA, *Meritevolezza*, cit., 958; M. HAZAN, *La singolare vicenda*, cit., 970.

<sup>85</sup> M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 114; ID., *La meritevolezza*, cit., 946 s.



sull'eccessivo squilibrio in danno dell'assicurato, a potersene avvalere dovrebbe invero essere solamente l'assicurato stesso (e non anche l'assicuratore), che alla luce delle circostanze del caso concreto ben potrebbe anche decidere di non farlo laddove la clausola coprisse un sinistro destinato a rimanere, invece, escluso dalla copertura sotto il regime *loss occurrence* subentrante dopo la declaratoria di nullità della clausola medesima<sup>86</sup>; e la rispondenza all'interesse dell'assicurato, sempre secondo questa prospettiva, dovrebbe condizionare anche il potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità della clausola *claims made*, nel senso che il magistrato dovrebbe astenersi dal dichiararla nelle ipotesi in cui l'operatività della clausola in concreto andasse a favorire le ragioni dell'assicurato.

È però agevole rilevare che una siffatta regolamentazione non sarebbe sicuramente attingibile sottoponendo le fattispecie di nostro interesse alla disciplina generale dell'azione di nullità dettata dall'art. 1421 cod. civ., dalla quale è anzi necessario trovare il modo di discostarsi se si vogliono vedere realizzati gli esiti applicativi poco sopra illustrati.

A tale riguardo non sarebbe di particolare utilità richiamare i principi generali dell'ordinamento: com'è stato messo in luce, all'assicuratore che sulla scorta dell'art. 1421 cod. civ. invocasse la nullità della clausola *claims made* per sottrarsi alle conseguenze della sua operatività si potrebbe, forse, anche pensare di opporre il contrasto della propria pretesa con la buona fede, il divieto dell'abuso del diritto e/o il divieto del *venire contra factum proprium*; il problema è che però, a quel punto, tutto ciò non potrebbe non valere pure nei confronti dell'assicurato, espropriandolo della facoltà di decidere se invocare o meno la nullità in discorso a seconda di quale sia la soluzione per lui più conveniente nel caso concreto<sup>87</sup>.

Al fine di riconoscere soltanto all'assicurato la legittimazione ad invocare la nullità della clausola *claims made* nonché condizionare il rilievo officioso della nullità in esame alla rispondenza all'interesse dell'assicurato stesso si potrebbe, piuttosto, tentare di percorrere la via dell'applicazione analogica delle svariate disposizioni normative coinvolte nel fenomeno delle c.d. nullità di protezione<sup>88</sup>. Pure l'accoglimento di questa soluzione presenta, però, una serie di difficoltà tutt'altro che agevoli da superare: da un lato, è necessario verificare che le disposizioni di cui sopra non rivestano natura eccezionale (bensì soltanto speciale) per non incorrere nel divieto di applicazione analogica previsto dall'art. 14 disp. prel.; dall'altro lato, devono essere esaminati e risolti pure i dubbi circa l'idoneità ad atteggiarsi quali nullità protettive del-

---

<sup>86</sup> Da questo diffuso ragionamento si discosta B. TASSONE, *Ulteriori note*, cit., 2730, il quale solleva il dubbio «se sia opportuno concedere all'assicurato la possibilità di scegliere a suo piacimento – e a parità di premio – di orientare l'impugnativa contrattuale per far prolungare la copertura verso il passato ovvero verso il futuro invocando lo schema *loss occurrence*». Per una difesa dall'accusa di «un eccessivo riguardo protezionistico nei confronti dell'assicurato» mossa all'impostazione in esame v., peraltro, M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 118 s.; ID., *La meritevolezza*, cit., 948 s.

<sup>87</sup> B. TASSONE, *Ulteriori note*, cit., 2730.

<sup>88</sup> Sembra ritenere senz'altro sostenibile tale soluzione M. GAZZARA, *L'assicurazione*, cit., 116 s.; ID., *La meritevolezza*, cit., 947 s.



le nullità strutturali dovute ad uno squilibrio unilaterale del sinallagma <sup>89</sup>.

Da ultimo, va sottolineato come non sarebbe corretto ritenere che tutte le questioni finora esaminate ormai non si pongano più nell'assicurazione della responsabilità sanitaria, perché l'art. 11 della Legge Gelli-Bianco ha 'tipizzato' le clausole *claims made* con riguardo a quell'ambito <sup>90</sup> così precludendo in radice lo svolgimento del giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, comma 2, cod. civ. e la conseguente possibilità di una declaratoria di nullità delle clausole in parola <sup>91</sup>. A ben vedere, infatti, pure dopo l'avvento della nuova legge una valutazione in termini di atipicità e (im)meritevolezza delle clausole *claims made* – con tutti i problemi che abbiamo visto essa trascina con sé – rimane comunque necessaria per le polizze di assicurazione della responsabilità medica stipulate prima dell'entrata in vigore della legge medesima nonché per quelle stipulate successivamente che si discostino dalle previsioni del summenzionato art. 11 e, quindi, dal modello 'tipizzato' dal legislatore <sup>92</sup>.

6. – Nelle pagine precedenti si è potuto vedere come la responsabilità civile di medici e strutture sanitarie, anche – anzi, vieppiù – dopo l'ingresso nell'ordinamento dell'apposita disciplina contenuta nella Legge Gelli-Bianco, è un settore che, a dispetto della sua specificità, incrocia numerosi e assai più vasti *topoi* del diritto civile: il contatto sociale nel quadro della teoria delle fonti delle obbligazioni; la distinzione fra obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato; le funzioni della responsabilità civile e il ruolo svolto dalla condotta dell'autore dell'illecito nell'opera di quantificazione del risarcimento del danno; il concetto di (a)tipicità contrattuale, il giudizio di (im)meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dai contratti atipici e il funzionamento della nullità parziale.

Nell'economia del presente lavoro, di tutti questi profili – e degli altri aspetti loro collegati – è stato possibile soltanto tratteggiare le linee fondamentali con l'idea di offrire, più che soluzioni compiute e adeguatamente meditate, spunti e suggestioni utili allo svolgimento di ben più approfonditi percorsi di ulteriore ricerca; ma anche la necessità di quest'ultima, a ben vedere, non

---

<sup>89</sup> G. FACCI, *Gli interventi*, cit., 1201 s.; ID., *Le clausole*, cit., 768 s.

<sup>90</sup> Ciò che, secondo alcuni, peraltro aprirebbe il diverso problema della legittimità costituzionale della norma, in particolare nella misura in cui esclude per l'assicurato la copertura assicurativa per le richieste postume (A. ASTONE, *Profili*, cit., 1124 s.).

<sup>91</sup> Per quest'ultimo rilievo v., tra gli altri, C. MASIERI, *Novità*, cit., 764; G. MIOTTO, *Dalle Sezioni Unite*, cit., 1421 s.; M. HAZAN-E. CINELLI, *Estensione*, cit., 676; G. FACCI, *Gli obblighi assicurativi nella recente riforma Gelli-Bianco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 109; M. COSTANZA, *Della meritevolezza. Il caso claims made*, in *Foro it.*, 2017, I, 3118, 3120; P. CORRIAS, *La copertura*, cit., 755; A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Claims made*, cit., 447; F. GRECO, *La clausola*, cit., 475.

<sup>92</sup> Cfr., per queste considerazioni, N. DE LUCA-G.M. D'AIELLO-F. SCHIAVOTTIELLO, *Le assicurazioni*, cit., 794, nota 8; S. MONTICELLI, *Le nuove dinamiche*, cit., 6 ss.; ID., *Il giudizio*, cit., 453; V. SELINI, *Il passato e il presente dell'obbligo assicurativo in ambito sanitario*, in *Danno resp.*, 2017, 314; M. BINDA, *Il tortuoso cammino delle clausole claims made*, in *La responsabilità sanitaria. Commento alla l. 8 marzo 2017, n. 24*, a cura di G. Alpa, Pacini, 2017, 441.

## JUS CIVILE



è che la conferma delle peculiarità di una materia il cui «quadro interpretativo [...] non può mai ritenersi definitivamente tranquillo, e cioè non suscettibile di ripensamenti e *revirements*»<sup>93</sup> e che, d'altro canto, oramai «è diventata quasi una moda in una società che non intende concedere nulla al caso mentre questo continua a farsi beffe di pretese scientifiche coltivate nell'illusione di neutralizzarlo»<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> A. DI MAJO, *Mezzi e risultato*, cit., 38.

<sup>94</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, rist. emendata, Giuffrè, 2015, 161.





## OSSERVAZIONI SUI PATTI DI ESONERO DA RESPONSABILITÀ CIVILE

SOMMARIO: 1. I patti che escludono o limitano la responsabilità contrattuale ed il problema dell'ammissibilità di patti analoghi per la responsabilità extracontrattuale. – 2. Argomenti contrari e favorevoli all'ammissibilità dei patti di esonero dalla responsabilità extracontrattuale. – 3. Riscontri di diritto positivo all'ammissibilità di patti di esclusione o limitazione della responsabilità extracontrattuale. Estensione dell'art. 2236 c.c. a tutta la responsabilità civile. – 4. Patti di esonero da responsabilità extracontrattuale ed ordine pubblico: valenza del principio desumibile dal secondo comma dell'art. 1229 c.c. anche in area aquiliana, in quanto specificazione dell'art. 1418, secondo comma, c.c. – 5. Necessaria applicabilità in ambito aquiliano anche del primo comma dell'art. 1229 c.c., in quanto espressivo di un principio o di ordine pubblico o almeno imperativo. – 6. Uniformità di disciplina per i patti che escludono o limitano ogni forma di responsabilità civile anche sotto profili diversi dall'an e dal quantum del risarcimento.

1. – L'art. 1229 c.c., in cui il legislatore del 1942 ha recepito l'orientamento prevalente sia in giurisprudenza sia in dottrina nel vigore del Codice Civile del 1865, circoscrive l'ammissibilità dei patti che escludano o limitino preventivamente la responsabilità da inadempimento del debitore verso il creditore. È nullo qualunque patto destinato ad incidere sulla responsabilità del debitore discendente da una condotta dolosa, gravemente colposa o tenuta in violazione di norme di ordine pubblico<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> In generale, v. G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari – Clausole di esonero da responsabilità*, Artt. 1228-1229, 2ª ed., in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2016, 184 ss.

L'art. 1229 c.c. non riguarda direttamente la diversa figura degli accordi di manleva concernenti la responsabilità di una delle parti nei confronti (non dell'altra, bensì) di terzi, poiché con questi accordi le parti, lungi dal voler escludere o limitare tale responsabilità (e, peraltro, in considerazione del principio di relatività degli effetti del contratto, senza neppure poterlo fare), perseguono l'unico risultato di riversare su una di esse, denominato mallevadore o garante, le conseguenze patrimoniali della responsabilità dell'altra, denominato mallevato, verso il terzo danneggiato, purché ciò soddisfi un apprezzabile interesse dello stesso mallevadore e, dunque, sussista un'ideale causa contrattuale: il rapporto di responsabilità tra responsabile e danneggiato, allora, non è in alcun modo influenzato dall'accordo di manleva tra il responsabile mallevato ed il mallevadore. Si tratta di una garanzia atipica, che viene ritenuta invalida solo in caso di violazione dell'ordine pubblico e di alcuni inderogabili principi generali, ad esempio nella misura in cui miri a sollevare il mallevato dalla responsabilità discendente da una personale condotta dolosa (argomentando dall'art. 1917, primo comma, c.c. dettato in materia di assicurazione per la responsabilità civile), non da quella di propri ausiliari (argomentando dall'art. 1900, secondo comma, c.c. dettato sempre in materia di assicurazione), oppure non sia stabilito l'importo massimo della prestazione di garanzia del mallevadore (argomentando dall'art. 1938 c.c. dettato in materia di fidejussione) o, almeno, non siano esattamente precisati i rapporti dai quali potrebbe sorgere una responsabilità del mallevato verso terzi, così da rendere imprevedibile ed indeterminabile l'entità della garanzia che il mallevadore potrebbe essere chiamato a prestare (argomentando dall'art. 1346 c.c. dettato in materia di oggetto del



Si discute se il debitore possa esonerarsi da responsabilità almeno in caso di dolo o colpa grave dei propri ausiliari, purché il patto – stante l'espressa disposizione dell'art. 1229, secondo comma, c.c. – non contrasti con l'ordine pubblico. L'opinione contraria, però, è preferibile, giacché si deve ritenere che l'art. 1228 c.c., anche qualora la condotta dannosa sia da attribuire materialmente ad un ausiliario, delinea a carico del debitore una responsabilità per fatto proprio. Pertanto, l'art. 1228 c.c., in cui pure si fa salva una diversa volontà delle parti, va coordinato con l'art. 1229 c.c., con conseguente validità dei patti di esonero del debitore da responsabilità solo in caso di colpa semplice degli ausiliari<sup>2</sup>.

Ciò premesso, è controverso se patti analoghi a quelli contemplati dall'art. 1229 c.c. siano ammissibili, ed eventualmente a quali condizioni lo siano, in materia di responsabilità extracontrattuale<sup>3</sup>. Tra l'altro, pattuizioni del genere potrebbero essere non autonome, bensì accessorie

---

contratto). In proposito, anche per opportuni riferimenti giurisprudenziali, v. in dottrina A. FRANCHI, *Riflessioni sulla manleva*, in *Contr. e impr.*, 2017, 143; nonché, pure per una disamina più articolata e talvolta critica delle acquisizioni dottrinali e giurisprudenziali, A. PICCIAU, *Sulla validità dei patti parasociali di rinuncia all'azione di responsabilità e di manleva nella s.p.a.*, in *Riv. delle società*, 2016, 318 ss.

<sup>2</sup> Una volta che il debitore si sia dotato di un ausiliario a mo' di *longa manus* per l'adempimento, la responsabilità da inadempimento continua sì a dipendere da un giudizio basato sulla diligenza, ma, per un verso, tale giudizio concerne la condotta dell'ausiliario e non più quella del debitore e, per altro verso, le implicazioni di responsabilità che sortiscono dalla negligenza del primo vengono traslate automaticamente in capo al secondo. Una clausola di esonero da responsabilità o di limitazione della responsabilità, quindi, sarebbe valida soltanto alle condizioni che rendono valide le clausole riferite al comportamento personale dell'obligato, ossia purché il fatto degli ausiliari da valutare in luogo di quello del debitore – oltre a non violare l'ordine pubblico – sia connotato da colpa semplice, tanto più che la responsabilità per il fatto dell'ausiliario è un costo che il debitore/imprenditore paga per le utilità ricavate dall'esercizio dell'impresa.

In dottrina, anche per raffronti comparatistici a sostegno dell'opinione esposta, v. F. BENATTI, Voce «*Clausole di esonero dalla responsabilità*», in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, II, Torino, 1988, 400 ss.; inoltre, M. CANTILLO, in *Le obbligazioni*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, fondata da W. BIGIARI, Torino, 1992, t. 2, 858; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, *Le obbligazioni in generale. Il contratto in generale. I Singoli contratti*, 3ª ed. agg. a cura di N. ZORZI GALGANO, Padova, 2015, 79 ss.; G. CECCHERINI, *op. cit.*, 241 ss.; G. ANZANI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e responsabilità per fatto dei preposti: fattispecie a confronto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 431 ss. *Contra*, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano, 1979, 152 ss.

In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 7 ottobre 2010, n. 20808, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 10, 1300; Cass. civ., 15 febbraio 2000, n. 1682, in *Foro it. DVD*, in cui il pur enunciato principio di diritto non è stato applicato solo per la carenza di prova in ordine al nesso di causalità; Trib. Milano, 11 gennaio 1954, in *Rep. Giust. civ.*, 1955, Voce «*Assicurazione (Contratto di)*», 195, n. 18.

<sup>3</sup> Sulle clausole che escludono o limitano la responsabilità civile, v., in generale, A. DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, I, Milano, 1979, 534 ss.; G. PONZANELLI, *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*, Milano, 1984, *passim*; L. CABELLA PISU, *Clausole di limitazione o esclusione del risarcimento*, in *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, a cura di G. VISINTINI, Milano, 1984, 101; F. BENATTI, *op. cit.*, 397; M. CANTILLO (*op. cit.*, 858 ss.), il quale precisa (alla pag. 859) che il divieto di cui all'art. 1229 c.c., posto in deroga al generale principio dell'autonomia negoziale, non si diffonde ai patti con i quali si convenga il trasferimento ad altri dell'incidenza economica del danno, «in quanto in tale ipotesi la clausola non determina alcuna forma di irresponsabilità, ma soltanto riversa su un altro soggetto le conseguenze patrimoniali dell'illecito, senza violare il diritto del danneggiato», e (a pag. 861) che la nullità di una clausola in contrasto con l'art. 1229 c.c. non dà luogo *ex se* alla nullità dell'intero negozio, tanto più se si considera che, in tal modo, al debitore verrebbe ugualmente garantita l'irresponsabilità secondo il regime dell'inadempimento; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. SACCO, *Le fonti delle obbligazioni*, 3, Torino, 1998, 674 ss.; G. CECCHERINI, *op. cit.*, 244 ss. V. an-



ad un più dovizioso autoregolamento negoziale, sicché, laddove mirassero a paralizzare la piena applicabilità del regime aquiliano, sarebbero in grado di impedire che un'eventuale responsabilità contrattuale concorra, in tutto o in parte, con quella extracontrattuale<sup>4</sup>.

Di sicuro, un patto che esonerasse dalla responsabilità aquiliana, seppure fosse in astratto ammissibile, sarebbe soggetto al principio di relatività degli effetti del contratto *ex art.* 1372, secondo comma, c.c. e, quindi, potrebbe ovviamente valere solo tra le parti stipulanti<sup>5</sup>.

2. – La ritrosia ad ammettere patti che garantiscano una totale o parziale immunità dalla responsabilità extracontrattuale è primariamente legata alla difficoltà di immaginare un accordo preventivo sulle conseguenze risarcitorie di un illecito<sup>6</sup>.

Tuttavia, le fattispecie aquiliane non richiedono l'assoluta estraneità dei soggetti coinvolti<sup>7</sup>. Anzi, un "contatto" tra responsabile e danneggiato avviene anteriormente all'illecito in numerosi casi, ad esempio quando il fatto si inserisca in una relazione contrattuale, in trattative precontrattuali o nello svolgimento di una competizione sportiva, oppure nelle ipotesi – tipizzate dalla giurisprudenza – della responsabilità per cattive informazioni, per beni di consumo difettosi, per attività endoprocedimentale della P.A. o per immissioni nocive<sup>8</sup>. Le modalità di esercizio

---

che G. ALPA, *Costruzione di autoveicoli, clausole di esonero e responsabilità dell'impresa. Per una diversa lettura dell'articolo 2054, ultimo comma, codice civile*, nota di commento a Cass. civ., 2 marzo 1973, n. 577, in *Giur. it.*, 1975, I, sez. 1, 765 ss.; C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del Millennio*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, 110 ss.

In prospettiva storica e comparatistica, v. M. LUPOI, *Il dolo del debitore nel diritto italiano e francese*, Milano, 1969, 148 ss., 236 ss.

<sup>4</sup> Com'è noto, infatti, il nostro ordinamento conosce nella prassi il fenomeno del concorso delle due specie di responsabilità civile, su cui, di recente, sia consentito il rinvio a v. G. ANZANI, *Il concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2018, 278.

<sup>5</sup> Sull'ampia valenza del principio di relatività degli effetti del contratto, v. L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, rist. 1964, 189 ss., spec. 191; nonché già G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7ª ed., IV, Firenze, 1908, 320 ss.

<sup>6</sup> Con riguardo alla liquidazione convenzionale del danno, v. già G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, 7ª ed., V, Firenze, 1909, 390.

<sup>7</sup> L'illecito aquiliano coinvolge soggetti che, in precedenza, non erano legati da alcun vincolo giuridico in grado di sacrificare la libertà dell'uno in funzione di un vantaggio da far conseguire all'altro, ed il responsabile entra in una relazione già in origine patologica con il danneggiato solo per l'avvenuta invasione della sfera individuale di quest'ultimo: v. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione (La parte generale delle obbligazioni)*, Milano, rist. 1968, 70 ss.

Tuttavia, ciò non significa che il regime aquiliano delinea la responsabilità tipica del "passante", tanto da rendere indefettibilmente opportuna la figura della «responsabilità da contatto sociale qualificato» ogni volta che tra responsabile e danneggiato sussistesse una relazione qualificata anteriore all'illecito: in tal senso, invece, v. C. CASTRONOVO, Voce «*Obblighi di protezione*», in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 1; ID., *La responsabilità civile in Italia*, cit., 155 ss.; ID., *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2004, 93 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, 443 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 679.

<sup>8</sup> Per alcune esemplificazioni, v. G. PONZANELLI, *op. cit.*, 2 ss. V. anche P. RESCIGNO, *Note minime attorno alla responsabilità civile*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli, Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, II, 450.

## JUS CIVILE



dell'azione di responsabilità, infatti, sono suscettibili di regolamentazione preventiva, giacché ai sensi dell'art. 808-*bis* c.p.c. (introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) «[l]e parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati»<sup>9</sup>.

Del resto, l'abdicazione preventiva del possibile danneggiato a pretese di responsabilità civile non sembra ostacolata, almeno in generale, da una inammissibilità della rinuncia a diritti futuri. Secondo l'orientamento giurisprudenziale preferibile, «[l]a rinuncia, quale espressione tipica dell'autonomia negoziale privata, può riguardare anche diritti futuri ed eventuali, purché determinati o determinabili nel loro contenuto e nella loro estensione, con il solo limite che non esistano divieti di legge o che non si tratti di diritti indisponibili»<sup>10</sup>.

Superate le obiezioni più istintive agli accordi *lato sensu* di esonero da responsabilità extracontrattuale, restano da affrontare ulteriori scogli concettuali.

Stando alla tesi massimalista, sarebbero sempre nulli i patti volti ad escludere o a limitare preventivamente la responsabilità aquiliana, perché la sua disciplina sarebbe integralmente di ordine pubblico e, quindi, non neutralizzabile mediante clausole di esenzione<sup>11</sup>, mentre la regola dell'art. 1229 c.c. sarebbe da reputare eccezionale e, pertanto, non applicabile per analogia ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c.<sup>12</sup>. Tuttavia, le norme extracontrattuali non sono indefettibilmente di ordine pubblico e, perciò, di necessaria applicazione: l'idea contraria è smentita pure nella prassi, come testimonia soprattutto – ma non solo – l'incostanza negli usi giurisprudenziali

---

<sup>9</sup> In proposito, v. M. FRANZONI (*Il danno risarcibile*, in *Tratt. della resp. civ.*, diretto da M. FRANZONI, 2ª ed., II, Milano, 2010, 223 ss.), il quale, tuttavia, propende per la nullità di un patto che escluda qualsiasi obbligo risarcitorio da responsabilità aquiliana di una parte nei confronti dell'altra, in quanto non si potrebbe rinunciare ad un diritto futuro, ancorché patrimoniale e, quindi, disponibile. Ma l'argomento prova troppo, perché allora un tale patto dovrebbe essere sempre inammissibile anche rispetto alla responsabilità contrattuale, per la quale, al contrario, è espressamente previsto dall'art. 1229 c.c.

<sup>10</sup> Così già la massima di Cass. civ., Sez. Un., 8 gennaio 1992, n. 104. Cfr. anche Cass. civ., 17 luglio 2014, n. 16365; Cass. civ., 16 giugno 2005, n. 12880.

Alcune pronunce sono di segno contrario, ma perlopiù solo apparentemente, perché o si preoccupano soprattutto di tutelare il lavoratore, quale parte debole e per l'influenza di specifiche disposizioni di legge, a fronte della rinuncia preventiva a diritti derivanti dal rapporto di lavoro, o sono state emesse in fattispecie nelle quali l'eventuale diritto oggetto di rinuncia era indeterminato: cfr. Cass. civ., sez. lav., 11 novembre 2015, n. 23087; Cass. civ., sez. lav., 5 agosto 2000, n. 10349; nonché Cass. civ., 2 marzo 2006, n. 4656.

Tutte le sentenze citate sono rinvenibili nella banca dati del sistema *Jurisdata*.

In dottrina, v. C. COPPOLA, *La rinuncia ai diritti futuri*, in *Studium Iuris*, 2007, 813.

<sup>11</sup> Sotto il Codice vigente, v. C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, 535.

Sotto il previgente Codice, v. già G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano, Parte Seconda, Diritto delle obbligazioni*, IV, *Dei delitti e quasi delitti*, Padova, 1940, 181 ss.

Nella dottrina francese, v. già G. BAUDRY-LACANTINERIE-L. BARDE, *Delle obbligazioni*, in *Trattato di Diritto Civile diretto da G. Baudry-Lacantinerie*, vol. IV, trad. sulla 3ª edizione originale in corso di stampa da una Società di Giuristi, a cura di P. BONFANTE-G. PACCHIONI-A. SRAFFA, Milano, s.d., 577 ss.

<sup>12</sup> V., tra gli altri, C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile*, cit., 111; ID., *La nuova responsabilità civile*, cit., 596 ss., il quale comunque rileva una lacuna del diritto positivo nel fatto che in area aquiliana le clausole di esonero da responsabilità sono totalmente ignorate.



dell'istituto del concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, che viene ammesso o negato in base a valutazioni di opportunità<sup>13</sup>.

Secondo tesi più liberali e preferibili, invece, la stipulazione di patti di esonero da responsabilità aquiliana sarebbe in astratto possibile<sup>14</sup>. Ad esempio, è stato sostenuto che i partecipanti ad un'attività sportiva assumono il rischio ad essa normalmente connesso e stipulano tacitamente una sorta di patto di reciproco esonero da responsabilità aquiliana, quantomeno al fine di escludere l'applicazione delle regole di responsabilità presunta, applicabili in determinate situazioni, in favore della regola generale dell'art. 2043 c.c.<sup>15</sup>.

Nondimeno, alcuni sottolineano come occorra escludere comunque la validità di quei patti che, in area contrattuale, sarebbero senz'altro nulli ai sensi dell'art. 1229 c.c.<sup>16</sup>.

Qualcuno precisa che bisognerebbe accertare se i patti, in quanto convenzioni atipiche assoggettate al comma 2 dell'art. 1322 c.c.<sup>17</sup>, realizzino interessi meritevoli di tutela<sup>18</sup>.

Altri, ancora, replicano che il richiamo all'art. 1322 c.c. farebbe dubitare costantemente le parti della validità di un patto e, quindi, che l'unico limite dovrebbe risiedere nell'ordine pubblico, il quale però non anima tutto il sistema della responsabilità extracontrattuale, ma va «inteso come istanza di difesa della persona ed esigenza di protezione dell'interesse generale»<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> V. G. PONZANELLI, *op. cit.*, *passim*, ma spec. 10 ss., 233 ss.

<sup>14</sup> In generale, v. R. SCOGNAMIGLIO, Voce «Responsabilità civile», in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 657; F. BENATTI, *op. cit.*, 402; C. ROSSELLO, *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, in *Contr. e impr.*, 1996, 650 ss.

<sup>15</sup> V. F.D. BUSNELLI-G. PONZANELLI, *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, 285 ss.

Tuttavia, l'orientamento prevalente spiega l'assenza di responsabilità con l'operatività o di una delle scriminanti codificate o di una scriminante atipica. In argomento, comunque, in caso di lesioni o di morte di un partecipante all'attività sportiva oppure di un terzo, si registrano diversità di vedute in ordine alle varie forme di responsabilità penale e civile configurabili. In dottrina, v., in generale, P.G. MONATERI, *op. cit.*, 796 ss.; i contributi di G. AURELIANO, A.P. BENEDETTI e A. RANDAZZO, in U. BRECCIA-A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. ROMBOLI, Pisa, 2007, 339, 367, 381; R. FRAU, *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Profili generali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1028; ID., *La responsabilità civile sportiva nella giurisprudenza. Il gioco del calcio*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 2026. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., 23 maggio 2005, n. 19473, imp. F., in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 1034, con nota di G. Facci; Cass. civ., 22 ottobre 2004, n. 20597, in *Danno e resp.*, 2005, 509, con nota di R. Conti; Cass. civ., 8 agosto 2002, n. 12012, in *Danno e resp.*, 2003, 529, con nota di M. Dellacasa.

<sup>16</sup> V., in particolare, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Cod. Civ.*, a cura di V. SCIALOJA-G. BRANCA, *sub artt.* 1218 – 1229, Bologna-Roma, 1967, 400 ss.

<sup>17</sup> Sulla meritevolezza dell'interesse ai sensi dell'art. 1322 c.c., v., anche per l'esposizione delle varie tesi in materia, E. BETTI (*Teoria generale delle obbligazioni*, III, 1, *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Milano, 1954, 59 ss.), che preferisce addirittura non parlare di negozi «atipici», bensì adoperare le categorie della «tipicità legislativa» e della «tipicità sociale»; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, nota di commento ad App. Milano, 29 dicembre 1970, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 81; ID., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, I, 1; ID., Voce «Ordine pubblico (Diritto privato)», in *Enc. Dir.*, XXX, Milano, 1980, 1040 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52.

<sup>18</sup> V., in particolare, G. PONZANELLI, *op. cit.*, 219 ss.

<sup>19</sup> Così, in particolare, P.G. MONATERI, *op. cit.*, 678.





3. – L'alternativa ermeneutica più permissiva sui patti di esonero da responsabilità extracontrattuale, oltre che da uno sguardo all'art. 7:101, comma 1, lett. d), dei *P.E.T.L.*<sup>20</sup> ed agli artt. 1382 ss. dell'*Avant-projet* francese<sup>21</sup>, è supportata da indici normativi anche nel diritto italiano.

Ad esempio, l'art. 124 del Codice del consumo sanziona con la nullità qualsiasi patto che escluda o limiti preventivamente nei confronti del danneggiato la responsabilità del produttore per i danni da prodotto difettoso, che è sicuramente di natura aquiliana<sup>22</sup>: si tratta di una regola speciale più severa di quella dettata dall'art. 1229 c.c. per la responsabilità contrattuale, poiché si prescinde dall'elemento soggettivo del danneggiante, sebbene la protezione dei consumatori possa ormai essere ritenuta rispondente ad un principio di ordine pubblico, così da far comunque propendere per la contrarietà a quest'ultimo di un patto che esoneri il produttore da responsabilità<sup>23</sup>. Tuttavia, l'art. 124 Codice del consumo potrebbe corroborare *a contrario* l'opinione favorevole all'esistenza di una regola generale di tenore opposto, ossia di ammissibilità in astratto dei patti di esonero da responsabilità aquiliana<sup>24</sup>, malgrado la controvertibilità di tale conclusione<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> «La responsabilità può essere esclusa se e nei limiti in cui il soggetto abbia agito legittimamente: d) ... nel caso in cui [il danneggiato] abbia assunto il rischio di essere danneggiato».

I *Principles of European Tort Law*, anche nella traduzione italiana curata dai Proff. F.D. Busnelli e G. Comandé, sono pubblicati in *European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Horn (Austria), 2005.

<sup>21</sup> L'*Avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, infatti, ammetteva espressamente le convenzioni volte ad escludere o limitare la responsabilità sia contrattuale, sia extracontrattuale. L'*Avant-projet*, presentato al Ministro della Giustizia francese dal Prof. P. Catala il 22 settembre 2005, è pubblicato nella versione originale in lingua francese in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 241, ma alcune traduzioni in italiano sono reperibili nella rete di *Internet*.

I più recenti progetti di riforma del diritto francese si dirigono nella medesima direzione.

<sup>22</sup> «La nullità prevista va riferita ... ai casi, più o meno rari, di contrattazione diretta tra il produttore e il consumatore, con una deroga *in peius*, nei confronti del produttore, alla norma dell'art. 1229 c.c., che esclude l'esonero da responsabilità per dolo o colpa grave. La norma va altresì riferita alle ipotesi in cui il produttore faccia assumere alla sua controparte, distributrice del prodotto, l'obbligazione di prevedere nel contratto di vendita al consumatore una clausola di esonero o di limitazione della responsabilità del produttore e tale clausola sia effettivamente inserita nel contratto con il consumatore» (Così C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 734). V. anche G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, in *Tratt. della resp. contr.*, diretto da G. VISINTINI, III, *Il risarcimento del danno contrattuale. La responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari*, Padova, 2009, 523 ss.

<sup>23</sup> G. CECCHERINI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, cit., 252 ss.

<sup>24</sup> In tal senso, v. M. FRANZONI (*op. cit.*, 777 ss.), secondo cui, ai sensi dell'art. 41 Cost., i patti di esonero da responsabilità extracontrattuale esprimerebbero un interesse meritevole di tutela alla luce del principio della libertà di iniziativa economica, a meno che non si scontrino con l'utilità sociale oppure con la sicurezza, la libertà o la dignità umana. «In tali esempi estremi, non solo i contratti che stabiliscono la limitazione della responsabilità sarebbero privi di causa, secondo l'art. 1322, comma 2°, c.c., ma addirittura si presenterebbero come illeciti, siccome in contrasto con un principio di ordine pubblico» (così alla pag. 778).

<sup>25</sup> Invero, l'art. 124 del Codice del consumo potrebbe anche essere letto, ed in effetti lo è stato da una parte della dottrina, come «conferma dell'idea che della responsabilità extracontrattuale non può darsi limitazione o esonero, almeno quando sono in questione diritti indisponibili quali quelli della persona» (così C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 597).





Tra l'altro, l'art. 2236 c.c., per le prestazioni d'opera intellettuale implicanti la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, limita la responsabilità del debitore per imperizia – ma, in ossequio ad un'ormai consolidata opinione, non per negligenza o imprudenza<sup>26</sup> – ai soli casi di dolo o di colpa grave, e profila un assetto di effetti giuridici simili, in ultima analisi, a quelli che discenderebbero da una clausola predisposta *ex art.* 1229 c.c. Le Corti, però, osservano che la *ratio* dell'art. 2236 c.c., identificata dalla *Relazione al Codice Civile* nel «non mortificare l'iniziativa del professionista col timore di ingiuste rappresaglie del cliente in caso di insuccesso»<sup>27</sup>, vale per entrambe le specie di responsabilità, «tanto più che nel campo delle prestazioni professionali ... l'attività che ne costituisce la fonte primaria resta pur sempre unica ed inscindibile esista o non esista, venga o non venga in discussione, un vincolo contrattuale tra professionista e cliente»<sup>28</sup>. L'estensione giurisprudenziale dell'art. 2236 c.c. alla responsabilità extracon-

<sup>26</sup> Cfr. Cass. civ., 28 settembre 2009, n. 20790, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 369, con nota di M. Foglia.

Il consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale viene condiviso anche in Corte Cost., 28 novembre 1973, n. 166, sul sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

La giurisprudenza penale ha limitato all'imperizia anche il riferimento dell'art. 3, comma 1, della legge 8 novembre 2012, n. 189 (che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, «*Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute*») alla colpa lieve, laddove veniva esclusa a tale titolo la responsabilità penale dell'esercente una professione sanitaria che si fosse attenuto a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica: cfr. Cass. pen., 11 marzo 2013, n. 11493, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 691, con nota di L. Risicato. L'art. 6 della legge 8 marzo 2017, n. 24, «*Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie*», ha ora introdotto l'art. 590-sexies c.p., secondo cui l'esercente la professione sanitaria che abbia inferito al paziente la morte o lesione colpose non è punibile per imperizia, purché abbia rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che tali raccomandazioni risultassero adeguate alle specificità del caso concreto.

<sup>27</sup> Così al n. 917, ove si aggiunge che questa esigenza contempera «quella inversa di non indulgere verso non ponderate decisioni o riprovevoli inerzie del professionista».

Nella dottrina anteriore al Codice vigente, v. G. GIORGI, *op. cit.*, V, 251 ss.

<sup>28</sup> Così si legge, ad esempio, in Cass. civ., Sez. Un., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Giust. civ.*, 1971, I, 1417.

Sull'estensione all'area extracontrattuale dell'art. 2236 c.c. e sul ruolo della giurisprudenza nell'uniformazione della responsabilità medica a prescindere dal regime che venga in gioco, v. R. DE MATTEIS, *La responsabilità medica tra prospettive comunitarie e nuove tendenze giurisprudenziali*, in *Contr. e impr.*, 1995, 489.

*Contra*, U. RUFFOLO, *Colpa e responsabilità*, in *Diritto civile*, diretto da N. LIPARI-P. RESCIGNO, coordinato da A. ZOPPINI, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, t. 3, *La responsabilità e il danno*, Milano, 2009, 82 ss.

La giurisprudenza soleva applicare in via diretta l'art. 2236 c.c. anche in area penale, così da garantire coerenza tra i diversi settori dell'ordinamento, ma di recente ha mutato orientamento in base all'assunto dell'unicità della colpa penale ai sensi dell'art. 43 c.p. in funzione dell'osservanza del principio di eguaglianza, sebbene affermi che comunque la regola civilistica «può trovare considerazione anche in tema di colpa professionale del medico ... non per effetto di diretta applicazione nel campo penale, ma come regola di esperienza cui il giudice possa attenersi nel valutare l'addebito di imperizia sia quando si versi in una situazione emergenziale, sia quando il caso implichi la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà. ... Non vi è dubbio, infatti, che il rimprovero personale che fonda la colpa personalizzata, spostata cioè sul versante squisitamente soggettivo, richiede di ponderare le difficoltà con cui il professionista ha dovuto confrontarsi; di considerare che le condotte che si esaminano non sono accadute in un laboratorio sotto una campana di vetro e vanno quindi analizzate tenendo conto del contesto in cui si sono manifestate. Da questo punto di vista, effettivamente, il ridetto art. 2236 non è che la traduzione normativa di una regola logica ed esperienziale che sta nell'ordine stesso delle cose» (così, tra le pronunce sull'argomento, Cass. pen., 1° febbraio 2012, n.



trattuale, pertanto, rappresenta un argomento a sostegno dell'esportazione in via analogica anche del primo comma dell'art. 1229 c.c. e, nel contempo, riduce il divario tra i due regimi di responsabilità civile. In altri termini, se la responsabilità aquiliana del professionista imperito si fonda sul criterio d'imputazione della colpa grave e, quindi, una regola legale, a cui il danneggiato non ha accettato di sottoporsi volontariamente dopo aver potuto ponderare gli interessi in gioco, esclude qualsivoglia responsabilità del professionista per colpa semplice, la medesima esclusione deve reputarsi ammissibile in virtù di un patto negoziale tra potenziale danneggiante e potenziale danneggiato, perché questi ha consapevolmente accettato una riduzione della tutela offertagli dall'ordinamento.

4. – L'ammissibilità in astratto di patti che esonerino in tutto o in parte dalla responsabilità aquiliana comporta che ci si interroghi sulle condizioni della loro validità.

L'ordine pubblico rappresenta senza dubbio una barriera invalicabile per i patti di esclusione o limitazione della responsabilità extracontrattuale, perché qualunque accordo negoziale contrario all'ordine pubblico sarebbe nullo già in base alla disciplina generale dei contratti a mente dell'art. 1418, secondo comma, c.c., di cui il secondo comma dell'art. 1229 c.c. è una mera specificazione. Del resto, un patto negoziale, a mente tanto del primo quanto del secondo comma dell'art. 1418 c.c., sarebbe nullo anche solo per contrarietà a norme imperative, ancorché non di ordine pubblico<sup>29</sup>.

Come la giurisprudenza ha avuto modo di affermare, quindi, l'art. 1229, secondo comma, c.c. ribadisce un principio vigente pure in area aquiliana, con conseguente incompressibilità della tutela riconosciuta alla sicurezza ed alla salute della persona, nonché ai diritti della personalità<sup>30</sup>.

Ad esempio, in materia di responsabilità da inadempimento di un contratto di trasporto, one-

---

4391, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 1104, con nota di C. Cupelli). Pertanto, la giurisprudenza ha equiparato ad una situazione di speciale difficoltà tecnica, presa espressamente in considerazione dall'art. 2236 c.c., quella di carattere emergenziale. Il principio era stato ribadito anche in Cass. pen., 26 aprile 2011, n. 16328 (nella banca dati *on line* del *Sistema Leggi d'Italia*), nella quale, però, si puntualizza che l'emergenza, da un lato, non esonera il medico specialista proprio in medicina d'urgenza, dall'altro, non è invocabile in presenza di condotte omissive del medico riconducibili a scelte difensive o a carenze di preparazione. Nelle ipotesi menzionate dalla Suprema Corte, tuttavia, il giudizio di colpa, più che esonerare il medico da responsabilità per colpa lieve, porta ad escludere in concreto qualsivoglia addebito sul piano dell'elemento soggettivo.

<sup>29</sup> Si tratta di nozioni istituzionali: v. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 23<sup>a</sup> ed. a cura di F. Anelli e C. Granelli, Milano, 2017, 676 ss.

<sup>30</sup> Sulla portata del secondo comma dell'art. 1229 c.c. in area contrattuale, v. in dottrina F. GALGANO, *op. cit.*, 77 ss.

«Le clausole di esonero o di limitazione non esonerano da responsabilità neppure in caso di colpa lieve, se il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico (v. art. 1229, comma 2, c.c.). Tali sono le norme che impongono obblighi al debitore non nel solo interesse del creditore, bensì anche nell'interesse generale; tali sono, ancora, le norme poste a presidio della integrità fisica, della sicurezza, della salute della persona e, in genere, dei diritti della personalità. Il principio contenuto nell'art. 1229 c.c. è valido anche nel campo della responsabilità extracontrattuale» (così, nella giurisprudenza recente, la massima di Trib. Arezzo, 10 agosto 2017, n. 947, nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*).



roso o gratuito, la nullità delle clausole in parola è testualmente sancita dall'art. 1681 c.c. per i danni alla persona del trasportato, ma un'identica regola dev'essere enucleata per l'omologa fattispecie di responsabilità extracontrattuale tratteggiata dall'art. 2054, comma 1, c.c.<sup>31</sup>.

Inoltre, può ritenersi attinente anche alla responsabilità aquiliana, con riguardo ai danni alla persona, il divieto di clausole di esonero da responsabilità per inadempimento sancito dall'art. 36, comma 2, lett. a) del Codice del consumo e dall'art. 44, comma 3, del Codice del turismo.

5. – A fronte della pacifica applicabilità del principio desumibile dal secondo comma dell'art. 1229 c.c. anche in area extracontrattuale, l'attribuzione di una valenza parimenti generale al primo comma è meno scontata. Bisogna stabilire, infatti, quale sia la ragione giuridica che preclude accordi contrattuali tra un potenziale danneggiante ed un potenziale danneggiato per esonerare l'uno, totalmente o parzialmente, da una responsabilità aquiliana per dolo o colpa grave nei riguardi dell'altro.

L'attuale dato positivo non sembra più giustificare le opinioni, maturate sotto il Codice previgente, secondo le quali l'ammissibilità delle clausole di limitazione della responsabilità da inadempimento avrebbe dovuto ricollegarsi ad un adeguato vantaggio economico per la parte danneggiata, cosicché queste clausole sarebbero state nulle, per violazione dell'ordine pubblico, solo se fossero state strumento di squilibrio sinallagmatico a sfavore del contraente debole<sup>32</sup>. Tuttavia, non è di immediata evidenza se il primo comma dell'art. 1229 c.c. esprima una regola di ordine pubblico o, piuttosto, semplicemente imperativa, giacché la cogenza di un regime legale offre solo un indizio sulla sua natura di ordine pubblico<sup>33</sup>.

La Corte Costituzionale, in una pronuncia del 1991, ha affermato che «[d]a un insieme di norme, disseminate nel codice civile (art. 1229, 1° comma, 1713, 2° comma, ecc.), nel codice della navigazione (art. 952) e in leggi speciali (in particolare art. 29, 1° comma, della Convenzione di Ginevra sul trasporto internazionale di merci su strada, resa esecutiva in Italia dalla l. 6 dicembre 1960 n. 1621), si ricava un principio generale, conforme alla tradizione giuridica europea, che non ammette il debitore ad avvalersi di limitazioni convenzionali o legali di responsabilità quando l'inadempimento dipende da dolo o colpa grave», anche se «[t]ale principio, mentre vincola inderogabilmente l'autonomia privata, non vincola il legislatore, non essendo coperto da garanzia costituzionale»<sup>34</sup>. Come poi statuito dal Sommo Collegio in occasione di

<sup>31</sup> In generale, v. G. PONZANELLI, *op. cit.*, 203 ss.

<sup>32</sup> V., anche per un inquadramento delle discipline settoriali e della giurisprudenza in materia, G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit., 465 ss., 500 ss.

<sup>33</sup> Sulla relazione tra norme imperative e norme di ordine pubblico, v. G. PANZA, Voce «Ordine pubblico (Teoria generale)», in *Enc. Giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, 5 ss., nonché l'approfondita disamina di A. GUARNERI, Voce «Ordine Pubblico», in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XIII, Torino, 1995, 154.

<sup>34</sup> Così si legge in Corte Cost., 22 novembre 1991, n. 420, in *Foro it.*, 1992, I, 642, con note di G. Ponzanelli e F. Cosentino.

## JUS CIVILE



una pronuncia di illegittimità resa nel 2005 a proposito dell'art. 423, comma 1, c.nav., nella parte in cui non esclude la limitazione del risarcimento dovuto dal vettore marittimo in caso di dolo o colpa grave di lui, dei suoi dipendenti o dei suoi preposti, dalla copiosa giurisprudenza costituzionale in materia di responsabilità del vettore per perdita o avaria delle cose trasportate «si desume, da un lato, che il legislatore ben può, nella sua discrezionalità, optare o per l'esclusione *sic et simpliciter* dell'operatività del limite stesso ovvero per una congrua elevazione del massimale e, dall'altro lato, che tale seconda soluzione presuppone “idonee garanzie di adeguatezza del risarcimento del danno”, quali può fornire, sempre che l'importo-base sia fissato in misura congrua dalla legge, un meccanismo di periodico aggiornamento»<sup>35</sup>.

La Corte Costituzionale, quindi, ha sancito espressamente solo che il primo comma dell'art. 1229 c.c. enuncia una regola inderogabile dall'autonomia privata, omettendo di precisare se all'imperatività si accompagni un'indole di ordine pubblico. Tuttavia, va osservato che la Corte ha riconosciuto al legislatore la prerogativa non di esentare il debitore inadempiente per dolo o colpa grave da qualunque obbligo risarcitorio (come sarebbe possibile in ipotesi di colpa lieve), bensì soltanto di scegliere ragionevolmente se assoggettarlo, in alternativa, ad una responsabilità piena (che di per sé non è imposta dal dettato costituzionale) o ad un regime sì di responsabilità contenuta, eppure comunque più gravoso di quello applicabile in caso di colpa lieve. Nella prospettiva della Consulta, allora, il primo comma dell'art. 1229 c.c. sembra condensare un principio di ordine pubblico solo laddove vieta accordi con i quali il debitore in dolo o in colpa grave

---

In quell'occasione, pertanto, il Sommo Collegio, con una motivazione tra l'altro sensibile ai canoni dell'analisi economica del diritto, ha sì dichiarato incostituzionale l'art. 1, comma 1, della legge 22 agosto 1985, n. 450, «*Norme relative al risarcimento dovuto dal vettore stradale per perdita o avaria delle cose trasportate*», (pure) nella parte in cui non eccettua il caso del dolo o della colpa grave dalla limitazione di responsabilità del vettore stradale per i danni derivanti da perdita o avaria delle cose trasportate, ma solo perché, in violazione del principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost., la predetta limitazione non era compensata da idonee garanzie di adeguatezza del risarcimento. «Se è vero, infatti, che la limitazione di responsabilità del vettore (la quale trasforma il rischio delle imprese di autotrasporto per la perdita o avaria delle merci in costi assicurativi) comporta un contenimento dei prezzi del servizio, con benefica ricaduta sui prezzi di mercato delle merci trasportate e quindi sull'interesse generale, è vero altresì che, ove la somma-limite non rappresenti un risarcimento adeguato (seppure non integrale), il detto vantaggio è annullato dal costo supplementare che l'impresa utente deve accollarsi per assicurare per proprio conto il carico almeno nella misura occorrente per garantirsi un congruo indennizzo in caso di perdita o di avaria delle merci. Questo costo assicurativo, aggravato dall'estensione del limite di responsabilità del vettore all'ipotesi di dolo o colpa grave, incide sulla programmazione dei costi delle imprese utenti e sulla correlativa politica dei prezzi, comprimendo la libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa secondo criteri di economicità, la quale è un elemento della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.».

In base al medesimo criterio, l'art. 1, comma 1, l. n. 450/1985 è stato dichiarato incostituzionale anche nella parte in cui non prevede un meccanismo di aggiornamento del massimale prescritto per l'ammontare del risarcimento.

<sup>35</sup> Così si legge in Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 199, in *Danno e resp.*, 2005, 1061, con nota di G. Ceccherini.

Non a caso, si ritiene che una clausola penale ex art. 1382 c.c., da coordinare nel silenzio della legge con l'art. 1229 c.c., non possa contenere il risarcimento a cui sia tenuto il debitore inadempiente per dolo o colpa grave alla prestazione da lui promessa, anche perché altrimenti l'art. 1229, primo comma, c.c. potrebbe essere eluso con la pattuizione di penali irrisorie. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 3 dicembre 1993, n. 12013, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1247, con nota di G. Corsale. In dottrina, v. F. BENATTI, *op. cit.*, 399; F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, 82 ss.



sia esonerato totalmente da responsabilità, oppure sia chiamato a rispondere verso il danneggiato in misura pari o inferiore a quella di cui dovrebbe farsi carico per colpa lieve (tanto che finanche un intervento legislativo proteso ad un analogo risultato sarebbe incostituzionale, almeno sotto il profilo della ragionevolezza), mentre sembra condensare un principio solo imperativo (non di ordine pubblico), che come tale vincola esclusivamente l'autonomia privata e non il legislatore, laddove vieta accordi tesi a limitare la responsabilità del debitore in dolo o in colpa grave, pur senza garantirgli un trattamento più favorevole di quello riservato al debitore rimproverabile per colpa lieve.

Ad ogni modo, la regola del primo comma dell'art. 1229 c.c., o in quanto di ordine pubblico o in quanto almeno imperativa, è estensibile ai patti di esonero o di limitazione dalla responsabilità extracontrattuale.

La medesima conclusione può essere raggiunta con un altro argomento.

Malgrado l'orientamento tradizionale, la *ratio* dell'art. 1229, primo comma, c.c. non è la salvaguardia della stessa giuridicità dell'impegno negoziale, perché questa, a ben vedere, non verrebbe intaccata da una clausola vietata: basti pensare che la sola esclusione o la sola limitazione della responsabilità in ipotesi di dolo o di colpa grave non impedirebbero al creditore di agire per l'esecuzione forzata della prestazione o di avvalersi di altri rimedi. Piuttosto, la predetta disposizione garantisce un grado minimo di serietà nell'assunzione di un'obbligazione (specialmente, ma non esclusivamente, nei contratti ad attribuzioni patrimoniali corrispettive)<sup>36</sup>.

Nondimeno, anche al di fuori dell'ipotesi di una clausola *ex art.* 1229 c.c. collocata in un più ampio contesto negoziale, un patto volto ad esonerare in tutto o in parte un eventuale danneggiante dalla responsabilità extracontrattuale discendente da dolo o colpa grave, parimenti, sarebbe incompatibile con qualsivoglia sforzo minimamente serio, imposto dal pur generico dovere di *neminem laedere*, di evitare l'evento lesivo. Un tale patto, di conseguenza, sarebbe nullo, giacché nessuno può essere sollevato dal doveroso rispetto delle cautele basilari a protezione della sfera giuridica altrui.

Se l'intero art. 1229 c.c., dunque, esprime principi di ordine pubblico o almeno imperativi, che vincolano l'autonomia privata, essi non possono valere solo per la responsabilità da inadempimento, poiché la loro natura impone che vigano altresì per la responsabilità extracontrattuale. Un patto, pertanto, è invalido qualora miri ad esentare totalmente o parzialmente da qua-

---

<sup>36</sup> V. V. DI GRAVIO, *Prevedibilità del danno e inadempimento doloso*, Milano, 1999, 60 ss., 193 ss.

Più in generale, se la chiave di lettura è l'equilibrio funzionale degli interessi, tutti gli istituti incidenti sull'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, al di là della loro vocazione tipica, «sono suscettibili di venire in rilievo, preliminarmente, ai fini dell'applicazione del divieto *ex art.* 1229, comma 1, c.c. (liceità) e successivamente sotto il profilo della prospettata verifica di meritevolezza e/o di onerosità/vessatorietà» (così F. LONGOBUCCO, *Mutamenti convenzionali del regime dell'inadempimento: profili sistematici e ricostruttivi*, in *Contr. e impr.*, 2017, 181, il quale aggiunge che «[o]ccorrerà all'uopo valutare la funzione che le singole pattuizioni perseguono per verificare se esse – di là dalla qualificazione offerta dalle parti e avuto riguardo agli interessi e agli scopi concreti che le parti stesse intendono realizzare – possano in ogni caso configurare o meno una limitazione/modificazione di responsabilità ...»).



lunque specie di responsabilità civile nonostante il dolo o la colpa grave di colui che debba far-sene carico<sup>37</sup>, oppure nonostante l'indisponibilità di taluni interessi<sup>38</sup>.

Infine, va precisato che un patto di esonero da responsabilità aquiliana può essere stipulato con riferimento alla responsabilità del preponente per il fatto illecito dei preposti *ex art.* 2049 c.c., e che in questa ipotesi l'unica condizione di validità mutuabile dall'*art.* 1229 c.c. è costituita dal rispetto delle norme di ordine pubblico, con conseguente validità di quei patti che pones-sero il preponente al riparo da responsabilità in caso di dolo o colpa grave dei preposti. L'*art.* 2049 c.c., invero, a differenza dell'*art.* 1228 c.c., delinea una responsabilità per fatto altrui e non per fatto proprio<sup>39</sup>, sicché la *ratio* del primo comma dell'*art.* 1229 c.c. non appare estensibile a sfavore del preponente: non v'è ragione di tutelare ulteriormente il danneggiato, che già benefi-cia della responsabilità vicaria del preponente in aggiunta a quella del preposto con ampiezza, ossia tanto in assenza di patti contrari, quanto comunque nell'ipotesi di pregiudizi causati dalla violazione di norme di ordine pubblico<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. Trib. Roma, 20 ottobre 1979, in *Riv. giur. circ. e traspr.*, 1981, 97.

<sup>38</sup> «Non può dubitarsi ... che la salute della persona umana sia un interesse meritevole di tutela (anche risarcitoria) senza che la sua occasionale qualificazione possa mutare i termini della protezione» (così, ad esempio, F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, 1993, 138, ma v. anche 154 ss.).

In proposito, v. M. LUPOI, *op. cit.*, 354 ss.

<sup>39</sup> Il debitore che si avvalga di collaboratori nell'adempimento di una determinata obbligazione sa che costoro, a tale scopo, dovranno entrare "in contatto" con uno specifico creditore. Il debitore, quindi, accetta il rischio di un no-cumento al creditore a causa di fatti dolosi o colposi degli ausiliari, i quali sono meri strumenti umani di un'attività pur sempre complessivamente riconducibile allo stesso debitore: questi dovrebbe compiere di persona le operazioni di attuazione del rapporto obbligatorio che non volesse o potesse delegare agli ausiliari, altrimenti, se non ne fosse capace per mancanza di preparazione o di mezzi adeguati, si esporrebbe all'inadempimento per aver assunto un'obbligazione nella consapevolezza di non poterla adempiere. Ed il creditore, del resto, ripone affidamento esclusi-vamente nel debitore. All'esterno, dunque, il fatto degli ausiliari è direttamente imputabile sotto il profilo giuridico al debitore, la cui responsabilità *ex art.* 1228 c.c. è ricostruibile come una forma di responsabilità per fatto proprio, an-corché non necessariamente colposo, e non per fatto altrui (salve sia le conseguenze prospettabili nei rapporti interni tra gli ausiliari ed il debitore, sia la personale responsabilità aquiliana degli stessi ausiliari verso il creditore).

Il responsabile ai sensi dell'*art.* 2049 c.c., al contrario di quello *ex art.* 1228 c.c., non si avvale d'altri nello svol-gimento di una determinata attività che formi il contenuto di un'obbligazione da eseguire, nel rispetto di indispensabi-li cautele, a vantaggio della persona che sarà invece danneggiata. Il preponente si limita ad accettare il generico ri-schio che un estraneo risenta pregiudizio a causa di un «fatto illecito» dei preposti: essi, nell'esercizio delle proprie mansioni, devono integrare un illecito (almeno tendenzialmente) doloso o colposo ai sensi dell'*art.* 2043 c.c., piutto-sto che – può aggiungersi – una fattispecie extracontrattuale di settore. E chi poi risulterà danneggiato, del resto, non ripone affidamento né nel preponente né nel preposto, anche se talvolta la giurisprudenza impiega il principio dell'apparenza per ritenere sussistente il rapporto di preposizione pur in carenza dei suoi elementi oggettivi. All'esterno, dunque, il fatto dei preposti è imputabile sotto il profilo giuridico al preponente solo in via indiretta, così da creare un meccanismo di tutela ispirato al principio della c.d. "tasca profonda", e la responsabilità *ex art.* 2049 c.c. dev'essere ricostruita come una forma di responsabilità per fatto altrui (cioè dei preposti, salve – ancora una volta – sia le conseguenze prospettabili nei rapporti interni tra costoro ed il preponente, sia la personale responsabilità aquiliana dei preposti verso il danneggiato).

<sup>40</sup> In proposito, v. G. ANZANI, *Responsabilità per fatto degli ausiliari e responsabilità per fatto dei preposti*, cit., spec. 430 ss.





6. – La qualifica di responsabile, a titolo contrattuale o extracontrattuale, può rilevare sotto vari profili, sicché gli accordi di esonero totale o parziale da responsabilità civile incidono soltanto su alcuni effetti giuridici dei presupposti fattuali di una qualsivoglia responsabilità, senza scalfirne la struttura generale, che rimane eventualmente applicabile ad altri effetti. Tali accordi, cioè, non manipolano *tout court* gli elementi costitutivi delle forme di responsabilità civile, ma impediscono in tutto o in parte il sorgere dell'obbligo risarcitorio, oppure la gemmazione di un altro determinato effetto sfavorevole a carico del potenziale responsabile<sup>41</sup>. Ad esempio, nell'area del regime contrattuale, un patto potrebbe escludere la rilevanza del ritardo nell'adempimento o l'esperibilità dell'azione di risoluzione *ex art.* 1453 c.c.<sup>42</sup>.

Se vengono tralasciati i patti – come la clausola *solve et repete* di cui all'art. 1462 c.c. – che prevedono la paralisi di rimedi ontologicamente utili solo per reagire all'inadempimento di un obbligo primario (come la risoluzione o l'*exceptio inadimpleti contractus*)<sup>43</sup>, e se viene ristretta l'indagine sull'esclusione o sulla limitazione della responsabilità ai patti che prevedono l'esenzione dall'obbligo risarcitorio o la riduzione del risarcimento dovuto, si può inoltre osservare che essi, di per sé, non alterano l'ordinario riparto dell'onere della prova, neppure circa l'elemento soggettivo della fattispecie di responsabilità (ossia il dolo o la colpa grave del danneggiante). È sempre il convenuto a dover eccepire e dimostrare la totale o parziale immunità convenzionale dalla pretesa dell'attore, ossia di essere al più rimproverabile per mera colpa lieve<sup>44</sup>.

D'altronde, i patti in deroga alle generali regole probatorie, a prescindere dal regime di responsabilità a cui si riferiscano, sarebbero sottoposti alla medesima disciplina dell'art. 2698 c.c., che sancisce la nullità degli accordi di inversione ovvero di modificazione dell'onere della prova «quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto»<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> V. R. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 657; A. DE CUPIS, *op. ult. cit.*, II, 268 ss.

<sup>42</sup> V. F. BENATTI (*op. cit.*, 399 ss.), il quale osserva che, appunto, sono possibili modificazioni convenzionali della responsabilità contrattuale ulteriori rispetto al patto limitativo riguardante il *quantum debeatur* (su cui viene di solito concentrata l'attenzione della dottrina), giacché l'art. 1229 c.c., con l'espressione «responsabilità», allude a tutta la disciplina concernente questo fenomeno e non solo al risarcimento dei danni.

<sup>43</sup> M. FRANZONI (*op. cit.*, 781 ss.) osserva che questi patti modificano la posizione del debitore, ma non il presupposto del sorgere dell'obbligazione di responsabilità, la quale viene solo diversamente regolata nel *quomodo* e nel *quando*.

<sup>44</sup> In dottrina, v. F. GALGANO, *op. cit.*, 77; G. CECCHERINI, *op. ult. cit.*, 496 ss.

In giurisprudenza, *ex multis*, cfr. Cass. civ., 27 dicembre 2011, n. 28835 (in *Danno e resp.*, 2012, 1115, con nota di P. Santoro) e Cass. civ., 5 aprile 2005, n. 7081 (in *I contratti*, 2005, 969, con nota di U. Carnevali), nelle quali, in materia di responsabilità contrattuale, è stato affermato che il debitore, nonostante un patto conforme all'art. 1229 c.c., resta onerato dalla prova che l'inadempimento non è a lui imputabile o, tutt'al più, che non gli è imputabile per colpa grave.

<sup>45</sup> Un vaglio di validità ai sensi dell'art. 2698 c.c. è molto opportuno anche rispetto a quelle clausole che apparentemente non abbiano per oggetto un esonero o una limitazione di responsabilità, ma che con finalità elusive potrebbero garantire lo stesso risultato, come le clausole cc.dd. «di presunzione di fortuito», le quali servono a far presumere un fortuito o, comunque, l'assenza di colpa del potenziale responsabile, così da invertire l'onere della prova a sfavore del danneggiato: v. G. CECCHERINI, *op. ult. cit.*, 485 ss.

# JUS CIVILE



Infine, le clausole che escludano o limitino la responsabilità, tanto aquiliana quanto da inadempimento, devono rispettare la medesima disciplina sia degli artt. 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c., i quali impongono la cautela formale della doppia sottoscrizione a tutela della controparte di chi abbia predisposto condizioni generali di contratto oppure moduli o formulari contrattuali<sup>46</sup>, sia degli artt. 33 ss. cod. cons., i quali consentono una valutazione sostanziale dell'autoregolamento negoziale a tutela del consumatore nelle contrattazioni con un professionista<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr., almeno con riguardo alla responsabilità da inadempimento, Trib. Milano, 26 gennaio 2011, nella banca dati *on line* del sistema *DeJure*.

<sup>47</sup> Sul rapporto, in termini di concorso di discipline, tra gli artt. 1229, 1341, comma 2, e 1342, comma 2, c.c., da un lato, e gli artt. 33 ss. cod. cons., dall'altro, v. G. CECCHERINI, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità*, cit., 512 ss.; EAD., *Responsabilità per fatto degli ausiliari*, cit., 259 ss.



## PER UNA CONCEZIONE NORMATIVA DELL'AUTONOMIA PRIVATA \*\*\*

SOMMARIO: 1. La concezione naturalistica. – 2. Spunti critici. – 3. Idem. – 4. Naturalità e artificialità. – 5. Idem. – 6. Il rapporto triangolare giudice – legge – autonomia privata. – 7. Le fattispecie democratiche. – 8. Costituzione ed autonomia privata. – 9. Principio costituzionale di solidarietà e autonomia privata.

### 1. – Perché l'autonomia privata è ancora un problema?

Perché decenni, o forse secoli, di studi e riflessioni, e mutare di metodi e prospettive, non ne hanno garantito un concetto più fermo e sicuro?

È che all'interno del fenomeno, o del gruppo di fenomeni che noi indichiamo come autonomia privata, si agita un tormentoso **dualismo**, un'alternativa che esige scelte e posizioni taglienti.

Muoviamo di lontano, servendoci di due luoghi classici: d'un grande filosofo e d'un giurista eminente. Nel § 14 del secondo dei *'Trattati sul governo'* di John Locke – dove egli si fa a descrivere lo 'stato di natura', ed a contrapporlo alla società politica e civile – leggiamo: "Le promesse e i contratti per un carro, ecc. fra due uomini in un'isola deserta, menzionati da Garcilaso de la Vega nella sua storia del Perù, o tra uno svizzero e un indiano nelle foreste dell'America, li vincolano nelle loro mutue relazioni, sebbene essi si trovino assolutamente in stato di natura, perché la sincerità e il mantenimento della parola data **si convengono agli uomini in quanto uomini e non in quanto membri di una società**"<sup>1</sup>. Lo Stato non c'è ancora; eppure gli uomini compiono promesse e stipulano accordi, e l'esecuzione ne è garantita dalla 'sincerità' e dal 'mantenimento della parola'. Si potrebbe già distinguere tra rompere o osservare i patti, tra 'giusto' e 'ingiusto'.

Di là a due secoli e mezzo (tale è la distanza di tempo fra il 1690 e il 1943), un giurista insigne, il mio venerato maestro Emilio Betti, nel capitolo primo della *Teoria generale del negozio giuridico*, che s'intitola a *'L'autonomia privata e il suo riconoscimento giuridico'*, richiama in nota la narrazione di Erodoto "circa il commercio dell'oro che i naviganti cartaginesi praticavano con popolazioni selvagge sulle coste africane dell'Atlantico", e l'altra di un navigatore vene-

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 Ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».

\*\* La pubblicazione avviene per gentile concessione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile.

<sup>1</sup> *Due trattati sul governo*, a cura di L. PAREYSON, Torino, 1982, pag. 238.

# JUS CIVILE



ziano del secolo XV, Alvise da Ca' da Mosto, attestante lo scambio di sale e oro fra due tribù di negri. E Betti commenta, al pari del filosofo inglese: “In casi di tal genere non esiste evidentemente un ordine giuridico che regoli il negozio: eppure questo, nella coscienza di coloro che lo pongono in essere è riconosciuto pienamente impegnativo”<sup>2</sup>.

2. – Le pagine del filosofo inglese e del giurista italiano offrono un’immagine, una tra le due immagini, dell’autonomia privata: capacità dell’uomo in quanto uomo, nativa e primordiale attitudine a regolare i propri interessi nel rapporto con gli altri, istintivo senso del vincolo assunto dalla nostra volontà. È, per così dire, una concezione naturale o naturalistica, che non ha bisogno di diritto, né richiede l’autorità d’un terzo, che distribuisca torto e ragione fra le parti, e assicuri l’osservanza degli accordi. Qui (e il ‘qui’ riguarda larghe scuole di dottrina e correnti scientifiche del nostro tempo) l’autonomia privata è concepita come un dato, qualcosa che accade nella realtà, e che il diritto, sopraggiungendo, trova dinanzi a sé, ed è in grado di correggere limitare indirizzare.

Ho usato il verbo ‘sopraggiungere’, che ricorre nelle pagine di Betti e di studiosi più vicini e moderni. Il ‘sopraggiungere’ è un giungere dopo e sopra, un venire, talvolta casuale e inatteso, su ciò che è già, capace di esistere per energia e vita propria. Il ‘sopraggiungere’ costituisce uno strato ulteriore, e quindi determina il problema dello ‘strati-ficarsi’, del rapporto fra l’uno e l’altro piano, del passaggio dall’inferiore al superiore, e così via. Determina tutti i problemi e interrogativi, di vecchia e nuova dottrina, intorno all’autonomia privata<sup>(3)</sup>.

3. – Alla concezione naturalistica possono rivolgersi critiche di principio, che in qualche modo precedono le confutazioni e riserve di tecnica giuridica o di diritto positivo.

Già gli esempi e testimonianze, recati dal filosofo e dal giurista, presuppongono il diritto, ossia la norma attributiva del ‘mio’ e del ‘tuo’ (norma tacita o consuetudinaria, se ancora non si fa sentire la voce della società civile e politica). Lo scambio tra mio e tuo – che sia oro o sale di tribù selvagge o di antichi navigatori, o di ‘strumenti finanziari’ del nostro tempo – presuppone la determinazione del ‘mio’ e del ‘tuo’.

Il tema non sfuggì all’implacabile e severa logica di Thomas Hobbes, che, attribuendo allo stato di natura un ‘diritto di tutti gli uomini a tutte le cose’, così scriveva: “Perciò dove non c’è alcuna cosa propria, cioè dove non c’è proprietà, non c’è ingiustizia, e dove non viene eretto un potere coercitivo, cioè, dove non c’è Stato, non c’è proprietà, dato che tutti gli uomini hanno diritto a tutte le cose: quindi dove non c’è Stato, non c’è niente di ingiusto”<sup>(4)</sup>. Validità e vincola-

<sup>2</sup> *Teoria generale del negozio giuridico*, 2a rist. 2a ed., Torino, 1955, pag. 41 nota 4.

<sup>3</sup> N. IRTI, *Destini dell’oggettività*, Milano, 2011.

<sup>4</sup> LEVIATANO, XV, trad. it., Firenze, 1987, pag. 139.



tività dei fatti non riposano sulla ‘sincerità’ o sulla ‘parola data’, ma sulla “costituzione di un potere civile sufficiente a costringere gli uomini a mantenerli”.

Ecco disegnarsi l’altra immagine dell’autonomia privata: non naturale, ma **artificiale**; **non originaria, ma derivata**; non chiusa e sufficiente in sé, ma dipendente dal potere coercitivo dello Stato. L’autonomia non è più un **dato**, da ricevere e accogliere nel diritto, da rispettare e conservare nella sua nativa identità, ma un **prodotto**, uno strumento, che, al pari di innumerevoli altri, la legge istituisce e destituisce, tutela o rifiuta.

4. – Queste due immagini o figure dell’autonomia privata non sono schemi dottrinarî, ma serie e concrete posizioni di pensiero, o, se si vuole, ideologie, capaci di determinare o orientare scelte legislative. Altro è considerare l’autonomia privata come un dato; altro, considerarla un prodotto o un artefatto. **La ‘naturalità’ argina la potestà normativa dello Stato; l’‘artificialità’ la presuppone e promuove.**

La dottrina ha percorso, e tuttora percorre, soluzioni intermedie, ma si può dubitare che questo sia terreno adatto per ‘mezze misure’ e confortanti combinazioni. È diffuso, e nasce proprio in pagine di Emilio Betti, il linguaggio, tra eclettico e diplomatico, di ‘riconoscimenti’, ‘recezioni’, ‘assunzioni’ e ‘traduzioni’: tutte formule, coniate per descrivere il rapporto dei due strati, l’inferiore e il superiore, il naturale e l’artificiale. Il diritto, sopraggiungendo (cioè, come si è dianzi chiarito, venuto dopo e oltre), riconoscerebbe recepirebbe assumerebbe tradurrebbe qualcosa, che c’è già e che sarebbe capace di vivere o continuare a vivere per propria energia.

Il punto è che codesta traslazione **implica l’ingresso in altra e diversa logica**, in altro e diverso mondo, sicché fra i due piani c’è soltanto **l’alternativa dell’aut-aut**. La traslazione immette l’accordo privato nella logica dell’artificialità normativa. Gli strumenti dell’autonomia privata **‘diventano’ fattispecie**, ossia eventi volontari, previsti e disciplinati da norme. Lo stesso Betti, preso dalla logica della traslazione, giunge a dire che l’autonomia privata, riconosciuta nell’ordine giuridico, è chiamata “solo a porre in essere l’ipotesi di fatto di norme esistenti, dando vita e sviluppo, fra gli interessati, a rapporti di quel tipo che esse norme prevedono e dispongono”<sup>5</sup>.

Non c’è più un fatto originario e primordiale, logicamente anteriore a qualsiasi società civile e politica, ma un’ipotesi di fatto, cioè lo schema di un fatto probabile, che la norma prevede e disciplina. La giuridicità discende da questo prevedere e disciplinare.

5. – I tentativi di mediazione, ancorché ingegnosi e arditi, ingenui o consolatorî, sono destinati a fallire, poiché i principî costitutivi dei due mondi si rivelano incompatibili. Essi sono **esclusivi**, ossia l’uno esclude l’altro: o il fondamento naturale (che – direbbe Locke – si convie-

<sup>5</sup> Voce *Autonomia privata*, in *Noviss. Dig. it.*, 1958, pag. 5 estr..

# JUS CIVILE



ne ‘agli uomini in quanto uomini’) o il fondamento artificiale. Il punto di partenza, da cui discendono tutti i corollari teorici e pratici, è o in un’originaria energia dell’individuo o nella potestà legislativa e coercitiva dello Stato. Non è concepibile un ‘andirivieni’ fra l’alto e il basso, tra una capacità originaria e una facoltà derivata. Tosto che sia prescelto un angolo visuale, una prospettiva logica, essi ci chiudono in sé: possiamo abbandonarli, ma non conciliarli.

Quando si replica appoggiarsi gli accordi originari, conclusi nello ‘stato di natura’, al principio ‘pacta sunt servanda’, cioè anch’essi a una norma fondamentale, torna inevitabile l’arguta similitudine con il barone di Münchhausen che vuol trarsi fuori dalla palude afferrando la propria capigliatura<sup>6</sup>. Né giova mobilitare in difesa la teoria delle pluralità degli ordinamenti giuridici, i quali vivrebbero ciascuno per proprio conto (ordinamento dei privati e ordinamento statale), poiché la rilevanza dell’uno per l’altro è sempre decisa da uno di essi, cioè nella prospettiva che noi assumiamo come nostra e da cui valutiamo la giuridicità di ogni norma. Allorché scegliamo un sistema normativo, assumendolo come nostro angolo visuale, l’unico criterio di giuridicità è dato dal nostro sistema<sup>(7)</sup>. E come potremmo enunciare una qualifica giuridica, o attribuire a singoli elementi un predicato tipico, o decidere una controversia, se fossimo ancora presi nel cerchio ferreo dell’aut-aut, e due o più norme ci chiamassero insieme alla loro applicazione?

6. – E così siamo venuti al rapporto giudice – autonomia privata, che, a ben vedere, si risolve nel rapporto triangolare giudice – legge – autonomia privata. Come è ovvio, non parliamo di un qualsiasi e astratto giudice, ma del concreto giudice, che si colloca nella prospettiva dell’ordinamento italiano. Dove “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101, 2° co., Cost.); e dove “la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere” (art. 70 Cost.). Soggezione alla legge è obbligo di motivare la decisione secondo la legge italiana (art. 111, 6° comma, Cost.). Questo è profilo essenziale.

Nel momento logico della decisione (della decisione, che è sempre uno scegliere, un troncare, un andar oltre), quando due o più norme si affollano nella mente o nell’animo del giudice, unico ed esclusivo criterio di risoluzione è offerto dalla legge italiana, o dalle norme che questa richiami e faccia proprie. Il dualismo è sciolto e trasceso nell’esclusività della prospettiva legale, di quella totale prospettiva in cui il giudice italiano (voglio dire, il giudice chiamato ad applicare leggi italiane) è collocato. Altro è descrivere la pluralità delle fonti, la cosiddetta ‘complessità’ del mondo giuridico; altro, scegliere il criterio di decisione. Il giudice non è un osservatore o descrittore della realtà, ma un decisore, e dunque si trova nella necessità logica di scegliere una norma, o sistema di norme, e di escludere gli altri. Egli ha, per sua indole e funzione, il dovere del monoteismo.

<sup>6</sup> Cfr. G. TEDESCHI, *Volontà privata autonoma*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1929, pp. 822-823.

<sup>7</sup> Vedi N. IRTI, *Società civile – Elementi per un’analisi di diritto privato*, Milano, 1992, spec. pp. 82 sgg..





7. – Soggezione alla legge è soggezione alle norme, che definiscono e conformano l'autonomia privata, la quale non è data alla legge, ma costruita dalla legge, dalle norme che Alfred Manigk denominava 'norme di autorizzazione'.

A ben vedere, il discorrere, che si fa da giuristi e politici, di un allargare o restringere, proteggere o limitare, l'autonomia privata, è un discorrere illogico e improprio. Non c'è un'autonomia originaria e naturale, che il diritto manipoli e lavori, ma soltanto l'**autonomia definita dalla legge in un dato momento storico**. Essa è, ed è soltanto, autonomia normativa, storica della stessa mutevole storicità delle norme che, di tempo in tempo, la definiscono e determinano.

L'autonomia privata designa soltanto una classe tipica di fattispecie, prevista da norme, che dispongono gli effetti secondo il contenuto deciso dalle parti. Una tecnica normativa di costruzione di fattispecie ed effetti. In questo senso può accogliersi la geniale tesi di Hans Kelsen, che vede nel contratto un "metodo espressamente democratico di produzione giuridica", poiché **i soggetti obbligati partecipano alla produzione della norma obbligante**<sup>(8)</sup>. Il carattere 'democratico' sta nella coincidenza fra autori della norma e destinatari degli obblighi da essa derivanti. Si può ben dire che l'autonomia privata riassume e designa le 'fattispecie democratiche': sempre fattispecie, ossia schemi normativi, che esistono nella norma e per la norma.

8. – Si solleva l'interrogativo circa la garanzia costituzionale dell'autonomia privata. Falso problema o pseudo-problema allorché si domanda se la Costituzione offra 'garanzia' di una originaria e naturale capacità degli individui (spettante agli uomini in quanto uomini), dacché la Costituzione cadrebbe in intima e insolubile contraddizione se negasse se stessa come fondamento unico ed esclusivo del nostro sistema di leggi. Possiamo soltanto chiederci se la Costituzione preveda e garantisca gli **strumenti di auto-produzione giuridica**, nei quali, come si è di sopra accennato, s'identificano e combaciano parti dell'accordo e soggetti obbligati. Ossia quegli strumenti tecnici, in cui i destinatari del comando sono gli stessi autori del comando.

La risposta non è affermativa. Non c'è norma della Costituzione, che garantisca **di per sé** l'autonomia privata, o, meglio, l'autonomia negoziale o contrattuale nella disciplina degli interessi economici (una norma di contenuto uguale o simile all'art. 1322 cod. civ.).

Si tratta di vedere se singole libertà o diritti, attribuiti dalla Costituzione, richiedano, per genesi storica o indole teorica, l'uso di strumenti negoziali: strumenti, e dunque mezzi necessari per il loro esercizio. Si danno libertà, o diritti costituzionali, che possono soddisfarsi anche mediante leggi generali o provvedimenti amministrativi, ed altri che sono, o sembrano, compatibili soltanto con la tecnica dell'autoproduzione giuridica. Alla tutela dell'autonomia privata si giunge attraverso la garanzia di libertà e diritti costituzionali: è **tutela di una necessaria strumentalità**. Poiché libertà e diritti costituzionali riguardano la sfera delle azioni (azioni proprie o azioni altrui), il problema è di isolare quelle forme di azione che assumono la natura di accordi fra parti interessate.

---

<sup>8</sup> *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 1934, trad. it. R. TREVES, Torino, 1952, pag. 134.



Reco l'esempio della libertà di associazione, garantita dall'art. 18: "I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale" (1° comma). Il vincolo unitivo dell'associazione potrebbe esser stabilito anche per decreto dell'autorità, ma l'art. 18, attribuendo ai cittadini la libertà di scelta dei 'fini', trae con sé, come necessario ed esclusivo strumento, l'autonomia privata, e perciò la disciplina delle associazioni dettata dal codice civile. **Si getta così un ponte tra Costituzione e codice civile, poiché diritti e libertà garantiti dall'una possono essere soddisfatti soltanto attraverso gli istituti dell'altro.**

A ben vedere, una concezione normativa, e non metafisica o naturalistica, dell'autonomia privata serve anche a sorreggerla con l'idea di strumentalità e con il vincolo attuativo alle norme costituzionali. L'autonomia privata sta dentro l'ordinamento giuridico, e fuori di essa non può uscire.

9. – Non mi sottraggo all'onere di prendere posizione su un problema, che, muovendo da ordinanze della Corte Costituzionale, ora agita vivacemente la dottrina italiana. Nelle ordinanze di inammissibilità 24/10/2013, n. 248, e 2/4/2014, n. 77, emanate con riguardo alla caparra confirmatoria e all'obbligo di restituire il doppio gravante sulla controparte inadempiente, si legge che il Tribunale remittente "non aveva tenuto conto dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come da sua prospettazione) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte. E ciò in ragione della rilevabilità *ex officio* della nullità (totale o parziale), ex art. 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà), che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce vis normativa, «"funzionalizzando così il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del partner negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato" (Corte di Cassazione n. 10511 del 1999; ma già n. 3775 del 1994 e, in prosieguo, a Sezioni Unite, n. 18128 del 2005 e n. 20106 del 2009)»".

Una concezione normativa dell'autonomia privata, quale ho delineato in questo discorso, non trova difficoltà ad ammettere che il contenuto dei negozi privati sia suscettibile di controllo giudiziale, svolto in base a norme della Costituzione. Ma pure avverte doversi trattare di norme costituzionali **destinate allo scopo**, ossia a regolare o sostituire o correggere le intese private, e perciò capaci di violare il carattere 'democratico' dell'autonomia privata. Non dubiterei perciò di controlli svolti in forza del secondo comma dell'art. 41, dove si statuisce che la libertà di iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

Ma dubito fortemente che siano utilizzabili l'art. 2 e l'appello ai "doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Un dovere, che, ad avviso della Corte Costituzionale,

## JUS CIVILE



“entra direttamente nel contratto”, ma che, a ben vedere, starebbe prima e fuori del contratto, e si rivolgerebbe alle parti nel momento di negoziare il contenuto del negozio. Sarebbe una **norma sul contenuto**, e la violazione segnerebbe la nullità del negozio.

Le riserve e i dubbi riguardano altro e più grave profilo. Nelle ordinanze della Corte Costituzionale invano si cercherebbe una definizione o un qualche chiarimento circa la ‘solidarietà’, che stringerebbe l’una all’altra parte. Ci troviamo dinanzi a uno di quei concetti, che ci giungono da lunga storia ed hanno ispirato dottrine politiche e sociologiche (dal solidarismo positivista della Terza Repubblica francese al solidarismo di filosofi cattolici), e che, oggi assunti in un testo normativo, esigerebbero precisione linguistica e rigore di concetti. Soltanto così può evitarsi il rischio del più arbitrario soggettivismo, ed anche tutelarsi l’affidamento delle parti nel significato delle parole.

Orbene, il concetto di solidarietà (quale che ne sia lo sfondo, laico o religioso), implica sempre **due profili: l’esistenza di un ‘tutto’, di un aggregato sociale, e la reciproca dipendenza dei suoi membri**. Profili, estranei al negoziato contrattuale, che è il luogo del conflitto, dell’abile avvedutezza, del calcolo economico. L’uomo vi agisce uti pars, e non uti socius. Il nostro ordinamento, mercé il vincolo ai trattati europei, ha accolto la concezione di un ‘mercato aperto’; e mercato significa che individui e imprese si trovano in assidua competizione, e **sono legittimate a perseguire, non il ‘bene comune’, ma il particolare profitto**. Il dovere inderogabile di solidarietà esige una definizione laica e secolare, che sia compatibile con l’essenza antagonistica del mercato. Anche qui non si danno mezze misure né mediazioni consolatorie. Il mercato conosce, per sua intima logica, vincitori e vinti. Il contenuto del contratto non è, di per sé, né giusto né ingiusto, né equo né iniquo, ma quello voluto e deciso dalle parti. Soltanto specifiche norme costituzionali o ordinarie, diversamente conformando l’autonomia privata, possono violare questi confini.

Una concezione normativa dell’autonomia privata è fedele alle scelte compiute dal legislatore, costituzionale o ordinario, anche se nell’animo del giurista possa premere il dissenso e forse l’attesa di un nuovo ordine.



## **AUTONOMIA PRIVATA E GIURISDIZIONE NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA CONTINENTALE \***

Dopo la *lectio magistralis* di Natalino Irti sui rapporti fra l'ordinamento positivo e l'autonomia privata, mi soffermerò brevemente sulle relazioni fra il giudice e l'autonomia negoziale.

La disciplina del contratto, in ogni sua fase, dalla formazione all'esecuzione, appare oggi caratterizzata dalla presenza pregnante e significativa della giurisdizione, in funzione della verifica e del controllo della giustizia/equità dell'assetto dei rapporti negoziali tra le parti, e perciò di garanzia dei diritti fondamentali della persona.

Il fenomeno segna la transizione dalla tutela tout court dell'autonomia e della libertà negoziale dei privati, sia pure mediata dalla "fattispecie democratica" – come la definisce N. Irti –, al penetrante controllo giudiziale delle clausole e dei contenuti del contratto. E ciò in virtù della *inventio*, da parte della giurisprudenza, di una serie di operazioni rimediali di fronte alle pretese iniquità o asimmetrie, nascenti da posizioni di privilegio o di preminenza, ovvero dal preteso approfittamento della posizione debole della controparte. Al giudice viene richiesto, mediante la domanda della parte più vulnerabile, a cui non può replicare con un *non liquet*, di riportare ordine, ridurre a equità e a un più sapiente equilibrio le situazioni inique/ingiuste che si annidano nelle clausole del contratto. Anche l'impresa più debole sul mercato si rivolge al giudice, denunciando pretese asimmetrie e chiedendo di verificare se esse siano frutto della posizione privilegiata o dominante della controparte.

Per rispondere alla domanda di giustizia il giudice deve, a sua volta, costruire, talora mediando con le incerte e ambigue prescrizioni della legge, la soluzione adeguata al caso concreto sottoposto al suo esame, utilizzando gli strumenti della auto-integrazione o della etero-integrazione del regolamento degli interessi delle parti: dalla nullità o inefficacia di protezione alla repressione dell'abuso di posizione o al risarcimento dei danni, ovvero alla correzione/integrazione delle clausole negoziali.

Le due ordinanze di manifesta inammissibilità della Corte Costituzionale, la n. 248 del 2013 e la n. 77 del 2014, nella loro stringata concisione, avvertono il giudice circa l'opportunità di svolgere l'operazione ermeneutica per il tramite del principio costituzionale della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».



Un concetto, questo, nient'affatto astratto e indeterminato, a tutela della dignità della persona anche nell'assetto delle relazioni negoziali, letto e applicato insieme con principi codicistici, propri dell'incontro delle volontà delle parti, della buona fede, correttezza, lealtà, trasparenza, proporzionalità, reciproca corrispettività.

Il fondamento assiologico dei metavalori costituzionali trova così nell'ordinamento civilistico gli specifici riferimenti normativi, che legittimano il giudice a svolgere la necessaria operazione rimediale a fronte dell'ingiustizia dell'assetto dei rapporti negoziali.

Non vi è dubbio che siffatte operazioni, dirette alla ri-costruzione del contratto giusto, hanno l'effetto di porre in crisi e destrutturare le dottrine generali del diritto civile, attraverso il ridimensionamento delle categorie tradizionali della causa, del tipo e della fattispecie, anche di quella che N. Irti definisce "democratica". Resta infatti preminente, nel prisma del principio di solidarietà, il criterio valoriale dell'equilibrio, della proporzione, dell'adeguatezza della risposta giudiziale all'interesse e al bisogno, concreto e attuale, che la parte assume essere stato violato dalla iniqua sproporzione e asimmetria delle clausole contrattuali.

Emergono, pertanto, accanto e oltre le regole tradizionali di validità dell'assetto negoziale, altre e inedite regole, ispirate al leale e corretto comportamento delle parti, essendo la società postmoderna connotata da profondi squilibri e asimmetrie tra coloro che entrano in contatto per fissare negozialmente i confini del loro agire.

A fronte della pluralità, complessità e frantumazione delle fonti e all'irrompere delle scienze nel processo, l'attenzione si sposta dal rigido e apparentemente neutro formante legislativo al ruolo di mediazione del formante giurisprudenziale, e cioè al modello del giudice – interprete: interprete non solo delle norme giuridiche ma anche e innanzitutto del "fatto", nella ricchezza e varietà dei bisogni e degli interessi, non rappresentati compiutamente nella prescrizione dell'astratta "fattispecie".

Sicché il caso, nella sua assoluta singolarità, assume anch'esso valenza regolatrice della vicenda contrattuale.

Come rispondere, allora, al paventato e obiettivo rischio di deriva del sistema verso l'incertezza, l'instabilità, l'imprevedibilità delle decisioni dei giudici, verso la perdita dell'unità dell'ordinamento, che pure è un bene della collettività, su cui si fonda la fiducia dei cittadini nei confronti della giurisdizione e dello Stato di diritto?

A me sembra che la risposta debba consistere nella pur faticosa e progressiva costruzione di una rete, larga e diffusa, di soluzioni condivise, attraverso l'esercizio della "nomofilachia" e la formazione di "precedenti" autorevoli da parte delle Corti, idonee a creare isole di ordine e di stabilità a fronte del paventato caos indeterministico del giudicare. Orizzonti condivisi da costruire all'esito di un serio e leale confronto dialettico tra la giurisprudenza di merito e di legittimità, la dottrina e l'avvocatura, che, nel cogliere i dati più significativi della realtà in movimento, s'ispiri al fine di assicurare la tutela della dignità e dei diritti fondamentali della persona.

La nomofilachia non è una gabbia della ragione, è una sorta di metodo dello *ius dicere* che – anche nell'*intentio legis* – è diretto a garantire la tendenziale certezza del diritto, contribuendo

# JUS CIVILE



alla prevedibilità e uniformità delle decisioni dei giudici, e perciò all'uguale trattamento dei cittadini di fronte alla legge.

Occorre essere consapevoli che si è solo all'inizio di un'ambiziosa opera di fissazione delle regole metodologiche della nomofilachia, nella progressiva edificazione di un diritto vivente funzionale alla coerenza, pure dinamica, dell'esperienza giuridica moderna.

Alcune, poche, regole già esistono e sono applicate, ma esse non sono sufficienti perché, in vista della tutela dei diritti fondamentali e della riduzione delle ineguaglianze, la costruzione di più larghi orizzonti condivisi richiede passi ulteriori, decisi e coraggiosi, e non solo da parte dei giudici.





## LO SVILUPPO DELL'AUTONOMIA PRIVATA IN GERMANIA \*

Natalino Irti ha ricordato Emilio Betti, e l'ha ricordato a ragione, perché Emilio Betti è stato uno dei pochi che sono riusciti a trasmettere, non solo a trasmettere ma a trapiantare, a trapiantare idee, in questo caso idee del diritto tedesco in Italia. Grande è stata l'influenza delle idee giuridiche tedesche ottocentesche in Italia da Savigny a Windscheid recipite attraverso le traduzioni e gli scritti dei massimi giuristi italiani dell'epoca da Serafini a Fadda a Scialoja. In questo illustre gruppo è da aggiungere il nome di Betti. È stato proprio Betti a diffondere in Italia il concetto di autonomia privata. Per quale motivo? Perché tale concetto all'epoca, nell'800, non esisteva ancora. E quello che vi dirò subito, il concetto di autonomia privata si è venuto man mano sviluppando durante la prima metà del '900. E perciò Emilio Betti, essendo al di dietro del discorso tedesco, grande conoscitore non solo del diritto ma di tutta la cultura germanica, ha avuto questo ruolo di trasportare e poi di trasmettere, di trapiantare delle idee che i tedeschi, che i giuristi tedeschi all'epoca erano diciamo intenti a costruire in terra loro. Sono pochi quelli che possono fungere da trapiantatori di un diritto in un altro sistema giuridico come lo facevano i già menzionati giuristi italiani intrisi di cultura giuridica tedesca. Oggi come oggi Alessio Zaccaria è entrato in quel ruolo per quel che riguarda il diritto tedesco. Diventare trapiantatore di idee giuridiche significa sempre che il trapiantatore deve essere giurista del sistema giuridico in cui trapianta le idee e contemporaneamente specialista di un altro sistema da cui trae le idee tuo, nazionale, però essere addentro a un altro sistema giuridico. Due sono dunque le premesse e nel caso di Zaccaria queste due premesse sono evidenti: grande giurista del proprio sistema giuridico e fine conoscitore della cultura giuridica tedesca.

Io, pur essendo anche italiano, non potrei mai assolvere a questo ruolo perché non lavoro più qui in Italia. Perciò semmai posso trasmettere delle idee della cultura giuridica italiana, cito adesso il danno biologico che è stato sviluppato qui in Italia, in altre parti del mondo, in particolare modo nel mondo germanico.

Detto questo mi inoltrerò nel tema che mi è stato affidato. Ho già detto che l'autonomia privata è un'espressione, ed è anche un concetto prettamente tedesco. Perciò è inutile andare a cercare le radici nel diritto inglese. Alla fin fine certe idee le troveremo anche nel diritto inglese, e in altri diritti, ma adesso soffermiamoci sullo sviluppo di quest'autonomia, cosiddetta auto-

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 Ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».

# JUS CIVILE



mia privata, che è nata senza dubbio in Germania. Ma cos'è effettivamente l'autonomia privata, la *Privataautonomie*? Un principio? Un'idea? Una figura giuridica? Possiamo per semplificare partire dalla più famosa e sempre citata definizione, che si trova per la prima volta in un libro post bellico. In effetti l'idea stessa di questa autonomia privata è andata, consolidandosi solo dopo la seconda guerra mondiale. E la troviamo essenzialmente nell'introduzione alla parte generale del BGB, nella più famosa delle introduzioni, dovute a Werner Flume, Non per niente chi si occupa della parte generale spesso e volentieri proviene dal diritto romano, così è stato anche nel caso di Werner Flume, deceduto a oltre 100 anni qualche anno fa, e a cui si deve questa parte generale che si chiama *Das Rechtsgeschäft*, cioè il negozio giuridico. Benché la seconda edizione risalga al 1976, rimane il testo fondamentale sulle questioni di cui stiamo parlando.

La definizione di autonomia privata si trova nel paragrafo primo del primo libro sul *Rechtsgeschäft*: "L'autonomia privata è il principio della creazione e produzione autonoma dei rapporti giuridici da parte dei singoli secondo la loro volontà". Questa è la definizione, che rimane quella abituale e corrente in Germania.. *Das Prinzip der Gestaltung*, è già difficile tradurre, perché in italiano i termini creazione e produzione non possono rendere bene il concetto. Vorrei sottolineare qui che la traduzione giuridica è una scienza del tutto particolare. Tradurrei linguaggi giuridici. è molto difficile, e complesso. *Das Prinzip der Gestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen*. Questa è la definizione data da Flume. Secondo Flume non può esistere un ordinamento giuridico senza l'autonomia privata. È predata all'ordinamento giuridico stesso, e garantito, per quel che riguarda la Germania, dalla costituzione, dal *Grundgesetz*, e deve perciò essere realizzato all'interno dell'ordinamento stesso. Deve essere realizzato perché è un principio, bisogna che uno lo realizzi. Però la realizzazione del principio esige necessariamente degli strumenti adatti, messi a disposizione dall'ordinamento giuridico stesso. Si tratta degli atti tipicamente negoziali. Il termine tedesco ancora particolare e difficilissimo da tradurre sono i *Rechtsverhältnisse* non meri rapporti giuridici visto che si tratta di atti tipicamente negoziali. Il soggetto realizza dunque il principio dell'autonomia privata, determinando, concretizzando i negozi giuridici messi a disposizione dall'ordinamento giuridico riguardo il contenuto e le persone.

È ovvio che tale definizione implica che l'autonomia privata non è un concetto giuridico concreto, un *Rechtssatz*, ma piuttosto un concetto giuridico generale. Perciò un *Rechtsgedanke*. *Una Rechtsidee*. Evidentemente l'emanazione più importante di tale principio è la libertà di contrarre, ossia il contratto stesso che come noi sappiamo bene nella sua struttura, cioè strutturalmente, è tipico. Certamente ci sono alcuni negozi, atti, di per sé tipici, che però e per l'appunto nell'ambito dell'autonomia privata devono successivamente essere concretizzati. Ma, si trova il nostro principio anche a livello di *Rechtssätze*, cioè si trova una norma nel diritto tedesco che menziona esplicitamente questa autonomia privata definita da Flume? Mentre la prima costituzione democratica tedesca, quella di Weimar, stabiliva nell'articolo 152, a linea 1, che nel commercio doveva valere la libertà di contrarre, cioè la *Vertragsfreiheit*, la libertà di contrarre, secondo quanto stabilito dalle leggi, il *Grundgesetz*, cioè la costituzione tedesca attuale, non ha

## JUS CIVILE



fatto più un riferimento concreto alla *Vertragsfreiheit*. Ma menziona, curiosamente, bisogna dirlo, bisogna dirlo, la libertà di contrarre matrimonio e la libertà di testare. Ma non la libertà di contrarre.

Generalmente però, almeno la Corte Costituzionale il Bundersverfassungsgericht e assieme ad essa anche il BGH (Bundesgerichtshof), la Corte Suprema, deducono la *Vertragsfreiheit* dall'articolo 2 della Costituzione, dedicato al principio universale della libertà. Perciò dal principio della libertà, anche della libertà di agire, di fare quel che si vuole, si deduce anche questo principio che era stato nominato esplicitamente dalla Costituzione di Weimar. La prima volta la corte costituzionale tedesca, nella decisione 95267, ha fatto ricorso a questa idea. In Austria, secondo Paese germanico, non esiste una norma costituzionale esplicita riguardo l'autonomia privata, si fa però ricorso anche in questo caso agli articoli 5 e 6 della legge fondamentale dello Stato del 1867, cioè una legge ottocentesca, che fanno riferimento alla tutela assoluta della proprietà e alla libertà di acquistare *Erwerbsfreiheit*. Dunque se non esistono basi normative concrete ed esplicite non possiamo argomentare che possiamo disporre di *Rechtssätze*, però la Corte Costituzionale tedesca, seguita dalle altre Corti, pensa di poter dedurre il principio stesso dall'articolo 2 del *Grundgesetz*

. Dai tempi del famoso libro di Klaus Wilhelm Canaris, giurista che io stimo moltissimo e di cui ero collega di facoltà per cinque anni, giurista geniale, filosofo del diritto *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* del 1971. Si discute a livello dottrinale se soltanto l'emanazione della volontà attraverso un determinato negozio giuridico rappresenta o meglio possa rappresentare la realizzazione del principio dell'autonomia privata, oppure, come ha affermato Canaris, anche le cosiddette attribuzioni, *Zurechnungen* nell'ambito di una responsabilità fondata sulla fiducia. Canaris aveva intravisto nel concetto dell'autoresponsabilità della persona la base per determinare l'attribuzione della responsabilità, e in quello della fiducia la base per la nascita di diritti e doveri, concetti ambedue da riferire all'autonomia privata.

Perciò non solo il negozio giuridico in quanto tale ma anche comportamenti umani che possono indurre ad attribuire delle responsabilità con delle precise conseguenze giuridiche nella pratica. A molti però, ai più bisogna dire, tali concetti non sembrano poter essere ricondotti sotto un'unica prospettiva dogmatica, e tuttora, a parte i problemi metagiuridici, prevalgono le opinioni di chi vede la *Privatautonomie* esclusivamente nell'ambito dei negozi giuridici. Però le idee di Canaris non sono spuntate fuori dal nulla. Perciò ho pensato bene a farvi capire quale è il filone da dove ha tratto ispirazione Canaris, il quale non si è inventato queste attribuzioni dal nulla ma le ha "tecnicizzate", nell'ambito della tecnica dogmatica dottrinale del '900. Però hanno anche dei precursori che fanno capire l'essenza dell'idea stessa. E come spesso uno sguardo allo sviluppo storico non guasta. Ugo Grozio ha dato dei contributi maggiori, come tutti sappiamo, alla teoria dei contratti. L'idea dell'auto responsabilità si trova ben in concordanza con l'idea di poter disporre liberamente della propria sfera giuridica. Parte da qui la terminologia e il concetto degli *officia erga se*, vincolanti però, trattati da quasi tutti i giusnaturalisti. Samuel Pufendorf per esempio sottolineava l'obbligo di ogni singola persona di sviluppare le proprie ca-

# JUS CIVILE



pacità e di evitare ogni forma di eccesso. Si tratta di *officia erga se ipsum*. Anche nei grandi giusnaturalisti tedeschi del '700, Christian Thomasius e Christian Wolf, gli approcci coincidono. Il legislatore di una delle legislazioni pre BGB più interessanti, il *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, del 1756 era favorevole a queste idee che vi si ritrovano ma anche nel Codice Prussiano della fine dell'700. Ma tutti e due, sono, il prodotto del secolo dei Lumi e del giusnaturalismo, anche quello bavarese, benché non lo si conosca in genere. E tutti e due i codici hanno recepito alla lettera tali concetti. *Wiguläus Xaver Aloys von Kreitmayer*, che è il codificatore bavarese, nel suo commentario al codice ne menziona addirittura otto doveri *erga se ipsum*. Sviluppare mente e ragione nel migliore dei modi, conservare la salute e la vita, esercitare le proprie capacità, scegliere la professione più adatta alla propria personalità, non sperperare le proprie fortune, evitare l'ozio, esercitare il diritto di autodifesa. Non sono dei semplici principi morali, ma degli obblighi vincolanti. Mentre generalmente in epoche successive tali doveri *erga se ipsum* venivano sempre più spesso interpretati come doveri verso terzi un giurista di grande respiro intellettuale come Zitelmann<sup>1</sup> uno dei grandi giuristi colti alla fine della scuola storica, in cui già l'etnologia giocava un ruolo molto importante, ha sviluppato la teoria della responsabilità *erga se ipsum* come infrazione etica. Alla base dei suoi studi troviamo tutti quei testi del diritto romano in cui si parla di *de se quaeri debere o sibi imputare debere*. In tutti questi casi dunque la *Zurechnung* l'attribuzione diventa vincolante. Il responsabile è sì autonomo di non seguire tali obblighi, ma ne deve sopportare le conseguenze. Ho addotto questi esempi storici per farvi capire meglio l'intento di Canaris, da dove viene Canaris, e anche per quale motivo è rimasto minoritario.

Per quel che riguarda adesso l'uso del termine autonomia privata, quando lo si trova per la prima volta? Cioè quando è apparso? Secondo le mie ricerche lo si trova per la prima volta in una tesi di dottorato dell'università di Heidelberg nell'anno 1769 che si chiama esattamente *de autonomia privata* scritta da Petrus Gallade. Però il termine è usato in maniera ben diversa da come lo usiamo noi, e si riferiva molto spesso, e anche in questo caso, ad atti normativi di privati nei confronti dei loro dipendenti, spesso nell'ambito dell'istituto della servitù della gleba. Thibaut<sup>2</sup>, il grande giurista di Heidelberg, non dico avversario, avversario è troppo, ma insomma, controparte, interlocutore di Savigny, in occasione della discussione sulla codificazione in Germania nel 1814,, vedeva nell'autonomia privata la nascita del diritto consuetudinario, cioè autonomia privata: nascita di consuetudini, diritto consuetudinario, anche attraverso il negozio giuridico. Thibaut, grande prepadettista se vogliamo, ma grande e seguitissimo professore all'epoca ad Heidelberg, aveva più successo addirittura di Savigny come insegnante accademico.

Savigny però, nel Sistema volume 1, pagina 12, ha strenuamente rifiutato di utilizzare la parola autonomia privata in ambito privatistico, criticando chi intendeva con ciò porre gli atti dei privati sul livello di atti normativi. Cioè per Savigny era inconcepibile usare il termine auto-

<sup>1</sup> Ernst Zitelmann, *Das Recht des BGB, Allgemeiner Teil*, Leipzig 190, 152ff.

<sup>2</sup> Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandektenrechts I*, Jena 1805, 34.



mia privata nel discorso privatistico. Il suo allievo Puchta<sup>3</sup> invece tornava sul concetto di diritto consuetudinario, caro a Thibaut. Otto Gierke<sup>4</sup>, grande personaggio della tradizione germanistica, in Germania, e strenuo avversario del BGB, un grande intellettuale giurista della seconda metà dell'800, era dell'avviso che il termine autonomia privata non poteva essere riposto nel negozio giuridico. Anche la dottrina nata con il BGB, cioè siamo post 1900, era molto critica riguardo il termine e il concetto e cercava di evitarlo, o perlomeno limitarlo. Così per esempio il più famoso manuale dell'epoca, l'Enneccerus poi riproposto dal grande giurista di Colonia, Nipperdey, Enneccerus Nipperdey<sup>5</sup>, parlano solo della cosiddetta autonomia privata. Cioè non usa il termine senza la parola cosiddetta. *Die Sogenannte Privatautonomie*, che non può essere considerata come fonte di diritto.

Probabilmente la nascita nel 1949, e siamo appunto in epoca post bellica ma anche post Betti, per quel che riguarda gli studi di Betti sull'autonomia, anno chiave per la nascita dell'economia del libero mercato in Germania con la fondazione della Bundesrepublik Deutschland, ha permesso ai giuristi di dedicarsi al problema e di accettare e approfondire il concetto stesso partendo dall'articolo 2 del *Grundgesetz*. E finalmente solo negli anni 50 e 60, l'autonomia privata diventa un termine accettato. E come diventa un termine accettato? Quando lo si trova in tutti i manuali. Cioè il termine autonomia privata voi in Germania potete andarlo a cercare e lo troverete adesso su tutti i manuali. Su quelli scritti per gli studenti, ma anche sui manuali per la dottrina, i Handbücher. Perciò molto tardi, e nessuno di questi testi si discosta dalla definizione data da Flume. Questa è dunque la realtà attuale. Secondo la mia idea probabilmente il fatto che l'articolo 152 della Costituzione di Weimar non era stato recepito dal *Grundgesetz* ha indotto i giuristi privatisti a pensarci sopra per quale motivo ciò ha potuto avvenire, e alla fine questo ragionamento di aver perso, diciamo, la base costituzionale, ha indotto taluni di essi, i migliori, di creare finalmente un termine basato su un concetto chiaro che è stato recepito e accettato soprattutto dalla dottrina dovunque in Germania. Questa libertà, diciamo, però è stata da sempre vista come libertà di *gestalten*, cioè di creare qualcosa, esclusivamente nell'ambito degli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico. È assai evidente che i giuristi del nazional-socialismo, anche qui forse un'altra radice per cui poi la discussione è rinata, hanno combattuto aspramente un concetto emanazione secondo loro della e delle libertà individuali da eliminare.

Da giurista residente in Austria vorrei aggiungere una piccola nota della storia, citando il padre del nostro codice civile, che era un italiano del Trentino, Karl Anton von Martini, di lingua madre italiana dunque, il quale ed è diventato, anche questo vale la pena di dirlo qui, uno dei padri della lingua giuridica tedesca. L'italiano Carlo Antonio Martini, codificatore del diritto austriaco, è indubbiamente non uno ma il più importante creatore del linguaggio giuridico tedesco. E lui, nel primo progetto al codice civile austriaco, progetto, che poi è diventato legge, non

---

<sup>3</sup> Georg Friedrich Puchta, Pandekten, Leipzig 1844 § 11.

<sup>4</sup> Otto Gierke, Deutsches Privatrecht I, Leipzig 1895, 147.

<sup>5</sup> Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB Tübingen 1959, 299.

## JUS CIVILE



in tutta l'Austria, ma solo in una piccola parte dell'Austria di quei tempi, nella regione di Cracovia, nell'attuale Polonia, che all'epoca si chiamava la Galizia Occidentale. pose al punto 2, articolo 3, fra i diritti generali delle persone, che lui chiama, *Menschenrechte*, dei diritti dell'uomo, dei diritti fondamentali, anche il diritto di contrarre. Purtroppo, e qui ovviamente bisogna conoscere bene poi lo sviluppo della codificazione austriaca, tale norma non è stata recepita nell'ABGB. Per quale motivo? Perché il codificatore definitivo, Franz Von Zeiller era avverso a congestionare il codice con troppi concetti filosofici. Questi benché non vi fosse contrario, non vedeva la necessità di insistere con i concetti filosofici.

Passo ora, una volta che il concetto di autonomia privata ha assunto una certa dimensione, ma sempre nei limiti della definizione di Flume, Cioè vuol dire che sulla definizione stessa non c'è stata discussione dottrinale alcuna e perciò non esiste alcun *Schrifttum*, non c'è dottrina. La definizione, punto e basta. Bene. E bisogna ovviamente vedere, partendo dalla libertà di contrarre, quali sono i limiti, perché è evidente che questa autonomia privata non poteva essere un'autonomia totale su ogni aspetto. E vi dirò ovviamente delle cose abbastanza ovvie, ma bisogna comunque pensarci, per vedere se il concetto ha ancora un significato o meno. Penso che è per questo motivo che siamo riuniti qui. Le limitazioni dell'autonomia privata sono concretizzate anzitutto dalle leggi, e vi si potrebbe evincere un principio determinante, riguardo proprio i limiti, che è a mio avviso la gestione responsabile del negozio giuridico stesso. Ovviamente chi non è in grado di compiere un negozio perché non ne può essere ritenuto responsabile non può sottostare all'autonomia privata. È tutto questo il vasto capitolo della capacità giuridica che determina l'accesso al negozio giuridico e limita l'autonomia privata. Tale capacità può essere riferita a limiti di età oppure alla ragionevolezza individuale. E molto più significativo e consono è il termine italiano di essere incapaci di intendere e di volere, che a me piace molto di più della *Geschäftsfähigkeit* tedesca, che è un termine assai teorico.

Un caso particolare, e qui entriamo nel dettaglio ancora una volta, è rappresentato dall'errore, che mette in evidenza ovviamente l'elemento della volontà nella sua centralità. Il paragrafo 119 del BGB, che permette di invalidare un negozio per il provato errore del dichiarante, è spesso interpretato come conseguenza diretta dell'autonomia privata. È infatti determinato da un concetto estremamente soggettivo di volontà e di errore, che permette di annullare un negozio non conforme all'effettiva volontà. Però chi intende annullare un negozio giuridico per errore è tenuto a provare di aver agito in maniera responsabile nel concludere il contratto, altrimenti dovrà risarcire danni a chi ha avuto fiducia nella dichiarazione del contraente. Così recita il paragrafo 122 del BGB. Diversa la situazione del diritto austriaco, ancora più rivolto verso la responsabilità del dichiarante. Il negozio giuridico potrà essere annullato soltanto se l'errore è stato indotto dall'altra parte, se l'errore doveva apparire evidente in base alle circostanze del caso, e se si poteva chiarirlo prima che la controparte iniziasse la prestazione. E questa è la famosa teoria della *res integra* per quel che riguarda l'errore in diritto austriaco riportata nel paragrafo 871 ABGB.

Facciamo un altro passo in avanti. Ovviamente la capacità giuridica limita l'autonomia pri-





vata, su questo non c'è dubbio. L'errore invece è emanazione diretta del principio dell'autonomia privata. La responsabilità del singolo è ben collegata alla responsabilità del contraente per quel che riguarda l'errore nel diritto austriaco. Questo è un esempio precoce di come le posizioni individuali diventano collegate grazie a una norma del diritto. Ed effettivamente il BGB, molto più attento alla posizione individuale del singolo contraente, ha scelto una via molto diversa nell'annullamento dei contratti per errore. Ci troviamo qui anche a vedere il negozio giuridico come un'unità, nella quale l'autonomia e la libertà contrattuale vengono rispettivamente limitate in maniera tale da garantire una soluzione giusta per entrambe le parti. Si tratta di un primo esempio in un codice. È qui che subentra un secondo principio, quello dell'uguaglianza delle parti, che trova sicuramente i suoi limiti nella valutazione di aspetti soggettivi e oggettivi. Cioè uguaglianza sì, ma che bisogna anche saperla gestire. Non si tratta dunque soltanto di valutare e rispettare le libertà delle parti contraenti, ma la relazione, o meglio correlazione delle due posizioni esposte tramite le singole volontà. L'equilibrio, come si è detto. Però qui siamo in tutt'altro campo, assai alieno ai diritti germanici attuali, e soprattutto al BGB. Si tratta di una novità nella scienza del diritto nato in Francia nella seconda metà dell'800: Il solidarismo di Francois Geny. Vale però la pena ricordare che tale concetto, il concetto del solidarismo, è certamente frutto della discussione politica e sociale degli ultimi anni dell'800, però, e pochi lo sanno, trova il suo riscontro già nel diritto romano, per il semplice motivo che la *bona fides* del diritto romano non è corrispondente a quel che noi oggi in Italia, in Germania e in Austria, intendiamo con buona fede. È tutt'altra cosa.

La *bona fides* romana prendeva in esame la totalità del negozio giuridico, e non soltanto le singole posizioni, come succede nel BGB nei due famosi paragrafi il §138 e il §242. Il paragrafo 138 BGB, corrisponde all'879 del codice austriaco è sì dedicato a uno squilibrio fra le parti, ma viene sanzionato il fatto che una parte aveva sfruttato grazie alla sua potenza economica, o sociale, la controparte. E soprattutto aveva sfruttato la situazione, la posizione di necessità del contraente. Perciò i *boni mores*, la *Sittenwidrigkeit* tedesca, è strettamente legato al fatto di sfruttamento dall'una parte e di stato di necessità dall'altra parte. Più vasto l'articolo 242, che recita,, che il debitore deve adempiere le sue prestazioni secondo il concetto di buona fede, *Treu und Glauben*. Dunque solo il debitore. È stata la giurisprudenza ad allargare in via interpretativa il significato di tale articolo. Non ha invece mai allargato il § 138. Quello è rimasto tale e quale come vi ho detto. Da un lato, diciamo, lo stato di necessità di una delle parti, dall'altra parte lo sfruttamento. Dunque, è la *Sittenwidrigkeit*, comportamento *contra bonos mores*, concetto complesso anche esso, ma decisamente limitante esclusivamente il singolo contraente e non il negozio giuridico nella sua complessità.

Si giudica dunque da un punto di vista soggettivo magari con taluni elementi di oggettività la volontà del singolo individuo per capire se tale volontà ha portato a un contenuto *contra bonos mores* del negozio giuridico stesso, con la conseguenza della sua nullità. Soltanto la *Sittenwidrigkeit*, *contra bonos mores* è considerata la soglia che non si può oltrepassare. Se il negozio è giusto o meno, se è equilibrato o meno non conta nulla. Invece nel diritto romano, ed è questa



la modernità del diritto romano, la buona fede doveva portare a un equilibrio nel contratto stesso.

È del tutto pacifico che il diritto del lavoro, i contratti di lavoro in special modo, hanno imposto delle limitazioni molto significative alla libertà contrattuale. Meno gravi, ma pur sempre considerevoli, appaiono tali limiti nelle locazioni. Ed infine non si può negare un'ingerenza più o meno grande, almeno in alcune occasioni, nel determinare e fissare i prezzi di alcuni prodotti da parte delle pubbliche autorità. Anche le cosiddette clausole negoziali standard hanno, benché ciò sia stato contestato, ridotto l'autonomia privata. E infine appare sempre più evidente come la legislazione dovuta a una certa ideologia propagata dall'Unione Europea riguardo la cosiddetta tutela del consumatore abbia inciso in maniera negativa sull'autonomia privata.

Anche ciò che i tedeschi chiamano oramai *Wirtschaftsrecht*, diritto dell'economia, denota una sempre maggiore ingerenza di elementi pubblici. Si vedano le competizioni commerciali e la legislazione antitrust.

Arrivo alla conclusione pian piano, se mi è concesso. Allargare o restringere l'autonomia privata? Ovviamente dai tempi della creazione del BGB, i cambiamenti politici, economici e sociali hanno avuto la loro influenza sulla cosiddetta autonomia privata. Nell'ambito del diritto dei contratti, le clausole standard, la tutela del consumatore, hanno limitato le libertà dei contraenti. Da menzionare in Germania anche il *Gleichbehandlungsgesetz* contro ogni tipo di discriminazione nell'ambito dei contratti di lavoro. Seri limiti alle libertà di contrarre non sono posti a mio avviso dal cosiddetto *Kontrahierungszwang* l'obbligo di contrarre, benché previsto esclusivamente nei casi di prestazioni essenziali di pubblica necessità, come la fornitura di corrente elettrica, gas, trasporti pubblici, servizi postali e Telecom in Italia. Problema interessante però potrebbe rivelarsi a seguito dei cambiamenti demografici la tutela delle persone molto anziane, che non vengono generalmente protette dalle regole generali riguardanti la capacità giuridica. Qui è nata una lunga discussione, da un cinque, sei anni si ripropongono modelli che potrebbero limitare la cosiddetta autonomia privata in questo senso.

Si è sostenuto per esempio da parte di Medicus<sup>6</sup> che nell'ambito del diritto della famiglia l'autonomia privata sia stata estesa con l'introduzione del divorzio consensuale. Sì o no, perché quel che è successo riguarda l'aspetto contrattuale del divorzio. Per esempio il paragrafo 55/a in Austria impone alle parti di stipulare un accordo, per i parametri le parti sono perfettamente libere, limitate soltanto dalle regole riguardanti i *boni mores* e gli altri vizi contrattuali. Infine, anche nell'ambito delle successioni, si è potuto assistere a movimenti non diciamo univoci. Il diritto ereditario è stato modernizzato in Austria esattamente un anno fa, e corrisponde sotto taluni aspetti a quel che si è fatto in Germania. Per esempio i testamenti considerati una volta *contra bonos mores*, che si chiamano in tedesco *Mätressentestament*, cioè i testamenti in cui viene istituita l'amante, e che erano considerati per molto tempo invalidi, adesso sono senz'altro accettati, e anche la diseredazione per un comportamento ritenuto amorale non è più ammessa. Perciò libertà, autonomia privata sì e no. Affermare, come l'aveva fatto Flume, che il concetto

---

<sup>6</sup> Medicus, Abschied, 7s.

## JUS CIVILE



di autonomia privata non sia il prodotto del liberalismo appare assurdo. Si metta a confronto i contratti del lavoro fine '800 e l'attuale diritto del lavoro. Lo stesso si provi con le locazioni. Non ci può essere dubbio alcuno che i cambiamenti dovuti a conquiste sociali limitative di un liberalismo esuberante sono appariscenti. Rimangono senza dubbio i limiti già in vigore nel 1900, riguardanti la capacità giuridica e il contrarre *contra bonos mores*. Soltanto grazie, alla lungimiranza dei giudici della Corte Suprema tedesca, e non grazie alla dottrina, i limiti positivi dell'autonomia privata sono stati costruiti attraverso un'interpretazione capillare del paragrafo 242 del BGB, che secondo me resta la base, una base eccezionale per limitare in maniera ragionevole l'autonomia privata seguendo i principi modernizzati della buona fede.

Forse si tratta del paragrafo che ha permesso di far confluire anche in maniera considerevole degli aspetti oggettivi nell'interpretazione non solo delle singole posizioni ma del contratto in quanto tale. Queste limitazioni appaiono tuttora valide, cioè quelle che si trovavano nella legge all'epoca dell'entrata in vigore. E sono un argine positivo da un punto di vista oggettivo e soggettivo a ciò che sussiste di più importante dell'autonomia privata, vale a dire la libertà di contrarre e di testare. Per me rimane come emanazione dell'autonomia privata il principio della libertà di contrarre, e la libertà di testare. Quest'ultima, è degno di nota, è rimasta più o meno uguale anche per quel che riguarda l'interpretazione fin dall'inizio dei codici. Se si desidera dare di nuovo più peso e sostanza a questi principi, e soprattutto al principio della libertà di contrarre, per favore si apra una discussione ancora una volta su due punti essenziali, e non diciamo a livello teorico ma a livello pratico. E questi due punti a mio avviso riguardano le cosiddette clausole negoziali standard, e dall'altro lato la cosiddetta effettivamente tutela del consumatore, concetto a dire il vero offuscato da intenti politici poco chiari, senza rispettare i principi e i metodi del diritto privato. Sarò provocatorio. Salviamo, e perché no, cerchiamo di rafforzare le libertà. Cerchiamo però anche di prendere in considerazione l'insieme del contratto, tenendo conto degli elementi soggettivi dei contraenti, e altrettanto delle circostanze oggettive riguardo il contratto particolare in questione, unendo se si vuole le dichiarazioni di volontà, troppo spesso giudicate nel loro isolamento.

Perciò effettivamente autonomia privata non sembra essere un termine appropriato per riunire sotto un unico tetto i due aspetti fondamentali della libertà di contrarre e della libertà di testare, a meno che non si accetti, e adesso passiamo in un altro grande Paese europeo, l'idea del codice civile francese sulle convenzioni. All'articolo 1134 si legge "*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*". Cioè le convenzioni hanno posto di legge per chi le ha fatte. Cioè se consideriamo autonomia il *nomos intra partes* ben venga, ma almeno nella terminologia germanica, e forse anche in quella italiana, mi sembra che non c'è molto posto. È forse un concetto dogmatico l'autonomia privata, troppo generico, artificiale o addirittura artificioso, forse inutile, anche se non dannoso. Possiamo dunque seppellire il termine e il concetto di autonomia privata. Non riesce a convincere, ed è fonte di inesattezze e fraintendimenti, opinione questa del resto già esposta dal grande Savigny. Ma seppellendo un termine la cui genericità dogmatica non riesce più a convincere cerchiamo di lottare uniti non solo per conserva-

# JUS CIVILE



re ma per allargare i principi fondamentali della libertà di contrarre e di testare. Vi ringrazio della vostra immane pazienza.

## ***Bibliografia***

Franz Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, Wien 1967; Claus Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971; Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft 3. Aufl., (1979) § 17; Ernst Kramer, Die “Krise” des liberalen Vertragsdenkens, München 1974; Theo Mayer-Maly, Privatautonomie und Selbstverantwortung, in: Verantwortung und Recht, Hrsg. E.-J.-Lampe, Opladen 1989; Dieter Medicus, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, Kölner Juristische Gesellschaft 17, Köln 1994; Dieter Medicus/Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. Heidelberg 2016 soprattutto § 17 con la bibliografia aggiornata.



## AUTONOMIA PRIVATA E INTERVENTO DEL GIUDICE \*

1. – Scriveva, nella motivazione di una sentenza del 1865, il giudice inglese sir George Jessel: “se vi è una cosa che l’interesse pubblico richiede più di ogni altra, essa è che gli uomini maturi e consapevoli devono avere la massima libertà di contrattare, e che *i loro contratti devono essere fatti rispettare dai tribunali*”<sup>1</sup>.

Oggi – a distanza di un secolo e mezzo – la nostra Suprema Corte non ha remore ad affermare esplicitamente che deve considerarsi “ormai assunto a diritto vivente” il principio secondo cui è dato “al giudice di *intervenire* anche *in senso modificativo o integrativo* sullo statuto negoziale, qualora ciò sia necessario per garantire l’*equo contemperamento* degli interessi delle parti”<sup>2</sup>.

A ben vedere, però, interventi giudiziali modificativi e/o integrativi del regolamento contrattuale definito dalle parti si sono sempre avuti<sup>3</sup>, perché *espressamente* voluti *dal legislatore*: in un primo momento, soprattutto a presidio della stessa autonomia negoziale (si pensi, ad esempio, alle incapacità negoziali previste per minori ed infermi di mente; alle tutele previste per le ipotesi di vizi del consenso; ecc.); in un secondo momento – caduta l’illusione che la giustizia contrattuale potesse essere assicurata dalla sola eguaglianza formale dei consociati – sempre più pervasivamente contemplati a tutela di talune categorie di contraenti ritenute bisognose di particolare protezione (i lavoratori dipendenti, i conduttori di immobili urbani, i coltivatori di fondi rustici, i consumatori, gli imprenditori in stato di dipendenza economica, gli acquirenti di immobili da costruire, ecc.); ovvero a tutela di altri valori ritenuti socialmente meritevoli (i diritti della persona, la concorrenza, il mercato, il paesaggio, ecc.).

In un contesto siffatto, l’intervento giudiziale sugli atti di autonomia – e/o sul conseguente regolamento negoziale – poteva essere agevolmente presentato, da un lato, come il frutto di una

---

\* Testo dell’intervento svolto dall’A. nell’ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».

<sup>1</sup> L’affermazione – è di tutta evidenza – muoveva dall’idea di fondo, secondo cui – come si esprimeva, quasi in contemporanea (1880), il filosofo francese Alfred Fouillée – “*qui dit contractuel, dit juste*”: ciò sul presupposto che la giustizia del rapporto contrattuale fosse *assiomaticamente* assicurata già solo per il fatto che esso è frutto della libera volontà di contraenti che, spontaneamente e consapevolmente, ne determinano il contenuto, ritenendolo conforme ai propri interessi, di cui essi stessi sono, *per definizione*, i migliori giudici.

<sup>2</sup> Così, testualmente, Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140. In senso conforme cfr. già Cass. 18.9.2009, n. 20106.

<sup>3</sup> Anche se, in origine, sovente lasciati in ombra per ragioni (per così dire) ideologiche: per non rischiare, cioè, di offuscare la (pretesa) “assolutezza” del principio di autonomia contrattuale, tradizionalmente visto (ed esaltato) quale corollario del più generale principio di *liberté* del cittadino.

# JUS CIVILE



più o meno meccanica applicazione di regole volute dal legislatore; e, da altro lato, come agevolmente “calcolabile” *a priori* dai contraenti, sostanzialmente posti in grado, fin dal momento del perfezionamento dell’accordo, di prevederne l’esito.

L’idea di fondo era dunque – se si fa eccezione per l’ipotesi di sopravvenienza di interventi normativi destinati a trovare applicazione anche ai rapporti in corso – che il contraente dovesse conoscere *ex ante* (e chiaramente) ciò che la legge gli consente e/o gli impone; e, conseguentemente, essere in condizione di fare i propri calcoli di convenienza e, sulla base di essi, assumere le conseguenti decisioni contrattuali.

Un quadro così rassicurante era però destinato ad incrinarsi verso la fine del secolo scorso, allorquando – per un concorso di circostanze che non è qui il caso di analizzare<sup>4</sup> – i giuristi italiani, sia teorici che pratici, hanno progressivamente cominciato a percepire che il proliferare delle fonti del diritto privato (non più solo il codice civile, ma anche la Costituzione repubblicana, la legislazione di settore, la normativa comunitaria, ecc.) aveva segnato una sorta di distacco dalla tecnica normativa propria della tradizione codicistica: tecnica imperniata sulla descrizione, ad opera del legislatore, di una “*fattispecie*” – cioè, sulla descrizione di un “fatto” astratto – al cui verificarsi lo stesso legislatore ricollega un determinato effetto giuridico. Al giudice non restava che ricondurre il fatto concreto – il “caso” – sottoposto alla sua attenzione alla corrispondente fattispecie astratta delineata dal legislatore (c.d. *giudizio sussuntorio*) ed applicare ad esso il trattamento previsto dalla norma. Il che, limitando drasticamente l’autonomia valutativa del giudice, garantiva una ragionevole prevedibilità della sua decisione.

Non era questa però – è a tutti noto – la tecnica normativa adottata, ad esempio, dalla nostra Carta costituzionale, che, in linea di massima, si articola nell’enunciazione di “*principi*” (cioè, di regole prive di “fattispecie”) o di “*valori*”: centralità della persona, dotata di “diritti inviolabili” solennemente proclamati, ma non tipizzati; eguaglianza morale e giuridica fra i consociati; doveri inderogabili di “solidarietà politica, economica e sociale”; “funzione sociale” della proprietà; “utilità sociale” dell’iniziativa economica privata, che non può svolgersi “in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”; ecc.

“Principi” e “valori” – per di più – nessuno dei quali è “assoluto”, ma che debbono trovare un necessario temperamento con altri e diversi “principi” e “valori”, pur essi dotati di rilevanza costituzionale. Di fronte a norme di tal fatta, il giudice – sia costituzionale che ordinario – non può più avvalersi del tradizionale *metodo della sussunzione*, ma deve inevitabilmente rivolgersi a *quello del bilanciamento*, in forza del quale un valore è destinato a prevalere o soccombere a seconda dell’interesse al quale, nel caso concreto, si trova contrapposto. Metodo, quello del bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente rilevanti, che – implicando un elevato margine di soggettività valutativa – finisce inesorabilmente con l’incidere negativamente sulla prevedibilità delle decisioni giudiziali.

---

<sup>4</sup> Sul punto, prime sommarie indicazioni si possono vedere nella mia relazione – ora pubblicata in *juscivile*, 2016, p. 406 ss. – introduttiva all’incontro di studi sul tema “*La giurisprudenza fonte del diritto?*” svoltosi a Pavia il 30 ottobre 2016.





Ma – una volta sospinta ad operare non più solo con il metodo della sussunzione, ma anche con quello del bilanciamento degli interessi – la nostra giurisprudenza ha finito con il superare anche la propria tradizionale ritrosia ad avvalersi delle (peraltro, relativamente poco numerose) previsioni codicistiche non costruite attorno ad una “fattispecie”: le c.d. “clausole generali” (buona fede, correttezza, meritevolezza, illecito, ecc.). A determinare una siffatta diffidenza – è noto – ha a lungo pesato anche un pregiudizio di carattere ideologico, nella misura in cui dette previsioni “aperte” si prestavano ad essere lette come espressione dell’epoca – autoritaria ed interventista – in cui il nostro codice è stato elaborato. Come dimostrato plasticamente, ad esempio, dal fatto che – nell’unica disposizione codicistica (l’art. 1175) in cui, nel testo originario, si faceva riferimento “ai principi della solidarietà” – il richiamo era non già “ai principi della solidarietà” *tout court*, bensì “ai principi della solidarietà *corporativa*”. E l’utilizzo che, nel periodo del nazional-socialismo, la giurisprudenza tedesca aveva fatto delle clausole generali contemplate nel BGB giustificava più di una cautela.

Cambiato il clima culturale – e trovata alle clausole generali una diversa copertura ideologica, talora addirittura a livello di Carta costituzionale – la nostra giurisprudenza ha modificato radicalmente il proprio atteggiamento. Così, ad esempio, è a tutti ben noto che – partendo dal presupposto che «il principio di “buona fede oggettiva” costituisca una specificazione degli “inderogabili doveri di solidarietà sociale” imposti dall’art. 2 Cost.”<sup>5</sup> – le corti hanno preso a far sempre più ampio ricorso alla clausola generale di “buona fede” per legittimare interventi non solo integrativi, ma anche in qualche misura modificativi del regolamento contrattuale voluto dalle parti.

*Dal punto di vista formale*, nulla è cambiato: il giudice continua, come in passato, a far applicazione di previsioni (codicistiche o costituzionali o comunitarie) dettate *ex ante* dal legislatore. *Dal punto di vista sostanziale*, però, l’indeterminatezza di “clausole generali”, “principi”, “valori” finisce con l’attribuirgli margini di discrezionalità valutativa assolutamente sconosciuti al giurista abituato ad operare con il metodo sussuntorio; tanto da far dire ad Aurelio Gentili che – di fronte a “clausole generali”, “principi”, “valori” – “*il senso della legge è quello che i giudici stabiliscono*”<sup>6</sup>.

Al fine di meglio apprezzare le linee di tendenza dell’evolversi, nel diritto pretorio, del rapporto fra autonomia negoziale, da un lato, ed intervento del giudice, dall’altro, preliminarmente appare l’individuazione dei momenti – e dei modi – in cui tale intervento oggi concretamente si realizza.

In via di prima approssimazione, possiamo dire che siffatto intervento si esplica in quattro momenti distinti: *a)* in sede di interpretazione del contratto; *b)* in sede di integrazione del rego-

---

<sup>5</sup> Così, testualmente, Cass. 18.9.2009, n. 20106.

<sup>6</sup> Così A. GENTILI, *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? L’uso alternativo della buona fede e dell’abuso del diritto*, in C. PERLINGIERI – L. RUGGERI (a cura di), *L’incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti*, Napoli, 2016, p. 78.



lamento contrattuale; c) in sede di sindacato sull'esercizio, da parte del contraente, di facoltà/diritti allo stesso attribuiti *ex lege* o *ex contractu*; d) in sede di controllo sul merito dell'assetto di interessi contrattualmente delineato.

Vediamo – rapidamente – i singoli profili; per poi formulare talune osservazioni di sintesi.

2. – Quanto al primo profilo – quello relativo all'interpretazione del contratto – sarà qui sufficiente<sup>7</sup> ricordare che fino ad una quindicina di anni addietro prevalenti erano massime del tipo: “i canoni legali di ermeneutica contrattuale (...) sono governati da un *principio di gerarchia* (art. 1362-1371 c.c.), in forza del quale quelli strettamente interpretativi (art. 1362-1365 c.c.) prevalgono su quelli interpretativi-integrativi (art. 1366-1371 c.c.), quale va considerato anche il *principio dell'interpretazione secondo buona fede* (art. 1366 c.c.)”<sup>8</sup>, che “rappresenta (...) un mezzo (...) soltanto sussidiario dell'interpretazione, non invocabile quando il giudice di merito abbia, attraverso l'esame degli elementi di prova raccolti, già *aliunde* accertato l'effettiva volontà delle parti”<sup>9</sup>.

Oggi l'insegnamento della Suprema Corte è invece nel senso che, “pur assumendo l'elemento letterale funzione fondamentale nella ricerca della reale o effettiva volontà delle parti, il giudice deve in proposito fare (...) applicazione *altresì* degli ulteriori criteri di interpretazione, e in particolare di quelli dell'interpretazione funzionale *ex art. 1369 c.c.*, e dell'*interpretazione secondo buona fede o correttezza ex art. 1366 c.c.* Tali criteri debbono essere infatti correttamente intesi quali *primari criteri d'interpretazione soggettiva*, e non già oggettiva, del contratto, avendo riguardo allo scopo pratico perseguito dalle parti con la stipulazione del contratto e quindi alla relativa causa concreta. (...) L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza *ex art. 1366 c.c.* (...), quale criterio d'interpretazione del contratto (fondato sull'esigenza definita in dottrina di “solidarietà contrattuale”), si specifica in particolare nel significato di lealtà, sostanziandosi nel non suscitare falsi affidamenti e non speculare su di essi come pure nel non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nella controparte (...). A tale stregua esso non consente di dare ingresso ad interpretazioni cavillose delle espressioni letterali contenute

---

<sup>7</sup> Al riguardo, potrebbe altresì richiamarsi l'insegnamento della Suprema Corte che invoca il principio di “buona fede”, allorché si tratta di decidere se il “silenzio” serbato da una delle parti costituisca o meno manifestazione di volontà contrattuale: “il silenzio – secondo una massima consolidata – può assumere il valore negoziale di consenso, nel caso in cui (...) la buona fede, nei rapporti instauratisi tra le parti, imponga l'onere o il dovere di parlare” (così, testualmente, Cass. 14.5.2014, n. 10533; in senso conforme, cfr. Cass. 16.3.2007, n. 6162; Cass. 20.2.2004, n. 3403; Cass. 14.6.1997, n. 5363). Peraltro, al di là delle enunciazioni di principio, la giurisprudenza appare, in concreto, particolarmente cauta nel rinvenire nell'inerzia un “sintomo rivelatore dell'intenzione della parte” (così, testualmente, Cass. 14.6.1997, n. 5363).

<sup>8</sup> Cfr. Cass. 19.7.2004, n. 13392.

Che il canone ermeneutico della buona fede andasse catalogato fra i criteri di c.d. “interpretazione oggettiva” era pacifico nella giurisprudenza più risalente (cfr. Cass. 11.6.1991, n. 6610; Cass. 20.1.1989, n. 345; Cass. 5.4.1984, n. 2204).

<sup>9</sup> Cfr. Cass. 15.3.2004, n. 5239.



nelle clausole contrattuali, non rispondenti alle intese raggiunte (...), e deponenti per un significato in contrasto con la ragione pratica o causa concreta dell'accordo negoziale" <sup>10</sup>.

Il canone ermeneutico di cui all'art. 1366 cod. civ. si ritrova, dunque, dalla più recente giurisprudenza "promosso" da *criterio sussidiario di interpretazione oggettiva* a "*primario criterio di interpretazione soggettiva*", al pari di quelli letterale, sistematico e funzionale.

3. – Quanto al secondo dei profili cui accennavo sopra – quello dell'integrazione del regolamento contrattuale – è a tutti ben noto che ancora al principio di "buona fede" la Suprema Corte fa variamente riferimento, sia allorquando si tratta di trovare fondamento a tutta una serie di *obblighi*, non espressamente previsti in contratto, che risultano però *strumentali* ad una corretta realizzazione degli interessi sottesi all'operazione con esso formalizzata <sup>11</sup>; sia allorquando si tratta di trovare fondamento ad obblighi volti a presidiare un interesse *diverso* rispetto a quello alla prestazione; di norma, l'interesse a non vedere lesa la propria sfera giuridica in occasione dell'esecuzione del contratto: si tratta, in particolare, dei c.d. "obblighi di protezione" <sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Così, testualmente, Cass. 6.5.2015, n. 9006.

In senso conforme cfr., per tutte, Cass. 14.3.2016, n. 4967; Cass. 22.10.2014, n. 22343.

<sup>11</sup> Il fenomeno – seppure non assente in altri contesti contrattuali (cfr., per tutte, Cass. 22.5.2015, n. 10546; Cass. 4.7.2014, n. 15392; Cass. 21.12.2012, n. 23823) – è maggiormente accentuato con riferimento a quei contratti in cui la collaborazione richiesta alle parti risulta più intensa e/o duratura e/o articolata.

Si pensi, in particolare, al rapporto di lavoro subordinato, relativamente al quale la giurisprudenza si trova sistematicamente chiamata a pronunciarsi in ordine alla legittimità di un ventaglio, ampio e variegato, di condotte – si badi: dell'una come dell'altra parte – non espressamente disciplinate dal contratto (individuale o collettivo) di lavoro, ma che inevitabilmente punteggiano un rapporto in cui fisiologicamente si confrontano il diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente ed i contrapposti diritti del prestatore di lavoro al mantenimento del posto di lavoro, alla tutela della propria libertà e dignità personale, alla salvaguardia della salute e dell'integrità psico-fisica, alla conservazione del bagaglio professionale, ecc. (cfr. per tutte, da ultimo, Cass. 27.4.2017, n. 10416; Cass. 4.4.2017, n. 8711; Cass. 13.2.2017, n. 3739; Cass. 21.12.2016, n. 26467): diritti fra i quali il giudice è – inevitabilmente – chiamato ad operare un "bilanciamento" (al concetto di "bilanciamento" si richiama testualmente, ad esempio, Cass. 19.11.2015, n. 23698).

Discorso sostanzialmente analogo può farsi con riferimento a tutta un'ampia serie di contratti pur essi finalizzati all'instaurazione di un'articolata collaborazione fra le parti: si pensi al contratto di lavoro autonomo (cfr. Cass. 21.3.2013, n. 7141), al contratto d'appalto (cfr. Cass. 22.11.2013, n. 26260), al contratto di mandato (cfr. Cass. 12.11.2013, n. 25410), al contratto di sponsorizzazione (cfr. Cass. 8.4.2014, n. 8153; Cass. 29.5.2006, n. 12801), al contratto che lega la società ai membri del proprio collegio sindacale (cfr. Cass. 3.7.2017, n. 16314; Cass. 13.6.2014, n. 13518; Cass. 13.6.2014, n. 13517; Cass. 11.11.2010, n. 22911), ecc.

Sempre invocando il principio di "buona fede", obblighi strumentali alla corretta realizzazione dell'interesse che ha indotto controparte a stipulare il contratto vengono riconosciuti a carico del professionista la cui attività risulti connotata da un carattere spiccatamente fiduciario: si pensi ai contratti di prestazione d'opera professionale stipulati fra cliente e notaio (cfr. Cass. 20.8.2015, n. 16990; Cass. 6.6.2014, n. 12797; Cass. 2.7.2010, n. 15726), fra paziente e medico (cfr. Cass. 27.8.2014, n. 18304; Cass. 30.7.2004, n. 14638; Cass. 17.2.2011, n. 3847), ecc.

Quanto a tipologia, poi, tra gli obblighi c.d. accessori che la giurisprudenza fonda sul generale principio di "buona fede", in quanto oggettivamente funzionali ad un miglior soddisfacimento degli interessi alla cui realizzazione il contratto risulta finalizzato, spiccano – con indifferenziato riferimento ad un po' tutti i rapporti contrattuali – quelli di informazione (cfr., da ultimo, Cass. 9.8.2016, n. 16827; Cass. 10.6.2016, n. 11914; Cass. 13.5.2014, n. 10352).

<sup>12</sup> Cfr. Cass. 17.2.2014, n. 3612, secondo cui "l'iscrizione e l'ammissione di un minore a una scuola di sci deter-



4. – Quanto al terzo profilo cui facevo cenno all’inizio – quello del sindacato in ordine alla legittimità dell’esercizio di facoltà/diritti riconosciuti al contraente – il pensiero corre subito al disposto dell’art. 1460 cod. civ., che codifica il principio “*inadimplenti non est adimplendum*”, peraltro *espressamente* specificando che lo stesso non può essere invocato laddove ciò risulti “contrario alla buona fede”.

Al riguardo, è massima corrente quella secondo cui, “ove venga proposta dalla parte l’eccezione *inadimplenti non est adimplendum*, il giudice deve procedere ad una *valutazione comparativa* degli opposti inadempimenti avuto riguardo anche alla loro *proporzionalità* rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro *rispettiva incidenza* sull’equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse” <sup>13</sup>.

L’ampio potere valutativo che in tal modo si ritaglia sulla base del disposto del 2° comma dell’art. 1460 cod. civ. viene poi dalla giurisprudenza “esportato” anche ad altre ipotesi – ad esempio, in sede applicativa del disposto dell’art. 1901 cod. civ., in tema di contratto di assicurazione <sup>14</sup>; ovvero in sede applicativa del disposto dell’art. 1481, comma 2, cod. civ., in tema di contratto di compravendita <sup>15</sup> – in cui il legislatore ha sì riconosciuto ad un contraente il diritto di rifiutare il proprio adempimento, ma non ne ha espressamente condizionato l’esercizio all’osservanza del principio di “buona fede” <sup>16</sup>.

---

minano la nascita di un vincolo contrattuale che fa sorgere a carico della scuola l’obbligo di vigilare sulla sicurezza e sull’incolumità dell’allievo per il tempo in cui costui usufruisce dell’insegnamento”. In senso conforme cfr. Cass. 3.2.2011, n. 2559.

Cfr. anche Cass. 20.4.2010, n. 9325, secondo cui “tra l’istituto scolastico e l’allievo, con l’accoglimento della domanda di iscrizione e la conseguente ammissione dello stesso alla scuola, si determina il sorgere di un vincolo negoziale dal quale sorge l’obbligazione dell’istituto di vigilare sulla sicurezza e incolumità del discepolo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni”. In senso conforme cfr. 3.3.2010, n. 5067.

<sup>13</sup> Così, testualmente, Cass. 8.11.2016, n. 22626. In senso conforme., cfr. anche Cass. 27.3.2013, n. 7759.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 14.2.2013, n. 3654, secondo cui, “posto che la sospensione della garanzia assicurativa in caso di mancato pagamento del premio alle scadenze convenute costituisce un’ipotesi applicativa dell’eccezione di inadempimento, l’assicuratore non può negare la propria prestazione se il rifiuto è contrario alla buona fede”; Cass. 19.12.2006, n. 27132, secondo cui “in tema di assicurazione, l’art. 1901, 2° comma, c.c. – il quale prevede la sospensione della garanzia per effetto del mancato pagamento del premio alle scadenze convenute – costituisce applicazione dell’istituto generale dell’eccezione di inadempimento, di cui all’art. 1460 c.c.; in applicazione del 2° comma di tale disposizione deve, pertanto, negarsi all’assicuratore la facoltà di rifiutare la garanzia assicurativa ove ciò sia contrario a buona fede, come nel caso in cui l’assicuratore medesimo abbia, sia pure tacitamente, manifestato la volontà di rinunciare alla sospensione, ad esempio tramite ricognizione del diritto all’indennizzo ovvero accettazione del versamento tardivo del premio senza effettuazione di riserve, nonostante la conoscenza del pregresso verificarsi del sinistro”; Cass. 26.1.2006, n. 1698.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. 21.5.2012, n. 8002, secondo cui “la facoltà del compratore di sospendere il pagamento del prezzo, a norma dell’art. 1481 c.c., costituendo applicazione alla compravendita del principio generale *inadimplenti non est adimplendum*, di cui all’art. 1460 c.c., postula che l’esercizio dell’autotutela sia conforme a buona fede, dovendo connotarsi il pericolo di perdere la proprietà per serietà e concretezza e risultare attuale, e non già soltanto ipotizzabile in futuro o meramente presuntivo”.

<sup>16</sup> Ancora: con riferimento al disposto dell’art. 2237, comma 2, cod. civ. – secondo cui “il recesso del prestatore d’opera [intellettuale] deve essere esercitato in modo da evitare pregiudizio al cliente” – il giudice di legittimità insegna che “la norma richiamata è (...) diretta ad evitare al cliente l’eccessivo danno che deriverebbe dall’improvvisa



Analogo, ampio, potere valutativo la giurisprudenza si riserva, ovviamente, anche con riferimento alle ipotesi in cui il potere del contraente trova fondamento (non già – come nelle ipotesi fin qui considerate – nella legge, bensì) negli accordi intervenuti fra le parti.

Così, ad esempio, la Suprema Corte è da tempo salda nell'enunciare il principio secondo cui, “in caso di recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato in presenza di una giusta causa tipizzata dalle parti del rapporto contrattuale, il giudice *non deve limitarsi al riscontro obiettivo della sussistenza o meno dell'ipotesi tipica di giusta causa*, ma, alla stregua del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, *deve accertare che il recesso non sia esercitato con modalità impreviste ed arbitrarie*, tali da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai rapporti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista redditizia per il tempo previsto e che non può pretendersi essere pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate»<sup>17</sup>.

Peraltro, in tema di recesso, la decisione che maggiormente ha attirato l'attenzione e fatto discutere è senz'altro la n. 20106/2009, che – a fronte dell'esercizio, da parte di una nota casa automobilistica, della facoltà di recesso *ad nutum* prevista a suo favore nei contratti che la legavano ai propri concessionari di vendita – ha statuito che il “disporre di un potere [nel caso di specie, quello di recedere *ad nutum*] non è condizione *sufficiente* di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono su interessi contrapposti in modo più proporzionato”; sicché il giudice “avrebbe dovuto (...) valutare (...) se il recesso *ad nutum*, previsto nelle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti”: ciò, in quanto “l'obbligo di buona fede oggettiva e correttezza” impone “a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra”<sup>18</sup>.

Perché la pronuncia in discussione ha attirato tanta attenzione?

A ben vedere, *nella sostanza*, tale decisione non si discosta più di tanto – come essa stessa non manca di evidenziare – da orientamenti consolidati in punto di esercizio di facoltà/diritti riconosciuti ad un contraente: penso – oltre a quello, appena ricordato, in tema di esercizio del diritto di recesso contemplato, a favore della banca, nel contratto di apertura di credito stipulato con il cliente – all'indirizzo che predica stabilmente l'invalidità per “abuso ed eccesso di potere” della delibera assunta dall'assemblea di una società, allorquando la stessa “non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società, per essere il voto ispirato al perseguimento da parte dei

---

rottura del rapporto, ossia a lasciargli il tempo per provvedere diversamente agli interessi per i quali è stato stipulato il contratto e, in sostanza, costituisce una particolare applicazione del principio di buona fede oggettiva ex artt. 1175 e 1375 c.c., in quanto il diritto, pur esistente, è stato esercitato con modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione che, nella specie, doveva essere riferito ad un comportamento che trovava la sua tipizzazione nella norma che impone specificamente di evitare pregiudizio al cliente” (così, testualmente, Cass. 23.4.2014, n. 9220).

<sup>17</sup> Così testualmente, da ultimo, Cass. 24.8.2016, n. 17291. In senso conforme, cfr. già Cass. 14.7.2000, n. 9321; e Cass. 21.5.1997, n. 4538.

<sup>18</sup> Così, testualmente, Cass. 18.9.2009, n. 20106.

# JUS CIVILE



soci di maggioranza di un interesse personale antitetico a quello sociale, ovvero sia il risultato di una intenzionale attività fraudolenta dei soci maggioritari diretta a provocare la lesione dei diritti di partecipazione e degli altri diritti patrimoniali spettanti ai soci di minoranza *uti singuli*<sup>19</sup>; ovvero al pacifico insegnamento che eleva l'*exceptio doli generalis* a "*rimedio di carattere generale*, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, il quale è diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento"<sup>20</sup>, ecc.

Il punto è che le dotte affermazioni di principio, che si rinvergono nella motivazione della pronuncia in discussione<sup>21</sup>, avrebbero potuto far preconizzare, per il futuro, un *diffuso, pene-*

---

<sup>19</sup> Così, testualmente, Cass. 12.12.2005, n. 27387. In senso conforme cfr. Cass. 11.6.2003, n. 9353, secondo cui "il vizio della deliberazione dell'assemblea di società di capitali costituito dal c.d. eccesso di potere si verifica allorché la deliberazione venga adottata da parte dei soci di maggioranza a proprio esclusivo vantaggio ed in danno dei soci di minoranza e non laddove la deliberazione risulti irrazionale, per avere la maggioranza agito per finalità contrarie a quelle per le quali la società era stata costituita".

<sup>20</sup> Così, testualmente, Cass. 7.3.2007, n. 5273.

L'*exceptio doli generalis* – è noto – viene, ad esempio, invocata, in ipotesi di contratto autonomo di garanzia, per paralizzare "una condotta abusiva del creditore, il quale, nel chiedere la tutela giudiziale del proprio diritto, abbia fraudolentemente taciuto, nella prospettazione della vicenda, situazioni sopravvenute alla fonte negoziale del diritto azionato ed aventi efficacia modificativa o estintiva dello stesso, ovvero abbia esercitato tale diritto al fine di realizzare uno scopo diverso da quello riconosciuto dall'ordinamento, o comunque all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri, o, ancora, contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui" (così, testualmente, Cass. 31.7.2015, n. 16213; in senso conforme cfr. Cass. 12.9.2012, n. 15216; Cass. 10.10.2011, n. 20746; Cass. 14.12.2007, n. 26262).

<sup>21</sup> Si legge ad esempio, testualmente, nella pronuncia in discussione: "costituiscono principii generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.)"; "in tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase"; "la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.)"; "l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica"; "il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge"; "il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi"; "disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato"; "criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto. Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto – ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale – sono i seguenti: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte"; "l'abuso del diritto (...) lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e





trante, fisiologico “controllo [giudiziale], anche in senso modificativo o integrativo, dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento degli opposti interessi” delle parti<sup>22</sup>; così segnando una sorta di *discontinuità* rispetto ai precedenti orientamenti giurisprudenziali, che evocavano invece i concetti di “abuso ed eccesso di potere”, di “*exceptio doli*”, di “buona fede oggettiva” per rifiutare tutela *solo* a condotte *fraudolente di particolare gravità*, normalmente caratterizzate dall’intenzione di nuocere alla controparte.

Le successive pronunce della Suprema Corte si sono peraltro incaricate di stemperare le preoccupazioni degli uni così come le speranze degli altri, riportando entro limiti più tradizionali il controllo giudiziale in ordine all’esercizio, da parte di un contraente, di facoltà/diritti allo stesso attribuiti contrattualmente<sup>23</sup>.

## 5. – Sempre per quanto concerne facoltà/diritti riconosciuti ad un contraente, non può trascu-

diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore”; “È ravvisabile (...) quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell’atto rispetto al potere che lo prevede”; “l’ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva”; “nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti – ed i diritti connessi – attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l’ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata”; “il principio dell’abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell’ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano”; “i principi della buona fede oggettiva, e dell’abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali – funzione sociale ex art. 42 Cost. – e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti”; “i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l’interpretazione dell’atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l’abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti”; “qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall’ordinamento, si avrà abuso”; ecc.

<sup>22</sup> Così, testualmente, Cass. 18.9.2009, n. 20106, cit.

<sup>23</sup> Così, ad esempio, sono state considerate in contrasto con il principio di buona fede oggettiva: a) la deliberazione assembleare relativamente alla quale “vi sia la prova [peraltro, nel caso di specie, non raggiunta] che il voto determinante del socio di maggioranza è stato espresso allo scopo di ledere interessi degli altri soci, oppure risulta in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza” (cfr. Cass. 20.1.2011, n. 1361); b) “la richiesta di risarcimento di danni non patrimoniali per disagi e fastidi da qualificarsi minimi, avuto presente la causa in concreto del contratto” (cfr. Cass. 11.5.2012, n. 7256); c) la deliberazione di una cooperativa edilizia di esclusione del socio per morosità, pur a fronte della richiesta, da parte di quest’ultimo, “di chiarimenti, che conteneva contestualmente la disponibilità del socio a pagare la somma, una volta accertatane la motivazione” (cfr. Cass. 26.9.2013, n. 22097); d) l’esercizio unilaterale, da parte della società mandante, dello *ius variandi* previsto a suo favore in un contratto di agenzia, che implicava però una “riduzione dell’88% del portafoglio clienti” assegnato all’agente, con l’esito di “alterare la causa stessa del contratto di agenzia, ponendo l’agente nell’oggettiva impossibilità di proseguire il rapporto, anche soltanto in via provvisoria” (cfr. Cass. 2.7.2015, n. 13580); e) l’avvalersi di una clausola risolutiva espressa, pur contemplata in contratto, allorché, in base al principio di buona fede, possa sostanzialmente escludersi l’esistenza dell’inadempimento contestato (cfr. Cass. 23.11.2015, n. 23868); f) la delibera assembleare, assunta con le maggioranze ordinarie, di eliminazione della clausola statutaria che richiedeva invece, con riferimento a determinate materie, una maggioranza qualificata (con conseguente potere di interdizione da parte della minoranza) (cfr. Cass. 14.3.2016, n. 4967); ecc.



rarsi la questione – in qualche misura parallela a quella fin qui considerata – se (e, in caso affermativo, in che limiti) sia consentito un controllo giudiziale sull'eventuale *non esercizio* di dette facoltà e/o diritti.

Al riguardo, è a tutti ben noto che – sovvertendo un orientamento giurisprudenziale consolidato nei decenni<sup>24</sup> – poco più di una decina d'anni addietro le Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>25</sup> hanno fatto propria la tesi, fino a quel momento del tutto minoritaria nella sua stessa giurisprudenza<sup>26</sup>, che predicava la riducibilità *ex officio* della penale, indipendentemente, cioè, da una richiesta in tal senso formulata dal contraente inadempiente, sempre che risultassero dedotte e provate in causa le circostanze rilevanti al fine della formulazione di un giudizio di manifesta eccessività della penale stessa<sup>27</sup>.

Anche in questa occasione, la Suprema Corte non ha resistito al fascino dell'enunciazione di principi di largo respiro<sup>28</sup>. Peraltro, al di là di ciò, il risultato pratico è stato, a tutto considerare, piuttosto modesto: quello di lanciare una “ciambella di salvataggio” ad un contraente inadempiente che aveva avuto la disavventura di affidarsi ad un avvocato scarsamente avveduto – ipotesi che, visto il numero di pronunce della Cassazione sul punto, appare tutt'altro che marginale – senza che da ciò derivasse, in concreto, un aggravamento della posizione del contraente fedele, che *a priori* doveva essere ben consapevole dell'eventualità di una riduzione della penale contrattualmente concordata, ove la stessa si fosse rivelata di “ammontare manifestamente eccessivo”.

Significativa, al riguardo, appare la circostanza che – allorquando si è trovata ad affrontare il problema, non legislativamente disciplinato, della sindacabilità dell'ammontare della caparra contrattualmente pattuita – la Suprema Corte abbia ribadito<sup>29</sup> il proprio tradizionale<sup>30</sup> orientamento negativo, pur dopo le reiterate sollecitazioni provenienti dalla Corte costituzionale<sup>31</sup> a

---

<sup>24</sup> Cfr., per tutte, Cass. 30.5.2003, n. 8813; Cass. 4.4.2003, n. 5324; Cass. 19.4.2002, n. 5691; Cass. 27.10.2000, n. 14172; Cass. 15.1.1997, n. 341; Cass. 25.3.1995, n. 3549; Cass. 21.1.1985, n. 218.

<sup>25</sup> Cfr. Cass., sez. un., 13.9.2005, n. 18128.

<sup>26</sup> Cfr. Cass. 24.9.1999, n. 10511; Cass. 23.5.2003, n. 8188.

<sup>27</sup> L'orientamento delle sezioni unite può dirsi ormai consolidato nella giurisprudenza successiva: cfr. Cass. 14.10.2011, n. 21297; Cass. 18.11.2010, n. 23273; Cass. 28.3.2008, n. 8071; Cass. 24.11.2007, n. 24458; Cass. 19.10.2007, n. 22002; Cass. 28.8.2007, n. 18195; Cass. 13.11.2006, n. 24166; Cass. 28.9.2006, n. 21066.

<sup>28</sup> “Alla luce di una rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (...), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cod. civ.)”, “il potere di riduzione [della penale] – affermano, ad esempio, le Sezioni Unite della Suprema Corte nella decisione in esame – appare attribuito al giudice, non per la tutela dell'interesse della parte tenuta al pagamento della penale, ma, piuttosto, a tutela di un interesse che lo trascende”: cioè, l'“interesse dell'ordinamento (...) [ad] evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela”.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. 30.6.2014, n. 14776.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. 1.12.2000, n. 15931; Cass. 23.5.1995, n. 5644; Cass. 24.2.1982, n. 1143.

<sup>31</sup> Cfr. Corte cost. (ord.) 24.10.2013, n. 248; Corte cost. (ord.) 2.4.2014, n. 77.



porsi il quesito della “rilevabilità, *ex officio*, della nullità (totale o parziale) *ex* articolo 1418 cod. civ., della clausola stessa, per contrasto con il precetto dell’articolo 2 Cost.”: e ciò – sottolinea il giudice di legittimità – sulla base del rilievo che “la disposizione dell’art. 1384 c.c. (...) è norma che fa eccezione alla *regola generale*, immanente al sistema e formalmente sanzionata nell’art. 1322 c.c., che impone il *rispetto dell’autonomia contrattuale dei privati*”<sup>32</sup>, cui non è dato derogare, se non in forza di una precisa “*scelta del legislatore*”<sup>33</sup>.

6. – Venendo ora all’ultimo dei profili ricordati all’inizio – quello del controllo sul merito dell’assetto di interessi delineato dalle parti in contratto – il pensiero corre subito ad alcune recenti pronunce della Suprema Corte, che hanno negato tutela a contratti atipici – od a clausole atipiche inserite in contratto tipici – per il fatto che non supererebbero il vaglio di “meritevolezza” di cui all’art. 1322, comma 2, cod. civ.

Il riferimento – evidente – è alle decisioni della Cassazione che hanno bollato come “immeritevoli” di tutela<sup>34</sup>: (i) la clausola *claims made* c.d. impura inserita in un contratto di assicura-

---

<sup>32</sup> Così, testualmente, Cass. 30.6.2014, n. 14776.

<sup>33</sup> Così ancora Cass. 30.6.2014, n. 14776.

<sup>34</sup> In tema si possono peraltro ricordare, da ultimo, anche Cass. 17.3.2015, n. 5216, secondo cui “le violazioni di norme dell’ordinamento sportivo necessariamente si riflettono sulla validità di un contratto concluso tra soggetti sottoposti alle regole del detto ordinamento anche per l’ordinamento dello Stato, poiché se esse non ne determinano direttamente la nullità per violazione di norme imperative, incidono necessariamente sulla funzionalità del contratto medesimo, vale a dire sulla sua idoneità a realizzare un interesse meritevole di tutela secondo l’ordinamento giuridico; non può infatti ritenersi idoneo, sotto il profilo della meritevolezza della tutela dell’interesse perseguito dai contraenti, un contratto posto in essere in frode alle regole dell’ordinamento sportivo, e senza l’osservanza delle prescrizioni formali all’uopo richieste, e, come tale, inadatto ad attuare la sua funzione proprio in quell’ordinamento sportivo nel quale detta funzione deve esplicarsi” [ma v. già Cass. 20.9.2012, n. 15934, secondo cui deve ritenersi “nullo il mandato professionale conferito da un calciatore professionista (nella specie, proveniente da federazione estera) a un procuratore sportivo, da ritenere in frode all’ordinamento sportivo in quanto, attraverso clausole difformi dalle norme regolamentari dettate da tale ordinamento, alterava l’equilibrio contrattuale a detrimento del calciatore”]; Cass. 8.2.2013, n. 3080, secondo cui è inefficace “l’accordo raggiunto [da un farmacista] con gli altri appartenenti all’ordine professionale volto a vietare l’apertura dell’esercizio farmaceutico al di fuori dei turni minimi, trattandosi di un contratto atipico che, in quanto persegue una finalità meramente economica e personale dei partecipanti all’accordo (i.e. regolamentazione dei flussi di clientela), idonea a vanificare il perseguimento dei principi generali dell’ordinamento di effettività della concorrenza anche nel settore farmaceutico, non supera il vaglio di meritevolezza di interessi perseguiti, ai sensi dell’art. 1322 c.c.”; Cass. 19.7.2012, n. 12454, secondo cui, “in tema di mutuo di scopo collegato ad un contratto di vendita avente ad oggetto l’acquisto di un bene da parte del mutuatario, la validità (sotto il profilo della meritevolezza degli interessi tutelati) della clausola, la quale preveda l’obbligo del mutuatario di effettuare i singoli pagamenti a favore del mutuante nei modi e nei termini convenuti, anche nel caso di inadempimento di qualsiasi genere da parte del venditore, ivi compresa la mancata consegna del bene richiesto, deve essere valutata alla luce dei principi di buona fede e di correttezza, tenendo presente, da un lato, l’interesse del mutuante, che avrebbe la possibilità di ripetere la somma dal venditore al quale l’aveva direttamente consegnata e, dall’altro, la condizione del mutuatario che, anche di fronte alla mancata consegna del bene, dovrebbe continuare a restituire somme, mai percepite, ma entrate direttamente nella sfera di disponibilità del venditore favorito dalla diretta consegna, da parte del mutuante, della somma, pur senza avere adempiuto all’obbligazione di consegna”; Cass. 19.6.2009, n. 14343, secondo cui è “nulla la clausola di un contratto di locazione nella quale, oltre alla previsione del divieto di sublocazione, sia contenuto il riferimento al divieto di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, siccome



zione della responsabilità civile <sup>35</sup>; (ii) la clausola contenuta in un contratto di concessione di derivazione d'acqua, che prevedeva che il relativo canone dovesse essere corrisposto anche in ipotesi di mancato prelievo dell'acqua per fatto non imputabile al concessionario <sup>36</sup>; (iii) un contratto atipico variamente denominato “*My Way*”, “*4 You*” o “*For You*” <sup>37</sup>.

Su dette pronunce tornerò fra un momento.

## 7. – È giunta l'ora di tirare rapidamente le fila del discorso.

La prima osservazione è che la più parte degli interventi oggi operati dal giudice di legittimità sul rapporto contrattuale – e, in particolare, quelli che si collocano sul piano dell'interpretazione del contratto e/o dell'integrazione del relativo regolamento – si pongono, in buona sostanza, *nel solco delle scelte effettuate dai contraenti*: con *finalità*, da un lato, *di chiarimento* di quella che l'art. 1362 cod. civ. definisce come la “comune intenzione delle parti”, facendo prevalere, tra le possibili, l'interpretazione più leale; da altro lato, *di specificazione*, sempre nell'ottica dell'operazione voluta dai contraenti, di quelle che sono le condotte reciprocamente dovute, facendo emergere quelle che, senza un apprezzabile sacrificio dell'uno, meglio realizzano gli interessi dell'altro.

Di segno sostanzialmente analogo sono, di massima, anche gli interventi giudiziali volti a sindacare le condotte tenute dalle parti nell'esercizio di facoltà e/o diritti loro attribuiti *ex lege* o *ex contractu*: in tal caso, il ricorso al canone dell’“abuso del diritto” – non diversamente da quello ai più tradizionali strumenti dell’“abuso o eccesso di potere” o dell’“*exceptio doli*” – vale semplicemente ad estendere il principio di “buona fede” anche all'esercizio di tali poteri, affinché gli stessi non vengano utilizzati, in spregio alla logica che presiede all'operazione voluta dalle parti, per conseguire risultati *diversi* ed *ulteriori* rispetto a quelli per i quali risultano concessi, causando ingiustificati o sproporzionati sacrifici o pregiudizi alla controparte contrattuale.

La seconda osservazione è che i recenti interventi giudiziali, che negano tutela a contratti atipici od a clausole atipiche inserite in contratti tipici a causa di una loro asserita inidoneità a

---

configgente proprio con l'adempimento dei doveri di solidarietà che si può manifestare attraverso l'ospitalità offerta per venire incontro ad altrui difficoltà”.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. 28.4.2017, n. 10509.

<sup>36</sup> Cfr. Cass., sez. un., 17.2.2017, n. 4222.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. 29.2.2016, n. 3949; Cass. 15.2.2016, n. 2900; Cass. 10.11.2015, n. 22950; Cass. (ord.) 30.9.2015, n. 19559. In senso difforme cfr., peraltro, Cass. 21.9.2012, n. 16049.

L'accordo in discussione prevedeva, in buona sostanza, una serie di “operazioni fra loro collegate, consistenti nell'erogazione di un finanziamento a lungo termine (trent'anni) della banca al cliente al tasso fisso del 6,04% (...) per l'acquisto immediato di strumenti finanziari gestiti o emessi dalla stessa banca o da sue controllate (...), con la costituzione in pegno dei titoli a favore della banca a garanzia del rimborso del finanziamento e l'accensione di un conto deposito titoli e di un conto corrente, sul quale regolare la restituzione rateale del mutuo e sul quale venivano calcolati ulteriori interessi passivi” (così descrive l'operazione Cass. 10.11.2015, n. 22950); e, talora, anche la stipula di un contratto di assicurazione volto a coprire il rischio di inadempimento dell'investitore cui è esposta la banca mutuante.



superare il vaglio di “meritevolezza” di cui all’art. 1322, comma 2, cod. civ.<sup>38</sup>, si pongono invece, di massima, *in contrasto con le scelte effettuate dai contraenti, con finalità – sostanzialmente – di correzione* dell’assetto di interessi dagli stessi delineato.

Con un’avvertenza, però: mentre, nell’ipotesi in cui la censura di “immeritevolezza” di tutela colpisca il contratto atipico nella propria interezza, l’esito finale è quello della sua irrilevanza sul piano giuridico e, conseguentemente, della liberazione delle parti da qualsiasi vincolo; nell’ipotesi in cui analoga censura riguardi invece solo una clausola di esso, l’intervento giudiziale si risolve, in buona sostanza, nel vincolare le parti ad un contratto *diverso* da quello dalle stesse originariamente voluto.

Mi spiego.

Si prenda, ad esempio, un contratto di assicurazione della responsabilità civile in cui sia inserita una clausola *claims made* che limiti *espressamente* la relativa copertura alle *sole* ipotesi in cui tanto il fatto illecito commesso dall’assicurato quanto la relativa richiesta risarcitoria intervengano nel periodo di vigenza della polizza. Orbene, le Sezioni Unite della Suprema Corte affermano che gli “effetti della valutazione di immeritevolezza (...) non possono non avere *carattere reale*, con l’applicazione dello schema legale del contratto di assicurazione della responsabilità civile, e cioè della formula *loss occurrence*”<sup>39</sup>. L’esito finale è dunque, in buona sostanza, quello di obbligare la compagnia alla copertura di tutte le condotte, generatrici di pretese risarcitorie, tenute dall’assicurato nel periodo di vigenza del contratto, a prescindere dal momento in cui la relativa richiesta le venga inoltrata: e ciò, in applicazione proprio di quella regola dettata dall’art. 1917 cod. civ., cui le parti avevano *dichiaratamente* voluto derogare con l’adozione della clausola *claims made*.

Così, però, non siamo più di fronte ad un intervento giudiziale volto a garantire all’un contraente, all’interno dell’assetto di interessi delineato in contratto, la più ampia tutela compatibile con la necessità di non aggravare significativamente la posizione dell’altro. Qui, piuttosto, siamo di fronte ad un vero e proprio *ribaltamento* dell’originaria logica contrattuale, con un incremento sostanziale dei vantaggi riservati ad una parte a fronte di un aggravamento significativo dei sacrifici imposti all’altra: così si esce, però, dalla logica dell’originario contratto per trasformarlo in *qualcosa d’altro*.

La terza osservazione è che interventi “correttivi” operati su clausole – nella misura in cui sostanzialmente “riscrivono” l’originario assetto di interessi fra le parti – sono inevitabilmente destinati a far sentire i propri riflessi sul mercato.

Così, ad esempio, non è difficile ipotizzare che le compagnie di assicurazione non assiste-

---

<sup>38</sup> Peraltro, non del tutto sicura è la sorte di contratti e clausole che non superino il vaglio di meritevolezza di cui all’art. 1322, comma 2, cod. civ.: quanto ai primi, la Suprema Corte parrebbe orientata a proclamarne l’“inefficacia” (cfr. Cass. 29.2.2016, n. 3949; Cass. 15.2.2016, n. 2900; Cass. 30.9.2015, n. 19559; Cass. 8.2.2013, n. 3080); quanto invece alle seconde, parrebbe propendere per la loro “nullità parziale” (cfr. Cass., sez. un., 17.2.2017, n. 4222; Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140).

<sup>39</sup> Così, testualmente, Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140.



ranno passivamente alla possibile dichiarazione di inefficacia delle clausole *claims made* c.d. “impure”.

Emblematico in tal senso suona, ad esempio, il sensibile, generalizzato innalzamento dei premi richiesti – quando non addirittura la fuoriuscita delle compagnie dal relativo segmento di mercato – cui, in anni recenti, si è assistito nel nostro Paese *in risposta* a quella sistematica “ri-visitazione” del regime della responsabilità civile sanitaria operata dalle nostre corti, a far tempo dall’ultimo decennio del secolo scorso, a maggior tutela del paziente<sup>40</sup>; e che già un “*Quaderno del Massimario*” della Suprema Corte pubblicato nel 2011 ipotizzava aver “passato il segno”<sup>41</sup> e per arginare la quale è dovuto poi intervenire – con quale esito non importa in questa sede discutere – addirittura il legislatore<sup>42</sup>.

Chi appartiene alla mia generazione ricorda come, negli anni ‘70/’80 del secolo scorso, intraprendenti giudici di merito avessero posto in dubbio che potessero superare il vaglio di “meritevolezza” operazioni come il *leasing*, il *franchising*, il contratto autonomo di garanzia: forse, varrebbe la pena fermarsi un momento a riflettere in ordine alle conseguenze che l’eventuale affermarsi di siffatte posizioni “interventiste” avrebbe potuto avere sul sistema economico del nostro Paese.

La quarta osservazione è che il vaglio di “meritevolezza”, nelle più recenti decisioni che si sono sopra ricordate, sembra invocato al fine – talora esplicitato<sup>43</sup> – di operare una valutazione,

---

<sup>40</sup> Sul tema, mi permetto di rinviare alle indicazioni di sintesi contenute nel mio contributo *La medicina difensiva in Italia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, p. 22 ss.

<sup>41</sup> Così, testualmente, ROSSETTI (a cura di), *Responsabilità sanitaria e tutela della salute*, in Corte Suprema di Cassazione-Ufficio Massimario, *Quaderni del Massimario*, 2, 2011, p. 62, in <http://www.cortedicassazione.it/cassazioneresources/resources/cms/documents>.

<sup>42</sup> Sul tema, mi permetto di rinviare al mio contributo *La riforma della disciplina della responsabilità sanitaria: chi vince e chi perde?*, in questa *Rivista*, 2017, p. 377 ss.

<sup>43</sup> Cfr., ad esempio, i seguenti passi di: (i) Cass. 28.4.2017, n. 10509, secondo cui la clausola *claims made* impura sarebbe immeritevole di tutela perché – afferma la Corte – “attribuisce all’assicurato un *vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita*”, mentre debbono ritenersi “immeritevoli, ai sensi dell’art. 1322 c.c., comma 2, contratti e patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge”, hanno “per scopo o per effetto di (...) attribuire ad una delle parti un *vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita* per l’altra”; (ii) Cass., sez. un., 17.2.2017, n. 4222, secondo cui “una clausola negoziale che derogasse alla necessaria corrispettività del versamento del canone di concessione (...), pretendendolo *sic et simpliciter* (...) anche per il caso di impossibilità della derivazione ascrivibile al fatto di terzi non altrimenti evitabile dall’obbligato, tramuterebbe il contratto atipico in esame in contratto aleatorio, *riversando sul concessionario ogni rischio*, compreso quello legato ad eventi imponderabili in quanto non probabili secondo un criterio di normalità”; infatti – conclude la Corte – “un simile contratto atipico non è, se non altro quanto a questa clausola, affatto meritevole di tutela, visto che una deroga immotivata al principio generale della *necessaria corrispettività tra canone e sfruttamento della risorsa oggetto della concessione* lederebbe la libertà di iniziativa economica privata – tutelata invece in via generale dall’art. 41 Cost., comma 1 – per accollare all’imprenditore ogni tipo di alea, anche del tutto non prevedibile, tanto da costituire in capo alla pubblica amministrazione, preposta alla cura dell’interesse coinvolto dalla risorsa oggetto della concessione, una sorta di rendita di mera posizione, in cui una somma di denaro sarebbe configurata come dovuta in dipendenza della sola titolarità di quella cura o di quella risorsa, anziché per l’uso o lo sfruttamento che ne viene operato o che ne sia almeno possibile”; (iii) Cass. 30.9.2015, n. 19559, secondo cui nei contratti “*My Way*”, “*4 You*” o “*For You*” “*evidente*” sarebbe lo “*squilibrio abnorme tra le controprestazioni*, a favore di un operatore specializzato e professionale”: “se i soggetti





in concreto, della congruità dello scambio così come originariamente delineato dai contraenti: al fine, cioè, di una verifica dell'*equilibrio fra le reciproche prestazioni* quale risultante dall'accordo negoziale <sup>44</sup>.

Il che induce ad interrogarsi se ci troviamo di fronte alle avvisaglie di un vero e proprio *salto di qualità* nell'intervento giudiziale sul rapporto contrattuale rispetto a quelli cui le corti ci avevano fin qui abituati in applicazione dei principi di "buona fede", "correttezza", ecc.: interventi che, in ogni caso, volevano essere sostanzialmente rispettosi del complessivo assetto di interessi delineato dalle parti in sede di accordo.

La quinta osservazione è che, nel momento in cui è chiamata ad operare il vaglio di cui all'art. 1322, comma 2, cod. civ., la Suprema Corte non manca di sottolineare che "è di intuitiva evidenza che qualsivoglia indagine sulla meritevolezza deve necessariamente essere condotta in concreto, con riferimento, cioè, alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete" <sup>45</sup>.

Affermazione, quest'ultima, che inevitabilmente importa ammissione di un'*attenuata capacità* della Suprema Corte di formulare, in sede *nomofilattica*, una regola avente validità generale; e, di conseguenza, di un'altrettanto *attenuata prevedibilità* della sorte che il giudice avrà concretamente a riservare, in sede di vaglio di "meritevolezza", alla clausola o al contratto sottoposti al suo giudizio.

Ultima osservazione.

Quello che si fonda sul giudizio di "meritevolezza" non è, peraltro, l'unico "grimaldello" attraverso cui la giurisprudenza finisce, nella sostanza, con l'incidere sull'assetto di interessi delineato in contratto.

Da almeno una decina di anni – è noto – la Suprema Corte enuncia il principio, secondo cui "la violazione dell'obbligo di comportarsi in buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata o di conclusione di un contratto invalido, ma anche nell'ipotesi in cui il contratto, valido,

---

dell'ordinamento sono tendenzialmente liberi di concludere anche patti per sé rovinosi, tuttavia, se lo *squilibrio* dipende dalla sproporzione delle posizioni di partenza e dalla minorata difesa di uno dei contraenti per la preoccupazione previdenziale e la non esperienza nel settore e dalla particolare aggressività dell'altro quale professionale intermediario nella raccolta del risparmio e delle operazioni finanziarie, l'ordinamento stesso non può prestare tutela (...) al soggetto che di questo *manifesto squilibrio* può godere i frutti".

<sup>44</sup> Con riferimento ad un contratto "*My Way*", con maggior rigore argomenta invece in termini di "meritevolezza"/"immeritevolezza" della relativa "causa" Cass. 10.11.2015, n. 22950, condividendo il ragionamento della "corte del merito [che aveva] rilevato che, attesa la descritta struttura negoziale, la banca ha una posizione "per modo di dire blindata" ed il contratto prevede un'alea solo in capo al risparmiatore, il quale paga un saggio di interesse non tenue, senza seria prospettiva di un corrispondente lucro a medio termine e con vantaggio certo, invece, per l'intermediario finanziario, che lucra gli interessi del mutuo, aumenta la sua operatività, colloca i prodotti. Ha dunque accertato l'*assenza di una ragionevole incertezza* in ordine al vantaggio per la banca ed al pregiudizio del cliente, precisando che ciò conduce all'inesistenza di una situazione di alea bilaterale, essendo il rapporto sin dall'inizio interamente sbilanciato a favore della banca".

<sup>45</sup> Così, testualmente, Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140.



risultati pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto”<sup>46</sup>.

Facendo applicazione di siffatto principio, la giurisprudenza finisce – *sostanzialmente* – con il modificare l'assetto di interessi quale delineato in contratto, pur lasciando – *formalmente* – del tutto inalterato il relativo rapporto contrattuale.

Un esempio – tratto da un caso giurisprudenziale ricordato anche da Giorgio De Nova<sup>47</sup> – varrà a meglio chiarire l'osservazione<sup>48</sup>.

Una tipografia stipula per 250 milioni di lire un contratto di *leasing* avente ad oggetto una macchina da stampa. La società di *leasing* non informa controparte della sospensione delle agevolazioni fiscali che, fino a quattro mesi prima, avevano assistito un'operazione siffatta. La Suprema Corte conferma la decisione del giudice di merito, che aveva condannato la società di *leasing* a risarcire alla tipografia l'importo di 30 milioni di lire, pari all'ammontare delle agevolazioni fiscali di cui quest'ultima non aveva potuto fruire: e ciò – si legge nella decisione – in quanto, “omettendo (...) di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione dei contributi fiscali (ed anzi “assicurando il contraente della possibilità del ricorso alla citate agevolazioni fiscali”), la (...) [società di *leasing*] ha (...) posto in essere un comportamento colposamente malizioso o anche solo reticente in ordine ad un aspetto del contratto assolutamente decisivo, violando l'interesse tutelato dagli artt. 1337 e 1338 c.c.”<sup>49</sup>.

L'esito finale è di tutta evidenza: il rapporto contrattuale stipulato fra le parti – *formalmente* – non è stato per nulla inciso dall'intervento giudiziale; purtuttavia – *sostanzialmente* – la tipografia ha potuto godere di un (importo pari ad un) beneficio fiscale cui non aveva diritto e la società di *leasing* ha, in concreto, erogato un finanziamento ... a titolo gratuito.

In quest'ultimo caso – si dirà – si tratta dell'ovvia conseguenza della violazione di una “regola di comportamento” dall'art. 1377 cod. civ. imposta ai soggetti che intavolano una trattativa precontrattuale; violazione che importa responsabilità, senza però incidere sulla validità dell'atto negoziale<sup>50</sup>.

Le recenti decisioni della Suprema Corte in tema di “meritevolezza” di tutela dei contratti “*My Way*”, “*4 You*” o “*For You*” sembrano rendere meno nitida la distinzione tra “regole di

---

<sup>46</sup> Così, testualmente, Cass. 23.3.2016, n. 5762. In senso conforme, cfr. Cass. 17.9.2013, n. 21255; Cass. 8.10.2008, n. 24795; Cass., sez. un., 19.12.2007, nn. 26724-26725.

<sup>47</sup> Cfr. G. DE NOVA, *La rettifica del contratto sconveniente mediante il risarcimento del danno*, in *Resp. civ. e prev.*, 2015, p. 1789.

<sup>48</sup> È il caso relativamente al quale ha pronunciato Cass. 8.10.2008, n. 24795, la cui massima così recita: “la violazione del dovere di comportamento secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto rileva non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido, ma anche quando il contratto concluso sia valido. Nel caso di conclusione di valido contratto il risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale va ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento scorretto”.

(<sup>49</sup>) Così, testualmente, Cass. 8.10.2008, n. 24795.

<sup>50</sup> Si tratta della nota distinzione fra “regole di validità” e “regole di condotta” enunciata dalle sentenze gemelle di Cass., sez. un., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725.



condotta” e “regole di validità” – pur ferma nella giurisprudenza di legittimità <sup>51</sup> – nel momento in cui censurano detti contratti (anche) per il fatto che gli stessi appaiono fondati sullo “sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali del cliente (...) a cui il prodotto è stato espressamente presentato come rispondente alle sue esigenze di previdenza complementare, quale piano pensionistico a profilo di rischio molto basso e con possibilità di disinvestimento senza oneri in qualunque momento” <sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. da ultimo, per tutte, Cass., sez. un., 6.5.2016, n. 9140.

<sup>52</sup> Così, testualmente, Cass. 30.9.2015, n. 19559.

In senso analogo, cfr. Cass. 15.2.2016, n. 2900, secondo cui “l’interesse perseguito mediante un contratto atipico, fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell’utenza da parte di operatori professionali ed avente ad oggetto il compimento di operazioni negoziali complesse relative alla gestione di fondi comuni che comprendano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio sia unilateralmente trasmesso sul cliente, al quale, invece, il prodotto venga presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri, non è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c., comma 2”; Cass. 29.2.2016, n. 3949, secondo cui immeritevole di tutela sarebbe “un contratto atipico fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali del cliente (...) a cui il prodotto è stato espressamente presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, quale piano pensionistico a profilo di rischio molto basso e con possibilità di disinvestimento senza oneri in qualunque momento”.



## AUTONOMIA PRIVATA E GIURISDIZIONE \*

1. – Il sintagma autonomia privata e giurisdizione è un palindromo. Può essere letto da destra verso sinistra e viceversa. Intendo dire che si può indagare il rapporto tra autonomia privata e giurisdizione interrogandosi sul se ed entro quali limiti sia consentito al giudice di sindacare l'esercizio del potere normativo che la legge attribuisce alle parti; ovvero, adottando una prospettiva per così dire rovesciata, interrogandosi sul se ed entro quali limiti le parti, con l'accordo che raggiungono, possono incidere sull'esercizio dell'attività di giurisdizione.

Le due prospettive, a mio avviso, non sono propriamente antitetiche, perché – come mi auguro potrà emergere dalle riflessioni che mi accingo a svolgere – la prassi ci riferisce di un sottile legame tra il concreto, e qualche volta esuberante, esercizio da parte del giudice di un sindacato sul potere di autonomia e il diffondersi di modelli di contratto che aspirano a escluderlo del tutto. Alla tendenza del giudice a dilatare oltre ogni misura il suo sindacato sul contratto, integrandone o perfino modificandone gli effetti, anche al di là della inequivoca volontà delle parti, si contrappone quella, via via affinata dai privati, di dotare le tavole negoziali di un complesso di clausole univocamente volte a incidere sull'esercizio della giurisdizione: ora costringendo la decisione del giudice in meccanismi automatici che eliminano ogni spazio alla sua soggettività (farò breve cenno, in proposito, all'originale impiego della clausola penale e della clausola risolutiva espressa); ora declinando la giurisdizione togata a favore di quella arbitrale, che trae fondamento – e più duttile disciplina – nel contratto che lega i litiganti e il decidente; ora facendo proprio un complesso di clausole, familiari ai sistemi di common law (le cc.dd. boilerplate), che trapiantate nella contrattazione domestica si traducono – come pure cercherò d'illustrare – in altrettanti vincoli alla soggettività del giudice.

2. – Per chi reputi – e mi sento di aderire a questa impostazione – che la disciplina dettata dagli artt. 1322 e 1372 cod.civ. abbia la funzione di descrivere il perimetro entro il quale la legge attribuisce ai privati il potere di produrre norme giuridiche, la relazione tra autonomia privata e sindacato del giudice sul suo corretto esercizio si risolve essenzialmente in ciò: alle parti di dettare le regole del rapporto giuridico che con il loro accordo vanno a costituire regolare o

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».

# JUS CIVILE



estinguere; al giudice – nel caso di controversia tra le parti – d'intendere la regola autonoma; accertarne la validità (i.e.: che sia stata prodotta in conformità con il disposto dell'art. 1322 cod.civ.); farne applicazione al caso concreto.

“Autonomia privata” e “giurisdizione” si lasciano così disporre in una sequenza logica e cronologica: l'una identifica la fonte della norma giuridica della quale – nel processo – si chiede applicazione; l'altra si sostanzia nel potere-dovere, che grava sul giudice, di farne applicazione.

Questa (certo molto semplificata) descrizione del rapporto tra i due termini entra irreversibilmente in crisi allorché si postuli che l'autonomia privata, e con essa la giurisdizione, abbiano guadagnato – nel nostro tempo – una “dimensione sociale”.

Là dove, cioè, il potere normativo delle parti e quello che la legge riserva al giudice siano rispettivamente concepiti, il primo, come mezzo per realizzare e promuovere rapporti giuridici patrimoniali equi e solidali; il secondo, come strumento per ripristinare un equilibrio che si reputi alterato. Quando, in altre parole, l'intervento officioso del giudice da eccezione si converta in regola generale e al giudice si assegni (o egli assuma) il potere di adottare – sciolto dal testo degli enunciati normativi – la soluzione che secondo la sua valutazione di giustizia e proporzionalità si attegga come la più adeguata, equa e ragionevole alla luce dei “valori” sottesi alla Carta costituzionale.

3. – Il dibattito della nostra dottrina intorno al potere normativo del giudice è stato rianimato – nel torno dei decenni a noi più prossimi – dall'estrema parabola dell'indirizzo metodologico – promosso e alimentato dalla Corte costituzionale – della c.d. interpretazione costituzionalmente conforme. Senza ripercorrere qui le tappe che hanno scandito il procedere e l'evolversi di questo indirizzo di metodo, mi limito a riferire – con breve tratto – la premessa teorica che lo sostiene e i concreti risultati ai quali è approdato.

La premessa è costituita dall'affermazione che l'entrata in vigore della Costituzione, da un lato, gli atti normativi di fonte comunitaria, dall'altro, – per la posizione che assumono nel sistema delle fonti – hanno comportato l'implicita abrogazione dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale.

I “valori” fondanti del nostro ordinamento, positivizzati nella Carta costituzionale e, perciò, norme tra le altre norme, chiamano il giudice – al fine di assicurare una tutela effettiva – a farsi parte attiva del processo nomopoietico: egli, insegna la Corte Costituzionale (sent. n. 26 del 1999), deve individuare la soluzione del caso concreto sulla scorta del precipitato diretto dei principi costituzionali, prescindendo dal testo della legge.

Liberato dal compito di applicare la legge, il giudice è investito della missione di attuare l'ordinamento, ossia, rispondere all'appello adottando la decisione più adeguata, ragionevole ed equilibrata suggerita dal concreto dell'esperienza; la risposta in concreto capace di offrire una tutela effettiva all'appellante.

La norma per decidere la ‘singola vicenda di vita’ che si offre alla valutazione del giudice,



dunque, non pre-esiste all'accadere del fatto, ma risiede, sta nelle trame dell'esperienza. E vi sta nella forma di un principio che il giudice è chiamato a individuare indagando tutti quei fatti che muniti di forza interiore, sono capaci d'incidere sulla realtà circostante per convertirlo in regola del caso concreto (P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Bari, 2015, *passim*).

Il principio, che secondo l'indirizzo giuspositivistico e normativo è il prodotto di un ragionamento induttivo, che muove dall'esame delle norme particolari, si converte, così, in un 'postulato' dal quale – secondo l'andamento proprio del ragionamento deduttivo – il giudice fa derivare, crea, deduce la norma più adeguata a regolare il caso.

Non già dalle norme particolari al principio che ciascuna di esse ispira; ma dal principio – rivelato dal concreto dell'esperienza – alle norme particolari che esso (secondo la valutazione del giudice) è capace di esprimere.

La dialettica tra la norma che enuncia un dover essere e il fatto, dato nell'essere, è letteralmente capovolta: sono i fatti dati nell'essere che esprimono – per il medio del giudice – il dover essere.

Compito del giudice, insomma, è d'inventare nella realtà il principio per dedurne la regola del caso concreto. Inventare, beninteso, non già nel senso di costruire con l'immaginazione un principio che nella realtà non esiste, ma di scoprire il principio che già esiste nella realtà e attende solo di essere individuato e convertito in norma (P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017).

'Norma' e 'fatto' – in questa prospettiva – cessano di appartenere a piani tra loro diversi e non comunicanti per saldarsi in una struttura complessa e assolutamente unitaria.

E poco conta se il dissolversi della regola con il regolato, del diritto nel concreto dell'esperienza, paga il sacrificio della certezza e prevedibilità. Perché la certezza – ed è questo l'approdo al quale giunge questo orientamento di metodo – è sclerosi e immobilismo: la legge, nella sua fissità e rigidità, impedisce l'adattarsi del diritto alle istanze della società civile, alle urgenze dei gruppi intermedi, al magma creativo della fattualità, generando quell'incoltabile iato tra legge e società civile che ha caratterizzato lo Stato moderno (P. Grossi, *cit.*).

4. – Per singolare coincidenza, l'estrema parabola dell'indirizzo metodologico dell'interpretazione costituzionalmente conforme si compie insieme con lo strisciante e incompiuto affermarsi – anche per effetto di un complesso d'interventi normativi animati da dichiarati scopi deflattivi del contenzioso – di uno spurio principio di vincolatività del precedente.

Due fenomeni che, a ben vedere, rischiano di avvolgere il sistema in pericolose contraddizioni: a cominciare da quella che, nel mentre assegna al giudice un potere valutativo, tuttavia, lo tiene formalmente libero dal vincolo del precedente, delineando, per questa via, un impianto nel quale il giudice crea la norma, ma è sciolto dall'obbligo di osservarla; per finire con la dubbia coerenza tra la postulazione di un vincolo del precedente e l'esercizio della giurisdizione "nel segno dei valori": com'è stato posto in luce in un recente convegno linceo sul precedente, la de-





cisione “nel segno dei valori” – consistendo in una valutazione soggettiva del singolo decidente sulla singola ‘vicenda di vita’ – è per sua intrinseca natura irripetibile e, come tale, inidonea a “costituirsi in precedente” capace di giustificare l’attesa di una decisione futura a essa conforme (N. Irti, Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente), in Riv. dir. proc. 2017, 1539 e ss.).

Sicché, l’impossibilità di ridurre un ‘fatto’ a ‘caso’ attraverso il medio di una norma (sia essa di fonte legislativa o giurisprudenziale) e, perciò, l’ontologica incapacità della “decisione” assunta mediante la diretta applicazione di principi o valori di farsi “precedente”, rischia di schiudere al nostro orizzonte un futuro nel quale (parafrasando una felice espressione di U. Breccia) la demolizione della mitologia della certezza legislativa lascia il campo alla mitologia del disordine.

Ecco, è in questo contesto – tratteggiato con le semplificazioni alle quali l’occasione costringe – che si è venuta diffondendo nella contrattazione tra imprese (e – aggiungerei – non a caso nella contrattazione tra imprese), la prassi alla quale facevo cenno in apertura. E che registra, da un canto, un impiego ‘originale’ di tradizionali strumenti, quali la clausola penale e la clausola risolutiva espressa; dall’altro, l’uso di dotare il contratto di un complesso di clausole, largamente standardizzate, che univocamente ambiscono a renderlo impermeabile a qualsiasi intervento del giudice.

5. – Credo sia occorso a ciascuno di noi d’imbattersi in contratti nei quali le parti – al fine di guadagnare una sorta di automatismo della disciplina negoziale, sottraendo al giudice il potere di determinare il quantum del danno risarcibile – procedono d’intesa a determinarlo con meticolosa e analitica puntualità, mediante articolate clausole penali. Capita, perfino, d’imbattersi in contratti che rinviino a corposi allegati nei quali gli stipulanti s’industriano nel predeterminare, in complicati fogli excell formule e criteri di calcolo delle penali relative a ciascun potenziale inadempimento ipotizzabile.

Analogamente, la prassi ci riferisce di un impiego estremo del meccanismo della clausola risolutiva espressa, capace di sottrarre al giudice il potere di valutare la gravità dell’inadempimento. Con l’accortezza (non saprei dire quanto efficace) di non raccogliere in un’unica (inesorabilmente invalida) clausola la previsione che l’inadempimento a tutte le obbligazioni derivanti dal contratto ne comporterebbe la risoluzione, ma collocando, in calce alla quasi totalità delle clausole che prevedono obbligazioni in capo alle parti, la rituale formula dell’art. 1456 cod. civ..

Accanto a un nuovo modo d’impiegare vecchi arnesi, le parti – come accennavo – dotano il contratto di un complesso di clausole, ormai rispondenti a un preciso standard, che non esprimono regole del rapporto, ma accolgono a proprio oggetto di disciplina altre clausole o l’intero contratto che le contiene.

È il caso, a esempio, della clausola di completezza, che predica l’irrilevanza di qualsiasi fat-



to, atto, dichiarazione o condotta che abbia preceduto (e talora perfino seguito) la conclusione del contratto; della clausola che limita gli effetti della nullità di una parte o di singole clausole del contratto; dei lunghi preamboli – che immancabilmente precedono l’articolato – nei quali gli stipulanti esplicitano la loro comune intenzione; degli articolati lemmari, che definiscono il significato di parole ed espressioni impiegate nel discorso del contratto; delle clausole che prescrivono o escludono l’applicazione al contratto e al rapporto che da esso discende di determinate norme giuridiche o di interi istituti.

È possibile cogliere – nel complesso di queste clausole e in ciascuna di esse – lo sforzo delle parti di rendere il contratto autosufficiente; prevenire l’insorgere di controversie; ridurre al massimo – nel caso di lite – gli spazi di un sindacato del giudice sulle regole che esse hanno eletto a disciplina del loro rapporto.

E così, gli accordi sul significato delle parole impiegate nel discorso del contratto – animati dall’ingenua aspirazione di rimuovere ogni possibile ambiguità (è a dire eccedenza di significati) e prevenire qualsiasi oscurità (ossia imperscrutabilità di senso) delle tavole negoziali – ambiscono a eliminare ogni margine alla soggettività del giudice nell’applicazione del criterio letterale d’interpretazione (art. 1362, primo comma cod. civ.).

La clausola di completezza – che proclama l’autosufficienza del documento che raccoglie le intese raggiunte tra le parti e predica l’irrilevanza delle condotte dichiarazioni o atti anteriori, coevi e (talora perfino) successivi alla conclusione del contratto – al pari della esplicitazione della comune intenzione contenuta nei preamboli si rivela anch’essa, di là delle ragioni culturali che ne costituiscono il terreno di coltura, volta a precludere o comunque indirizzare il Giudice nell’applicazione del criterio funzionale d’interpretazione (art. 1362, secondo comma cod. civ.).

Nella medesima logica si lasciano inquadrare le clausole che dispongono l’applicazione al contratto di determinate discipline e quelle, di segno opposto, che fanno divieto di applicazione di determinate regole o d’interi istituti.

Tra le prime spiccano per l’importanza – e una certa diffusione che vanno assumendo nella prassi – i patti sulla legge straniera applicabile al contratto, che proiettano gli ordinamenti giuridici nella inconsueta dimensione di “prodotto” che si offre alla competizione del mercato dello shopping law. Ormai non è infrequente che contratti conclusi tra cittadini italiani, destinati a trovare applicazione in Italia, aventi a oggetto beni situati in Italia (contratti cioè privi di collegamenti con altri Stati) contengano una clausola che assoggetta l’intero contratto o alcune sue parti (secondo la tecnica del c.d. *décapage*) a un diritto straniero.

Analoghi ai patti sul diritto straniero applicabile, sono quelli che dispongono l’applicabilità al contratto delle norme di un determinato tipo, con esclusione di quelle relative a tipi affini (per quanto non regolato espressamente nel presente contratto troveranno applicazione le norme sull’appalto, con esclusione di quelle sulla vendita) e che, per questa via, aspirano a precludere al giudice di procedere alla qualificazione del contratto.

Speculari agli accordi sul diritto straniero o italiano da applicare sono quelli volti a escludere l’applicabilità al contratto di talune discipline o d’interi istituti. È il caso della clausola di unico



rimedio, anch'essa ormai immancabile nei contratti d'impresa, mediante la quale le parti escludono l'applicabilità di qualsiasi rimedio diverso dall'obbligo d'indennizzo, in caso d'infedeli dichiarazioni, rappresentazioni e garanzie offerte; e che, in qualche caso, si spinge a escludere tout court la risolubilità del contratto in caso di inadempimento, di eccessiva onerosità sopravvenuta o d'impossibilità sopravvenuta di taluna delle prestazioni promesse.

Ancora, della clausola che mira a contenere gli effetti della nullità parziale, esonerando il giudice dal giudizio ipotetico a lui demandato dall'art. 1419, primo comma cod. civ..

E l'elenco potrebbe arricchirsi, passando in rassegna alcuni originali contenuti degli accordi sul rito; sulla proponibilità di domande ed eccezioni; sull'onere della prova. Ma non è questo il luogo per analizzare nel dettaglio queste manifestazioni dell'autonomia privata, né per scendere all'esame dell'effettiva capacità di ciascuno di questi patti d'incidere sull'esercizio della giurisdizione, tornando a interrogarsi sulla vincolatività dei patti di significazione; sulla derogabilità delle norme che regolano l'interpretazione del contratto o sul potere delle parti d'impedire al giudice la riconduzione del contratto a uno o altro tipo legale; di escluderne la risolubilità, e così via.

Ciò che, preme piuttosto di porre in luce, qui, è una linea di tendenza, che il concreto svolgersi dell'autonomia privata ci evidenzia. Per sollecitare la domanda sulle plausibili ragioni che l'hanno determinata e l'alimentano.

6. – Mi è capitato in altra occasione di citare un recente editoriale di Ernesto Galli della Loggia nel quale lo storico tratteggia lo scenario di una Politica senza potere: svaniti i partiti come autonome fonti d'ispirazione e di raccolta del consenso, l'autentica legittimazione del potere politico italiano si fonda su altro: non considerare essenziale e, quindi, non esigere, il rispetto della legge. Accade così che la parte strutturata e organizzata della società, quella che in assenza dei partiti ha finito per essere la sola influente e dotata di capacità d'interdizione, rilascia la propria delega fiduciaria a chi governa sulla base della promessa che il comando politico, con il suo strumento per eccellenza, la legge, si arresti sulla soglia, consegnando, per questa via il Paese a una sorta di a-legalità.

Affiora, anche nel pensiero dello storico, quel sottile sentimento antipolitico, che nutre le dottrine della creatività giudiziale; quella sottile tentazione aristocratica – per usare le parole di Massimo Luciani – che, consegnando la norma al giudice, si traduce “né più né meno, [nel] sostituire a un processo nomopoietico democratico un processo aristocratico” (Interpretazione conforme a costituzione, in *Enc. del dir.*, Annali IX, 2016, pag. 393).

Un vuoto, quello determinato dalla crisi del potere politico e del suo strumento d'elezione, la legge, che per singolare paradosso ha generato un progressivo slittamento del potere normativo (intendo riferirmi al potere di compiere la valutazione normativa) in capo a soggetti dell'ordinamento che traggono (sul piano istituzionale) la loro stessa ragion d'essere dalla loro 'indipendenza'. Ossia dalla loro estraneità al circuito politico di cui all'art. 95 della Costituzione. Mi ri-



ferisco, da un lato, al crescente arretramento nel processo di produzione normativa degli organi legittimati dall'investitura elettiva a favore di apparati amministrativi legittimati dalle speciali competenze tecniche: le Autorità Indipendenti. Dall'altro, al potere normativo che, di fatto, il giudice esercita allorché, sciolto dal testo della disposizione, si pone alla ricerca della soluzione che secondo la sua imponderabile valutazione di giustizia e proporzionalità si atteggia come la più adeguata e coerente applicazione di un principio rilevabile dal 'concreto dell'esperienza' o dei "valori" espressi dalla Costituzione.

7. – La rilevata tendenza dell'impresa a evadere dalla giurisdizione ordinaria; la scelta di un diritto straniero da applicare a un contratto che, naturalmente, sarebbe soggetto al diritto italiano; il complessivo sforzo delle parti di costruire tavole negoziali autosufficienti e impermeabili al sindacato del giudice esprimono, in qualche misura, il bisogno dell'impresa di esercitare un efficace governo del contenzioso. Perché esso, al pari degli altri fattori della produzione, è per l'impresa un costo. Ed è, perciò, del tutto naturale che essa s'industri al fine di eliminarlo; quantomeno contenerlo; comunque, poterlo calcolare.

Eliminarlo, attraverso l'introduzione di meccanismi automatici di soluzione della controversia. Contenerlo, mediante l'adozione di modelli standard, i quali – costituendo il precipitato dell'esperienza (anche contenziosa) maturata con riguardo al loro impiego – con maggiore affidabilità consentono di calcolare il grado di conflittualità generabile dalla disciplina assunta. Comunque poterlo calcolare, sottraendo spazio alla (talora) non adeguatamente controllata "creatività" del giudice. La quale che trova sicuro alimento nella crisi del Potere politico e della Legge.

Si tratta, a me pare, di un segnale forte che l'autonomia privata indirizza alla giurisdizione. Un segnale che sarebbe imperdonabile non cogliere; peggio, restarvi indifferenti.



ENRICO SCODITTI

Consigliere della Suprema Corte di Cassazione

## CONTRATTO, GIUDICE E COSTITUZIONE \*

SOMMARIO: 1. *Giurisprudenza costituzionale e squilibrio contrattuale.* – 2. *Il contratto fra autoregolamento e fattispecie.* – 3. *Dalla fattispecie legale ai principi costituzionali.* – 4. *Un diritto casistico.*

1. – Hanno fatto discutere due ordinanze della Corte costituzionale in tema di caparra confirmatoria<sup>1</sup>. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 1385, 2° comma, c.c., nella parte in cui la norma non consente di ridurre la caparra confirmatoria, è stata ritenuta inammissibile da Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248 e 2 aprile 2014, n. 77 perché di fronte ad un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte, quale la previsione di una caparra manifestamente eccessiva, il giudice comune può d'ufficio rilevare la nullità della clausola per contrasto con l'art. 2 Cost. in combinato disposto con il canone della buona fede. Nei commenti a queste ordinanze sono state evidenziate alcune indubbie criticità nell'argomentazione seguita dalla Corte, che possono essere riassunte nell'ineducibilità dal mero squilibrio di diritti e obblighi della nullità di un contratto di diritto comune. Lo squilibrio rileva solo alle condizioni previste dalla legge (ad esempio l'art. 33 del codice del consumo, come si è visto) ed è dunque assai problematico farne discendere la nullità del contratto, per una ipotesi non prevista dalla legge, e quale diretta attuazione del principio costituzionale di solidarietà. Non è il caso qui di richiamare quanto scritto da Luigi Mengoni, e cioè che la clausola di correttezza e buona fede non ha bisogno dell'integrazione con il principio costituzionale di cui all'art. 2 Cost. per operare esprimendo essa stessa un dovere di solidarietà fra le parti del rapporto<sup>2</sup>. È sufficiente osservare che stante la distinzione fra regole di validità e regole di comportamento, e la possibilità di superare quella distinzione solo per volontà del legislatore, la violazione della buona fede non può essere di per sé causa di nullità del contratto, ma solo di responsabilità risarcitoria. Questi argomenti sono difficilmente confutabili. Il punto è un altro.

<sup>1</sup> Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 Ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».

<sup>2</sup> Corte cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, *Foro it.*, 2014, I, 382, con osservazioni di F. P. PATTI e 2 aprile 2014, n. 77, *ibid.*, 2035, con note di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, R. PARDOLESI, *Un nuovo superpotere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria*, e G. LENER, *Quale sorte per la caparra confirmatoria manifestamente eccessiva?*; si veda anche G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*, in *Contratti*, 2014, 927 ss..

<sup>3</sup> L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1997, I, 9.



Ciò che bisogna considerare è che il giudice costituzionale ha nella sostanza affermato che, in presenza di una clausola contrattuale non equa e gravemente sbilanciata in danno di una parte, non vi sono le condizioni per dichiarare incostituzionale la norma, ma è compito del giudice comune trovare il rimedio nella singola controversia per risolvere quella grave iniquità. Possiamo immaginare che il giudice trovi il rimedio per un negozio gravemente squilibrato mediante il diretto riferimento ai principi costituzionali?

La triade contratto, giudice e Costituzione non può funzionare finché restiamo sul piano del negozio come fattispecie perché, a questo livello, la disciplina del contratto è affidata alla legge e la Costituzione può intervenire solo a determinate condizioni. Si deve cioè trattare non di un principio, come nel caso dell'art. 2 Cost, ma di una regola sufficientemente determinata e che sia riferibile alla materia contrattuale, ipotesi che si realizza ad esempio nell'art. 36 Cost. che fa della "retribuzione sufficiente" il parametro certo ed oggettivo di individuazione del livello di retribuzione idoneo ad assicurare al lavoratore "un'esistenza libera e dignitosa"<sup>3</sup>. Anche il richiamo alla meritevolezza, su cui si registrano alcuni recenti arresti della giurisprudenza di legittimità soprattutto in materia assicurativa<sup>4</sup>, non pare risolutivo. La giurisprudenza ha esteso il controllo sulla base dell'art. 1322, comma 2, c.c. anche alla singola clausola atipica nell'ambito di negozio tipico, ma il sindacato sull'autonomia privata concerne qui il profilo dell'atipicità e non la grave iniquità come tale della clausola. Oggetto di valutazione non è lo squilibrio come tale ma l'estraneità al tipo del regolamento, tant'è che in presenza di negozio o clausola tipici, affetti da grave iniquità, la norma di cui all'art. 1322, comma 2, non viene assolutamente in rilievo. Infine non possiamo fare riferimento alla causa del contratto: il massimo che il controllo causale può concedere è quello della mancanza di controprestazione (o del suo valore meramente simbolico), sempre che tale carenza di giustificazione dello spostamento patrimoniale non sia apparente e non sia quindi assistita da un interesse delle parti meritevole di tutela<sup>5</sup>.

Torniamo alla nostra domanda: possiamo affidare il sindacato del giudice sul contratto ai principi costituzionali, o meglio al bilanciamento fra principi relativo alle circostanze del caso? Per rispondere a questa domanda dobbiamo radicalmente mutare il punto di vista. Il nodo di fondo è il seguente: la giuridicità del contratto si esaurisce nella fattispecie o vi è lo spazio per

---

<sup>3</sup> G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 247 ss. e ID., *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in ID. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, 93 ss..

<sup>4</sup> Cass. 6 maggio 2016, n. 9140, *Foro it.*, 2016, I, 2014 con note di R. PARDOLESI, *Le sezioni unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta* e A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, nonché Cass. 28 aprile 2017, n. 10506, *id.*, 2017, I, 1919 con nota Di A. PALMIERI- R. PARDOLESI, *Meritevoli e no: claims made senza rete*; con riferimento al settore dell'intermediazione finanziaria si veda Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, *Banca, borsa ecc.*, 2016, II, 137 con nota di A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi e equilibrio contrattuale*.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. 4 novembre 2015, n. 22567, *id.*, 2016, I, 2905 con nota di E. SCODITTI, *Lo squilibrio contrattuale dalla fattispecie all'autoregolamento*.





un diritto contrattuale che trascenda la fenomenologia degli effetti della fattispecie legale. Se questo spazio c'è, allora giudice e principi costituzionali possono entrare in campo. Se riteniamo che l'area del contratto si esaurisca nella fattispecie prevista dalla legge, il compito del giudice è limitato all'applicazione del codice civile e delle leggi speciali, nonché delle poche regole costituzionali, quali l'art. 36 Cost., che possono direttamente operare.

2. – Per sciogliere il nodo si deve prendere le mosse da quello che possiamo definire l'enigma dell'autonomia privata. Si deve al magistero di Emilio Betti la definizione dell'autonomia privata come fenomeno sociale e dell'intervento dell'ordinamento giuridico come regolazione di un fatto sociale e non attribuzione di una potestà normativa. “Ben lungi dal fondarsi su di una delegazione di poteri, su di una investitura dall'alto, la competenza dispositiva dei privati deriva dal fatto che l'ordine giuridico riconosce e sanziona un'autonomia che i privati stessi esplicano già sul terreno sociale nei rapporti fra loro”<sup>6</sup>. Il fatto sociale dell'autonomia privata non è riducibile al comune fatto giuridico quale l'*insula in flumine nata* o il possesso perché qui, a differenza che negli altri casi, scrive Betti, la fattispecie “contiene già, essa stessa, l'enunciazione o l'attuazione di un precetto”<sup>7</sup>. L'ordinamento giuridico recepisce il precetto privato in quanto dover essere posto dall'autonomia sociale e lo trasforma in precetto giuridico, munendolo della sanzione del diritto. “Giovà insistere che il precetto è il negozio: non già che esso scaturisca dal negozio. Dal negozio scaturiscono nuove situazioni e rapporti giuridici”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1950, 46 ss..

<sup>7</sup> *Ibidem*, 48.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 154 nt. 5. Alla dottrina dell'autonomia sociale Natalino Irti contrappone la concezione normativa dell'autonomia privata, in base alla quale l'autonomia non preesiste ma è prodotta dalle norme, le quali “non narrano né ritraggono un'esterna realtà, ma *costituiscono* una lor propria realtà” (N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 60), coerentemente all'insegnamento di Kelsen secondo cui non vi sono qualità originarie indipendenti dalla legge, ma tutto va racchiuso e spiegato entro l'ordinamento (ID., *Autonomia privata e forma di Stato. Intorno al pensiero di Hans Kelsen*, in L. GIANFORMAGGIO- M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto ScarPELLi*, Milano, 1997, 438). Il campo delle regole costitutive, le quali creano il fatto che regolano, è però circoscrivibile solo a quei fatti che non sono descrivibili senza il sistema di regole, ad esempio il processo giurisdizionale. Vi è poi il campo esteso delle regole regolative, dove il fatto, in quanto precedente la regola, può essere descritto senza il riferimento ad essa (R. GUASTINI, *Cognitivismo ludico e regole costitutive*, in U. SCARPELLI – a cura di –, *La teoria generale del diritto, problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano, 1983, 153 ss.). Come scrisse A. FALZEA nel suo lontano *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 37, la rilevanza giuridica “è una qualità che, come tale, richiede necessariamente e presuppone un oggetto cui essere attribuita ed al quale risulta inscindibilmente collegata. Un sistema di valutazioni è inammissibile perché rimarrebbe sistema di virtualità; per partecipare allo stadio di effettualità, in cui soltanto il diritto spiega la sua funzione sociale, è necessario che subentrino elementi della realtà extragiuridica”. Falzea è parte di una lunga e risalente tradizione di pensiero, cui va ascritto anche Betti, secondo cui la norma consta di un elemento formale, che è l'attività di qualificazione, e di un elemento materiale, che è la realtà extranormativa oggetto di qualificazione (A. E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell'esperienza giuridica*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1929, 393 ss. e in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 245 ss.; in campo penalistico, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, 67). “I pensieri senza contenuto sono vuoti, le intuizioni senza concetti sono cieche. È quindi necessario tanto rendersi i concetti sensibili (cioè aggiungervi l'oggetto dell'intuizione), quanto rendersi intelligibili le intuizioni (cioè ridurle sotto i

## JUS CIVILE



Il negozio appartiene allo stesso *genus* del fatto giuridico, ma «deve convenirsi che esso rileva sul piano dinamico diversamente dagli altri fatti giuridici», osserva Renato Scognamiglio<sup>9</sup>. Per mantenere la coerenza della funzione precettiva del negozio allo schema di fattispecie Scognamiglio deve riformulare la stessa nozione di fatto giuridico. Mentre per Falzea tratto distintivo della giuridicità era l'efficacia quale collegamento dell'effetto giuridico al fatto, Scognamiglio pone al centro la categoria di rilevanza quale espressione giuridica del fenomeno sociale nella sua essenza reale<sup>10</sup>. La sostituzione del criterio dell'efficacia con quello della rilevanza comporta che l'effetto della fattispecie negoziale, conseguente alla recezione del negozio sul piano dell'ordinamento, coincida non con le concrete statuizioni del regolamento, i c.d. effetti finali, ma con la vincolatività dello stesso (la “forza di legge tra le parti” del contratto di cui all'art. 1372 c.c.)<sup>11</sup>. Gli effetti costitutivi, modificativi ed estintivi del regolamento contrattuale restano all'esterno della fattispecie, la quale ne costituisce solo lo strumento di realizzazione.

Il riconoscimento dell'autoregolamento sociale come tale sul piano dell'ordinamento giuridico non comporta la ricomprensione integrale del negozio nello schema della fattispecie, pur rinnovato mediante il riferimento alla nozione di rilevanza, perché l'effetto giuridico di quel riconoscimento coincide con la vincolatività *inter partes* del regolamento, non con le sue concrete statuizioni. Grazie alla centralità della categoria di rilevanza la recezione del negozio sul piano dell'ordinamento resta coerente alla natura del fenomeno, che è di autoregolamentazione sociale, ma proprio il riconoscimento del fenomeno come tale, e la limitazione dell'efficacia giuridica all'effetto dell'impegnatività, tradisce l'irriducibilità del negozio alla struttura della fattispecie legale. Quest'ultima, per concludere, non ingloba la regola privata: mediante l'effetto dell'impegnatività ne è solo il mezzo di attuazione.

Due opere importanti della civilistica della metà del secolo scorso delineano i tratti del negozio come regolamento non riducibile allo schema della fattispecie, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, di biagio de giovanni (Napoli, 1958), e *Le fonti di integrazione del contratto* (Milano, 1969), di stefano rodotà. Mentre de Giovanni mantiene l'inquadramento del negozio nella struttura della fattispecie giuridica, puntando alla risoluzione sul piano logico del dilemma di una figura che è ad un tempo fatto e valutazione del fatto, Rodotà si spinge più in là, liberando completamente il contratto dalla veste di fattispecie e concependolo puramente e semplicemente come regolamento, imputabile ad una pluralità di fonti (le parti, la legge, il giudice).

---

concetti)” (I. KANT, *Critica della ragion pura*, I, Roma-Bari, 1977, 94). Benché l'autonomia sociale sia colta mediante i concetti qualificatori (“le intuizioni senza concetti sono cieche”), essa costituisce ciò nondimeno l'oggetto cui si riferisce la qualificazione, la quale se non è valutazione di un *quid* preesistente resta pura virtualità (“i pensieri senza contenuto sono vuoti”). Se il fatto è inteso come “evento informe e insignificante” (N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 39), per essere il caso interamente costituito dalla norma, allora la qualificazione è destinata a “girare a vuoto in assenza di attrito” (J. MCDOWELL, *Mente e mondo*, Torino, 1999, 11).

<sup>9</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Milano, 1969, 27.

<sup>10</sup> ID., *Fatto giuridico e fattispecie complessa. Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, 350 ss.

<sup>11</sup> ID., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 304.

# JUS CIVILE



Accade così che la fonte privata del regolamento contrattuale, al pari di quella legislativa, disciplini gli stessi effetti giuridici<sup>12</sup>.

L'enigma dell'autonomia privata risiede nel fatto che per un verso il contratto in quanto regolamento non è riducibile al comune fatto giuridico, per l'altro data la sua origine sociale non acquista la qualità di fonte di diritto in senso formale e resta estraneo alla enumerazione delle fonti contenuta nell'art. 1 delle preleggi. La concezione di Hans Kelsen del negozio giuridico quale "fattispecie produttrice di norme"<sup>13</sup>, collocata in basso alla struttura piramidale dell'ordinamento, è rimasta isolata, mentre ha prevalso la concezione dell'autoregolamentazione sociale che precede l'intervento dell'ordinamento giuridico. Superato il controllo di legalità im-

---

<sup>12</sup> Seguendo l'impostazione di Rodotà, una volta che sia stata esclusa la natura di fattispecie del contratto, gli effetti riconducibili alla legge non costituiscono conseguenza di una fattispecie negoziale, ma sono effetti direttamente riconducibili alla fonte legislativa. A cavallo degli anni Sessanta e Settanta si è svolta nell'ambito della civilistica un'importante discussione sulla compatibilità dell'intervento statale nei rapporti economici con il fenomeno dell'autonomia privata, cui abbiamo fatto cenno nella premessa. La tesi della riconducibilità dell'intervento statale al piano degli effetti della fattispecie negoziale è stata sostenuta da A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974, 69, mentre quella della estraneità alla fattispecie contrattuale ha seguito due vie, quella di Rodotà, basata sulla estraneità dello stesso contratto allo schema di fattispecie e sul concorso di fonti, e quella di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 152 ss., secondo cui la norma d'intervento ha ad oggetto una fattispecie indipendente da quella negoziale (conforme è N. LIPARI, *Autonomia privata e testamento*, Milano, 1970, 260 ss.). Solo guardando al contratto come regola e non fattispecie è possibile superare l'obiezione secondo cui il legislatore ed il giudice non possono partecipare alla conformazione del contenuto contrattuale, ma solo collegarvi effetti giuridici, perché non possono modificare il modo di essere della realtà, ma solo valutarla (P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., 161 ss. e 260 ss.). Se il contratto è regola, esso si pone sul piano del dover essere e non dell'essere, e dunque altre fonti possono partecipare alla definizione del suo contenuto.

La questione di fondo è in realtà quella del contenuto della norma giuridica. "Le norme giuridiche che stabiliscono i modi di formazione di contratti, testamenti, matrimoni validi, non impongono alle persone di agire in un certo modo indipendentemente dai loro desideri. Queste leggi non impongono doveri od obblighi. Viceversa esse attribuiscono agli individui dei mezzi per realizzare i loro desideri, conferendo loro i poteri giuridici di creare, mediante certe procedure specifiche soggette a date condizioni, delle strutture di diritti e doveri nella cornice coattiva del diritto" (H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 35 – questa classificazione rispecchia la distinzione fra associazione civile ed associazione d'impresa in M. OAKESHOTT, *La condotta umana*, Bologna, 1985, *passim*). Si deve allora distinguere fra norme strumentali (o di azione) e norme materiali (o di relazione): le prime considerano il contratto come fattispecie e forniscono il mezzo mediante cui i privati, conseguendo l'effetto giuridico della vincolatività negoziale, fissano l'assetto d'interessi attraverso una determinata distribuzione di diritti e obblighi; le seconde guardano al contratto come regolamento, concorrendo quale fonte direttamente alla definizione del suo contenuto, mediante la determinazione di diritti e obblighi. Del resto, la stessa teorica della fattispecie sottolinea che le regole di comportamento rappresentate dalla normativa di correttezza in sede di formazione del contratto restano estranee al piano dei requisiti di validità. La distinzione rileva soprattutto in relazione alla disciplina sopravvenuta alla conclusione del contratto. Mentre le norme sulla fattispecie sopravvenute non sono applicabili, avendo il fatto già prodotto gli effetti conformi alla disciplina vigente all'epoca della sua verifica (salvo che non si tratti della disciplina degli effetti in quanto tali), le norme materiali sopravvenute sono applicabili perché come il contenuto del regolamento negoziale può variare per una diversa determinazione della fonte privata, così anche la fonte legale può mutare i termini dell'integrazione eteronoma del regolamento (o addirittura addivenire alla sua integrazione successivamente alla conclusione del contratto). Entro questi limiti una legge modificativa non è qualcosa di diverso da un negozio modificativo.

<sup>13</sup> H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, 287. Nella dottrina italiana del secolo scorso la collocazione del negozio nel gradino più basso del sistema delle fonti non ha trovato ospitalità, salvo alcune voci isolate (ad esempio, L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959).



putabile alla fattispecie legale, il contratto, “legge” per le parti, si trova in uno spazio che non è né quello della fattispecie né quello della fonte di diritto.

3. – Se il contratto fosse una fonte formale di diritto il giudizio di conformità al diritto si esaurirebbe nel sindacato alla luce della norma superiore, come avviene nel caso del controllo di legittimità della legge in base alla Costituzione. Proprio perché il sindacato di legittimità della legge si esaurisce nel controllo di costituzionalità resta non sindacabile il merito della scelta politica della volontà che ha posto l’atto legislativo. Anche il provvedimento amministrativo partecipa della stessa dialettica fra merito e legittimità che si incontra a proposito della legge. La valutazione di interessi, che residua al giudizio di legittimità, è qui non sindacabile non per l’esistenza della gerarchia delle fonti, cui in base all’art. 1 delle preleggi il provvedimento amministrativo resta estraneo, ma perché il provvedimento è emesso sulla base del potere attribuito dalla norma. Non c’è un potere amministrativo di regolazione degli interessi prima dell’attribuzione normativa del potere. Vagliata la legittimità dell’esercizio del potere sulla base della norma che lo ha attribuito, non resta che il merito quale espressione della volontà che ha posto l’atto.

Non così nel negozio dove l’autoregolazione degli interessi ha una genesi sociale e non deriva da un potere attribuito dall’ordinamento. Il diritto si limita a disciplinare un fatto sociale che lo precede e che ha una peculiare struttura precettiva. Nel caso del contratto il giudizio di legittimità alla stregua della fattispecie legale non esaurisce la valutazione giuridica perché il contratto, in quanto autoregolamentazione di interessi, non è un comune fatto giuridico. Lo schema di fattispecie non può inglobare un fatto che non è un comune fatto, ma è una regola. All’esito delle riduzioni e integrazioni del regolamento cui provvede la disciplina della fattispecie resta sporgente una regolazione d’interessi, che la struttura di fattispecie legale non può assorbire e che pertanto non può essere concepita come merito insindacabile. Il presupposto della non sindacabilità delle scelte della volontà che ha posto l’atto è l’esaurimento del giudizio di conformità al diritto sulla base del controllo di coerenza alla norma costituzionale, come avviene nel caso delle legge, o alla norma attributiva del potere, come nel caso del provvedimento amministrativo. Il giudizio di conformità al diritto non si esaurisce invece nel controllo del contratto alla luce della fattispecie legale perché il negozio è autoregolazione sociale che precede il sistema normativo di attribuzione dei poteri e non fonte formale di diritto. Inoltre, in quanto regolazione, eccede la struttura della fattispecie. Permane quindi una carica regolamentare non riducibile a merito, inteso come espressione della volontà che ha posto l’atto. Tale carica regolamentare resta valutabile dal punto di vista del diritto e, trattandosi di materia non circoscrivibile nel perimetro della fattispecie contemplata dalla legge (e residua al filtro di quest’ultima), non resta che il diritto costituzionale, e segnatamente i principi costituzionali.

Si apre un territorio inesplorato per il sindacato del giudice. Il controllo giudiziale di un regolamento di interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte ricade nella sfe-



ra del bilanciamento dei principi costituzionali relativo alle circostanze del caso. Volontà privata non sindacabile è solo quella che resiste al giudizio di conformità alla regola giuridica del caso concreto derivante dal bilanciamento dei principi. È quest'ultima regola che fornisce il criterio per valutare se c'è uno squilibrio rilevante per il diritto. L'applicabilità delle norme costituzionali al contratto non soffre delle limitazioni che abbiamo sopra evidenziate (deve trattarsi di regola sufficientemente determinata inerente alla materia contrattuale), le quali sono relative alla disciplina di una fattispecie e non al giudizio di legittimità di una (ormai pura) regolazione di interessi di origine sociale. A questo stadio vengono in rilievo non le regole, sufficientemente determinate ed inerenti alla materia costituzionale, desumibili dalle norme della Costituzione, ma i principi costituzionali. Il giudice provvede all'individuazione della norma concreta di diritto bilanciando, in relazione alle circostanze del caso, il complesso dei principi costituzionali che vengono in rilievo sulla base del particolare esercizio dell'autonomia privata. Nell'art. 41 Cost. sono racchiusi principi che possono entrare in contrasto avuto riguardo alle caratteristiche della singola vicenda contrattuale (da una parte la libertà dell'iniziativa economica privata, dall'altra l'utilità sociale e le istanze della sicurezza, libertà e dignità umana) e che postulano una ponderazione in concreto e all'insegna del criterio della proporzionalità. I principi costituzionali non soffrono della limitazione rappresentata dall'inerenza alla materia, come nel caso delle regole, perché è il caso concreto, e non l'astratta materia, ad implicarne il coinvolgimento. Anche il principio di solidarietà economica e sociale, dettato dall'art. 2 Cost., può dunque entrare in gioco, se il caso specifico lo richiede<sup>14</sup>.

Non si deve passare attraverso un'integrazione di Costituzione e norme del codice civile, anche nella forma delle clausole generali, come avvenuto nelle ordinanze della Corte costituzionale in materia di caparra confirmatoria, perché proprio l'appello ai principi costituzionali in funzione di disciplina del caso presuppone che la legge abbia esaurito il suo compito disciplinare. Siamo oltre la logica della fattispecie e del giudizio di legalità, secondo la quale *ubi ius ibi remedium*. La stessa interpretazione conforme a Costituzione, in quanto pur sempre applicazione di norme legislative, resta sul piano della fattispecie legale. Se la controversia è risolta sulla base della applicazione diretta dei principi costituzionali e non della legge, allora si ha che *ubi remedium ibi ius*.

La nullità non può venire in rilievo perché è istituito inerente alla fattispecie legale. Non viene in gioco neanche la categoria d'inefficacia. L'efficacia, quale produzione degli effetti giuridici, è ancora manifestazione della fattispecie e qui siamo oltre la fattispecie. Ciò che rileva è più propriamente l'attuazione del negozio, valido ed efficace. Va qui ripresa la distinzione fra efficacia ed esecuzione, la prima quale estrinsecazione della fattispecie legale mediante la pro-

---

<sup>14</sup> Secondo G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., 262 ss. l'art. 2 Cost. non è applicabile al contratto stante l'estraneità alla relazione contrattuale, caratterizzata dalla contrapposizione di interessi, del principio di solidarietà. L'argomento dell'inerenza alla materia concerne le regole e non i principi, perché ciò che di questi ultimi condiziona l'applicabilità, nella forma del bilanciamento con altri principi, sono le caratteristiche del caso concreto e non la materia in senso astratto.



duzione dell'effetto giuridico e la seconda quale realizzazione del programma d'interessi sul piano del fatto<sup>15</sup>. Il sindacato del giudice sul contratto mediante i principi costituzionali, in quanto estraneo (e successivo) a quello relativo alla fattispecie legale, incide non al livello degli effetti, e cioè della validità e dell'efficacia, ma al livello del fatto, e cioè dell'esecuzione. Il regolamento d'interessi iniquo e gravemente sbilanciato in danno di una parte è un regolamento legalmente valido e produttivo di effetti giuridici, ma la parte contrattuale pregiudicata, convenuta in giudizio per l'esecuzione del negozio, può eccepirne la non opponibilità alla luce del bilanciamento in concreto dei principi che consenta di qualificare l'accordo negoziale in termini di grave iniquità. A quel regolamento, valido ed efficace, non può essere prestata esecuzione perché lo squilibrio che connota il programma d'interessi è fatto impeditivo della sua attuazione. Il negozio non è inefficace, ma la possibilità materiale di metterlo in esecuzione è impedita dall'eccezione di squilibrio significativo, eccezione in senso lato e dunque rilevabile d'ufficio dal giudice<sup>16</sup>.

La vicenda diventa a questo punto tutta processuale perché il diritto rimediale acquista visibilità quale tutela essenzialmente processuale. Come nello *ius honorarium* che scaturì dalla giurisdizione dei pretori a Roma, il diritto della parte convenuta in giudizio per l'adempimento del contratto gravemente squilibrato si presenta nella forma della possibilità di sollevare una *exceptio*. Uno strumento a disposizione della prassi è quello della paralisi in sede processuale dell'eseguitività di un accordo valido mediante l'*exceptio doli generalis*, ma in un'ottica puramente rimediale altre forme di tutela possono essere identificate nella risoluzione delle singole controversie.

4. – Fra principi costituzionali e rimedi volta a volta da esperire il giudice, privato dello scudo protettivo della legge, può sembrare solo. Si tratta tuttavia di una solitudine apparente. Il sindacato sul contratto alla luce dei principi costituzionali rinvia alla formazione di un diritto casistico nel quale il punto di appoggio del giudice è la catena dei precedenti al cui sviluppo anch'egli è chiamato a contribuire attivamente. La risoluzione della controversia mediante il bilanciamento dei principi costituzionali, e senza passare attraverso l'interposizione della legge, comporta il carattere vincolante del precedente giudiziario.

---

<sup>15</sup> A. DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, *passim*, che ricorda anche come l'esecuzione possa assurgere a fattispecie produttiva di effetti giuridici nelle ipotesi in cui sia contraddistinta da effetti che non si identificano con quelli della fattispecie contrattuale (ivi, 26). Qui si intende però evidenziare la diversità di piani fra esecuzione ed efficacia (della fattispecie contrattuale), la quale a sua volta rinvia all'emancipazione delle vicende del rapporto fra i contraenti dalla fattispecie negoziale cui ha dato avvio nella dottrina italiana Alberto Auricchio (su questa evoluzione della civilistica si veda E. SCODITTI, *Il contratto fra legalità e ragionevolezza*, in *Foro it.*, 2015, V, 417).

<sup>16</sup> L'eccezione, salvo il caso delle eccezioni in senso stretto, è rilevabile d'ufficio perché compito del giudice è quello di pronunciare intorno alla rilevanza giuridica della realtà storica indicata dall'attore (Cass. 3 febbraio 1998, n. 1099, *id.*, 1998, I, 764).





Lo *stare decisis* è incompatibile con un sistema a dominanza legislativa perché il giudice è soggetto alla legge e non al principio di diritto enunciato dal precedente giudiziario. Se però il giudice deve applicare non la norma legislativa, ma quella risultante dal bilanciamento dei principi costituzionali in relazione alle circostanze, non c'è soggezione del giudice alla legge (non avendo questa trovato applicazione) e lo *stare decisis* diventa operante perché solo nel precedente si è manifestato il diritto del caso concreto. Ciò che invero è vincolante non è la statuizione giudiziale, ma la norma concreta di diritto di cui quella statuizione ha fatto applicazione. Proprio perché fra il giudice ed il caso non si interpone la legge acquista vigore la norma applicata nel singolo caso ed identificata mediante il bilanciamento in concreto dei principi. Il riferimento al precedente da parte del giudice non corrisponde però alla sussunzione del caso concreto nella fattispecie generale e astratta.

Il giudizio sussuntivo presuppone uno schema tipico definito da una serie di elementi i quali devono essere tutti presenti nella fattispecie concreta, che risulta così dedotta da quella astratta. Nell'ipotesi dello *stare decisis* il rapporto è fra concreto e concreto ed opera il giudizio non sussuntivo, ma riconduttivo. Il caso successivo non può essere sussunto nella norma di carattere concreto, enunciata nel caso precedente, ma solo ricondotto ad essa, in forma più o meno intensa. Non tutti gli elementi dell'un caso devono infatti essere presenti nell'altro, proprio perché il confronto non è fra astratto e concreto, ma fra concreto e concreto. La corrispondenza fra casi è suscettibile di diverse graduazioni, e questo fonda le raffinate tecniche del *distinguishing* e del *limiting* elaborate dal giudice anglosassone. Si procede attraverso accostamenti e differenziazioni. È una forma di calcolabilità e prevedibilità del diritto diversa da quella consegnata dalla forma di legge e che opera attraverso il gioco delle similitudini e delle differenze<sup>17</sup>. È, in definitiva, una nomofilachia del concreto, nella quale il principio di diritto resta ancorato alle circostanze del caso concreto, senza connotazioni astratte e generali.

Il sindacato del giudice sul contratto alla stregua dei principi costituzionali si iscrive nella logica incrementale e cumulativa del diritto casistico. Il giudice non è solo ma è parte della “catena narrativa” che per Ronald Dworkin caratterizza la sequenza dei precedenti giudiziali. La catena giurisprudenziale sul “sindacato di costituzionalità” del contratto è ancora tutta da scrivere nella nostra tradizione continentale.

---

<sup>17</sup> Per ulteriori approfondimenti rinviamo a E. SCODITTI, *Il diritto che non viene dal sovrano e il precedente giudiziario*, in *Giust. civ.*, 2017, 277 ss. e ID., *Concretizzare ideali di norma. Su clausole generali, giudizio di cassazione e stare decisis*, in G. D'AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, cit., 167 ss.



MARINA TAVASSI

*Presidente della Corte d'Appello di Milano*

## **AUTONOMIA PRIVATA E GIURISDIZIONE NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA CONTINENTALE \***

SOMMARIO: 1. *Autonomia negoziale fra principio solidaristico e abuso del diritto.* – 2. *Concessione abusiva del credito.* – 3. *Violazione degli obblighi di informazione.* – 4. *La tutela del consumatore.*

1. – Nell'ambito dell'autonomia privata e del suo rapporto con l'intervento giurisdizionale è emerso da alcuni decenni un diverso orientamento che incide profondamente sull'autonomia negoziale, limitandone lo spazio di libertà.

Alla parte viene conferita una crescente responsabilità affinché l'esecuzione del contratto, nella fase pre-contrattuale, negoziale e di esecuzione del contratto sia improntata al principio della buona fede contrattuale (*es. sent. Cass. n. 25047/2009*), interpretandosi la buona fede in senso lato, fino a comprendervi gli obblighi di sussidiarietà e di collaborazione.

Anche la categoria dell'abuso del diritto, categoria, come è noto, di elaborazione giurisprudenziale, si innesta a sua volta sul principio di "buona fede", che regola i rapporti di natura obbligatoria (art. 1175 c.c.) e contrattuale del nostro ordinamento (art. 1375 c.c. esecuzione del contratto secondo buona fede) e che nell'evoluzione giurisprudenziale è posto in relazione all'art. 1374 c.c. (con la possibilità, quindi, dell'integrazione del contratto secondo la legge, gli usi e l'equità). La clausola di buona fede, letta alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 della Costituzione, impone alle parti del contratto (e tali possono ad esempio definirsi tutti i rapporti fra imprese, banche, società di gestione del risparmio, intermediari finanziari, da un lato, e rispettiva clientela dall'altro; ma anche i rapporti fra clienti e professionisti in genere), certamente di eseguire ciò che in esso è stato regolato secondo la loro volontà e di tenere i comportamenti imposti dalla legge, dagli usi e dall'equità, ma anche, in via integrativa e sussidiaria, di porre in essere quelle condotte che appaiano necessarie – appunto, secondo buona fede – per preservare in modo solidale l'utilità ed il benessere della controparte. L'intento di soddisfare il proprio interesse deve essere calmierato dall'esigenza di aver presenti anche gli interessi della controparte, entro il limite di un sacrificio del proprio interesse che non appaia eccessivo, ma sia comunque esigibile. Così la parte e soprattutto la parte dominante nel rapporto contrattuale (imprese, banche, SGR, intermediari), oltre ad adempiere le obbligazioni contrattualmente previste

---

\* Testo dell'intervento svolto dall'A. nell'ambito del seminario di studi organizzato dal CSM in Roma il 12 ottobre 2017 sul tema «Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale».



a suo carico, deve dimensionare i propri comportamenti, porre in essere prestazioni non previste (Cass. 15.2.2007, n. 3462), tollerare le modifiche delle prestazioni altrui, adempiere a doveri di informazione, anche ove non assunti espressamente nel contratto (si vedano da ultimo sul tema dei doveri di informazione in ambito medico, in particolare circa l'obbligo di informazione sui rischi conseguenti alla prosecuzione della gravidanza, le sentenze della Cass. n. 5004 del 28.2.2017 e n. 24220 del 2015) e nel diverso settore dei rapporti tra imprese concorrenti, la consolidata opinione della Corte di Giustizia Europea circa la particolare responsabilità imposta sulle imprese dominanti sul mercato.

Nella valutazione dei comportamenti posti in essere da imprese concorrenti dotate di potere di mercato è opportuno tenere a mente due principi secondo i quali: i) in un mercato concorrenziale i rapporti tra le imprese si svolgono in una logica di antagonismo, quindi è naturale che alcune imprese possano risultare pregiudicate dalle condotte commerciali attuate dai concorrenti, e che ii) il bene oggetto di tutela delle norme antitrust è la concorrenza intesa come preservazione di una struttura concorrenziale del mercato, e non solo il benessere del contraente più debole.

Comportamenti, dunque, contrari al principio di buona fede possono riscontrarsi a) nell'imposizione direttamente od indirettamente di prezzi d'acquisto, di vendita od altre condizioni di transazione non eque; b) nella limitazione della produzione, degli sbocchi o dello sviluppo tecnico, a danno dei consumatori; c) nell'applicazione nei rapporti commerciali con gli altri contraenti di condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, determinando così per questi ultimi uno svantaggio per la concorrenza; d) nella subordinazione della conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari, che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi.

Il sopracitato riconoscimento del principio della particolare responsabilità imposta sulle imprese dominanti persegue l'obiettivo di ridimensionare i margini di manovra di tali imprese sul mercato<sup>1</sup>.

Da questo principio deriva il rilievo che, nonostante le imprese dominanti continuino ad avere il potere di tutelare i propri interessi commerciali, talune condotte che possono essere consi-

---

<sup>1</sup> In questo senso si era espressa la Corte di Giustizia per la prima volta con le pronunce del caso c.d. Michelin I, sentenze 9 novembre 1983, causa 322/81, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissione*, punto 57: «La constatazione dell'esistenza della posizione dominante non comporta di per sé alcun addebito nei confronti dell'impresa interessata, ma significa solo che questa, indipendentemente dalle cause di tale posizione, è tenuta in modo particolare a non compromettere col suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune» e il Tribunale di primo grado, 6 ottobre 1994, C-333/94 *TetraPack/Commissione*, punto 114: «“Per determinare queste condizioni occorre pertanto interpretare l'art. 86 del Trattato (ora art. 102 TFUE) alla stregua dei suoi obiettivi e delle sue finalità, quali sono stati precisati dalla Corte, la quale, nella citata sentenza Michelin/Commissione (punto 57), ha affermato che questo articolo poneva a carico di un'impresa in posizione dominante, indipendentemente dalle cause di tale posizione, la particolare responsabilità di non compromettere con il suo comportamento lo svolgimento di una concorrenza effettiva e non falsata nel mercato comune. Rientra quindi nelle previsioni dell'art. 86 (ora art. 102 TFUE) qualsiasi comportamento di un'impresa in posizione dominante atto ad ostacolare il mantenimento o lo sviluppo del grado di concorrenza ancora esistente su un mercato nel quale, proprio in conseguenza del fatto che vi opera tale impresa, il grado di concorrenza sia già sminuito».



derate lecite per le altre imprese, nonché in linea con gli interessi di tipo economico e con l'autonomia negoziale delle parti, possono essere censurate come abusive se poste in atto da una impresa in posizione dominante. Recentemente la Corte di Giustizia<sup>2</sup> in merito al tema dello sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato europeo interno, ha indicato che il divieto di cui all'art. 102 TFUE riguarda non solo le pratiche che possono provocare un danno immediato ai consumatori<sup>3</sup>, ma anche quelle che li danneggiano pregiudicando la sussistenza di una concorrenza effettiva. Se, infatti, l'art. 102 TFUE non vieta ad un'impresa di conquistare, grazie ai suoi meriti, una posizione dominante su un dato mercato e se, a maggior ragione, la constatazione dell'esistenza di tale posizione non comporta di per sé alcuna censura nei confronti dell'impresa interessata, ciò non toglie che, secondo una giurisprudenza costante, sull'impresa che detiene una posizione dominante incombe la responsabilità particolare di non pregiudicare, con il suo comportamento, una concorrenza effettiva e leale nel mercato interno<sup>4</sup>. Al fine di una corretta applicabilità dell'art. 102 TFUE, inoltre, la giurisprudenza comunitaria, sulla scia dei concetti già elaborati dalla sentenza "Hoffman La Roche"<sup>5</sup>, ribaditi dalla sentenza "Michelin/Commissione"<sup>6</sup>, ha precisato che l'abuso rappresenti una nozione oggettiva, cosicché l'accertamento di una condotta abusiva possa considerare l'elemento psicologico solo in secondo piano.

Il principio di buona fede genera quindi i c.d. obblighi di protezione, prescrivendo condotte estranee al nucleo essenziale del contratto, ma doverose ai fini della tutela degli interessi dell'interlocutore. Il contenuto negoziale voluto dall'autonoma determinazione delle parti viene quindi integrato in modo autoritativo, secondo i parametri indicati dalla legge o dal giudice, sulla base dell'equità, degli usi e delle nozioni di comune esperienza, in un'ottica evolutiva che dal rispetto sacrale della volontà delle parti si è spostato verso la tutela del soggetto più debole (è questo il caso della tutela avverso le clausole vessatorie o la valorizzazione degli obblighi di informazione) o verso la tutela del mercato a prescindere dalla volontà delle parti (è questo il caso dell'annullamento delle intese vietate dalla normativa antitrust).

Il principio solidaristico della Carta Costituzionale va integrato con il richiamo alla solidarie-

---

<sup>2</sup> Causa C-52/09, Konkurrentverket/TeliaSonera Sverige AB, del 17 febbraio 2011 punto 24.

<sup>3</sup> Si erano già espresse in tal senso le sentenze 16 settembre 2008, cause riunite da C-468/06 a C-478/06, Sot. Lélos kai Sia e a., punto 68 «Alla luce degli obiettivi del Trattato concernenti la protezione del consumatore mediante una concorrenza non falsata nonché l'integrazione dei mercati nazionali, non è nemmeno possibile interpretare le suddette regole sulla concorrenza nel senso che l'unica scelta operabile da un'impresa farmaceutica in posizione dominante per difendere i propri interessi commerciali sia quella di non commercializzare affatto le sue specialità medicinali in uno Stato membro in cui i prezzi di queste ultime siano fissati ad un livello relativamente basso».

<sup>4</sup> Come affermato dalla sentenza 2 aprile 2009, causa C-202/07 P, France Télécom/Commissione, al punto 105 (conforme al punto 57 della sentenza Michelin I, già sopra citata).

<sup>5</sup> C-65/76, 13 febbraio 1979, punto 91: «La nozione di sfruttamento abusivo è una nozione oggettiva, che riguarda il comportamento dell'impresa in posizione dominante atto ad influire sulla struttura di un mercato in cui, proprio per il fatto che vi opera detta impresa, il grado di concorrenza è già sminuito e che ha come effetto di ostacolare, ricorrendo a mezzi diversi da quelli su cui si impenna la concorrenza normale tra prodotti o servizi, fondata sulle prestazioni degli operatori economici, la conservazione del grado di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo di detta concorrenza.»

<sup>6</sup> Causa 322/81, 9 novembre 1983, punto 70



tà contenuto nella Carta Europea dei diritti fondamentali e richiede che anche il creditore, nei limiti di un sacrificio non eccessivo, debba tenere comportamenti tesi a facilitare la prestazione della controparte (nel nostro ordinamento è il paradigma di cui all'art. 1227 c.c.), evitando e prevenendo l'inadempimento o facendo sì che, ove vi sia stato un inadempimento, gli effetti di questo siano o del tutto annullati o quantomeno limitati in forza di un comportamento del creditore diligente e persino attivo.

Del resto anche la categoria dell'abuso del diritto è stata costruita sulla base del principio di buona fede quale criterio teso a limitare in genere l'esercizio del diritto e nello specifico le pretese creditorie. Un diritto non è mai illimitato, non genera mai un potere incondizionato di porre in essere qualsivoglia comportamento, perché consentito nell'ambito dell'autonomia privata e sotto un profilo esclusivamente formale, ma conosce un limite imposto dalla ratio sottesa a quel diritto, ossia dalla ragione per cui quel diritto è stato riconosciuto dall'ordinamento. Se il titolare del diritto tiene comportamenti consentiti dalla legge, ma tesi al perseguimento di finalità diverse rispetto alla ragione per cui è sorto il consenso normativo, l'esercizio del diritto può essere considerato abusivo (in particolare ove fraudolento o vessatorio nei confronti dell'interlocutore) e pertanto non meritevole di protezione ed anzi sanzionato dall'ordinamento.

Il principio è stato elaborato in materia fiscale dalla giurisprudenza comunitaria (vedi Corte di Giustizia CE sent. Halifax del 21.2.2006, in C-255/02) e da quella nazionale (vedi Cass. S.U. sent. n. 30055, 30056 e 30057 del 23.12.2008 e più di recente: Cass. sent. n. 3938 del 19/02/2014), con l'affermazione che deve ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di un risparmio fiscale.

Conseguenza dell'abuso del diritto è il rifiuto di tutela opposto dall'ordinamento in modo da impedire che possano essere conseguiti o preservati vantaggi di alcun genere ottenuti tramite un esercizio scorretto del diritto stesso, ancorché conforme ai risultati dell'attività negoziale delle parti. Ulteriore effetto di tale valutazione negativa è il diritto da parte della vittima ad ottenere il risarcimento del danno subito per responsabilità contrattuale o extracontrattuale, a seconda che l'abuso sia avvenuto nell'ambito di un rapporto obbligatorio o prescindendo dallo stesso.

Se gli effetti dell'abuso non si siano ancora realizzati o per intero consumati, l'intervento del giudice può essere richiesto al fine di paralizzarli ed eliminarli dal mercato, mediante appositi strumenti giuridici (azioni di nullità, interventi di tipo inibitorio, imposizione di obblighi di fare), fondati sull'*exceptio doli generalis*, sull'allegazione dell'abuso di posizione dominante o abuso di dipendenza economica.

2. – Queste le basi giuridiche di categorie generali nell'ambito delle quali si iscrivono temi rilevanti ai fini del controllo sull'operato di imprese, professionisti, banche, SGR e intermediari finanziari.



Tema interessante al quest'ultimo riguardo è quello della concessione abusiva del credito, di cui si è occupata in particolare la giurisprudenza degli ultimi anni, settore che rappresenta un esempio significativo dell'intervento giudiziale sull'autonomia privata. In sintesi, quando un operatore professionale concede un credito ad un'impresa o a un privato, è tenuto ad effettuare una verifica preventiva in ordine alla solvibilità ed all'affidabilità economica del soggetto finanziato. Tale controllo non è solo finalizzato alla verifica della probabilità circa la restituzione della somma erogata, ma soprattutto a tutela della controparte che potrebbe vedere gravosamente pregiudicata la sua posizione, anche oltre le sue possibili valutazioni ed oltre la determinazione dell'autonomia privata. Così, in un caso in cui era stata omessa la verifica delle condizioni economiche del soggetto garantito in una fideiussione omnibus, la Cassazione (sent. 21.2.2006 n. 3761) ha considerato non riscuotibile la garanzia, dal momento che l'erogazione del credito era conseguente ad un comportamento scorretto ai danni del garante (aver omesso la verifica delle sue effettive condizioni economiche). Altra analoga pronuncia si è avuta alcuni anni dopo sulla base di principi analoghi: Cass. Sez. 1, sent. n. 11979 del 16/05/2013.

Sul punto si sono espresse anche le Sez. Unite con la sent. 28.3.2006 n. 7029 (conformi, n. 7030 e 7031), che nello specifico hanno affrontato il tema della sopravvivenza artificiosa di un'impresa (insolvente, ai limiti del fallimento) grazie al credito erogato da una banca o da un operatore professionale, e della possibile responsabilità di questi ultimi. Il soggetto finanziatore, nell'erogare un credito, deve prendere in considerazione non solo la sfera giuridico-economica del debitore, ma anche la posizione dei garanti chiamati a garantire operazioni destinate ad un esito negativo in relazione al pessimo stato di salute finanziaria del debitore, e ciò nell'ottica della valutazione delle conseguenze dell'operazione sul mercato e della necessità di garantire i terzi operatori economici. La Cassazione ha affermato la sussistenza di una possibile responsabilità verso terzi indistinti non inquadrabile nella categoria della responsabilità da contatto sociale (poiché si tratterebbe di contatti sociali addirittura potenziali), bensì nell'ambito della responsabilità aquiliana.

**3. – Altro profilo di responsabilità affrontato dalla giurisprudenza è quello della violazione degli obblighi di informazione da parte dell'intermediario finanziario.**

Il tema si fonda sull'art. 23 TUB come modificato dal D.Lgs. 164/2007 e dagli articoli del Regolamento Consob n. 11522/98 (modificato e riscritto nel 2007), i quali impongono le modalità delle informazioni che l'intermediario deve fornire al cliente in ordine ai rischi connessi alle operazioni finanziarie, sia prima di stipulare il contratto-quadro di consulenza e gestione del portafoglio, sia prima di effettuare le singole operazioni esecutive del contratto-quadro. Le conseguenze della violazione di simili obblighi possono essere limitate all'illegittimità del comportamento in quanto in violazione degli obblighi di buona fede, con conseguente responsabilità ed obbligo di risarcimento, oppure possono coinvolgere la stessa validità del contratto, avendo il consumatore visto inquinata la sua decisione circa la volontà di stipulare il contratto a causa del deficit informativo.





Tale seconda tesi è minoritaria, avendo la Cassazione (sent. 28.9.2005 n. 19024) indicato una diversa soluzione: non l'invalidità del contratto, bensì la sola responsabilità risarcitoria, fondata peraltro sulla previsione dell'inversione dell'onere della prova stabilito dall'ultimo comma dell'art. 23 TUB. Tale disposizione chiarisce che la vittima è esonerata dalla prova della violazione, che si considera presunta ove non vi sia stata una corretta e completa informativa e che debba essere l'operatore finanziario a dover dimostrare di aver assolto agli obblighi, compresi quelli informativi, che gli fanno carico. Tuttavia la giurisprudenza della stessa Cassazione non era senza contrasti (nell'ambito della I Sez. civ., competente per la *subjecta materia*)

Così sono intervenute le Sezioni Unite (sent. 19.12.2007 n. 26724) che hanno preferito la tesi patrocinata dalla sent. n. 19024/2005 sopra citata, precisando che l'obbligo di informazione sui profili di rischio permane in due momenti: prima della stipula del contratto di mandato fra cliente ed operatore "a monte" e prima dell'effettuazione dei singoli acquisti che l'intermediario pone in essere come mandatario "a valle". Allorché l'intermediario viene meno a tali obblighi di informazione deriva un'ipotesi di responsabilità, che tuttavia non determina la nullità né del contratto "a monte", né dei singoli negozi di acquisto. Quindi gli acquisti dei titoli potranno essere annullati (ma non saranno nulli) e solo nei casi di annullabilità (per dolo, errore o conflitto di interessi) previsti dal codice civile.

Successivamente altra pronuncia della Cassazione a Sez. Unite (sent. 8.4.2011 n. 8034) ha stabilito che (ai sensi dell'art. 5, par. 3, del regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000) sussiste la giurisdizione italiana in ordine alla domanda di risarcimento del danno, fondata sull'avvenuta offerta in Italia delle azioni di un fondo estero non armonizzato senza l'autorizzazione della Banca d'Italia, prevista dall'art. 42, comma 5, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, e sull'infedeltà del prospetto, ricevuto in territorio nazionale dall'investitore, in quanto tali condotte siano prospettate come diacronicamente preparatorie rispetto all'evento di danno, dall'attore individuato, sul piano della causalità materiale, con riguardo non al deprezzamento delle azioni del fondo, ma all'investimento compiuto "ab origine" ed "ab origine" vulnerato dall'attività illecita dei convenuti, risoltasi nell'induzione all'acquisto di azioni prive di valore. La medesima pronuncia ha poi considerato che la responsabilità da prospetto non veridico è conseguenza di un illecito aquilano autonomo, che accomuna, in via solidale, non soltanto tutti i soggetti che abbiano materialmente provveduto alla sua redazione, ma anche quelli che ne abbiano successivamente fatto uso in sede di offerta pubblica o privato collocamento dei titoli in esso rappresentati, in quanto la responsabilità nasce all'atto della propalazione di notizie, informazioni, indicazioni false o fuorvianti; ne deriva che la materiale illustrazione e consegna da parte dell'offerente del prospetto, di cui l'investitore assuma la non veridicità, integra ed esaurisce la condotta illecita del primo ed identifica il "locus commissi delicti" come il luogo in cui le condotte materiali descritte sono state tenute, in quanto l'azione illecita si consuma nel luogo in cui il prospetto viene diffuso. Tale impostazione è stata ribadita dalla giurisprudenza successiva (Cass. Sez. 3, sent. n. 3003 del 28/02/2012).

L'intervento giudiziale nei confronti dell'autonomia negoziale nel settore dell'interme-



diazione finanziaria può essere particolarmente severo. Possiamo ricordare che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte gli oneri a carico dell'intermediario finanziario sono decisamente pregnanti, essendo egli tenuto a valutare l'adeguatezza dell'operazione di investimento anche nel caso in cui l'investitore si sia rifiutato di fornire le informazioni sui propri obiettivi di investimento e sulla propria propensione al rischio, dovendo egli compiere detta valutazione in base ai principi generali di correttezza e trasparenza, tenendo conto di tutte le notizie nella sua disponibilità (come, ad esempio, l'età, la professione, la presumibile propensione al rischio alla luce delle operazioni pregresse e abituali, la situazione di mercato; in tal senso Cass. 16.3.2016 n. 5250), fornendo all'investitore tutte le notizie circa le operazioni proposte, senza poter pretendere che lo stesso le acquisisca aliunde e di propria autonoma iniziativa (Cass. 27.4.2014 n. 8394).

Interessante anche il recente orientamento della Cassazione (Sez. 1, sent. n. 12544 del 18/05/2017), sempre in materia di intermediazione finanziaria, che ha stabilito come gli obblighi d'informazione che gravano sull'intermediario, dal cui inadempimento consegue in via presuntiva l'accertamento del nesso di causalità del danno subito dall'investitore, impongono la comunicazione di tutte le notizie conoscibili in base alla necessaria diligenza professionale e l'indicazione, in modo puntuale, di tutte le specifiche ragioni idonee a rendere un'operazione inadeguata rispetto al profilo di rischio dell'investitore, ivi comprese quelle attinenti al rischio di "default" dell'emittente con conseguente mancato rimborso del capitale investito, in quanto tali informazioni costituiscono utili fattori per decidere, in modo effettivamente consapevole, se investire o meno.

In conclusione, si può osservare come l'intervento del giudice sia particolarmente severo nei confronti degli intermediari finanziari e come spetti ai giudici riempire di contenuti le indicazioni fornite dalle fonti normative primarie (nazionali e comunitarie) e secondarie (segnatamente i Regolamenti Consob).

4. – Per quanto riguarda più in generale la tutela del consumatore e dei soggetti, siano essi persone fisiche o imprese, che comunque si trovino in una situazione di asimmetria cognitiva e informativa rispetto ai soggetti dominanti, il ruolo della magistratura ordinaria è ampio e completo.

Tale potere, tuttavia, subisce tuttavia una limitazione per quanto attiene alla tutela nei confronti delle pratiche commerciali scorrette. La regolamentazione di tale specifico settore è stata recepita nel Codice del Consumo, approvato con il D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206 (in base all'art. 7 della legge delega 29 luglio 2003, n. 229, relativa al riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori). Il Cod. Cons. ha subito nel tempo una serie di interventi legislativi di tipo ri-organizzativo generale al fine di dare attuazione agli obblighi comunitari, in particolare alla Direttiva n. 2005/29/CE in materia di "Pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori". Tale Direttiva è stata recepita tramite due testi normativi separati, i D.lgs. n. 145 e n. 146 del 2 agosto 2007; quindi, per prevedere l'"azione collettiva risarcitoria", inserita, come

## JUS CIVILE



art. 140 bis, dalla legge finanziaria del 2008 (Legge 24 dicembre 2007 n. 244, art. 2 c. 446) ed in seguito modificata sia con la legge n. 99 del luglio 2009, che ne ha fornito una diversa attuazione e definizione come “azione di classe”, sia con il D.L. 24 gennaio 2012 n. 1, conv. in L. n. 27 del 22.3.2012, che è intervenuto sostituendo la previsione “diritti identici” con quella “diritti omogenei”. Sono inoltre state inserite le “Disposizioni correttive ed integrative a norma dell’art. 7 della legge 28 luglio 2003, n. 229”, mediante il D. Lgs. n. 221 del 23 ottobre 2007, e la disciplina riguardante la “Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori” (già dettata dal D. lgs. n. 190 del 19 agosto 2005, in attuazione della Direttiva 2002/65/CE).

La scelta del Codice del Consumo è stata, in sintonia rispetto a quanto era già previsto per la pubblicità ingannevole (art. 8 D.lgs. n. 145/07) o per la materia antitrust (legge n. 287 del 1990), quella di prevedere un doppio binario per la tutela individuale avverso le pratiche commerciali scorrette, come tutela in sede amministrativa e in sede giurisdizionale.

La Direttiva prevedeva che spettasse agli Stati membri decidere a chi affidare il controllo, nonché scegliere tra tutela individuale e tutela collettiva (art. 11 della Dir. 2005/29).

Il legislatore italiano ha adottato la soluzione di investire della tutela collettiva il giudice civile ordinario, mentre della tutela individuale l’Agcm e quindi, in sede di sindacato dei provvedimenti di questa, il giudice amministrativo (TAR e Consiglio di Stato). Tale scelta risulta ancora più netta ove si osservi che al giudice civile nella materia in esame (quella delle pratiche commerciali scorrette) è stata lasciata una porzione di competenza, che peraltro già gli derivava in base alle norme esistenti. Infatti, il comma 15 dell’art. 27 Cod. Cons. (dopo 14 commi dedicati all’intervento ed ai poteri dell’Agcm) fa salva la giurisdizione del giudice ordinario in materia di atti di concorrenza sleale, a norma dell’articolo 2598 del codice civile, nonché, solo per quanto concerne la pubblicità comparativa, in materia di atti compiuti in violazione della disciplina sul diritto d’autore (ex legge 22 aprile 1941, n. 633 e successive modificazioni), e dei marchi d’impresa (a norma del Codice di proprietà industriale, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni), delle denominazioni di origine riconosciute e protette in Italia e di altri segni distintivi di imprese, beni e servizi concorrenti. Analoga previsione è contenuta nell’art. 8 c. 15 del D. lgs. n. 145/07, per la pubblicità ingannevole.

La scelta a favore dell’Agcm per le azioni individuali si pone in termini assolutamente netti, anche in considerazione del rilievo che è stata conferita all’Agcm la facoltà di agire d’ufficio e le sono stati attribuiti ampi poteri anche di tipo cautelare, sanzionatorio ed investigativo. Il comma 2° dell’art. 27 Cod. Consumo prevede che “L’Autorità, d’ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti”.

Sono difatti molto ricorrenti gli interventi dell’Agcm nel settore delle pratiche commerciali scorrette ed in quello della pubblicità ingannevole, come è possibile cogliere dalla relazione annuale della stessa Autorità.

Non altrettanto può dirsi dell’intervento dei giudici civili, dal momento che la competenza loro riservata nel settore, come si è detto, è limitata alla fattispecie della concorrenza sleale (art.

# JUS CIVILE



2598 c.c.) e presuppone quindi un rapporto di concorrenza fra imprese sul mercato. Pertanto la normativa in termini di pubblicità ingannevole e di pratiche commerciali scorrette può essere invocata davanti ad un giudice civile ordinario, non dal consumatore o da associazioni rappresentative, se non nell'ambito di azioni collettive e/o di classe, bensì solo da concorrenti e quindi da altre imprese, altri istituti bancari o altri intermediari finanziari che si trovino in detta situazione di concorrenza e vogliano impedire un accesso al mercato degli avversari, tramite messaggi pubblicitari e comunicazionali in genere ritenuti ingannevoli o tramite pratiche commerciali scorrette.

Spetta quindi in questo caso ad un organo diverso dall'autorità giudiziaria e nell'ambito di un potere diverso da quello giurisdizionale l'intervento di contenimento e di correzione dell'autonomia negoziale.