JUS CIVILE

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

5-2017

Settembre-ottobre

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.

JUS CIVILE

INDICE

pag.

Articoli e Saggi

Il testatore anziano e la forma del testamento **
di *Giorgio De Nova* 382

Le nuove frontiere del risarcimento del danno: i *punitive damages* **
di *Giorgio De Nova* 388

Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione **
di *Mario Trimarchi* 393

Danni punitivi: ancora attese le Sezioni Unite *
di *Giorgia Corsi* 399

La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico *
di *Massimo Franzoni* 410

La diligenza particolare del professionista: dall'obbligo informativo al dovere di consiglio (art. 1176 c.c.) *
di *Gianluca Sicchiero* 422

Il cibo come bene comune. Periplo di una recente legge con tentativo d'approdo *
di *Attilio Gorassini* 433

Error inexcusable y responsabilidad precontractual: el equilibrio entre la tutela del interés del declarante y la protección del contratante lesionado *
di *Jorge Rodríguez Russo* 444

* Contributo sottoposto a revisione.

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

JUS CIVILE

Giurisprudenza italiana

Clausola di deroga al foro del consumatore ed onere della prova della trattativa individuale *
Cass. civ., Sez. VI, sent. 28 settembre 2016, n. 19061 (ord.)
di *Vincenza Cinzia Meccola* 474

Domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre biologica *ex* art. 44, comma 1, lett. d), l. 184/1983 *
Cass. civ., Sez. I, sent. 22 giugno 2016, n. 12962
di *Marina Moretti* 486

JUS CIVILE

GIORGIO DE NOVA

Professore ordinario di diritto civile – Università Statale di Milano

IL TESTATORE ANZIANO E LA FORMA DEL TESTAMENTO

In una relazione sui rapporti tra autonomia privata e successioni *mortis causa* di vent'anni fa sottolineavo da un lato che il testamento è un particolare negozio, che suole essere redatto in età tarda, o quantomeno redatto per l'ultima volta in età tarda, e dall'altro che oggi la vita media si è molto allungata, ma non sempre, purtroppo, garantendo la conservazione sino all'ultimo della capacità di intendere e di volere. E concludevo che occorre rimeditare, per il caso in cui il testatore sia anziano, sulla idoneità della forma olografa del testamento [1].

Il problema del testamento del testatore anziano, che è discusso in più ordinamenti [2], è stato di recente ripreso anche nella nostra letteratura [3].

E si è, fra l'altro, proposto, *de iure condendo,* di precludere o scoraggiare l'utilizzo del testamento olografo alla persona anziana o le cui capacità intellettive siano dubbie [4], e, in modo più netto, di introdurre un limite di età, oltrepassato il quale – ove l'interessato intenda fare testamento – sia necessario l'intervento di un pubblico ufficiale [5].

Pietro Rescigno [6] ci ha riferito che viene dalla Germania la proposta di un intervento legislativo per il testamento formato "in prossimità della morte" (così Rescigno traduce *todesnahe*): si propone di precludere la forma dell'olografo e di imporre l'onere della forma notarile in una serie di casi, al fine di garantire i soggetti che, per motivi di età o di salute, sono più esposti alle

---

[1] G. DE NOVA, *Autonomia privata e successioni* mortis causa, in *Jus,* 1997, p. 277 ss.

[2] Per l'Inghilterra si veda R. KERRIDGE, *Wills made in suspicious circumstances: the problem of the vulnerable testator,* in *Cambridge Law Journal*, 59(2), 2000, p. 310; per la Germania si veda A. RÖTHEL, *Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge,* in *Fam RZ,* 2004, p. 999 ss. Per considerazioni comparatistiche vedi J.C. SONNEKUS, *Freedom of Testation and the Ageing Testator,* in K. REID, M. DE WAAL e R. ZIMMERMANN (eds.), *Exploring the Law of Succession,* Edinburgh, 2007, p. 78 ss.

[3] A. BUCELLI, *Testamento olografo redatto da persona anziana: questioni di validità e qualificazione,* in *Fam. persone e succ.*, 2006, p. 711 ss.; G. BONILINI, *Sulla proposta di novellazione delle norme relative alla successione necessaria,* in *Fam. persone e succ.*, 2007, p. 586 ss.; S. PATTI, *Senilità e autonomia negoziale della persona,* in *Fam. persone e succ.*, 2009, p. 259 ss.; M. CINQUE, *Il ruolo del notaio nel testamento pubblico e il problema della capacità naturale dell'ageing testator,* in *NGCC*, 2011, p. 1032 ss.; S. PATTI, *Il testamento olografo nell'era digitale,* in *Riv. dir. civ.,* 2014, II, 992, p. 1000 ss.; M. CINQUE, *Capacità di disporre per testamento e "vulnerabilità senile",* in *Dir. succ. fam.,* 2015, p. 361 ss.; M. GIROLAMI, *I testamenti suggeriti,* in *Riv. dir. civ.,* 2016, p. 562 ss.

[4] G. BONILINI, *op. cit.,* p. 586.

[5] S. PATTI, *Il testamento olografo*, cit., p. 1007.

[6] P. RESCIGNO, *Le possibili riforme del diritto ereditario,* in *Giur. it,* 2012, p. 1942 ss.

pressioni o alle suggestioni di chi materialmente li assiste o ne orienta la vita spirituale [7]. E Rescigno ci ha detto che tale proposta può essere valutata anche nel nostro paese.

La proposta di precludere il testamento olografo oltre una certa età lascia perplessi, soprattutto perché prospetta una soluzione fondata su una valutazione in astratto in punto di capacità [8].

Ma non è di una modifica legislativa che intendo occuparmi, e ciò anche per sottrarmi a soluzioni in astratto.

Per parte mia, vorrei tornare sull'argomento in una prospettiva diversa, e cioè chiedermi se il testatore anziano possa autotutelarsi imponendo per propria volontà la forma del testamento pubblico quale requisito di validità di propri futuri (ed eventuali) testamenti.

Mi chiedo cioè se il testatore anziano possa, ad esempio, redigere un testamento olografo quando ancora le sue condizioni sono tali da assicurarne la validità sul piano della capacità di intendere e di volere, ed in esso prevedere che ogni proprio eventuale futuro testamento, che dovesse voler porre in essere per modificare il precedente, debba necessariamente essere nella forma del testamento pubblico, al fine di meglio garantire che anche il futuro eventuale testamento risponda alla sua effettiva volontà.

Se è vero che tutte le forme legali previste per il testamento hanno come finalità quella di garantire l'effettività della volontà del testatore [9], dò qui per scontato che la forma del testamento pubblico sia più idonea della forma del testamento olografo a garantire che il testamento risponda alla effettiva volontà del testatore [10].

Per rispondere al quesito occorre affrontare una questione di principio, e liberarsi dal dubbio sollevato da Francesco Carnelutti sul potere dei privati di imporre una forma necessaria per la validità dei propri negozi.

Rodolfo Sacco lo ha già fatto da par suo nel *Contratto* del 1975, chiarendo che i dubbi in merito non sono fondati, e che «in via di principio, i privati non possono semplificare le fattispecie stabilite dal legislatore, ma possono subordinare gli effetti dei loro negozi al verificarsi di circostanze non richieste dalla legge: possono perciò statuire che le loro convenzioni future saranno rilevanti solo quando assistite da una forma speciale» [11].

Ma sussiste ancora una diffusa ritrosia a riconoscere appieno tale potere dei privati, come vedremo anche più là, e dunque conviene tornare sul luogo del delitto.

Lorenzo Mossa, in un suo scritto del 1919 sulla Commerciale, scrive: «è un vecchio principio quello secondo il quale i privati possono stabilire come requisito per l'efficacia dei loro ne-

---

[7] M. ADEN, *Das todesnahe Testament,* in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2011, p. 83 ss., il quale indica i settant'anni come confine.

[8] Così C.M. BIANCA, *Diritto civile,* vol. 2.2, V ed., Milano, 2015, p. 276, nota 97, e M. GIROLAMI, *op. cit.,* p. 566.

[9] È questa la conclusione cui perviene A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento,* Milano, 1966, p. 102 ss., seguito da F. GALGANO, *Il negozio giuridico,* Milano, 1988, p. 520.

[10] Sul tema M. GIROLAMI, *op. cit.,* p. 567.

[11] R. SACCO, *Il contratto,* Torino, 1975, p. 431.

gozi, sia contratti che atti unilaterali, la forma e particolarmente la forma scritta, quando essa non sia imposta dalla legge. Nessuno dubita di questo, né della reale efficacia dell'accordo» [12].

Aurelio Candian, nel volume *Documento e negozio giuridico* del 1925 [13], scrive: «che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione della esistenza di un contratto – per legge non formale – l'adozione di una determinata forma (…) è fuori di ogni possibile discussione» [14].

Interviene, con il consueto piglio polemico, Carnelutti [15]: «Domando scusa se oso dubitare».

E prosegue: «la volontà dei contraenti domina il contenuto del contratto, non la sua efficacia (…). Chi ha mai pensato che dipenda, per esempio, dalla volontà delle parti la validità di una donazione per scrittura privata?». Aggiunge che per sostenere che le parti abbiano la facoltà di far dipendere la efficacia delle loro dichiarazioni da una data forma occorrerebbe una previsione di legge (come si trova nel § 125 BGB) [16], e conclude: «se la legge tace, dov'è la ragione per ammetterla?».

È importante sottolineare che Carnelutti prosegue affermando: «ciò non significa che a un accordo delle parti, anzi, in genere, a una manifestazione della volontà di ciascuna parte intorno alla forma del negozio non si debba riconoscere alcun valore. Ma, per arrivare a riconoscerlo, la strada è un'altra». E la strada è quella di interpretare tale accordo, o tale manifestazione di volontà, nel senso che in difetto della forma prevista difetta l'*animus obligandi*.

Rileggere queste pagine non è solo un omaggio (pieno di nostalgia) ai tempi in cui i giuristi discutevano, anche animatamente, tra loro. Una rilettura mi pare utile, anche se oggi, si potrebbe dire, la legge non tace, perché parla all'art. 1352 cod. civ.

Un primo punto riguarda l'estensione del potere dei privati, una volta che lo si riconosca.

Il riferimento di Carnelutti alla donazione per scrittura privata è ovviamente polemico (ed infatti egli soggiunge: «So bene che Candian non ha voluto dir questo»). Ma induce a precisare che, in presenza di forme legali, il potere dei privati di imporre forme volontarie va inteso non già nel senso di poter escludere la necessità della forma legale, bensì nel senso di adottare una forma che la legge non considera necessaria.

Questo ci pare il modo migliore per chiarire tale aspetto [17]: altri argomenta in termini di divieto di adottare forme «meno rigorose» della forma legale [18].

---

[12] L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale,* in *Riv. dir. comm,,* 1919, I, p. 414 ss., a p. 431. Alla successiva p. 434 l'autore precisa che per ritenere che le parti facciano dipendere dalla forma la validità del contratto è necessaria una chiara manifestazione della loro volontà in tal senso.

[13] A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico,* I, Parma, 1925.

[14] A. CANDIAN, *op. cit.,* p. 33.

[15] F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico,* in *Riv. dir. comm.,* 1926, I, p. 217 ss.

[16] § 125 BGB: «*Nicktigkeit wegen Formmangels.* Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge» [*Nullità a causa di vizio di forma.* Il negozio giuridico che difetta della forma prescritta dalla legge è nullo. Il difetto della forma stabilita con un negozio giuridico comporta nel dubbio anch'esso la nullità].

[17] Così lo imposta E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico,* Torino, 1943, p. 177.

[18] Della necessità che si introduca un regime formale «più rigoroso di quello previsto dal diritto oggettivo» parla M. TALAMANCA, *Forma degli atti,* voce in *Enc. Forense,* Milano, 1958, p. 814; del divieto di prevedere forme «meno

Con specifico riferimento al nostro tema, questo limite al potere dei privati comunque non opera, perché il testatore sceglierebbe una fra le più forme legali, giovandosi della pluralità di forme legali che caratterizza il testamento [19].

Ma il tema centrale posto da Carnelutti è ovviamente quello della necessità che il potere dei privati in tema di forma volontaria si fondi su una norma espressa che lo riconosca. Perché, se si ritiene che non è necessaria una norma autorizzativa il nostro quesito già si orienta verso una risposta affermativa; se invece si ritiene che una norma autorizzativa è necessaria l'interprete deve addentrarsi sul cammino, percorribile ma in salita, dell'applicabilità per analogia dell'art. 1352 cod. civ. al testamento.

All'entrata in vigore dell'art. 1352 gli interpreti si sono divisi tra chi tendeva a limitare il potere dei privati in tema di forma volontaria alla sola ipotesi espressamente regolata dalla norma (una convenzione per un futuro contratto) [20] e chi invece considerava di natura non eccezionale il potere delle parti in materia di formalismo volontario [21].

Meno preoccupazioni di principio si riscontrano nella giurisprudenza, che ad esempio riconosce il potere dei privati di pattuire una forma volontaria anche con riferimento agli atti unilaterali che conseguono alla conclusione di un contratto [22].

In oggi, una voce autorevole si esprime con chiarezza nel senso che «il potere delle parti di dettare regole di forma non suppone esplicite previsioni normative e si estende potenzialmente (vale a dire in mancanza di disposizioni contrarie) a tutti gli atti che costituiscano espressione dell'autonomia privata» [23].

Poste queste premesse di principio, avviciniamoci al quesito chiedendoci se il vincolo della forma possa nascere unilateralmente.

Non penso qui alla forma imposta ad altri, secondo quanto consente l'art. 1326, 4° comma [24], bensì alla forma imposta, unilateralmente, a se stesso, in vista di un proprio atto unilaterale [25].

---

rigorose» parla A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte Generale,* IV ed., Torino, p. 122, nota 4. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti,* Napoli, 1987, p. 151 precisa che l'autoregolamentazione si può realizzare mediante la previsione di una forma diversa sia pure nell'ambito dello stesso tipo di forma, ad esempio quanto alle modalità attuative.

[19] Sulla pluralità delle forme legali del testamento v. F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale,* VIII ed., Milano, 1952, § 182 I *bis*; A. LISERRE, *op. cit.*, p. 126 ss.

[20] Così M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.),* voce in *Enc. Dir.*, Milano, 1968, 1002.

[21] A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, pp. 15 e 17 ss.

[22] Per la forma volontaria della scrittura per il recesso del lavoratore v. Cass. 27 marzo 1982, n. 1922 e Cass. 13 luglio 2001, n. 9554. Per la forma volontaria della revoca della procura a vendere v. Cass. 13 giugno 1958, n. 1999 (pubblicazione sul foglio annunci legali), e in Cass. 21 dicembre 1984, n. 6662 (raccomandata con avviso di ricevimento), in *Foro it.* 1989, I, p. 92 ss. Per la forma volontaria della scrittura per il recesso dalla fideiussione v. Cass. 6 agosto 1992, n. 9349, in *Foro it.,* I, 1, p. 1256 ss., a p. 1267.

[23] A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 122.

[24] V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 246, riconosce che il vincolo di forma può derivare da un esercizio unilaterale di autonomia, ma ciò con riferimento all'art. 1326, 4° comma, cod. civ.

[25] Esula dall'indagine l'ipotesi esaminata da L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italia-*

Gli interpreti si sono divisi sull'ammissibilità di una imposizione unilaterale di forma a se stessi: ad opinioni favorevoli [26] si accompagnano opinioni contrarie [27], motivate soprattutto sulla ritenuta assenza di un interesse giuridicamente rilevante ad una siffatta limitazione.

Per parte mia osservo innanzitutto che nel caso dell'imposizione unilaterale a se stesso per un proprio atto unilaterale è certamente assolto il requisito secondo cui le statuizioni relative alla forma del negozio possono essere prese solo da chi è legittimato a regolare gli interessi che del negozio sono materia [28].

Per fare riferimento ad un negozio unilaterale *inter vivos*, nessun ostacolo sembra porsi alla previsione, in una procura, di una clausola secondo cui la revoca della procura da parte del rappresentato possa essere validamente espressa solo con una determinata forma: la statuizione giurisprudenziale, che riconosce la validità di un patto, in un mandato con rappresentanza, in tal senso [29], ben può essere estesa alla procura come autonomo atto unilaterale.

Venendo al nostro caso, non ci pare dubbio che la previsione in un testamento olografo di una clausola come quella oggetto di quesito risponda ad un interesse meritevole di tutela.

Non occorrono infatti molte parole per dimostrare che la soluzione di prevedere per testamento una forma necessaria per un futuro testamento risponde al meglio all'esigenza di adeguamento al caso di specie. Potrà prevederla un testatore che abbia ragione di temere il futuro, ed in misura rilevante perché è rilevante il suo patrimonio, e non prevederla un altro, che è più sicuro di sé, o ha meno da lasciare.

Giunti a questo punto non ci sembra vi siano ostacoli a concludere che al quesito iniziale si deve dare risposta affermativa. Per concludere diversamente dovremmo rinvenire una disposizione di legge contraria.

Non è tale quella dell'art. 679 cod. civ. secondo cui «non si può in alcun modo rinunziare alla facoltà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie: ogni clausola o condizione contraria non ha effetto» [30]. Perché la scelta del testamento pubblico per manifestare una propria futura

---

no, Napoli, 2011, p. 437, il quale ammette che con un negozio unilaterale si possa imporre una forma vincolata, come nel caso di una procura che vincoli il procuratore ad adottare una determinata forma per i contratti rappresentativi, e nel caso di un testamento che imponga la forma dei contratti che l'erede dovrà compiere (casi, dunque, di forma imposta ad atti).

[26] A. GENOVESE, *op. cit.,* p. 24; F. CARRESI, *Gli effetti del contratto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 501 ss.; R. FAVALE, *Forme extralegali e autonomia negoziale,* Napoli, 1994, p. 104; V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale,* Napoli, 2002, p. 304.

[27] G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale,* Torino, III ed., 1980, p. 218 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale,* in *Commentario Scialoja e Branca,* Bologna-Roma, 1970, *sub* art. 1352, p. 455; A. RENDA, *Forme convenzionali,* in *Il Codice Civile. Commentario Schlesinger e Busnelli*, Milano, 2016, *sub* art. 1352, p. 125.

[28] Pone questo quesito E. BETTI, *op. cit.*, p. 179.

[29] Vedi *supra,* nota 22.

[30] Su questa norma, e sulla invalidità delle clausole derogatorie diffuse nel diritto intermedio, si veda M. TALAMANCA, *Successioni testamentarie,* in *Commentario Scialoja e Branca,* Bologna-Roma, 1965, *sub* art. 679, p. 2 e G. D'AMICO, *Revoca del testamento,* in *Enc. Dir.*, Milano 1989, 237.

La posizione degli interpreti è nel senso che sono invalide non solo le clausole derogatorie assolute (con cui si

nuova volontà testamentaria non può essere considerata una rinunzia a revocare o mutare le disposizioni testamentarie, dato che tale scelta è volta non già ad impedire che una revoca o un mutamento possa intervenire, bensì a prevedere che ciò debba avvenire con una forma che garantisca che la volontà di revocare o mutare le disposizioni testamentarie precedenti sia effettiva.

Una chiosa.

Borsari, nell'annotare l'art. 916 del codice civile del 1865, che già disponeva quanto ora previsto dall'art. 679[31], ricorda che il Cardinale De Luca vede nelle clausole derogatorie alla revocabilità del testamento un lato positivo, perché con esse il testatore «*provvede alla propria libertà per quel tempo in cui gli potrebbe essere tolta*». Ma conclude che bene ha fatto il legislatore ad escludere ogni effetto a tali clausole perché, osserva, «che tipo d'uomo è quello che si sgomenta di un avvenire e fa per sé proprio una confessione di debolezza (…) *Jus scriptum non est,* per uomini siffatti». Parole vibranti, con le quali tuttavia non mi pare si debba oggi dover consentire, per le ragioni esposte all'inizio.

esclude la revocabilità o la modificabilità), ma anche quelle relative (con cui si prevede che sia necessario, per la revoca o la modificazione, che il nuovo testo contenga espressioni predefinite, come l'invocazione della Vergine: di "ciertas palabras o señales" parla il corrispondente secondo comma dell'art. 737 del codice civile spagnolo): solo in senso atecnico si può parlare per queste ultime di clausole che predeterminano una forma (così si esprime invece A. ALBANESE, *Della revocazione delle disposizioni testamentarie,* in *Commentario Scialoja e Branca*, Bologna e Roma, *sub* art. 679, p. 34.

È interessante notare che C. GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano,* Milano, II ed., vol. I, 1952, p. 48 argomenta nel senso che nel caso in cui un testamento sia fatto in dispregio di una clausola derogatoria relativa si deve valutare se non ci si trovi dinnanzi ad un mero progetto di testamento: qui è palese la simmetria con la *pars construens* dell'argomentazione di Carnelutti. Nel caso in cui una clausola derogatoria sia dichiarata nulla, il testamento che la contiene rimane valido (Trib. Napoli, 24 giugno 1972, *Temi*, 1972, 236; M. C. TATARANO, *Il testamento,* Napoli, 2013, p. 508; A. ALBANESE, *op. cit.,* 34.

[31] L. BORSARI, *Commentario del codice civile italiano,* Torino, 1874, *sub* art. 916, p. 864.

JUS CIVILE

GIORGIO DE NOVA

Professore ordinario di diritto civile – Università Statale di Milano

LE NUOVE FRONTIERE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO: I *PUNITIVE DAMAGES*[1]

SOMMARIO: *1. Le frontiere mobili tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale. – 2. Sul danno e sulla sua quantificazione. – 3. In tema di punitive damages.*

1. – Di Majo e Travaglino, discordi su tutto, concordano tuttavia nel rilevare la tendenza della Cassazione a ridurre il territorio della responsabilità extracontrattuale a favore della responsabilità contrattuale.

Mi chiedo se ciò ha sempre comportato una più razionale tutela di interessi meritevoli.

Perché le qualificazioni interessano in funzione delle differenze di disciplina. E la disciplina della responsabilità contrattuale non è sempre migliore e più adatta di quella della responsabilità extracontrattuale.

Cominciamo dalla prescrizione: cinque anni o invece dieci anni.

Il Presidente Spirito, con la schiettezza che gli è propria, e che lo fa apprezzare da tutti noi, ha detto: per i medici abbiamo parlato di responsabilità contrattuale per avere 10 anni di prescrizione. Per i medici può essere stato un vantaggio ragionevole.

Ma lo è per la responsabilità precontrattuale, essa pure di recente qualificata dalla Cassazione come contrattuale, con la conseguente applicazione della prescrizione decennale?

Se chiedo l'annullamento per dolo la prescrizione è di cinque anni, se in subordine chiedo il risarcimento per dolo incidente la prescrizione è di cinque anni (almeno così ci dice la Cassazione in una sentenza del 1990, la n. 2798, e così ci dice la dottrina): se poi mi giovo della giurisprudenza della Suprema Corte che accoglie la teoria dei vizi incompleti e così rettifica l'equilibrio contrattuale del contratto c.d. sconveniente (anche se esso rimane valido e vincolante), non devo far fatica a provare il dolo e mi limito a parlare di violazione del principio di buona fede nelle trattative: e per di più ho dieci anni di tempo?

Qui francamente a me pare che il sistema non regge, e non si capisce perché si dovrebbero dare dieci anni di tempo al contraente per accorgersi di avere concluso un contratto sconveniente.

---

[1] Considerazioni conclusive svolte al convegno su "Le nuove frontiere del risarcimento del danno" presso la Corte di Cassazione in data 2 febbraio 2017.

Quanto alla prova della colpa, certo è più agevole la situazione del creditore nella responsabilità contrattuale. Ma il principio della Cassazione, secondo cui è sempre il debitore a dovere provare di avere diligentemente adempiuto, può ragionevolmente applicarsi alla obbligazione senza prestazione? Direi di no.

Quanto ai danni risarcibili, qui è la responsabilità extracontrattuale ad avere una disciplina più favorevole, perché consente il risarcimento dei danni imprevedibili, escluso per la responsabilità contrattuale, salvo il caso estremo (ed interpretato in modo molto restrittivo) dell'inadempimento doloso (che non è l'inadempimento efficiente).

Quanto al danno meramente economico o danno al patrimonio, la prospettiva di renderlo risarcibile in via extracontrattuale con una costruzione ad hoc lascia molto perplessi.

La sentenza De Chirico del 1982 della Cassazione è stata giustamente criticata, ed è rimasta pressoché isolata.

E devo dire che anche l'ipotesi formulata da Di Majo di renderlo risarcibile *sub* art. 2043 per la via dell'ingiustizia del danno, pare a me molto pericolosa.

Meglio tenere fermo il principio della non risarcibilità del danno del patrimonio in via aquiliana.

2. – Prima questione è se ci sia un danno.

Spesso la questione non viene neppure posta, quasi che la risposta sia ovvia, quasi che la domanda vera nasca una volta accertato il danno, e ciò per sapere se il danno sia risarcibile.

Ed invece la questione preliminare della sussistenza del danno deve essere posta.

Il codice non ci parla del danno, ci parla del risarcimento del danno: così all'art. 1223 ("risarcimento del danno per inadempimento").

Solo all'art. 2043 si parla di danno: ma per aggiungere che deve trattarsi di danno ingiusto, così introducendo il tema della risarcibilità.

Parliamo del danno patrimoniale da inadempimento del contratto, per rifarci al tema in relazione al quale si potrebbe pensare che tutto ormai sia chiaro.

Venditore vende a Compratore, ma Compratore non paga. Qual è il danno del Venditore? Consideriamo il mancato guadagno.

Se, risolto il contratto per inadempimento del Compratore, Venditore vende il bene oggetto del contratto con il Compratore ad un terzo allo stesso prezzo, si potrebbe pensare che non vi sia mancato guadagno, e quindi non ci sia danno.

Ma può essere che Venditore abbia in magazzino quel bene senza limiti, o una capacità produttiva illimitata. E dunque poteva vendere sia a Compratore sia a Compratore Due. Ed allora il mancato guadagno c'è: è il lucro che sarebbe derivato dalla vendita a Compratore, e che è andato perso.

L'economista ci dice che per verificare se sussiste un mancato guadagno occorre guardare alla curva dei costi del venditore/produttore: se il venditore/produttore si trova in una curva dei

costi che gli consente di soddisfare tutto il mercato, non si ha perdita di volumi, e dunque non si ha danno. Ma se il Compratore rappresentava una domanda addizionale, si ha perdita di volumi, e quindi si ha mancato guadagno, e danno.

È questo solo un esempio della non banalità del tema della sussistenza del danno.

Più in generale, per accertare se sussista un danno occorre una previa analisi, che consenta di individuare alcuni dati: così quale sia il momento rilevante dell'inadempimento, il mercato di riferimento, il rapporto tra prezzo e valore.

Può essere che il danno non debba essere provato, ma sia *in re ipsa* (penso alla importante decisione della Cassazione in materia finanziaria, secondo cui se l'operatore finanziario fa fare un investimento che non doveva far fare, il danno è *in re ipsa*).

Può essere che il danno sia presunto, come prevede l'art. 14, 2° comma del d. lg. 3/2017 sul danno da illecito anticoncorrenziale, con riferimento espresso al cartello, ma con possibile estensione all'illecito da sfruttamento. Vi hanno fatto cenno il Presidente Rordorf e Palmieri.

Sull'esistenza o meno del danno non patrimoniale si è soffermato il Presidente Travaglino.

Quanto alla quantificazione del danno, la situazione è certo difficile, come ci ha ricordato il Presidente Spirito.

Basti fare un esempio. Sulla base di un medesimo provvedimento dell'Antitrust sono state pronunciate dieci sentenze (tra Milano e Roma) in cause *follow on*. Ebbene, le sentenze in esame giungono a quantificazioni del danno ispirate a criteri diversi (in alcune il danno è da *margin squeeze*, in altre da *overcharge*) e pervengono ad importi del risarcimento lontanissimi tra loro (e senza che ciò sia determinato dalle diverse posizioni di mercato degli operatori coinvolti).

È però eccessivo dire (come da detto il Presidente Spirito) che la dottrina non abbia fatto nulla. Quanto alla responsabilità contrattuale ricordo il libro di Pietro Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi* del 2010, in cui affronta molti profili del *quantum*, tra cui l'alternativa tra interesse negativo e positivo; ricordo il recente volume pubblicato a cura della nostra *rivista Diritto del Commercio Internazionale* degli atti del convegno sulla CTU nel giudizio arbitrale con riferimento al danno da inadempimento contrattuale (in cui si leggono pagine di civilisti e di economisti in dialogo tra loro).

3. – Come giustamente ricordava Scognamiglio, la questione va affrontata in più fasi.

Ma il tema della riconoscibilità di una sentenza straniera che disponga "*punitive damages"* si lega strettamente al tema se anche da noi sia auspicabile che si affermi in via giudiziale e generale il principio secondo cui il convenuto può essere condannato a corrispondere all'attore una somma che prescinda dal danno che l'attore ha subìto.

Una osservazione preliminare: il tema non è quello della quantificazione del danno (sia esso patrimoniale o non patrimoniale).

La domanda di "*punitive damages"* è una domanda distinta ed autonoma (come ricordava Sesta), rispetto a quella di risarcimento del danno.

E il tema non è neppure quello della retroversione degli utili: in *Common Law* si dice infatti che *disgorgement is a remedy, not a punishment.*

Veniamo alla riconoscibilità.

Nell'affrontare il tema dei c.d. danni punitivi è opportuno ricordare, sfidando l'ovvio, che il limite dell'ordine pubblico c.d. internazionale vigeva prima dell'entrata in vigore della nostra Costituzione.

Nel commentare l'art. 21 preleggi, intitolato al «limite dell'ordine pubblico e del buon costume» GIORGIO BELLADONE PALLIERI, nel Commentario D'Amelio Finzi, attribuiva all'art. 21 il merito di avere correttamente distinto «il concetto di ordine pubblico interno, ossia delle norme imperative alle quali non può derogare la volontà privata» dal concetto di «ordine pubblico internazionale, ossia di quegli interessi fondamentali propri del nostro Stato che impediscono l'applicazione della legge straniera altrimenti competente».

E dunque sin dal 1942 la dottrina internazionalprivatistica era ben consapevole della necessità di individuare gli "interessi fondamentali dello Stato", che costituivano un limite alla recezione in Italia del diritto straniero.

Questa premessa già induce a dubitare che sia corretto, oggi che la Costituzione è in vigore, ritenere che tutti i principi che costituiscono, per l'Italia, l'ordine pubblico c.d. internazionale siano contenuti nella Costituzione.

È ovvio che nella Costituzione si rinvengono alcuni di tali principi, ma è anche vero che altri principi, che tuttavia integrano l'ordine pubblico internazionale, si trovano nell'ordinamento italiano, al di fuori della Costituzione.

Detto in altre parole, non mi sembra di poter condividere (e lo dico con il conforto della dominante opinione della nostra dottrina internazionalprivatistica) la tesi dell'ordinanza di rimessione secondo cui si dovrebbe «*ammettere il contrasto con l'ordine pubblico soltanto nel caso in cui al legislatore ordinario sia precluso di introdurre, nell'ordinamento interno, una ipotetica norma analoga a quella straniera, in quanto incompatibile con i valori costituzionali primari*».

Si tratta allora di verificare se un generale riconoscimento di *punitive damages* sia o meno contrario ai fondamentali principi del nostro diritto privato.

A me pare debole argomento a favore quello secondo cui in alcuni casi il nostro legislatore prevede il riconoscimento di importi non collegati con il danno.

Si tratta infatti di vedere quale sia la *ratio* di questi casi, e se essa coincida con il fondamento dei *punitive damages*.

Appare ad esempio non opportuno che si porti come argomento a favore l'art. 96, comma 3 cod. proc. civ., che sanziona l'abuso del processo da parte dell'attore quando (come ci ricordavano Scognamiglio e Galli) la principale finalità dei *punitive damages* è quella di ristorare l'attore dei costi di lite, non recuperabili dall'attore in base all'American Rule, secondo cui l'attore sopporta i costi della lite, anche se è vittorioso.

Per altro verso convince poco come argomento contrario l'affermazione secondo cui la re-

sponsabilità civile avrebbe da noi come unica finalità quella reintegrativa del patrimonio.

Anche la responsabilità civile che reintegra il patrimonio risponde ad una funzione deterrente. Se il danno non rimane in capo alla vittima, ma viene spostato in capo all'autore dell'illecito, la ragione giustificatrice non è solo quella di reintegrare il danneggiato, la ragione giustificatrice sta anche nella funzione sanzionatoria e deterrente.

Le ipotesi in cui il nostro ordinamento riconosce che l'attore possa ottenere qualcosa in più del risarcimento del danno vanno dunque esaminate nella loro *ratio*, una per una.

Così, ad esempio, il caso della reversione degli utili può essere visto come finalizzato a rendere "neutra" la percezione di utili da parte dell'autore dell'illecito, piuttosto che come "sanzione".

È al riguardo interessante notare che in *Common Law* si è a lungo ritenuto che in caso di *breach of contract* si deve guardare al *loss* dell'attore piuttosto che al *profit* del convenuto. Oggi si comincia a riconoscere che in alcuni casi si può considerare il *profit* del convenuto, ma, appunto, in alcuni casi in altri no.

È interessante notare che il problema dei *punitive damages* si è posto anche con riferimento all'arbitrato internazionale, in particolare con riferimento ai casi di "*opportunistic breaches of contract*". Ebbene, la conclusione è negativa: si ritiene che la competenza degli arbitri internazionali non si estenda a rimedi "punitivi".

In conclusione, il punto è se il riconoscimento in via generale all'attore di somme non collegate al danno da lui subito possa essere affidato al diritto giurisprudenziale, o debba essere invece fondato volta a volta sulla previsione del legislatore (come ricordava SESTA).

Le Sezioni Unite sono chiamate, inevitabilmente, ad una pronuncia di portata generale, quella della "riconoscibilità o meno delle sentenze straniere comunitarie di danni punitivi" (così l'ordinanza).

Di qui, a me pare, la necessità di una particolare cautela. Perché se la risposta fosse affermativa qualsiasi sentenza straniera che preveda il risarcimento di danni punitivi sarebbe domani riconoscibile, quale che sia il fondamento in quella sentenza del riconoscimento di *punitive damages*.

Ed è facile prevedere che, in seguito ad una risposta affermativa delle Sezioni Unite, di fatto si finirebbe per ammettere che possa anche nel diritto interno affermarsi un principio giurisprudenziale di riconoscibilità generale dei c.d. "danni punitivi". Cosa di cui non credo noi si abbia alcun bisogno.

Anche perché, come ricordava il Consigliere Perrino e come accennava anche Scognamiglio alla fine della sua relazione, si pone sullo sfondo il problema della prevedibilità delle future sentenze.

* * *

Una considerazione finale.

Il Presidente Canzio ci ha ricordato la necessaria dialettica tra nomofilachia e inquietudine del giurista e del giudice, che sa di dover rispondere alle nuove esigenze che emergono.

Equilibrio difficile: al quale si può pervenire se l'applicazione del diritto è anche *Rechtsfortbildung*, cioè costruzione di un nuovo diritto in continuità con il diritto vigente.

JUS CIVILE

MARIO TRIMARCHI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Messina

COMPLESSITÀ E INTEGRAZIONE DELLE FONTI NEL DIRITTO PRIVATO IN TRASFORMAZIONE [1]

1. – La scelta del tema "Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione" si ricollega alle ricerche condotte, soprattutto nell'ultimo ventennio, dal Nostro Onorato e alla sua intuizione secondo cui il diritto privato sta vivendo una fase di profonda trasformazione e non di mera crisi o di semplice evoluzione. I mutamenti, invero propri di ogni tempo, attengono adesso a momenti e caratteri essenziali del fenomeno giuridico, così come trasmessici dalla modernità, nonché alla funzione del giurista e delle categorie concettuali.

Tale trasformazione è stata senza dubbio indotta dalla globalizzazione e dal policentrismo normativo che hanno determinato un nuovo momento storico di emersione della complessità. Complessità che non costituisce il mero presupposto sociologico della riflessione del giurista, ma integra piuttosto il dato connotativo della giuridicità. Il diritto del ventunesimo secolo è il diritto della complessità nel senso che alla complessità sociale, c.d. estrinseca consegue e corrisponde la complessità giuridica, c.d. intrinseca.

La teorica della complessità solleva peraltro ardue questioni epistemologiche. Talora si utilizza la parola complessità come rivestita di un'aurea alchemica di invocazione magica per giustificare o comprovare particolari difficoltà nella comprensione o nella applicazione delle norme.

In effetti il nesso tra complessità e diritto non è agevole da cogliere. Si potrebbe, infatti, assumere che tale rapporto sia di contrapposizione, nel senso che la prima descriverebbe il mondo del disordine (cioè della realtà sociale) ed il secondo quello dell'ordine (cioè delle regole di condotta). Invero, posto che il diritto è espressione e parte della realtà umana e sociale, giacché il reale è complesso, ne consegue che il diritto è un fenomeno complesso. È illusorio pensare che la complessità e il disordine ricorrano in ambito sociale e che poi il diritto e l'ordine regnino in quanto operanti sul piano del dover essere. Può ben verificarsi che date regole giuridiche prefigurino uno stile di vita non pienamente coincidente con i reali assetti di interesse dei consociati. Angelo Falzea nella voce Complessità giuridica, contenuta negli Annali dell'Enciclopedia del diritto, ha così modo di cogliere, quali momenti essenziali e connessi della giuridicità, rispettivamente, una complessità sostanziale, data dall'intreccio degli interessi rilevanti e una comples-

[1] Presentazione al Convegno in onore di Vincenzo Scalisi su "Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione", Università di Messina, 27-28 maggio 2016.

sità formale, costituita dall'insieme degli elementi evidenzianti le regole di condotta.

Assunto, quindi, che la complessità giuridica non è altro che una delle espressioni del fenomeno della complessità, va subito rilevato che la complessità non va confusa con la complicazione. Quest'ultima è causata dalla moltiplicazione delle regole e dalla vertiginosa inflazione normativa che comportano incertezza del diritto; la complessità, invece, non attiene ad un problema di tipo quantitativo e non è, quindi, il contrario di semplicità, bensì di semplificazione: ed invero non tutto ciò che è complesso è necessariamente complicato.

La complessità, specie quella giuridica, alimentata dalla internazionalizzazione del diritto e segnata dalla contraddittorietà e dalla indeterminatezza delle regole, delinea piuttosto un ordinamento fortemente segnato da interdipendenze, discontinuità, interazioni e conseguentemente da un inevitabile grado d'incertezza. Un diritto, in altri termini, non più unidirezionale, monistico e a struttura verticale, ma piuttosto pluridimensionale, pluralistico e a struttura reticolare.

La complessità del diritto comporta, allora, la necessità di superare ogni impostazione che lo configuri come un sistema chiuso, certo, fisso, stabilito e stabile e di prediligere un metodo che lo studi come un fenomeno per più aspetti instabile, incerto, discontinuo e aperto. All'immagine tradizionale della piramide subentra quella di rete, nel senso che si constata la presenza di un tessuto giuridico pieno di intrecci e interazioni dove è obsoleta l'idea di un centro e diffusa, invece, quella della problematicità degli assetti normativi e della non perfetta prevedibilità del nuovo equilibrio, comunque transeunte, che il sistema tende a raggiungere.

In questo quadro il giurista deve saper resistere all'ideologia dell'ordine unificante ed evitare di subordinare i fatti ai concetti. Deve, invece, frequentare la dimensione dell'inedito (da non confondere con l'ignoto) e provare a ragionare anche secondo logiche *fuzzy*, cioè sfocate o non rigorose. La mondializzazione del diritto ha infatti moltiplicato le interdipendenze tra sistemi anche molto diversi e prodotto connessi grovigli normativi spesso inestricabili con lo strumentario tradizionale. In particolare la coppia classica identità/conformità non è più sempre in grado di dare risposte soddisfacenti ed è quindi necessario utilizzare una logica fondata sulla coppia prossimità/compatibilità, perseguendo essenzialmente l'armonizzazione delle regole con un approccio attento alla comparazione e al riconoscimento della piena operatività dei principi, quali regole adeguate alla complessità, espressione di una razionalità né puramente giuspositivista né puramente giusnaturalista.

Tale rinnovata metodologia non è, peraltro, destinata a modificare l'obiettivo del giurista, che rimane sempre quello di conoscere la realtà giuridica, anche attraverso analisi sistematiche, in modo da garantire un livello adeguato di certezza del diritto in quel dato momento del fluire storico.

Ciò che cambia sono gli strumenti per conseguire quello scopo: i concetti classici semplificanti risultano, infatti, spesso lontani dalla realtà e non sono utili per elaborare risposte soddisfacenti alle sfide della società contemporanea. Non si tratta, allora, di uccidere il concetto, quanto piuttosto di superare il concetto moderno astratto e unificante a favore di un concetto con funzioni di concatenamento e di connessione, rispettoso della pluralità e capace di cogliere la

c.d. *unitas multiplex*, l'uno nel molteplice e il molteplice nell'uno. In effetti la pressione della globalizzazione genera uno stato di inquietudine e però la complessità giuridica non può sfociare in un positivismo empirico, che si atteggi poi, come rileva Falzea, o nella visione ottimistica di un rigido normativismo o in quella pessimistica di un opaco fattualismo.

Una diversa impostazione, che non ritenga possibile convertire il disordine in un nuovo seppur temporaneo ordine, non riuscirebbe invero ad evitare lo spettro del relativismo. I ritmi evolutivi incalzanti delle esigenze umane e le linee di sviluppo contraddittorie della società rendono problematici l'adeguamento e la stessa individuazione delle regole, ma il potere dell'interprete, – pur nella consapevolezza che non è fuori ma dentro il circolo ermeneutico, è *conditor iuris*, facitore esso medesimo di diritto-, non deve precipitare nell'arbitrio. La compresenza del disordine della casualità e dell'ordine della causalità va composta e tendenzialmente superata attraverso una ricca tipologia normativa e cioè attraverso meccanismi adeguati al diritto della molteplicità e della mutevolezza dei valori giuridici. Occorre cioè orientarsi verso un approccio basato su una epistemologia costruttivista e sull'idea di un pluralismo ordinato dove la decisione è il risultato della considerazione dei vari ambiti e livelli che compongono il sistema, in modo che le regole ordinatrici della complessità svolgano una efficace azione di contenimento delle azioni disgregatrici della anticomplessità.

2. – Questo processo di trasformazione del diritto privato contemporaneo non si sviluppa, peraltro, in modo omogeneo, bensì secondo modalità discontinue, altalenanti e diverse da materia a materia. Così, l'istanza globalizzatrice e internazionalista delle questioni privatistiche, – principale volano della complessità contemporanea-, ricorre senz'altro in tutti i campi, ma in alcuni settori e cioè in quelli ove sono presenti forti interessi e forze sociali che la esigono, la dimensione sovranazionale della giuridicità va rapidamente imponendosi, mentre in altri tale evoluzione, ancorché significativa, è più lenta e comunque risulta frenata da localismi e regionalismi. In particolare, da ultimo, il vento demagogico del nazionalismo sembra mettere in crisi lo stesso processo di integrazione europea e far riemergere una dimensione statale delle regole. In questo modo, però, non si riscoprono e valorizzano, come sarebbe opportuno, le diversità all'interno di un quadro generale di valori sociali condivisi, bensì si danno risposte emozionali ed inutili, foriere solo di ulteriori pericolose diseguaglianze e discriminazioni tra i popoli e nei popoli.

Al di là, comunque, di queste ultime considerazioni, è certo che ricorrono ambiti giuridici privatistici con differenti gradi di complessità, a seconda che i fattori sinora ricordati che la connotano siano più o meno intensamente ricorrenti e così, tipicamente a seconda che si riscontrino una maggiore o minore concentrazione di autorità o centri dai quali promanino indicazioni normative, a loro volta dotate di una più o meno intensa capacità di incidere effettivamente sul processo decisionale ed operativo partecipando alla formazione e garantendo il rispetto della regola.

Nei campi nei quali si è assistito ad un rapidissimo progresso della scienza e della tecnica ed è quindi massima la pressione economico-sociale alla mondializzazione, non ha sempre corri-

sposto una parallela adeguata rimodulazione delle regole giuridiche ed anzi possono riscontrarsi preoccupanti ritardi e difficoltà nel prospettare una regolamentazione che mitighi il disordine e assicuri soluzioni giuste, nella prospettiva di un, seppur parziale, recupero della certezza del diritto. In alcuni settori del diritto privato, specie in quello dei diritti della persona e delle tecniche di gestione della vita e in quello dell'autonomia privata e dei contratti delle grandi imprese e di quelli finanziari, si è invero accumulata una estrema varietà di regole: accanto alle tradizionali fonti statali, se ne sono aggiunte altre provenienti da una moltitudine di organismi europei o internazionali (ne sono stati contati circa duecento) ed anche direttamente dagli stessi protagonisti del sociale (si pensi ai codici di autodisciplina o alla c.d. *lex mercatoria*), ma tale massa di materiale *lato sensu* normativo presenta rilevanza e portata spesso incerte, e comunque non di rado costituisce un intricato groviglio ai limiti della praticabilità, spesso ambiguo e contraddittorio, dalla difficile se non impossibile sistematizzazione.

In questo quadro fenomenico stanno in fatto prevalendo sullo scenario internazionale attori giuridici portatori di interessi economicamente forti. L'infinità e l'indeterminatezza delle regole proposte o ricorrenti a vari livelli e in vari ambiti ha determinato oggettivamente "vuoti" di regolamentazione all'interno dei quali si sono, inoltre, diffuse le prescrizioni della tecnica. Già Cartesio, nel Discorso sul metodo, notava che "la moltitudine delle leggi fornisce spesso delle giustificazioni ai vizi". In realtà uno dei paradossi della complessità giuridica e del policentrismo normativo consiste proprio nella ricorrenza di una disordinata congerie di regole che ha prodotto, almeno in alcuni campi, un'assenza di regole, un diritto debole, nel senso che in mancanza di disposizioni che a livello europeo ed internazionale forniscano risposte adeguate alle sfide della contemporaneità e soprattutto soluzioni effettivamente garantite e rispettate, si è sostanzialmente realizzata una situazione di libertà incontrollata, dove poteri privati deresponsabilizzati gestiscono i loro interessi praticando prevalentemente regole che loro stessi si sono date. E, così, sia nella delicata materia dei diritti della persona, sia nel settore del diritto patrimoniale e quindi del contratto e della proprietà, si assiste a livello planetario alla dittatura della tecnica e dei capitali che la alimentano e quindi a fatti anomali quali – per ricordarne alcuni, tra loro diversi, ma comunque connessi– forme di estrema concentrazione della ricchezza oppure modalità di gestione incontrollate del bene vita.

3. – A prescindere da queste notazioni, pare, comunque, potersi rilevare che la complessità giuridica debba indurre il giurista ad essere più realista e ad evitare di assumere concetti a priori assolutamente astratti e con pretese unificanti; occorre invece procedere con logiche che ricerchino le concatenazioni e nella consapevolezza della fluidità del fenomeno giuridico, quale sistema aperto ed imperfetto, segnato da aporie e contraddizioni, da leggere nel rispetto della diversità e della pluralità.

Sotto questo profilo assolutamente significativa è la vicenda del diritto privato europeo. Qui, come è noto, opera un insieme ormai molto vasto di regole, formatesi in via sia legislativa sia

giurisprudenziale, che trae la sua origine nelle regolamentazioni degli istituti proprie degli ordinamenti nazionali degli Stati aderenti all'Unione europea, ma che al tempo stesso è destinato a relazionarsi e ad interagire con quelle discipline, chiamate a loro volta ad armonizzarsi col diritto europeo. Le indicazioni contenute nelle disposizioni finali della Carta europea dei diritti fondamentali della persona (la c.d. Carta di Nizza) in ordine ai criteri da adottare per la sua interpretazione e applicazione rappresentano, in particolare, una importante indicazione metodologica per cogliere l'ordine mobile interno ad un sistema complesso. Il riferimento a una serie di dati o elementi, talora in ipotesi anche in parziale contraddizione tra loro, da tenere in conto in sede ermeneutica, esprime proprio la ricchezza e l'attualità di un percorso che ben può essere assunto a modello dell'epistemologia contemporanea. E, così, si dispone che in sede di ricerca della regola occorre aver riguardo, oltre che ai principi del diritto dell'Unione, a quelli risultanti dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed ancora a quelli integranti tradizioni costituzionali comuni degli ordinamenti dei paesi membri e a quelli contenuti in singole Costituzioni nazionali. Senza dire, poi, che è prescritto al tempo stesso il rispetto del contenuto minimo essenziale di ciascun diritto e il divieto del suo abuso, per favorire il contemperamento delle varie disposizioni in un'ottica comunque attenta al rispetto del principio di proporzionalità. Si danno, quindi, una pluralità di indicazioni che, esaltando il ruolo dell'interprete, tendono a mitigare l'incertezza del diritto in un sistema con un assetto a raggiera, dove le stesse norme (quelle europee), dovendo essere coordinate con quelle di ciascuno ordinamento nazionale, possono assumere significati in qualche misura differenti ed adattarsi ai vari contesti. Un diritto, in altri termini, a geometria variabile, un sistema dove si oscilla tra eterogeneità ed omogeneità nell'ambito di quella *unitas multiplex* propria degli insiemi complessi.

Anche le indagini di Vincenzo Scalisi sul diritto contrattuale europeo dimostrano come solo mettendo in rapporto dialogico di circolarità il diritto uniforme europeo e quello dei diversi ordinamenti nazionali è possibile cogliere un unitario e fondante nucleo di senso, nella prospettiva della ricerca del miglior diritto possibile. In particolare la prospettiva aperta e duttile del *regolamento contrattuale* viene fatta oggetto di una vera e propria costruzione policentrica e multilivello (volontaria, legale, giudiziale, amministrativa), sicuramente inedita per estensione e intensità, con invalidità e inefficacia direttamente chiamate anch'esse nel ruolo strategico di rimedi conformativi.

4. – L'estensione di questo metodo alla maggior parte delle materie di interesse privatistico, ormai caratterizzate da complessità giuridica, conduce allora il giurista a ricorrere a elementi interpretativi che, senza tralasciare le opzioni classiche del criterio di competenza e soprattutto di quello gerarchico, tendano a privilegiare il criterio dell'integrazione delle fonti, l'unico nel tempo del policentrismo normativo e della complessità in grado di ridurre l'incertezza e di fornire risposte quanto più possibile adeguate ai problemi di interesse dei consociati. Detto criterio, più in particolare, si fonda sul c.d. circolo autopoietico, e cioè sul rilievo che la rete dei processi di

produzione produce i suoi componenti che a loro volta producono la rete stessa e comporta di conseguenza la realizzazione di un interscambio assiologico tra i dati normativi rilevanti a vari livelli, siano essi di tipo legislativo, giurisprudenziale, consuetudinario o di provenienza dai privati. Si realizza, così, una integrazione tra tutte le fonti nel senso che ciascuna di esse, in quanto parte di una rete, è chiamata ad interagire con le altre e ad influire sulla loro portata, cosicché l'interpretazione di ciascuna deve essere condotta alla luce del raffronto con le altre, prescegliendo quindi di ognuna il significato che la renda compatibile con l'insieme e ne limiti l'instabilità.

Un sistema privatistico sostanzialmente e formalmente complesso presenta peraltro inevitabilmente al suo interno contraddizioni e irrazionalità. La funzione del giurista contemporaneo è allora anche quella di provare a cogliere la potenzialità creativa delle aporie e di ricomporre il tessuto sgranato della giuridicità, tentando, in un'ottica di giustizia, di prospettare ed utilizzare uno strumentario concettuale e categoriale fortemente rinnovato, concreto ed aderente al reale, che limiti il disordine e soprattutto argini ogni deriva non in linea con le esigenze sociali emergenti dal mondo dei fatti. Uno strumentario, ancora, come insegna Vincenzo Scalisi, che abbandoni la logica del pensiero unico e si apra al pluralismo, che non abbia timore nei confronti del nuovo, che sia flessibile e consenta di acquisire al tempo stesso incompatibilità e interdipendenze, dissonanze e vicinanze.

Il processo di decostruzione delle categorie tradizionali, lontano dall'essere completato, non deve quindi essere fine a se stesso, con deriva nichilistica, ma funzionale ad una continua ricostruzione dello strumento concettuale. Il pensiero complesso non rifiuta l'ordine né la chiarezza. Solo ci avverte che sono comunque temporanei, in quanto sopraggiunto il nuovo, l'imprevisto, l'incerto, l'opera ricostruttiva deve ricominciare senza sosta nel continuo divenire della storia. In questa logica la trasformazione del diritto privato impone, come afferma il nostro onorato, una rinnovata centralità dell'operazione ermeneutica, in una prospettiva veritativa orientata a giustizia "impegnata nella scoperta della normatività del fatto attraverso la lettura della giuridicità ordinamentale della vita sociale, e per un fine che è quello di ricavare una regola di azione destinata a rifletterla integralmente".

JUS CIVILE

GIORGIA CORSI

Dottoranda di ricerca – Università di Genova

DANNI PUNITIVI: ANCORA ATTESE LE SEZIONI UNITE [1]

SOMMARIO: *1. L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite: il caso. – 2. Il principio di ordine pubblico. – 3. Punitive damages, danni punitivi e la funzione della responsabilità civile. – 4. L'atteggiamento di chiusura della Corte di Cassazione nei confronti dei danni punitivi. – 5. Considerazioni conclusive.*

1. – Nella vicenda che origina la rimessione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, un motociclista americano, vittima di un incidente stradale, ha subìto gravi lesioni personali a causa di un vizio del casco prodotto da una società italiana, denominata AXO Sport, e rivenduto dalla NOSA, società americana. Quest'ultima, dopo aver stipulato un accordo transattivo con il danneggiato, accettando di versare un'ingente somma di denaro in suo favore, agisce in giudizio dinnanzi alla Corte americana per sentire condannare la AXO al pagamento dell'importo corrisposto a titolo transattivo, anche a titolo di danni punitivi: in primo grado, il giudice della Florida condanna la società italiana all'integrale rimborso dell'ammontare versato, nonché alla rifusione delle spese di lite; nei gradi successivi, la decisione viene confermata e le sentenze passano in giudicato.

Non avendo conseguito il pagamento, la società americana si rivolge alla Corte d'Appello di Venezia al fine di ottenere il riconoscimento della sentenza straniera, ritenendone sussistenti i presupposti ai sensi dell'art. 64 della l. 31 maggio 1995, n. 218; la AXO Sport, dal canto suo, deduce la contrarietà della pronuncia americana all'ordine pubblico italiano [2]. La società italiana risulta soccombente avendo la Corte d'Appello veneta escluso la violazione del principio di ordine pubblico italiano sostenendo, con particolare riferimento ai danni punitivi, che "*la condanna di AXO non trovava titolo nel risarcimento del danno in favore del motociclista danneggiato, ma nel suo obbligo di manleva nei confronti di NOSA*".

---

[1] Cass., ord. interloc. 16 maggio 2016, n. 9978, con commento di C. SCOGNAMIGLIO, *I danni punitivi e la funzione della responsabilità civile*, in *Corr. giur*., 2016, 909; P.G. MONATERI, *La delibabilità delle sentenze straniere comminatorie di danni punitivi finalmente al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Danno resp*., 2016, 827; G. PONZANELLI, *Possibile intervento delle Sezioni Unite sui danni punitivi*, in *Danno resp*., 2016, 838.

[2] Sulla base di un triplice ordine di motivi: in primo luogo, ai sensi dell'art. 1304 cod. civ., sostiene l'inefficacia della transazione intervenuta tra il creditore e uno solo dei debitori solidali, in secondo luogo, ritiene non accertata l'effettiva responsabilità della società italiana nella causazione del danno e, soprattutto, sotto il profilo della comminatoria di danni punitivi, evidenzia l'incompatibilità dei *punitive damages* con l'ordine pubblico stante la funzione sanzionatoria e non meramente risarcitoria dell'istituto.

Nel caso di specie, la Corte veneziana non ha svolto la valutazione in ordine ai criteri legali applicati in concreto dal giudice straniero nell'adozione della pronuncia americana, con particolare riferimento a quelli seguiti per qualificare la responsabilità e le relative voci di danno, in quanto ha escluso a priori che tale pronuncia contenesse una condanna al pagamento di danni punitivi. Sostenendo che l'importo liquidato fosse il risultato di una proposta transattiva del danneggiato, i giudici italiani non hanno fatto applicazione del principio di ordine pubblico, omettendo di pronunciarsi in ordine alla non delibabilità di una sentenza straniera che condanni al risarcimento di *punitive damages*.

2. – Adita la Corte di Cassazione, i giudici di legittimità, ritenuta la questione di "massima particolare importanza", rimettono al Primo Presidente gli atti per l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, sollevando la *vexata questio* sull'*exequatur* di sentenze straniere comminatorie di *punitive damages*; nell'ordinanza *de qua* i rimettenti riconoscono che il principio di ordine pubblico, nell'interpretazione attuale, possa essere di ostacolo all'introduzione nel nostro ordinamento di un istituto che nella *law of tort* americana ha da sempre un ruolo dominante. Il principio in esame [3] – che si traduce nel "complesso di principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, e nei principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici" [4] – ha subìto nel tempo una progressiva evoluzione da parte della giurisprudenza di legittimità la quale, nelle decisioni più recenti [5], si riferisce prevalentemente all'ordine pubblico internazionale [6] al fine di dare rilevanza a quei principi fondamentali dell'ordinamento interno che siano fondati su "esigenze di tutela dei diritti dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzitutto, dai sistemi di tutela

[3] P. LOTTI, *L'ordine pubblico internazionale. La globalizzazione del diritto privato ed i limiti di operatività degli istituti di origine estera nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto privato oggi* a cura di P. Cendon, Giuffrè, 2005, 10, specifica che la nozione di ordine pubblico non è unitaria, modificando i propri connotati a seconda del diverso settore dell'ordinamento.

[4] Cass. 12 marzo 1984, n. 1680, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 2133. In una decisione più risalente (Cass. 9 gennaio 1976, n. 44), i giudici di legittimità precisavano che l'ordine pubblico interno fosse formato, più che dalle singole norme del nostro ordinamento "dai concetti ispiratori di esse e, più precisamente, dai principi fondamentali riconosciuti dal legislatore come condizioni necessarie per l'esistenza stessa della società attuale e, quindi, per tale sua peculiare natura, è soggetto a mutare con l'evolversi dei rapporti morali e sociali".

[5] *Ex multis*, Cass. 22 agosto 2013, n. 19405, in *Foro it.* 2014, 10, I, 2898; Cass. 28 dicembre2006, n. 27592, in *Riv. dir. internaz*. 2007, 3, 886; Cass. 6 dicembre 2002, n. 17349, in *D&G*, 2003, 3, 96, secondo la quale "il concetto di ordine pubblico di cui all'art. 64…non si identifica con il c.d. ordine pubblico interno, e, cioè, con qualsiasi norma imperativa dell'ordinamento civile, bensì con quello di ordine pubblico internazionale, costituito dai soli principi fondamentali e caratterizzanti l'atteggiamento etico-giuridico dell'ordinamento in un determinato momento storico".

[6] N. PALAIA, *L'ordine pubblico "internazionale"*, Cedam, 1974, 23, ritiene che "da un punto di vista terminologico appare poco appropriata e causa di equivoci la distinzione corrente tra ordine pubblico internazionale e ordine pubblico interno che si riscontra nella dottrina italiana ed in quella francese", dal momento che secondo l'A. l'ordine pubblico viene in rilievi esclusivamente come ordine pubblico interno. Per un'esegesi storica del concetto di ordine pubblico internazionale, si veda P. LOTTI, *L'ordine*, cit., 17.

approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria".

Benché il fine primario della clausola di ordine pubblico sia quello di preservare l'armonia interna dell'ordinamento, il formante legislativo e dottrinale ha avvertito il rischio di un utilizzo sproporzionato e troppo frequente di tale eccezione da parte dei giudici, che hanno appunto la facoltà di negare il riconoscimento di una sentenza straniera (così come l'applicabilità di una norma straniera)[7]. In questo contesto, l'ordinanza in commento rifiuta di identificare l'ordine pubblico con quello esclusivamente interno "poiché, altrimenti, le norme di conflitto sarebbero operanti solo ove conducessero all'applicazione di norme materiali aventi contenuto simile a quelle italiane, cancellando la diversità tra sistemi giuridici e rendendo inutili le regole del diritto internazionale privato". Pertanto, a parere dei giudici rimettenti, la delibazione dovrà essere impedita solo in presenza di una incompatibilità non temporanea della norma straniera con l'assetto normativo, "quando questo rappresenti una delle diverse modalità di attuazione del programma costituzionale, quale risulti dall'esercizio della discrezionalità del legislatore in un determinato momento storico".

L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite è chiara nel suggerire un'apertura nei confronti di istituti giuridici e valori estranei che siano compatibili con i principi fondamentali desumibili dalla Costituzione, nonché dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, indirettamente, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo[8]: se, da un lato, attraverso il principio di ordine pubblico, il giudice della delibazione può negare l'ingresso a valori giuridici stranieri in presenza di una inconciliabilità con l'assetto normativo interno frutto dell'attuazione del programma costituzionale, dall'altro, valutata l'eventuale compatibilità della norma straniera con i valori costituzionali primari[9], potrà accogliere nell'ordinamento interno figure giuridiche esterne.

In prospettiva comparatistica, l'ordinanza interlocutoria in esame propone di guardare ai sistemi giuridici che ci circondano per apprezzare l'atteggiamento di progressiva apertura degli ordinamenti europei continentali verso l'istituto nordamericano. Il riferimento è, tra gli altri, al *Kammerbeschluss* del *Bundesverfassungsgericht*, risalente al 24 gennaio 2007, il quale, pur trat-

---

[7] F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Utet, 2013, 256 ss., dove si legge che la clausola di ordine pubblico "comporta di per sé il conferimento al giudice di margini piuttosto ampi di discrezionalità quanto all'accertamento degli elementi che configurano il contrasto e la potenziale rottura della coerenza interna del nostro ordinamento".

[8] La stessa normativa comunitaria esclude il riconoscimento di decisioni straniere nei soli casi in cui ciò sia "*manifestamente* contrario all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto" (art. 34, n. 1 del Reg. CE n. 44/2001), indicando tale avverbio l'eccezionalità del ricorso al limite dell'ordine pubblico. Come precisato da A. VENCHIARUTTI, *Le Astreintes sono compatibili con l'ordine pubblico interno. E i punitive damages?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 1899, si connotano con "carattere di straordinarietà le ipotesi di diniego di esecutività in un Paese dell'Unione delle decisioni adottate da un giudice di un altro Paese dell'Unione".

[9] Come osserva M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera" ai danni punitivi, il dubbio limite dell'ordine pubblico e la politica del diritto di matrice giurisprudenziale (a proposito del dialogo tra ordinamenti e giurisdizioni)*, in *Dir. civ. cont.* 31 luglio 2016, "di fronte a sé il giudice ha quindi un orizzonte discrezionale più o meno vasto che si pone in virtuosa competizione con la classica discrezionalità legislativa".

tando dei *punitive damages* in termini generali – pronunciandosi più in particolare sul tema della esecuzione di una richiesta di notifica o di comunicazione in conformità alla Convenzione dell'Aja, sostenendo che il relativo "limite deve considerarsi raggiunto solo quando l'obiettivo perseguito con l'azione si ponga evidentemente in contrasto con principi irrinunciabili di un liberale Stato di diritto" – mostra di aderire ad un orientamento favorevole all'esecuzione di una sentenza straniera comminatoria di danni punitivi, non trovando ostacolo nel principio di ordine pubblico tedesco la possibilità di comminazione di un risarcimento punitivo [10]. I rimettenti utilizzano tale elemento comparatistico per sostenere l'orientamento favorevole al riconoscimento di sentenze comminatorie di *punitive damages*, in ciò ribaltando l'atteggiamento finora prevalente della Corte di Cassazione, senza contare, però, che il punto di vista della dottrina e della giurisprudenza tedesca prevalente è ancorato alla celebre sentenza del *Bundesgerichthof* del 1992, che, pur adottando un'impostazione favorevole al danneggiato straniero in relazione a tutte le voci di danno diverse dai *punitive damages*, rimane ostile al riconoscimento dell'istituto nordamericano [11].

3. – Nel comprendere la fisionomia dei "danni punitivi" italiani (la cui locuzione si limita evidentemente a tradurre testualmente quella anglosassone "*punitive damages*") e, in assenza nel nostro ordinamento di una previsione normativa che ne offra la definizione, non può esimersi dal ricercare la natura e la genesi di una figura giuridica che nei sistemi di *common law* indica "non già il *danno* sofferto dalla vittima di un illecito, bensì la *prestazione* (pecuniaria) cui l'autore dell'illecito è tenuto nei confronti della sua vittima" [12].

Le prime applicazioni risalgono a due celebri sentenze inglesi [13] della seconda metà del Settecento, con le quali i giudici d'oltremanica stabilirono che la condanna al pagamento dei *punitive damages* [14] è comminata non solo per compensare la persona offesa (*compensate the clai-*

---

[10] M. TESCARO, *I punitive damages nordamericani: il punto di vista del Bundesgerichtshof*, relazione tenuta a Roma, presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione, nell'ambito dell'incontro di studio "*Le nuove frontiere del risarcimento del danno*" svoltosi nei giorni 1-2 febbraio 2017.

[11] M. TESCARO, *I punitive damages*, cit.

[12] C. GRANELLI, *In tema di "danni punitivi"*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, 6, 1760. Per un'approfondita disamina sull'origine, la funzione e la disciplina dei *punitive damages* americani, G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 435.

[13] Nella prima, *Wilkes v. Wood*, 98 E.R. 489 (K.B. 1763), i giudici utilizzano per la prima volta il termine *exemplary damages*, per indicare i danni al cui pagamento era stata condannata una casa editrice rea di aver pubblicato un opuscolo diffamatorio nei confronti del re; mentre, nella seconda, *Huckley v. Money*, 95 E.R. 768 (K.B. 1763), il riconoscimento di un risarcimento ulteriore rispetto a quello avente funzione compensativa era fondato sul carattere oltraggioso della condotta tenuta da un agente del re nel compiere un arresto illegale.

[14] I *punitive damages* sono liquidati dalla giuria, seppure nel rispetto delle istruzioni impartite dalla Corte e sotto il controllo del giudice. Nel sistema processual-civilistico americano (dove tale istituto ha avuto maggiore applicazione, affermandosi, in particolare, nel corso del XIX e XX secolo), il *Restatement (second) of Tort § 908* indica i criteri-guida che la giuria deve seguire nel determinare l'ammontare dei danni punitivi; tuttavia, l'eccessiva elasticità degli stessi non è idonea a ridurne l'ampia discrezionalità.

mant for harm done [15]), ma anche per punire il colpevole (*as punishment on the guilty*). L'esperienza inglese approda nel sistema nordamericano [16], che recepisce l'istituto propagatosi, poi, diffusamente e saldamente nel territorio. Ciò che accomuna i danni punitivi americani a quelli inglesi è l'operare congiunto della funzione sanzionatoria, da un lato, e deterrente, dall'altro, con ciò intendendosi prevenire dall'incorrere in altri procedimenti futuri di situazioni analoghe, in ciò dimostrando la contrarietà della giuria all'azione giudiziaria. Tuttavia, mentre i *punitive damages* a partire dalla seconda metà dell'Ottocento hanno avuto una crescente diffusione negli Stati Uniti [17] (in particolare, dal 1967 in avanti, in occasione dei sempre più frequenti casi di "*mass tort litigation*" [18]), riconoscendone la Corte Suprema generale applicabilità con il caso *Day v. Woodworth* [19], in Inghilterra non hanno avuto la stessa sorte, a causa della posizione assai restrittiva assunta dalla giurisprudenza inglese [20].

---

[15] E. A. MARTIN, J. LAW, *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, 2006, 211, voce "*exemplary damages*". J. STEELE, *Tort law. Text, cases and materials*, Oxford University Press, 2007, 540, distingue tra "*aggravated damages*", che hanno una funzione compensatoria per natura e gli "*exemplary damages*" che, al contrario, sono privi di tale caratteristica: "*the principle behind aggravated damages is that the injury caused to the claimant is made worse by the "aggravating" behavior of the defendant*". I danni punitivi, invece, "*punish, or express strong disapproval of, the defendant wrongdoing or invasion of the claimant's rights, even if wrongdoing adds no extra element to the injury suffered by the claimant*.

[16] Nell'ordinamento statunitense, la prima applicazione dei *punitive damages* risale al 1784, quando i giudici americani, con il *leading case Genay v. Norris*, 1 S.C. 3, 1 Bay 6 (1784), decisero di condannare al pagamento di una pena esemplare un oste che, per aver aggiunto per scherzo in un bicchiere di vino una quantità rilevante di *Spanishfly*, provocò l'intossicazione dell'avventore del locale.

[17] Lo dimostra la posizione assunta dalla Suprema corte Usa, la quale, in risposta ai tentativi di censura della costituzionalità dei *punitive damages* per violazione della previsione del XIV emendamento (prospettando un'assoluta ed incontrollata discrezionalità della giuria nella determinazione dei danni punitivi), ha più volte ribadito che "nel diritto statunitense, la concessione di danni punitivi in misura largamente eccedente il danno effettivo (nella specie, dollari 10 milioni a fronte di un pregiudizio accertato di dollari 19.000), non comporta, di per sé, violazione della clausola di *due process* del XIV emendamento": cfr. *Pacific Mutual Life Insurance Co. C. Haslip e altri*, in *Foro it.*, 1991, IV, p. 235, con nota di G. PONZANELLI, *"Punitive damages" e "due process clause": l'intervento della Corte suprema Usa*, e *Txo Production Corp. C. Alliance Resources Corp.*, in *Foro it*., 1994, IV, p. 92 con nota di G. PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la Corte suprema USA salva ancora i danni punitivi*.

Con il tempo, però, anche la Corte Suprema degli Stati Uniti d'America (*BMW of North America Inc. c. Ira Gore Jr*, 517 U.S. 559 (1996) in *Foro it.*, 1996, IV, 421, con nota di G. PONZANELLI, *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*), ha assunto un atteggiamento maggiormente restrittivo nei confronti dei *punitive damages*, dichiarando "incostituzionale nell'ordinamento statunitense per violazione della clausola del "*Due Process*" prevista dal XIV emendamento della Costituzione federale, una condanna punitiva che, alla luce dei legittimi interessi di punizione e deterrenza perseguito dallo Stato, risulti gravemente sproporzionata in relazione alla riprovevolezza della condotta del danneggiante, all'entità del danno e alle sanzioni civili ammesse per analoghi illeciti".

Sul tema, anche M.S. ROMANO, *Quando il troppo è troppo: verso un argine costituzionale ai danni punitivi*, in *Danno resp.*, 1997, 3, 298.

[18] G. PONZANELLI, *I punitive damages, il caso Texaco e il diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 405.

[19] *Day v. Woodworth*, 54 U.S. 13 How. 363 363 (1851). La decisione della Corte trae origine dalla vertenza intercorsa tra il proprietario di un mulino che lamentava dei danni presuntivamente causatigli dal proprietario del mulino soprastante, il quale avrebbe forzatamente eliminato parte della diga contenitiva.

[20] In particolare, Lord Devlin in occasione della decisione *Rookes v. Barnard*, *cit.*, affermò che gli "*exemplary damages are anomalous because they confuse the civil and criminal functions of the law*" (i danni punitivi sono ano-

I *punitive damages* di origine anglosassone si traducono nell'ordinamento italiano in prestazioni pecuniarie a carattere sanzionatorio aggiuntive rispetto alla prestazione risarcitoria e rette da principi estranei al sistema della responsabilità civile. I danni punitivi, infatti, sono ispirati a principi tipici del sistema penale, essendo sanzionata la condotta lesiva *ex se*, a prescindere, quindi, dal pregiudizio in concreto subìto dal danneggiato. Ne deriva che l'ammontare di tali danni, o meglio, la determinazione della prestazione pecuniaria punitiva, tiene in debito conto l'elemento soggettivo che caratterizza l'illecito, realizzandosi (spesso) una rilevante sproporzione tra l'importo liquidato e il danno effettivamente subìto.

I danni punitivi, dunque, esaltano la funzione sanzionatoria della responsabilità civile, forzandone la tipica natura compensativo-riparatoria [21]; se ne ricava che la ragione dell'assenza di una disposizione che preveda espressamente i danni esemplari risiede nella tradizione giuridica del nostro Paese e, più in generale, dei sistemi di *civil law* "secondo cui unica conseguenza dell'illecito civile è l'obbligo del risarcimento del danno, sia esso di natura patrimoniale che non patrimoniale" [22], collocandosi la valenza punitivo-deterrente [23] su di un piano secondario rispetto alla funzione compensativo-rimuneratoria [24].

In tale contesto, è doveroso evidenziare che l'ordinanza di rimessione in commento, nel suggerire un'apertura verso rimedi risarcitori con funzione non riparatoria ma sanzionatoria, elenca alcune figure di carattere eccezionale che nell'ambito del diritto civile italiano acquistano sempre maggiore importanza, a tal punto da indurre gli interpreti a chiedersi se possano ritenersi rafforzate le funzioni punitiva e deterrente della responsabilità civile: infatti, nonostante l'ordina-

---

mali perché confondono la funzione civile e quella penale della legge). A seguito di tale arresto giurisprudenziale, i giudici inglesi hanno sempre avuto un atteggiamento restrittivo nel condannare il danneggiante al risarcimento dei *puntive damages*, confinandone l'ammissibilità in presenza dei requisiti di *malice*, *opprression* o *gross fraud* caratterizzanti il comportamento del danneggiante.

[21] G. ALPA, *La responsabilità civile*. *Parte generale*, *Diritto della responsabilità civile*, Utet, 2010, 159; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile,* in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da M. Franzoni, Giuffrè, 2010, 743; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di Diritto civile*, diretto da R. Sacco, Utet, 1998, 19.

[22] V. D'ACRI, *I danni punitivi, dal caso Philip Morris alle sentenze italiane: i risarcimenti concessi dai tribunali contro le aziende ed i soggetti che adottano comportamenti illeciti*, EPC Libri, 2005, 118.

[23] G. ALPA, *Diritto della responsabilità civile*, Laterza, 2003, 294, specifica che "prevenzione del danno ed effetto deterrente della responsabilità civile, infatti, sono intimamente connessi a forme di responsabilità *soggettiva*, e, in ultima analisi, al presupposto delle ″colpa‴", così che l'agente risente in misura minore dell'effetto deterrente nei casi di responsabilità oggettiva, quando l'obbligo di risarcire il danno sorge indipendentemente da una colpa e da ogni valutazione in ordine alla diligenza del comportamento; V. ROPPO, *Diritto privato*, Giappichelli, 2014, 586, afferma che la funzione sanzionatoria (che ha l'obiettivo di punire il responsabile per un suo comportamento riprovevole), "ha senso nei soli casi in cui la responsabilità deriva da un illecito, consistente nella violazione di una norma", sicché nei casi di responsabilità oggettiva, "non ha molto senso parlare di funzione sanzionatoria della responsabilità civile".

[24] G. ALPA, *Manuale di diritto privato*, Cedam, 2013, 686, dopo aver indicato nell'affermazione della potestà statuale, nella sanzione, nella prevenzione e nel risarcimento le quattro funzioni della responsabilità civile, afferma che quella risarcitoria è la prevalente; G. ALPA, *Diritto*, cit., 289; C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 1998, 29, chiarisce che il profilo sanzionatorio è particolarmente rilevante nelle ipotesi di responsabilità per dolo o colpa grave, "ma è pur sempre subordinato alla funzione compensativa che caratterizza il risarcimento".

mento italiano predichi la netta separazione tra tutela penale e tutela civile, assegnando a quest'ultima carattere prevalentemente compensativo, tali aspetti cominciano a caratterizzare anche i sistemi di tradizione romanistica secondo un processo già avviato da anni negli Stati Uniti d'America e, più in generale, nei Paesi di *common law* [25].

A ben vedere, infatti, in origine la responsabilità civile era concepita come strumento sanzionatorio per la tutela di situazioni giuridiche rilevanti: basti pensare che nello *ius romanorum* "la responsabilità civile (*actio furti*, rapina, *iniuria* e così via) integrava un sistema di sanzioni civili sostitutive rispetto a quelle penali, in origine limitate al solo settore degli illeciti contro lo Stato o contro la pace del regno" [26]. Conseguentemente, in tempi più moderni, si è ritenuto di assegnare alla clausola penale e al risarcimento del danno non patrimoniale valenza di pena privata [27], così accogliendo un'accezione più ampia di *poena* privata romana [28] con la quale condivide la funzione puramente afflittiva, che si riscontra nei casi in cui una prestazione di carattere pecuniario viene imposta ad un privato nei confronti di un altro per compensare una diminuzione di carattere non patrimoniale del soggetto danneggiato ovvero per procacciare a quest'ultimo un compenso che va oltre la semplice restituzione o risarcimento del danno.

---

[25] C. SCOGNAMIGLIO, *Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2487; A. GIUSSANI, *Azioni collettive, danni punitivi e deterrenza dell'illecito*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 239. In questo contesto, per completezza, giova menzionare la funzione di *deterrence* svolta dall'azione di classe, il cui avvento nel sistema italiano ha costituito l'epilogo di un processo di globalizzazione e di trapianto del modello americano di *class action*, inteso quale più efficace strumento vigente nell'ordinamento americano con funzione di deterrenza delle condotte illecite. Tuttavia, se da un lato l'effetto intimidatorio dell'azione di classe scongiura il compimento di ulteriori e futuri comportamenti illeciti, dall'altro è forte il rischio che tale mezzo di tutela collettiva produca effetti che vanno al di là della mera inibizione di condotte illecite ugualmente nocive ed insidiose: per alcuni, A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Il Mulino, 2008, 53), il pericolo è quello della sovradeterrenza che indurrebbe un soggetto a spendere per la prevenzione del danno di più del costo del danno realmente determinatosi.

[26] P. GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Giuffrè, 1996, 37. Come riporta F.C. VON SAVJGNY, *Le obbligazioni*, vol. II, Utet, 1912, 287, nel diritto romano classico, alla nozione di "pena privata" – che "consisteva in una somma di denaro che l'offensore doveva pagare all'offeso; di guisa che l'uno diventava più povero, l'altro più ricco di ciò che rispettivamente fossero stati prima del delitto" – erano riconducibili due figure, accomunate dalla medesima funzione punitiva: la pena privata *ex maleficio*, che puniva l'autore di un illecito e la pena privata *ex stipulatu*, quale misura pecuniaria derivante da un inadempimento negoziale.

[27] M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Giuffrè, 2006, 15; G. VISINITINI, *Trattato breve della responsabilità civile*, Cedam, 2005, 652, ritiene che l'equiparazione del risarcimento del danno morale e della pena privata, sia "appropriata soltanto a proposito di illeciti dolosi, lesivi di interessi come l'onore e la reputazione, laddove si può instaurare effettivamente una correlazione tra la sanzione con funzione punitiva e l'intenzionalità di arrecare l'offesa da parte del danneggiato"; G. BONILINI, *Pena privata e danno non patrimoniale*, in *Le pene private*, a cura di F. D. Busnelli e G. Scalfi, Giuffrè, 1985, 301.

[28] V. M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Giuffrè, 1954, 146, distingue tra clausola penale pura e non pura a seconda che manchi o meno la considerazione del risarcimento del danno. La funzione sarebbe comunque punitiva, posto che anche la clausola penale non pura sarebbe diretta a creare la sanzione punitiva per la mancata osservanza del comportamento dovuto.

4. – Benché in tempi più recenti sia stata recuperata l'idea della natura anche sanzionatoria della responsabilità civile [29], permane un ostacolo al recepimento e al totale accoglimento di un rimedio punitivo dotato di valenza generale. L'atteggiamento di chiusura della Corte di Cassazione – e più in generale della giurisprudenza dei sistemi europeo continentali [30] – in relazione all'ingresso nel nostro ordinamento dell'istituto di origine anglosassone, affonda le radici nel modello italiano tradizionale di responsabilità civile, improntato alla restaurazione della sfera patrimoniale del soggetto che ha subìto una lesione, mediante il pagamento di una somma di denaro che tende ad eliminare le conseguenze del danno arrecato [31].

La diffidenza fino ad oggi manifestata nei confronti del recepimento di sentenze straniere comminatorie di *punitive damages* sarebbe dunque conseguenza di un lungo processo evolutivo che ha portato alla progressiva separazione degli aspetti più strettamente sanzionatori da quelli compensatori, determinandosi una netta distinzione tra responsabilità civile, da un lato, e penale, dall'altro [32]. Pertanto, a differenza dei Paesi di *common law*, dove si affermano e sviluppano i danni punitivi [33], nell'Europa continentale (con particolare riferimento all'Italia), l'esaltazione

---

[29] P. G. MONATERI, D. GIANTI, L. SILIQUINI CINELLI, *Danno e risarcimento*, Giappichelli, 2013, 21, affermano che la principale ma non unica funzione della responsabilità civile è oggi quella organizzativa, nel cui ambito sembrerebbe potersi ben collocare anche la funzione punitiva; M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, in *Trattato della responsabilità civile*, Giuffrè, 2010, 743; P. GALLO, *Pene*, cit., 52, afferma "in realtà le pene private non sono mai completamente scomparse neppure nei Paesi di *civil law*; a questi fini sarà sufficiente ricordare i danni non patrimoniali che secondo un consistente filone dottrinale costituiscono null'altro che vere e proprie pene private (…)".

[30] Volgendo lo sguardo all'ordinamento tedesco, M. TESCARO, *I punitive damages*, cit., dà conto dell'atteggiamento critico nei confronti dell'istituto nordamericano rimasto invariato nel diritto vivente tedesco, evidenziando, nonostante si rinvengano nella dottrina tedesca posizioni divergenti e, allo stesso modo, nel formante giurisprudenziale, si pronunce almeno in parte dissonanti, che il *leading case* del *Bundesgerichtshof,* risalente al 4 giugno 1992, non sembra essere stata ribaltato: i giudici ritengono decisivo il fatto che "la conclusione dell'applicazione del diritto straniero si ponga in così forte contrasto con le concezioni fondamentali ("*grundgedanken*") della normativa tedesca e con le idee di giustizia ("*gerechtigkeitsvorstellungen*") in essa contenute da risultare, dal punto di vista interno, intollerabile ("*untragbar*")". Ancora, la prospettiva tedesca in materia è offerta da M. TOLANI, *U.S. punitive damages before german courts: a comparative analysis with respect to the ordre public*, 17 Ann. Surv. Int'l & Comp. L. 185, 2011.

[31] S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1967, 71 ss. Di contro, M. CAPPELLETTI, *Punitive damages and the public/private distinction: a comparison between the United State and Italy*, in 32 Ariz. J. Int'l & Comp. Law (2015), 799, sostiene che il formante giurisprudenziale e dottrinale a torto ritengano che il sistema della responsabilità civile italiano "sia inadatto ad ospitare i *punitive damages*".

[32] G. ALPA, *Responsabilità civile e danno*, Il Mulino, 1991, 16, "i due sistemi di responsabilità, civile e penale, in altri termini non si possono rappresentare graficamente come due cerchi concentrici; bensì come due cerchi interferenti tra loro". Non possono, infatti, confondersi i piani dell'ordinamento penale e di quello civile, i quali hanno princìpi e regole tutt'altro che coincidenti per l'accertamento dell'illecito, che solo nel primo caso è tipizzato, in ossequio ai principi di legalità, tassatività e determinatezza. Il sistema penale, infatti, mira a sanzionare la trasgressione ad un comando, infliggendosi al reo una sanzione proporzionata alla condotta, volta alla rieducazione del condannato (art. 27, 3 comma, Cost.) e predeterminata legislativamente nel tipo e nei limiti edittali della pena. Diverso è il sistema della responsabilità civile che offre una protezione "atipica", riferita cioè a tutti gli interessi giuridicamente rilevanti, attraverso il principio del *neminem laedere*, la cui violazione deve aver causato un danno *ingiusto*. Quali sarebbero, infatti, i tipi e la misura edittale della pena privata? A quali figure di illecito civile sarebbero rapportati?

[33] G. PONZANELLI, *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm*., 2008, 25 ss.; G. PONZANELLI, *I punitive damages*,

del carattere sanzionatorio alla base delle pene private viene abbandonata, affermandosi come preminente la funzione puramente risarcitoria della responsabilità civile.

L'ordinanza di rimessione, nel riportare l'orientamento contrario all'ammissibilità nel nostro ordinamento di una sentenza straniera che condanni al pagamento di una somma a titolo di *punitive damages*, cita due precedenti; dovendo decidere in merito al riconoscimento di un paio di pronunce americane comminatorie di danni punitivi, la Suprema Corte rigettò entrambi i ricorsi. Con la prima pronuncia [34], affermò che non sono risarcibili tali danni, in quanto la loro funzione sanzionatoria [35] contrasta con i principi fondamentali dell'ordinamento interno, che assegnano alla responsabilità civile una funzione ripristinatoria della sfera patrimoniale del soggetto leso, precludendo al danneggiato di lucrare somme eccedenti il danno effettivamente subìto [36]. Inoltre, a parere dei giudici di legittimità, non è rinvenibile in alcun istituto presente nel nostro ordinamento la funzione punitivo-deterrente tipica dei danni punitivi: non nella clausola penale (art. 1382 c.c.) [37], che avrebbe solo la funzione di rafforzare il vincolo contrattuale [38], potendo essere equamente ridotta dal giudice quando il suo ammontare risulti "manifestamente eccesivo" [39], in

---

cit., 444, afferma che i *punitive damages* crescono e si impongono in America sulla base di diverse ragioni tra le quali, il fatto che "l'ordinamento penale (con le sue sanzioni) e l'ordinamento civile (che può presentare la sanzione tipicamente penale dei *punitive damages*) possono procedere di pari passo nell'accertamento dell'antigiuridicità di un determinato fatto"; mentre in Italia "l'illecito civile è oggi completamente sganciato dall'illecito penale".

[34] Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, cit. Nel caso di specie, una ditta italiana che produce caschi per moto era stata condannata, in Alabama, a risarcire un milione di dollari alla madre di un giovane morto in un incidente, anche a cagione del difetto di progettazione della fibbia di chiusura. In particolare, la Suprema Corte si era pronunciata in ordine al riconoscimento di una sentenza americana con la quale il convenuto era stato condannato al pagamento di una somma a titolo di risarcimento del danno molto superiore rispetto a quanto richiesto dalla parte attrice. Sia in secondo grado, sia in ultima istanza, i giudici respingono la domanda di delibazione ritenendo estraneo ai compiti della responsabilità civile il concetto stesso di punizione e, perciò, rilevando il contrasto con l'ordine pubblico.

[35] Stante la funzione sanzionatoria e deterrente dei *punitive damages,* la quantificazione è correlata alla condotta dell'autore dell'illecito e non al pregiudizio patito dal danneggiato; nel celebre caso deciso dalla Corte di Cassazione nel gennaio del 2007, i giudici di legittimità affermarono che, "ai fini del risarcimento del danno, l'accento è posto sulla sfera del danneggiato e non del danneggiante, per cui sono irrilevanti *a)* lo stato di bisogno del danneggiato, *b)* la condotta del danneggiante e *c)* la sua capacità patrimoniale".

[36] Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, *cit*., stabilisce che "nel nostro ordinamento l'idea della punizione e della sanzione è estranea al risarcimento del danno il cui fine è quello di eliminare le conseguenza del danno arrecato, mediante il pagamento di una somma di denaro".

[37] Nella decisione del gennaio del 2007 (Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, cit.), i giudici della Suprema Corte aderiscono alla tesi che assegna alla clausola penale di cui all'articolo 1382 del codice civile, una funzione compensativo-liquidatoria, escludendo, invece, la natura sanzionatoria.

[38] C. M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, Giuffrè, 2012, 245 ss., sostiene la tesi che assegna alla clausola penale funzione di "liquidazione preventiva e forfettaria del danno"; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, 2011, 928; A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, a cura di F. Anelli e C. Granelli, Giuffrè, 2009, 563; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, 649, sottolinea lo scopo di "precostituzione pattizia della liquidazione di un danno, peraltro presunto (…)" della clausola penale.

[39] E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, 511; P. PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2014, 366, ribadisce che "il potere negoziale di fissare una pena privata subisce, quindi, un decisivo limite; tant'è che l'ammontare della penale può essere diminuito dal giudice (…)".

ciò distinguendosi, quindi, dai *punitive damages*, caratterizzati per la totale assenza di corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e il danno effettivamente subìto [40], e neppure nel risarcimento del danno morale [41], dal momento che, da un lato, la finalità reintegrativa della lesione subita, tipica del primo, è estranea all'istituto dei danni punitivi e, dall'altro, in base alla lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 2059 c.c. [42], tale risarcimento non è circoscritto alle sole ipotesi in cui sussista un reato [43].

Cinque anni dopo si è nuovamente pronunciata la Corte di Cassazione [44], ribadendo la non compatibilità dei danni punitivi con il nostro ordinamento, dove il diritto al risarcimento del danno non è riconosciuto con caratteristiche e finalità sanzionatorie, ma in relazione all'effettivo pregiudizio subìto.

5. – Delineato il contesto giuridico di riferimento, è facile comprendere la scomoda posizione della Suprema Corte che, nel suo ruolo nomofilattico, è chiamata a dirimere un contrasto di rilevante entità.

La soluzione favorevole all'apertura verso le sentenze comminatorie di *punitive damages*

---

[40] M. CAPPELLETTI, *Punitive damages*, cit., 815, ritiene che la sproporzione tra l'ammontare del risarcimento e il danno realmente sofferto caratterizzava la figura *dei punitive damages* nelle sue prime applicazioni, mentre oggi tale affermazione è errata grazie all'interpretazione "costituzionalmente orientata" offerta dalle corti americane.

[41] Nel negare carattere sanzionatorio o punitivo al danno morale soggettivo, il formante giurisprudenziale contrasta con l'opinione dottrinale di chi (F.D. BUSNELLI, *L'illecito civile nella stagione europea delle riforme del diritto delle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 456) vede proprio in questa figura terreno fertile per "riservare un sia pur limitato spazio di rilevanza giuridica anche in Italia (ma senza imitare le dimensioni nordamericane) a danni *lato sensu* punitivi".

[42] Cass. 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5, in *Giur. it.*, 2004, 29, la cui ricostruzione interpretativa suggerisce che non è più indispensabile che si sia verificato un fatto penalmente rilevante per poter dare ingresso alla tutela risarcitoria dei pregiudizi non economici, né che venga integrata una espressa previsione normativa che dichiari *apertis verbis* risarcibile il danno, ma è sufficiente la lesione di interessi-valori della persona dotati di rilevanza costituzionale.

[43] Cass. 27 luglio 2006, n. 17144, in *Resp. risarcim*., 2006, 9, 34, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 7-8.

[44] Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, cit. Nel caso di specie la Corte Suprema del Massachusetts aveva condannato una società italiana, produttrice di un macchinario rivelatosi difettoso, al pagamento di cinque milioni di dollari in favore del lavoratore danneggiato. I giudici decisero che "posta la finalità esclusivamente compensativa riconosciuta alla responsabilità civile, non può essere accolta, per contrarietà all'ordine pubblico, l'istanza di exequatur di una sentenza nordamericana di condanna al pagamento di una somma risarcitoria che, sebbene non dichiaratamente punitiva, supera in modo rilevante la richiesta dell'attore senza che sia dato rinvenire la causa giustificativa dell'attribuzione patrimoniale".

In questo caso, diversamente dal precedente, la Corte Suprema del Massachusetts non aveva indicato il titolo che giustificava la concessione, al lavoratore rimasto infortunato, dell'ingente somma (di molto superiore a quella richiesta dalla parte danneggiata). Tuttavia, come osservato da G. PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno resp.*, 2012, 6, 609 ss., il mancato riferimento alla figura dei *punitive damages*, però, non ha comunque convinto i giudici di legittimità a riconoscere la decisione americana, ritenendo che quell'elevato importo derivasse da una determinazione con carattere prettamente punitivo, mancando un'indicazione positiva circa la sua causa giustificativa e, come tale, inammissibile nel sistema italiano

apre l'ordinamento ad un'idea nuova di responsabilità civile nella quale si fa spazio la funzione punitiva. Come è stato osservato [45], la funzione sovracompensatoria di per sé non è incompatibile con quella strettamente risarcitoria perché quel *quid pluris* rispetto al "risarcimento in senso stretto" non è altro che una modalità riparatoria del pregiudizio; in tal modo si legittimerebbe la tutela di un diritto qualificato in altri sistemi come fondamentale, recuperando quella lacuna creata dall'interpretazione restrittiva del principio di ordine pubblico.

La conclusione opposta sconterebbe la critica di chi vede nel principio di ordine pubblico uno strumento per salvaguardare l'ordinamento dall'ingresso di figure distanti dalla tradizione giuridica interna, piuttosto che un *escamotage* per ampliare il novero dei diritti fondamentali dell'individuo.

[45] M. GRONDONA, *L'auspicabile "via libera"*, cit.

JUS CIVILE

MASSIMO FRANZONI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Bologna

LA CAUSA E L'INTERESSE MERITEVOLE DI TUTELA SECONDO L'ORDINAMENTO GIURIDICO

SOMMARIO: *1. Il diritto europeo dei contratti e il ruolo del giurista nazionale. – 2. La causa, la sua soppressione e altre vicende. – 3. Quasi un paradosso. – 3.1. … il 4you. – 3.2. La clausola claims made. – 4. Quasi una conclusione.*

1. – Ascoltando i saluti, l'intervento del magnifico rettore e le relazioni che mi hanno preceduto, mi sono interrogato su quale sia il ruolo del giurista che vive all'interno di un Paese dell'unione europea, nel terzo millennio. Il diritto positivo, in quanto *ius positum*, si pone come questione politica nel momento in cui deve essere posto (con la legge, che esprime la sovranità popolare); successivamente pone una diversa questione all'interprete, a chi deve dare efficacia al precetto, al giurista che svolge una professione tecnica. Costui deve attribuire un significato alla norma anche in ragione della tecnicità propria del diritto. La scelta dell'architettura costituzionale, che implica la modifica dei trattati, vede prevalere l'aspetto politico delle vicenda; mentre la ricerca della uniformità tra gli ordinamenti non necessariamente vede prevalere l'aspetto politico su quello tecnico. È l'interprete che, nell'esercizio della sua funzione, deve adoperarsi per realizzare i fini che ormai sono comuni agli ordinamenti dei Paesi dell'Unione europea. Al riguardo mi sembra dirimente l'art. 6, comma 3º, del Trattato sull'Unione europea, successivamente modificato, secondo il quale «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» [1].

Beninteso, un conto è che la uniformità per creare migliori condizioni di concorrenza sia raggiunta con gli strumenti propri del diritto dell'Unione europea (con i regolamenti, con le direttive, con le raccomandazioni); un altro conto è che si immagini di procedere verso una maggiore uniformità dei diritti dei Paesi membri, dando al diritto interno l'interpretazione più consona a quella data in altri ordinamenti sulla stessa figura giuridica. Questa seconda tecnica talvolta è incoraggiata dallo stesso legislatore nazionale che favorisce un processo di integrazione anche dal basso, come accade con l'art. 1, comma ult., l. 10 ottobre 1990, n. 287, secondo il

[1] Cfr. ampiamente MENGOZZI P., *Corte di giustizia, giudici nazionali e tutela dei principi fondamentali degli stati membri*, in *Dir. Unione europea*, 2012, p. 561.

quale «l'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

Di norma il legislatore tace sul punto; ci si potrebbe chiedere se i tecnici debbano comunque preferire questa scelta o se, al contrario, siano tenuti a privilegiarne un'altra, più consona alle tradizioni proprie del singolo ordinamento. Oppure se sia verosimile scegliere una via ulteriore che, ferma la diversità dei singoli ordinamenti, in omaggio alla tecnica che prende atto della multiculturalità del tempo in cui viviamo, privilegi le convergenze negli effetti, seppure i presupposti e la struttura formale degli istituti siano differenti e apparentemente inavvicinabili.

Probabilmente l'uniformità del diritto all'interno dei singoli ordinamenti è più semplice ottenerla impiegando la tecnica del diritto speciale o del diritto singolare. Così è astrattamente più semplice uniformare il diritto dei consumatori all'interno dei singoli ordinamenti, poiché questo si costruisce *ex novo*, come l'eccezione alla regola del diritto comune, rappresentata dalla disciplina sul contratto in generale di ogni ordinamento. Da questo punto di vista non mi pare decisiva la circostanza che questo diritto abbia trovato collocazione all'interno del codice civile, come è accaduto in Germania, oppure che anche la fonte disveli il proprio carattere speciale, come è accaduto in Italia, dove c'è un Testo unico chiamato Codice del consumo.

Più difficile è ottenere l'uniformità nel diritto comune: qui la cultura nazionale si è stratificata nel corso del tempo, è diventata tradizione, sicché "l'orgoglio patrio" potrebbe essere più forte e resistente alle innovazioni in favore di un'idea di Europa che a questo livello probabilmente non gode di particolari consensi. Anche se è bene dire "mai dire mai", certo non è agevolmente ipotizzabile l'abbandono dei codici nazionali approvati nel corso degli ultimi due secoli, in favore di un diritto che riposi in una fonte diversa.

Ciononostante si può intraprendere un processo di uniformazione, sul modello di quello che ha visto la nascita della convenzione di Vienna sulla vendita di cose mobili (ratificata con l. 11 dicembre 1985, n. 765). In questa convenzione, ad esempio, per regolare il passaggio dei rischi tra venditore e acquirente, si è abbandonata la regola *res perit domino*, per approdare a quella della consegna effettiva all'acquirente; resta impregiudicato il momento in cui si produce l'effetto reale, che può essere diverso da ordinamento a ordinamento. Applicare la regola *res perit domino*, seppur più aderente alla tradizione, avrebbe aperto un insanabile conflitto fra gli ordinamenti che hanno accolto il principio consensualistico (coma la Francia e l'Italia) e quelli più fedeli alla tradizione romanistica (come la Germania e l'Austria). La vicenda dalla quale nascono i conflitti, dunque, è stata così risolta.

Probabilmente occorrerà riflettere sul fatto che l'appartenenza di un Paese all'Unione europea produce per ciò stesso effetti nell'interpretazione delle norme dell'ordinamento nazionale. Così, ad esempio, il comparatista ha sempre messo in rapporto fra loro le norme della responsabilità civile di Francia, Germania e Italia, come se si trattasse di norme di stati come l'Argentina, il Brasile e l'Italia. Di conseguenza è sempre stato affermato che il diritto comparato, quando non sia oggetto di studio da parte del legislatore, ha una forte valenza culturale, non strettamente legata alla funzionalità del diritto positivo, ossia del diritto vigente. Probabilmente

questa impostazione, già oggetto di fruttuose riflessioni da parte dei comparatisti, deve essere ripensata quando si tratti di esaminare le norme interne ad ogni ordinamento [2]. Si può sostenere che le norme degli altri ordinamenti aderenti all'Unione europea possono costituire una buona base di riflessione, utile per offrire la migliore interpretazione delle norme interne, così da uniformare gli ordinamenti, specie nelle parti di diritto comune, non necessariamente investite dal diritto dei regolamenti o delle direttive.

La questione è rilevante anche nell'esame del tema che mi sono ripromesso di affrontare in questa sede, legato alla causa nel modo in cui è stata (formalmente) soppressa dalla recente riforma francese, nel modo in cui, in apparenza, non è particolarmente considerata dai progetti di norme comuni per un modello di contratto di fonte comunitaria, per il modo in cui la giurisprudenza italiana impiega l'«interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322, comma 2º, c.c.), per valutare la congruità dello scambio nei contratti atipici o resi atipici dall'introduzione di una clausola rilevante.

2. – Nelle precedenti relazioni, tutti si sono soffermati sul fatto che la riforma del *code civil* ha soppresso la causa. Il modello di codice causalistico, famoso in tutto il modo, ha ceduto il passo rispetto al modello tedesco e rispetto al modello di Common Law, la cui *consideration* non è esattamente corrispondente alla causa di diritto continentale. Senonché, molti sistemi, molte norme presenti anche dei principi *Unidroit*, tendono a garantire che il sinallagma iniziale venga conservato nel tempo che intercorre fra il perfezionamento del contratto e la sua esecuzione. Le clausole *hardship*, *rebus sic stantibus* e altre ancora svolgono questa funzione. E proprio queste sono le clausole che la riforma francese ha introdotto nel codice riformato, pur avendo eliminato la causa dagli elementi essenziale del contratto. Sembra quasi che la domanda da porsi rispetto al contratto non sia più "a che cosa serve?"; ma sia diventata "funziona ancora come era stato pensato dalle parti all'origine?".

Beninteso, di queste norme dirette a favorire la stabilità dello scambio, se non proprio la congruità, non vi era traccia nella codificazione ottocentesca, pensata all'insegna del contratto di vendita, quindi di un contratto destinato a produrre effetti istantanei. Il modo di ragionare è cambiato: l'economia e il mercato hanno spostato il loro *focus* dalla produzione dei beni per la vendita alla fornitura dei servizi da erogarsi con un contatto necessariamente di durata o, come si dice con altro linguaggio, ad esecuzione continuata (art. 1467 c.c.). Rispetto a questi contratti la risposta che i diversi sistemi hanno trovato si è concentrata normalmente sul momento funzionale e non su quello genetico. L'equilibrio contrattuale è garantito allorquando ci sia corrispondenza fra il sinallagma genetico e quello funzionale; il miglior modo per garantirlo è stato individuato nel principio di buona fede, ancorché non sempre codificato, o nella ragionevolezza dello scambio, in una logica più prossima alla *consideration* di *Common law*.

---

[2] Cfr. ALPA, *L'annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 299 ss.

Questa è la risposata che anche la riforma francese ha pensato per un contratto il cui atto di autonomia non è più intangibile, salvo rarissime ipotesi. Il mercato, con la propria legge della domanda e dell'offerta, non è più insindacabile e fissato al momento genetico; occorre che le dinamiche del mercato non alterino significativamente lo scambio, quindi non pregiudichino ingiustificatamente le ragioni di un contraente rispetto a quelle dell'altro. Per la verità la riforma francese si spinge oltre nel prevedere all'art. 1170 *code civil* che «ogni clausola che privi di contenuto l'obbligazione essenziale del debitore deve reputarsi come non scritta» [3].

Sono portato a pensare che alla domanda "a che cosa serve il contratto?" i giuristi francesi continueranno a dare risposta, sebbene la causa non sia più tra gli elementi essenziali di quell'atto, dopo la riforma. Del resto, seppure ad altro riguardo, il codice italiano ha codificato con il danno ingiusto (art. 2043 c.c.), l'interesse meritevole di tutela che l'ordinamento vuole proteggere, così lasciando intendere che non tutti gli interesse lesi in capo alla vittima devono ricevere protezione. Molti ordinamenti, come quello francese, o quello italiano nel codice Pisanelli del 1865, mancano dell'aggettivo ingiusto, senonché nessuno ha mai dubitato della necessità che il fatto illecito abbia prodotto una *iniuria* nella sfera della vittima; l'uso del latino sta ad indicare che la questione appartiene alla tradizione, sicché trova applicazione anche se formalmente non appare nella norma, poiché appartiene ai principi della materia.

3. – Tra le ragioni che gli addetti ai lavori hanno indicato a sostegno della scelta compita dal legislatore francese, ne segnalo due. La prima è che la funzione sociale del contratto, la causa così indicata nella relazione al cod. civ., e riprodotta meglio articolata nelle riflessioni di Betti [4], è sempre stata un poco opaca. Secondo questa opinione, qualche elemento di chiarezza si è aggiunto in corso d'opera, quando da "sociale", la causa è diventata "concreta", quindi è stata definita più vicina alla effettiva operazione economica, ma ugualmente resta qualche elemento di incertezza [5]. C'è poi una seconda ragione che è stata indicata per spiegare la scelta, ossia che anche i codici fungono da modelli per altre legislazioni o codificazioni. La tendenza generale oramai va nel senso di abbandonare la causa dagli elementi del contratto, vuoi per l'influenza culturale del modello tedesco, vuoi perché la *consideration* di *common law* non si identifica con la causa. Insomma sembra che il mercato trovi rimedio ai conflitti sorti dal contratto fra le parti o con i terzi, con rimedi che prescindono dall'impiego dalla causa, quindi dalla sanzione della nullità.

---

[3] Traduzione dell'autore. Il testo francese della disposizione è il seguente: «*toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite*». La disposizione è rimasta invariata rispetto al *projet de reforme*. Essa era prevista altresì nell'*avant-projet* Catala agli artt. art. 1121, al. 3; art. 1125, al. 2 e nel *projet* Terré all'art. 78.

[4] Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, rist. della II edizione, p. 169 ss.

[5] Segnalo comunque la riflessione critica di ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 957 ss.

Probabilmente in queste critiche c'è anche il riflesso del dibattito apertosi verso la fine del secolo scorso, in seguito al fenomeno delle privatizzazioni; il risultato è stato il favore verso un modello di liberismo molto fiducioso nel funzionamento delle regole del mercato, molto poco propenso a funzionalizzarne l'andamento per realizzare fini diversi da quelli propri dell'atto. La necessità di liberare l'economia dal peso che l'intervento pubblico dello Stato aveva assunto nei Paesi occidentali ha forse fatto perdere di vista che «ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4, comma 2º, cost.). In sostanza l'idea che il lavoro sia il mezzo per tenere unito il tessuto della società civile fatto di individui e che, quindi, l'autonomia privata sia lo strumento immediato per garantire questa coesione è stato posto in secondo piano.

La necessità di liberare l'economia dal peso dello Stato ha messo in secondo piano l'idea che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2º, cost.). Insomma l'idea di riportare al privato tutta l'attività economica, abbandonando il pubblico, ha reso evanescente la socialità del singolo atto di scambio, quindi la funzione che la causa come elemento essenziale del contratto potrebbe aggiungere alla volontà e all'oggetto dell'art. 1325 c.c. Di modo che, di fronte alla prima difficoltà apparentemente terminologica, consistente in una perdita di significato del concetto di causa del contratto, la risposta di una larga parte di interpreti è andata nella direzione di volerla abbandonare dal linguaggio giuridico.

Con queste premesse le conclusioni potrebbero essere presto raggiunte: si abbandona la causa, si focalizza l'attenzione sull'aspetto funzionale del contratto, così da proteggere l'interesse dei contraenti, tradizionalmente collegato alla necessità di garantire quella solidarietà sociale (art. 2 cost.) che, nella buona fede contrattuale (ad es. art. 1375 c.c.), ha trovato una adeguata espressione. Queste conclusioni trovano nella recente riforma del codice francese un'autorevole conferma.

Senonché la realtà spesso non ammette forti semplificazioni, e la vicenda italiana sembra porsi in chiara controtendenza da qualche tempo a questa parte. A questo riguardo segnalo soltanto due precedenti che hanno chiuso complesse vicende giudiziarie in modo, per certi versi, inaspettato.

3.1. – Il primo processo ha avuto ad oggetto un prodotto finanziario, comunemente denominato *my way*, *4you* o *for you*, sottoscritto da una finanziaria con investitori non professionali, astrattamente, destinato a svolgere una funzione previdenziale [6]. Nei suoi termini essenziali, l'operazione economica è la seguente: il *target* dell'investitore non professionale è di garantirsi un piano previdenziale pur senza disporre della necessaria provvista. A titolo di mutuo, questa è

[6] Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Trib. Nola, 7 aprile 2012, in *IlCaso.it.* e, più ancora, Cass., 7 marzo 2016, n. 4473, in *Mass. Foro it.*, 2016; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *ivi*, 2016.

fornita da una banca, ma la somma immediatamente è impiegata dalla stessa banca sulla base di un contestuale contratto quadro con il quale l'investitore la autorizza ad investire in prodotti finanziari. Infine, sui titoli così acquistati viene costituito un pegno destinato a garantire il pagamento delle rate del mutuo erogato dalla banca. Talvolta è altresì stipulato un contratto di assicurazione volto a coprire il rischio di inadempimento dell'investitore a cui è esposta la banca mutuante [7]. Il recesso anticipato da parte dell'investitore è consentito previo pagamento di una penale. Nelle fasi di merito del processo, il giudice ha pronunciato la nullità di questi contratti per violazioni di diverse norme del TUF, e questa soluzione avrebbe potuto essere confermata anche in sede di legittimità. Ma proprio per questo vale la pena di parlarne in questa sede.

La Cassazione muove innanzitutto dalla qualificazione giuridica del complesso rapporto. Nel caso di specie due soluzioni sono infatti astrattamente possibili: il prodotto *4you* può essere considerato come una combinazione di contratti collegati tra loro, ma aventi ciascuno una propria causa [8], oppure può essere qualificato un unico contratto, reso atipico proprio dalla combinazione di tutti gli schemi causali presenti nell'operazione economica. La Cassazione ha scelto questa seconda opzione, pertanto ha fatto seguire il giudizio sulla meritevolezza della causa alla stregua dell'art. 1322, comma 2º, c.c. La Corte, dunque, non si è soffermata sulla violazione dei doveri di informazione, sul conflitto di interessi o sulle modalità convenute per l'esercizio del diritto di recesso, ma sulla meritevolezza degli interessi perseguiti con il contratto. La violazione del t.u.f. e del Regolamento Consob n. 11522/1998 è stat presa in considerazione per i riflessi sul sinallagma contrattuale, quindi per i riflessi sulla meritevolezza della causa del contratto.

Dopo aver affermato che il giudizio di meritevolezza è un giudizio di diritto, e quindi sindacabile in sede di legittimità [9], la Suprema Corte si è profusa sulla natura e sugli effetti di tale scrutinio. Chiarisce che il giudizio di immeritevolezza non deve essere effettuato secondo il parametro del proibito, altrimenti sarebbe non meritevole ciò che è contrario alla legge. È immeritevole ciò che non può ricevere la protezione formale degli effetti giuridici, sicché un contratto immeritevole risulta improduttivo di effetti *ab initio*.

Il giudizio di meritevolezza è inoltre assimilato a quello di nullità in relazione agli obiettivi perseguiti tramite lo stesso, in quanto anche il giudizio *ex* art. 1322, comma 2º, c.c. costituisce un controllo a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento [10]. La Cassazione asserisce che

---

[7] Ad esempio, nel caso deciso da Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 137, con nota di TUCCI A., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*.

[8] Peraltro, in relazione al giudizio di meritevolezza, la decisione circa l'unitarietà o meno del contratto potrebbe non risultare decisiva. Infatti, si è evidenziato come il collegamento contrattuale presenti una propria causa, diversa da quella dei contratti collegati; da questo punto di vista, occorrerebbe valutare anche la meritevolezza della causa dell'operazione generale. Qualora si accolga tale interpretazione del collegamento contrattuale, quindi, il giudizio di meritevolezza dovrebbe comunque essere effettuato in relazione all'intera operazione economica, a prescindere dalla tipicità dei contratti collegati, cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 402 ss.

[9] Così come già affermato in Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, in *Società*, 2016, VI, p. 725, con nota di COSTANZA.

[10] Così come la nullità, come affermato in Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Nuova giur.*

anche ai contratti atipici di investimento o di intermediazione finanziaria è estendibile il principio secondo cui: «il legislatore, predisposta una struttura normativa significante, […] ha "voluto sottendere a quella medesima struttura un ulteriore significato non espresso costituito dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi cardine (buona fede, tutela del contraente debole, parità quanto meno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati"» [11].

A questo punto la Corte di Cassazione esamina la meritevolezza del *my way* oggetto della controversia, delineando modalità operative e *ratio* di tale valutazione. Come viene autorevolmente affermato, il giudizio di meritevolezza ha ad oggetto la causa concreta dell'accordo [12]. Ciò che si esamina non è, quindi, l'astratta configurazione delle reciproche prestazioni, ma la struttura effettiva dello scambio come predisposto dalle parti; in tale prospettiva sono decostruiti ed esaminati gli interessi perseguiti tramite il contratto ed il rapporto di scambio tra le obbligazioni convenute. La meritevolezza, quindi, non è valutata in relazione agli interessi che, astrattamente, l'accordo è volto a realizzare, ma in relazione ma alla loro effettiva configurazione nell'assetto dello scambio pattuito.

Le obbligazioni reciprocamente convenute dall'investitore e dall'intermediario sono quindi contestualizzate in relazione alla situazione economica in cui si trovano le parti che è, in ragione della asimmetria informativa e del diverso potere contrattuale, strutturalmente squilibrata. Al termine dell'analisi, la Corte di Cassazione afferma che il contratto oggetto della controversia è immeritevole in quanto: «la rilevanza dell'insieme delle violazioni, […], evidenzia l'enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale *for you*, in quanto caratterizzato da una promessa, il raggiungimento di un beneficio economico futuro a fini previdenziali, radicalmente disatteso non dall'andamento imprevedibile dei mercati, ovvero da un rischio che poteva essere contenuto nel nucleo causale del contratto atipico in questione, ove accompagnato dalle cautele previste dal T.U.F. e dalla normazione regolamentare Consob, ma dal tessuto di regole e vincoli contrattuali, congegnati in modo tale da esporre il cliente esclusiva-

---

civ., 2015, I, p. 299, con note di C. Scognamiglio, Rizzo, Pagliantini; in *Danno e resp.*, 2015, VI, p. 592, con note di R. Fornasari, Laghezza.

[11] Da tale stretto collegamento con il giudizio di nullità deriva la possibilità di rilevare la non meritevolezza del contratto anche *ex officio* in ogni stato e grado del processo, sulla scorta di quanto affermato nelle pronunce Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Foro it.*, 2015, I, c. 862, con note di Pardolesi R., Palmieri A., Proto Pisani, Adorno M., Di Ciommo, Pagliantini, Menchini: in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 299, con nota di Rizzo; in *Corriere giur.*, 2015, p. 88 (m), con nota di Carbone; in *Contratti*, 2015, p. 113 (m), con nota di Pagliantini; in *Giur. it*., 2015, p. 70 (m), con nota di Pagni; in *Danno e resp*., 2015, p. 592, con note di R. Fornasari, Laghezza; in *Giur. it*., 2015, p. 1386 (m), con nota di Bove; in *Giur. comm*., 2015, II, p. 970, con nota di Delli Priscoli; e in *Riv. dir. proc*., 2015, p. 1560, con nota di Giussani.

[12] Che il giudizio di meritevolezza abbia ad oggetto la causa del contratto e non sia sovrapponibile a quello relativo alla liceità del contratto è stato sottolineato da Galgano, *Trattato di diritto civile*, cit., p. 185, 242-243; tuttavia l'autore sostiene che il giudizio di meritevolezza sia sostitutivo di quello relativo all'esistenza della causa in astratto, che in relazione ai contratti tipici è già stato effettuato dal legislatore. Al contrario, una parte della dottrina aveva ritenuto che il giudizio di meritevolezza avesse ad oggetto il tipo, cfr. Gazzoni, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, cit., p. 62; Id., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, p. 817.

mente a conseguenze svantaggiose oltre che a non consentirgli un'effettiva facoltà di recesso, mentre l'interesse dell'intermediario è sostanzialmente privo di effettivi margini di rischio dal momento che esso lucra gli interessi del mutuo, colloca prodotti (anche in conflitto d'interessi) ed opera sul mercato. Tale rischio non può identificarsi con la possibilità che il mutuatario investitore sia inadempiente, trattandosi di un'evenienza comune a tutti i contratti onerosi» [13].

La Corte evidenzia che il mancato raggiungimento di un beneficio per l'investitore non dipende da un andamento negativo del mercato, ma dallo schema contrattuale, costruito in modo tale da comportare una perdita sicura per lui. La Cassazione pone al centro del giudizio di meritevolezza lo scambio così come realizzato in concreto dai contraenti, differenziando il profilo strutturale da quello relativo allo svolgimento del rapporto contrattuale [14]. Per di più nell'enunciazione del principio di diritto si afferma che il contratto *4 you*, così come strutturato, è in contrasto con i principi di cui all'art. 47, comma 1º, cost. e dell'art. 38, comma 2º, e 5 cost., relativi rispettivamente alla tutela del risparmio ed all'incoraggiamento di forme di previdenza, anche privata.

3.2. – L'assicurazione della responsabilità civile sta mutando lo schema dell'art. 1917 c.c.; secondo il modello codicistico, infatti, l'assicuratore è tenuto ad indennizzare l'assicurato di quanto questi debba a pagare ad un terzo a causa di un «fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione». La clausola *claims made*, invece, prevede che l'assicurato sia coperto per i sinistri in relazione ai quali la richiesta risarcitoria sia pervenuta durante la vigenza della polizza [15]. Pertanto il sinistro non è l'evento dannoso causa di responsabilità civile, ma la richiesta risarcitoria effettuata dalla vittima. La differenza è notevole soprattutto al momento della cessazione dell'assicurazione. Nel modello *loss occurrence* di cui all'art. 1917 c.c. la compagnia non può ritenersi liberata dal rischio di dover indennizzare, poiché la concreta percezione del danno può insorgere anche in un tempo successivo alla condotta pregiudizievole che ha causato il sinistro: il c.d. danno lungolatente è un rischio per la compagnia di assicurazioni. Al contrario, nel modello *claims made*, anche se la *malpractice* è occorsa prima della conclusione del contratto, questa è coperta se la richiesta risarcitoria è effettuata quando il contratto è efficace; e, se allo spirare del contratto nessuna richiesta risarcitoria è stata comunicata, l'impresa può azzerare tutte le riserve tecniche, quindi ripristinare il proprio capitale di vigilanza. La clausola *claims made*, quindi, non appartiene al genere delle clausole vessatorie, bensì a quelle che delimitano il rischio assicurato, ossia di quelle che, in via mediata, influenzano il calcolo del premio [16].

---

[13] Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, cit.

[14] Così anche Cass., ord., 30 settembre 2015, n. 19559, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, II, p. 137, con nota di TUCCI.

[15] Cfr. LOCATELLI, *Clausole* claims made *e giudizio di vessatorietà*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, II, p. 529 s.

[16] La questione è stata definitivamente risolta dalla Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, anche in *Resp. civ. prev.*, 2016, p. 1238, con nota di GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*; e in *Danno e resp.*, 2016, p. 929, con note di GAZZARA, *La meritevolezza della clausola claims made al vaglio delle sezioni unite*; ALLAVENA, *Meritevolezza delle claims made: il difficile compito dei giudici di merito*

La prassi del mondo assicurativo ha visto la nascita di un modello c.d. misto: per l'indennizzabilità è richiesto che la denuncia e conseguente richiesta risarcitoria siano intervenute nella vigenza del contratto, e che il sinistro (tale ai sensi dell'art. 1917 c.c.) sia avvenuto durante la vigenza del contratto o in un determinato lasso di tempo antecedente alla stipulazione della polizza. Proprio su questo doppio limite, evento dannoso e richiesta risarcitoria intervenute durante la vita del contratto, si è soffermata la Corte di Cassazione, e nel farlo ha impiegato il criterio della meritevolezza dell'interesse dell'art. 1322. comma 2º, c.c., trattandosi di una clausola che rende atipico il contratto. Rileva la Cassazione che qualora l'assicurato sia un consumatore, la clausola *claims made* deve essere altresì valutata in base al combinato disposto degli artt. 33 e 36 c. cons., che prevedono la nullità delle clausole che creano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto [17].

La pronuncia conclude, infine, che qualora la clausola risulti immeritevole di tutela, la conseguenza è l'applicazione del modello codicistico fissato dall'art. 1917 c.c., sulla base dell'art. 1419, comma 2º, c.c., e anche del principio di buona fede che, in combinato disposto con l'art. 2 cost.: «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 (cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106; Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128)» [18].

In tempi più recenti, adeguandosi alla pronuncia delle sezioni unite, la sezione III della Cassazione ha pronunciato il seguente principio di diritto: «la clausola c.d. *claims made*, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2º, c.c., in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione» [19]. Come si può notare in questo caso deciso non c'era un consumatore al cospetto di un professionista; ciononostante la decisione è stata che una parte per effetto del contratto guadagna una posizione di vantaggio sproporzionato rispetta all'altra e questo vantaggio fa diventare la causa del contratto immeritevole di tutela, *rectius*, la clausola contrattuale è immeritevole e deve essere sostituita dall'art. 1917 c.c.

---

dopo le sezioni unite; e HAZAN, *La singolare vicenda della claims made, prima e dopo le sezioni unite («piacer figlio d'affanno; gioia vana...»)*.

[17] Cfr. Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

[18] Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, cit.

[19] Cass., 28 aprile 2017, n. 10506, in *Mass. Foro it.*, 2017.

4. – Mi sono soffermato su queste decisioni poiché mi paiono espressive di una precisa intenzione di impiegare la norma sulla meritevolezza in chiave di valutazione della congruità dello scambio. Questa soluzione si inserisce e rappresenta una fase diversa da quella incontrata fino a questo momento, nella quale si è fatto leva sulla fase di esecuzione del contratto e si è fatto perno sulla buona fede per equilibrare il sinallagma alterato fra le parti [20]. Certo qualche volta si è andati oltre e si è ritenuto che il recesso *ad nutum* sarebbe in contrasto con la buona fede poiché realizzerebbe un abuso di diritto [21]. La clausola è così concepita fin dall'origine sicché, pur potendo sembrare un vizio genetico, è la volontà della parte di volersene avvalere che la rende inefficace, poiché fonte di abuso.

I casi del contratto *4 you* e della clausola *claims made* mista, invece, investono proprio il sinallagma contrattuale per come fin dall'origine è stato pensato. Mentre con l'impiego della buona fede (art. 1375 c.c.) si censura la condotta di una parte per il modo in cui questa rileva nell'operazione economica contrattuale, con l'impiego della meritevolezza (art. 1322, comma 2º, c.c.) si regola direttamente l'equilibrio del contatto, per come è stato pensato fin dall'origine.

Si tratta di una soluzione che si pone in controtendenza rispetto ai *Principi unidroit*, nonché rispetto all'idea di codice europeo dei contratti sul quale si è formato un certo dibattito che si è concluso con la riforma del *code Napoléon* di cui si è dato conto. Tuttavia è una tendenza italiana che potrebbe essere in linea con l'idea di autonomia privata che si desume dall'art. 41, comma 2º, cost., secondo il quale l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Insomma nel nostro sistema ci sono rimedi apprestati per la patologia del contratto che operano sul piano genetico e in sede di esecuzione. L'idea che emerge è quella di un contratto non sempre fedele alla dura legge della domanda e dell'offerta, propria di un liberismo sfrenato. L'occidente anche di area comunitaria probabilmente ha seguito l'art. 41, comma 3º, cost., secondo il quale «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». Incentivi di carattere

---

[20] Cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, con nota di BARONE; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 852, con nota di PICARDI, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una complessa vicenda di affitto di azienda*; in *Corriere giur.*, 1994, p. 566, con nota di CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*; e in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159, con nota di MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*; NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contratto e impr.*, 1994, p. 475.

[21] Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di PALMIERI e PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Contratti*, 2010, p. 5, con nota di D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Nuova giur. civ.*, 2010, I, p. 231, con nota di SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buon fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*; in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 172, con nota di ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*; in *Resp. civ.*, 2010, p. 345, con nota di GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Dir. e formazione*, 2010, p. 186 (m), con nota di MACARIO, *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*; in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 577, con nota di GIORGINI, *Recesso ad nutum secondo ragionevolezza*; e in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 828, con nota di DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*.

fiscale, finanza agevolata, l'uso del contratto imposto, ossia con clausole che proteggono interessi di determinate categorie nel conflitto con altre, mirano indubbiamente ad orientare l'economia e l'iniziativa privata verso certi obbiettivi.

C'è anche la previsione che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» (art. 41, comma 2º, cost.). Questa disposizione si presta ad esercitare un controllo dell'autonomia privata attraverso la verifica di meritevolezza di quell'atto di microeconomia che è il contratto. Da tempo l'attenzione della giurisprudenza si è focalizzata sull'idea di una certa giustizia del contratto, con il risultato che, quando quest'atto sia standardizzato e sia destinato ad operare frequentemente, questo controllo può produrre effetti simili ad una vera e propria programmazione economica.

Così ad esempio la scelta di censurare dal lato della causa i contratti di assicurazione con la clausola *claims* mista non è indifferente sul modo di operare delle compagnie di assicurazioni nel nostro Paese. Mi viene in mente il settore sanitario nel quale da anni si è registrata la fuga delle compagnie di assicurazioni. Questo atteggiamento molto rigoroso da parte della giurisprudenza potrebbe influire sullo sviluppo di un certo comparto economico determinandone una certa posizione nel mercato globale. Penso a cosa sarebbe successo se si fosse consolidato l'orientamento in seguito ad una pronuncia di un certo Tribunale che negli anni '80 dichiarò la nullità del *leasing*, o a che cosa sarebbe successo se il contratto autonomo di garanzia fosse stato dichiarato nullo per mancanza di causa.

Penso ancora al contratto autonomo di garanzia che negli anni '80 del secolo scorso ha sollevato un ampio dibattito, diviso tra chi riteneva che questo contratto avrebbe potuto trovare ingresso soltanto negli ordinamenti che non hanno base causalistica e coloro che, con diverse motivazioni, ritenevano che anche nel nostro ordinamento avrebbe potuto trovare cittadinanza [22]. Sullo sfondo c'erano questioni di diritto estremamente sofisticate che involgevano la tradizione giuridica di ordinamenti diversi: quello tedesco, non causale; quelli di ispirazione francese causali; quelli provenienti dal *common law*, che per ragioni diversi si sarebbero potuti apparentare al sistema tedesco.

Ciò premesso, mi chiedo se la soluzione italiana fosse stata diversa da quelle che ha portato a giustificare causalmente quei contratti ed avesse optato per la declaratoria della loro nullità, quale sarebbe stata la posizione degli imprenditori nazionali nel commercio internazionale? Quale

---

[22] Riassumono i termini di questo dibattito: BENATTI F., *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Noviss. Dig. it.*, *appendice III*, Utet, Torino, 1982, p. 918; RAGUSA MAGGIORE, *Clausole limitatrici della responsabilità della banca nella fideiussione generale e contratto autonomo di garanzia*, in *Vita not.*, 1985, p. 17; COSTANZA, *Contratto autonomo di garanzia e clausole di deroga all'art. 1939 c.c.* in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1171, in nota a Cass., 31 agosto 1984, n. 4738; PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1985, I, p. 169; Cass., sez. un., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Dir. banc.*, 1988, I, p. 504, con nota di PORTALE, *Le sezioni unite e il contratto autonomo di garanzia ("causalità" ed "astrattezza" nel Garantievertrag*; in Foro it., 1988, I, c. 3021, con nota di CALDERALE A., *La cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il "big sleep" delle sezioni unite*.

sarebbe stata la fiducia dei committenti stranieri nei confronti delle imprese italiane fornitrici di beni o esecutrici di opere in appalto, se non avessero potuto confidare nell'efficacia di un *performance bond*, di un *bind bond*, di un *repayment bond* e così via? Il risultato di questa soluzione sarebbe stata la penalizzazione delle imprese italiane, con grande ripercussione sul PIL; in alternativa, si sarebbe verificata una marginalizzazione del diritto italiano poiché, per contrattare fuori dalle mura domestiche, le imprese italiane avrebbero dovuto precostituire all'estero una provvista capace di assicurare quella pronta garanzia di solvibilità che il diritto italiano non avrebbe potuto garantire. In entrambi i casi i costi di produzione delle imprese italiane sarebbero aumentati, quindi le stesse sarebbero diventate meno concorrenziali e pertanto il PIL sarebbe diminuito.

Con queste premesse, quale può essere il ruolo del giurista italiano, al cospetto di uno scenario così variegato? È auspicabile che assuma un ruolo difensivo di modelli e figure che appartengono alla nostra tradizione, in omaggio ad un'idea di purismo culturale, oppure è auspicabile che il giurista o l'interprete privilegi scelte che, senza entrare in rotta di collisione con i fondamenti del proprio ordinamento, tuttavia favoriscano un certo dialogo fra ordinamenti diversi, quindi faciliti la libera circolazione nel mercato?

Domanda non semplice, la cui risposta indotta è in realtà meno scontata di quanto potrebbe sembrare. Probabilmente sarà opportuno interrogarsi sulla questione nel prossimo futuro.

JUS CIVILE

GIANLUCA SICCHIERO

Professore ordinario di diritto privato – Università Ca' Foscari di Venezia

LA DILIGENZA PARTICOLARE DEL PROFESSIONISTA: DALL'OBBLIGO INFORMATIVO AL DOVERE DI CONSIGLIO (ART. 1176 C.C.)

SOMMARIO: *1. L'obbligo di diligenza come clausola generale. – 2. La diligenza in concreto. – 3. La ragionevolezza nella valutazione della diligenza prestata: gli obblighi informativi. – 4. Gli obblighi di consiglio e di dissuasione.*

1. – L'obbligo di diligenza, al pari di quelli di correttezza (art. 1175 c.c.) e di buona fede (artt. 1337, 1375), rientra nel novero delle clausole generali che prescrivono alle parti un comportamento di cui non definiscono il contenuto: parlando appunto di correttezza, diligenza, buona fede, denotano una tensione verso un atteggiamento di generale lealtà, senza dire però in cosa consista.

Questo è peraltro il compito delle clausole generali, la cui funzione è di costituire un trait d'union tra la disposizione estremamente analitica e i valori principali dell'ordinamento: se da un lato la prima costituisce solo un omaggio all'illusione che tutto possa essere adeguatamente disciplinato [1], gli altri rischiano invece di essere relegati al semplice programma, tanto vago da sfuggire alla concretezza.

Ci sono voluti decenni per accettare l'idea che anche le clausole generali svolgano un ruolo autonomo: solo a rileggere qualche antica decisione per la quale, ad es., la regola sulla buona fede, da sola, non era idonea a prescrivere alcun comportamento, necessitando di altra disposizione di supporto, ben si comprende quale sia stata la difficoltà concettuale che queste disposizioni trascinano con sé [2].

Il giurista domestico ha sempre avuto paura dell'arbitrio del giudice nel riempire la clausola

[1] "Le clausole generali servono allora a combattere quella vacua coazione a prescrivere di tutto": DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ*., 2014, 377; tra gli altri v. anche RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 189; GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, II, 563 ss., spec. 565

[2] La tesi per cui "la violazione dei doveri di correttezza e buona fede ove non siano considerati in forma primaria ed autonoma da una norma –come nell'ipotesi di concorrenza sleale *ex* art. 2598 c.c.– costituisce solo un criterio di qualificazione e di valutazione del comportamento dei contraenti. Pertanto, un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità ove al contempo non concreti la violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica" era affermata da Cass., 20 luglio 1977, n. 3250; cfr. inoltre, anche per altri profili, *id*., 23 marzo 1979, n. 1690; *id*., 18 ottobre 1980, n. 5610. In letteratura v. in quel senso COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 50.

generale, ma forse gli era sfuggito quanto fosse più arbitrario impedire alla regola di funzionare in ragione della sua formulazione [3], quando invece il *redde rationem* è l'unico modo di controllare la decisione, posto che questo è, alla fine, il criteri di razionalità e di ragionevolezza [4] di ogni decisione, quale che sia la regola da applicare.

Proprio la regola della buona fede ha tracciato il percorso; valutando la ragionevolezza delle decisioni si è potuto scrivere un primo catalogo di applicazioni che ne hanno concretizzato la funzione [5]: l'abuso del potere di maggioranza come di quello di minoranza, l'approfittare con opportunismo di un momento di difficoltà della controparte, fino all'utilizzo del processo per locupletare vantaggi che non spettano [6].

Il metodo è positivo, consente di stabilizzare la regola nella concretezza ma anche, nel contempo, di esaltarne le potenzialità per tutti i casi della vita che ancora devono accadere.

2. – Il problema della diligenza nell'adempimento è che la regola è stata oggetto di una finzione: la si è considerata già efficiente ed operativa, come se fosse già stata completa e pronta all'uso, in forza del richiamo a concetti che sono invece evanescenti.

Le parole ancora utilizzabili della Relazione, al n. 559, sono emblematiche: si tratterebbe di "una di quelle formule elaborate dalla giurisprudenza romana e dalla tradizione romanistica, che desumono il loro contenuto dalle concezioni dominanti nella coscienza sociale, e che, per la loro adattabilità alle situazioni di fatto, rispondono in modo eccellente ai bisogni vario della vita di relazione. La figura del *bonus paterfamilias* non si risolve nel concetto di "uomo medio", ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale. È il modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini sociali, i rapporti economici e il clima politico".

---

[3] Sulla necessità di cercare sempre un significato operativo della disposizione cfr. per tutti, MESSINEO, *Variazioni sul concetto di rinunzia alla prescrizione*, *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1957, 505; BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 227; CASELLA, *Nullità parziale del contratto ed inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974, 109; BURROWS, *Interpretation of documents*, Londra, 1946, 62 ed ivi 92 ss. per la regola ermeneutica *res magis valeat quam pereat*; LEWISON, *The interpretation of contracts,* Londra, 1989, 127 ss., 140 ss.

[4] PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 22 ss., ove si ricorda il diverso modo di argomentare dei giudici: dalla regola al caso, temperando la soluzione mediante le clausole generali se irragionevole, per il giuristi continentale; utilizzando invece direttamente la ragionevolezza nel *common law* (ovviamente tenendo conto dell'avvicinamento dei due sistemi); la verifica di come il principio operi nei sistemi di *common law* è operata anche da TROIANO, *La "ragionevolezza" nel diritto dei contratti,* Padova, 2005, 81 ss., ove anche i dati sui sistemi tedesco, olandese, francese e canadese (Québec); v. anche RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, 2007, 110 ss.

[5] Sui cd. *Fallgruppen* v. DI MARZIO, cit., 371; DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, nel *Comm. Scialoja e Branca* a cura di Galgano, sub art. 1176, Bologna-Roma, 1988, 119, ma già RODOTA', cit., 191 ss.; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 161.

[6] Per la casistica v. GALGANO, cit., 565 ss.

Da un lato l'astrazione del richiamo al buon padre di famiglia[7], parole uscite indenni dall'emenda del codice civile ai riferimenti al fascismo: il buon padre di famiglia romano, che nessuno ha mai visto, era diventato l'uomo virile fascista[8], che per fortuna è scomparso, trasformandosi però in un altro soggetto ancora, il debitore che adempie senza dover essere pedante e pignolo ma nemmeno trascurato e superficiale.

Parole buone ad ogni necessità se non fossero state giustificate sulla base di riferimenti che si indicavano concreti senza che esistesse un solo documento da cui ricavarne lo spessore.

Quale è la diligenza media del pulitore a secco[9]? E quella dell'albergatore[10]?

Non che le decisioni che hanno utilizzato questi concetti, alla fine, appaiano arbitrarie: se lascio i bagagli in albergo mi attendo che siano custoditi; se consegno i vestiti al pulitore, è lui che deve avvisarmi che la sua macchina può danneggiare certi capi; il fatto è che la motivazione fondata sulla diligenza, se richiama comportamenti che nessuno potrà mai documentare, appare ben più arbitraria di quella che, confrontando l'alternativa, qualifichi come ragionevole quella prescelta; dicendo ad es. che è appunto più ragionevole che l'albergatore custodisca i bagagli anziché lasciarli in balia dei ladri.

In questo modo si sarebbe potuto – si può ancora– attribuire senso alla disposizione sulla base di un ragionamento argomentato anziché in forza di richiami alla metafisica: insomma, rifacendo per la diligenza lo stesso cammino della buona fede.

Il tentativo è particolarmente delicato se riferito alla diligenza di cui parla il capoverso dell'art. 1176 c.c.; già la disposizione in sé è stata oggetto di lunghe discussioni tra chi riteneva trattarsi della pura specificazione di quanto prevede il primo comma[11] e chi, al contrario, vedeva in questo secondo comma la vera disposizioni operativa[12].

Ma il profilo particolarmente complesso attiene alla possibilità di individuare i comportamenti diligenti di colui che non sia tenuto a raggiungere il fine sperato dal cliente, per la sempli-

---

[7] CARPONI SCHITTAR, *Il buon padre di famiglia: un parametro in via di soppressione*, in *Temi*, 1976, pp. 450 ss. rileva l'impossibilità di far riferimento a quella nozione romana.

[8] Ne era convinto ad es. BARASSI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1940, 246; la formula fa il pari con quella del passato regime sovietico, ricordata da COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, 42, e poi da GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milano, 1975, 337, del "lavoratore dell'industria sovietica".

[9] Per Cass., 29 novembre 1984, n. 6257, *Giust. civ*., 1985, I, 3150 "all'artigiano che esercita l'attività professionale di lavatura a secco resta applicabile l'art. 1176, 2º comma, c.c., con la conseguenza che la diligenza nell'eseguire il lavoro a regola d'arte e secondo le tecniche proprie di quell'attività a lui richiesta non è solo quella generica del buon padre di famiglia, bensì la diligenza più intensa e concreta che incombe al lavoratore qualificato ed esperto in una certa attività professionale e con riferimento al risultato specifico che comporta l'obbligazione da lui assunta".

[10] Ad es. Cass., 21 dicembre 1990, n. 12120 parla del "comportamento che relativamente alla custodia delle cose ricevute in consegna viene comunemente praticato da parte di coloro che esercitano la medesima professione (albergatori)".

[11] V. ad es. DI MAJO, cit., 430 ss. oppure

[12] NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1984,93 ss., perché ritiene che il vero criterio di riferimento sia quello del secondo comma della disposizione in esame e ciò consentirebbe "di rilevare l'assurdità del riferimento ad un criterio astratto ed unitario, che dovrebbe valere da costante metro di valutazione di un indeterminato numero di ipotesi; nello stesso senso v. poi BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1991, 237 ss., spec. 240-241

ce ragione che non può essere oggetto di promessa, perché sfugge al dominio del debitore professionista.

Sebbene la distinzione –mezzi-risultato o, come preferiamo, ad oggetto governabile o meno- [13] sia parsa inadeguata per lungo tempo, dicendosi che il comportamento adeguatamente diligente costituisce in sé un risultato [14], sicché tutte le obbligazioni sarebbero di risultato, in realtà il problema resta comunque il medesimo: consistendo in entrambi i casi, sia pure con diversa latitudine, nel poter dire quando il comportamento del professionista debitore sia stato adeguatamente diligente.

La letteratura è convinta che si possa far riferimento al comportamento medio del professionista [15], ma queste indicazioni non convincono: lo scetticismo di chi vuol conoscere i fatti porta ad una conclusione inevitabile e cioè che questo comportamento medio non esiste e proprio per ciò nessuno lo ha mai accertato: nel senso che non esiste alcun documento da cui lo si possa ricavare.

Alla fine quelle parole costituiscono un rinvio all'ineffabile, al pari degli altri già visti.

Ma qui c'è di più: perché occorre anzitutto verificare se il comportamento cui il debitore professionista si sia obbligato rientri o meno nella sua disponibilità, cioè se egli sia in grado di garantirlo.

L'avvocato, ad es., può garantire l'iscrizione a ruolo della causa nei termini di legge, mentre non può garantire la vittoria della causa.

Si può allora parlare di responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c., senza che rilevi la diligenza (semmai il fortuito), negli errori consistenti nel non indicare la data di comparizione avanti al tribunale nell'atto di citazione [16], nel notificare tardivamente l'appello [17], nel non restituire i documenti al cliente in tempo utile perché egli possa attivarsi giudizialmente [18].

Anche il notaio è tenuto ad effettuare i controlli sulle trascrizioni prima di procedere alla stipula di un atto ed anche qui sussiste errore professionale ai sensi dell'art. 1218 c.c. nel non aver provveduto: giustamente il S.C. ritiene che, in questa ipotesi, non si possa invocare l'esimente dell'art. 2236 in relazione alla situazione di arretrati in cui versasse la conservatoria competente [19],

---

[13] Per una lettura riassuntiva v. SICCHIERO, *Dalle obbligazioni "di mezzi e di risultato" alle "obbligazioni governabili o non governabili"* in *Contr. impr.*, 2016, 1391 ss.

[14] Ovvio il riferimento al fondamentale scritto di MENGONI, il cui saggio *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" Studio critico.* comparve in fascicoli successivi della *Riv. dir. comm*. del 1954.

[15] DE MATTEIS, *La diligenza professionale*, in AA.VV., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, 341 parla ad es. diligenza professionale "come parametro che, commisurato al tipo speciale del singolo rapporto, consente di valutare la conformità o difformità del comportamento a quello dovuto, facendo leva non tanto sulla normalità statistica quanto sul livello di rendimento tecnico, oggettivamente esigibile sulla base delle regole tecniche messe a punto nei singoli settori". Ma nel passato si esprimeva già così CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, 53 ss.

[16] Cass., 23 aprile 2002, n. 5928.

[17] Trib. Salerno, 29 febbraio 1980, *Foro nap*., 1981, I, 271.

[18] Cass., 4 dicembre 1990, n. 11612.

[19] Con le parole di Cass., 27 ottobre 2011, n. 22398, in *Giust. civ*., 2012, I, 1260, "in relazione alla inosservanza dell'obbligo di espletare la visura dei registri immobiliari in occasione di una compravendita immobiliare, il notaio

quantomeno perché non spetta al notaio decidere se procedere con la vendita senza che si sia accertata la consistenza effettiva giuridica dell'immobile.

Questo significa che il problema della diligenza si pone solo per le prestazioni che sfuggono al controllo del professionista, dato che qui sì la prestazione consiste nella diligenza da prestare per tentare di raggiungere il risultato, laddove nell'altro caso la diligenza non conta, dato che il professionista sarà adempiente solo se raggiungerà il risultato, salvo dimostrare il caso fortuito o la forza maggiore (art. 1218 c.c.).

Se, come ci pare, la diligenza rileva solo nelle prestazioni non governabili, in cosa consiste il comportamento diligente?

Se una regola prescrive esattamente il comportamento da tenere, saremo fuori da questo problema, perché si tratterà di aver seguito o meno le indicazioni della norma.

Se invece la disposizione non entra nel merito, allora pare impossibile parlare di diligenza, dato appunto che la regola tace; l'impossibilità di prevedere in anticipo le attività necessarie è infatti, a ben vedere, la ragione per cui queste non sono codificate, diversamente da quanto si è fatto negli artt. 1181 ss.

Ciò ha indotto a ritenere che la prestazione professionale sia caratterizzata dal "suo contenuto discrezionale" e dalla relativa "ampia libertà di attuazione" [20] ma questi termini, che poggiamo sull'autonomia della competenza del debitore professionista, non vanno tuttavia intesi come dichiarazione di irresponsabilità e nemmeno di totale discrezionalità, che ovviamente nessuno afferma. Se così si pensasse, infatti, dovremmo evidenziare "una vera e propria petizione di principio; cioè, che la professione implichi il libero esercizio di un'attività e che in esso si esaurisca" [21], mentre invece, ad es., la decisione sul rischio da percorrere spetta invece solo al creditore [22].

Il punto di equilibrio non può dunque mai consistere nel ritenere non giudicabile la diligenza

---

non può invocare la limitazione di responsabilità prevista per il professionista dall'art. 2236 c.c. con riferimento al caso di prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà (nella specie per l'arretrato in cui versavano le conservatorie all'epoca della stipula e per la necessità di esaminare le annotazioni provvisorie di cui ai c.d. mod. 60), in quanto tale inosservanza non è riconducibile ad un'ipotesi di imperizia, cui si applica quella limitazione, ma a negligenza o imprudenza, cioè alla violazione del dovere della normale diligenza professionale media esigibile ai sensi del 2º comma dell'art. 1176 c.c., rispetto alla quale rileva anche la colpa lieve"; *id*., 15 giugno 1999, n. 5946; *id*., 20 gennaio 1994, n. 475. Invece il notaio non risponde se i registri siano incompleti e ciò renda "di fatto impossibile l'individuazione dell'iscrizione ipotecaria": Cass., 28 settembre 2012, n. 16549.

[20] GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali*, *Enc. dir*., XXXVI, Milano, 1987, 1073; ma già RIVA SANSEVERINO, *Del lavoro autonomo in generale*, nel *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1963, 192, 214; SANTORO PASSARELLI, voce *Professioni intellettuali*, *Nvss. dig. it*., XIV, Torino, 1967, 23; TACCHI, voce *Professioni*, *Professioni, arti e mestieri, dir. amm*., in *Enc. giur*., Roma, 1991, XXIV, *ad vocem*, 6.

[21] ANASTASI, Voce *Professioni*, *Professioni intellettuali e subordinazione*, *dir. lav*., *Enc. giur*., XXIV, Roma, 1991, *ad vocem*, 1.

[22] CATTANEO, cit., 179. Esatta quindi la scelta di Trib. Milano, 25 febbraio 2005, *Resp. e risarc.*, 2005, 71, per cui "l'informazione nei confronti del paziente deve essere relativa alla natura dell'intervento medico chirurgico, alla sua portata ed estensione, ai rischi, ai risultati conseguibili, alle possibili conseguenze negative, alla possibilità di conseguire il medesimo risultato attraverso altri interventi e ai rischi di questi ultimi; quindi il paziente deve essere messo concretamente in condizione di valutare ogni rischio e ogni alternativa".

delle attività non governabili: perché in questo modo si ripeterebbe l'antico errore compiuto per la buona fede, sterilizzando la regola anziché facendola funzionare bene.

3. – La soluzione del problema relativo alla valutazione della diligenza, per quanto detto sopra, è allora la stessa utilizzata per la buona fede: di fronte al comportamento che il giudice debba valutare, il criterio sarà sempre quello della ragionevolezza, di cui la sentenza deve *redde rationem*. In tal senso, ad es., nel decidere se sia stato diligente l'avvocato che abbia mandato in decisione la causa senza chiedere al cliente quali fossero i mezzi di prova da indicare, affermare la negligenza di questo comportamento [23] è più ragionevole che dire il contrario, cioè che bene abbia fatto il difensore ad infischiarsi delle prove da far assumere. Questo perché non è ragionevole eseguire la prestazione senza assumere comportamenti che sono funzionalmente diretti al fine dovuto, anche se tale valutazione seguirà la scelta operata dal debitore, nel momento in cui verrà contestata: ma ciò è intrinsecamente corretto, data la libertà di scelta dei mezzi di cui gode il debitore, appunto purché ragionevole.

L'esame delle molte decisioni che hanno valutato il comportamento di professionisti ha dimostrato che, nell'ambito delle prestazioni non governabili, ciò che è venuto a mancare è stato la doverosa reciproca informazione, sia nel senso che il professionista non ha informato il cliente dei rischi che l'attività comporta [24], sia nel senso che il professionista non si è fatto dare dal cliente le informazioni necessarie per i propri compiti [25], quest'ultimo costituendo il c.d. obbligo di sollecitazione.

Il nostro ordinamento non è avulso da obblighi simili, solo a ricordare che l'art. 2381 c.c. stabilisce l'obbligo per gli amministratori "di agire in modo informato", imponendo ad eventuali organi delegati sia l'obbligo di informare tutti gli amministratori, sia il diritto di questi di assumere tali informazioni [26]. Un ulteriore obbligo di legge relativo all'assunzione delle "informazioni necessarie" è previsto altresì dall'art. 21 del testo unico dell'intermediazione finanziaria (d. lgs. n. 58/1998), sicché la relativa omissione, anche se determinata dal rifiuto del cliente di fornirle [27], pur incidendo su una prestazione non governabile (perché l'investimento nei mercati

---

[23] Ritenuto responsabile da Cass., 12 aprile 2011, n. 8312, *Foro it*., 2011, I, 1713, la quale ha appunto precisato che non era onere del cliente provare di aver fornito al difensore la lista dei testimoni, ma spettava all'avvocato dimostrare di aver sollecitato al cliente tale comunicazione, in tempo utile per poterla utilizzare in giudizio o, quanto meno, di aver chiesto al giudice la fissazione del termine per provvedere all'indicazione, secondo l'istanza già formulata nell'atto di citazione. Sull'obbligo di sollecitazione v. altresì Trib. Milano, 29 marzo 2005, *Corr. giur*., 2005, 1409.

[24] Su quest'obbligo informativo v. ad es. LEGA, *Le libere professioni intellettuali*, Milano, 1974, 82, 646; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, nel *tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1996, 472 ss.; FRANZONI, *Il professionista e criteri per l'accertamento della responsabilità*, *Contr. impr.*, 2015, 601 ss.; MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Commentario al c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2014, 521 ss.

[25] Così già LEGA, cit., 646.

[26] In argomento si vedano le osservazioni di ZANARDO, *Delega di funzioni e diligenza degli amministratori nelle società per azioni*, Padova, 2010, 115 ss.

[27] Cass., 19 ottobre 2012, n. 18039, *Foro it*., 2013, I, 2928; Trib. Mondovì, 24 marzo 2010, *Giur. it*., 2011, 1091; Trib. Novara, 2 novembre 2009, *Giur. it*., 2010, 601.

finanziari è per propria natura aleatorio), costituisce inadempimento senza ulteriori valutazioni, altro essendo ovviamente il problema della determinazione del danno che ne consegua.

Orbene, procedendo come si è fatto per la buona fede, si può appunto dire che diligente è il professionista che assume le informazioni necessarie per cercare di raggiungere il risultato che il cliente vorrebbe e che comunica al cliente i rischi che la sua attività comporta [28].

Infatti il cliente si rivolge al professionista proprio perché non possiede le capacità tecniche per espletare l'attività che gli chiede, sicché è il professionista che deve premunirsi di costituire l'adeguato flusso informativo.

Governabile, nel primo senso, è ad es. l'informazione al cliente sul fatto che un provvedimento sia impugnabile, sicché qui non si potrà invocare l'esimente della colpa lieve ex art. 2236 [29]; si tratta di verificare, in altre parole, se l'informazione attenga a conoscenze che il professionista deve possedere in quanto esercita la propria attività, sicché sussisterà la sua responsabilità "in applicazione del parametro della diligenza professionale (art. 1176, 2º comma, c.c.) … rinvenendo fondamento detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali, ovvero di incuria ed imperizia insuscettibili di giustificazione" [30].

Nello stesso senso, poi, la giurisprudenza nega che costituisca colpa lieve ex art. 2236 c.c. la circostanza che il medico si fidi delle dichiarazioni del paziente e non proceda autonomamente alla "ricerca della situazione effettivamente esistente in capo al paziente, almeno per quanto attiene alle evidenze del suo stato psico-fisico" [31].

Correttamente si ritiene inoltre negligente il notaio che non avvisi l'acquirente che il venditore, che a propria volta abbia acquistato un bene da un mutuatario (con ipoteca a proprio carico), possa vedersi espropriato il bene se il mutuatario non adempia i propri obblighi, perché il diritto di seguito delle garanzia reale è nozione elementare di diritto che il notaio deve possedere [32] al fine di comunicare alle parti le circostanze rilevanti.

Quindi va sicuramente affermata la responsabilità del professionista che "omette di correggere gli effetti della negligenza del cliente", dovendosi intendere con queste parole l'omessa sollecitazione di tutti i dati che possano servire all'esecuzione della prestazione [33].

Può anche darsi però che la informazioni non possano scendere in profondità: l'avvocato, ma

---

[28] Per una disamina che non può essere contenuta in una nota di commento v. SICCHIERO, *Dell'adempimento*, nel *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, sub art. 1176 c.c., 206 ss.

[29] Cass., 26 febbraio 2013, n. 4781, *Foro it*., 2013, I, 1135: "qualora all'avvocato sia addebitabile l'omessa informazione al cliente circa la possibilità di appellare la sentenza dichiarativa dell'estinzione del giudizio, con conseguente preclusione della tutela giurisdizionale e perdita del diritto, si configura un inadempimento totale del professionista anche rispetto alle prestazioni eseguite prima della predetta sentenza, in quanto espletate *inutiliter*"; *id*., 18 giugno 1996, n. 5617, *Giur. it*., 1997, I, 1, 638.

[30] Cass., 14 novembre 2002, n. 16023.

[31] Cass., 12 settembre 2013, n. 20904.

[32] Cass., 27 novembre 2012, n. 20991, *Vita not*., 2013, 356.

[33] Parla di onere, sia per il cliente che per il professionista, CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, *Dig. civ*., XVII, Torino, 1998, 204-205.

anche il notaio, devono ben sapere che un mutamento della giurisprudenza può rovesciare le aspettative rispetto al passato e di ciò devono informare il cliente, senza poter prevedere altro che l'astratta possibilità: questo è però il limite intrinseco delle attività non governabili, senza la sfera di cristallo nessuno può dire di più, dovendo però avvisare della possibilità.

C'è però di dire, per completezza, che l'informazione non può più ricondursi alla sola diligenza da adottarsi nel silenzio di specifiche norme prescrittive; infatti qui la regola c'è seppure incompleta ed è costituita dall'art. 9, comma 4, della l. n. 27/2012, in forza del quale "*il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale*".

Dunque almeno per questo tipo di informazioni l'obbligo è testualmente di legge e non dipende dal significato che si intenda attribuire alla nozione di diligenza, che vale tuttavia per le informazioni diverse, cioè per quelle che il professionista debba chiedere al cliente per orientarsi nella prestazione.

Appare quindi condivisibile la decisione per cui "nel caso d'incarico professionale avente ad oggetto un'attività stragiudiziale intesa alla formulazione di un parere, i doveri di informazione, sollecitazione e dissuasione, gravanti sul professionista, non costituiscono obbligazioni di mezzi" [34], trattandosi appunto del dovere di trasmettere le informazioni, salvo solo riconoscere che talune informazioni, come si dirà subito, possono solo configurare l'esistenza di un rischio, senza poter scendere oltre.

L'obbligo informativo è stato ricondotto alla responsabilità precontrattuale [35], ma occorre precisare: è vero che la sua funzione iniziale è proprio quella di "porre il destinatario nella condizione di valutare se intraprendere o meno la scelta" [36], ma solo se l'informazione sia inesatta e il destinatario decida di non intraprendere la scelta, laddove invece assume consistenza di inadempimento contrattuale se il rapporto sorga.

4. – Il flusso informativo di cui abbiamo detto è per lo più di tipo conoscitivo, sebbene (ecco il limite preannunciato) non possa prescindere sempre da giudizi: come si fa a dire quanto sia complesso un incarico?

La cautela è d'obbligo: un'operazione di appendicite è statisticamente semplice, però statisticamente ovvero sempreché non vi siano complicanze che devono verificarsi al momento; chi scrive ha iniziato alcuni anni addietro 40 cause perfettamente identiche avanti al tribunale di

[34] Cass., 14 novembre 2002, n. 16023, *Danno e resp*., 2003, 256; nella specie, è stata riconosciuta la responsabilità dell'avvocato che non aveva provveduto ad informare il cliente, formulando parere stragiudiziale, della possibilità che venisse eccepita la prescrizione.

[35] CAFAGGI, cit., 159; *contra* CATTANEO, cit., 176.

[36] CAFAGGI, *ibidem*.

Venezia, delle quali 35 hanno avuto un esito e 5 un altro, a seconda dei magistrati che le hanno seguite, pur essendo gli atti esattamente gli stessi ed i fatti perfettamente uguali, diversi essendo solo, di volta in volta, i convenuti.

Tuttavia esistono due ulteriori profili del comportamento del professionista, che non è meramente informativo ma tende a dirigere il cliente verso una determinata scelta: si tratta dell'obbligo di consiglio del quale il secondo, il compito di dissuasione, costituisce una specie.

Sono doveri su cui la giurisprudenza si è già pronunciata ad es. proprio per il notaio, sul quale pure grava l'obbligo di informare il cliente circa gli aspetti rilevanti dell'atto che stia per concludere, di modo che sia lui ad accettare il rischio connesso all'operazione economica che sta realizzando [37].

Una pura informazione sui costi a carico del creditore cliente da parte del debitore avvocato può essere: l'imposta di registro, in caso di vittoria della lite, ammonta al 3% (o più a seconda dei casi),che è a carico in solido delle parti, salvo rivalsa (se non vi sia compensazione delle spese), a favore del vincitore: quindi il cliente deve sapere che è comunque tenuto ad anticiparla allo Stato ove non provveda l'altra parte.

Il compito di consiglio può avere tutt'altra consistenza: chiedendo al cliente se ritenga che la controparte sia in grado di pagare le somme dovute in caso di vittoria. Altrimenti potrebbe anche vincere la causa, ma dovrà pagare le competenze al proprio legale ed anticipare allo Stato l'imposta di registro (oltre al contributo unificato e le spese di consulenza tecnica), ilche, alla fine, può risultare economicamente controproducente, perché darà luogo a spese senza ristoro.

Il dovere di consiglio attiene quindi alla prudenza del comportamento da adottare, talora senza potersi verificare prima quel che davvero accadrà: si pensi ai c.d overruling, che possono trasformare una causa che si ipotizzi dalle ottime prospettive, trasformandosi in una sconfitta clamorosa [38].

Il dovere di consiglio si trasforma poi in dovere di dissuasione di fronte a comportamenti che al professionista appaiano rischiosi: non trascrivere una domanda giudiziale, ad es., può comportare una vittoria di Pirro e quindi, anche se occorre affrontare un (modesto) costo, il professionista legale deve tentare di dissuadere il cliente da una scelta che può risultare fatale.

Il notaio, del pari, deve tentare di dissuadere l'acquirente dal comprare un bene immobile

---

[37] Cass., 21 giugno 2012, n. 10296, *Vita not*., 2012, 1489: "il notaio incaricato della stipula di un atto di compravendita immobiliare risponde dei danni patiti dall'acquirente a causa dell'assenza nell'immobile dei requisiti per il rilascio del certificato di abitabilità, a nulla rilevando che la mancanza di quei requisiti potesse essere agevolmente accertata dall'acquirente stesso, quando non sia dimostrato che il professionista abbia informato il cliente di tale situazione e delle sue possibili conseguenze".

[38] Per Cass., 11 marzo 2013, n. 5962: "affinché un orientamento del giudice della nomofilachia non sia retroattivo come, invece, dovrebbe essere in forza della natura formalmente dichiarativa degli enunciati giurisprudenziali, ovvero affinché si possa parlare di «*prospective overruling*», devono ricorrere cumulativamente i seguenti presupposti: che si verta in materia di mutamento della giurisprudenza su di una regola del processo; che tale mutamento sia stato imprevedibile in ragione del carattere lungamente consolidato nel tempo del pregresso indirizzo, tale, cioè, da indurre la parte a un ragionevole affidamento su di esso; che il suddetto «*overruling*» comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa della parte".

senza prima effettuare i doverosi accertamenti sulle trascrizioni ed iscrizioni esistenti, che possono vanificare l'operazione posta in essere.

Alle volte la conoscenza delle conseguenze è nella scienza del professionista, perché la conoscenza della disciplina della trascrizione deve essere nel suo bagaglio culturale e non c'è scusa in proposito.

Aver escluso la responsabilità del difensore che, autorizzato dal cliente, non trascriva la domanda giudiziale [39], è in tal senso un errore proprio perché opera in senso opposto l'obbligo dissuasivo da un rischio così elevato, che può compromettere definitivamente la pretesa azionata: senza un'adeguata informazione, infatti, l'autorizzazione del cliente si basa su presupposti erronei circa la superfluità della trascrizione, non costituendo, in altre parole, un valido consenso.

Ugualmente errata è una diversa decisione per la quale, quando il notaio sia stato esonerato per ragioni di urgenza dalle visure ipotecarie, egli non risponde dei danni derivanti dall'esistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli nemmeno sia abbia omesso di dissuadere le parti, qui specificamente definito come dovere di consiglio [40], perché quel che viene a mancare, in un caso simile, è proprio l'assunzione cosciente del rischio da parte del creditore.

In un tale frangente ha ragione infatti chi afferma che seguire le istruzioni del cliente non esime da responsabilità [41], mentre l'idea che il consenso del beneficiario assuma rilevanza per escludere profili di imperizia o negligenza [42] in tanto vale, in quanto si tratti di consenso pienamente informato del rischio e valga quindi come sua assunzione cosciente.

Trattandosi di un giudizio prognostico, la scelta finale spetterà sempre al creditore, salva la necessità che il professionista rifiuti l'incarico ove ritenga di non essere in grado di svolgere l'attività adeguatamente [43], sia pure di fronte all'accettazione del rischio da parte del debitore, perché non si ritenga capace della diligenza che la peculiarità del caso comunque richieda [44].

---

[39] Cass., 3 febbraio 2012, n. 1605, precisando che il cliente deve aver volontariamente assunto il relativo onere, esonerandone il professionista.

[40] Cass., 1 dicembre 2009, n. 25270.

[41] LEGA, cit., 836.

[42] CAFAGGI, cit., 194-195.

[43] FRANZONI, cit., 602. Secondo Trib. Cagliari, 25 maggio 2011, *Riv. giur. sarda*, 2012, I, 75, "la responsabilità professionale dell'avvocato presuppone la violazione del dovere di diligenza media esigibile ai sensi dell'art. 1176, 2º comma, c.c.; tale violazione, ove consta nell'adozione di mezzi difensivi pregiudizievoli al cliente, non è né esclusa né ridotta per la circostanza che l'adozione di tali mezzi sia stata sollecitata dal cliente stesso, essendo compito esclusivo del legale la scelta della linea tecnica da seguire nella prestazione dell'attività professionale".

[44] Secondo Cass., 23 aprile 2002, n. 5928, "la disposizione dell'art. 2236 c.c., secondo cui quando la prestazione professionale implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il professionista non risponde dei danni se non in caso di dolo o di colpa grave, deve intendersi nel senso che l'impegno intellettuale richiesto in tali casi sia superiore a quello professionale medio, con conseguente presupposizione di preparazione e dispendio di attività anch'esse superiori alla media". Secondo altra decisione, poi, "risponde anche per colpa lieve il professionista che, nell'esecuzione di un intervento o di una terapia medica provochi un danno per omissione di diligenza ed inadeguata preparazione": Cass., 10 maggio 2000, n. 5945; più pertinente Trib. Verona, 15-11-1989, *Giur. mer.*, 1991, 751: "sussiste responsabilità per colpa professionale per imperizia e imprudenza ex art. 2236 a carico del dentista qualora abbia intrapreso un lavoro impegnativo e rischioso pur sapendo, o dovendo sapere, di non disporre di adeguata preparazione scientifica e capacità tecnica".

Non è infatti accettabile l'idea che il debitore proceda nell'attività anche laddove ritenga di non essere all'altezza del compito che questa imponga, altra essendo invece la risposta allorché egli pensi di essere capace di far tutto ciò che sia necessario sebbene tanto possa in concreto non essere sufficiente; a patto che il creditore, ben informato di questo, ugualmente decida di tentare la sorte ma sempre fermo il diritto del debitore di rifiutare l'incarico [45].

Vi sono infine i comportamenti temerari del cliente, il quale vuole a tutti i costi tentare la sorte: qui diligente è il professionista che avvisa il cliente dell'estremo grado di improbabilità che ravvisa in quel tentativo e sarà suo diritto rifiutare l'incarico proprio perché lo ritenga temerario.

Se però il cliente adeguatamente informato intenda proseguire, allora il professionista non potrà essere accusato di aver violato il dovere di consiglio e di dissuasione: il diritto di lottare [46] spetta a tutti noi e nessuno può sopprimerlo; qui l'art. 2236 c.c. è la regola che sottrae il professionista da qualsiasi responsabilità che non debordi nella colpa grave.

[45] Secondo LEGA, cit., 836 ss., se le istruzioni del cliente sono vincolanti, il rapporto si trasforma in lavoro subordinato; in realtà si tratta dell'oggetto dell'incarico, rispetto al quale il professionista, per quanto esentato da responsabilità, può decidere anche di recedere dal rapporto già instaurato, ove questo sia caratterizzato da elementi fiduciari posti in crisi da istruzioni vincolanti su cui il professionista dissenta, come indica anche CAFAGGI, cit., 169, 172.

[46] Su quello del paziente v. Cass., 20 agosto 2015, n. 16993; più in generale PUCELLA, *La causalità "incerta"*, Torino, 2007, 104, 148-149.

JUS CIVILE

ATTILIO GORASSINI

Professore ordinario di diritto civile – Università Mediterranea di Reggio Calabria

IL CIBO COME BENE COMUNE. PERIPLO DI UNA RECENTE LEGGE CON TENTATIVO D'APPRODO

SOMMARIO: *1. Il nuovo orizzonte dello scarto alimentare dopo la legge 166/2016. – 2. Le finalità della legge e la natura del <cibo> come bene/cosa ad essenza duale. La donazione del cibo come <non donazione>. – 3. Il potere-dovere dei donanti e il dovere-potere dei donatari. Terzo settore e bene comune. – 4. Per una conclusione provvisoria. Verso il benessere come bene-essere comune. Oltre il <rifiuto> del <bene/cosa> come <oltre> del rifiuto del Soggetto.*

1. – Con l'entrata in vigore il 14 settembre 2016 della L. 19 agosto 2016 n.166, l'ordinamento giuridico italiano ha subito una spinta verso una nuova conformazione topologica di alcune categorie invarianti i cui esiti ultimi ancora non sembrano delineabili con certezza: con quasi-certezza si è innescata una nuova sistemica nella teoria giuridica dell'oggetto, con un nuovo orizzonte di rilevanza di una tipologia di bene/cosa dotata di un suo specifico statuto nel mondo giuridico.

Il titolo della legge (*Disposizioni concernenti la donazione e la distribuzione di prodotti alimentari e farmaceutici a fini di solidarietà sociale e per la limitazione degli sprechi*) rende palese ed evidente la fenomenologia presa in considerazione.

La scansione in Capi rilevabile nella Legge, manifesta però meglio quale sia il nucleo specifico dell'intervento legislativo:

• Il Capo I si occupa in 2 articoli delle finalità e delle definizioni specifiche (con una prevalenza verso la considerazione dei prodotti alimentari);

• Il Capo II è composto da 10 articoli, tutti dedicati al tema dello spreco alimentare;

• Il Capo III è composto da 6 articoli – di cui uno (art. 18) relativo alle disposizioni finali, che però nel 1° comma serve ad integrare il contenuto delle definizioni di cui all'art. 2 del Capo I; gli artt. 13, 15, 17 relativi a modifiche ed integrazioni di leggi precedenti e di essi uno (art. 17) relativo alla possibile riduzione della tariffa relativa alla tassa sui rifiuti per la distribuzione dei beni alimentari oggetto di spreco; l'art.14 che si occupa dei capi e accessori di abbigliamento usati [1] e l'art. 16 (composto da 7 commi, l'articolo più lungo) che riguarda le modalità a fini

[1] Articolo particolarmente interessante perché in esso si compendia un meccanismo di definizione di <cose> nell'universo giuridico in dimensione alternativa in funzione dei <beni> che in realtà caratterizza l'intero provvedimento legislativo: i capi e gli accessori di abbigliamento usati sono beni/cose oggetto di donazione ovvero cose/rifiuti da gestire per il compostaggio.

fiscali della comunicazione o dello specifico esonero da essa relativamente alla cessione gratuita di derrate alimentari, prodotti farmaceutici e altri prodotti [2] ai fini di solidarietà sociale.

Dunque, l'intervento legislativo si occupa fondamentalmente di gestione virtuosa delle c.d. eccedenze alimentari, per evitare lo <*spreco*> come modalità di prevenzione della produzione di rifiuti alimentari (rifiuti organici): sembra indirizzato al perseguimento di un *ottimo paretiano* tra costo per lo smaltimento delle eccedenze, incentivi al <*benessere*> delle fasce più deboli della popolazione e la c.d. sostenibilità ambientale.

La dimensione peculiare del bene/cosa alimentare come oggetto principale della normazione, si evidenzia anche dall'iter parlamentare del progetto di legge. Nella discussione parlamentare si è in modo esplicito fatto riferimento alla mancanza a livello europeo di una normativa specifica sulla cessione del cibo a titolo gratuito e sulle politiche di riduzione dello spreco di tale tipologia di bene: esistono solo i Regolamenti CE (170/2000, 852/2004, 853/2004) sulla sicurezza dei prodotti alimentari ceduti <*a qualsiasi titolo*>, nonostante la presenza di una Risoluzione del 19.1.2012 (Strategie per migliorare l'efficienza della catena alimentare nell'UE) in cui si richiedeva una azione collettiva dei Paesi dell'unione per dimezzare entro il 2025 lo spreco alimentare prevenendo la produzione di rifiuti.

La legge sembra però che si occupi, sia pure trasversalmente, di una materia più generale, i c.d. beni comuni di cui allo schema di legge delega della Commissione Rodotà, di qualche anno fa, rimasta senza sbocco nonostante l'interesse suscitato [3]; ma il concetto di bene comune, pur non esistendo ad oggi una espressa regolamentazione in tema, è ormai entrato a far parte della cultura *comune* e appare anche tratteggiato con uno statuto autonomo dalla giurisprudenza [4].

La legge 166/2016 sembra farlo in una prospettiva nuova; in essa si presenta con un principio di indeterminazione che sembra riprodurre nel mondo giuridico il paradosso del gatto di Schrődinger, con una sovrapposizione assiologica: il cibo, in un determinato momento temporale, può essere contemporaneamente un bene comune o un rifiuto a seconda di un comportamento giuridicamente rilevante tendenzialmente libero (anche se incentivato verso una direzione) del Soggetto cui l'ordinamento riconosce la titolarità sul bene [5].

La possibilità di leggere in questa direzione la legge, merita di essere approfondita, e lo meriterebbe in molte direzioni: anche se con una analisi non esaustiva, in questa sede, stante l'occasione, sembra coerente vederne la compatibilità anche con la dottrina sociale della Chiesa

---

[2] Da individuare con successivo decreto del Ministero della Economia e Finanza.

[3] Commissione parlamentare presieduta da Rodotà del giugno 2007 sui cui esiti *www.giustizia.it/backoffice/allegati/3954-4766.pdf*

[4] Cass. S.U. 14.2.2011 n. 3665 su una valle da pesca della lacuna di Venezia in *Giust. Civ.* 2011, 3, 595 ss. su cui v. E. PELLECCHIA, *Valori costituzionali e nuova tassonomia dei beni: dal bene pubblico al bene comune*, in *Foro it.* 2012, I, 573. Ma v. anche Corte Cost. n.199/2012 sui servizi idrici locali sia pure in logica diversa, su cui F. MARINELLI, *op. cit.*, 162 s. e ancor più recente Corte Cost. n. 228 del 2016, in *Consulta OnLine.*

[5] V. per spunti in questa direzione R. LOMBARDI, *Il bene "rifiuto" tra concezione "relazionale" e responsabilità civile*, in *Rass. Dir.civ*. 2015, 841 ss.

sul bene comune [6], come conferma del carattere irreversibile del superamento della diversa matrice –laica o religiosa– della solidarietà [7].

2. – Il cibo (e in genere il prodotto alimentare) costituisce ciò che può essere assunto nel diritto immediatamente come cosa/bene fonte di utilità. Non si può ripercorrere l'analisi giuridico-positiva della storia dei concetti di cosa e bene [8], ma il prodotto alimentare è uno dei beni per antonomasia del Soggetto, essendo necessario per la sua sopravvivenza [9].

In relazione alla sua peculiare funzione è un bene che nasce e rimane tale sino a quando può essere collocato tra le cose c.d. prodotti alimentari, ma per sua natura intrinseca questa caratteristica non permane sempre nel tempo: è invece destinata a modificarsi perdendo la stessa qualifica di bene e spostandosi verso altra categoria di cose, le cose nocive (i c.d. mali anzicché beni giuridici, se esistessero come categoria [10]), cose che debbono essere <smaltite>.

Un tempo tutto questo era più semplice anche da percepire e gestire, per il tipo di esistenza semplice della società rurale, in cui lo <*scarto*> del prodotto alimentare, essendo questa per quantità e qualità funzionale alla sopravvivenza più o meno qualificata del gruppo e alla sua numerosità. Con la postmodernità le asimmetrie produttive/allocative e gli effetti baumaniani della liquidità, hanno reso tutto più complesso e indefinito [11]. Una quantità indefinita con certezza ma abbastanza considerevole di cibo prodotto viene perduto senza riciclo divenendo rifiuto da gestire per non inquinare e comunque causa di possibili effetti negativi [12].

---

[6] Con la speranza che proprio per la peculiarità della prospettiva possa essere apprezzato dal PROF. MARIO TEDESCHI che con questo scritto si intende onorare.

[7] Su cui v. le bellissime pagine di F.D. BUSNELLI, *Il principio di solidarietà e <l'attesa della povera gente> oggi*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.* 2013, 413 ss.

[8] Non può che richiamarsi S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale*), in *Enc. dir.* V, Milano 1959, 172 ss.; ID, *Cosa (teoria generale)*, in *Enc.dir.* XI, Milano 1962, 20 ss. ma ID, *Beni e cose in senso giuridico*, in *Scritti giuridici*, IV, Giuffrè, Milano 2011; D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.* XXIX, Milano 1979, 811 ss.; A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt.dir.civ.comm*. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, Giuffrè, Milano 2012; R. TOMMASINI, *I servizi come beni*, in *Rass.dir.civ*. 2012, 150 ss. e tra i recenti C. SGANGA, *Dei beni in generale*, in Comm.cod.civ. Schlesinger-Busnelli, Giuffrè, Milano 2015. Ma v. anche, in sintesi, F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico in diritto privato*, in *Riv.crit. dir. Priv.* 2012, 460 ss. con la proposta di ritenere l'art. 810 c.c. espressione di un principio di ordine pubblico <ordinante>, che potrebbe essere particolarmente interessante per la dimensione di discorso perseguita in questa sede.

[9] Cibo inteso come tutto ciò che si mangia, nutrimento inteso come alimento necessario alla vita (cfr. *Dizionario enciclopedico italiano Treccani*, Roma 1970). Con rilevanza più del possesso che della formale titolarità: v. oltre in nota.

[10] Ma al loro posto emerge nel Diritto la categoria del danno che ha una topologia più ampia nel mondo giuridico essendo prevalente la prospettiva non oggettiva della realtà in sé ma quella percepita tale dal soggetto. Per spunti interessanti cfr. E. FAZIO, *L'oggettività giuridica nel diritto interno ed europeo*, Giuffrè, Milano 2016, 226 ss.

[11] Cfr. da ultimo Z. BHAUMAN, *Per tutti i gusti, La cultura nell'età dei consumi*, Laterza, Bari-Milano 2016.

[12] Basta andare in internet per avere numeri allarmanti del fenomeno. V. ad es. in *http//www.fao.org/*

La metà del cibo che viene prodotto nel mondo, circa due miliardi di tonnellate, finisce nella spazzatura: questo dato emerge da un rapporto del gennaio 2013 dell'*Institution of Mechanical Engineers*, associazione degli ingegneri

Nonostante tutte le innovazioni tecnologiche e le scoperte scientifiche, i c.d. prodotti alimentari sono tali solo se hanno e mantengono determinati requisiti (che in epoca post-moderna nei paesi industrializzati si identificano con i requisiti di igiene e sicurezza per la salute); per cui, il cibo pur essendo oggetto di appropriazione per antonomasia (la vera proprietà originaria oltre il possesso delle cose, perché per la sua funzione tale tipo di bene deve essere distrutto dal fruitore), non può essere *tout-court* oggetto di abbandono, a meno che non possa essere ancora bene per altri. Ed è evidente come, nel mondo attuale, l'interesse pubblico sia quello di mantenerlo nella dimensione di cosa/bene o comunque di evitare l'abbandono nocivo da parte del possessore.

In questa prospettiva può leggersi con una specifica linearità concettuale l'art. 1 della legge in esame, con le sue dichiarate finalità manifestate in modo espresso, secondo una tecnica propria della normazione europea.

La finalità è la riduzione degli <*sprechi*> (cioè la perdita di rilevanza di qualità di cosa/bene con il transitare della oggettualità verso le cose/danno) di prodotti alimentari, farmaceutici (il nuovo prototipo di cibo necessario per la salute) e altri prodotti, tra cui gli indumenti (seconda cosa/bene necessaria dopo gli alimenti in dimensione antropologica) e altri prodotti da individuare in futuro.

Nella legge si individua anche la modalità di comportamento capace di raggiungere lo scopo e lo si fa attraverso il meccanismo sociale degli incentivi reputati idonei ad indirizzare la realizzazione di <*obiettivi prioritari*>, che però non sono posti nella dimensione della doverosità, ma della mera ottatività, sottolineata dall'uso di termini come <*favorire*> e <*contribuire*>: si badi,

• <*favorire il recupero e la donazione*> (lett. a-b) dell'art.1– <*ai fini di solidarietà sociale*>;

• <*contribuire alla limitazione degli impatti negativi*> (lett. c) o <*al raggiungimento degli obiettivi generali*> sulla riduzione della quantità dei rifiuti (lett. d), con una ulteriore contribuzione di natura <*culturale*> (ricerca, informazione, sensibilizzazione) orientata ad accreditare stili di vita <*con particolare riferimento alle giovani generazioni*>.

Lasciando da parte il *contribuire*, che con facile evidenza per sua stessa portata semantica non può essere idoneo ad identificare la specifica peculiarità della normazione osservata, sono il *recupero* e la *donazione* ai fini di *solidarietà sociale* il nucleo di normatività positivizzato in legge.

Proprio il centro di normatività assunta sembra abbia obbligato il legislatore a premettere alcune definizioni all'art. 2, in qualche modo necessitate, quali <*eccedenze alimentari*>, <*termine*

---

meccanici britannici. Secondo la Fao, i principali responsabili di questo spreco sono i paesi industrializzati, dove vengono buttate 222 milioni di tonnellate di cibo ogni anno

La Fao ha anche promosso un altro studio, intitolato <*Food Wastage Footprint: Impacts on Natural Resources*> (l'impronta ecologica degli sprechi alimentari: l'impatto sulle risorse naturali), la prima sistematica indagine scientifica ad aver analizzato l'impatto delle perdite alimentari dal punto di vista ambientale, esaminando specificamente le conseguenze che esse hanno per il clima, per le risorse idriche, per l'utilizzo del territorio e per la biodiversità. Le cifre sono spaventose: ogni anno, il cibo che viene prodotto e non consumato, spreca un volume di acqua pari al flusso annuo di un fiume come il Volga; utilizza 1,4 miliardi di ettari di terreno – quasi il 30 per cento della superficie agricola mondiale – ed è responsabile della produzione di 3,3 miliardi di tonnellate di gas serra**.**

minimo di conservazione>, <*data di scadenza*>, tutte definizioni che debbono mediare rispetto a quanto desumibile da una normazione di livello europeo non sempre facile da coordinare [13].

Ma sembra evidenziare, proprio nelle definizioni, anche delle apparenti marchiane ingenuità legislative, poco giustificabili sul piano dogmatico e operazionale, oltre che sistematicamente pericolosamente dirompenti: nella lett. e) dell'art. 2 si legge <*donazione: cessione di beni a titolo gratuito*>, cui fa da *pendant* il primo comma dell'art. 18 (disposizioni finali), <*Le donazioni di cui alla presente legge, come definite dall'art. 2 comma 1, lettera e), non richiedono la forma scritta per la loro validità e alle stesse non si applicano le disposizioni di cui al Titolo V del libro secondo del codice civile*>.

Dunque, rispetto al cibo, prodotto alimentare, la donazione è una non-donazione secondo il sistema giuridico generale vigente. Ma allora perché il riferimento alla <donazione> e non alla mera <cessione gratuita>?

Senza la prospettiva della peculiarità antropologica del bene/cosa di cui si è cercato di evidenziarne la rilevanza, difficilmente potrebbe darsi una risposta. Seguendo invece quella dimensione di discorso, forse non poteva essere altrimenti: rispetto al cibo, la donazione torna alla dimensione pura del dono, in tutta la sua portata collegata con la solidarietà epigenetica ed empatica rispetto ai c.d. beni necessari [14].

3. – La peculiarità di questo <riapparire> di una dimensione di genesi rimasta nascosta, si può confermare analizzando gli ambiti operazionali soggettivi coinvolti nei fatti rilevanti giuridicamente.

La dinamica relazionale è descritta nella sua essenzialità nel 1° e 2° comma dell'art. 3 della legge: <*Gli operatori del settore alimentare possono cedere gratuitamente le eccedenze alimentari a soggetti donatari i quali possono ritirarle direttamente o incaricandone altro soggetto donatario. I soggetti donatari di cui al comma 1° devono destinare, in forma gratuita le eccedenze alimentari ricevute ....*> [15].

L'art. 2 lett. a) definisce i soggetti donanti come tutti i soggetti pubblici e privati che svolgono attività connesse agli alimenti: cioè tutti coloro che possono (persone fisiche o giuridiche, pubbliche o private) donare (*rectius*, cedere gratuitamente) devono svolgere *una attività*, non possono essere singole persone che non svolgono attività relativa ai prodotti alimentari [16].

---

[13] Cfr. Regolamento UE n.1169/2011; Regolamento CE n.178/2002; Direttiva 2000/13/CE con ad es. la assunta diversità tra <termine minimo di conservazione> e <data di scadenza>, specificati proprio nelle lett. f-g dell'art.2.

[14] Sul dono v. M. MAUSS, *Saggio sul dono*, Torino 2002; M. ARIA F. DEI (a cura di), *Culture del dono*, Roma 2008, ma anche, soprattutto per quanto sostenuto in questa sede, G. MIZZAU, *La terra degli antenati*, F.Angeli, Milano 2001, 166 ss.

[15] La sottolineatura e il corsivo sono utilizzati in questa sede per evidenziare immediatamente la effettualità della componente dell'indice di valore dell'effetto giuridico della norma: su cui v. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, *Teoria generale del diritto*, Giuffrè, Milano 1999, 5 ss.

[16] Conferma si trova nel disposto del 2° comma dell'art. 4 rispetto ai prodotti finiti della panificazione e derivati.

Possono essere donatari ai sensi dell'art. 2 lett. b) solo enti pubblici o enti privati costituiti, senza scopo di lucro, per fini civici e solidaristici. Questi donatari, essendo intrinseco al loro esserci nel mondo del diritto, possono solo ritirare o non ritirare direttamente le donazioni (ma probabilmente non possono rifiutarle se ad essi sono consegnate dal donante, contravvenendo altrimenti al loro stesso fine che ne legittima l'esistenza), poi devono procedere e sono responsabili del rispetto delle norme in materia di igiene e sicurezza alimentare [17]. Prima, invece, garantire igiene e sicurezza è dovere del donante (cfr. art. 5) [18], anche perché ai sensi dell'art. 13, i donatari, <*sono equiparati, nei limiti del servizio prestato, ai consumatori finali, ai fini del corretto stato di conservazione, trasporto, deposito e utilizzo degli stessi*>.

In compensazione, l'art. 11 prevede incentivi e risparmi per i donanti (anche oltre quelli già richiamati di cui all'art. 17) [19], ma anche possibili finanziamenti per i donatari e comunque incentivi per chiunque proponga progetti innovativi.

La dinamica complessiva che viene ipotizzata è in funzione di maggiore caratterizzazione delle comunità intermedie, essendo altresì ampliata la platea dei soggetti autorizzati ad effettuare le distribuzioni gratuite e le figure soggettive con finalità solidaristiche e di sussidiarietà (cfr. ad es. art. 7).

Tutte queste realtà soggettive entrano, loro malgrado, nella dinamica generale della economicità del mercato o addirittura possono essere chiamate a svolgere attività imprenditoriale pura (come ad es. quella immaginata nel 3° comma dell'art. 3: <*le eccedenze alimentari non idonee al consumo umano possono essere cedute ....*> e probabilmente anche dai donatari), ponendosi in una dimensione giuridica ibrida, capace di tunnel di comunicazione con universi paralleli di giuridicità solitamente non molto comunicanti: mondi di solidarietà, di gestione ambientale, di efficienza ed economicità della P.A., di distribuzione e gestione di costi complessivi di produzione e distribuzione sul Mercato.

Tendenzialmente i beni/cose c.d. <comuni>, di cui è impossibile in questa sede un reale approfondimento [20], circolano fuori del mercato attraverso i canali della condivisione e libera frui-

---

[17] Ma rispetto alle operazioni di raccolta o ritiro dei prodotti agricoli effettuate direttamente dal momento della cessione: v. comma 5°, ultimo inciso.

[18] Infatti, come risulta espressamente dall'esame effettuato in sede parlamentare, gli operatori del settore alimentare che effettuano le cessioni gratuite, devono prevedere corrette prassi operative ai fini di garantire la sicurezza igienico-sanitaria degli alimenti in linea con quanto stabilito dal Regolamento CE 852/2004 sull'igiene dei prodotti alimentari e dall'art.1, co. 236, della legge di stabilità per il 2014 (L. 147/2013) in materia di corretto stato di conservazione, trasporto, deposito e utilizzo degli alimenti oggetto di distribuzione gratuita da parte delle organizzazioni riconosciute non lucrative di utilità sociale. I predetti operatori sono responsabili, in base alla L. n.155/2003, del mantenimento dei requisiti igienico-sanitari dei prodotti alimentari fino al momento della cessione ed è previsto che si operi una selezione da parte degli operatori donanti degli alimenti, in base ai requisiti di qualità e di igiene e l'adozione delle misure necessarie ad evitare rischi di commistione o scambio tra i prodotti destinati a diversi impieghi.

[19] Anche se poi non è passato quanto previsto nel progetto di legge: inserire tra i criteri di valutazione delle offerte pubbliche in materia di appalti come parametro di offerta più vantaggiosa la cessione a titolo gratuito delle eccedenze alimentari.

[20] Si rinvia tra i più recenti a F. MARINELLI, *Beni comuni*, in *Enc. Dir. Annali*, VII, Milano 2014, 157 ss. GENGA, PROSPERO, TEODORO (*a cura di*), *I beni comuni tra costituzionalismo e ideologia*, Giappichelli, Torino 2014; E M. SPANÒ, A. QUARTA (a cura di), *Beni comuni 2.0*, Mimesis, Torino 2016.

zione, sono altro e posti oltre i c.d. beni pubblici e la proprietà collettiva [21], oramai carichi di complessità [22], debordando nei c.d. *commons* secondo la terminologia economica divenuta condivisa dopo l'articolo di G. Hardin [23] sulla tragedia che può essere causata dal libero accesso all'uso dei beni nella disponibilità della collettività e al sorgere del dilemma tra coercizione e governo, secondo la diversa impostazione della E. Ostrom [24], con la elaborazione endogena di istituzioni deputate alla loro gestione, e poi esplose nella c.d. economia civile del terzo settore in funzione di sussidiarietà alle iniziative del settore pubblico [25]. Dunque, tra pubblico e privato, vi sarebbero diverse situazioni nelle quali ciò che rileva non è tanto la titolarità dei beni, quanto i molteplici regimi di accesso e gestione degli stessi (rimanendo addirittura evanescente il profilo della appartenenza soggettiva [26]).

Anche accedendo alla differenziazione dei *commons* in classi con differenti statuti [27] ed escludendo la considerazione dei c.d. beni immateriali [28], permane qualche problema rispetto al cibo [29].

I prodotti alimentari, però, sono ormai da moltissimo tempo divenuti merci, anzi probabilmente sono alla radice dello scambio; sono però merci diverse dalle altre, poiché almeno per natura soddisfano un bisogno spesso ineludibile e, come detto, vengono godute per incorporazione in quanto necessariamente consumate.

Certo è stato rilevato [30], < *al di là dei contesti a cui il bene comune fa riferimento … è possibile individuare alcuni tratti condivisi…. Paradossalmente, un primo carattere viene identificato in negativo, … nella sua sottrazione al mercato*>; ma appare più appropriato <*non assumere*

---

[21] Su cui P. GROSSI, *L'altro modo di possedere, L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza postunitaria*, Giuffrè, Milano 1977.

[22] Come evidenziato da A. JANNARELLI, *Relazione generale*, in *Agricoltura e beni comuni, Atti del convegno IDAIC*, Giuffrè, Milano 2012,10 ss.

[23] *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, vol. 162, 1968, 1243 ss. Sul cui pensiero in chiave di analisi economica del diritto ma con molta chiarezza sul fondamento M. GRANIERI, *Analisi economica e teoria dei beni comuni*, in *Agricoltura, cit.*, spec. 156 ss.

[24] *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambrige 1990 (trad. It., *Governare i beni collettivi*, Marsilio 2006)

[25] V. in luogo di molti F. GALLO, *La tutela del bene comune e il ruolo delle cooperative*, in *Giur. Comm.* 2014, 847 ss. che evidenzia, nella logica seguita in questa sede, una notevole identità con quanto rilevabile nella enciclica *Caritas in Veritate* di Benedetto XVI a proposito della sussidiarietà; ma che può collegarsi anche al problema complessivo della Terra, come evidenziato da C.A. GRAZIANI, *Terra bene comune: dalla sindrome di NIMBY al Giardino dell'Eden*, in *Agricoltura e beni*, *cit.*, 249 ss.

[26] Come potrebbe evidenziarsi nella possibilità di appartenenza di beni immobili anche nelle associazioni non riconosciute, o in relazione agli usi civici, o relativamente ai boschi o ai beni forestali (sui quali v. R. SAJA, *La proprietà e i diritti reali del bosco tra funzioni protettive e funzioni produttive*, in *Riv.dir.agr.* 2011, 525 ss.).

[27] M.R.MARELLA, *Beni comuni*, in *http//www.treccani.it/enciclopedia/i-beni-comuni*

[28] F. MARINELLI, *op. cit*., 166.

[29] Anche nella declinazione dei c.d. beni pubblici sociali che soddisfano le esigenze della persona (su cui cfr. *Relazione di accompagnamento e materiali di lavoro della commissione Rodotà, Atti presso il Ministero della giustizia*, Roma 15 febbraio 2008, *cit.*) non si arriva a ricomprendere il cibo e i prodotti alimentari.

[30] F. ADORNATO, *Considerazioni conclusive*, in *Agricoltura e beni comuni*, in *Atti, cit*., 266 s.

come fondante questo tratto, il quale ridurrebbe peraltro l'ampiezza della categoria stessa>, per cui sarebbe meglio aderire a quella dottrina [31] che ne afferma la sottrazione solo al mercato concorrenziale, alle sue regole e al profitto, esaltandone il rapporto con la comunità di riferimento con una relazionalità circolare. Resterebbe comunque aperto il problema dell'individuazione della comunità di riferimento del bene comune, non semplicemente riferibile in epoca post-moderna al collocamento stabile in un determinato luogo.

Anche rispetto a tutto questo, comunque, non sembra facile ricomprendere nella nozione di bene comune il cibo, pur se il parlamento Europeo (ma forse anche l'origine del termine *commons* nel diritto consuetudinario del *common law* anglosassone [32]) ha riconosciuto nel documento A7-0376/2010 che <*un bene comune, come sono le sementi e la biodiversità, protegge e garantisce l'esercizio di un diritto fondamentale quale è quello dell'accesso al cibo*> [33]. Dovrebbe essere considerato merce solo dopo aver assicurato il diritto fondamentale alla platea delle persone interessate.

Ma qui sorge un altro paradosso: proprio il concetto di rifiuto (oggetto alternativo) come possibile cosa/bene può essere di aiuto per cogliere una traccia latente di sistema (e di sistemica).

4. – Il prodotto alimentare nel tempo o viene consumato oppure diventa un rifiuto. La qualificazione bene– alimentare/rifiuto dipende nel diritto da una duplice componente: è qualificazione dell'ordinamento [34], ma è anche funzione della decisione del possessore/proprietario a cui spetta l'atto di destinazione, almeno prima del tempo definitivo di qualificazione come <rifiuto> operata per legge [35].

Il rifiuto è ormai da individuare come bene mobile avente uno specifico statuto proprietario [36], pur non presentando per il titolare alcuna utilità in quanto rifiuto, anche solo perché la sua dismissione non è libera [37]: il rifiuto non può essere liberamente abbandonato [38] ma soltanto ce-

---

[31] M.R. MARELLA, *op. cit.*

[32] G. RICOVERI, *Beni comuni vs merci*, Milano 2010, 19 s.

[33] F. ADORNATO, *op. cit*., 272.

[34] Cfr. A.C. NAZZARO, *Qualificazione giuridica e produttività del bene rifiuto*, in *Il diritto civile oggi*, *Atti I Convegno Nazionale SISdC*, ESI, Napoli 2006, 565 ss.

[35] Come appare evidente dalla stessa sua definizione desumibile dall'art. 183 T.U. c.d. codice dell'Ambiente (dlgs 152/2006, con successive modifiche e integrazioni) soprattutto lett. a) (<rifiuto: qualsiasi sostanza o oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi>) e per i prodotti alimentari la lett. d) rifiuto organico, cui fa da *pendant* l'art. 182ter (ma in realtà è rilevante tutto il Capo I, disposizioni generali, del Titolo I, Gestione dei rifiuti, e tutta la Parte Quarta, Norme in materia dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati, in cui è contenuto). Sui rifiuti come beni v. R. Lombardi, *op. cit.,* 842 s. e da ultimo E.FAZIO, *op.cit*., 225 ss.

[36] Cfr. M.TRIMARCHI, *La proprietà, Per un sistema aperto italo-europeo*, Giappichelli, Torino 2015, 139 ss.

[37] Cfr. A.QUARTA, *Cose derelitte*, in *Riv.dir.civ*. 2014, 783 ss. che richiamando un report redatto dal WWF ricorda come il concetto di abbandono abbia carattere anfibologico, si differenzia da derelizione e rispetto ai rifiuti si verifica una ipotesi di proprietà negativa: <*Per molti beni, in realtà, il confine tra proprietà negativa e proprietà positiva risulta sbiadito*>.

duto; la cessione peraltro in quanto relativa alla cosa/rifiuto è onerosa per il *tradens* e non per l'*accipiens* (con un paradosso giuridico apparente), per cui questi rifiuti diventano comunque dannosi per lo stesso proprietario (indipendentemente dalla loro dannosità intrinseca). Queste cose, però, possono trovarsi ad un certo tempo, in una fase transitoria di qualificazione giuridica: stanno per diventare <rifiuti> nell'universo giuridico ma ancora non lo sono, sono ancora nella possibilità di essere cose/beni, ma non per tutti indiscriminatamente i soggetti, dipende anzi proprio dal soggetto da cui sono detenuti o a cui sono consegnati.

Il <rifiuto> passa per il Soggetto, con una rivalutazione giuridica del concetto di cosa (che adesso giuridicamente può essere fonte di uno o più beni ovvero essere rifiuto [39]) e proprio in ragione di ciò, c'è un possibile tempo in cui la cosa/rifiuto per alcuni soggetti può continuare ad essere bene [40], anche per la nascita e realizzazione di mercati funzionali alle c.d. materie prime secondarie (per riciclaggio o riuso) o semplicemente per l'attività di raccolta come oggetto dell'impresa. Possono essere contemporaneamente beni/rifiuti però solo in direzione soggettiva differenziata: per alcuni fonti di utilità, per altri causa di costi.

Per entrambi comunque la gestione dei rifiuti è un problema, se proiettato nella dimensione dei *commons* [41]. Ma proprio in questa dimensione si aprono orizzonti prima non visibili [42].

Nella teorizzazione dei c.d. beni comuni, come detto, si esprime un paradigma nuovo di svi-

---

[38] L'art. 192 del Codice dell'ambiente prevede espressamente un divieto di abbandono, con la previsione di responsabilità e sanzioni.

[3939] Come messo in evidenza già in altra occasione: A.GORASSINI, *Ambiente, salute, rifiuti: una evoluzione o una rivoluzione nella relazione soggetto-cosa*?, relazione al *Convegno Valori della Persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici*, Messina 24-25 novembre 2006.

[40] Rilevante e semplificante sul punto appare la giurisprudenza penale formatasi in relazione ai pneumatici usati; cfr. ad es. Cass. 30 maggio 2012 n.25358 (in *iusexplorer.it/dejure*), in cui richiamando una giurisprudenza ormai consolidata dal 2007, afferma il principio per il quale gli pneumatici usati, intendendosi come tali quelli ricostruiti o utilizzabili direttamente e rispetto ai quali non risulti la obiettiva volontà di disfarsene da parte del detentore, non rientrano nel novero dei rifiuti a differenza dei pneumatici fuori uso, che invece il legislatore espressamente individua come tali e che, per degrado o altre condizioni, abbiano perso la loro funzione originaria e come tutti gli altri beni diventano oggettivamente destinati all'abbandono. Esiste dunque una qualifica di rifiuto ad un certo momento imposta dall'ordinamento. Cfr. anche Cass. 26 giugno 2012 n.25207 cit. in R.LOMBARDI, *op. cit*., 847.

[41] Come detto in altra occasione, anche il *clochard* non può più liberamente accedere ai rifiuti, perché non può giocare con la salubrità dell'ambiente e la salute altrui, proprio come contro-altare del divieto di chiunque di abbandonare cose/rifiuti in nome di obblighi di solidarietà sociale che impongono anche la bonifica dei luoghi dell'abbandono.

[42] Dunque, tornando al nostro livello di discorso, il prodotto alimentare è una cosa/bene o una cosa/rifiuto che si può trovare in uno stato instabile di transizione: potrebbe essere un bene con addirittura un prezzo sul mercato (bene da riciclo) fonte di guadagno per il proprietario o essere una cosa per la quale il proprietario deve sopportare un costo chiedendo l'ausilio altrui per liberarsene. Il proprietario/possessore può sfruttare una fase intermedia: donare la cosa, cioè lasciarla ai soggetti qualificati come interessati per ruolo sociale alla sua utilizzazione come bene, teoricamente depauperandosi ed arricchendo il donatario, ma anche guadagnando un vantaggio, di non subire in futuro la sopportazione dei costi di dismissione. Si capisce allora come non sia una donazione vera, ma non è neppure una cessione gratuita propria, perché si inserisce in una dinamica collegata alla tutela dei beni comuni (ambiente, salute, solidarietà sociale rispetto ai bisogni primari), tornando all'origine, con poca rilevanza della distinzione tra possesso e proprietà. Sul vestiario e i giocattoli come beni per riutilizzo, sia pure in una logica ambientale, v. le indicazioni di R.Lombardi, *op. cit*., 851s e nt.35.

luppo socio-economico, basato sulla cooperazione piuttosto che sulla concorrenza, ove solidarietà e sussidiarietà, con una nuova organizzazione dei servizi per i bisogni di base [43], in cui <*l'effettività dei diritti implica una considerazione rinnovata del rapporto tra il mondo delle persone e il mondo dei beni, che la dialettica nota soggetto/oggetto non è più in grado di comprendere*> [44].

Si può peraltro rilevare, come già preannunciato, una singolare convergenza con i principi fondamentali desumibili dalla dottrina sociale della Chiesa Cattolica (individuabili proprio nel bene comune, dignità della persona umana, solidarietà, sussidiarietà) [45].

Nella dimensione ecclesiastica il bene comune è l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono tanto ai gruppi quanto ai singoli membri di raggiungere la propria perfezione (*Gaudium et Spes*) con parallelismo tra bene comune e fine comune (già proposto da Tommaso d'Aquino nella *Summa*).

Accanto al bene individuale, c'è un bene legato al vivere sociale delle persone: il bene comune che <*ascrive tanto il bene proprio di tutti, quanto il bene dell'intero essere umano*> [46].

Le rivendicazioni legate ai beni comuni, in questa dimensione, si sovrappongono ai diritti universali dell'Uomo, per cui il diritto deve interessarsi al bene di tutti, anche di coloro ai quali non pensa nessuno, perché non hanno né voce né potere: <*se alcuni hanno più del necessario per vivere … altri mancano del necessario*>, <*non basta solo l'amore ma occorre soprattutto la giustizia*>, arrivando in *extremis* a giustificare il c.d. *fringsen* (furto di lieve entità di beni primari, come il cibo da consumare subito per necessità), ma senza negare la proprietà privata [47].

Questa visione può cambiare fondamento e prospettiva del Diritto, orientando la Giustizia come Verità, verso una comunità titolare almeno della gestione dei beni comuni essenziali, non fondata sulla mera utilità economica attraverso la composizione degli interessi e dei contrasti di interessi o gestita dalla convenienza o dalla paura, ma orientata verso il Bene-Essere della Persona [48], come bontà e bellezza del vivere assieme con la gioia della presenza dell'altro, di ogni altro portatore della propria singolarità, singolarità che si esalta nella unione delle somiglianze singolari proprio nelle società intermedie (anche spontanee) per diventare valore aggiunto dell'Umano e della Umanità [49]. Altro che però deve poter avere il cibo e quanto essenziale al suo

---

[43] Ancora F. ADORNATO, *op. cit.*, 262.

[44] S. RODOTÀ, *Editoriale*, in *Riv.crit.dir.priv*. 2011,7.

[45] Cfr. sinteticamente DOCAT, *Che cosa fare? La dottrina sociale della Chiesa*, Milano 2016, 92 ss.

[46] DOCAT, *cit.*,94.

[47] DOCAT, *cit.*, 95s.

[48] Spunti interessanti proprio rinvenibili nella dogmatica privatistica che ha evidenziato la centralità della Persona, in particolare si rinvia a P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della proprietà*, Napoli 1971 e *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli 1972, sul cui pensiero e la sua evoluzione attuale anche in relazione al tema si rinvia al *Manuale di diritto civile*, Napoli 2014. Tra gli interventi più recenti nella direzione indicata cfr. anche R. MESSINETTI, *I nuovi diritti della persone e i beni comuni*, in *I beni comuni* (a cura di Genga e altri), *cit.*, 87 ss.

[49] Non si può in questa sede che rinviare a quanto cercato di evidenziare in semplificazione didattica sull'oltre della realtà della Persona come valore vivente che è capace di manifestazioni storiche per incorporazione negli enti

vivere, ma che, proprio per vedersi riconosciuto questo, contribuisce a risolvere i problemi della comunità a cui appartiene, almeno evitando il crearsi o il permanere di cose/rifiuto attraverso la esclusione proprio del suo rifiuto sociale come persona e della sua non considerazione come <scarto>.

Ma proprio nella duplice direzione che recupera, sia pure in modo anomalo, il principio di sussidarietà senza usurpare la dignità del potersi aiutare da soli, si declina una modalità della solidarietà sociale ormai dimenticata, di partecipazione all'umanizzazione dell'umano.

Ma questo nella logica della libertà, del <possono> che apre la strada al <devono> (i termini utilizzati nella legge) di chi è chiamato a rispondere in sussidiarietà.

E così forse il nostro diritto civile del nuovo secolo e millennio sembra recuperare l'impulso solidaristico della nostra Costituzione nel rispetto della sua vocazione autentica [50], ma con una accoglienza anche della concezione rawlsiana della solidarietà-fraternità, per cui forse, come diceva Mengoni 20 anni fa [51] <*sul concetto di solidarietà la riflessione è appena agli inizi*>.

collettivi e manifestare così *l'unità assente* del Soggetto come *logos* nel Diritto: v. A.GORASSINI, *I soggetti*, 3, in Amadio-Macario, *Diritto Civile*, I, Bologna 2014, 118ss.

[50] Quello che F.D.BUSNELLI, *op. cit.,* 416-437 riteneva qualche anno fa stesse lentamente ormai morendo manifestandosi negli ordinamenti positivi solo sporadiche tracce.

[51] Citato da F.D.BUSNELLI, *op. cit*., 438.

JUS CIVILE

JORGE RODRÍGUEZ RUSSO

Profesor Agregado de Derecho Privado – Universidad de la República. Uruguay

ERROR INEXCUSABLE Y RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL: EL EQUILIBRIO ENTRE LA TUTELA DEL INTERÉS DEL DECLARANTE Y LA PROTECCIÓN DEL CONTRATANTE LESIONADO

SOMMARIO: *1. Introducción. – 2. El error como vicio de la voluntad en materia contractual. La tipología del error relevante. La taxatividad de los supuestos. – 2.1. Los supuestos legales de error relevante. – 2.1.1. Disenso oculto (numerales 1 y 2 del art. 1271 c.c.). – 2.1.2. Error en la sustancia o calidad esencial del objeto. Error en las calidades no esenciales (numeral 3 del art. 1271 c.c.). – 2.1.3. Error en la persona del contratante en los contratos intuitus personae (numeral 3 del art. 1271 c.c.). – 3. El denominado error inexcusable y sus consecuencias jurídicas. – 4. Error inexcusable y responsabilidad civil. Naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. – 4.1. Tesis de la naturaleza contractual predominante en la doctrina y jurisprudencia uruguaya. Sus fundamentos. – 4.2. Objeciones a la tesis contractualista desde la perspectiva de los deberes dimanantes de la buena fe y las notas tipificantes de la obligación. La dimensión relacional de la responsabilidad extracontractual. – 5. Los daños resarcibles en la responsabilidad precontractual. – 6. Conclusiones.*

1. – En el presente trabajo se analiza la problemática que presenta el error inexcusable en el plano de sus consecuencias jurídicas, figura que no ha sido prevista por el Código Civil de Uruguay y en la que confluyen legítimos y disímiles intereses de las partes contratantes, con la consiguiente exigencia de su prevalente tutela.

Se trata de un tópico de singular relevancia jurídica, tanto en el plano teórico como en el de su aplicación a las relaciones contractuales concretas. La Suprema Corte de Justicia en fecha relativamente reciente [1] ha señalado que este error no puede ser alegado por el declarante, puesto que nadie puede valerse de su propia negligencia.

El tema por cierto no es nuevo; ya desde el clásico estudio de IHERING [2] ha motivado el análisis de la doctrina, especialmente en lo que respecta a la procedencia de la reparación del daño experimentado a raíz de la extinción del contrato.

La responsabilidad civil en general, al igual que el contrato, ha estado en permanente transformación en los últimos lustros. Sirvan como ejemplo la expansión de las fronteras del daño resarcible, la democratización en la aplicación de la disciplina (sin sujetos excluidos), la ampliación del elenco de los legitimados activos, la tendencia a la objetivación en amplios sectores, el redimensionamiento de la responsabilidad extracontractual por hecho ajeno a partir de la identi-

[1] SCDJ, 7 de noviembre 2013, n. 531, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo,* t. XLIV, 2014, 712.

[2] R. VON IHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages et intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites,* Marescq, París, 1893.

ficación de un principio general, los daños colectivos, la cristalización del principio *pro damnato* o *favor victimae,* la propia descodificación del Derecho de Daños, tan diáfanamente destacada por DÍEZ-PICAZO [3].

Desde los clásicos supuestos de contrato nulo, pasando por la ruptura injustificada de las tratativas, el fenómeno de la *responsabilidad precontractual* comprende una multiplicidad de hipótesis heterogéneas, que tienen como nota común la oportunidad temporal en la que se verifican.

En las últimas tres décadas se ha producido una importante evolución en esta materia [4], tanto en la configuración de los supuestos susceptibles de poner en acto este subtipo de responsabilidad, como en los daños resarcibles. Cambios que responden a las propias transformaciones ocurridas en la responsabilidad civil, pues como anota LAMBERT-FAIVRE [5], mientras en el siglo XIX el eje de la misma era el sujeto responsable (responsabilidad subjetiva basada en la culpa) en el siglo siguiente es desplazado por el objeto de la responsabilidad (obligación de reparar el daño causado) [6]. Dos modelos de responsabilidad que "*conviven de manera inarmónica, tan inarmónica que resulta difícil hablar de responsabilidad por daños como una institución unitaria*" [7]. El modelo clásico de la responsabilidad civil era un modelo unitario y laico, que representó como lo destaca magníficamente RODOTÀ, el paso de la sociedad agrícola a la industrial, cumpliendo "una función binaria, de protección y control de la propiedad, de defensa de la propiedad frente agresiones externas, pero al mismo tiempo, de atenuación de la carga agresiva de la propiedad frente a terceros (que también tenían condición de propietarios). En un período en el cual uno de los problemas centrales consistía en regular el conflicto entre propiedades distintas –todas las cuales se concebían como absolutas– se proponen criterios idóneos para hacer posible una opción entre diversos tipos históricos de propiedad. La responsabilidad civil acompaña este proceso de selección entre los intereses: ella pasa de ser una regla externa de protección de la propiedad, a tener el carácter de un instrumento de gestión de las compatibilidades entre dichos intereses" [8].

---

[3] L. DÍEZ– PICAZO, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 127 ss.

[4] Vide nuestro trabajo *Contornos actuales de la Responsabilidad Civil precontractual,* en *Cuestiones actuales de Derecho Civil en materia de Familia, Sucesiones, Propiedad y Responsabilidad*, coordinado por Jorge Rodríguez Russo, Fcu, Montevideo, 2016, pp. 244 ss.

[5] I. LAMBERT-FAIVRE, *L' evolution de la responsabilitè civile de una dette de responsabilitè a un credit d'indemnisation*, en *Rev. trim. dr. civ.*, París, 1987, p. 1 ss.

[6] Cambios que en general, en el ámbito del Derecho Privado, se enmarcan en el desplazamiento y relevo de un modelo liberal del Derecho por un modelo ligado al Estado Social (Cfme. J. HABERMAS, *Facticidad y Validez*, Trotta, Madrid, 2005, p. 479).

[7] A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 419.

[8] S. RODOTÀ, *Modelos y funciones de la responsabilidad civil*, en *Revista Thémis*, Nº 50, 2005, p. 200 ss.

2. – El error consiste en la inexacta representación de la realidad por parte del sujeto, un falso conocimiento o ignorancia de un dato relativo al contrato [9]. Como dice LARENZ [10], todo aquel que actúa corre el riesgo de que sus conceptos no correspondan a la misma, dado que el conocimiento humano es limitado.

Sin embargo, no todo error es relevante pues el legislador, habiendo priorizado por razones de política legislativa la estabilidad de los contratos, solo le asignó virtualidad para invalidar el negocio en las situaciones taxativamente previstas por el art. 1271 del c.c., a diferencia de lo que sucede en el dolo, en el que cualquier error provocado por la conducta ilícita de la contraparte, que determine al sujeto a contratar, tiene aptitud para viciar la declaración de voluntad.

2.1. – Los supuestos legales en los que el error tiene relevancia para viciar la declaración de voluntad se encuentran rígidamente disciplinados por el artículo 1271 del Código Civil uruguayo, pudiendo agruparse en tres grandes categorías, como veremos seguidamente. Median aquí razones de política legislativa que llevan a priorizar la seguridad jurídica sobre la tutela de la voluntad interna del contratante que ha incurrido en error.

En consecuencia, los casos en que dicha voluntad merece protección configuran las hipótesis de error relevante.

2.1.1. – La doctrina señala que en los numerales 1 y 2 del citado artículo está previsto el denominado error obstáculo, que impide la formación del consentimiento, provocando la nulidad absoluta del contrato.

Según GAMARRA se trata de un error obstativo, que impide la formación del contrato, pues en puridad no hay acuerdo, dado que las voluntades divergen y carecen de la necesaria congruencia [11]. De la misma opinión participaba SCIALOJA: si una parte incurre en error sobre la declaración de voluntad del otro, porque la ha entendido o interpretado falsamente, al determinarse su voluntad se producirá un verdadero disenso (error impropio) es decir, no existirá contrato alguno [12].

A nuestro juicio [13] se trata de supuestos de disenso oculto, ya que si el desencuentro fuere manifiesto [14] no hay duda que habría ausencia de consentimiento. El error obstativo es aquel que

---

[9] V. ROPPO, *Il Contratto*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 780.

[10] K. LARENZ, *Derecho Civil. Parte General*, Edersa, Jaén, 1978, pp. 505 y 506.

[11] J. GAMARRA, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, t. XII, Fcu, Montevideo, 1999, p. 29. En jurisprudencia: TAF 2°, 6 agosto 1997, n. 86, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXVIII, 1998, 411.

[12] V. SCIALOJA, *Negocios Jurídicos*, Imprenta Editorial de la Gavidia, Sevilla, 1942, p. 224.

[13] RODRÍGUEZ RUSSO, *La interpretación del Contrato*, Fcu, Montevideo, 2008, p. 180 ss.

[14] Expresa F. MESSINEO, *Doctrina General del Contrato*, t. 1., Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 137, el disenso es manifiesto cuando ambas partes son conscientes del mismo, en cuyo caso ninguna relación puede formarse entre ellas. Aquí no hay según el autor "ningún influjo del error: el disenso es el efecto de dos voluntades que, *según es bien conocido por las partes*, no se combinan".

se presenta, no en la formación de la voluntad, sino en su manifestación externa, o es cometido por la persona u oficina encargada de transmitir la declaración [15].

El disenso –enseña CARIOTA FERRARA– consiste en un desacuerdo inadvertido por las partes entre la declaración de voluntad de una y de la otra; exteriormente las declaraciones concuerdan, pero en realidad divergen. Está provocado por un error, por una equivocación que lo oculta a los declarantes, pero dicho error se presenta de modo diverso que el obstativo, dado que éste produce un desacuerdo entre voluntad y declaración, que excluye siempre la voluntad negocial; aquél, por el contrario, opera sobre la determinación de la voluntad de una parte, en el propio proceso formativo de la misma [16].

En las situaciones previstas por los numerales 1 y 2 del art. 1271 existe un error de una de las partes, producto de una equivocada interpretación sobre el significado o alcance de la declaración de voluntad ajena [17], error que conlleva por vía de inexorable consecuencialidad a un desencuentro de voluntades. Como señala MESSINEO, el disenso oculto –mejor llamado malentendido– siempre es provocado por un error, siendo entonces un error-vicio [18].

El desencuentro de las voluntades es sólo una consecuencia del error que está en la base del fenómeno: el destinatario de la propuesta la entiende mal y como se equivoca sobre su significado y alcance, la acepta. Formalmente hay un acuerdo entre sendas declaraciones de voluntad, pues el desencuentro (el disenso) permanece oculto, pero sustantivamente no concuerdan, porque cuando una de las partes acepta la propuesta de contratar que le emite la otra lo hace sobre la base de un determinado significado, que no es en realidad el que corresponde asignarle. Sea por ignorancia, distracción, desconocimiento de la lengua, lo concreto es que hay error sobre la declaración de voluntad recibida, error que determina el desencuentro de las voluntades, que hace que las mismas no coincidan. Cada parte quiere y declara congruentemente lo que quiere, de manera que existe una perfecta coincidencia entre la voluntad y la declaración, entre el querer interno y su manifestación. Lo que acontece es que quieren cosas distintas, producto de una errónea interpretación de una de las partes contratantes sobre el significado de la declaración de voluntad emitida por la otra, error que recae sobre la propia identidad del negocio o del objeto.

El disenso, dice BETTI, es una anormalidad que sólo puede acontecer en los negocios bilaterales, consistente en un íntimo e inadvertido desacuerdo entre las partes en cuanto al sentido que cada una de ellas entiende el contenido del negocio, desacuerdo encubierto por la aparente congruencia exterior de las respectivas declaraciones. El desacuerdo no advertido por ninguna de

---

[15] F. GALGANO, *El Negocio Jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 304. L. CARIOTA FERRARA, *El Negocio Jurídico*, Aguilar, Madrid, 1956, p. 422 ss.

[16] CARIOTA FERRARA, *op. cit*., pp. 427-428. ROPPO, *op. cit.,* p. 808.

[17] Para S. CARNELLI, *La casación en materia de prueba, interpretación del contrato, calificación negocial, "ley" del contrato y simulación negocial*, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXII, 1992, p. 379, no se trata de una situación de disenso, sino de *consentimiento erróneo*, pues la divergencia es entre la realidad (lo que se quiso) y su representación externa (lo que se declara).

[18] MESSINEO, *op. cit.,* pp. 137-139.

las partes no puede ser más que el síntoma de un error preceptivo o de una desviación interpretativa en que ha incurrido una parte y no ha reparado la otra, esto es, un malentendido. Mientras que en el error obstativo es el mismo autor quien entiende inexactamente la declaración *propia*, asignándole un significado distinto al que objetivamente tiene, en el disenso, en cambio, la parte entiende mal la declaración *ajena* destinada a ella, vale decir, la comprende, percibe o interpreta, con un significado distinto al exacto que tiene para su autor, por lo que no capta en consecuencia su contenido. Por ende, "*la discrepancia se produce entre el significado de la declaración tal cual está en la mente de una parte y la idea que de él se forja la otra con base en un error preceptivo o en una divergente apreciación interpretativa*" [19].

No se trata entonces de un problema de falta de consentimiento, sino de vicio de la voluntad, que genera nulidad relativa (arts. 1269, 1271, 1560, 1568 c.c.), puesto que formalmente hay acuerdo [20], siendo la determinación de las consecuencias un problema de pura decisión legislativa [21].

Es cierto que en términos lógicos puede argumentarse que no hay consentimiento, pero desde la misma perspectiva analítica tampoco hay acuerdo cuando media error en la sustancia, pues –siguiendo el ejemplo del Código– si el sujeto quiere comprar una barra de plata y por error compra de un metal semejante, es evidente que no era lo que quería adquirir. *Non videntur qui errant consentire.*

Llegados a este punto el problema a resolver es el régimen aplicable en caso que el disenso se verifique sobre la identidad del negocio, porque al ser una nulidad relativa el negocio despliega sus efectos. En tal supuesto, al existir formalmente un encuentro de voluntades, el contrato se forma y se forma sobre la base del tipo contractual contenido en la propuesta. Si la propuesta emitida era relativa a un contrato de préstamo, concurriendo la aceptación de la misma, el negocio que se forma no puede ser otro que el de préstamo. Pero, como medió un error de parte del destinatario de la oferta, que aceptó pensado que se proponía otorgar un contrato de donación, será él quien estará legitimado para impugnar el negocio inválido, solicitando la respectiva declaración de nulidad.

2.1.2. – Nuestro Código, apartándose del modelo francés, introdujo –por influencia del Código chileno– junto a la sustancia al error sobre la calidad esencial del objeto, adoptando así un criterio de sustancia puramente objetivo. Sustancia es la materia de la que está compuesto el objeto, propiedad intrínseca que no depende de la apreciación de las partes, como en cambio lo proponía POTHIER, para quien por sustancia había que entender "*la cualidad de la cosa que los contratantes han tenido principalmente a la vista*" [22].

---

[19] E. BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pp. 318-319. En la misma línea A. CANDIAN, *Instituciones de Derecho Privado*, Uteha, México, 1961, p. 161.

[20] Cfme. CARNELLI, *op. cit*., p. 379.

[21] E. CAFARO – S. CARNELLI, *Eficacia Contractual*, Fcu, Montevideo, 1993, pp. 42-46, en opinión que compartimos, señalan que la nulidad es una categoría de origen legal, que depende de una pura decisión legislativa.

[22] R. J. POTHIER, *Tratado de las Obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 2007, Nº 18, pp. 20-21.

Destaca OSPINA que el concepto romano de sustancia no solamente era objetivo, sino también netamente materialista, porque se identificaba con su composición material. Pothier al entender que dicha noción era excesivamente estrecha, puesto que no permitía considerar viciada la voluntad cuando el error recaía sobre las calidades inmateriales del objeto, como la antigüedad o la procedencia, formuló un noción distinta, dejando de atender a la materialidad del objeto para centrarlo en la intención de los contratantes, sustituyendo así la noción *objetiva* y *materialista* romana por una noción puramente *subjetiva* e *intencional*[23].

Para la doctrina objetiva, como recuerda GAMARRA[24], sustancia es la materia de que la cosa está formada (criterio restringido), el conjunto de sus cualidades principales, que no son susceptibles de más o de menos y hacen que el objeto sea ese y no otro (criterio amplio). Añade el doctrinario compatriota que nuestro Código adoptó un criterio amplio y objetivo de sustancia, pues incluye también a la calidad esencial, por lo cual, "aunque sustancia se identifique con "materia", esto es, con la materia que forma o compone el objeto, la referencia a "cualidades esenciales" permite incluir también dentro del error en la sustancia (entendida en sentido amplio) al error acerca de ciertas cualidades de la cosa, como su antigüedad y origen" (cualidades esenciales o sustanciales)[25].

El error acerca de cualquiera otra calidad del objeto (calidad no esencial) es irrelevante, no vicia el consentimiento, a menos que fuere el principal motivo para contratar y hubiere sido conocido por la otra parte. En el inciso final de la norma el Código regula una especie de error ambivalente, puesto que puede o no ser relevante; sólo vicia cuando se reúnen las dos exigencias previstas, adoptándose un *criterio subjetivo*, porque una calidad objetivamente no esencial puede ser subjetivamente determinante para contratar para una de las partes.

No se trata de una especie de error en el motivo[26], pues el error recae directamente sobre una calidad no esencial del objeto. Que la ley exija que dicha calidad (sobre la cual recayó el error) hubiere sido el principal motivo (determinante) para contratar no lo convierte en un error sobre los motivos. Tampoco hay una *determinación bilateral* de la calidad no esencial[27] dado que se trata siempre de un fenómeno unilateral: la calidad objetivamente no esencial es determinante *"para uno de los contrayentes*", por ser el principal motivo para contratar y esto era conocido por la contraparte. El texto legal lo único que exige es "*conocimiento*" de la otra parte, sin requerir que haya sido también para él el principal motivo para contratar. Que la calidad secundaria es determinante solamente para uno de los contratantes emerge tanto del tenor literal del texto legal, como de la propia exigencia del *conocimiento* de la otra parte, pues en tal caso no está en consideración su voluntad, sino precisamente la declaración de voluntad ajena.

---

[23] Cfme. G. OSPINA FERNÁNDEZ– E. OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Temis, Bogotá, 1998, p. 188 ss.

[24] GAMARRA, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

[25] GAMARRA, *op. cit.,* pp. 41-42.

[26] Como lo sostiene GAMARRA, *op. cit.,* p. 55.

[27] Así lo señala GAMARRA, *op. cit.,* pp. 49 y 73-76.

2.1.3. – Nuestro Código Civil, a diferencia de sus habituales modelos, no contempló en forma autónoma a esta especie de error en materia contractual. Existen sí previsiones legales en sede de matrimonio y de tradición (arts. 199 y 771).

Tal ausencia en la enumeración del art. 1271 ha llevado a la doctrina a expresar que este tipo de error "plantea un verdadero enigma en el derecho positivo uruguayo" [28].

En anterior trabajo [29] hemos señalado que la interpretación de la doctrina nacional no ha conducido con carácter general y uniforme a otorgar la debida relevancia a esta especie de error, pues solo ha podido hacerlo con caracteres precisos en materia de donación, al influir en la propia causa de la obligación negocial, si bien puede dudarse que sean lo mismo causa gratuita y error en la persona, como lo pone de relieve GAMARRA.

Tampoco es posible vincular esta especie de error a la prestación, toda vez que el mismo recae sobre la propia persona del contratante. Ni puede obtenerse apoyatura fundante en el art. 1269 –como pretendía CARDOSO [30]– puesto que la norma está destinada a enumerar con carácter general cuáles son los vicios del consentimiento contractual. En ese sentido expresa GAMARRA [31] que si el legislador hubiera otorgado relevancia al error en la persona lo habría hecho en el propio art. 1271, que es el precepto que se encarga de establecer en qué casos el error es relevante, sin dejar de señalar también que el argumento de Cardoso permitiría incorporar otro tipo de errores (en el motivo o en el valor, por ejemplo), con lo cual se desvirtuaría la regulación del precepto, de corte netamente limitativo, como emerge de su inciso final. Menos aún puede recurrirse a la analogía con el art. 199 en sede matrimonio [32], no solo por la sustancial diversidad de ambos negocios, sino por la ausencia de una verdadera laguna [33], ya que el punto ha sido objeto de una concreta previsión legislativa a través del reclamo formal practicado por el numeral 3 a las normas de la tradición.

Pensamos que la circunstancia de no haberlo incluido a texto expreso y en forma independiente en el propio art. 1271 del Código, no es obstáculo para su admisión dentro de la propia norma, si ésta permite dotarlo de alguna manera de un sustento legal firme, no siendo determinante el hecho que los antecedentes habituales de nuestro Código lo enumeren expresamente entre los vicios del consentimiento contractual, debiéndose más bien a un defecto de técnica legislativa en la estructura formal del precepto.

---

[28] Esa es la opinión de GAMARRA, *op. cit.,* p. 50.

[29] J. RODRÍGUEZ RUSSO, *El error en la persona como vicio del consentimiento contractual*, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXXI, 2001, p. 784 ss.

[30] Citado por B. COELHO DE OLIVEIRA, *La doctrina del error en el Derecho Civil uruguayo*, Montevideo, 1937, p. 89.

[31] *op. cit*., p. 51.

[32] Como lo ha postulado COELHO DE OLIVEIRA, *op. cit.,* pp. 90-91.

[33] Sea ella entendida como ausencia de una norma que regule el punto o, como expresa N. BOBBIO en su *Teoría General del Derecho*, Temis, Bogotá, 2007, p. 229, la ausencia de un criterio para elegir cual de las dos reglas generales (la exclusiva o la inclusiva) debe ser aplicada.

El fundamento legal para otorgar relevancia a esta especie de error está en el propio numeral 3 del art. 1271, que entre sendos paréntesis practica un reclamo formal a los arts. 771 y 772 en sede de tradición, el primero de los cuales contempla al error en la persona como vicio de la voluntad. Por lo tanto, es posible interpretar que en materia contractual el error en la persona también vicia la voluntad, cuando se trata de un contrato en donde la consideración de la misma y de sus cualidades tienen carácter esencial y determinante (contratos intuitus personae). GAMARRA [34] destaca como rasgo tipificante de esta categoría de contratos que el error en la persona del contratante vicia el consentimiento, si bien al examinar los vicios [35] consigna la ausencia de norma que fundamente su admisibilidad como vicio.

Es cierto que tal consagración no tiene un carácter textual directo en su literalidad, ni aparece en un numeral independiente –como en las otras clases de error– pero ello no constituye un impedimento para su reconocimiento e identificación en el propio segmento del precepto legal en el que aparece regulado el error en la sustancia (numeral 3). El reclamo formal a las normas de la tradición determina la aplicación directa del art. 771 a la materia contractual, dada la identidad de estructura bilateral entre ambos negocios, vinculados o conexos en el plano causal. No puede ser entendido de otra manera el reclamo sino en lo que atañe al error en la persona, puesto que si bien los arts. 771 y 772 regulan también al error en la identidad del objeto y en la identidad del negocio en base al cual se hace la tradición, ellos han sido objeto de una previsión específica en materia de contratos (numerales y 2 del art. 1271). Por ende, una razón de coherencia entre ambas disposiciones lleva a interpretar que el reclamo a las normas de la tradición solo opera respecto al error en la persona del contratante, pues de lo contrario sería redundante el propio art. 1271.

No puede considerarse a dicho reclamo formal como una mera concordancia externa con las normas de la tradición, debido a que está ubicado en sede de error en la sustancia o calidad esencial. Si la finalidad del mentado reclamo fuere esa, sería sistemáticamente erróneo, pues debió estar ubicado en cualquiera de los dos primeros numerales del art. 1271, que precisamente regulan al error en la identidad del objeto o en la identidad del negocio, que son los supuestos previstos por los arts. 771 y 772. Como el único error que no ha sido enunciado en sede contractual es el que recae sobre la persona de uno de los contratantes, el significado del reclamo formal a las normas de la tradición se robustece con su incumbencia exclusivamente a él. Vale decir, el error en la persona vicia el consentimiento contractual en aquellos casos en que la consideración de la misma es determinante de la celebración del negocio, por ser otorgado en consideración a las cualidades personales del sujeto, que revisten el carácter de esenciales (contratos intuitus personae), exigencia ésta que emerge de la propia ubicación del reclamo en el inciso primero del numeral 3° del art. 1271, que justamente legisla sobre error en la calidad esencial.

Por definición en esta categoría de contratos las cualidades del contratante son esenciales,

---

[34] GAMARRA, *op. cit*., t. IX, 3ª edición, Fcu, Montevideo, 1990, p. 227.

[35] GAMARRA, *op. cit*., t. XII, p. 52.

puesto que determinan la voluntad de concluir el negocio con esa persona. El propio Código destaca esa relevancia al disponer la extinción de la relación obligatoria cuando se produce la muerte del sujeto en cuya consideración se otorgó el contrato (arts. 776, 1292, 1849 y 2219). Si cuando se contrata en base a las cualidades personales de uno de los contratantes su muerte provoca la extinción del contrato, por una razón de coherencia tales cualidades han de ser relevantes también en el momento de perfeccionamiento del negocio, pues hay allí un elemento que está ligado a la propia vida del contrato y que ha de gravitar en todas sus etapas [36], no solo en la fase de ejecución.

3. – Frente a un supuesto de error relevante de los anteriormente descriptos deviene trascendente el examen de su *origen*, puesto que pudo ser producto de la propia negligencia del contratante. A este tipo de error se le denomina *inexcusable*, categoría que no ha sido prevista por nuestro Código Civil [37].

En términos generales se lo define como aquel tipo de error que se origina en la negligencia del declarante, pues si hubiera actuado con la diligencia del buen padre de familia lo hubiera advertido, impidiendo así incurrir en el mismo. Se trata según GAMARRA de aquel error "*que hubiera podido ser evitado con una conducta diligente de la víctima, la cual cae en error por pereza, por distracción grosera, porque omite informar, etc.*", como sucede por ejemplo en los casos en que alguien contrata sin conocer el alcance de las cláusulas que se emplean en el contrato, como la cláusula CIF, o contrata dos seguros cubriendo un mismo riesgo [38].

Destaca COELHO DE OLIVEIRA que en el Derecho romano el error no tuvo mucho favor, si bien se distinguía el error de derecho del error de hecho; al primero no se lo admitía y se lo denominaba "inexcusable", a diferencia del segundo que siempre estuvo admitido y por ende le llamaban "excusable". Estos términos explicaban el porqué de la distinción, pues para los romanos la ley no puede ignorarse y de allí que se infiriera que nadie conociendo la ley puede interpretarla falsamente. La rigidez del principio se debía a que el que se excusaba alegando error de derecho era reputado haber incurrido en una gran negligencia y ésto– que se sentó como una presunción absoluta– impedía que pudiera ampararse o excusarse de ignorar lo que debía conocer y de conocer mal lo que debió conocer bien. Equiparaban así la ignorancia de la ley con el error de derecho. De la máxima *nemo ius ignorare censetur* se ha llegado a la conclusión que en el Derecho romano el error de derecho era siempre *inexcusable* [39].

---

[36] GAMARRA, *op. cit*., p. 52.

[37] El Código Civil francés, con la reforma del Derecho de los Contratos 10 de febrero de 2016, incorpora la exigencia de la *inexcusabilidad* para que el error provoque la nulidad del contrato. Dispone el artículo 1132: *"L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant"*.

[38] GAMARRA, *op. cit*., p. 79.

[39] COELHO DE OLIVEIRA, *op. cit*., pp. 27 y 28.

El problema central del llamado *error inexcusable* radica en dilucidar si a pesar del mismo el errante debe conservar el derecho potestativo de pedir la *declaración judicial* de nulidad del contrato, o si por el contrario ha de ser privado de tal derecho, como un mecanismo de sanción a su negligencia, pero también de prevención al daño que se le irroga a la contraparte al extinguirse el contrato en cuya validez ha confiado.

La doctrina en general no ha dado una respuesta uniforme al problema [40]. En el sistema español, donde tampoco ha sido previsto por el Código Civil, doctrina y jurisprudencia exigen la *excusabilidad* como requisito del error relevante. Según destaca DÍEZ-PICAZO [41], para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de esencial, debe ser excusable. Ello se deduce por la jurisprudencia de los principios de la autorresponsabilidad y buena fe, siendo inexcusable el error cuando pudo ser evitado empleando la diligencia media. En función de ello, "*de acuerdo a los postulados del principio de buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso personales, y no solo las de quien ha padecido el error*", con el objetivo de "*impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces su protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida por la declaración*" [42]. Añade el doctrinario que en términos generales la jurisprudencia ha utilizado el criterio de la imputabilidad del error a quien lo invoca y el de la diligencia que le era exigible, diligencia que se aprecia considerando las condiciones de las personas, que es mayor cuando se trata de un profesional o experto.

En la doctrina italiana, como advierte PIETROBON [43], domina la opinión que la excusabilidad no tiene ya relevancia, pues el Codice ha optado por exigir únicamente la esencialidad y reconocibilidad del error. A su juicio el silencio del legislador sólo puede tener valor si responde a la convicción de que el Código ha realizado una elección, de modo que al requerir la recognoscibilidad, ha excluido la relevancia de la excusabilidad. Añade el doctrinario que se ha pretendido admitir la existencia de la excusabilidad por dos caminos: o aceptando la existencia de un principio que proclame una valoración moral del comportamiento de las partes contratantes, o aceptando la idea de que en base al principio de autorresponsabilidad un evento objetivamente considerado puede referirse al sujeto a título de culpa y no de voluntad. La concepción basada en la valoración moral del comportamiento de las partes se ha expresado a través de dos crite-

---

[40] La doctrina tradicional se inclinaba por requerir la excusabilidad como requisito para que el error vicie la voluntad y la nulidad pueda invocarse. Entre otros: G. GIORGI, *Teoria delle Obbligazioni nel Diritto Moderno*, t. 4, Firenze, 1895, Nº 69, p. 87. M. PLANIOL– G. RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil francés,* t. VI, LGDJ, París, 1930, p. 239. G. RIPERT, *La régle morale dans les Obligations Civiles*, LGDJ, París, 1949, pp. 75 y 82. L. JOSSERAND, *Derecho Civil*, t. II, Vol 1, Ejea, Buenos Aires, 1950, p. 56. COELHO DE OLIVERIA, *op. cit*., pp. 131-132. J. A. PRUNELL, *Obligaciones*, Publicaciones del CEN, Montevideo, 1956, p. 54.

[41] DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996, p. 184.

[42] DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, cit., p. 184.

[43] V. PIETROBON, *El error en la doctrina del Negocio Jurídico*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pp. 268-280.

rios diferentes en cuanto a la medida de la diligencia (si debe ser la diligencia media o una culpa grave), diferente valoración que responde a una diferencia en el ámbito de aplicación del error, pues mientras para unos la regla de la excusabilidad solo rige para el error vicio, para otros se extiende a los casos de discordancia entre voluntad y declaración (error obstáculo). El fundamento de la pretendida relevancia de la excusabilidad se encuentra en definitiva en una exigencia de orden moral directamente vinculada a la tutela del errante y no a la perturbación que el error ha provocado en la voluntad negocial.

Concluye PIETROBON que no puede aceptarse en materia de error un principio general que proclame valorar moralmente la conducta de las partes, pues "*no existe un límite general a la eficacia de las causas subjetivas de invalidez, que imponga o permita apreciar si quien la invoca es digno por su diligencia de la tutela del ordenamiento y, como consecuencia, tampoco existe la regla de la excusabilidad*" [44].

En la doctrina nacional CARDOSO [45] rechazó la doctrina de la excusabilidad fundado en que la ley no distingue, confiriéndole a la otra parte contratante una acción indemnizatoria por el perjuicio sufrido. Por su parte COELHO DE OLIVEIRA [46] ha señalado que el error inexcusable no produce la anulación del contrato, porque le es imputable al declarante; siguiendo a Fubini entiende que no hay porqué distinguir error excusable e inexcusable, entre error culposo y no culposo, pues el error siempre es excusable y si no lo es no es error; "*la culpa lleva consigo la inexcusabilidad y no puede colocarse paralelamente a este instituto del error como un accesorio a los efectos de la indemnización*".

GAMARRA destaca que hay que distinguir dos aspectos fundamentales, que dan lugar a dos posibles soluciones: 1) Sostener que la conducta negligente o descuidada del contratante víctima del error configura un comportamiento culpable, que obliga al mismo a reparar el daño, pero de manera alguna lo priva de la acción de nulidad, que le asiste al contratante víctima, pues el consentimiento no resulta menos viciado en caso de error inexcusable, que en el caso de error excusable, dado que en ambos hay un error y el vicio de la voluntad existe y el contrato es inválido (tesis de la irrelevancia de la excusabilidad como requisito del error). 2) Postular que el carácter inexcusable del error debe comportar una reacción más fuerte y radical, que debe conducir a la privar al errante de la acción de nulidad (tesis de la relevancia de la excusabilidad como requisito del error).

Esta segunda alternativa (tesis positiva), como bien señala el Maestro GAMARRA, carece completamente de apoyo en la ley, lo que ha llevado a la doctrina a oponerse a la doctrina de la inexcusabilidad, puesto que aunque la ignorancia o el error sean groseros, el consentimiento está viciado; la ley no considera la ignorancia, sino el error que de ella resulta [47]. No obstante, en otra

---

[44] V. PIETROBON, *op. cit*., N° 60, p. 280.

[45] Citado por GAMARRA, *op. cit*., t. XII, p. 81.

[46] COELHO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

[47] GAMARRA, *op. cit*., p. 80.

parte de su Tratado [48] parece adoptar la posición contraria, al enfatizar que si bien la culpa del errante siempre tiene relevancia, pues surge la obligación de reparar el daño, "*cuando el juez entienda que esta culpa es inexcusable debe desestimar la reclamación tendiente a invalidar el contrato*".

En esta última dirección la Suprema Corte de Justicia –en el fallo ya citado [49]– ha sostenido que este error no puede ser invocado por el errante, "*porque al ser fruto de la negligencia de los vendedores, el error pudo ser evitado, por lo que se vuelve inexcusable y no puede alegarse*". Se basa en que "*nadie puede valerse de su propia negligencia*" [50], exigencia que "*encuentra su fundamento en la aplicación de principios esenciales de la contratación, como son el de buena fe y el de auto responsabilidad*". De ello deduce la Corporación que "*es necesario que quien invoca el error pueda demostrar que su acto no fue producto de una negligencia grave, sino del comportamiento corriente de un hombre común actuando con la diligencia debida*".

No compartimos el criterio del máximo órgano. En primer lugar, porque implica una **sanción sin norma que lo sustente**, pues en definitiva conduce a la privación del derecho de alegar y peticionar la declaración judicial de la ***nulidad relativa*** del contrato, que conforme a los arts. 1562 y 1568 del c.c. le asiste a la víctima, *sin más excepciones* que las previstas para el caso de dolo del incapaz (art. 1563), hipótesis en que ni él, ni sus herederos o cesionarios de contrato, podrán alegarla, representando una sanción a la conducta ilícita del contratante.

En segundo término, porque la ley no atiende al **origen** del error, sino a su **objeto o materia**. El Código no distingue entre error excusable o inexcusable, siendo suficiente para viciar la voluntad que recaiga sobre algunos de los extremos rígidamente tipificados por el legislador, puesto que lo que se tutela es la libre determinación de la voluntad (no la diligencia empleada) y la voluntad no está menos viciada si el error es producto de la negligencia del declarante. En este plano se aprecian las sustanciales diferencias con el dolo, porque tratándose de un error provocado la ley valora el origen del mismo (la conducta ilícita del otro contratante), prescindiendo de la materia sobre la cual recae el error, mientras que en el error propiamente dicho prescinde del origen para atender a la materia sobre la que versa.

En tercer lugar, porque **no existe norma legal** que imponga al sujeto que impugna el negocio la *carga* de probar que su error no ha sido producto de una grave negligencia. Las normas que distribuyen la carga de la prueba (arts. 1573 c.c. y 139 del C.G.P.) sólo exigen que el actor pruebe los extremos constitutivos de su pretensión, que en la especie no son otros que haber incurrido en alguna de las especies de error previstas por el art. 1271 del c.c., no requiriéndose en

---

[48] GAMARRA, *op. cit.,* p. 83.

[49] SCDJ, 7 noviembre 2013, n. 531, 712.

[50] En una línea similar –en un caso que no configuró vicio de consentimiento, pues se trataba del error en el metraje del apartamento– el TAC 7°, 15 abril 2015, n. 341, en *Doctrina y Jurisprudencia del Derecho Civil,* t. IV, 2016, 538, señala que "*no puede alegar error cuando ni siquiera se preocupó de examinar la cosa*" y "*no puede equivocarse quien no tomó el elemental cuidado de ver lo que contrataba*", "*pretendiendo fundar la demanda en su propia culpa*".

absoluto tener que demostrar el grado de diligencia empleado en las circunstancias en que se produjo el error.

Finalmente, porque la máxima que "nadie puede valerse de su propia negligencia" –como el brocardo "*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*" y otros similares– no es un principio jurídico de general aplicación, sino una **orientación legislativa**, cuya concretización requiere de una norma legal, tal como agudamente lo ha demostrado CARRARO [51] para la máxima "*fraus omnia corrumpit*".

Tampoco podría pensarse, como postulaba DEMOGUE [52], que la privación de la acción de nulidad sería una forma de *reparación en especie*, pues como advierte GAMARRA, mal puede resarcirse algo que todavía no se ha producido y que solo la anulación del contrato podría producir, de manera que lejos de repararlo, lo previene [53].

Para justificar la privación del derecho a pedir la nulidad COVIELLO [54] recurre a un principio de justicia y equidad, consignando que el negocio debe reputarse válido porque si fuese anulado la parte perjudicada tendría derecho a la reparación del daño y "*la ley no puede autorizar el ejercicio de una acción encaminada a producir un daño, que después, así sea por una vía distinta, se debe reparar*". De esa manera, en su opinión, el principio del predominio de la voluntad sobre la manifestación encuentra un justo límite en culpa, y por ende, en la responsabilidad del declarante.

A nuestro juicio, sea o no excusable el error, la víctima mantiene siempre su derecho a pedir la declaración judicial de la nulidad, porque como se expresó, el Código no le asigna relevancia al origen del vicio, sino a la materia sobre el que recae y porque, además, quitarle el derecho a impugnar el negocio comporta una *sanción sin texto legal* que lo habilite. La nulidad es una reacción negativa del ordenamiento frente a un negocio que nace en disconformidad con el modelo legal, un instrumento de control normativo que comporta un juicio de disvalor de los intereses programados [55], en la que todos los sujetos legitimados tienen derecho a solicitar al juez la declaración de la misma. Y las situaciones en que por vía de sanción la ley privó al contratante de tal derecho son únicamente dos: en la *nulidad absoluta*, cuando se contrató sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba (art. 1561); en la *nulidad relativa*, cuando medió dolo del incapaz para ocultar su falta de capacidad (art. 1563). Tratándose de verdaderas sanciones comportan *normas excepcionales*, insusceptibles de extensión analógica y de interpretación extensiva. Más allá de ello, si aplicamos la **norma general exclusiva** (*argumento a contrario*), dado que el caso no regulado (error inexcusable) es diferente a los casos regulados (contratar

[51] L. CARRARO, *Valore attuale della massima "fraus omnia corrumpit"*, en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Nº 4, 1949, p. 782 ss.

[52] R. DEMOGUE, *Des Obligations en Général*, t 1, Arthur Rousseau, París, 1923, p. 412, señala que el juez podría mantener el contrato o anularlo con indemnización, acordando la reparación en natura o en dinero.

[53] Según JOSSERAND, *op. cit.*, p. 56, la privación sería a título de "*sanción preventiva*".

[54] N. COVIELLO, *Doctrina General del Derecho Civil*, Uteha, México, 1938, p. 400.

[55] Cfme. R. TOMMASINI, *La patologia dei contratti*, en *Lezioni di Diritto Civile*, Esi, Napoli, 1993, pp. 190-191.

sabiendo o debiendo saber el vicio; dolo del incapaz), corresponde excluir el caso no previsto de la regulación de los casos previstos; si aplicamos la **norma general inclusiva** (*argumento a simili*) también hay que excluir el caso no previsto de la regulación de los casos previstos, pues no son similares, ya que el supuesto en que se contrató debiendo saber el vicio (culpa) solo ha sido previsto para la nulidad absoluta [56].

Por lo tanto, si en el error el interés tutelado es la libertad del sujeto en la regular determinación y formación de su voluntad, se impone la solución a favor del mantenimiento de su derecho a impugnar el negocio, a pesar de que el error fuera producto de la negligencia del mismo. Pero en tal caso, dada la necesidad de tutela de otro interés legítimo concurrente, como lo es del de la contraparte que ha confiado en la validez del negocio, le asistirá a ésta el derecho a la reparación del perjuicio. De esta forma se logra la armonización de los intereses en juego, conjugando la tutela del errante y la protección del contratante lesionado, mediante la operativa de las reglas sobre la validez del negocio con las atinentes al comportamiento, en forma similar a lo que acontece en otras situaciones legalmente previstas –art. 1672, por ejemplo– donde concurren nulidad y responsabilidad precontractual.

Coincidimos plenamente con la opinión de MESSINEO, para quien las restricciones en materia de acciones de invalidez deben considerarse de derecho estricto y por ende insusceptibles de extenderse por analogía. Según el doctrinario italiano el Codice guarda silencio al respecto, exigiendo como requisitos solamente la esencialidad y recognoscibilidad; por tanto, "*aunque el error sea inexcusable, no menoscaba el derecho de impugnación del que yerra*" [57].

Por su parte PIETROBON ha cuestionado el argumento que las restricciones en materia de anulabilidad son de derecho estricto y por tanto, inaplicables por analogía, señalando que el principio de tipicidad en materia de causas de anulabilidad deriva de la necesidad de encontrar un fundamento concreto en la ley, pero tal principio tiene valor "*únicamente para la previsión del hecho invalidante, no para los presupuestos de su eficacia*" [58].

Pensamos que esta distinción que formula el doctrinario italiano no tiene sustento en la ley, pues cuando el legislador regula las causas de nulidad también disciplina los requisitos para su eficacia, requiriendo en materia de error que recaiga sobre algunos de los supuestos previstos, que si versa sobre una cualidad no esencial debe ser el principal motivo para contratar y que ello sea conocido por la otra parte, que el dolo sea determinante, que la amenaza antijurídica en la violencia moral haya infundido un temor fundado, previendo además quiénes son los legitimados para impugnar el negocio y en qué casos no puede hacerlo la parte contratante.

Admitir que se introduzcan exigencias que la ley no previó, porque la tipicidad *no rige* para las condiciones de eficacia del hecho invalidante, conduce en definitiva a alterar el propio supuesto típico (hecho invalidante) y lo que es más grave, a privar al contratante del derecho a im-

---

[56] Sobre el punto *vide* BOBBIO, *Teoría*, cit., pp. 228-230.

[57] MESSINEO, *Doctrina*, cit., p. 135.

[58] PIETROBON, *El error*, cit., p. 265.

pugnar el negocio por vía interpretativa, aplicando una sanción punitiva sin base legal que lo disponga.

Por lo expuesto se concluye que es irrelevante la excusabilidad del error, pues el errante merece protección toda vez que tenga una inexacta representación de la realidad, aun cuando fuera evitable con una conducta medianamente diligente [59].

4. – Como viene de expresarse, en caso de error inexcusable el sujeto víctima del error conserva el derecho a pedir la declaración judicial de la nulidad. Pero la extinción del contrato como consecuencia de su ejercicio confiere a la contraparte el derecho a obtener la reparación integral del daño causado, puesto que ha confiado en la validez del negocio, y por ende, en la producción de todos sus efectos.

Enseña GAMARRA [60] que la responsabiliad precontractual solo tardíamente fue advertida como una figura autónoma, pues los códigos de raíz francesa carecen de una disciplina general y las disposiciones particulares que en ellos figuran corresponden a previsiones concretas, no a la sistematización de principios que el legislador naturalmente ignoró.

Destacan GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO [61] que el origen de la denominada *culpa in contrahendo* se remonta a la segunda mitad del siglo diecinueve, cuando Ihering buscó dar respuesta al problema de si la parte que había cometido un error esencial al otorgar el contrato respondía frente a la otra del daño que había sido causado por su culpa. Las fuentes romanas lo llevaron a postular que existe tal responsabilidad, pues la parte que ocasiona la nulidad del contrato debe responder del daño causado por la anulación del negocio, no porque el contrato sea inválido, sino porque debiendo tener conocimiento de ello, no previno a la otra parte, causándole un perjuicio. Expresan que esa idea fue recogida por autores posteriores y recibida en diversas normas, tanto del BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) como del Código Civil suizo, si bien en ninguno de ellos se formula un principio general de la responsabilidad civil surgida en esa fase, por lo que habrá que esperar hasta mediados del siglo veinte para que tal principio reciba consagración legislativa, primero en el Código Civil griego de 1940 (arts. 197 y 198) y en el Código Civil italiano de 1942 tiempo después (arts. 1337 y 1338), siendo seguidos por el Código Civil portugués de 1967 y el ZGB de la República Democrática Alemana de 1975.

Sin embargo, puntualizan las doctrinarias españolas, "*la vitalidad de la figura ha derivado mayormente de la práctica jurisprudencial alemana que, considerándola como un supuesto de responsabilidad basada en la confianza (Vertrauenshaftung), ha construido sus bases teóricas, ha extendido su ámbito de aplicación de manera inicialmente insospechada y ha servido, en mayor*

[59] Cfme. R. CALVO– A. CIATTI, *Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 401.

[60] GAMARRA, *Tratado*, cit., t. XI, 4ª edición, Fcu, Montevideo, 2006, p. 61.

[61] M. P. GARCÍA RUBIO– M. OTERO CRESPO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo,* en *Rev. Indret*, 2/2010, p. 4.

o menor medida, como modelo a la literatura jurídica y la jurisprudencia de buena parte de los países europeos hasta fechas muy recientes".

Las dificultades que se generaban en los supuestos de contrato inválido por un error vicio del consentimiento del que se ocupó Ihering radicaban en que la nulidad del negocio parecía excluir la responsabilidad. Sin embargo, para él tenían naturaleza contractual, pues cuando dos sujetos entran en relación con miras a la celebración de un contrato, deben responder en la formación del negocio por la misma culpa que en la ejecución, basándose en un pacto tácito de garantía relativo a las condiciones de validez de mismo, pues cada parte contratante debe verificar que no exista nada que obste a la validez del negocio, sea por vicio de la voluntad, perecimiento del objeto que se vende, o por otra circunstancia cualquiera.

En el supuesto a examen se está en presencia de una responsabilidad que tiene lugar en el período precontractual y cuya naturaleza es objeto de controversias en la actualidad, extremo éste de capital importancia debido a que en nuestro sistema civil las órbitas contractual y extracontractual presentan importantes diferencias de régimen jurídico, en temas tales como los plazos de prescripción, los daños resarcibles, la mora, la capacidad y la solidaridad [62].

A nuestro juicio [63] esta es una cuestión que no puede resolverse dogmáticamente en forma abstracta, debiendo tenerse en cuenta el dato del Derecho Positivo, no sólo porque algunos sistemas tienen normas concretas que regulan el fenómeno precontractual, sino también porque en ello incide la regulación de la responsabilidad civil, en algunos casos con un régimen jurídico uniforme, en otros con normas distintas para la responsabilidad contractual y la aquiliana, incluso dentro de los sistemas que contienen dos regulaciones varía la configuración de una y otra, como acontece en Francia, donde la disciplina de la responsabilidad contractual queda limitada al incumplimiento de una obligación emergente de un contrato. No pueden soslayarse estos extremos a la hora de examinar el problema de la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual. Así, en el sistema alemán antes de la reforma de 2001 imperaba la concepción de la tipicidad del ilícito extracontractual, pues de acuerdo a los arts. 823 y 826 del BGB solo eran resarcibles los daños previstos y no se contemplaba al incumplimiento como comportamiento antijurídico, lo que llevó a la doctrina y a la jurisprudencia alemana a la construcción de la categoría de los *deberes de protección* (schutzpflichten), con la función política de corregir los defectos del régimen del ilícito civil [64]. Similar reflexión merece el sistema italiano, donde existen normas de portada general (arts. 1337, 1338 y 1175), insertas las dos primeras dentro de la Teoría General del Contrato y más concretamente en sede de consentimiento, dato que le imprime un claro sesgo contractual, pues como ha dicho MENGONI, los deberes de protección han extendido la tutela de la relación obligatoria, y consiguientemente el régimen de la responsabilidad

[62] Sobre el punto *vide*: GAMARRA, *Tratado*, cit., t. XX, 2ª edición, Fcu, Montevideo, 2003, pp. 38-44. RODRÍGUEZ RUSSO, *Contornos*, cit., pp. 263-265.

[63] Así lo expresamos en *Contornos,* cit., pp. 254-255.

[64] L. MENGONI, *La Parte Generale delle Obbligazioni*, en *Riv. crit. dir. priv.*, N° 3, 1984, pp. 509-510.

contractual, al interés de ambas partes en preservar su persona y bienes del riesgo específico de daño generado por la particular relación que se ha instaurado entre los dos sujetos. Deberes de protección que según el ilustre civilista italiano no reciben su determinación de sentido del deber genérico del *neminen laedere*, sino de la relación específica en la cual están insertos. Tales normas han llevado incluso a postular la autonomía de la responsabilidad precontractual en el sistema italiano, su carácter de *tertium genus* [65].

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia nacional se pronuncia por la naturaleza contractual. También sostiene su carácter contractual la doctrina italiana [66], no así la jurisprudencia, en la que predomina la naturaleza extracontractual, si bien recientemente parece revertirse esa tendencia con algunos pronunciamientos de la Corte di Cassazione, según anota la doctrina más reciente [67]. En efecto, la Cassazione (20 diciembre 2011, n. 27648) postula la naturaleza contractual de la *culpa in contrahendo* al considerar que ha sido prevista en el art. 1337 del Codice una *obligación* de actuar de buena fe, por lo que el contacto social calificado por el propio legislador presenta todos los elementos del art. 1173, siendo por ende el *contacto negocial* una fuente de obligaciones en tanto figura "normativamente calificada" [68]. En la doctrina y jurisprudencia francesa, por su parte, es dominante la tesis extracontractual, dado que la responsabilidad contractual está circunscripta al incumplimiento de un contrato válido [69].

En la medida que en el sistema civil uruguayo son dos las tesis contendientes (naturaleza contractual o extracontractual), siendo dominante la que le asigna naturaleza contractual a esta

---

[65] R. SACCO, *Culpa in contraendo e culpa aquilia; culpa in eligendo e apparenza*, en *Riv. dir comm*., 1951, pp. 82-86. V. CUFFARO, *Responsabilità precontrattuale, en Enc. dir.,* vol. XXXIX, 1989, pp. 1265-1274. G. VISINTINI, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, vol. 1, Astrea, Buenos Aires, 1999, pp. 260-261 (recientemente la autora aborda el tema desde la praxis jurisprudencial italiana: *Il dibattito sulla natura della responsabilità precontrattuale rivisitato alla luce della casistica,* en *Contratto e impresa*, Nº 2, 2017, p. 335 ss.).

[66] Véase por todos: F. BENATTI, *La Responsabilità Precontrattuale*, Esi, Napoli, 2012 (ristampe). L. MENGONI, *Sulla natura della responsabiitá precontrattuale*, en *Riv. dir. comm*., 1956, p. 360 ss. T. FEBBRAJO, *La "nuova" responsabilità preconttratuale*, en *Riv. dir. priv.*, Nº 2, 2011, pp. 195-228; *Good faith and Pre-contractual liability in Italy: recent developments in the interpretation of article 1337 of the italian Civil Code*, en *The Italian Law Journal*, Vol. 2, N° 2, 2016, pp. 291-312. A. RICCIO, *Culpa in contrahendo e pactum de tractando*: *rimedio risarcitorio contro l'ingiustizia contrattuale*, en *Contratto e impresa,* Nº 6, 2006, pp. 1448-1478. C. TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e "incoerenze" della Suprema Corte*", en *Rass. dir. civ*., Nº 4, 2015, pp. 1245-1278. E. TAGLIASACCHI, *Dialogo con la giurisprudenza in tema di responsabilità precontrattuale e contatto sociale: «looking back, thinking forward»*, en *Contratto e impresa*, Nº 1, 2017, pp. 243 ss.

[67] C. SCOGNAMIGLIO, *Effetività della tutela e rimedio risarcitorio per equivalente: la Cassazione sul caso Cir C. Fininvest*, en *Res. civ. e prev*., Nº 1, 2014, pp. 42-52. *Ingiustizia del danno e tecniche attributive di tutela aquiliana (le regole di responsabilità civile ed il caso Cir c. Fininvest)*, en *Nuova giur. civ. com.*, Nº 7-8, 2014, pp. 353-361. *Tutela dell'afidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, en *Res. civ. e prev*., Nº 6, 2012, pp. 1944-1959. A. ZACCARIA, *La natura de la responsabilitá per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero*, en *Riv. dir. civ*., vol. 61, Nº 2, 2015, pp. 345-358.

[68] *Vide* ZACCARIA, *op. cit*., pp. 346-347. C. TENELLA SILLANI, *op. cit.*, p. 1245 ss. Más recientemente la Cassazione vuelve a reafirmar la naturaleza contractual de esta responsabilidad (Cass. 12 julio 2016, n. 14188).

[69] R. SAVATIER *Traité de la Responsabilité Civile*, t. 1, LGDJ, París, 1939, p. 140. J. CARBONNIER, *Droit Civil*, 4, Presses Universitaires, París, 1969, p. 416. R. RODIÈRE, *Responsabilité Contractuelle*, en *Enc. Dalloz*, t. VI, 1975, p. 2. G. VINEY, *Traité de Droit Civil. Introduction à la Responsabilitè*, LGDJ, 1997, p. 321 ss. P. JOURDAIN, *Les Principes de la Responsabilitè Civile*, Dalloz, París, 2010, pp. 33-40.

responsabilidad, examinaremos seguidamente los principales argumentos que permiten sustentarla, para realizar finalmente algunas anotaciones críticas que nos parecen son susceptibles de formularse contra la misma. En este plano gravita la forma en que se conciba a la cláusula general de la responsabilidad extracontractual (art. 1319): como un supuesto en el que los sujetos están indeterminados, debido a la ausencia de toda vinculación ente dañante y dañado, que entran en contacto precisamente a raíz de la causación del daño, o bien como un supuesto basado en la naturaleza del deber infringido por el comportamiento ilícito, en tanto se trata de un deber jurídico no obligacional (*neminen laedere*), que no tiene por contenido un deber de prestación. De acuerdo a la primer tesitura se expande el radio de la responsabilidad contractual, desanclándola del exclusivo supuesto del incumplimiento de un deber primario de prestación, mientras que conforme a la segunda se la restringe al específico supuesto del incumplimiento obligacional, manteniéndose así el primado de la responsabilidad aquiliana como disciplina general de todo el sistema de responsabilidad civil.

En suma, el punto central radica en si la nota tipificante para la configuración de la responsabilidad aquiliana está en la indeterminación de los sujetos o más bien en la naturaleza del deber jurídico infringido, solución que como veremos no puede obtenerse dogmáticamente, puesto que en ello inciden las coordenadas del propio Derecho Positivo, que en el Código Civil de Uruguay (art. 1319) en nuestra opinión se orientan claramente en torno al deber jurídico que ha sido conculcado con el comportamiento ilícito, que puede ser de carácter positivo o negativo.

4.1. – La doctrina nacional asigna naturaleza contractual a esta responsabilidad [70] sobre la base de una serie de argumentos, como la violación de la obligación de actuar de buena fe, la específica determinación de los sujetos, el carácter voluntario de la relación prenegocial, la nota de positivo y concreto del deber de conducta que se infringe en la relación de contacto social que se instaura entre las partes en ese período, el art. 32 de la Ley N° 17.250, que específicamente califica a la buena fe como una obligación.

En cuanto a la **obligación de actuar de buena fe** señala GAMARRA [71] que en el período precontractual se crea una particular vinculación entre las partes, que determina una situación de confianza objetivamente valorable, donde impera ampliamente la obligación de actuar de buena fe objetiva, que una serie de normas se encargan de explicitar (arts. 1672, 1721, 1804, 2204, 2236, 2349 CC). A su juicio la aplicación analógica de la buena fe no se realiza por una extensión del período de ejecución del contrato (art. 1291) hacia el período precontractual, sino que

[70] GAMARRA, *Tratado*, cit., t. XI, p. 73 ss. J. BLENGIO, *Reflexiones sobre la responsabilidad precontractual*, en *Tribuna del Abogado*, noviembre-diciembre 2005, p. 8 ss. L. LARRAÑAGA, *Daños y perjuicios en la responsabilidad precontractual*, en *Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil*, t. III, 2015, p. 151 ss. C. DE CORES – R. GAMARRA– B. VENTURINI (Directores), *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario,* t. 1, *Incumplimiento de Contrato*, La Ley Uruguay, Montevideo, 2013, pp. 205-206, se pronuncian por la naturaleza extracontractual, aunque formulando una distinción en cuanto al daño resarcible en los contratos discrecionales y en los contratos de consumo.

[71] GAMARRA, *Tratado,* t. XI, p. 73 ss.

tiene lugar en el propio ámbito de este período, siendo evidente que allí se tiende a sancionar un comportamiento contrario a la buena fe. Todas la normas citadas para el encumbrado tratadista compatriota "*obligan a los tratantes a desarrollar una conducta positiva, plasmada en deberes de información concretos, con el propósito de lograr una representación de los datos negociales ajustada a la realidad*"; "*imponen a los tratantes comportamientos positivos en interés del otro sujeto determinado con el cual está en relación, a diferencia de lo que sucede con los deberes negativos genéricos o absolutos (erga omnes) del neminem laedere*" [72]. Añade que la jurisprudencia nacional ha proclamado que en el período de las tratativas las partes deben ajustarse al principio general de la buena fe, que en nuestro sistema tiene raigambre constitucional y jerarquía supra legal (arts. 7, 72 y 332 de la Carta) y que "*la regla de la buena fe crea entonces vínculos de naturaleza obligacional y no meros deberes extracontractuales; por lo tanto su incumplimiento genera responsabilidad contractual*". Y si la buena fe en la ejecución del contrato tiene naturaleza contractual, la misma naturaleza debe serle atribuida a la precontractual. En esa dirección la Suprema Corte de Justicia [73] ha señalado que el plazo de prescripción es el de la responsabilidad contractual, por ser la misma un subtipo de ésta, al verificarse "*la violación de la obligación preexistente de comportarse según el principio de buena fe en el período precontractual*".

Una segunda línea argumental consiste en la **voluntariedad** de la relación precontractual y en el carácter **positivo y concreto** de los deberes que gravan a los sujetos en ese período, a diferencia de lo que acontece con la responsabilidad aquiliana, donde los deberes infringidos son negativos y genéricos. Según GAMARRA [74], "*la circunstancia de que dos sujetos aproximen sus esferas de intereses, no por un acto involuntario sino deliberadamente, otorga una más intensa coloración social al vínculo, reclamando la aplicación de los principios del solidarismo y la cooperación".* No es la situación de *no relación* que caracteriza a la responsabilidad extracontractual, sino de verdaderas relaciones, en el que el contacto social calificado que se crea como antesala del contrato en la etapa de las tratativas explica los deberes específicos que incumben a los sujetos y que no se conciben sin ella, dado que refieren a una actividad preparatoria del contrato destinada a proporcionar a los sujetos un conocimiento de la materia negocial que corresponda a la realidad. Por tanto, tiene naturaleza positiva y concreta el deber precontractual de actuar de buena fe, a diferencia de la responsabilidad extracontractual donde los deberes son negativos (no dañar) y genéricos, puesto que se tienen respecto a un número indeterminado de sujetos. Considera que la naturaleza contractual se reafirma si se tiene presente que la relación prenegocial es de carácter voluntario y existe un deber preconstituido.

---

[72] GAMARRA, *op. cit*., pp. 78 y 86.

[73] SCDJ, 15 setiembre 2004, n. 274, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXXV, 2006, 500. Sobre el incumplimiento de la obligación de actuar de buena fe como generadora de responsabilidad precontractual: TAC 1°, 22 julio 2009, n. 83; TAC 2°, 30 setiembre 2009, n. 116, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo,* t. XL, 2010, 726 ss. SCDJ, 28 Setiembre 2012, n. 820, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XLIII, 2013, 692 ss.

[74] GAMARRA, *op. cit.*, pp. 89-90.

En una línea similar en la doctrina italiana BENATTI [75] expresa que las obligaciones derivadas de la buena fe ex art. 1337 del Codice tienden a la *promoción y satisfacción* de la expectativa del otro sujeto con el cual se está en relación, en tanto los deberes negativos de conducta, como el del *neminen laedere*, tienden a la *conservación y el mantenimiento* de un estado de hecho. Los primeros van dirigidos a *realizar* el interés ajeno; los segundos a *protegerlos* de su violación. Por su parte CASTRONOVO, partiendo de la existencia de una **obligación sin prestación**, donde tiene relevancia en el plano fáctico una confianza a la cual la buena fe conecta obligaciones, destaca que la observancia de las mismas tiene por función *conservar* la esfera jurídica de la otra parte, no de *cambiarla*, como en el caso de la obligación con deber primario de prestación. Y que la buena fe emerge como la fuente de tales obligaciones, de manera que se convierte en autónoma respecto del contrato y de la obligación de prestación [76], en la que la obligación sin prestación aparece como una categoría más amplia respecto de la culpa in contrahendo*, "como fase madura de una reteorización de la relación obligacional*", con un espacio aplicativo propio que ninguna figura alternativa parece capaz de desplazar..

Un tercer fundamento para postular la mentada naturaleza contractual radica en la **específica determinación de los sujetos** de la relación precontractual: "*el sujeto que entra en tratativa con otro tiene la obligación de observar las normas de la buena fe respecto del otro sujeto determinado que se ha puesto en contacto con él*" [77]. Los sujetos ya están determinados antes del evento dañoso y los deberes que se crean no se conciben respecto a quienes son ajenos a las tratativas; en la responsabilidad aquiliana, por el contrario, para que se concrete el comportamiento debido es necesario que los sujetos entren en contacto, por lo que antes del mismo la obligación no existe, porque el deber no está impuesto en beneficio de un determinado sujeto.

Finalmente, la Ley 17.250 califica expresamente a la buena fe como una **obligación**, argumento que no ha dejado de invocar GAMARRA a favor de su tesis, señalando que "*la reciente Ley de Relaciones de Consumo impone al proveedor "la obligación de actuar de buena fe... en la etapa precontractual" (art. 32), texto que apoya la tesis contractualista dentro del ámbito que corresponde a tal tipo de relación, que en la actualidad puede ser el mayor ámbito negocial cuantitativamente hablando*" [78].

4.2. – Entendemos que en la etapa precontractual lo que en rigor se infringen son *deberes* que emanan del principio de buena fe, de observar la lealtad y corrección necesarias exigida por las convicciones éticas imperantes en una determinada comunidad social. Pero la buena fe objetiva técnicamente no constituye una *obligación* [79], sino un mero deber jurídico, pues carece de

---

[75] BENATTI, *La Responsabilità,* cit., pp. 129-131.

[76] C. CASTRONOVO, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, en *Riv. eur. e dir. priv*., N° 3, 2009, p. 680.

[77] GAMARRA, *op. cit*., p. 91.

[78] GAMARRA, *op. cit*., p. 92.

[79] Así lo expresamos en algunos trabajos anteriores: *El sistema de responsabilidad civil y su fundamentación*

patrimonialidad y *coercibilidad*, que son precisamente las notas tipificantes de la categoría [80].

En ese sentido expresa CARNELLI [81] que si en las pretendidas "*obligaciones precontractuales*" el destinatario de las conductas impuestas carece del derecho subjetivo de pretensión de reclamarlas y solamente tiene derecho al resarcimiento del daño causado por su inobservancia, una sola consecuencia se impone: no pueden calificarse técnicamente de obligaciones por faltares el *derecho de pretensión*, que es el correlato del deber de prestación.

Con la precisión característica señala GIORGIANNI que tres son las notas que permiten individuar la *obligación* dentro del amplio campo del *deber jurídico*: la específica determinación de los sujetos, la patrimonialidad de la prestación y la dirección del deber, que va destinado a satisfacer el interés de una persona determinada (acreedor). Justamente, uno de los reflejos de esta característica de la obligación es el nacimiento de un poder (derecho subjetivo) a favor de la persona cuyo interés está destinado a ser satisfecho por el comportamiento del deudor [82].

La buena fe, por el contrario, carece de la nota de patrimonialidad, por lo que no puede constituir una verdadera *obligación*, con todas las consecuencias a ella asignables, como el correlativo *derecho de pretensión*, más allá que la Ley de Relaciones de Consumo así la califique.

Los partidarios de la tesis contractualista han objetado este argumento de la ausencia de patrimonialidad del deber partiendo de la patrimonialidad de la relación en la cual estarían insertos. En esa dirección expresa LARRAÑAGA [83], siguiendo a Andrea D'Angelo, que la buena fe objetiva no puede ser examinada en forma aislada con prescindencia del plexo negocial, esto es, del marco económico y jurídico de las tratativas, omitiendo en consecuencia la sustancia económica de la relación. No puede olvidarse que aquí las partes están delineando el futuro contrato operación económica, de manera que si se tiene presente este extremo la buena fe presenta un contenido patrimonial típico de la obligación. La buena fe "*se encuentra inserta de manera necesaria en una situación prenegocial concreta, en la cual resulta relevante la sustancia económica que toman los partícipes en las tratativas; esa sustancia es la futura operación económica que estará subyacente en el acuerdo definitivo y que se va gestando en las tratativas. Podría decir que tiene un contenido patrimonial* ***por conexión, indirecto o comunicacional****, donde la obligación de buena fe "abraza" o conecta necesariamente al contenido económico de esta específica etapa previa al contrato, como lo hace actualmente el art. 32 de la ley de relaciones de consumo 17.250*" [84].

---

dogmática, en *Adcu*, t. XXXIII, 2003, p. 591. ID., *Nuevas reflexiones en torno al sistema de responsabilidad civil. Ensayo de fundamentación dogmática*, en *Revista Crítica de Derecho Privado*, vol. 1, 2004, pp. 194-195. ID., *La interpretación*, cit., p. 96. ID., *Contornos,* cit., pp. 235-266. En la misma línea S. CARNELLI, *Ámbito propio de la responsabilidad contractual y extracontractual*, en *Anuario de Derecho Civil uruguayo*, t. XXIX, 1991, pp. 834-835.

[80] La coercibilidad puede ser controvertida, puesto que hay autores que entienden que la responsabilidad no es un componente esencial de la obligación.

[81] CARNELLI, *Ámbito,* cit., p. 835.

[82] M. GIORGIANNI, *La Obligación*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 35 ss.

[83] LARRAÑAGA, *Daños y perjuicios*, cit., pp. 152-153.

[84] LARRAÑAGA, *op. cit.,* p. 153.

Pensamos que esta postura no hace sino reafirmar la **ausencia de patrimonialidad** del deber de buena fe, reconociendo inclusive que no lo tiene ***per se***, puesto que será en todo caso por vía *indirecta, refleja o por conexión* que asumiría esa fisonomía. No debe perderse de vista, como lo señalara GIORGIANNI, que una cosa es la patrimonialidad de la prestación y otra diferente el interés del acreedor en la misma, conforme lo establece el artículo 1174 del Código Civil italiano. Porque "*la patrimonialidad de la prestación es un carácter objetivo de ésta, que existe o no*", de lo que se sigue un principio muy importante: "*dado que el interés del acreedor puede no ser patrimonial, mientras que la prestación debe serlo siempre, no puede considerarse inherente a la función de la obligación que el interés del acreedor tenga como objetivo el resultado económico de la prestación del deudor*". Para que un deber pueda calificarse de obligación se exige que el mismo, "aún satisfaciendo un interés no patrimonial, tenga como contenido un comportamiento matrimonialmente valorable*"* [85] .

En ese sentido expresa GROSSO [86] que la "*patrimonialidad de la prestación se toma en el sentido de que sea posible su valoración pecuniaria según la conciencia social*" y que el interés del acreedor no necesariamente debe ser patrimonial, aunque una vez establecida la patrimonialidad de la prestación, "*en cuanto se exige que la misma se enderece hacia el acreedor y en cuanto se considera que en esto hay un interés de aquél, de suyo la patrimonialidad se está reflejando en una valoración del interés en la prestación. Y a su turno, el interés puede influir en la propia valoración patrimonial*".

Pero que se trate de efectos reflejos demuestra que **en sí mismo** son dos cosas distintas la objetiva patrimonialidad de la prestación –que constituye en contenido de la obligación– y la no patrimonialidad de los deberes que forman parte de la relación en cuestión. La circunstancia que la relación prenegocial esté dispuesta con vistas a la conclusión de un contrato, que como instrumento técnico no es otra cosa que una formalización jurídica de una concreta operación económica, no determina que todos los deberes inmanentes a dicha relación sean por ello de contenido patrimonial. Pensamos que de la necesaria patrimonialidad del contrato no se puede remontar a la necesaria patrimonialidad de los deberes precontractuales, como lo son el de actuar de buena fe y los deberes de ella dimanantes, dado que se trata de dos relaciones diferentes.

Por otra parte, conectar a la buena fe con el contenido económico del futuro contrato para configurarla como una verdadera obligación significa en sustancia **convertir** en obligaciones a **todos** los deberes inmersos en la relación, sea esta relación precontractual o contractual, eliminando así las necesarias fronteras entre deber jurídico y obligación. Porque con este criterio todo deber de conducta, por el mero hecho de formar parte o estar conectado a una relación patrimonial, se convertiría automáticamente en una obligación jurídica. Y correlativamente, todos los derechos se convertirían en derechos de crédito, reduciendo la relación obligacional a una vin-

---

[85] GIORGIANNI, *op. cit.,* pp. 43, 63 y 65.

[86] G. GROSSO, *Las Obligaciones. Contenido y requisitos de la prestación*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, pp. 206 y 214.

culación jurídica entre situaciones exclusivas de "*obligación*" y "*derecho de crédito*", cuando en rigor es una relación compleja que comprende una multiplicidad de situaciones jurídicas activas y pasivas, que incluye derechos, facultades, derechos potestativos, obligaciones, deberes, cargas y sujeciones.

En efecto, mientras por un lado el **deber de buena fe** carece de la nota de la patrimonialidad –rasgo tipificante de la obligación que permite individuarla como categoría autónoma dentro del amplio campo del deber jurídico– por el otro está ausente el deber primario de prestación y no existe un correlativo poder del acreedor de exigir la realización conductual inmanente a toda prestación, extremos que permiten configurar al derecho del sujeto activo de la relación obligacional como derecho de pretensión. Sin la existencia de un deber de prestación no puede haber una auténtica obligación, ni por consiguiente un derecho de pretensión, a menos que se piense en la controvertida categoría de la *obligación sin prestación* –ampliamente tratada en la doctrina italiana por CASTRONOVO y DI MAJO [87], cuyos orígenes se remontan a LARENZ [88]– que coloca la esencia de la obligación en la relación y no en la prestación [89], pero que nos parece una verdadera contradicción, comportando una especie de *oxímoron* jurídico. Sin prestación no puede existir obligación dado que ella es el contenido esencial de la relación obligacional. La obligación sin deber primario de prestación permitiría ejercitar la acción de resarcimiento del daño por incumplimiento, siendo una solución que privilegia no la lógica de la categoría, sino la de los remedios [90]. Sea como fuere, no puede soslayarse la sustancial diferencia con la clásica y genuina categoría de la obligación, cuyo contenido es una prestación de dar, hacer o no hacer (art. 1245), en la que los mecanismos de protección del acreedor frente a su incumplimiento comprenden un amplio universo, que incluye la tutela actuativa, la resarcitoria, la ablativa (cuando se trata de obligaciones emergentes de un contrato), la correctiva en la órbita del incumplimiento inexacto (rectificación de la prestación defectuosa, reducción de la contraprestación), remedios [91] que en su mayoría resultan inaplicables a la denominada obligación sin prestación. Señala FAILLACE [92] que la

---

[87] C. CASTRONOVO, *La relazione come categoria esenziale dell'obbligazione e della responsabilitá contrattuale*, en *Eur. dir. priv.,* Nº 1, 2011, pp. 55-76. ID., *Ritorno*, cit., pp. 679-717. A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione aproda in Cassazione*, en *Corr. giur*., 1999, p. 441 ss.

[88] K. LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, t. 1, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 106-110.

[89] La obligación sin prestación termina por poner a la responsabilidad contractual al servicio de un proyecto remedial desvinculado del todo del binomio incumplimiento-imposibilidad de cumplimiento. Cfme. L. NIVARRA, *Le frontiere mobile della responsabilità contrattuale*, en *Gius. Civ.*, 1, 2016, p. 11.

[90] TAGLIASACCHI, *Dialogo,* cit., p. 254. Señala el doctrinario italiano: "*Pare, quindi, che la peculiarità dell'obbligazione senza prestazione possa essere colta nella caratteristica di essere non pretensiva, bensì soltanto reattiva, poiché consente di esercitare soltanto l'azione di risarcimento del danno per inadempimento e non anche quella di esatto adempimento diretta a ottenere l'esecuzione della prestazione*".

[91] En la doctrina española y desde un plano teórico F. GÓMEZ POMAR, *El incumplimiento contractual en Derecho español*, en *Rev. InDret,* 3/2007, p. 13, agrupa los remedios frente al incumplimiento en tres categorías: "remedios de conducta forzada del contratante incumplidor (cumplimiento en forma específica); remedios monetarios (indemnización de daños y perjuicios, pena convencional); remedios de ineficacia (resolución)".

[92] S. FAILLACE, *Cuestiones controvertidas en relación a la responsabilidad por contacto social*, en *Rev. Ius et Veritas*, Nº 48, 2014, p. 88.

ampliación de la responsabilidad contractual a expensas de la aquiliana –que se produce con la obligación sin prestación– parece difícilmente justificable en un Ordenamiento en el cual el ilícito es disciplinado mediante una norma general. Esto es muy claro en el Derecho Civil uruguayo, en el que impera la atipicidad del ilícito extracontractual (art. 1319) y en el que el sistema de fuentes de las relaciones obligacionales reviste carácter taxativo (art. 1246: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito y ley), sin que quede espacio para la buena fe o para el contacto social como fuente autónoma de obligaciones (estén provistas o no de deber primario de prestación). Erigir a la buena fe en fuente autónoma de obligaciones conlleva a una clara alteración del número cerrado de las causas eficientes de las obligaciones, lo que no tolera ni el precepto legal citado, ni el propio sistema del Código Civil.

La existencia de una relación entre las partes –dañador y dañado– es una circunstancia que de por sí no determina la naturaleza contractual de la responsabilidad, sobre todo si se tiene presente la innegable *dimensión relacional de la responsabilidad extracontractual*, pues la atipicidad del ilícito aquiliano es susceptible de cubrir relaciones intersubjetivas no obligacionales, vale decir, eventos dañosos verificados al interno de una preexistente relación [93]. De lo contrario, como advierte ZACCARIA [94], si el contacto social es suficiente para calificarlo como fuente de obligaciones, la responsabilidad extracontractual termina siendo "*reducida a un contenedor vacío*" y por "*resultar expulsada del ordenamiento*" con su consiguiente disciplina, lo que en rigor no es admisible, sobre todo si se tiene presente el carácter específico de la responsabilidad contractual, donde el interés lesionado es el interés del acreedor en recibir la utilidad económica inmanente a la prestación debida (utilidad prometida y no obtenida). Porque como destaca muy bien CARNELLI [95], mientras el daño que se repara en la responsabilidad extracontractual es la *utilidad de la que ya está gozando el sujeto*, en la responsabilidad por incumplimiento obligacional es *la utilidad que no recibe*, vale decir, la pérdida de utilidad que le hubiera provocado la entrega de la cosa o la ejecución de la actividad prometida.

La existencia de una relación jurídica contractual que vinculaba a las partes, la determinación de los sujetos y el carácter positivo de los deberes dimanantes de la buena fe, tampoco son factores que de por sí le imprimen naturaleza contractual al daño causado, en la medida que lo relevante para la asignación de una u otra naturaleza es si el evento dañoso constituye o no incumplimiento de una obligación preexistente.

Para GAMARRA [96] la buena fe "*es fuente de obligaciones contractuales que dan lugar a incumplimiento y resarcimiento del perjuicio causado*".

---

[93] Cfme. M. MAGGIOLO, *La (de) contrattualizzazione della responsabilità professionale*, en *juscivile.it*, 2015, 1, pp. 27-28. F. D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, en *Riv. dir. civ*., vol. 46, 2000, pp. 340-342.

[94] *La natura*, cit., p. 351.

[95] *Ámbito*, cit., p. 832.

[96] GAMARRA, *Buena fe contractual*, Fcu, Montevideo, 2011, p. 177.

En cambio, para el Maestro CAFARO [97] –en opinión que compartimos– la buena fe por sí sola no puede ser fuente de relaciones obligacionales, sino que es generadora de deberes accesorios, que sirven de apoyatura a las relaciones obligatorias que tienen su origen en la voluntad de las partes o en una norma expresa de la ley. En suma, de la buena fe emergen deberes, no verdaderas obligaciones.

Por consiguiente, si lo que se infringe en la etapa precontractual son deberes no obligacionales, la responsabilidad no puede ser sino de una única y misma naturaleza: *extracontractual* [98]. Esta es la solución que mejor protege los intereses de la víctima a la obtención de la reparación integral, pues en la contractual el daño resarcible padece el límite de la *previsibilidad* (art. 1346), regla que en opinión de BIANCA [99] tiene su basamento en una idea fundamental que gobierna la disciplina de la obligación: que el vínculo obligacional importa la asunción de un sacrificio contenido dentro de límites de normalidad.

En esa línea DE CORES– GAMARRA-VENTURINI [100] han señalado al adherir a la nueva doctrina que asigna naturaleza extracontractual a esta responsabilidad que de esa manera "*se equilibra, por una parte, el interés del ordenamiento en tutelar la buena fe en la etapa de las tratativas, ya que se admite la existencia de responsabilidad; pero se ampara asimismo el principio de libertad que es esencial en un mercado eficiente*".

5. – En este plano la responsabilidad precontractual moderna revela una importante evolución [101]. Se ha producido una ampliación del daño resarcible y la contractualización de ciertos deberes, pasando del resarcimiento limitado exclusivamente al interés negativo (o de confianza) al interés positivo (o de cumplimiento) [102]; en las leyes de sector ha operado la contractualización de los deberes precontractuales de información y de buena fe. Esto conforma un nuevo paradigma frente al sistema codificado, en el que la responsabilidad precontractual es un mecanismo de aseguramiento del correcto desenvolvimiento de las libertades en la negociación [103], cuyos rasgos tipificantes son la tutela resarcitoria y la extensión temporal del período precontractual. En sistema general codificado los deberes de conducta derivados de la cláusula general

---

[97] E. CAFARO, *El instituto de la conversión del negocio jurídico nulo en el Derecho Positivo nacional*, en *Rev. Asociación de Escribanos del Uruguay,* t. 73, 7-12, 1987, p. 15.

[98] En otros sistemas se admite que pueda ser de una y otra naturaleza. Para el derecho francés: J. SCHMIDT, *La période precontractuelle en droit français*", en *Rev. int. dr. comp.,* vol. 42, N° 2, 1990, pp. 545– 566.

[99] C. M. BIANCA, *Diritto Civile.* 5. *La Responsabilità*, ristampa, Giuffrè, Milano, 1997, p. 154.

[100] *Tratado,* cit., p. 206.

[101] Sobre el punto: GAMARRA, *op. cit*., t. XI, p. 135 ss. LARRAÑAGA, *op. cit.*, pp. 149-158. RODRÍGUEZ RUSSO, *Contornos*, cit., p. 235 ss.

[102] GAMARRA, *ul. cit*., p. 135 ss. LARRAÑAGA, *op. cit*., pp. 149-158. RODRÍGUEZ RUSSO, *Contornos*, cit., pp. 247-248.

[103] Cfme. G. SOZZO, *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pp. 1 y 2.

de la buena fe objetiva en la fase precontractual tienden a la tutela del interés de la parte tratante: que la representación preventiva del contenido del futuro contrato sea, en lo posible, la que más corresponda a la realidad. En el microsistema de consumo la contractualización de tales deberes está dirigida a la protección de la parte débil y a garantizar el acceso al contrato y a los bienes [104], caracterizándose por la reducción temporal del período precontractual y la tutela basada en el incumplimiento: actuativa (remedios de ejecución forzada), ablativa (remedios resolutorios) y resarcitoria (remedios monetarios). Disponen los artículo 14 y 32 de la Ley uruguaya de Relaciones de Consumo N° 17.250, de agosto de 2000, que la información integra el contrato y que la infracción del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del negocio. La preocupación fundamental de la Ley, dice GAMARRA [105], es nivelar la desigualdad informativa, siendo el consentimiento informado del consumidor uno de los pilares fundamentales del Derecho de Consumo. La información es considerada como un "derecho básico del consumidor" (art. 6, lit. D) y otras normas (artículos 12, 15, 17 y 20) se encargan de precisar qué es lo que deber ser informado. Para el tratadista compatriota hay un cambio trascendente, puesto que si bien estos deberes de comportarse de buena fe y de informar ya existían, "ahora son calificados como *obligaciones precontractuales*", con la importante consecuencia en el plano remedial que acaba de mencionarse". Pero no toda información integra el contrato, sino solo aquella que la Ley le impone al proveedor en esas disposiciones concretas, cuyo incumplimiento confiere al consumidor el derecho a optar por la reparación, la resolución o el cumplimiento del contrato con daños y perjuicios, configurando la violación de este deber de informar una hipótesis de responsabilidad contractual, que tiene según GAMARRA la misma relevancia que el incumplimiento de obligaciones sinalagmáticas en un contrato bilateral. La ausencia de tratativas explica la extensión de los tradicionales deberes de información, por lo que el contrato pasa a ser un instrumento de información para el consumidor, con la doble función de tutelar a la parte débil y promover la competencia en el mercado, al eliminar factores distorsivos, como la deficiencia en el circuito informativo y las asimetrías que genera [106].

En la doctrina nacional LARRAÑAGA [107] ha examinado el tema de los daños resarcibles en forma exhaustiva, destacando que el daño al interés positivo o de cumplimiento presupone la validez y eficacia del contrato, siendo la privación de la utilidad que el acreedor hubiere obtenido si el deudor hubiera cumplido, mientras que el interés es negativo porque se le niega al sujeto la posibilidad de concluir el contrato, por lo que ambos tipos de daños se contraponen: uno da cuenta de un contrato frustrado que no se ha formado, en el que el sujeto que infringe el deber de buena fe en las tratativas debe indemnizar el daño derivado del fracaso negocial, en tanto en

[104] SOZZO, *Antes del contrato*, cit., pp. 458-474, refiere a un paradigma contractual sectorizado.

[105] J. GAMARRA, *Tratado*, cit., t. XXVI, Fcu, Montevideo, 2009, pp. 42-43.

[106] GAMARRA, *op. cit*., t. XI, pp. 127, 128 y 130.

[107] *op. cit.*, pp. 149-150.

el otro se responde por la totalidad de los daños generados por el incumplimiento de una obligación en un contrato ya formado. Para el doctrinario compatriota "*conforme a la doctrina moderna, ya no resultan aplicables los conceptos de daño al interés negativo (o de confianza) y daño al interés positivo (o de cumplimiento). Tales límites fueron superados. Lo relevante –y entiendo compartible– es que se cometió un hecho ilícito (incumplimiento de una obligación preexistente de actuar de buena fe, para los contractualistas; inobservancia del deber de actuar de buena fe, para los extracontractualistas) y, por consiguiente, se debe reparar el daño en forma íntegra y total. Para lograrlo, resultarán enteramente aplicables, de acuerdo al régimen general de la responsabilidad civil, el art. 1346 C. Civil (tesis contractualista) o el art. 1323 del mismo cuerpo normativo en su caso (tesis extracontractualista). En ambos casos el único límite para el resarcimiento estará dado por la causalidad adecuada (salvo la existencia de dolo)*" [108].

Sucede, como lo pone de relieve GAMARRA [109], que la idea de un interés negativo proviene del famoso estudio de Ihering: como en el caso de contrato nulo no surge ningún deber de cumplimiento, hay que colocar al dañado en la misma situación en que se encontraría de no haber celebrado un contrato nulo. Ese interés es negativo porque es el interés en no concluir el contrato. De esa manera en la doctrina jheringhiana el interés positivo presupone la validez y el negativo la nulidad del contrato. Añade el Maestro que la primera observación crítica al interés negativo es la insuficiencia de una noción que era explicable en sus orígenes, en una época en que la responsabilidad precontractual quedaba reducida a dos especies (abandono de las tratativas y contrato nulo), siendo por otra parte una mera fórmula descriptiva. El argumento central para GAMARRA está en las limitaciones que impone el interés negativo al derecho al resarcimiento total, porque es el que corresponde a la lesión a la libertad negocial, que constituye el bien jurídico lesionado en la responsabilidad precontractual. Y "*puesto que no existen normas que limiten la reparación del daño, no está justificado ninguna limitación*" [110].

En su magnífica obra expresan DE CORES– GAMARRA– VENTURINI [111] que la cuestión que ha impulsado el debate doctrinario en Uruguay está vinculado al cambio de consideración en torno al daño resarcible, que en un principio lo fue únicamente el denominado daño negativo, pero que actualmente alcanza también al positivo, como si el contrato se hubiera perfeccionado y luego incumplido, reparando todas las consecuencias de tal ilicitud en su integridad. Para los doctrinarios compatriotas, más allá de la finalidad de reprimir una conducta reprochable en la fase de las tratativas, el resarcimiento del daño al interés positivo "*supondría una confusión inaceptable entre la situación previa a la celebración del contrato y aquella posterior a su perfeccionamiento, desdibujando totalmente el momento central que separa el área de la libertad del espacio relativo a la obligación*", por cuanto el sujeto quedaría colocado en la misma situa-

[108] LARRAÑAGA, *op. cit.*, p. 153.

[109] *ul. cit.*, p. 135.

[110] *op. cit.*, t. XI, p. 137.

[111] *Tratado*, cit., pp. 206 y 207.

ción que si el contrato se hubiera celebrado, desdibujándose el momento de perfeccionamiento de dicho negocio, que en el área de los contratos discrecionales debe seguir el mojón que separa el ámbito de la libertad del de la obligación. Partiendo, pues, de la distinción entre contratos paritarios y contratos de consumo, los citados civilistas señalan que en los primeros "*no corresponde la apertura en pos de un mayor resarcibilidad de los daños, llegando a la admisión de la resarcibilidad del daño al interés positivo*", mientras que en las relaciones de consumo procede la solución contraria, "*donde la cuestión formal del perfeccionamiento del contrato no es vista por el legislador como un hito fundamental*", en las que además el consumidor es tutelado con igual intensidad en la etapa de la información precontractual, la publicidad y las tratativas, que en la etapa contractual, por lo que no habría inconvenientes en reconocerle a esta responsabilidad naturaleza contractual, sin perjuicio de que la ley prescinde de la *summa divisio* en contractual y extracontractual.

En esta dirección ha dicho CUFFARO [112] que una vez abandonada la angosta perspectiva de la ruptura de las tratativas y puesto en consideración el contenido efectivo de la norma de conducta, a la que se conectan deberes específicos de comportamiento, no se justifica en el plano lógico limitación alguna al daño resarcible, e inclusive, a la posibilidad de su reparación en forma específica cuando las circunstancias lo permitan.

A nuestro juicio, si la responsabilidad precontractual tiene naturaleza extracontractual, esta clasificación de los daños resarcibles resulta inoperante y equívoca, pues en tal caso lo relevante es que se repare el daño causado por el comportamiento violatorio de los deberes dimanantes de la buena fe en la etapa precontractual, con total prescindencia que el contrato finalmente no llegue a celebrarse, fuere nulo o se forme válidamente. En ningún caso puede equipararse el quebrantamiento de estos deberes con el incumplimiento obligacional, donde el daño está representado por la utilidad económica prometida por el deudor que no recibe el acreedor. El daño precontractual no puede entonces ser idéntico en su dimensión al daño derivado del incumplimiento del deudor, dada la diversidad del ilícito y del interés lesionado.

En definitiva, la contraparte del contratante que incurrió en error tendrá derecho a la reparación de todo el daño causado por la extinción del contrato, sin más limitaciones que las comportadas por la relación de causalidad [113].

6. – A modo de breves conclusiones podemos señalar que la responsabilidad civil precontractual en el sistema civil uruguayo no tiene autonomía normativa, pues acorde a la propia época en que fue sancionado el Código Civil no ha sido prevista ni disciplinada como tal, más allá

---

[112] *Responsabilità*, cit., p. 1274.

[113] En el caso de responsabilidad contractual la causalidad es un *prius* respecto a la previsibilidad. Como destaca L. BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 cod. Civ.,* en *Riv. dir. comm*., 2, 1954, pp. 365 y 37, el criterio de la previsibilidad (de orden subjetivo) viene aplicado en un segundo momento y *restringe* ulteriormente el ámbito del resarcimiento.

de puntuales normas que regulan el fenómeno del daño causado en el período precontractual y que sirven de base para la construcción de la categoría.

El problema central que presenta este tipo de responsabilidad es su naturaleza jurídica, dado que en nuestro Código Civil existen dos regímenes para la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) con importantes diferencias en algunos aspectos fundamentales.

La tendencia ampliamente mayoritaria en la doctrina nacional y comparada, así como en la jurisprudencia uruguaya, es a la atribución de naturaleza *contractual*, sobre la base argumental del incumplimiento de la *obligación* de actuar de buena fe o de *obligaciones* emergentes de la misma.

No obstante, pensamos que la argumentación en que se sustenta dicha tesis es pasible de ser controvertida en un doble plano. Por un lado, porque el deber de actuar de buena fe carece de las notas tipificantes de la obligación, como los son la patrimonialidad, la coercibilidad y el derecho de pretensión del sujeto activo de la relación jurídica. Por otro, porque es insusceptible de convertirse en una fuente autónoma de obligaciones, ya que en el sistema civil uruguayo, donde impera la atipicidad del ilícito extracontractual (art. 1319), el sistema de fuentes de las relaciones obligacionales tiene un neto carácter taxativo.

La solución de la responsabilidad extracontractual es la que mejor protege a la víctima en cuanto a la obtención de la reparación integral, dado que en la contractual el daño resarcible padece el límite subjetivo de la previsibilidad (art. 1346 del Código Civil uruguayo).

La progresiva ampliación del concepto de *obligación* para incluir a cualquier tipo de *deber* termina por eliminar las fronteras entre ambas categorías, reduciendo el campo de la responsabilidad aquiliana a la causación de daños fuera del marco de una relación cualquiera entre los sujetos (como la de contacto social), cuando en rigor en el sistema civil uruguayo ha sido prevista como un principio general que se articula en función de la atipicidad del ilícito, siendo el *alterum non laedere* la regla primaria de comportamiento.

Estos problemas en torno a la naturaleza del instituto se atenúan en los sistemas que han unificado la disciplina de la responsabilidad civil, como sucede en las modernas legislaciones en el Derecho Comparado.

Las transformaciones verificadas en los últimos años en esta materia ponen de manifiesto que la responsabilidad civil se encuentra siempre en un proceso de permanente cambio y redefinición, constituyendo una figura omnipresente en las más diversas disciplinas.

Pensamos que en una futura reforma de nuestro Código Civil debería unificarse el régimen de la responsabilidad civil y regularse además el período precontractual, con reglas que establezcan deberes precisos y conjuguen en la etapa de las tratativas el principio de libertad con el de responsabilidad.

Anteriormente [114] nos hemos pronunciado por la necesidad de reforma de nuestro Código,

[114] J. RODRÍGUEZ RUSSO, *Codice Civile e dispersione legislativa. Alcune considerazioni intorno alla situazione nel Diritto Civile uruguaiano*, en *Rass. dir. civ.,* N° 3, 2014, pp. 883-885.

señalando que sin llegar a la elaboración de uno nuevo que sustituya completamente al vigente Código de 1867, es posible transitar por la modernización de algunos sectores del Derecho patrimonial (Prescripción, Teoría General de las Obligaciones, Responsabilidad Civil, Teoría General del Contrato) tal como ha sucedido en otros sistemas jurídicos.

El desafío de una reforma de nuestro Código, que responda a determinados paradigmas, que refleje ciertos principios y valores, comporta una difícil y compleja tarea, que demanda con carácter previo la resolución de cuestiones tales como la conveniencia de la unificación del Derecho Privado y la oportunidad de incorporar al Código normas sobre los consumidores, como ha sucedido, por ejemplo, con la reforma del Derecho alemán de Obligaciones, vigente desde 1° de enero de 2002 (*Gesetz sur Modernisierung des Schuldrechts,* de 26 de noviembre de 2001), que ha permitido modernizar un Código con más de un siglo de vigencia.

La inserción en el Código de las normas de sector permitiría reducir la inevitable fractura entre Parte General del contrato y nuevos complejos normativos; como ha dicho en Italia PATTI, "*occorre cercare di ricondurre ad unità, superare un diritto dei contratti* «*settorizzato*» (...) *e soprattutto porre rimedio ad una evoluzione che ha causato un diritto* «*introvabile*»" [115].

[115] S. PATTI, *Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*, en *Riv. trim dir. proc. civ.*, vol. 62, Nº 3, p. 744.

Cassazione civile, Sezione VI, 28 settembre 2016, n. 19061 (ord.)

"Qualora in un contratto fra professionista e consumatore venga pattuita una **clausola di individuazione di una competenza convenzionale esclusiva sulle controversie** *originanti dal contratto in luogo diverso da quello del foro del consumatore e, quindi, da presumersi vessatoria ai sensi della* ***lettera*** **u) dell'art. 33, comma 2, del** d.lgs. n. 206 del 2005 *e, conseguentemente, nulla ai sensi dell'***art. 36 dello stesso d.lgs.***, in mancanza di esito positivo dell'accertamento della non vessatorietà ai sensi dell'art.* **34 del medesimo d.lgs***., ove il professionista convenga in giudizio il consumatore davanti al foro a lui riferibile, nel convincimento (espresso o implicito) della vessatorietà della clausola, compete al consumatore che eccepisca l'esistenza della clausola convenzionale dare la dimostrazione che essa non era vessatoria e, quindi, provare la ricorrenza di alcuno degli elementi contrari alla vessatorietà indicati dal citato art. 34, come quello indicato dal suo comma 4. In mancanza la causa deve ritenersi correttamente radicata dal professionista presso il foro del consumatore convenuto."*

JUS CIVILE

VINCENZA CINZIA MECCOLA

Dottore di ricerca

CLAUSOLA DI DEROGA AL FORO DEL CONSUMATORE ED ONERE DELLA PROVA DELLA TRATTATIVA INDIVIDUALE

SOMMARIO: *1. Il fatto. – 2. La questione della nullità della clausola di deroga al foro del consumatore. – 3. Il modo di operare della nullità e l'onere della prova della trattativa individuale. – 4. Considerazioni conclusive.*

1. – La Banca Italease S.p.a proponeva istanza di regolamento di competenza avverso la sentenza del 22 gennaio 2015, in forza della quale il Tribunale di Velletri – investito da tre consumatori dell'opposizione a decreto ingiuntivo pronunciato ai loro danni a favore della stessa banca ricorrente per il pagamento di una somma di denaro in forza di contratto di locazione finanziaria – si era ritenuto incompetente a conoscere della controversia, revocando, conseguentemente, il decreto ingiuntivo opposto ed ordinando la cancellazione dell'ipoteca iscritta sulla base del predetto decreto ingiuntivo.

Nel caso di specie, il Tribunale di Velletri aveva accolto l'eccezione di incompetenza territoriale formulata dagli odierni opponenti sulla scorta della clausola contenuta nel contratto di locazione finanziaria in forza della quale le parti, derogando ai principi sul foro del consumatore contenuti nel Codice del consumo, avevano designato, quale giudice competente a conoscere, in via convenzionale, delle controversie nascenti dalla esecuzione del rapporto contrattuale, il Tribunale di Firenze.

A sostegno del ricorso, la banca ricorrente denunziava, dunque, la illegittimità della sentenza impugnata deducendo che il Tribunale di Velletri non aveva considerato la circostanza che il consumatore è legittimato a decidere liberamente di non rilevare la nullità della clausola derogativa della competenza e, conseguentemente, di non avvalersi delle disposizioni contemplate nel Codice del Consumo, esclusivamente nella ipotesi in cui sia lo stesso consumatore a dare impulso al processo, ma non nella ipotesi, come quella in esame, in cui il medesimo consumatore rivesta lo status di convenuto in senso sostanziale. Stante la invalidità, ai sensi del D.Leg.vo 206/2005, della clausola contrattuale sulla competenza territoriale, la banca ricorrente aveva correttamente adito il giudice di residenza del consumatore,quale foro esclusivo ex art. 33 Cod. cons.

La Suprema Corte osservava che, nel caso de quo, il giudizio veniva promosso dalla Italease e, nella fase monitoria di opposizione a decreto ingiuntivo, i consumatori avevano assunto la posizione di attori in senso formale e di convenuti in senso sostanziale, rivestendo, dunque il

ruolo di opponenti a decreto ingiuntivo, e non di attori. All'uopo, la Suprema Corte evidenziava che i consumatori, atteso il loro status, non potevano semplicemente limitarsi ad eccepire la incompetenza territoriale del Tribunale di Velletri ma avrebbero dovuto provare che la clausola contrattuale che fissa la competenza in un luogo diverso rispetto al foro del consumatore non era nulla perché oggetto di specifica trattativa tra le parti.

Nel caso di specie, avendo i consumatori omesso di fornire tale prova, correttamente la Banca Italease aveva proposto domanda monitoria dinanzi al giudice di Velletri, ricorrendo, opportunamente, al foro del consumatore atteso che, agendo diversamente, si sarebbe esposta al rischio non solo della eccezione di controparte ma anche al rilievo di ufficio della nullità.

Rebus sic stantibus, la Suprema Corte enunciava il principio secondo cui, nella ipotesi in cui un professionista, come nel caso che ci occupa, nel presupposto che la clausola derogatoria della competenza sia nulla, agisca chiamando in giudizio il consumatore presso il foro indicato ex art. 33 lett. U) Cod. cons., spetti al consumatore che, ex adverso, ritenga pienamente valida ed efficace la clausola e voglia confutarne la presunzione di vessatorietà "quale elemento costitutivo dell'eccezione di incompetenza, di dedurre e dimostrare che vi era stata la trattativa e che, pertanto, non essendo la clausola vessatoria, l'accordo derogatorio era stato legittimo".

La Suprema Corte concludeva, dunque, per la dichiarazione di competenza del Tribunale di Velletri, fissando il termine per la riassunzione del giudizio.

2. – L'ordinanza in commento affronta e risolve la questione relativa alla individuazione dei presupposti per la derogabilità del foro del consumatore .

L'art. 33, comma 2, del D.Lgs. n. 206/2005, stabilisce che si presumono vessatorie una serie di clausole, fra cui, ai sensi della sua lettera u), quella che stabilisce come foro della controversia un luogo diverso da quello di residenza o domicilio elettivo del consumatore, precisando, altresì, che la presunzione opera fino a prova contraria**.**

La dottrina ha focalizzato l'attenzione sulla portata del requisito della esclusività del foro del consumatore attestandosi su due orientamenti prevalenti. Secondo un primo e più risalente indirizzo [1], la citata disposizione non avrebbe introdotto un foro esclusivo inderogabile del consumatore, atteso che essa si limita a prevedere un criterio di valutazione del regolamento negoziale in termini di squilibrio di diritti e doveri in capo al consumatore che è parte di un regolamento negoziale e non contempla alcuna regola sulla competenza. Con una duplice conseguenza: che

[1] SENIGAGLIA*, Il foro competente per le controversie derivanti da contratti di consumo*, in *Contratti,* 2002, I, 8. FUSARI, *Il foro esclusivo del consumatore nella disciplina delle clausole abusive,* in *I Contratti,* 2005, 241; CRISOSTOMO, *Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: l'esordio di una disciplina*, in *Foro it.,* 1995, I, 2304 G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV bis (titolo II, Libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 425; DE NOVA**,** *Le clausole vessatorie e contratti turistici,* in *I contrati,* 1997, 27; TOMMASEO, *Art. 1469* bis, *3° comma, n. 19*, in ALPA-PATTI, (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, I, Milano, 1997, 449

la dichiarazione di vessatorietà della clausola di competenza avrebbe come effetto quello di far rivivere la disciplina prevista dalle ordinarie regole processuali e che esse troverebbero applicazione ogni qualvolta il regolamento contrattuale non preveda alcuna clausola sulla competenza territoriale, applicandosi dunque, in materia di obbligazioni, due fori facoltativi: il forum contractus ed il forum destinatae solutionis. [2]

Già agli inizi del nuovo secolo, un diverso orientamento giurisprudenziale [3], in linea con un diffusa opinione dottrinaria [4], proponeva una diversa interpretazione ispirata a ragioni di massima tutela per il contraente debole, in virtù della quale sarebbe consentito al consumatore di incardinare la causa ovvero di difendersi nel foro più vicino a quello di sua abituale residenza o di domicilio elettivo. Infatti, non vi è chi non veda che affrontare un giudizio in un foro diverso e in molti casi assai distante da quello del proprio domicilio implichi un aggravio di costi che, specie per le liti di più modesto valore, finisce per avere un effetto dissuasivo dalla tutela in giudizio dei propri diritti. [5]

Dopo una serie di pronunce discordanti, la giurisprudenza di legittimità [6] ha pacificamente

---

[2] In tal senso Cass. civ., 24 luglio 2001, n. 10086, in *www.dirittocivile.it* la quale osserva come l'operatività delle norme generali di cui agli artt. 18,19 e 20 c.p.c. verrebbero in rilievo come disciplina residuale in caso di dichiarazione di nullità delle clausole sulla competenza o come elementi sananti la presunta vessatorietà della clausola in quanto emergerebbe quanto disposto dall'art. 34, comma III sulla salvezza delle disposizioni che riproducano norme di legge.

[3] Cass. civ., 28 agosto 2001, n. 11282, in *Foro it*. 2001, I, 3587.

[4] VACCARELLA*, Il problema del foro competente nei contratti tra "professionista" e "consumatore*", in *Doc. gius*., 1996, 1710; LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, in *Riv. dir. proc.,* 1998, 715-716; DOLMOTTO, *Un nuovo foro esclusivo per il consumatore?,* in *Giur. it.*, 1997, IV, 161.

[5]Corte giust. CE, 27.6.2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98. Va ricordato, sul piano della legislazione europea, il reg. CE n. 44/2001 il quale, in deroga al principio generale per cui la competenza è quella del giudice dove il convenuto è domiciliato (art. 2, comma 1o), prevede che il consumatore possa agire davanti ai giudici dello Stato in cui è domiciliato (art. 16): tale competenza speciale con l'indicazione di fori alternativi e facoltativi a scelta dell'attore ha la funzione di consentire al soggetto più debole di incardinare la causa nel luogo più collegato alle sue condizioni di vita (ed evitargli costose trasferte: obiettivo riconducibile all'art. 65 del Trattato, in particolare, lett. c), rivolto all'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili).

[6] Cass. civ., 1 ottobre 2003, n. 14669, in *Foro it.,* 2003, I, 3298, con nota di A. PALMIERI, *In fuga dal codice di rito: i contratti del consumatore conquistano il foro esclusivo (ma derogabile in assenza di squilibrio)*; la quale stabilisce che la disposizione dettata dall'art. 1469 bis comma 3 n. 19 c.c. si interpreta nel senso che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, ha stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, presumendo vessatoria la clausola che prevede una diversa località come sede del foro competente, ancorché coincidente con uno di quelli individuabili sulla base del funzionamento dei vari criteri di collegamento stabiliti dal codice di procedura civile per le controversie nascenti dal contratto (principio espresso in relazione a controversia nascente dal recesso del consumatore da un contratto preliminare di acquisto di una quota di multiproprietà, stipulato in epoca anteriore all'entrata in vigore della l. n. 52 del 1996); nello stesso senso Cass. civ., 26 settembre 2008, n. 24262, in *www.dirittoeimpresa.com*; Cass. civ., 26 aprile 2010, n. 9922, in *Foro it.*, 2008, 3528,, la quale, nel precisare che la trattativa deve avere i requisiti di serietà, effettività ed individualità, osserva che, in ogni caso, non consente di superare la presunzione di vessatorietà della clausola derogatoria del foro del consumatore, il fatto che la competenza territoriale sia stata fissata in una località coincidente con l'applicazione di uno dei criteri ordinari delineati dal codice di procedura civile; Cass. civ., 30 marzo 2015, n. 6333 in *www.ilsole24ore.com*; Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8980, in *wwwaltalex.it*; Cass. civ., 20 agosto 2004, n. 16336, in *I contratti,* 2005, 24*;* Cass. civ., 26 settembre 2008, n. 24257, in *Foro it.,* 2008, 1111; Cass. civ., 23 febbraio 2007, n.

chiarito che nelle controversie tra consumatore e professionista, ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. u), del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (e già dell'art. 1469 bis, terzo comma, cod. civ.) la competenza territoriale esclusiva spetta al giudice del luogo in cui il consumatore ha la residenza od il domicilio elettivo e si presume vessatoria la clausola che stabilisca come sede del foro competente una località diversa. È stato infatti osservato che l'esclusività del criterio di competenza territoriale del giudice sembra allinearsi all'intento legislativo di fissare il foro delle controversie del consumatore nel luogo di residenza o domicilio elettivo del consumatore stesso, sicché si è concluso che se è vessatoria la clausola di deroga di competenza territoriale del giudice in luogo diverso da quello di domicilio o residenza del consumatore, allora il foro competente non può essere stabilito in nessun altro luogo che sia diverso da quello in cui il consumatore ha sede. La Suprema Corte [7] – assumendo un atteggiamento piuttosto intransigente e rigoroso, improntato alla massima protezione del consumatore in corso di causa – puntualizza finanche che, in ogni caso, non consente di superare la presunzione di vessatorietà della clausola derogatoria del foro del consumatore la circostanza che la competenza territoriale sia stata fissata in una località coincidente con quella desumibile dall'applicazione di uno dei criteri ordinari delineati dal codice di procedura civile. [8] Infatti, l'art. 34, comma 3, in forza del quale non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge, non può essere interpretato nel senso di vanificare in modo surrettizio la tutela del consumatore. Il criterio di competenza territoriale del giudice costituisce un criterio di competenza a carattere soggettivo poiché la sua determinazione avviene in relazione allo status del consumatore [9] sicché il cd. "foro del consumatore" è

4208, in *www.ambientediritto.it*; Cass. civ. 2 gennaio 2009, n. 20, in *Mass. Foro it.,* 2009, c.1193; Trib. Palermo, 20 febbraio 2004, in *Gius. civ.,* 2004, 2443; Trib. Firenze, 10 dicembre 2002, in *Foro toscano*, 2003, 180; Trib. Padova, 28 febbraio 2011, in *Il caso.it;* Giudice di Pace di Civitanova Marche, ordinanza del 9.05.2014; Trib. Ferrara, 28 luglio 2010, in *I contratti,* 6/20111, 584 e ss il quale stabilisce che qualora un contratto stipulato fra consumatore e professionista contenga una clausola che attribuisca una competenza esclusiva ad un determinato foro diverso da quella in cui il consumatore risiede al momento della proposizione della domanda, il giudice adito dal consumatore sarà tenuto a rilevarla propria incompetenza; Corte di Giustizia Europea, 6 settembre 2012 (C-190/11) in *www.dirittobancario.it*

[7] Cass. civ, 1 ottobre 2003, n. 14669, in *Gius. civ., Massimario*, 2003, 10 la quale correttamente osserva che se ritenessimo praticabile la via offerta dal III comma dell'art. 34 e ritenessimo di potere sanare con la riproduzione di norme di legge la vessatorietà della clausole, si giungerebbe a negare utilità alla stesa previsione speciale di cui all'art. 33, comma II, lettera u) Cod. cons., a vantaggio di una disposizione generica dettate in fatto di clausole cosidette "dichiarative"(art. 34, comma III); Cass. civ., 28 giugno 2005, n. 13890, in *Gius. civ., Massimario*, 2005, 6; Cass. civ., 1 ottobre 2007, n. 14669, in *www diritto civile.it;* Cass. civ., 26 aprile 2010,n. 9922, in *Diritto e Giustizia,* 2010, Cass. civ., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Diritto e Giustizia,* 2010; Cass. civ., 8 marzo 2005, n.5007, in *Foro italiano*, 10, 2739 ss; in tal senso anche Corte di Appello di Milano,12 dicembre 2007, in *www.cortecostituzionale. it*; Tribunale di Bologna, 9 ottobre 2007, n. 253, in *www.diritto.it*; la dottrina osserva come"L'applicazione dell'art. 20 c.p.c. è costantemente ammesso in caso di giudizi relativi al pagamento dei premi rimasti insoluti": in tal senso ALPA, *Le assicurazioni private*, Torino, 2016, 1122-1123.

[8] Cass. civ., 20 agosto 2004 n. 16336, in *Foro it.,* 2005, I, 185, con nota di PALMIERI; Cass. civ., 23 febbraio 2007, n. 4208*, in Foro it.*, 2007, I, c. 2439; in tal senso anche autorevole dottrina: LIPARI*, Il foro del consumatore la vaglio delle sezioni unite. Dimensione intertemporale e portata precettiva dell'art. 1469 bis. Comma 3, n. 19 c.c.,* in *Gius. civ.,* 2004, I, 2709

[9]MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 15^ edizione, Torino, 2003, 232.

configurato come un foro esclusivo e speciale, derogabile dalle parti solo con trattativa individuale, operante anche qualora i contraenti non abbiano stabilito nulla in merito al foro competente e sostitutivo dei criteri legali di collegamento previsti nel nostro codice di procedura civile. [10]

La presunzione di vessatorietà della clausola derogatoria può essere vinta solo ove si dimostri che essa sia frutto di trattativa individuale, prova che – come è noto –, ai sensi dell'art. 34 del Codice del consumo grava sul professionista. [11]

3. – La particolarità della fattispecie che ci occupa consiste nel fatto che, nel caso di specie, i ruoli sono per cosi dire "invertiti", nel senso che, secondo la Corte, al fine di vedere accolta la declaratoria di incompetenza, l'onere probatorio di dimostrare che la clausola derogatoria del foro del consumatore non sia nulla – perché oggetto di trattativa individuale – spetterebbe al consumatore e non al professionista.

Per effetto di tale singolare processo di inversione dei ruoli, al consumatore viene ad essere preclusa la facoltà di eccepire l'incompetenza in virtù della clausola pattizia implicitamente ritenuta invalida, nonostante il consumatore l'abbia espressamente invocata fondando su di essa la propria eccezione.

Tel ragionamento, come meglio si avrà modo di argomentare, si pone in contrasto con i principi desumibili dai più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità e della Corte di Giustizia circa i limiti del potere officioso del giudice laddove il consumatore, adottando un inequivocabile comportamento processuale, abbia dimostrato di non voler eccepire la nullità.

La nullità della clausola derogatoria della competenza (rectius secondo l'interpretazione prevalente del foro esclusivo) si configura, al pari di quella discendente dalla violazione delle altre clausole della c.d. lista grigia, come nullità di protezione, che può essere fatta valere solo dal consumatore e rilevata d'ufficio dal Giudice.

---

[10] Cass. civ. 24 novembre 2008, n. 27911 *cit.;* Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 377, *cit*.; Cass. civ. 6 settembre 2007, n. 18743*, cit*.; Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 385; Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8980, in *Mass Foro it*., 2005, 1043.

[11] Ex plurimis, Cass. civ., 6 settembre 2007, n. 18743, in *Foro it., Rep.,* 2007, voce "*contratto in genere*", n. 419; Cass. civ., 24 novembre 2008, n. 27911, in *www.altalex.it*; Cass. civ., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 271 ss.; Cass. civ., 23 febbraio 2007, n. 4208*, in www.ilcaso.it.* Non fa alcun riferimento alla necessità della sussistenza della prova contraria per superare la vessatorietà: Cass. civ., 11 gennaio 2007, n. 377, in *Foro it., Rep.* 2007, voce "contratto in genere", n. 421; Cass. civ., 5 agosto 2005, n. 16574, *ivi*, 2006, voce"*Competenza civile*", n. 67; Cass. civ., 13 giugno 2006, n. 13642, in *Gius. civ*., 2006, I, 2016; Cass. civ, 28 giugno 2005, n. 13890, in *Foro it., Rep*., 2005, n. 109; Cass. civ., 29 aprile 2005, n. 8990, *ibidem,* n. 110; Cass. civ., 18 novembre 2011, n. 24370, in *Massimario.it,* 4/2012 la quale stabilisce che in tema di tutela del consumatore, per escludere la competenza del "foro del consumatore" il professionista deve fornire la prova che la diversa competenza è stata negoziata in base a specifica trattativa e che non ne deriva uno squilibrio significativo delle reciproche posizioni contrattuali, secondo la direttiva posta dall'art. 33 comma 1 del D.Lgs. n. 206/2005; Cass. civ., 20 agosto 2010, n. 18785, in *AdC*, 2010, 188; Cass.civ., 21 maggio 2008, n. 13051, in *Resp. civ. e prev.,* 12, 2008, 2451; Cass. civ., 6 settembre 2007, n. 18743, in *Foro it*., 2008, IV, 1164.

Per lungo tempo ci si è interrogati circa la compatibilità tra legittimazione relativa e potere officioso del Giudice [12], in quanto le finalità sottese a tali previsioni, individuabili nella tutela del singolo nel primo caso e dell'interesse generale nel secondo, sarebbero diametralmente opposte [13] e si è all'uopo osservato che si correrebbe il rischio che il professionista, in un ipotetico giudizio, possa "sollecitare" la pronuncia di nullità di una clausola illegittima con il fine di sottrarsi all'obbligo di esecuzione della prestazione in danno del consumatore.

Da tempo, tuttavia, la migliore dottrina ha risolto tale apparente contrasto nel senso che il potere officioso del Giudice debba essere esercitato conformemente a quello che si presume essere l'interesse della parte debole [14]

In tale ipotesi, ove mai il giudice volesse disapplicare d'ufficio la clausola, attesa la sua vessatorietà, la declaratoria di nullità verrebbe inibita nella ipotesi in cui il consumatore dichiarasse di volersi comunque avvalere della stessa. [15]

Un recente orientamento della Suprema Corte [16] afferma l'importante principio secondo cui

---

[12] PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, 189 (in questo senso anche Cass. civ., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Giur. it.,* 1976, 815).

[13] VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione,* in *Contratto e impresa*, 2011, 1378.

[14] In tal senso, ex plurimis, ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di IUDICA e ZATTI, Milano, 2001, 845; MONTICELLI, *Limiti sostanziali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Giust. civ*., 2003, II, 303. Per la Giurisprudenza comunitaria cfr. Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 04.06.2009, C. 243/08, in *Contratti,* 2009, con nota di MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*; per quella di merito, cfr. Trib. Terni, 22.01.2007, in *Giur. it*., 2007, 2746; per quella di legittimità cfr. Cass. civ., 04.09.2012, n. 14828, *cit*.; Cass., 21.03.2014, n. 6784, in *Contratti*, 2014, 1141, con nota di OGGIANO, *Le clausole vessatorie tra rilevabilità d'ufficio e legittimazione relativa*; Cass. civ., 12.12.2014, n. 26243, *cit*., ove espressamente si nega che possa essere il predisponente a sollecitare i poteri officiosi del Giudice.

[15] In questa ipotesi è stato notato come il consumatore diventi arbitro della sorte del foro competente potendo discrezionalmente chieder al giudice di dichiarare la nullità della clausola o, ex adverso, di aderire – precludendo al giudice la possibilità di disapplicarla– al foro indicato nella predetta clausola. In tal senso MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. proc. civ*., 202, 689. La giurisprudenza di merito ha chiarito che, nella ipotesi in cui un contratto soggetto agli art. 1469 bis e ss. c.c., contenga una clausola che preveda che per tutte le controversie da esso scaturenti la competenza esclusiva sia attribuita ad un dato foro, differente rispetto a quello di residenza del consumatore, è tenuto a dichiarare la propria incompetenza il giudice adito dal consumatore che convenga il professionista dinanzi al foro convenzionale: in tal senso Tribunale di Ferrara, 28 luglio 2010, in *I contratti* 6/2011, 584 ss. con nota di BENINI, *Consumatore attore e competenza territoriale del giudice.*; cfr. anche Cass. civ., 15.6.2002, n. 5420, in *Vita not*., 2002, I, 1532, secondo cui la legittimazione generale all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 c.c., in virtù della quale la nullità del negozio può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, non esime l'attore dal dimostrare la sussistenza di un proprio concreto interesse ad agire per cui l'azione stessa non è proponibile in mancanza della prova, da parte dell'attore, della necessità di ricorrere al giudice per evitare la lesione di un proprio diritto e un conseguente danno alla propria sfera giuridica.

[16]Cass. civ., 21 marzo 2014, n. 6784, in *I Contratti,* 12/2014, 1141 ss. IV, 489 la quale ha il merito di affermare la necessità di rilevare d'ufficio le clausole vessatorie inserite in un contratto anche in assenza di un'esplicita domanda del consumatore. La Corte di Cassazione, difatti, nelle precedenti pronunce (una su tutte Cass. civ., 4 settembre 2012, n. 14828 in *www.ilcaso.it)* aveva ribadito tale principio ma con riferimento alle c.d. nullità generali, in ottemperanza a quanto già statuisce l'art. 1421 c.c. Al riguardo, le Sezioni unite hanno affermato la rilevabilità d'ufficio delle nullità, richiamando anche una pronuncia della Corte di giustizia del 4 giugno 2009, causa 243/08, la quale ha stabilito che il giudice deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui consumatore vi si opponga. Inoltre, può essere richiamato anche il successivo arresto (Cass.

la nullità delle clausole vessatorie deve essere rilevata d'ufficio dal Giudice in ogni stato e grado del processo e, dunque, anche in assenza di un'esplicita domanda in tal senso formulata dal consumatore. Tale "obbligo" – nelle precedenti pronunce [17] – ribadito esclusivamente con riferimento alle c.d. nullità generali, in ottemperanza a quanto già statuisce l'art. 1421 c.c. – trova origine e conferma nella più recente ed unanime giurisprudenza della Corte di giustizia [18] e non è incompatibile con le aspettative della parte debole del rapporto – legittimata ad eccepire le nullità di protezione – la cui tutela diviene, invero, più incisiva: in tale ipotesi, si rimedierebbe al difetto strutturale dell'atto allorquando il giudice, comminando la sanzione della nullità [19], andrebbe a svolgere una funzione "riequilibratrice" degli interessi contrapposti dei contendenti. La novità delle pronunce della Corte di Giustizia consiste essenzialmente nell'attribuzione al giudice del potere-dovere di interpello, in forza del quale il magistrato ha l 'obbligo di evidenziare nel processo la quaestio nullitatis, invitando il consumatore a pronunziarsi in ordine ad essa, così da evitare il rischio di pronunce di nullità c.d. «a sorpresa» contro le quali vi era già stata un'esplicita presa di posizione della nostra Corte di legittimità [20].

---

civ., 12 luglio 2013, n. 17257, in *www.dirittobancario.it*) che ha applicato tale principio anche quando siano state proposte eccezione di nullità del contratto in primo grado, ritenendo ammissibile la proposizione di altre eccezioni che deducono ulteriori profili di nullità, rilevabile d'ufficio.

[17] Cass. civ., 4 settembre 2012, n. 14828, in *www.ilcaso.it*.

[18] CGCE, causa C-243/08 Pres. Lenaerts – Rel. De Lapuerta – Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gy˝orfi, in I Contratti, 12/2009, 1115, con nota di MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia,* in *I Contrati*, 12/2009, 1115 il quale osserva come la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori legittimano il giudice nazionale a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale. Il giudice adito ha dunque il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva sicché il ruolo così assegnato al giudice nazionale dal diritto comunitario nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta "l'obbligo" inderogabile di esaminare d'ufficio la questione; tuttavia nell'esecuzione di tale obbligo il giudice nazionale non deve disapplicare la clausola abusiva qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante; sul dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole vessatorie: CGCE, 26 ottobre 2006, causa C168/05, Mostaza Claro c. Centro Movi Milenium SL, in *Foro it.,* 2007, IV, 373; CGCE, 4 giugno 2009, causa 243/08, Pannon GSM Zrt c. Sustikné Györfi, in *Foro it.,* 2009, IV, 489. La Corte, dopo aver esplicitato il potere-dovere del Giudice di rilevare d'ufficio la nullità della clausola, afferma che «nell'esecuzione di tale obbligo il giudice nazionale non deve tuttavia, in forza della direttiva disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva»; CGCE, 6 ottobre 2009, causa C-40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira, in *Corr. giur.,* 2010, 170 le quali hanno specificato che «elemento decisivo per ottenere la compatibilità della rilevabilità d'ufficio con la relatività della legittimazione all'azione è quello secondo il quale il rilievo del giudice deve seguire "il vantaggio del consumatore" come prevede espressamente l'art. 36 c. cons.» Nello stesso senso ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 845; MONTICELLI, *Limiti sostanziali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali,* in *Giust. civ.,* 2003, II, 303; circa il potere-dovere del giudice di dichiarare la nullità della clausola abusiva e il suo fondamento cfr. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze JŐRÖS e ASBEEK BRUSSE,* in *Jus civile,* 2013, 7, 388 ss.

[19] RUSSO, *Nullità successiva di protezione da inadempimento? Spunti critici per una riconcettualizzazione dell'accordo contrattuale,* in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 808.

[20] Cass. civ., 21 novembre 2001, n.14637,in *Giust. civ*., 2002, I, 1611, con nota di LUISO*, Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria*», la quale pone l'accento sulla centralità del contraddittorio e sulla impossibilità da parte del giudice di giungere ad una decisione in assenza di un contraddittorio fra le parti atteso

Una strategia da adottare nella ipotesi in cui dagli atti processuali non emergano, in maniera inequivocabile, le intenzioni del contraente "debole " di conservare ovvero rimuovere la clausola vessatoria ed al fine di non determinare interventi suppletivi del giudice che potrebbero, paradossalmente, andare a discapito ovvero oltre la reale volontà della parte debole del rapporto, potrebbe essere quella di ricorrere all'art. 183, comma 4, c.p.c. secondo cui "nell'udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione". Conseguentemente, dopo aver sollecitato il contraddittorio sul punto, l'organo giudicante "dovrà astenersi dal rilevare d'ufficio la nullità del contratto qualora, dagli atti e dalle prove assunte in giudizio, detto rilievo non corrisponda agli obiettivi del consumatore, avendo egli manifestato l'intenzione di conservare il contratto o la sua singola clausola che, ancorché astrattamente lesivi, non gli recano in concreto alcun pregiudizio [21]"

Invero, dal momento che la nullità delle clausole vessatorie opererebbe solo a vantaggio del consumatore stesso, è inconfutabile come la prevalenza dell'interesse del consumatore legittimi il medesimo ad inibire il dovere /potere del giudice di fare valere tale nullità di protezione.

La Suprema Corte [22] è orientata ad accordare al consumatore la possibilità di derogare al proprio foro nella ipotesi in cui ritenga più vantaggioso non avvalersi del medesimo, ad esempio, perché i ricorrenti hanno domicilio in molteplici, diverse città e potrebbe risultare più vantaggioso concentrare le azioni in un unico foro, così da garantire non solo l'uniformità del giu-

---

che è posto a carico del giudicante un dovere di collaborazione ex art. 183 III comma c.p.c.; in tal senso cfr. anche Cass. civ., 5 agosto 2005, n. 16577, in Riv. dir. proc., n.2, 2006, con nota di RICCI, *La sentenza della "terza via" ed il contraddittorio,* 750-752; in senso diametralmente opposto, Cass. civ., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Riv. dir. proc*., n. 2, 2006, con nota di COMOGLIO, "*Terza via" e processo giusto,* 755 la quale stabilisce la validità di una sentenza che si è pronunciata su una questione d'ufficio non segnalata alle parti, sulla base dell'assenza di una previsione ex lege della nullità.

[21] VELTRI*, La rilevabilità d'ufficio della nullità: limiti e condizioni*, in I *Contratti,* 2013, 499.

[22]Cass. civ., 23 ottobre 2012, n. 1817, in *www.Altalex.it;* Cass. civ., 8 febbraio 2012, n. 1875, *Foro it.*, 2012, I, 1426 la quale osserva che il consumatore, qualora ritenga più vantaggioso non avvalersi del foro, al fine di assicurare al medesimo un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale ha "… *il diritto di derogare al foro del consumatore ed alla norma del Codice del Consumo";* Cass. civ., 23.10.2012, n. 18171, in *www.altalex.com*, la quale ribadisce che In caso di controversia tra professionista e consumatore, il consumatore può scegliere di proporre l'azione in un tribunale diverso da quello stabilito dall'art. 63 del Codice del Consumo (c.d. foro del consumatore). La Cassazione ha ribadito, dunque, un concetto già espresso in un'altra recente sentenza (Cass. civ., 16 aprile 2012, n. 5976, in *www.neldirito.i*t) secondo cui la scelta del giudice competente spetta in via esclusiva al consumatore, il quale *"*può adire un giudice diverso da quello del foro del consumatore ex art. 63 d.lgs. n. 296 del 2005, competente per territorio giusta uno dei criteri posti agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero d'ufficio, tale giudice possa dichiarare la propria incompetenza anche a svantaggio, e cioè in pregiudizio dell'interesse, del consumatore". Peraltro, in un'altra pronuncia (Cass. civ.,8 febbraio 2012 n. 1878, in *www.personaedanno.it*) la Corte di Cassazione ha stabilito che ove il consumatore ritenga più vantaggioso non avvalersi del foro del consumatore (ad esempio, come nel caso qui commentato, perché i ricorrenti avevano domicilio in molteplici, diverse città ed avevano considerato più vantaggioso concentrare le azioni in un unico foro, quale quello della sede della Società, "così da garantire non solo l'uniformità del giudicato, ma anche consentire un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale"*)* deve essere assicurato al medesimo *"*il diritto di derogare al foro del consumatore ed alla norma del Codice del Consumo".

dicato, attesa la molteplicità dei domicili, ma anche consentire un sensibile contenimento dei costi ed una maggiore celerità ed economia processuale.

Trattandosi di nullità di protezione che opera esclusivamente a vantaggio del consumatore e non a suo discapito, qualora il consumatore stesso lo ritenga opportuno, potrà liberamente scegliere un diverso foro, nel caso di specie a lui più conveniente, se coincidente con quelli di legge ovvero, come nel caso in esame, con quello convenzionalmente fissato. Dall'orientamento prospettato dalla Corte si evince, quindi, che la nullità di protezione incorpora un controllo di meritevolezza volto all'attuazione dei valori dell'equità, dell'equilibrio e della giustizia, con la conseguenza che il giudice può procedere legittimamente a rilevare d'ufficio la nullità esercitando un potere/dovere officioso azionabile negli stretti limiti previsti dalle norme processuali vigenti nei singoli ordinamenti.

Le condivisibili conclusioni cui giunge la Corte, più che da sottese ragioni processuali, sono in realtà dettate dalla necessità di armonizzare la prescrizione di cui all'art. 63 cod. cons., norma dettata con riferimento alle ipotesi di contratti a distanza ovvero negoziati fuori dai locali commerciali [23], ad un'interpretazione sistematica e funzionale dell'intero sistema speciale costituito dal Codice del Consumo: una interpretazione letterale, infatti, limiterebbe la tutela del consumatore, imponendogli di dover obbligatoriamente adire il giudice del luogo in cui risiede, precludendogli ogni diversa valutazione di carattere anche economico, con il paradossale effetto di operare in ipotesi anche a suo discapito [24]. In sostanza, s'impone al giudice un esercizio ragionato e non acritico del potere di rilevare ex officio la nullità del contratto, così a conformare il potere officioso in modo da non essere contrastante rispetto agli interessi del consumatore, essendo le nullità di protezione il principale mezzo tecnico di gestione e controllo del regolamento contrattuale [25].

Questa prospettiva si incentra, dunque, sull'analisi degli interessi particolari e di riflesso generali che la previsione di una nullità relativa di protezione è in grado di soddisfare, e ciò nel senso che «talvolta la migliore realizzazione di interessi fondamentali, quali sono nella interpretazione classica quelli tutelati dalla nullità, può essere affidata all'intervento di determinati soggetti che di quegli interessi sono nella fattispecie data gli occasionali depositari» [26].

Secondo questa prospettiva il giudice, in presenza di una nullità di protezione, non può rile-

---

[23] Relativamente ai quali la previsione del foro esclusivo è testuale e incontestabile.

[24] Cass. civ., 8 febbraio 2012, n. 1875, cit., la quale evidenzia anche come ciò risulta peraltro confermato dal fatto che anche al disposto di cui all'articolo 63 del Codice del Consumo si applica il principio per il quale l'incompetenza del giudice adito può essere fatta valere dalle parti o rilevata d'ufficio dal giudice solo entro la prima udienza di trattazione, pena il consolidamento della competenza territoriale del giudice adito.

[25] PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. merc.*, 2009, p. 26 ss.; MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 cc e le nullità contrattuali,* in *Studi in onore di Bianca*, III, Milano, 2006, 604; SCALISI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 98, richiamato da Mantovani, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, in *Obbl. e contr.,* 2010, p. 444 ss.

[26] TOMMASINI, *Voce "Nullità",* in *Enc. dir., XXVIII*, Milano-Roma, 1978, 896 ss.

vare tale forma di invalidità nella ipotesi in cui in cui il soggetto legittimato ad agire – nella fattispecie, il consumatore – abbia espressamente o tacitamente dichiarato di convalidare il contratto o la clausola nulla [27] e questo atteggiamento processuale risulti agli atti del giudizio e provato in corso di causa.

L'atteggiamento del consumatore assume, peraltro, una valenza squisitamente processuale e limitata a quello specifico processo, sicché rimane ferma la sua facoltà di eccepire quella medesima nullità in un differente giudizio. [28] La nullità di protezione è, piuttosto, una nullità che può semplicemente non essere eccepita dall'interessato per espressa scelta difensiva né rilevata d'ufficio se non a beneficio del contraente nei cui confronti è prevista, ma che rimane, in ogni caso tale, tanto da poter essere successivamente fatta valere in un diverso giudizio, considerata l'imprescrittibilità dell'azione, ovvero da essere oggetto di un'inibitoria [29]. L'opzione difensiva in questione, dunque, va interpretata come un mero accadimento che si attua tutto nel processo e resta nel processo, ambito nel quale esclusivamente si consumano i suoi effetti [30].

4. – Se, dunque, si adotta tale prospettiva interpretativa, conforme ai più recenti arresti della Corte di Giustizia, ed in linea con la migliore dottrina, appare quanto meno contraddittorio l'orientamento seguito dalla pronunzia in commento secondo cui il consumatore può rinunciare ad avvalersi del foro inderogabile fissato dall'art.33 del D.Lgs. n. 5 del 2006, ogniqualvolta agisca nella qualità di attore, ma non quando assuma la posizione di convenuto, dovendo in questo secondo caso, per vincere la presunzione di vessatorietà della clausola, essere egli stesso costretto a provare la trattativa individuale [31]

Se, infatti, la nullità di protezione è nella disponibilità del consumatore, corollario necessario vorrebbe che tale disponibilità sia garantita sia nella ipotesi in cui il consumatore rivesta il ruolo di attore, sia nella ipotesi in cui sia convenuto, essendo privo di giustificazione simile trattamen-

---

[27] D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione: variazione sulla nullità, cit.*, 743; BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, *cit.,* 899.

[28] GAZZARA*, Contratto di assicurazione e tutela dell'aderente*, in *Resp. civ. e prev.,* n. 2, 2011, 479.

[29] MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia,* in *I Contratti*, 2009, 1119; NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.,* 2009, p. 201 ss.

[30] D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817 co. 2 e 829 n. 1 c.p.c.,* in *Riv. arb.,* 2006, p. 693 ss.

[31] Nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, l'iniziativa giudiziaria è stata assunta dalla Banca attrice attraverso il procedimento per decreto ingiuntivo con la conseguenza che i consumatori hanno assunto la posizione di attori in senso formale e di convenuti in senso sostanziale a seguito della proposizione della opposizione a decreto ingiuntivo. I consumatori-resistenti non potevano eccepire la incompetenza territoriale del Giudice adito da parte attrice,essendosi limitati a dichiarare di volere rinunciare ad avvalersi del foro del consumatore, ma avrebbero dovuto fondare tale eccezione fornendo la prova che la clausola contrattuale che individuava la competenza del giudice in un luogo diverso rispetto al foro del consumatore non era inficiata da nullità poiché validamente sottoscritta, attraverso una specifica trattativa privata

to deteriore ai danni del consumatore convenuto in giudizio, cosicché ove, come nel caso in commento, egli dimostri – con un inequivoco comportamento processuale – di non volersi avvalere della nullità della clausola (invocandola addirittura a fondamento della proposta eccezione di incompetenza) essa non potrà dichiararsi ovvero darsi per presupposta in violazione di una chiara manifestazione di volontà espressa dal consumatore stesso [32].

È verosimile immaginare che, nel caso di specie, i Giudici si siano "immedesimati" nella posizione della società creditrice la quale, ove avesse scelto di adire il foro convenzionalmente stabilito, si sarebbe esposta all'eccezione di incompetenza dei convenuti ed al rilievo officioso del Giudicante. [33]

Tale prospettiva trascura tuttavia di considerare che la clausola derogatoria della competenza è certamente predisposta unilateralmente dal professionista il quale ben avrebbe potuto evitare di trovarsi in tale scomoda posizione, semplicemente limitandosi a strutturarla in armonia con i principi e le regole dettate dal Codice del consumo.

---

[32] Cass, 8 febbraio 2012, n. 5933, in *Corriere giur*., 11/2012 secondo cui "Con riferimento alla clausola di cui all'art. 33, comma 2, lett. u) è allora pienamente applicabile la norma del detto comma 3, con la conseguenza che la nullità della clausola non è rilevante se l'iniziativa dell'azione giudiziale è presa dal consumatore, che si fa attore in giudizio e non si avvale del foro a lui riferibile nella detta qualità, cioè del foro della sua residenza o domicilio elettivo (concetto su cui si veda Cass. (ord.) n. 10832 del 2011), e, quindi, in tal caso non potrà né essere rilevata dalla controparte (a cui vantaggio non opera) né d'ufficio dal giudice, mentre, se il consumatore è convenuto davanti ad un foro diverso da quello della sua residenza o del suo domicilio elettivo (sia esso stabilito con una clausola contrattuale oppure no), il potere di eccepire la violazione della regola della competenza correlata a detto foro è esercitabile non solo da lui, se costituito, ma anche d'ufficio dal giudice e se il consumatore non è costituito – come accaduto nella specie – d'ufficio dal giudice; Cass. civ., 3 aprile 2013, n. 8167, in *www.diritto.it*; Cass. civ., 25 marzo 2014, n. 13944, in *www.dirittobancario.it*

[33] Indicativo in tal senso è il passo della pronuncia secondo cui il creditore "diversamente opinando, si sarebbe esposto al rischio, non solo della eccezione della controparte (che, in questo diverso caso avrebbe potuto avere interesse ad avvalersi del foro del consumatore), ma anche del rilievo officioso del giudice (cui è rimessa la facoltà di rilevare la invalidità della clausola contrattuale in deroga al foro del consumatore che non rispetti tutte le prescrizioni di legge).

Cassazione civile, sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962

La domanda di adozione di una minore proposta dalla partner della madre biologica con questa stabilmente convivente non determina in astratto un conflitto di interessi tra il genitore biologico e il minore adottando, ma richiede che l'eventuale conflitto sia accertato in concreto dal giudice.

Per l'adozione in casi particolari ex art. 44, comma 1, lett. d), della l. n. 184 del 1983, si prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore ed è sufficiente l'impossibilità "di diritto" di procedere all'affidamento preadottivo del minore, potendo accedere a tale adozione persone singole e coppie di fatto, senza che l'esame dei requisiti e delle condizioni imposte dalla legge possa svolgersi, anche indirettamente, attribuendo rilievo all'orientamento sessuale del richiedente ed alla natura della relazione da questi stabilita con il proprio partner.

JUS CIVILE

MARINA MORETTI
Dottore in Giurisprudenza

DOMANDA DI ADOZIONE DI UNA MINORE PROPOSTA DALLA PARTNER DELLA MADRE BIOLOGICA *EX* ART. 44, COMMA 1, LETT. D), L. 184/1983

SOMMARIO: *1. Il caso. – 2. Le questioni giuridiche. – 3. Osservazioni. – 4. Conclusioni.*

1. – Due donne, legate da una stabile relazione sentimentale e di convivenza fin dal 2003, decidono di avere un figlio tramite il ricorso al procedimento di fecondazione assistita. Nasce una bambina che instaura un profondo legame affettivo con entrambe le donne, in un contesto familiare e sociale analogo a quello delle altre bambine della sua età.

La compagna della madre (c.d. genitore sociale), per formalizzare la relazione in essere, propone innanzi al Tribunale per i Minorenni di Roma, ai sensi dell'art. 44 lett. d) l. 184/1983, domanda di adozione della minore. Il Tribunale accoglie la domanda e dispone l'adozione da parte della compagna della madre biologica, decisione confermata in secondo grado dalla Corte d'Appello di Roma. Il Procuratore Generale della Repubblica, presso la Corte d'Appello di Roma, propone ricorso per Cassazione deducendo due motivi di censura: il potenziale conflitto di interessi tra la minore e la madre adottante e la mancata situazione d'abbandono.

La Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, dopo avere ricostruito il quadro normativo di riferimento, ha avallato l'interpretazione estensiva dei giudici di merito, ponendosi perfettamente in linea con la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [1].

2. – Nella sentenza in commento, la Suprema Corte ha sancito che una donna può adottare la figlia – nata a seguito di fecondazione assistita all'interno di un progetto genitoriale condiviso – della propria compagna, nelle forme dell'adozione in casi particolari qualora ciò risponda al preminente interesse della minore [2].

[1] Cassazione civile, sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

[2] N. DI LORENZO, *Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni famigliari*, in p. 2. L'a. afferma che «l'espressione in esame è stata formulata per la prima volta nella Dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1959. Nella versione inglese la Dichiarazione, all'art. 2, statuiva che "the best interests of the child shall be the paramount consideration", espressione che potrebbe essere tradotta nel senso che il superiore interesse del minore dovrebbe avere la considerazione decisiva. Tale formulazione venne presto abbandonata nel corso dei lavori preparatori per la redazione della Convenzione sui diritti del bambino

Il Tribunale per i Minorenni ha individuato nell'istituto dell'adozione in casi particolari, disciplinato dall'art. 44, L. 4 maggio 1983, n. 184 [3], lo strumento giuridico adeguato alla soluzione del caso. In particolare, è stata ritenuta configurabile l'ipotesi prevista dalla lett. d) della norma citata, che consente l'adozione quando vi sia la constatata impossibilità di affidamento preadottivo [4]. Ciò in aperto contrasto con quanto sostenuto dal Procuratore Generale, secondo il quale la lett. d) dell'art. 44 l. 184/1983 non poteva trovare applicazione in quanto mancava un presupposto fondamentale: la situazione di abbandono della minore.

Secondo i giudici di merito l'impossibilità di affidamento preadottivo non implica necessariamente uno stato di abbandono (c.d. impossibilità di fatto), ma ricorre anche nei casi di mera impossibilità di diritto, ovvero quando il minore non è in stato di abbandono ma è nel suo interesse provvedere al riconoscimento giuridico di rapporti di genitorialità più completi. Nella fattispecie in esame non vi era una situazione d'abbandono, ma un significativo rapporto affettivo meritevole di rilevanza giuridica per la piena realizzazione dei diritti fondamentali del bambino, da quello ad avere due genitori con pari responsabilità al diritto del riconoscimento della propria identità personale. Pertanto, l'adozione del figlio del partner non trova ostacoli alla sua applicazione, dovendosi assumere come unico parametro di riferimento l'interesse del minore.

Accogliendo la domanda di adozione presentata dal c.d. genitore sociale, il Tribunale per i Minorenni ha sancito, altresì, che la natura "omoaffettiva" del nucleo familiare non può limitare l'applicazione dell'art. 44 lett. d) l. 184/1983, ritenendo illegittima qualsiasi discriminazione basata sull'orientamento sessuale [5]. La Corte di Appello di Roma, nel confermare la sentenza

---

del 1979. Si ritenne più opportuno parlare di "a primary consideration": l'utilizzo dell'articolo indeterminato ("a" invece di "the") e il passaggio dall'aggettivo "paramount" all'aggettivo "primary" indica la necessità di un bilanciamento di interessi: la posizione del minore deve essere messa a sistema con le ulteriori posizioni in gioco». L'interesse superiore del minore è un principio universale declinato in tutte le Convenzioni emanate in ordine alla tutela dell'infanzia, tra cui la Convenzione Europea sull'Adozione dei Minorenni firmata a Strasburgo nel 2008, la quale prevede all'art. 7 che l'adozione sia permessa a due persone di sesso diverso o anche ad una sola persona, ma che gli Stati sono liberi di estendere lo scopo della stessa Convenzione anche a coppie dello stesso sesso con una relazione permanente.

[3] L. 4 maggio 1983, n. 184, *Diritto del minore ad una famiglia*. La riforma del 2001 ha cambiato la stessa intitolazione della legge (non più "Adozione", ma "Diritto del minore ad una famiglia"), prevedendo garanzie processuali più efficaci e sottolineando l'obbligo positivo degli enti locali di farsi carico delle situazioni di disagio familiare per rendere effettivo il diritto del minore alla propria famiglia. Sull'evoluzione dei modelli normativi in materia di adozione, v. L. LENTI, *Introduzione. Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, III, Filiazione a cura di G. Collura, L. Lenti, M. Mantovani, Milano 2002, p. 575 ss. Sull'evoluzione storica dell'assistenza ai minori, v. M. DOGLIOTTI, *Adozione di maggiorenni e minori*, in *Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. D. Busnelli, Milano 2002, p. 6 ss.

[4] Secondo G. FERRANDO, la possibilità di ricorrere all'adozione in casi particolari per constatata impossibilità di affidamento preadottivo potrebbe fornire una risposta all'«aspirazione delle coppie gay o lesbiche di crescere figli propri e dunque di stabilire legami giuridici con il figlio del partner…», in *Diritto di famiglia*, Zanichelli, 2013, p. 320). L'idea era inoltre emersa durante un convegno sull'omogenitorialità tenutosi a Pordenone nel gennaio 2014.

[5] L'articolo 21 della *Carta Dei Diritti dell'Unione Europea* al primo comma stabilisce che «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali».

emessa dal Tribunale per i Minorenni, ha evidenziato l'autonoma rilevanza del profondo rapporto interpersonale, affettivo ed educativo maturato fin dalla nascita tra la minore e la madre sociale, tale da giustificarne il riconoscimento giuridico.

La Procura Generale di Roma ha proposto ricorso per Cassazione deducendo l'omessa nomina del curatore speciale per la minore e l'erronea applicazione dell'art. 44 lett. d) l. 184/83, chiedendo, in via preliminare, che fossero le Sezioni Unite a pronunciarsi sul caso concreto, vista la questione di massima di particolare importanza. La Suprema Corte, nel rigettare il ricorso presentato dal Procuratore Generale e confermare l'adozione a favore della coppia di donne omosessuali, ha escluso la necessità di nominare un curatore speciale, *ex* art. 78 c.p.c., in quanto non vi è alcun conflitto di interesse tra la stessa minore e la madre biologica, la quale è chiamata ad esprimere il suo consenso all'adozione da parte della convivente.

Ciò premesso, la Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione ha affrontato, con una motivazione dettagliata, le diverse questioni sollevate dalla Procura Generale.

In primo luogo, il preminente interesse del minore può realizzarsi anche nell'ambito di un nucleo familiare costituito da una coppia del medesimo sesso. Nel 2012 la Corte di Cassazione aveva rigettato il ricorso di un padre proposto contro il provvedimento che riconosceva l'affidamento esclusivo della prole alla madre – convivente con altra donna –, perché non poteva integrare un danno il semplice fatto che il minore crescesse in una famiglia omosessuale [6].

In secondo luogo, i giudici di legittimità hanno sottolineato che la Corte Costituzionale ha riconosciuto nell'unione omosessuale, quale stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, una formazione sociale da tutelare [7]. Pertanto, il giudice è chiamato a valutare in concreto sia il superiore interesse del minore ad essere adottato sia l'adeguatezza degli adottanti. L'art. 44 lett. d) l. 184/1983 deve applicarsi anche alle coppie conviventi del medesimo sesso, atteso che un'interpretazione diversa, precisa il Collegio, sarebbe contraria alla *ratio legis*, agli artt. 2 e 3 Cost. (in quanto lesiva del principio di uguaglianza e della tutela dei diritti fondamentali), nonché dei principi sanciti dalla Convenzione Europea sui diritti umani e le libertà fondamentali [8].

S. GALEANO, *Compendio di diritto di famiglia*, II ed., 2015, sottolinea che «Il principio di non discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale è stato applicato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riguardo al diritto del membro di una coppia omosessuale di adottare il figlio del partner. Inoltre, la Grande Camera della Corte di Strasburgo ha condannato la Grecia per violazione degli artt. 8 e 14 della CEDU, ritenendo che la legge greca che ha introdotto l'istituto dell'unione civile come forma di partnership alternativa al matrimonio, riservandolo esclusivamente alle coppie eterosessuali, configuri una discriminazione basata sull'orientamento sessuale, come tale contraria all'art. 14 della Convenzione, oltre a violare il diritto al rispetto della vita familiare delle coppie omosessuali (ex art. 8 della CEDU)».

[6] Cort. Cass. sent. n. 601 del 2012.

[7] Nella sentenza n. 138 del 2001, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che nella nozione di formazione sociale secondo l'art. 2 Cost. vada ricompresa anche l'unione omosessuale, intesa come «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabilita dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

[8] Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed è entrata in vigore il 3 settembre 1953. Per l'Italia l'entrata in vigore avvenne solo il 10 ottobre

In merito al presunto conflitto di interessi tra il genitore biologico e la minore e l'omessa nomina del curatore speciale per quest'ultima, la questione è stata ritenuta assolutamente infondata, dovendosi escludere che un conflitto possa sussistere *in re ipsa*. I casi di adozione *ex* art. 44 lett. d) mirano a dare un riconoscimento giuridico – previo rigoroso accertamento della corrispondenza della scelta all'interesse del minore –, a relazioni affettive stabili e continuative, ovvero a consolidare, se vi sono le condizioni, legami preesistenti ed evitare che si protraggano situazioni di fatto non regolate dal diritto.

Secondo la Corte, la minore – nata e cresciuta con la ricorrente e la sua compagna madre biologica – ha inevitabilmente instaurato un legame inscindibile con entrambe le donne. Un legame che, a prescindere da qualsiasi classificazione giuridica, non ha nulla di diverso rispetto a un vero e proprio vincolo genitoriale. Perché, dunque, negare alla bambina i diritti e i vantaggi che derivano da questo rapporto? Tale scelta non corrisponderebbe certamente all'interesse preminente della minore, che rappresenta il nucleo centrale di tutto il sistema normativo famigliare. Non si tratta di concedere un diritto *ex novo*, creando una situazione prima inesistente, ma di garantire una tutela giuridica ad una situazione di fatto radicata nel tempo, nell'esclusivo interesse di una bambina cresciuta e allevata da due donne, che essa stessa riconosce come riferimenti affettivi primari.

L'adozione in casi particolari, ha sottolineato la Cassazione, prescinde da un preesistente stato di abbandono del minore e può essere ammessa alla luce di una rigorosa indagine di fatto svolta dal giudice. Infine, va osservato che la Corte di Cassazione ha pronunciato a Sezione Semplice su diverse questioni di diritto riguardanti le adozioni e il riconoscimento giuridico delle unioni omoaffettive, e che non tutte le questioni individuali o relazionali sono qualificabili come questioni di massima di particolare importanza, nell'accezione di cui all'art. 375 c.p.c.

3. – L'adozione in casi particolari, regolata nel Titolo IV della L. n. 184/1983, è un istituto volto a tutelare l'interesse del minore adottando – nelle ipotesi in cui non vi sia una famiglia di origine ovvero per gravi carenze riscontrate –, ad essere inserito in un ambiente familiare ove possa ricevere un'adeguata assistenza morale e materiale, con riferimento al diritto del minore alla continuità affettiva [9].

Rispetto a quella piena o legittimante [10], l'adozione in casi particolare ha effetti più limitati,

1955 dopo una lunga elaborazione giurisprudenziale.

[9] La legge 19 ottobre 2015, n. 173 *Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare*, riconosce il diritto alla continuità dei rapporti affettivi dei minori in affido familiare.

[10] L'adozione piena o legittimante è una tipologia di adozione che instaura un rapporto di filiazione che si viene a creare tra soggetti non legati da vincoli di sangue, recidendo ogni legame dell'adottato con la famiglia d'origine. L'art. 1 L. n. 184/1983 nel ribadire il diritto del minore a crescere ed essere allevato nella sua famiglia di origine (comma 1), chiarisce che gli istituti dell'adozione e dell'affidamento trovano applicazione solo quando la famiglia

presupposti meno rigorosi e una maggior semplicità del procedimento. Soprattutto, la norma non prevede la necessità di un rapporto di coniugio, dunque può essere disposta anche a favore del convivente del genitore dell'adottando. Con l'art. 44 della L. n. 184 del 1983, il legislatore ha posto precisi limiti ed individuato i casi tassativi che consento questa tipologia di adozione, affinché si realizzi il preminente interesse del fanciullo (da valutare con estrema attenzione nel caso concreto). Ogni pronuncia giurisdizionale, pertanto, è finalizzata a promuovere il benessere psicofisico del bambino e a privilegiare l'assetto di interessi più favorevole ad una sua crescita equilibrata e sana.

Preme sottolineare che le ricerche sulle competenze genitoriali delle persone omosessuali, e sul benessere dei loro bambini, sono iniziate più di trent'anni fa. Sulla base di un consistente *corpus* di dati empirici, la comunità scientifica ha dimostrato che la crescita di un minore in un contesto omoaffettivo non lede il suo superiore interesse, inficiandone il successivo adattamento. Un numero considerevole di ricerche hanno dimostrato che i bambini cresciuti da genitori omosessuali non si differenziano in termini di salute mentale, sviluppo cognitivo, sviluppo psicosessuale, relazioni con i pari e rendimento scolastico, rispetto ai bambini allevati da genitori eterosessuali [11]. Gli studi elaborati dall'American Psychological Association, hanno evidenziato l'insussistenza di qualsiasi valido riscontro scientifico rispetto al presunto deficit di idoneità genitoriale delle persone omosessuali, dimostrando altresì l'inesistenza di qualsiasi correlazione tra lo sviluppo della identità di genere (e di eventuali disforie) e la permanenza in un nucleo familiare omogenitoriale. Trent'anni di ricerche documentano che l'essere cresciuti da genitori omosessuali non danneggia la salute psicologica dei figli e che il benessere dei bambini è influenzato dalla qualità delle relazioni con i genitori, dal senso di sicurezza e competenza di questi e dalla presenza di un sostegno sociale ed economico [12].

Orbene, alla luce di un siffatto quadro scientifico, la Corte di Cassazione ha valutato esclusivamente l'interesse del minore senza alcun riferimento, neanche in via indiretta,

---

d'origine non sia in grado di provvedere ai propri compiti (co. 4), precisando che la condizione di indigenza della famiglia non deve costituire ostacolo all'esercizio del diritto del figlio alla propria famiglia (comma 2). Spetta allo Stato, alle Regioni e agli enti locali il compito di sostenere, con idonei interventi, nuclei familiari a rischio, allo scopo di prevenire situazioni di abbandono (comma 3). L'adozione determina l'acquisto dello status di figlio degli adottanti, dei quali l'adottato assume e trasmette il cognome e la connessa instaurazione di ogni rapporto giuridico, personale e patrimoniale, ad esso inerente.

[11] C. CARISTO – N. NARDELLI, *Madri lesbiche, padri gay e il benessere dei loro figli: una rassegna della letteratura*, Il pensiero scientifico Editore, Dipartimento di Psicologia Dinamica e Clinica, Sapienza Università di Roma, 2013.

[12] Lo studio del sociologo statunitense Mark Regnerus, che pareva dimostrare come i figli che crescono in un ambiente familiare omosessuale presentino più frequentemente, da adulti, segni di disagio psicologico e sociale, è stato ritenuto invalido nel metodo e nei risultati dalla maggioranza della comunità scientifiche, prime tra tutte l'American Sociological Association, l'American Academy of Pediatrics e l'American Medical Association. Per una panoramica delle ricerche sul tema e per la conclusione che, tutto al contrario, i minori che crescono in famiglie omogenitoriali sviluppano una resilienza con riferimento alla sfera sociale, psicologica e sanitaria, malgrado le discriminazioni giuridiche e lo stigma sociale di cui ancora questi nuclei familiari sono oggetto vedi da ultimo American Academy of Pediatrics, Promoting the Well-Being of Children Whose Parents Are Gay or Lesbian, 2013.

all'orientamento sessuale dei genitori. In questo contesto si colloca la disciplina dell'adozione in casi particolari, la cui finalità è quella di tutelare il diritto del minore ad avere una famiglia nei casi in cui pur non sussistendo i presupposti per l'adozione c.d. legittimante, l'adozione costituisce, nell'interesse del minore, la scelta più opportuna [13].

Interessante, altresì, il concetto di "paradigma antidiscriminatorio" – utilizzato dalla Suprema Corte – sia per respingere la denunciata incompatibilità di interessi tra la bambina e la propria madre biologica, sia per evitare qualsiasi ingiustificata disparità di trattamento tra differenti nuclei affettivi. Ritenere che detto conflitto nasca dall'interesse della madre a vedere giuridicamente consolidata la propria relazione affettiva con la sua compagna, significa valutare questa relazione sulla base della sua natura omosessuale. Invero, la relazione tra la minore e la compagna della madre biologica si è sviluppata e consolidata nel tempo, pertanto merita pieno riconoscimento giuridico, dignità e tutela pubblica al pari di ogni altra relazione affettiva. Il paradigma antidiscriminatorio, fondamentale regola di civiltà e motore di sane dinamiche sociali, funge da criterio interpretativo della norma, come già avvenuto per opera della giurisprudenza sovranazionale.

4. – Il Legislatore, per ragioni politiche, ha stralciato dal testo definitivo della legge n. 76/2016 [14] l'art. 5 recante la stepchild adoption [15], che avrebbe esteso alle coppie dello stesso sesso la possibilità di adottare il figlio del partner, secondo quanto previsto per la coppia coniugata dall'art. 44 lett. b) della l. 184/1983. Ciò avrebbe realizzato la piena tutela dei figli, in un contesto sociale caratterizzato dall'evoluzione del concetto di famiglia e di genitorialità.

La necessità di tutelare i figli delle coppie omosessuali ha determinato la diffusione del termine di genitore sociale, ovvero il soggetto non riconosciuto giuridicamente come genitore del minore e, dunque, non esercente la relativa responsabilità genitoriale, pur comportandosi come tale. La decisione della Corte di Cassazione segna una tappa fondamentale nell'ambito della tutela dei diritti umani, destinata ad entrare nel novero delle sentenze storiche, al pari di altre famose pronunce intervenute su temi eticamente e/o socialmente sensibili.

Pertanto, da un lato occorrerà porre al centro della disciplina l'interesse del minore a veder realizzata la continuità affettiva ed educativa della sua relazione con l'adottante; dall'altro lato

---

[13] Per l'applicazione dell'adozione in casi particolari co-genitoriale nelle convivenze di fatto, sia omosessuali che eterosessuali, cfr. A. NOCCO, *L'adozione del figlio di convivente dello stesso sesso*, cit., p. 209 e ss., 2016.

[14] Legge 20 maggio 2016, n. 76. Per un'attenta analisi cfr. G. FERRANDO, *Le unioni civili: la situazione in Italia*, in *Dottrina e attualità giuridiche, Unioni civili e convivenze di fatto: la legge* a cura di Pietro Rescigno e Vincenzo Cuffaro. Sui profili generali della nuova legge, cfr. E. QUADRI, "*Unioni civili tra persone dello stesso sesso" e "convivenze": il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. Giur*., 2016, p. 893.

[15] L'art. 5 DDL n. 2081, *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, recita: «All'articolo 44, comma 1, lettera b), della legge 4 maggio 1983, n. 184, dopo la parola: "coniuge" sono inserite le seguenti: "o dalla parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso" e dopo le parole: "e dell'altro coniuge" sono aggiunte le seguenti: "o dell'altra parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso».

sarà necessario dar rilevanza anche giuridica ai legami che si sono consolidati, riconoscendo in tal modo il diritto del bambino a crescere in una famiglia con due genitori, anche dello stesso sesso, che lo amano, lo curano e lo educano.

Nel 2015 la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, stabilendo che la tutela legale attualmente disponibile nel nostro paese per le coppie omosessuali non solo fallisce nel provvedere ai bisogni chiave di una coppia impegnata in una relazione stabile, ma non è nemmeno sufficientemente affidabile [16].

La sentenza emessa dalla Corte di Cassazione rappresenta un notevole passo in avanti rispetto gli anni passati, sulla scia di altre pronunce italiane che hanno riconosciuto l'adozione di figli biologici di una delle componenti delle coppie omosessuali da parte delle rispettive compagne [17].

Alla luce di quanto esposto, deve escludersi che esista, a livello costituzionale, un divieto per le coppie dello stesso sesso di accogliere e di generare figli. La scelta di diventare genitori e di formare una famiglia costituisce espressione della libertà di autodeterminarsi, riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost [18].

Allo stato attuale della legislazione, l'unico caso in cui il convivente (eterosessuale o omosessuale) potrebbe adottare il figlio del proprio partner è dopo la morte di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. a), che, in ipotesi di minore orfano di padre e madre e privo di parenti che lo assistano, riconosce l'adozione alla persona già legata al minore da preesistente rapporto stabile e duraturo.

Occorrerà del tempo per superare pregiudizi e stereotipi esistenti, ma è necessario sottolineare che la carenza di tutela rischia di risolversi in una grave discriminazione in danno ai bambini e che il diritto ha il compito di tutelare i rapporti famigliari, ricercando un equilibrio che permetta di contemperare gli interessi in conflitto, con riferimento al prevalente interesse dei minori.

[16] Corte di Strasburgo, Oliari e a. contro Italia, 21 luglio 2015.

[17] Corte di appello di Torino n. 27 e n. 28 del 27 maggio 2016.

[18] Corte Cost. n. 162/2014.