

JUS CIVILE

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



6-2016

novembre-dicembre



G. Giappichelli Editore

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

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

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

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

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



INDICE

	<i>pag.</i>
Articoli e Saggi	
Riflessioni a margine della sentenza sul “diritto a nascere sani” * di <i>Massimo Franzoni</i>	436
L’accertamento di una pratica commerciale scorretta: il doppio binario rimediabile del <i>public and private enforcement</i> * di <i>Federica Girinelli</i>	449
La responsabilità civile del dottore commercialista nella prassi operativa * di <i>Antonio di Biase</i>	478
Il contratto d’opera intellettuale ancora alla ricerca di identità * di <i>Dianora Poletti</i>	490
Per un’«ermeneutica del concetto di causa»: solidarietà “orizzontale” e contratto * di <i>Roberto Senigaglia</i>	507
I civilisti della facoltà giuridica pavese nel XX secolo ** di <i>Carlo Granelli</i>	533
Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche. La scuola romana? ** di <i>Aurelio Gentili</i>	543
Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche. La scuola napoletana ** di <i>Salvatore Monticelli</i>	547
Giurisprudenza italiana	
La nullità della clausola simulatoria del canone di locazione * <i>Cassazione, SS.UU., 17 settembre 2015, n. 18213</i> di <i>Valeria Restuccia</i>	552

* Contributo soggetto a revisione.

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



pag.

Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di “dialogo” fra Corti *

Cassazione civile, Sez. I, sent. 09 novembre 2016, n. 22838 e Cassazione civile, Sez. I, sent. 21 luglio 2016, n. 15024

di *Carlo Granelli*

564

Articoli e Saggi

La civilistica nella facoltà giuridica barese: metodi e tematiche **

di *Michele Lobbuono*

574

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



MASSIMO FRANZONI

Professore ordinario di Diritto Privato – Università di Bologna

RIFLESSIONI A MARGINE DELLA SENTENZA SUL “DIRITTO A NASCERE SANI”

SOMMARIO: 1. *Le nuove parole del diritto.* – 2. *La tecnica della decisione e la giurisprudenza che crea il diritto.* – 3. *La tutela dei diritti nei diversi ordinamenti: un diverso modo di intendere il diritto positivo.* – 4. *La tecnica del diritto nell’argomentare la decisione.* – 5. *È opportuno stare dalla parte di chi subisce o dalla parte di chi agisce?*

1. – Vorrei incominciare questa riflessione un po’ estemporanea, condotta su di alcune sentenze recenti della Suprema Corte, ricordando il titolo di un seminario che Nicoletta Sarti, la storica della Scuola di giurisprudenza di Bologna, da qualche anno organizza e che ha intitolato: “Le parole nel diritto”. Quest’anno ho parlato della “ragionevolezza”, poiché, da qualche tempo, questo lessema è entrato fra le “parole del diritto”, non appartiene più soltanto al linguaggio dei filosofi⁽¹⁾ o ai cultori della morale. Per dimostrarlo ho riportato i dati di una ricerca effettuata sulle banche dati elettroniche di legislazione⁽²⁾ e di giurisprudenza⁽³⁾ dai quali si evidenzia la ricorrenza della parola in un numero elevatissimo di casi tanto nella recente legislazione, specie in quella di fonte comunitaria, quanto nella giurisprudenza ordinaria e amministrativa.

Anche la Corte costituzionale ha fatto un largo uso della ragionevolezza, ma per una finalità non propriamente comparabile con quella di un giudice ordinario, specie di quello che applica il diritto civile⁽⁴⁾.

(1) Senza pretese di completezza segnalo Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati – Saggio di metagiurisprudenza esplicativa*, Milano, 2008, che, da filosofa del diritto, tratta il tema da giuspositivista.

(2) Se ricerchiamo la ragionevolezza all’interno della legislazione comunitaria troveremo la ricorrenza del termine per circa 1900 volte; se la stessa ricerca è rivolta alla legislazione nazionale troveremo che quel termine ricorre almeno 160 volte. Per completezza ricordo che nel codice del consumo la ragionevolezza compare in ben 14 norme: art. 3; art. 18; art. 20; art. 22; art. 23; art. 26; art. 27; art. 33; art. 103; art. 104; art. 105; art. 116; art. 117; art. 129 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206. L’art. 111, comma 2°, cost. prevede che «la legge [...] assicura la ragionevole durata» del processo. Un altro dato da considerare è che la medesima parola ricorre ben 62 volte nei principi Unidroit del 2004.

(3) Per avere un’idea di massima su termini del discorso svolto nel testo, ho effettuato una ricerca sulle massime della Cassazione civile (2015 compreso), in *Le banche dati de IL FORO ITALIANO*, e ho trovato 3587 documenti; ho ripetuto la stessa ricerca con il lessema “ingiusto” e ne ho trovati 2133. Ora, se consideriamo che, nel linguaggio dei civilisti, ingiusto, ingiustizia, ingiustamente ecc. ricorrono frequentemente e in contesti normativi affatto diversi, possiamo apprezzare il rilievo del dato dei 3587 documenti menzionati.

(4) Digitando il lessema ragionevolezza in *Le banche dati de IL FORO ITALIANO*, e selezionando Ente giudicante «Corte costituzionale» si ottengono circa 380 documenti, nel dispositivo delle sentenze compare circa 90 volte, per la prima volta nel 1977.

Ampiamente sull’uso della ragionevolezza nel diritto costituzionale, Morrone, *Il custode della ragionevolezza*,

JUS CIVILE



Un tratto caratteristico nell'applicare la ragionevolezza nei diversi settori del diritto è l'impiego della tecnica del bilanciamento fra opposti diritti o interessi, ai quali l'interprete deve attribuire rilevanza, tenuto conto delle circostanze del caso, fra le quali vanno considerate le qualità personali delle parti in lite. "Bilanciamento" e "ragionevolezza" non sono state tramandate dalla tradizione, almeno da quella che segue la rivoluzione francese; e quand'anche si voglia scorgere una traccia della ragionevolezza nel diritto canonico, il significato non è costante, né come tecnica di qualificazione dei fatti e neppure come tecnica di giudizio⁽⁵⁾. Affrontando questi temi, entriamo nel merito di una delle questioni che caratterizzano il modo di essere del diritto del III millennio, sempre più appoggiato sull'attività dell'interprete e sempre più lontano da un modello di norma fondata su di una precisa fattispecie o, come suol dirsi, su di una fattispecie dal contenuto determinato.

Dall'impiego delle clausole generali che rimandano alla tradizione, come l'ordine pubblico e il buon costume; delle clausole generali che rimandano ad una storia più recente, come la buona fede e il danno ingiusto; delle nuove clausole generali, tra le quali appare la ragionevolezza in talune norme ed è così adoperata in talune *rationes decidendi*, parrebbe doversi concludere che il diritto si è spostato dalla *lex* alla mera terzietà e imparzialità di chi è chiamato a decidere⁽⁶⁾.

La frammentazione del sistema delle fonti del diritto in senso verticale, accompagnato da un uso sempre più frequente di clausole generali (quelle appena richiamate) o di norme elastiche (come la diligenza, la giusta causa, l'equità), potrebbe suggerire al giurista che la cifra essenziale del diritto contemporaneo si riassume nella decisione presa da un terzo, che motiva in modo più o meno convincente⁽⁷⁾. Se la motivazione non convince, vorrà dire che ci saranno margini per impugnare quella decisione, a meno che la pronuncia non provenga da un giudice di ultima istanza.

È proprio vero che assistiamo ad un progressivo distacco dalla fattispecie normativa, dalla tecnica dell'interpretazione sillogistica, e procediamo verso una sorta di giurisprudenza degli interessi, in versione aggiornata? A questa domanda le sezioni unite della cassazione, in una delle sentenze oggetto di queste riflessioni, hanno dato una precisa risposta che è ad un tempo tecnica, rivolta alla tradizione, e ad un altro metodologica, poiché indica un percorso sul quale dovranno misurarsi le riflessioni future⁽⁸⁾.

Milano, 2002.

(5) Sono le due declinazioni della ragionevolezza proposte da Zorzetto, *La ragionevolezza dei privati*, cit., p. 230 ss.

(6) C'è un importante cenno a questa affermazione in Irti, *Diritto senza verità*, Bari, 2011, p. 65: il paragrafo si intitola: «il terzo decide la causa».

(7) Ho riflettuto su norme elastiche e norme per clausole generali in Franzoni, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 2013, sub art. 1375, § 11.1.

(8) Alludo a Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, pubblicata sulle principali riviste fra cui in *Danno e resp.*, 2016, p. 349, con nota di Cacace, *L'insostenibile vantaggio di non esser nato e la contraddizione che nol consente*.



2. – Il diritto della responsabilità civile è stato più volte etichettato come un diritto di fonte giurisprudenziale, con ciò intendendosi quel diritto che procede dalla tipizzazione sociale degli illeciti e che, in questo modo, modella il precetto contenuto nelle norme del Titolo IX del Libro IV del c.c. Questa definizione trae spunto principalmente dall'attività di semplificazione della clausola generale di ingiustizia del danno, ma anche dalla creazione del nuovo danno non patrimoniale, frutto della rilettura costituzionale dell'art. 2059 c.c., come è stato affermato⁽⁹⁾. Orbene, nel primo caso, la creazione della norma era conseguente alla previsione di una clausola generale, nel secondo la ridefinizione del rinvio di legge contenuto nell'art. 2059 c.c. è stata una vera e propria creazione interpretativa, molto prossima alla modifica normativa in conseguenza della successione di leggi nel tempo.

Come ricordavo in precedenza, la scelta della Cassazione non ha proceduto verso la creazione di una nuova regola, variamente modellata sulla base di principi costituzionali o di bioetica. Astrattamente, avrebbe potuto farlo, dal momento che, da tempo, è in atto un ripensamento sulla soggettività giuridica del concepito, nonostante la lettera dell'art. 1, comma 1°, c.c.

Al contrario, il presupposto del ragionamento seguito nella motivazione è saldamente ancorato al diritto positivo e alla tradizione. La soluzione data al caso in questione, inoltre, è presa ricostruendo analiticamente gli elementi che compongono il fatto illecito, giungendo alla conclusione che, per i genitori, la lesione riguarda il diritto all'autodeterminazione, sotto l'aspetto della genitorialità consapevole⁽¹⁰⁾. Mentre per il concepito, nato vivo, ma con una malattia congenita, l'errore diagnostico non è causa di una lesione meritevole di tutela come danno ingiusto, quindi, manca un fatto illecito. Lo stesso modello di argomentazione è stato adoperato in un'altra sentenza della Cassazione per risolvere il dissidio nato in punto di risarcimento del danno da morte per via di successione ereditaria oppure *iure proprio* dei sopravvissuti: il c.d. danno tanatologico⁽¹¹⁾.

Sulla vicenda legata alla pretesa lesione del concepito, la motivazione della sentenza, inoltre, è molto attenta a distinguere gli apporti che l'interprete può dare e quelli che, invece, restano di competenza esclusiva del legislatore. In un passo preliminare, su questo capo della decisione,

(9) A partire dalle sentenze gemelle Cfr. Cass., 31 maggio 2003, n. 8828; Cass., 31 maggio 2003, n. 8827; Corte cost., 11 luglio 2003, n. 233, pubblicate su tutte le principali riviste, fra le quali in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota adesiva di Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*; per arrivare alle sentenze di san. Martino Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-75, in tutte le principali riviste, fra cui in *Corriere giur.*, 2009, p. 5, con nota di Franzoni, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*; e in *La responsabilità civile*, 2009, numero speciale, spec. § 4.3, della motivazione.

(10) Su questo capo della decisione occorre riflettere sul punto dell'onere della prova che devono assolvere i genitori. Ma di questo diremo oltre.

(11) Cfr. Cass. civ., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in *Danno e resp.*, 2015, p. 889 ss., con note di Carbone, *Valori personali ed economici della vita umana*; di Franzoni, *Danno tanatologico, meglio di no ...*; di Pardolesi e Simone, *Danno da morte e stare decisis: la versione di Bartleby*; di Ponzanelli, *Le sezioni unite sul danno tanatologico*; in *Corriere giur.*, 2015, p. 1206, con nota di Busnelli, *Tanto tuonò, che ... non piovve – Le sezioni unite sigillano il «sistema»*; in *Nuova giur. civ.*, 2015, II, p. 652, con nota di Pucella, *Le sezioni unite confermano il divieto di cittadinanza al danno da morte – Brevi note a cass. sez. un. 22 luglio 2015, n. 15350*.

JUS CIVILE



l'estensore afferma: «anche se debba escludersi un approccio di carattere eminentemente giuspolitico – *che appartiene al legislatore: spettando, per contro, al giudice l'interpretazione della disciplina vigente, sia pure nel più completo approfondimento delle potenzialità evolutive in essa insite* – non è seriamente contestabile che sulla giurisprudenza pregressa, anche straniera, abbiano influito, ben oltre l'ordinario, considerazioni antropologiche e soprattutto di equità, intesa come ragionevole attenuazione e modificazione apportata alla legge in virtù di speciali circostanze»⁽¹²⁾.

In un altro passo di poco successivo, su una questione importante l'estensore afferma ancora che «la c.d. *giurisprudenza normativa, talvolta evocata quale fonte concorrente di diritto, violerebbe il principio costituzionale di separazione dei poteri ove non si contenesse all'interno dei limiti ben definiti di clausole generali previste nella stessa legge, espressive di valori dell'ordinamento (buona fede, solidarietà, ecc.): eventualmente riesumando la dicotomia storica tra giurisprudenza degli interessi (Interessenjurisprudenz), di ispirazione evolutiva, e giurisprudenza dei concetti (Begriffsjurisprudenz), di natura statica: entrambe, peraltro, storicamente ancorate ad una concezione positivista del diritto*»⁽¹³⁾.

Dopo queste enunciazioni, come ricordavo, il ragionamento prosegue riflettendo sulla struttura del fatto illecito, per giungere alla decisione retta in applicazione delle regole vigenti del diritto positivo, dopo aver preso in considerazione:

- la l. 22 maggio 1978, n. 194, e in particolare l'art. 1 (*Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*);
- la l. 29 luglio 1975, n. 405 (*Istituzione dei consultori familiari*);
- aver ripercorso in un itinerario concettuale logico e coerente la configurabilità di un diritto al suicidio;
- aver preso in considerazione il reato l'istigazione o l'aiuto al suicidio (art. 580 c.p.);
- essersi soffermato sul diritto alla non vita, inteso come cosa diversa dal c.d. diritto di staccare la spina, che comunque presupporrebbe una manifestazione positiva di volontà *ex ante* (testamento biologico).

Ancora prima di giungere ad una conclusione, c'è un salto di qualità nella retorica della Suprema Corte che merita una particolare sottolineatura. Dopo aver ripensato alla figura della giurisprudenza normativa e dopo aver affondato l'indagine sulle diverse norme del nostro ordinamento giuridico per ricostruire i principi applicabili al caso in decisione, in una prospettiva conservativa e tradizionale della storia del nostro diritto, avremmo dovuto ritenere concluso il percorso. Viceversa con la premessa che «la giurisprudenza riguardante azioni di danni per *wrongful birth* e *wrongful life* si è formata innanzitutto presso le corti statunitensi»⁽¹⁴⁾, incomincia un lungo elenco di casi sui quali si estende la riflessione, alla ricerca dei principi applicabili al caso

(12) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Danno e resp.*, 2016, p. 352, cit., il c.vo è mio.

(13) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibidem*, p. 353, il c.vo è mio.

(14) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibidem*, p. 354 s., in motivazione.

JUS CIVILE



in decisione: il primo caso, risalente nel tempo, è quello deciso dalla New Jersey Supreme Court 6 marzo 1967 *Gleitman v. Cosgrove*, che ha respinto anche la domanda della madre contro il medico curante, che aveva trascurato la pericolosità della rosolia della gestante – sotto il profilo che l’aborto era, all’epoca, un reato. Segue poi un’indagine sulle domande risarcitorie dei figli handicappati e su quelle accolte dei genitori: New Jersey Supreme Court 26 giugno 1979, *Berman v. Allan*; California Court of Appeal 1980 *Curlender v. Bio Science Laboratories* e, parzialmente, California Supreme Court *Turpin v. Sortini*, 1982 e *Harbeson v. Parke-Davies Inc.* 6 gennaio 1983.

Con un grande balzo ritorniamo in Europa per esaminare cosa accade in Germania, dove la BGH, 18 gennaio 1983, ha negato il risarcimento al figlio handicappato. Per poi gettare uno sguardo pure in Inghilterra che ha adottato una decisione analoga (London Court of Appeal 19 febbraio 1982, *Sachen McKay v. Essex Health Authority*).

Sulla Francia la disamina è molto articolata, a partire dalla Cour de Cassation, assemblée plénière, 17 novembre 2000, sul c.d. affaire Perruche che aveva riconosciuto il diritto al risarcimento *ex delicto* ad un nato affetto da grave malattia, non diagnosticata durante la gravidanza. Naturalmente la riflessione su questo caso non può prescindere dalla «*Loi relative aux droits de malades et à la qualité du système de santé*» 4 marzo 2002, n. 2002-303, che ha perentoriamente riaffermato i canoni tradizionali, prescrivendo che nessuno può far valere un pregiudizio derivante dal solo fatto della nascita e che la persona nata con un *handicap* dovuto a colpa medica può ottenerne il risarcimento quando l’atto colposo ha provocato direttamente o ha aggravato l’*handicap*, o non ha permesso di prendere misure in grado di attenuarlo.

Su questa legge l’estensore si sofferma con una certa larghezza, ricordando che, nelle intenzioni del legislatore francese, questa avrebbe dovuto essere addirittura retroattiva⁽¹⁵⁾. Era chiara la volontà del legislatore di risanare la cesura giurisprudenziale tra un indirizzo tradizionale, fondato su concetti di plurisecolare vigenza, e «la dirompente deviazione (definita, da parte della dottrina, perfino come *arret de provocation*) segnata dalla sentenza della Suprema Corte, ponendo a carico della solidarietà nazionale l’assistenza dei nati handicappati»⁽¹⁶⁾.

E ancora: «una chiara negazione che la vita di un bambino disabile possa mai considerarsi un danno – sul presupposto implicito che abbia minor valore di quella di un bambino sano – è pure contenuta nella sentenza 28 maggio 1993 della Corte Costituzionale federale tedesca (BVerfGE 88, 203)»⁽¹⁷⁾.

(15) Su questo punto, come ricorda l’estensore, c’è stata la censura della Corte europea dei diritti dell’uomo di Strasburgo con due arresti assunti all’unanimità dai 17 giudici della Grande Chambre (sent. 6 ottobre 2005 in cause *Maurice c. Francia* e *Draon c. Francia*) e poi dichiarata illegittima, in parte qua (Conseil constitutionnel 11 giugno 2010), *ibidem*, p. 355.

(16) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibidem*, p. 355.

(17) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, *ibidem*, p. 355.

JUS CIVILE



3. – Questa lunga digressione merita un compimento non tanto sul merito della vicenda e sul suo esito, fra l'altro più che condivisibile, quanto sul modo impiegato per raggiungerlo. Dopo una lunga disamina iniziale, la Cassazione avverte la necessità di estendere l'indagine alle soluzioni adottate per gli altri ordinamenti. In altri tempi, il lettore di una sentenza come questa si sarebbe chiesto se l'estensore fosse dedito alla comparazione giuridica, quindi se avesse voluto arricchire culturalmente il testo di una decisione raggiunta altrimenti. Oggi la riflessione cambia, quando in campo ci siano diritti inviolabili, ancorché tutelati con il rimedio della responsabilità civile. Del resto lo statuto dei diritti fondamentali, o inviolabili a seconda dei linguaggi adoperati, è opportuno che si costituisca in via generale con un criterio uniforme, a prescindere dagli steccati e dai confini propri dei singoli ordinamenti statali.

L'uniformità fra i diversi ordinamenti va ricercata e realizzata con le tecniche proprie dei diversi trattati, ad esempio con i regolamenti e le direttive, se pensiamo al Trattato di Roma; ma si può realizzare, per così dire, dal basso: attraverso l'interpretazione delle norme dei singoli ordinamenti secondo modelli uniformi o la creazione di principi che siano fra loro omogenei. In questo senso la prospettiva aperta anche da questa decisione non è soltanto nella logica autoreferenziale che vuole creare un dialogo fra le corti supreme, ma è nella prospettiva di pensare un diritto uniforme con un grado di precettività che superi la territorialità del principio di sovranità nazionale⁽¹⁸⁾. È l'aspetto sicuramente positivo di quello che con altro linguaggio chiamiamo globalizzazione, in modo ormai inflazionato.

Nell'interrogarsi sul modo di offrire tutela ad un certo interesse, oppure di negarlo, lo sguardo dell'interprete al regime giuridico di altri Paesi con ordinamenti giuridici affini al nostro non soddisfa soltanto un'esigenza culturale, ma è diventato il modo per conoscere il proprio diritto vivente.

Questa regola non va subita come una sorta di rinuncia alla sovranità o a un ideale etico di nazionalità, ma come una preconditione per garantire la miglior efficacia ai diritti fondamentali, in applicazione di un diritto uniforme. La stessa logica mi pare si debba seguire anche quando in questione c'è la soluzione di controversie su diritti che nascono in un mercato sempre più globale. Un trattamento diverso non realizza le condizioni per il migliore funzionamento dello scambio e così per la circolazione della ricchezza. A questo riguardo sono tanti gli esempi che si potrebbero fare sui quali l'intelligenza degli interpreti ha già avuto modo di misurarsi.

Ne cito soltanto uno: il caso del 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, hanno sostenuto che anche nel nostro ordinamento avrebbe potuto trovare

(18) È il tema affrontato da Moccia, *Dalla comparazione alla integrazione giuridica: la via della cittadinanza europea*, in *Contratto e impr.*, 2016, p. 366, spec. p. 352 ss., che constata il «passaggio dal nazionalismo al cosmopolitismo metodologico» (p. 353).

JUS CIVILE



cittadinanza⁽¹⁹⁾. 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 diverse si sarebbero potuti apparentare al sistema tedesco.

Ciò premesso, se la soluzione italiana avesse negato validità a questo contratto, mi chiedo quale sarebbe stata la posizione degli imprenditori nazionali nel commercio internazionale? Quale 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 decisione 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 preconstituire 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 accresciute, quindi sarebbero diventate meno concorrenziali, pertanto il PIL sarebbe diminuito.

Questi ragionamenti non sono molto lontani da quelli che le sezioni unite della Cassazione hanno appena svolto, seppure implicitamente, decidendo per la liceità della clausola *claims made*, nei contratti di assicurazioni della responsabilità civile⁽²⁰⁾. Dico implicitamente, poiché nella motivazione non vi è cenno al fatto che, nella maggior parte dei Paesi del mondo, le polizze di assicurazione della responsabilità civile, seguono il modello *claims made*, quindi hanno abbandonato il modello *loss occurrence*. Per la verità la tendenza generale è quella di adottare un regime misto: il sinistro deve essere accaduto durante il periodo assicurativo (*loss occurrence*), così come la richiesta risarcitoria (*claims made*). L'estensore non afferma che questa clausola semplifica il lavoro dell'attuario nel calcolare il rischio, in particolare nello stabilire la data di cessazione del rischio assicurato, quindi nell'operazione di conversione del rischio rilevato in premio da pagare. Neppure menziona che l'offerta del mercato delle polizze risulta più standardizzato e uniforme rispetto ad un mercato di area vasta. Senonché non è pensabile che nel decidere di una vicenda il cui impatto economico va ben oltre i confini nazionali, il pensiero non sia

(19) 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*.

(20) Il caso riguardava una clausola c.d. mista, poiché prevedeva che l'evento dannoso dell'art. 1917 c.c. doveva verificarsi durante la vigenza del contratto, così come la richiesta risarcitoria; Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Mass. Foro it.*, 2016, che farà discutere in particolare per la scelta operata nei §§ da 7.1 a 7.3, nei quali parrebbe rimettersi la validità del contratto ad un giudizio di meritevolezza.

JUS CIVILE



stato rivolto al modo in cui la questione giuridica è stata risolta negli ordinamenti giuridici di cultura giuridica affine al nostro.

Certo è molto elegante il tema della validità di una clausola che preveda l'assunzione del rischio pregresso anche con riferimento all'art. 514 c. nav., a proposito del rischio putativo. Ed è convincente il *dictum* secondo il quale ha carattere generale e non speciale la seguente regola: «se il sinistro è avvenuto prima della conclusione del contratto, l'assicurazione è nulla quando la notizia dell'inesistenza o della cessazione del rischio ovvero dell'avvenimento del sinistro è pervenuta, prima della conclusione del contratto, nel luogo della stipulazione o in quello dal quale l'assicurato diede l'ordine di assicurazione» (art. 514, comma 1°, c. nav.). Mi sembra ragionevole ritenere che, negli ordinamenti in cui il diritto delle assicurazioni è nato e si è sviluppato, è poi evoluto con l'impiego di una siffatta clausola.

Insomma, non siamo soli, viviamo in un consorzio umano rispetto al quale è da favorire un diritto uniforme anziché un diritto speciale in ragione dei singoli territori nei quali deve trovare applicazione. Mi pare che sia proprio questo il senso dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite, sul punto della conformità all'ordine pubblico delle pronunce straniere di condanna al pagamento di un danno punitivo⁽²¹⁾. In quell'ordinanza si prospetta la opportunità che la nozione di ordine pubblico non finisca per costituire un ostacolo alla migliore tutela dei diritti fondamentali. Segnalo questo passo della motivazione, nel quale si procede verso un progressivo cambiamento di nozione dell'ordine pubblico che da ordine pubblico interno finisce per modellarsi sull'ordine pubblico internazionale, inteso come una sorta di diritto comune uniforme: «nella giurisprudenza più recente prevale il riferimento all'ordine pubblico internazionale, da intendersi come complesso dei principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma fondati su esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo comuni ai diversi ordinamenti e desumibili, innanzi tutto, dai sistemi di tutela approntati a livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria (vd., tra le tante, Cass., n. 1302 e 19405 del 2013, n. 27592 del 2006, n. 22332 del 2004, n. 17349 del 2002, n. 2788 del 1995).

Questa evoluzione del concetto di ordine pubblico segna un progressivo e condivisibile allentamento del livello di guardia tradizionalmente opposto dall'ordinamento nazionale all'ingresso di istituti giuridici e valori estranei, purché compatibili con i principi fondamentali desumibili, in primo luogo, dalla Costituzione, ma anche dai Trattati fondativi e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e, indirettamente, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (si è osservato, in dottrina, che il nostro ordinamento si propone, in tal modo, di salvaguardare la stessa comunità internazionale che trova la sua difesa anche negli ordinamenti interni dei vari Stati)»⁽²²⁾.

(21) Cfr. Cass., sez. I, 16 maggio 2016, n. 9978, in *Mass. Foro it.*, 2016, che già ha suscitato un certo dibattito.

(22) Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, cit. § 4. La tesi sostenuta nel testo trova conferma pure nella prosecuzione della motivazione: «se ne ha conferma nella normativa comunitaria, che esclude il riconoscimento (ora previsto come automatico) nei soli casi di “manifesta” contrarietà all'ordine pubblico (vd., ad es., l'art. 34 del regol. CE 22 dicem-



All'impiego negativo dell'ordine pubblico, volto a proteggere il diritto interno, sembra opportuno fare prevalere quello che promuove valori comuni, che dirige verso una sorta di diritto comune per le persone che entrano in contatto, prescindendo dal criterio del territorio, quindi del confine statale. Beninteso a condizione che regole e istituti che si confrontano provengano da Paesi di comune civiltà giuridica e sempre che non vengano violate norme cogenti non modificabili⁽²³⁾.

4. – Il diritto ha una intrinseca tecnicità che va rispettata⁽²⁴⁾. L'insegnamento della Sezione unite è che quando la decisione può essere trovata tecnicamente è opportuno seguire questa via. Sotto questo profilo è convincente anche la parte della motivazione nella quale l'estensore enuncia il principio per il giudice del rinvio, che dovrà valutare l'onere della prova da parte dei genitori, che ritengono lesa il diritto all'autodeterminazione nella genitorialità consapevole.

Anche a questo riguardo:

– dopo aver escluso che possa trovare accoglimento la figura del danno *in re ipsa*⁽²⁵⁾;
– dopo aver affermato che il pregiudizio subito dalla vittima, patrimoniale o non patrimoniale, è sempre una conseguenza della lesione di un interesse meritevole di tutela, ossia di un evento dannoso;

concludono che nell'assolvere l'onere della prova, specie nei conflitti su diritti non patrimoniali, dove la «prova verte anche su un fatto psichico e cioè, su uno stato psicologico, un'intenzione, un atteggiamento volitivo della donna, che la legge considera rilevanti»⁽²⁶⁾, l'esistenza del diritto può essere raggiunta anche attraverso significative allegazioni, l'indicazione di fatti precisi e concordanti, così da assumere il carattere delle presunzioni semplici. Sono tali, «ad esempio, il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verifi-

bre 2001, n. 44, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; l'art. 26 del regol. CE 11 luglio 2007, n. 864, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali; l'art. 22 e 23 del regol. CE 27 novembre 2003, n. 2201, in tema di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e della responsabilità genitoriale; l'art. 24 del regol. CE 18 dicembre 2008, n. 4/2009, in materia di obbligazioni alimentari); nella giurisprudenza comunitaria, dove il ricorso alla nozione di ordine pubblico presuppone l'esistenza di una minaccia reale, attuale e grave nei confronti di un interesse fondamentale della società (vd. Corte giust. VE, 4 ottobre 2012, C-249/11, per giustificare le deroghe alla libera circolazione delle persone invocabili dagli Stati membri) e nella giurisprudenza di legittimità» (ibidem, § 4).

(23) Rimando alle voci ancora attuali, per questi fini, di G.B. Ferri, voce *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, XXX, Milano, 1980; Barile, *Ordine pubblico (dir. internaz. priv.)*, *ivi*, XXX, Milano, 1980; Guarneri, voce *Ordine pubblico*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995.

(24) Proprio su questo aspetto è dedicato il saggio di Galgano, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impr.*, 2012, p. 77 ss., spec. p. 89, in cui dimostra che l'invenzione giurisprudenziale è tendenzialmente da evitare, salvo nel caso dell'analogia.

(25) Cfr. per tutte le sentenze di san Martino: Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-75, cit.

(26) Cass., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in *Foro it.*, 2016, I, c. 495.

JUS CIVILE



cabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero, in ipotesi, sintomatiche di una propensione all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, ecc.»⁽²⁷⁾.

In definitiva, la censura operata dalla Cassazione all'operato del giudice di merito è stata coerente con le premesse che vedono qualsiasi danno (patrimoniale e non patrimoniale) una conseguenza dell'evento dannoso; che restano ancorate all'idea di un preciso riparto dell'onere della prova nel processo, modellato anche per effetto delle allegazioni svolte dai difensori delle parti. La Cassazione non ha inventato un nuovo diritto, una diversa regola operativa, non ha cambiato idea sul carattere delle presunzioni. Semplicemente, sul presupposto del carattere proprio dei diritti non patrimoniali, ne ha adattato l'impiego degli ordinari mezzi di prova.

Questa tecnicità nella decisione, non esclude l'esistenza di un diritto a nascere sani; del resto, tutti vantano questa pretesa, quantomeno nella forma dell'aspirazione, della quale a posteriori si raggiunge la consapevolezza. Senonché ciò che si deve escludere è che questo costituisca oggetto di un giudizio di responsabilità civile che veda il nato come vittima, avente diritto al risarcimento del danno. Se questa forzatura fosse stata effettuata, verosimilmente si sarebbero abbattute le frontiere che dividono la responsabilità civile, fondata su un fatto illecito, e la previdenza che, in una parte dell'occidente, risponde ad una precisa funzione dello Stato sociale e normalmente presuppone una particolare condizione di un soggetto, come il raggiungimento di una certa età anagrafica, al verificarsi della quale questi matura il diritto ad una certa prestazione. A certe condizioni, i due istituti si avvicinano, specialmente nei settori nei quali c'è l'impiego della responsabilità civile obbligatoria, di tipo bilaterale. Ciononostante questi non possono mai sovrapporsi e perdere i caratteri propri che derivano loro dalla diversa fonte e funzione.

5. – Un tema sul quale da qualche tempo c'è un certo dibattito, a metà fra il diritto positivo e l'economia del diritto, è l'atteggiamento da assumere rispetto ad un conflitto da risolvere con le regole della responsabilità civile. Per lungo tempo la solidarietà sociale dell'art. 2 cost. è stata adoperata dagli interpreti come una sorta di grimaldello per ampliare l'area del danno risarcibile, ravvisando il mezzo per attribuire pregio a interessi non rivestiti formalmente dalla struttura del diritto soggettivo, ma ritenuti ugualmente meritevoli di tutela quali «danno ingiusto». È stata la stessa solidarietà sociale che nel 2003 ha suggerito la rilettura costituzionale dell'art. 2059 c.c. e quindi la riscrittura del danno non patrimoniale per la migliore tutela dei diritti inviolabili dell'uomo⁽²⁸⁾. Poi le sentenze di san Martino, così sono state chiamate, hanno deciso che, in certi contesti, il dovere di solidarietà sociale fa nascere l'obbligo di dover sopportare la “fasti-

(27) *Ibidem*.

(28) Penso in modo particolare alla Cass., 31 maggio 2003, n. 8828, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1017, con nota adesiva di Franzoni, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta nel danno alla persona*, in motivazione § 3.1.4.2.



diosa” condotta altrui. Se fosse “illecita” la condotta altrui sarebbe foriera del risarcimento di un danno, patrimoniale o non patrimoniale; essendo solo “fastidiosa”, impone a chi la subisce il dovere di sopportarla⁽²⁹⁾.

Più di recente, la corte costituzionale ha ritenuto legittima la tabellazione delle micropermanenti effettuata normativamente in applicazione dell’art. 139 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. In questa pronuncia è ribadito il principio in precedenza affermato dalla Corte di giustizia secondo il quale, «nell’ambito dell’assicurazione obbligatoria, assume rilevanza non solo l’interesse particolare del danneggiato alla riparazione del danno, ma anche l’interesse generale e sociale ad avere un livello accettabile e sostenibile dei premi assicurativi all’interno di una responsabilità civile che è sempre più assicurata in forza di uno specifico obbligo legislativo»⁽³⁰⁾.

Si affaccia l’idea che «non dovrebbe essere considerato solo il livello del risarcimento ma anche il livello dei premi assicurativi per evitare che l’aumento del risarcimento, che riguarda i soli danneggiati, comporti automaticamente l’aumento dei premi che, invece, sono pagati da tutti. E sarebbe proprio in questa prospettiva – che mira a “contemperare l’esigenza di riparazione del danno con l’esigenza sociale della riduzione dei costi assicurativi a carico del sistema” – che troverebbe giustificazione la limitazione del risarcimento del danno di lieve entità»⁽³¹⁾.

In buona sostanza, senza sconfinare nell’analisi economica del diritto, incomincia ad emergere la compiuta consapevolezza che anche il danno non patrimoniale deve trovare un limite che, nel danno patrimoniale, è il mercato a dare. Qui è il principio di ragionevolezza, unitamente alla sostenibilità del sistema (fra responsabilità e assicurazione), che aiuta nella ricerca di quel limite, della cui necessità ormai più nessuno dubita. Sulla scorta di questa tendenza, c’è chi ha posto il tema di una più generale riflessione sul costo del risarcimento del danno, quindi sulla opportunità di frenare l’allargamento delle mobili frontiere del danno risarcibile.

Cronologicamente quest’ultima riflessione si data a partire dal momento in cui un tema di

(29) Cfr. Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972-75, cit., la riflessione è fatta per negare il risarcimento ai c.d. danni bagatellari, sui quali si era profusa un’ampia letteratura, parallela alla riflessione sulla tipizzazione sociale del danno esistenziale.

(30) Corte giustizia Unione europea, 23 gennaio 2014, in causa C-371/12, E. e C. Petillo contro Unipol assicurazioni, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 129; in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 442, con nota di Bona, *Sinistri stradali, azione diretta e tutela risarcitoria: progressi e arresti nelle ultime pronunce della corte di giustizia*; in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, p. 820, con nota di Sabbatelli, *Risarcimento del danno morale nelle lesioni micropermanenti: possibile compressione dei danni risarcibili e compatibilità con il diritto dell’Unione europea*; in *Europa e dir. privato*, 2014, p. 659 (m), con nota di Astone, *Danno alla persona e regole risarcitorie: la sentenza della Ceg del 23 gennaio 2014 e l’art. 139 del codice delle assicurazioni*.

(31) Corte Cost. 16 ottobre 2014, n. 235, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3345 (in motivazione § 6, parte in fatto; § 10.2.2, parte in diritto), con nota di Cuocci, *La quantificazione del danno biologico per lesioni di lieve entità: un dialogo tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia*; in *Danno e resp.*, 2014, p. 1021, con nota di Frigerio, *La legittimità costituzionale dell’art. 139 cod. ass.*; in *Corriere giur.*, 2014, p. 1483, con nota di Rossetti, *Micropermanenti: fine della storia*; in *Resp. civ.*, 2014, p. 1826, con nota di Scognamiglio, *Il danno da micropermanenti: la giurisprudenza della corte costituzionale, la funzione della responsabilità civile ed una condivisibile concretizzazione del principio di irrisarcibilità del danno non eccedente il livello della tollerabilità*; Ziviz, *Prima furon le cose, e poi i nomi*.

JUS CIVILE



grande importanza economica è diventato di opinione pubblica: penso alla questione della *spending review*. Essendo diventato di opinione pubblica, la sua tecnicità è passata dalle spese degli Stati attraversati dalla crisi, dopo il 2008, alla valutazione di qualsiasi spesa, anche di quella per il risarcimento del danno. In molti interventi ascoltati ai convegni sulla responsabilità civile, ho avuto l'impressione che buona parte degli argomenti adoperati per giustificare la riduzione delle spese per eliminare gli sprechi o necessarie per garantire il rispetto dei parametri posti dal Trattato siano gli stessi di quelli introdotti per legittimare la necessità di ridurre il risarcimento del danno. Ciò porta a concludere che, in tendenza, è privilegiata la posizione di chi agisce, rispetto a quella di chi subisce.

Devo subito premettere che i flussi finanziari generati dalle azioni di risarcimento del danno, quand'anche costituiscano oggetto di un indennizzo assicurativo, non possono essere apprezzati allo stesso modo di una scelta dello Stato che taglia certe spese, riduce certi costi oppure sceglie di elevare l'età pensionabile. La mutualità assicurativa non può comunque essere paragonata al presupposto per erogazione di una prestazione imputabile ad un'assicurazione sociale. Responsabilità civile e previdenza possono avere qualche zona di intervento in concorrenza, qualche volta può apparire che la funzione possa essere la stessa, ma la loro fonte è distinta. Così, ad esempio, l'indennizzo erogato in conseguenza di un illecito commesso da un'auto pirata ai sensi dell'art. 283, lett. a), d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, può rasentare una finalità previdenziale, data l'assenza dell'autore del sinistro, ma il meccanismo creato per l'esercizio di questa prestazione mutualistica consente di riaffermarne il carattere privatistico legato al fatto illecito e non ad una prestazione di carattere previdenziale.

Questo non significa che l'area del danno risarcibile della responsabilità civile sia privo di limite alcuno, significa invece che questo limite deve essere trovato applicando le regole proprie di questo rimedio. Occorre, quindi, che vi sia un fatto illecito fonte di responsabilità civile per aversi risarcimento del danno, che è questione diversa dall'individuare i presupposti della prestazione previdenziale. Come criterio concorrente nella fissazione del limite è opportuno impiegare quello della comparazione, in modo corrispondente a come ha fatto la Cassazione per decidere sulla questione del diritto a nascere sani. In quella vicenda la Corte si è chiesta quel era la decisione sul medesimo caso in ordinamenti affini al nostro e ha deciso tenendo conto di come altri Paesi hanno considerato la medesima vicenda. Nel caso in esame uno sguardo a ciò che accade in altri Paesi, in particolare in quelli dell'unione europea, può essere una buona base di partenza per decidere se una certa lesione sia da ritenere socialmente rilevante e tale da legittimare il risarcimento del danno non patrimoniale.

In definitiva non è opportuno scegliere se stare dalla parte di chi agisce o di chi resiste, con valutazione compiuta *a priori*; occorre, caso per caso, in applicazione di una regola tecnica prendere una decisione, possibilmente conforme a quella che un giurista tedesco, francese o spagnolo avrebbe preso sulla medesima lite. Il compito dell'interprete, dunque, diventa quello di chi deve creare le condizioni per procedere verso un diritto uniforme, tenuto conto de «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e

JUS CIVILE



delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, [che] fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 3, comma 3°, Tratt. UE), quindi costituiscono l'ordinamento giuridico di ogni Stato membro. In questo modo si pratica quell'*ars combinatoria* cui alludeva il Maestro, citando Gottfried Wilhelm Leibniz⁽³²⁾.

(32) Cfr. Galgano, *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, in *Contratto e impr.*, 2012, p. 84 s., che cita Leibniz, *Scritti di logica*, a cura di F. Barone, trad. it., Bologna, 1968, p. 189.



FEDERICA GIRINELLI

Dottoranda di ricerca – Università degli Studi di Teramo

L'ACCERTAMENTO DI UNA PRATICA COMMERCIALE SCORRETTA: IL DOPPIO BINARIO RIMEDIALE DEL *PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT*

SOMMARIO: 1. Le pratiche commerciali scorrette. – 1.1 Le pratiche commerciali ingannevoli. – 1.2 Le pratiche commerciali aggressive. – 2. I rimedi di public enforcement. – 3. I rimedi di private enforcement. – 3.1 L'articolo 140 bis Cod. Cons.. – 3.2 I rimedi negoziali. – 4. Le prospettive per il futuro: la Direttiva 2014/104/UE. – 5. Conclusioni.

1. – Il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno adottato l'11 maggio 2005 la direttiva n. 29 relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno¹. Nel primo articolo la direttiva individua il suo scopo, che ha natura duplice e consiste nel «contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori mediante l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri in materia di pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori»². Nei numerosi *Considerando*, infatti, si sottolinea come la difformità delle normative nazionali in materia di pratiche commerciali sleali potrebbe generare

¹ La dottrina in materia di pratiche commerciali scorrette è molto vasta: G. DE CRISTOFARO, *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo*, Torino, 2008; ID, *Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti tra professionisti e consumatori: il d.lgs. 146 del 2 agosto 2007, attuativo della direttiva 2005/29/CE*, in *Studium iuris*, 2007, p. 1188 ss.; V. DI CATALDO, *Pratiche commerciali scorrette e sistemi di enforcement*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 803 ss.; E. GUERINONI, *Pratiche commerciali scorrette. Fattispecie e rimedi*, Milano, 2010; A. GENOVESE, *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette*, Padova, 2008; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 73 ss.; ID, *Le prime pronunce dei giudici amministrativi in materia di pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2009, II, p. 886 ss.; L. MINERVINI, E. ROSSI CARLEO, *Pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, Milano, 2007; U. WEATHERILL, S. BERNITZ, *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29: new rules and new techniques*, Oxford, 2007; V. MELI, *Pratiche commerciali scorrette*, in www.treccani.it; N. Z. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia (diretto da F. Galgano)*, Padova, 2012, vol. LXII, p. 101 ss.

¹ Sul punto, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2011, fasc. n. 2, p. 383: «Il dialogo tra l'autonomia privata e l'ordinamento diviene nel diritto europeo il dialogo tra l'autonomia privata ed il mercato, il limite posto alla prima è rappresentato, quindi, dalla regolazione del mercato al fine di scongiurarne il fallimento e si traduce nell'intervento sui suoi profili strutturali: la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza».

² Sul punto, S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e diritto privato*, 2011, fasc. n. 2, p. 383: «Il dialogo tra l'autonomia privata e l'ordinamento diviene nel diritto europeo il dialogo tra l'autonomia privata ed il mercato, il limite posto alla prima è rappresentato, quindi, dalla regolazione del mercato al fine di scongiurarne il fallimento e si traduce nell'intervento sui suoi profili strutturali: la tutela del consumatore e la tutela della concorrenza».

JUS CIVILE



ostacoli al buon funzionamento del mercato interno; pertanto, le istituzioni europee hanno deciso di intervenire in un'ottica di armonizzazione, con una direttiva che non intende sostituirsi ad alcuna precedente normativa, né nazionale né sovranazionale³, bensì aspira ad ampliare la tutela degli interessi economici dei consumatori nei riguardi delle pratiche commerciali «*il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative ai prodotti*»⁴. La tutela del contraente debole, pertanto, non rappresenta l'unica finalità della disciplina in esame: in un mercato che, sempre grazie agli impulsi comunitari, è ispirato alla concorrenza, appare non realistico vietare tutte le pratiche commerciali vivaci e suggestive, che invece favoriscono la concorrenza ed in ultima istanza anche i consumatori, purché non travalichino nella scorrettezza professionale⁵.

Il legislatore nazionale ha provveduto ad attuare la direttiva in commento mediante il d.lgs. del 2 agosto 2007, n. 146, che a sua volta ha sostituito gli articoli 18-27 del Codice del Consumo (d.lgs. n. 206/2005) con la nuova normativa sulle pratiche commerciali scorrette⁶.

Il Codice del Consumo, in attuazione della direttiva, ha adottato una struttura stratificata, costituita da una clausola generale che pone il divieto di realizzare pratiche commerciali scorrette (art. 20); due norme generali di divieto, riguardanti le sottocategorie di cui si compone la scorrettezza professionale, ossia le pratiche commerciali ingannevoli, sotto forma sia di azioni (art. 21) che di omissioni (art. 22), e le pratiche commerciali aggressive (art. 24); infine, due disposizioni contenenti degli elenchi di pratiche che devono in ogni caso ritenersi ingannevoli (art. 23) e aggressive (art. 26). La dottrina si è a lungo interrogata sulla struttura esposta: a fronte di un orientamento che sottolinea l'applicazione residuale della clausola generale di cui all'art. 20, in

³ Si tratta del Considerando n. 9, dir. 2005/29/CE. Giova precisare, ad ogni modo, che la direttiva in commento ha modificato la precedente dir. 84/450/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri in materia di pubblicità ingannevole, separando le discipline a seconda se siano rivolte alla tutela dei consumatori ovvero dei professionisti. Il legislatore nazionale ha attuato tale separazione limitando l'applicazione degli artt. 18-27 del Codice del Consumo ai rapporti tra professionisti e consumatori ed adottando il d.lgs. n. 145/2007 in materia di pubblicità ingannevole esclusivamente nelle relazioni tra imprese, il cui art. 1 infatti stabilisce che «*le disposizioni del presente decreto legislativo hanno lo scopo di tutelare i professionisti dalla pubblicità ingannevole e dalle sue conseguenze sleali, nonché di stabilire le condizioni di liceità della pubblicità comparativa*».

⁴ Si tratta del Considerando n. 7, Dir. 2005/29/CE.

⁵ In tal senso R. PENNISI, *Considerazioni in merito alle pratiche commerciali sleali*, in *Giur. comm.*, fasc. n. 5, 2012, p. 653.

⁶ La dottrina si è interrogata in ordine all'attributo di scorrettezza utilizzato dal legislatore nell'attuazione della direttiva del 2005, in considerazione dell'utilizzo del diverso aggettivo di slealtà nella traduzione italiana della direttiva medesima: si è ipotizzata l'intenzione del legislatore di rimarcare la differenza tra la presente disciplina e la disciplina della concorrenza sleale contenuta negli artt. 2598 cc e ss.. In molti hanno criticato la scelta legislativa, considerando da un lato che nel microcosmo del codice del consumo le espressioni di slealtà e scorrettezza sono utilizzate come sinonimi e dall'altro che lo stesso art. 2598 co. 3 c.c. definisce sleale la condotta dell'imprenditore che si avvalga di mezzi non conformi ai principi di correttezza professionale (G. DE CRISTOFARO, *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, 2013, p. 149).

JUS CIVILE



relazione a fattispecie non specificamente regolate da una norma più dettagliata⁷, vi è un indirizzo che invece interpreta l'art. 20 come norma contenente i principi dell'intera materia⁸. Un'opinione compromissoria sostiene che le pratiche ingannevoli e le pratiche aggressive costituiscono *species* delle pratiche commerciali scorrette e per esse opera una presunzione di scorrettezza, restando ad ogni modo possibile dimostrare che altre pratiche, sebbene non rientranti nelle espresse nozioni di aggressività ed ingannevolezza, siano manifestazione di una scorrettezza professionale⁹.

Giova, in primo luogo, delineare l'ambito soggettivo di applicazione della normativa in commento. L'art. 18 contiene le nozioni di professionista e consumatore rilevanti ai fini della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette: in particolare, è consumatore «*qualsiasi persona fisica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale*»; mentre, è professionista «*qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista*». Si tratta di definizioni che tendenzialmente si ispirano alle nozioni generali di consumatore e professionista contenute nell'art. 3 del Codice del Consumo; tuttavia, la scelta di inserire definizioni *ad hoc* per la disciplina delle pratiche commerciali scorrette è stata considerata indice di una difformità di prospettiva tra la disciplina in esame e la restante normativa consumeristica. Nelle disposizioni afferenti alle pratiche commerciali scorrette, infatti, l'attenzione del legislatore pare essere rivolta all'attività commerciale del professionista, piuttosto che al contratto da questi stipulato con il consumatore¹⁰.

Al fine di individuare l'ambito oggettivo di applicazione della disciplina delle pratiche

⁷ In particolare si tratta di G. DE CRISTOFARO, *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007, p. 116, che definisce la struttura esposta come piramidale e dunque gerarchica.

⁸ M. LIBERTINI, *Clausola*, cit., p. 54, definisce la struttura esposta a cerchi concentrici.

⁹ In tal senso, V. MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in AIDA, 2008, p. 257, che richiama a sostegno della sua tesi la prassi dell'Agcm, la quale non rinuncia mai ad effettuare una valutazione generale di contrarietà alla diligenza professionale, per poi successivamente verificare se sia possibile qualificare la pratica in termini di aggressività ovvero in termini di ingannevolezza.

¹⁰ G. GRISI, *Rapporto di consumo e pratiche commerciali sleali*, in *Europa e dir. priv.*, fasc. 1, 2013, p. 1, rinvia nella scelta di adottare definizioni soggettive specifiche l'indice più evidente della estraneità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette rispetto alla restante normativa del Codice del consumo. Dall'art. 18, in particolare dal costante riferimento alle pratiche commerciali, si evince che l'intera disciplina non si occupa del consumatore contraente, né del rapporto tra questi ed il professionista, bensì dell'attività commerciale che il professionista pone in essere nei confronti della generalità dei consumatori. Dalla focalizzazione dell'attenzione sull'attività e non sul singolo contratto, sarebbe possibile spiegare il silenzio da parte della disciplina in esame sulla sorte del contratto stipulato dal consumatore con un professionista che ha posto in essere una pratica commerciale scorretta e la previsione, invece, di rimedi generali pubblicistici, che vanno a colpire esclusivamente l'attività economica del professionista. Parimenti L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. contr.*, 2011, p. 166 precisa che la disciplina delle pratiche commerciali scorrette si distingue rispetto alle precedenti discipline di settore nell'ambito consumeristico per un cambiamento di prospettiva: l'attenzione dei regolatori si sposta dall'atto-contratto alla pratica commerciale.

JUS CIVILE



commerciali scorrette, risulta opportuno procedere ad una lettura chirurgica dell'art. 20 del Codice del Consumo, in modo tale da chiarire il significato e le problematiche che ogni singola espressione utilizzata dal legislatore implica. La disposizione in esame vieta al primo comma le pratiche commerciali scorrette: la nozione di pratica commerciale è contenuta nell'art. 18 lett. d) ed è molto estesa, poiché comprende qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione e comunicazione commerciale. La nozione di scorrettezza, invece, si rinviene nel secondo comma dell'art. 20, e deriva da due diverse qualità di una pratica commerciale: la sua contrarietà alla diligenza professionale e la sua falsità ovvero idoneità a falsare in modo apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio¹¹. A sua volta, la diligenza professionale è oggetto di un chiarimento nell'art. 18 lett. h) ed è definita quale «normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti, rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista». La precisazione svolta dal legislatore non è casuale, poiché è finalizzata a distanziare la diligenza in esame dalla diligenza conosciuta dalla civilistica e parametrata sull'art. 1176 c.c., ossia sui tradizionali canoni di incuria, imperizia, imprudenza ed illegalità¹². Il livello dovuto dai professionisti nello svolgimento delle pratiche commerciali non è determinabile a priori, bensì costituisce una questione che va risolta caso per caso, tenuto conto soprattutto dell'attività esercitata dal professionista¹³.

¹¹ Giova precisare che la nozione di correttezza non è d'ispirazione comunitaria, essendo da tempo conosciuta nell'ordinamento nazionale. L'art. 1175 c.c. stabilisce che il debitore ed il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza: si tratta, dunque, di una clausola generale del sistema delle obbligazioni, che deve informare tanto il comportamento del debitore quanto quello del creditore. La dottrina da tempo si interroga circa il rapporto di identità o di alterità tra la correttezza e la buona fede in senso oggettivo, che consiste in un'altra clausola generale prevista in materia contrattuale in diverse disposizioni codicistiche (nelle trattative, art. 1337 c.c.; nella condizione, art. 1358 c.c.; nell'interpretazione, art. 1366 c.c.; nell'esecuzione, art. 1375 c.c.; nell'eccezione di inadempimento, art. 1460 c.c.): a fronte di opinioni minoritarie che cercano di individuare dei tratti differenziali, l'opinione allo stato maggioritaria si esprime a favore dell'identità dei concetti. I doveri di buona fede oggettiva e di correttezza, che costituiscono attuazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione, impongono alle parti obblighi ulteriori rispetto a quelli che scaturiscono dal rapporto obbligatorio. In particolare: doveri di protezione, di avviso, di segreto, di cooperazione e di conservazione.

¹² Nonostante la dottrina non sia ancora del tutto concorde sull'autonomia della nozione di diligenza prevista nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette rispetto alla nozione del diritto comune espressa nell'art. 1176 c.c., la giurisprudenza risulta consolidata sul punto. Si veda, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 720, in *Foro amm. C. d. S.*, 2011, 1. p. 278 ss.: «Come è noto, in materia di pratiche commerciali, i professionisti sono tenuti a rispettare uno standard di diligenza tale da consentire al consumatore di determinarsi consapevolmente in un mercato concorrenziale. Tale canone di diligenza viene definito dall'art. 18, comma 1, lett. h), del codice del consumo, come il normale grado della specifica competenza che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività dei professionisti. Si tratta di una nozione di diligenza professionale che assume rilievo specifico nell'ambito della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e si differenzia rispetto alla nozione civilistica di diligenza nell'adempimento delle obbligazioni e di colpa nell'ambito dell'illecito aquiliano».

¹³ In tale senso G. DE CRISTOFARO, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, (a cura di De Cristofaro e Zaccaria), 2013, p. 156, laddove precisa che la diligenza professionale dell'art. 18 è una nozione specificamente propria della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e dotata di piena autonomia, non mostrando alcun legame

JUS CIVILE



Per essere definita scorretta, una pratica commerciale deve avere un requisito ulteriore alla contrarietà rispetto alla diligenza professionale e consistente nella falsità ovvero nella idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio in misura apprezzabile. Ne consegue che l'illecito di scorrettezza professionale costituisce un illecito di pericolo, non essendo indispensabile la falsità della pratica, bensì rivelandosi sufficiente l'idoneità ad incidere sulle decisioni economiche dei consumatori. L'art. 18 lett. e) precisa il significato della idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore, che si traduce nell'abilità di alterare la capacità del consumatore di prendere una decisione commerciale consapevole. Tale idoneità non è affidata alla sensibilità degli interpreti, bensì risulta ben delineata in negativo mediante l'individuazione di due limiti: essa, infatti, deve essere apprezzabile e parametrata non a qualsiasi consumatore, ma al consumatore medio. I limiti *de quibus* rappresentano sia l'attuazione del principio di proporzionalità, cui sempre si ispira l'operato delle istituzioni europee, sia un tentativo delle istituzioni europee di trovare un bilanciamento tra il libero gioco del mercato e la tutela dei consumatori. In particolare: l'apprezzabile capacità di alterazione dei comportamenti economici dei consumatori costituisce un requisito *de minimis* ed è volto ad evitare applicazioni formalistiche della disciplina in esame¹⁴; il parametro delle valutazioni esposte consiste nel consumatore medio, ossia nel consumatore normalmente informato e ragionevolmente avveduto, così come precisato dal Considerando n. 18 della direttiva del 2005¹⁵.

1.1 – Le pratiche commerciali ingannevoli consistono nella prima tipologia di pratiche commerciali scorrette disciplinate nel Codice del Consumo, il quale all'uopo prevede tre disposizioni normative. In primo luogo, le azioni ingannevoli di cui all'art. 21: sono tali le informazioni non rispondenti al vero ovvero le informazioni che, sebbene corrette, siano idonee ad ingannare il consumatore con riferimento ad una serie di elementi legati ad un prodotto (*ex multis*: l'esistenza o la natura del prodotto, le sue caratteristiche principali, la portata degli impegni del professionista, il prezzo, i diritti del consumatore). Il secondo comma della norma in esame stabilisce che devono essere considerate ingannevoli anche le azioni decettive dei professionisti, che inducano o siano idonee ad indurre il consumatore medio a prendere una decisione commerciale che, in loro assenza, questi non avrebbe preso, comportando una confusione tra i prodotti e le rispettive denominazioni, ovvero il mancato adempimento da parte del professionista

con la nozione civilistica di diligenza, nell'adempimento delle obbligazioni, e di colpa, nella responsabilità extracontrattuale.

¹⁴ R. PENNISI, *Considerazioni*, Cit., p. 653, parla di *materiality test*.

¹⁵ Sul punto R. PENNISI, *Considerazioni*, Cit., p. 653, evidenzia che dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia emerge la figura di un consumatore particolarmente accorto, molto di più rispetto alla media statistica dei livelli di attenzione e di conoscenza propri degli acquirenti nel mercato comune europeo. La Corte, in altre parole, tratteggia una figura deontologica del consumatore medio, poiché individua come un consumatore medio dovrebbe essere ed agire: non si limita a descrivere come la maggior parte dei consumatori è ed agisce. Diversa, invece, e più realistica, è la figura del consumatore medio che emerge dalla prassi dell'Agcm: un consumatore con un livello di attenzione e conoscenza piuttosto basso.

JUS CIVILE



dei codici di condotta che il medesimo si è impegnato a rispettare. In secondo luogo, l'art. 22 definisce le omissioni ingannevoli, intese come omissioni da parte del professionista di informazioni rilevanti di cui il consumatore medio necessita per poter prendere consapevoli decisioni commerciali e che non siano già evidenti dal contesto negoziale, quali ad esempio le caratteristiche principali del prodotto, l'indirizzo geografico e l'identità del professionista, il prezzo complessivo del prodotto, comprensivo anche delle eventuali imposte. Infine, la successiva disposizione contiene un elenco tassativo di pratiche che sono considerate in ogni caso ingannevoli (*ex multis*: l'affermazione falsa di adesione ad un codice di condotta, l'esibizione senza autorizzazione di un marchio, la presentazione di diritti attribuiti dalla legge al consumatore come caratteristiche dell'offerta)¹⁶.

1.2 – La seconda tipologia di pratiche commerciali scorrette, ossia le pratiche commerciali aggressive, è descritta dall'art. 24 e si caratterizza per la presenza di molestie, coercizioni, ricorso alla forza fisica e indebito condizionamento¹⁷ al fine di incidere sul comportamento economico del consumatore medio. Quest'ultimo mezzo, stante la sua ampiezza e vaghezza, viene definito dall'art. 18 lett. 1) in termini di sfruttamento di una posizione di potere del professionista rispetto al consumatore, tale da ricomprendere tutte le situazioni in cui il consumatore si trovi in una posizione di inferiorità rispetto al professionista per ragioni economiche, lavorative, familiari o sociali. Giova precisare che l'indebito condizionamento rappresenta una concretizzazione dell'attività di armonizzazione che la direttiva del 2005 ha tentato di realizzare: la nozione *de qua*, infatti, è assolutamente estranea ai sistemi di *civil law* e deriva dalla tradizione giuridica di *common law*, dove viene utilizzata per descrivere le ipotesi in cui la parte debole di un rapporto contrattuale si sia determinata a contrarre per effetto della pressione psicologica esercitata da altri ed abbia così risentito un pregiudizio dei propri interessi (c.d. *undue influence*). Nei sistemi di *common law*, la sussistenza di un indebito condizionamento giustifica il ricorso al rimedio dell'annullamento del contratto¹⁸.

Infine, la disposizione normativa successiva elenca una serie di pratiche in ogni caso aggressive (*ex multis*: dare l'impressione al consumatore di non poter lasciare il locale commerciale

¹⁶ Sul punto in dottrina è stata avanzata la possibilità di classificare l'elenco di pratiche in ogni caso ingannevoli in due categorie: pratiche commerciali fondate sull'inganno dell'apparenza e pratiche fondate sull'inganno della propaganda (NONA, in MINERVINI – ROSSI CARLEO, *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, p. 196)

¹⁷ La dottrina, dalla lettura congiunta dell'art. 24 con l'art. 25 che è rubricato «Ricorso a molestie coercizione o indebito condizionamento», ritiene che le molestie consistano in atteggiamenti che importunano il consumatore, disaggi idonei a penetrare nella sfera intima e personale, come ad es. l'inserimento costante di materiale pubblicitario nella cassetta delle lettere, nonostante l'esplicito avviso di essere la stessa sgradita (sul punto Howells, in *Howells-Micklitz-Wilhelmsson, European Trading Law*, p. 181). Le coercizioni, invece, sono accostate al ricorso alla forza fisica.

¹⁸ Sul punto M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 56; F. LUCCHESI, *Pratiche commerciali scorrette: definizioni e ambito di applicazione*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2013, I, p. 165.

JUS CIVILE



senza aver concluso il contratto, effettuare costanti visite presso l'abitazione del consumatore nonostante il dissenso di questi, effettuare costanti solleciti telefonici per concludere dei contratti).

Dal sistema esposto si evince che, a fronte di due elenchi tassativi di pratiche in ogni caso ingannevoli e aggressive, in cui si realizza un'inversione dell'onere della prova a carico del professionista, il consumatore può dimostrare che una pratica, non rientrante negli elenchi, sia ingannevole o aggressiva sulla base del combinato disposto degli artt. 21 e 22 da un lato, nonché 24 e 25 dall'altro, ovvero sulla base della clausola generale di scorrettezza di cui all'art. 20.

L'attribuzione di posizioni giuridiche soggettive e di tutele sostanziali sarebbe destinata a rimanere confinata nei libri di scuola laddove non fosse accompagnata da un corposo braccio correttivo, ossia da un efficace e tempestivo sistema di *enforcement* che consenta ai soggetti beneficiari delle tutele di agire per attuare nella realtà concreta i principi affermati in astratto dalle normative.

2. – Il d.lgs. n. 146/2007 ha profondamente ridisegnato l'assetto della tutela amministrativa azionabile a fronte di scorrettezze commerciali perpetrate dalle singole imprese, affidando l'*enforcement* all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm), già competente in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, ed incrementandone i relativi poteri sanzionatori ed inibitori, così come si evince dal testo attuale dell'art. 27 del Codice del Consumo¹⁹.

La direttiva n. 2005/29/CE, base normativa del decreto legislativo citato, si presentava particolarmente analitica e precisa, con riferimento agli aspetti di diritto sostanziale; tuttavia, il medesimo rigore non si rinviene con riferimento all'apparato rimediale. All'uopo, basti considerare l'articolo 11 della direttiva, che, dopo aver ricordato agli Stati membri il loro dovere di garantire l'osservanza delle disposizioni esposte nella direttiva, lascia a questi ultimi ampi margini di scelta in ordine all'applicazione della disciplina stessa. In particolare, in sede di attuazione, gli stati membri avrebbero potuto scegliere tra molteplici alternative: affidare la tutela della disciplina delle pratiche commerciali scorrette all'autorità giudiziaria ordinaria; incaricare un'autorità amministrativa della tutela in via esclusiva; infine, affidare ad un'autorità amministrativa il compito di promuovere un'adeguata azione giudiziaria. Invero, le soluzioni esposte dalla direttiva non sono alternative tra loro, poiché la congiunzione utilizzata è duplice: e/o. Il d.lgs. n. 146/2007 ha usufruito di tutto il margine di scelta lasciato dalle istituzioni europee: ne è derivato un sistema rimediale particolarmente complesso, la cui analisi deve necessariamente prendere avvio dal rimedio avverso le pratiche commerciali scorrette espressamente previsto dal Codice del Consumo nel titolo ad esse dedicato.

Si tratta dell'art. 27, rubricato «*Tutela amministrativa e giurisdizionale*», in cui l'Agcm rive-

¹⁹ In tal senso A. CATRICALÀ e M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 49.

JUS CIVILE



ste il ruolo di protagonista indiscussa²⁰. Nei primi commi, la disposizione in esame individua sinteticamente i poteri dell'Autorità, la quale può vietare la diffusione di una pratica commerciale scorretta non ancora immessa sul mercato ovvero la continuazione di una pratica già utilizzata, nonché può sospendere in via cautelare la pratica commerciale in caso di urgenza ed infine irrogare sanzioni pecuniarie. Il procedimento in materia può prendere avvio d'ufficio ovvero su istanza di parte, sia individuale (singolo consumatore) che collettiva (organizzazione rappresentativa). Il responsabile del procedimento, come emerge dal regolamento interno dell'Autorità in materia di pratiche commerciali scorrette²¹, deve comunicare l'avvio dell'istruttoria a tutti i soggetti coinvolti, così assicurando il contraddittorio nei confronti dell'impresa che ha realizzato la pratica di cui si discute²². In seguito all'apertura dell'istruttoria, dovrebbe iniziare un dialogo collaborativo tra l'impresa coinvolta e l'Agcm, che potrebbe culminare nell'archiviazione del procedimento con assunzione di impegni: entro quarantacinque giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento, infatti, il professionista può presentare all'Autorità l'impegno di porre fine all'infrazione, rimuovendo i profili di illiceità della pratica commerciale. L'Agcm, valutata l'idoneità della proposta all'eliminazione della scorrettezza professionale, può accettare ed archiviare il procedimento, salvi i casi di manifesta scorrettezza e gravità della pratica commerciale. Laddove non si riesca a chiudere il procedimento mediante l'assunzione degli

²⁰ L'Agcm è stata istituita in seguito all'entrata in vigore della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*), in qualità di ente amministrativo indipendente deputato all'applicazione della normativa antitrust. In una prima fase, l'Autorità è stata impegnata esclusivamente nell'applicazione della normativa antitrust, in collaborazione con le istituzioni europee; successivamente, tuttavia, le sono state attribuite diverse competenze in ambiti settoriali eterogenei. In particolare, risulta opportuno citare il d.lgs. 25 gennaio 1992, n. 74 (pubblicità ingannevole), il d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 67 (pubblicità comparativa), la l. n. 78/1999 (ripartizione dei diritti di trasmissione delle partite di calcio), la l. n. 57/2001 (il rispetto degli obblighi di separazione societaria per le imprese che gestiscono servizi di interesse economico generale), il d.lgs. n. 28/2004 (concentrazione nel settore della distribuzione cinematografica), il d.lgs. 146/2007 (le pratiche commerciali scorrette), il d.lgs. 145/2007 (la pubblicità tra imprese), la l. n. 215/2004 (i conflitti di interesse dei titolari di incarichi governativi), il d.P.R. n. 168/2010 (i servizi pubblici locali di rilevanza economica). Sul punto, V. DI CATALDO, *Pratiche*, Cit., p. 803 ss.; A. CIATTI, *La tutela amministrativa e giurisdizionale*, in G. De Cristofaro (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori*, Torino, 2007; A. ASTAZI, *Le attribuzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato in materia di pratiche commerciali scorrette*, in A. Catricalà-P. Troiano, *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010.

²¹ Delibera Agcm 1 aprile 2015, n. 25411 – *Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie* (G.U. del 23 aprile 2015, n. 94).

²² Il contraddittorio è molto esteso: oltre ai soggetti direttamente coinvolti, in quanto imprese della cui condotta commerciale si discute e soggetti che hanno presentato l'istanza di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 10 del reg. Agcm possono intervenire nell'istruttoria i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui può derivare un pregiudizio dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria. Sulla domanda di partecipazione al procedimento, che deve essere motivata e riportare chiaramente l'interesse ad intervenire, deve pronunciarsi il responsabile del procedimento; in caso di responso favorevole, i partecipanti del procedimento possono depositare memorie e documenti, nonché fare richieste di accesso agli atti e chiedere di essere ascoltate dal responsabile del procedimento mediante apposite audizioni. Sul punto G. TADDEI ELMI, *I rimedi: tutela amministrativa e giurisdizionale. L'autodisciplina*, in *Contratto e responsabilità. Il contratto dei consumatori, dei turisti, dei clienti, degli investitori e delle imprese deboli*, G. Vettori (a cura di), Padova, 2013, I, p. 237 ss.

JUS CIVILE



impegni, l'istruttoria prosegue fino alla decisione dell'Autorità che deve pervenire entro 120 giorni dall'avvio del procedimento (salve eventuali proroghe)²³.

Il responsabile del procedimento rimette gli atti raccolti e le valutazioni svolte nel corso dell'istruttoria al Collegio dell'Autorità, per l'adozione del provvedimento finale, che può essere di rigetto o di accoglimento. Il rigetto preclude all'Autorità di riesaminare i fatti che ne costituiscono il fondamento; l'accoglimento implica, nei confronti dell'impresa coinvolta, il divieto di diffondere o di continuare la promozione della pratica commerciale valutata scorretta e l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria che oscilla tra 5.000 e 500.000,00 Euro, a seconda della gravità della condotta, della durata della violazione e della dimensione economica dell'impresa. Può inoltre essere ordinata la pubblicazione della pronuncia dell'Autorità sui quotidiani, a spese del professionista. Laddove le imprese non dovessero adeguarsi ai *dicta* dell'Autorità, la medesima può sospendere l'attività di impresa per un periodo non superiore a trenta giorni.

Da quanto esposto, sembrerebbe che il legislatore italiano, nell'attuazione della direttiva del 2005, avesse optato in modo netto per la tutela amministrativa delle pratiche commerciali scorrette; tuttavia, l'impressione iniziale non risulta confermata da una lettura sistematica dell'intero apparato rimediale applicabile nell'ambito della scorrettezza commerciale.

L'art. 27, comma 13, del Codice del Consumo ammette il ricorso al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, avverso le decisioni dell'Autorità. La scelta fatta dal legislatore in ordine alla giurisdizione sui provvedimenti dell'Agcm pone delle problematiche non indifferenti, quali la legittimazione ad agire e l'intensità del controllo giurisdizionale.

Con riferimento alla legittimazione ad impugnare un provvedimento dell'Agcm reso in materia di pratiche commerciali scorrette, *nulla quaestio* sulla legittimazione delle imprese destinatarie del provvedimento; tuttavia, la dottrina si è a lungo interrogata sulla legittimazione anche di soggetti diversi, quali i consumatori finali ed altre imprese. Superata una vetusta tesi restrittiva, basata sulla convinzione che la *ratio* dell'istituzione dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato consisterebbe unicamente nella tutela della libertà di iniziativa economica e della concorrenza²⁴, attualmente prevale l'orientamento estensivo, che ritiene la l. n. 287/1990 finalizzata alla tutela di tutti gli operatori economici: pertanto, si ritengono legittimati ad impugnare un provvedimento dell'Agcm sia i consumatori, in quanto portatori di un interesse qualificato ad ottenere informazioni commerciali corrette, che altre imprese non destinatarie del provvedimento, purché operanti nel medesimo settore economico dell'impresa destinataria²⁵.

²³ Nel corso dell'istruttoria, l'Autorità può disporre dell'ausilio della guardia di finanza, svolgere ispezioni e perizie (artt. 13 e 14). Allorché il responsabile del procedimento ritiene sufficientemente istruita la questione, comunica alle parti la data di conclusione dell'istruttoria ed indica loro un termine per la presentazione di memorie conclusive. Sul punto, S. BASTIANON, *La tutela del consumatore alla luce delle nuove norme legislative e regolamentari in materia di pratiche commerciali sleali*, in *Resp. civ. e prev.*, fasc. n. 7-8, 2008, p. 1460B ss.

²⁴ In tali termini: Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792 in *Repertorio di giurisprudenza amministrativa* 2007, di G. Mastropietro, A. Tartaglia, L. Tramontano, p. 429.

²⁵ In tali termini: Cass. Civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207 in *Danno e resp.* 2005, p. 495 ss.

JUS CIVILE



In ordine all'intensità del sindacato giurisdizionale da parte del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Agcm, l'orientamento tradizionale sul punto riconduceva la questione alla tematica del controllo giurisdizionale sui provvedimenti amministrativi costituenti manifestazione di discrezionalità tecnica delle pubbliche amministrazioni e si esprimeva in favore di una sindacabilità per i vizi di legittimità, ma non di merito, ad eccezione della determinazione delle sanzioni pecuniarie, dove il sindacato può estendersi al merito amministrativo ai sensi dell'art. 134, co.1, lett. c) del d.lgs. n. 104/2010. In altre parole, l'attività dell'Agcm è ricondotta alla discrezionalità tecnica, a cui tradizionalmente consegue un sindacato debole del giudice amministrativo, il quale non può sovrapporre la propria valutazione tecnica alla determinazione dell'ente amministrativo, ma può realizzare soltanto un controllo di ragionevolezza, razionalità, non contraddittorietà e logicità dei provvedimenti amministrativi²⁶. La circostanza esposta ha reso particolarmente critica una parte della dottrina²⁷, la quale ha ritenuto non felice la scelta del legislatore di affidare la tutela avverso le scorrettezze commerciali ad un ente, di certo indipendente, ma in ogni caso amministrativo e, pertanto, abilitato ad usufruire di quella discrezionalità amministrativa che non contribuisce alla certezza del diritto ed alla efficacia di una struttura rimediabile.

Sul punto, giova evidenziare la presenza di un'evoluzione giurisprudenziale: a partire dal 2004, infatti, il Consiglio di Stato, sulla scorta delle critiche elaborate dalla dottrina, ha superato la dicotomia tra sindacato debole-sindacato forte del giudice amministrativo sui provvedimenti costituenti espressione di discrezionalità tecnica. Nelle sentenze, infatti, si rinviene la precisazione per cui non assume rilievo la qualificazione del sindacato, bensì rileva soltanto il principio di effettività della tutela giurisdizionale, il cui rispetto richiede che il giudice possa verificare se il potere attribuito alle Autorità indipendenti sia stato esercitato correttamente: ne è conseguita l'estensione della cognizione piena del giudice amministrativo sia alle questioni di fatto che alle questioni di diritto, senza ovviamente giungere alla sostituzione del proprio apprezzamento e della propria valutazione tecnica agli accertamenti ed alle valutazioni realizzate dall'amministrazione²⁸.

²⁶ *Ex multis*: Cons. Stato, Sez. VI, 7 luglio 2008, n. 3345 in *Foro amm. C.d. S.*, 2008, 7-8, p. 2108 ss.; Cons. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2003, n. 1054 in *Foro. it.*, 2003, III, p. 361 ss. Per un'analisi in materia di discrezionalità amministrativa si rinvia a E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, p. 360.

²⁷ Si veda in proposito V. DI CATALDO, *Pratiche*, Cit., p. 803: nel caso di pratiche commerciali scorrette, la scelta del giudice amministrativo come giudice competente a decidere sui provvedimenti dell'Autorità garante non è una scelta felice. L'insoddisfazione deriva dal fatto che, secondo le regole del Consiglio di Stato, il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità garante non è un sindacato pieno. Tutt'al contrario, è un sindacato di tipo debole che non consente un potere sostitutivo del giudice tale da sovrapporre la propria valutazione all'operato dell'Autorità. Il controllo del giudice è volto esclusivamente a verificare la veridicità dei fatti posti alla base del provvedimento impugnato, la logicità della contestualizzazione dei concetti giuridici indeterminati e la correttezza logica del confronto tra i fatti accertati e le norme come contestualizzate dall'Autorità.

²⁸ In tali termini: Cons. Stato, Sez. VI, 30 luglio 2009, n. 4082 in *Foro. amm. C.d.S.* 2009, 6, p. 1511 ss.: «Al riguardo, deve essere ricordato che le valutazioni, effettuate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, costituiscono espressione di discrezionalità tecnica e sono, in quanto tali, sindacabili non solo se immotivate o irra-

JUS CIVILE



3. – Il processo di integrazione europea ha posto la scienza giuridica di fronte ad una difficoltà senza precedenti: in passato, infatti, sebbene fossero egualmente presenti difficoltà ermeneutiche nei testi di legge e di conseguenza occorresse un'attività di ricostruzione sistematica da parte della dottrina, tutte le problematiche vedevano coinvolti soggetti che parlavano la stessa lingua, utilizzavano le medesime categorie giuridiche e ragionavano avendo alle spalle un *background* giuridico comune, costituito da pochi ma non discutibili dogmi. Tra questi, vi era di certo la concezione di rimedio, quale strumento di tutela di un interesse giuridico²⁹: ne derivava l'assoluta certezza della priorità della definizione e qualificazione di un interesse rispetto all'individuazione del relativo rimedio, che, infatti, consisteva in un'operazione logicamente succedanea e secondaria rispetto alla ricostruzione della posizione giuridica soggettiva di interesse³⁰.

Il diritto europeo, invero, capovolge la prospettiva descritta. Nelle normative europee destinate ad incidere sui contratti non si rinvencono numerose menzioni di invalidità né di inefficacia: il regolatore europeo preferisce individuare il risultato che gli stati membri devono garantire ed affida ad essi il compito di selezionare all'interno dei diversi ordinamenti giuridici i rimedi opportuni per ottenere i risultati richiesti³¹. Considerando la difformità delle tradizioni giuridiche degli stati membri, non era pensabile dare vita a normative di armonizzazione che prendessero posizione sulle situazioni giuridiche soggettive: inevitabilmente, si sarebbe dovuta compiere una scelta preferenziale a favore dell'una o dell'altra tradizione giuridica. Di conseguenza, il diritto europeo ha scartato a priori la prospettiva assiologica del diritto a favore di una prospetti-

gionevoli, ma anche in ogni caso in cui, oltre ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, sia possibile estendere l'oggetto del giudizio con cognizione piena alla esatta valutazione del fatto, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie applicabile. Se è vero infatti che il Giudice non può sostituire all'apprezzamento dell'Amministrazione il proprio apprezzamento, è anche vero che il medesimo Giudice non può esimersi dal valutare casi di oggettiva erroneità in rapporto a parametri tecnici di univoca lettura, ovvero a dati di comune esperienza e ad orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia. L'indirizzo sopra sintetizzato si è tradotto nelle formule, di norma utilizzate dalla giurisprudenza, secondo le quali l'esercizio della discrezionalità tecnica deve risultare attendibile (in quanto rispondente ai dati concreti), logico e non arbitrario. L'orientamento giurisprudenziale indicato mira a garantire, con l'effettività della tutela giurisdizionale, l'esclusione di ambiti franchi da tale tutela, al fine di assicurare un giudizio coerente con i principi, di cui agli articoli 24, 111 e 113 Cost, nonché 6, par.1, CEDU».

²⁹ Sul punto, M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 5 – *La responsabilità*, Milano, 2012, p. 119.

³⁰ M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc. n. 1, 2014, p. 1 ss. precisa che la concezione assiologica del diritto pone al centro della ricostruzione di ogni vicenda l'interesse e la sua rilevanza del sistema giuridico. Interesse e rilevanza pongono, a loro volta, all'ordinamento il problema della tutela. La rilevanza giuridica non esaurisce infatti la giuridicità del fatto. Oltre alla rilevanza giuridica, vi è il momento dell'efficacia. In ogni fatto giuridico si individuano due fasi, una rappresentata dal processo qualificativo diretto ad attribuire rilevanza e riconoscimento formale al fatto; un'altra di riconduzione degli effetti giuridici alla fattispecie già giuridicamente qualificata come rilevante.

³¹ Sul punto V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.* 2007, fascic. n. 6, p. 845 ss.: l'Autore evidenzia come le formule ricorrenti nel linguaggio del diritto europeo dei contratti di fonte comunitaria sono 'l'irrinunciabilità di determinati diritti', 'il carattere imperativo o cogente di apposite disposizioni', 'la non vincolatività di particolare accordi o clausole contrattuali'. Il lessico giuridico europeo risulta restio ad utilizzare espressioni quali validità, nullità o inefficacia.



va teleologica e orientata al risultato: in altre parole, nell'orizzonte del diritto europeo assume rilievo prioritariamente la tutela di una posizione di fatto che è stata ritenuta rilevante e, solo subordinatamente, la sua qualificazione giuridica, che infatti può variare da stato membro a stato membro, mentre comune deve essere il livello di tutela garantito³².

Alla luce di tali premesse, pare opportuno analizzare i rimedi di diritto interno e le scelte all'uopo operate dal legislatore nazionale.

3.1 – L'art. 140 – bis del Codice del Consumo è stato introdotto dall'art. 2, commi 445-449, della l. 24 dicembre 2007 n. 244, che ha istituito l'azione collettiva risarcitoria, preposta a garantire la tutela collettiva risarcitoria di una pluralità di consumatori ed utenti, lesi da una medesima condotta perpetrata da una determinata impresa. L'azione, ad ogni modo, è entrata in vigore soltanto nella versione disegnata dall'art. 49 della l. 23 luglio 2009, n. 99 e si proponeva di rimuovere gli ostacoli di ordine economico che si frappongono tra i consumatori e la tutela dei loro diritti: sovente, infatti, i singoli consumatori rinunciano a far valere i diritti loro attribuiti dalla legge poiché i costi giudiziali si rivelerebbero superiori ai benefici che potrebbero derivare dall'eventuale accoglimento della relativa azione giudiziale.

Giova precisare che la tutela collettiva risarcitoria rappresenta una parte di un più corposo intervento legislativo, finalizzato all'introduzione di rimedi collettivi a fronte della lesione degli interessi consumeristici. L'intervento in parola è stato intrapreso dopo le crisi finanziarie causate dalle *debacle* economico-finanziarie di Cirio e Parmalat e si è sviluppato su due distinte fasi: nella prima, è stata introdotta l'azione collettiva inibitoria (art. 140)³³ e nella seconda, appunto, l'azione collettiva risarcitoria (140 – bis), ispirata alla *class-action* statunitense³⁴.

³² Sul punto M. ASTONE, *Rimedi*, Cit.: si precisa che il diritto europeo dei contratti sotto questo profilo appare fortemente innovativo, poiché obiettivo fondamentale è garantire il soddisfacimento e la piena realizzazione degli interessi, a prescindere dalla forma di rilevanza da loro assunta. Perciò appare sufficiente una strategia rimediale che sia portatrice insieme dell'interesse e del mezzo di tutela e sia idonea a consentirne la realizzazione o la reintegrazione.

³³ L'art. 140 del Codice del Consumo attribuisce alle associazioni rappresentative dei consumatori e degli utenti il diritto di agire collettivamente per la tutela degli interessi di questi ultimi, richiedendo al giudice competente l'inibitoria di atti e comportamenti perpetrati da professionisti e lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti. In tale sede, le associazioni possono chiedere all'autorità giudiziaria di adottare delle misure idonee ad eliminare gli effetti dannosi degli atti già compiuti, ma non possono chiedere il risarcimento dei danni sofferti dai consumatori e dagli utenti.

³⁴ Si vuol far riferimento alla *damage class action* (ossia azione giudiziale finalizzata al risarcimento del danno e non alla *injunctive class action*, volta all'accertamento di una condotta illecita), che consiste in uno strumento versatile e generico, attraverso cui è possibile realizzare la tutela dei diritti degli individui (BONA, *Obiettivo class action: l'azione collettiva risarcitoria*, a cura di Consolo, Bona, Buzzelli, p. 2). Negli Stati Uniti è possibile che un singolo consumatore, danneggiato dalla condotta di un'impresa, decida di promuovere una *class action* per ottenere il risarcimento dei danni, in rappresentanza degli altri eventuali consumatori danneggiati. La sua azione è soggetta ad un filtro da parte di una Corte federale che deve verificare la capacità del soggetto richiedente di tutelare adeguatamente gli interessi dei potenziali danneggiati, nonché la copiosità dei danneggiati e l'omogeneità della situazione da cui è scaturita la richiesta di tutela. Una volta ammessa l'azione, la Corte federale provvede a nominare il soggetto rappresentante della classe, che sovente coincide con il consumatore che ha subito il maggior danno, ed il suo difensore in

JUS CIVILE



La legittimazione attiva dell'azione spetta a ciascun componente della classe, sia individualmente, sia attraverso associazioni rappresentative, le quali possono agire soltanto come mandatarie dei consumatori e degli utenti. L'espressione 'classe' deve essere letta in combinato disposto con l'*incipit* della disposizione in esame, dove si individua il presupposto oggettivo dell'azione collettiva risarcitoria, che infatti può essere avviata soltanto al fine di tutelare '*diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti*'³⁵. Tale presupposto oggettivo, ad ogni modo, è chiarito dal secondo comma dell'art. 140 – bis, laddove si elencano gli oggetti della tutela collettiva risarcitoria: i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano in una situazione omogenea nei confronti di una medesima impresa; i diritti omogenei spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto o servizio nei confronti del relativo produttore; e, *dulcis in fundo*, i diritti omogenei al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

Il procedimento giudiziale si articola in una prima fase in cui il tribunale competente (che è il Tribunale ordinario del capoluogo di regione in cui ha sede l'impresa) si pronuncia sulla ammissibilità o meno dell'azione; in caso di responso positivo, il tribunale individua le modalità più idonee per rendere pubblica l'azione e fissa un termine perentorio entro il quale gli atti di adesione devono essere depositati in cancelleria (sistema c.d. *opt-in*). Nella seconda fase, il legislatore ha ritenuto opportuno incentivare la promozione di una soluzione transattiva, prevedendo un tempo di novanta giorni entro il quale l'impresa e gli aderenti all'azione di classe possono raggiungere un accordo in ordine alla somma da liquidare. In assenza della definizione transattiva della controversia, il tribunale liquida in via equitativa le somme dovute a coloro che hanno aderito all'azione oppure individua un criterio di calcolo per la liquidazione. L'adesione ad un'azione di classe preclude agli aderenti ulteriori azioni risarcitorie individuali; gli aderenti, ad ogni modo, non sono tenuti ad accettare la proposta transattiva, residuando per chi non aderisce all'accordo la possibilità di esperire un'azione di risarcimento individuale.

Una disposizione di peculiare interesse, che fa tastare le problematiche derivanti dalla necessità di coordinare i diversi strumenti rimediali a fronte di una pratica commerciale scorretta, si rinviene nel sesto comma dell'art. 140 bis, laddove è previsto che il tribunale può sospendere alla prima udienza il giudizio «*quando sui fatti rilevanti al fine del decidere è in corso un'istruttoria dinanzi ad un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice ammi-*

giudizio, che è lo studio legale che di fatto finanzia l'azione giudiziale. Al termine dell'azione, laddove accolta, il giudice fissa la somma dovuta a titolo risarcitorio a tutti gli appartenenti alla classe (sistema c.d. *opt-out*), comprensiva anche dei danni punitivi. Sul punto G. DINACCI, in *Diritto dei consumi: soggetti, contratti, rimedi*, Torino, 2012, p. 231 ss.

³⁵ Sul punto si consideri il recente intervento legislativo, intervenuto con l'art. 6 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 che ha introdotto diverse novità: in primo luogo, si è sostituito l'aggettivo «omogenei» al precedente aggettivo «identici», così operando un ampliamento del presupposto oggettivo di applicabilità dell'azione di classe; in secondo luogo, si è introdotto un termine non superiore a 90 giorni per addivenire ad un accordo sulla liquidazione del danno; infine, si è specificato che oggetto dell'azione è l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori.

JUS CIVILE



nistrativo». La presenza di tale norma di raccordo ha fatto sì che le poche azioni di classe risarcitorie finora intraprese nell'ordinamento nazionale siano state successive ad una pronuncia dell'Agcm che abbia accertato la scorrettezza di una pratica commerciale³⁶. Statisticamente, sono numerose le pratiche commerciali scorrette che si prestano per la loro diffusività ad un'azione di classe: basti pensare all'attivazione di servizi di pagamento non richiesti, nonché alla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali, ovvero all'omissione ingannevole di informazioni rilevanti per una decisione commerciale consapevole³⁷.

Nonostante l'entrata in vigore dell'art. 140-bis fosse stata salutata con favore, invero ad oggi le azioni di classe effettivamente intentate e giunte a sentenza si contano su un palmo della mano. Le ragioni sono molteplici: in primo luogo, la diffidenza degli operatori del diritto, che considerano la *class action* uno strumento estraneo alla tradizione giuridica nazionale; in secondo luogo, l'amara constatazione che difficilmente un singolo consumatore si potrebbe rendere portatore degli interessi di categoria, così svelando la circostanza per cui l'azione di classe può essere effettivamente promossa esclusivamente da soggetti economici forti ed esperti, in quanto tenuti ad accollarsi le spese giudiziali ed a superare il filtro di ammissibilità che il legislatore ha posto nella disciplina dell'azione collettiva risarcitoria. Infine, non può sottacersi la circostanza della natura irrisoria dei risarcimenti concessi nelle esigue *class action* giunte a sentenza nell'ordinamento nazionale³⁸.

3.2 – Gli articoli 140 e 140-bis del Codice del Consumo prevedono dei rimedi giurisdizionali avverso i comportamenti commerciali scorretti delle imprese, così differenziandosi dalla tutela amministrativa offerta dall'Agcm e disciplinata dall'art. 27 del Codice. Si tratta, ad ogni modo,

³⁶ La dottrina risulta divisa in ordine all'atteggiamento che deve avere il giudice civile nelle ipotesi di azioni di classe c.d. *follow-on*, ossia susseguenti ad un provvedimento di condanna della pratica commerciale scorretta da parte dell'Agcm. Un orientamento sostiene che il tribunale deve in ogni caso compiere un pieno accertamento del fatto produttivo del danno risarcibile e deve considerare il provvedimento dell'Autorità come mero indizio (M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, 2006); un altro indirizzo attribuisce alla discrezionalità del giudice civile decidere quale peso attribuire agli accertamenti dell'Agcm (M. SCUFFI, *Tutela anti-trust del consumatore e azione di classe*, in *Dir. ind.*, 2009, p. 345 ss.); altri studiosi hanno qualificato il provvedimento dell'Autorità come prova privilegiata nel giudizio civile (V. FALCE, *Pratiche commerciali scorrette e azione di classe*, in www.dimt.it); un ultimo orientamento ritiene che il provvedimento dell'Autorità sia idoneo a fondare una presunzione legale sia in ordine alla sussistenza del fatto che in ordine alla qualificazione dello stesso come lecito o illecito, residuando in ogni caso al giudice ordinario il diritto di disapplicare un provvedimento amministrativo e così discostarsi, con una congrua motivazione, dagli accertamenti svolti dall'Agcm (M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in *Riv. dir. ind.*, fasc. n. 4-5, 2011, p. 147 ss.)

³⁷ In tal senso E. SBARBARO, *L'azione di classe a tutela del consumatore contro pratiche commerciali scorrette e comportamenti anticoncorrenziali delle imprese*, in www.dimt.it.

³⁸ Al riguardo M. ASTONE, *Rimedi*, Cit., precisa che il frequente utilizzo nel sistema americano delle *class action* è legato anche alla corposità dei risarcimenti del danno accordati dalle Corti federali, in quanto comprensivi dei *punitive damages*. Tale circostanza sarebbe non ammissibile non solo nell'ordinamento italiano, ma anche nell'esperienza europea: dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, si evince che, pur spettando agli Stati membri il compito di stabilire i criteri di determinazione del danno risarcibile, in ogni caso deve essere sempre garantito il rispetto dei principi di effettività e di equivalenza, al fine di evitare arricchimenti senza causa degli aventi diritto.

JUS CIVILE



di rimedi a vocazione collettiva, che lasciano priva di risposta una domanda che, da quanto sovra esposto, sorge spontanea: del contratto a valle, stipulato dal consumatore con il professionista che ha realizzato una pratica commerciale scorretta, *quid iuris*?

Sul punto, infatti, la direttiva del 2005 precisa di non pregiudicare i ricorsi individuali proposti dai soggetti che sono stati lesi da una pratica commerciale sleale, né tantomeno l'applicazione delle disposizioni europee e nazionali relative al diritto contrattuale, ai diritti di proprietà intellettuale, agli aspetti sanitari e di sicurezza dei prodotti, alle condizioni di stabilimento ed ai regimi di autorizzazione. Il legislatore nazionale ha pedissequamente attuato il *dictum* della direttiva nell'art. 19 del Codice del Consumo, assicurando che le nuove disposizioni non pregiudicano «*l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto*».

Giova soffermarsi sull'espressione «*non pregiudica*» utilizzata dal legislatore italiano: dovrebbe trattarsi di un'affermazione neutrale, che non prende posizione sulla tematica e non implica l'assenza di rimedi negoziali ed individuali a fronte della perpetuazione di pratiche commerciali scorrette³⁹. Tale espressione, sebbene rispettosa della direttiva, in cui ha di certo una giustificazione razionale consistente nel garantire l'armonizzazione tra diverse esperienze giuridiche senza favorire alcuna di esse, non trova una giustificazione sostanziale in un ordinamento nazionale, dove il regolatore è tenuto a tracciare la via a cui gli operatori del diritto avranno il dovere di attenersi. Il decreto legislativo del 2007, invece, rinvia al sistema giuridico nazionale ed affida agli interpreti l'arduo compito di individuare i rimedi negoziali nei confronti di un contratto derivante da una pratica commerciale scorretta, con l'intenzione inespressa ma evidente di non prendere posizione in ordine alle disquisizioni dottrinali afferenti ai rimedi da utilizzare nelle ipotesi di violazioni di discipline di ispirazione europea. Procedendo attraverso il metodo dell'interpretazione sistematica, è possibile individuare due ampie tipologie di rimedi astrattamente applicabili al contratto *de quo*: il rimedio dell'invalidità, nelle diverse forme della nullità e dell'annullabilità, ed il rimedio della responsabilità, nei diversi schemi giuridici offerti dalla tutela aquiliana, dalla tutela precontrattuale e dal risarcimento dei danni.

Con riferimento ai rimedi invalidanti, l'indagine non può che prendere le mosse da una recente pronuncia della Corte di Giustizia, in cui si è precisato che l'accertamento di una pratica commerciale scorretta non implica automaticamente l'invalidità del contratto stipulato dal consumatore con il professionista⁴⁰. Essendo, quindi, bandito ogni automatismo, occorre di volta in

³⁹ Sul punto, M. R. MAUGERI, *Violazione della disciplina delle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2009, p. 481 sostiene che il legislatore italiano, al pari di quello europeo sebbene per diverse ragioni, ha evitato di prendere posizione sui rimedi negoziali applicabili all'esito di un accertamento di una pratica commerciale scorretta. G. Taddei Elmi, *I rimedi*, Cit., p. 235 ss. evidenzia che «*ben può dirsi che mentre l'AGCM è preposta alla cura dell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato, mediante l'adozione dei provvedimenti sanzionatori amministrativi (public enforcement), ai giudici ordinari rimane affidata la tutela civilistica dei singoli soggetti danneggiati dalle pratiche commerciali scorrette (private enforcement): tutela i cui contorni non sono tuttavia ben precisati nel Codice del Consumo*».

⁴⁰ Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, C-453/10: «(...) è sufficiente rilevare che la direttiva 2005/29 non pregiudica



volta considerare gli effetti che la presenza di una pratica commerciale scorretta ha determinato sull'operazione negoziale.

Secondo la teoria classica dell'invalidità, un regolamento di interessi viene considerato nullo in ragione del difetto o della grave anomalia di uno o più elementi costitutivi, tale da rivelarsi inidoneo alla produzione dei suoi effetti tipici; la nullità, inoltre, viene anche valutata dalla prospettiva della sua *ratio*, consistente nella tutela di interessi generali⁴¹. Come noto, l'art. 1418 c.c. prevede tre tipologie di nullità: la nullità strutturale, a fronte di un difetto di uno degli elementi costitutivi del contratto; la nullità testuale, a fronte di una violazione di una norma che preveda espressamente come conseguenza la nullità; la nullità virtuale, che è inespressa e consegue alla violazione di una norma imperativa. La disciplina consumeristica ha innovato il sistema delle nullità, poiché ha introdotto una nullità testuale con un regime speciale, c.d. nullità di protezione, avente ad oggetto le clausole vessatorie inserite nei contratti di consumo⁴². Con riguardo alle pratiche commerciali scorrette, manca una previsione siffatta, con la conseguenza di dover escludere *de iure condito* la nullità testuale del contratto a valle. Ci si è chiesti se fosse possibile ritenere invalido il contratto sulla base dell'accertamento di una nullità virtuale, consistente nella violazione della norma imperativa di cui all'art. 20 del Codice del Consumo ovvero nella violazione dell'art. 143 del medesimo, che in via generale prescrive la nullità di ogni pattuizione contraria alle disposizioni del Codice del consumo. All'uopo, la discussione si è spostata sull'annosa questione dell'individuazione delle norme imperative idonee a generare nullità virtuali: in dottrina la definizione comunemente accolta consiste nel ritenere imperative le norme che l'autonomia privata non può derogare, in quanto poste a tutela di interessi generali e dell'ordine pubblico⁴³. Un contratto contrario a norme imperative è, dunque, nullo in seguito ad un giudizio di dannosità sociale e di immeritevolezza della causa contrattuale, qualificabile come illecita (art. 1343 c.c.)⁴⁴. Una tale definizione nel tempo non si è rivelata sempre utile al fine di individuare le nullità virtuali, stante l'incremento delle previsioni di norme cogenti nel diritto privato da parte dei regolatori, nazionale ed europeo. La discussione sul punto, pertanto, si è fo-

ca l'applicazione, ai sensi del suo articolo 3, paragrafo 2, del diritto contrattuale, né, in particolare, delle norme sulla formazione, validità o efficacia dei contratti. Di conseguenza, l'accertamento del carattere sleale di una pratica commerciale non ha diretta incidenza sulla validità del contratto ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13» in www.europa.eu.

⁴¹ Sul tema generale della nullità: M. Bianca, *Diritto Civile 3 – Il contratto*, Milano, 2000, p. 612 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* di V. ROPPO, Milano, 2006, IV. p. 1 ss.; F. GALGANO, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Roma, 1998, articoli 1414-1446, p. 78 ss.

⁴² In particolare, l'art. 36 del Codice del Consumo stabilisce al primo comma che: «Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto». Sull'argomento la letteratura è molto vasta: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; G. D'AMICO *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, Torino, 2009; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; F. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Milano, 2002.

⁴³ In tal senso, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* di V. Roppo, Milano, 2006, IV. p. 40 ss.

⁴⁴ Sul punto M. BIANCA, *Diritto Civile 3 – Il contratto*, Milano, 2000, p. 618.



calizzata sulla distinzione tra regole di condotta e regole di validità: sebbene siano in aumento le voci contrarie⁴⁵, l'opinione ancora maggioritaria in dottrina⁴⁶ ritiene che la nullità di un negozio possa conseguire esclusivamente alla violazione di regole afferenti alla sua sostanza ed ai suoi elementi costitutivi, non invece alla violazione di regole che prescrivono doveri di correttezza e modelli di condotta. L'indice dal quale evincere che il contesto culturale e giuridico attuale non è ancora pronto a sviluppare tutte le potenzialità sottese alla nullità virtuale si rinviene nella celebre pronuncia resa a Sezioni Unite della Corte di Cassazione in materia di intermediazione finanziaria, dove si è ribadito che la violazione dei doveri informativi degli intermediari, sebbene sanciti in norme imperative, non è idonea ad invalidare un contratto di intermediazione, implicando soltanto conseguenze sul piano della responsabilità (contrattuale o precontrattuale, a seconda del momento in cui si è realizzata la violazione) e del risarcimento dei danni⁴⁷. Con riferimento al rimedio della nullità virtuale, giova precisare che il suo campo di applicazione potrebbe essere in ogni caso residuale, ossia afferente a tutte le ipotesi in cui non è ravvisabile nel sistema giuridico un rimedio specifico⁴⁸.

⁴⁵ Si vedano G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in *AA.VV. L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 227 ss.; V. SCALISI, *Il contratto*, Cit., p. 244 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, p. 242 ss.; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contratti*, 2003, p. 200 ss.; L. DI NELLA, *Prime considerazioni sulla disciplina delle pratiche commerciali aggressive*, in *Contr. e impr./Eu.*, fascic. n. 1, 2007, p. 39 ss., con riferimento all'ammissibilità del rimedio della nullità soltanto a fronte delle pratiche commerciali aggressive.

⁴⁶ Si veda V. SANGIOVANNI, *Commento a Cass. Civ. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724*, in *I contratti*, 2008, 3, p. 235 ss.: se è la sola condotta dell'intermediario a violare norme imperative, ciò non determina la nullità del contratto. Ai sensi dell'art. 1321 c.c., il contratto è il risultato dell'accordo dei contraenti, non il comportamento di una delle parti. Ne consegue che, se le parti inserissero nel contratto di investimento una clausola contraria ad uno dei principi espressi nell'art. 21 TUF, la medesima sarebbe nulla per violazione di norme imperative. I comportamenti scorretti delle parti non entrano a far parte del programma contrattuale e non possono determinarne l'invalidità. Allo stesso modo V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere Giuridico*, 2008, 2, p. 233 ss.: la corte esclude che la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario possa originare una nullità riconducibile al secondo comma dell'art. 1418 c.c., che come noto costituisce il riflesso negativo dei requisiti essenziali del contratto, la cui mancanza ovvero, quanto all'oggetto ed alla causa, la cui illiceità determina a sua volta la nullità del contratto. Al più, l'esistenza di vizi del consenso potrebbe tradursi nella annullabilità del contratto quadro. Parimenti G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; e A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

⁴⁷ Si tratta della sentenza Cass. civ., sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 in *Il civilista*, 2009, 10, p. 100 ss. con nota di Roi. Il principio espresso è del seguente tenore: «*In tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di corretta informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi finanziari può dar luogo a responsabilità pre-contrattuale – con conseguenze risarcitorie ove dette violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro) – o a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni compiute in esecuzione al contratto quadro; in ogni caso, è da escludere che, mancando un'esplicita previsione normativa, la violazione dei doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del c.d. contratto quadro o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso*».

⁴⁸ Secondo la teoria classica dell'invalidità, il rimedio della nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c. ha natura residuale poiché può trovare applicazione solo con riferimento alla violazione di norme imperative non assistite da altro specifico rimedio previsto dall'ordinamento giuridico.

JUS CIVILE



In particolare, un rimedio calzante potrebbe essere ravvisato nell'annullamento del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta. La teoria generale dell'invalidità riconduce l'annullabilità all'esigenza di tutela di interessi particolari, quali sono gli interessi dei soggetti che hanno concluso un contratto in una situazione di incapacità ovvero in una situazione di difettosità del consenso. Cause tipiche di annullabilità del contratto, infatti, sono l'incapacità (art. 1425 c.c.) ed i vizi del consenso, quali l'errore, la violenza e il dolo (art. 1427 c.c.)⁴⁹; ovviamente, soltanto i vizi del consenso possono risultare calzanti nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

In primo luogo deve prendersi in considerazione l'errore, che, tradizionalmente inteso come falsa o erronea rappresentazione della realtà, potrebbe essere accostato alle pratiche ingannevoli, le quali infatti contengono informazioni non rispondenti al vero ovvero inducono il consumatore ad una rappresentazione non corretta con riferimento agli elementi del prodotto. Da un punto di vista sostanziale, potrebbe effettivamente esservi un'assonanza, che, ad ogni modo, viene meno non appena si presta attenzione alla disciplina positiva dell'errore: l'errore, infatti, per poter legittimare l'annullamento del contratto, deve essere essenziale e riconoscibile⁵⁰. L'essenzialità non rappresenterebbe un ostacolo all'applicazione dell'errore alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in quanto l'elenco degli elementi su cui ha inciso l'informazione falsa resa dal professionista, contenuto nell'art. 21 co. 1 del Codice del Consumo, afferisce ad aspetti che ben possono essere considerati rilevanti al fine della stipulazione di un contratto. Problematico, invece, è il requisito della riconoscibilità, posto a tutela dell'affidamento incolpevole nell'altrui dichiarazione: ai sensi dell'art. 1431 c.c., l'errore si considera riconoscibile quando, in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alla qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto riconoscerlo, con la conseguenza che, se l'errore non era riconoscibile da parte del destinatario della dichiarazione negoziale, il contratto non può essere annullato. Da quanto esposto, si evince che la riconoscibilità dell'errore è collegata alla diligenza e richiede una soggettivizzazione in relazione alla singola operazione negoziale; così non è per il parametro del consumatore medio, che si applica alle pratiche commerciali scorrette. Il consumatore medio, infatti, si identifica in una figura oggettiva e deontologica, che non considera il consumatore per quello che è, bensì per quello che dovrebbe essere: in particolare, un consumatore «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto», così come chiarito dal Considerando n. 18 della direttiva 2005/29/CE e ribadito più volte dalla Corte di Giustizia⁵¹.

⁴⁹ Per un'analisi approfondita sul punto si rinvia a E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto* di V. Roppo, Milano, 2006, IV, p. 175 ss.; F. GALGANO, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Roma, 1998, articoli 1414-1446, p. 251 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile 3 – Il contratto*, Milano, 2000, p. 642 ss.; A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937.

⁵⁰ Un'analisi accurata sull'errore si rinviene in V. PIETROBON, *L'errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963.

⁵¹ *Ex multis*: sent. Corte di Giustizia 12.02.2004 in C-218/01; 19.04.2007 in C-381/05; 24.10.2002 in C-99/01 in www.europa.eu.

JUS CIVILE



Altra ipotesi di annullabilità di un contratto potrebbe essere consequenziale alla violenza morale esercitata da uno dei contraenti verso l'altro e tale da estorcere il consenso altrui. Nella disciplina specifica in materia di vizi del consenso non si rinviene una definizione espressa della violenza morale; essa, tuttavia, viene ricavata con un'interpretazione sistematica dall'art. 122 co. 1 c.c., in tema di matrimonio, che accosta alla violenza il '*timore di eccezionale gravità*'⁵². La violenza morale presenta delle evidenti assonanze con l'aggressività delle pratiche commerciali scorrette di cui all'art. 24 del Codice del Consumo; tuttavia, anche al riguardo, si ritiene che l'assonanza non regga il confronto con la disciplina positiva. La disciplina consumeristica, infatti, qualifica come aggressive le pratiche commerciali caratterizzate da molestie, coercizioni e condizionamenti indebiti, tali da limitare la libertà di scelta negoziale; non v'è alcun riferimento alle minacce né al timore, che rappresentano il cuore della disciplina di diritto comune della violenza⁵³.

Residua l'ultima ipotesi di vizio della volontà: il dolo. Secondo la teoria generale dell'invalidità, il dolo-vizio consiste nella condotta di uno dei contraenti che, con artifici e raggiri, induce l'altro alla stipulazione di un contratto che diversamente non avrebbe stipulato (art. 1439 c.c.) ovvero avrebbe concluso egualmente, ma a condizione diverse (art. 1440 c.c.): solo la prima ipotesi consente di attivare il rimedio dell'annullabilità, poiché la seconda dà diritto esclusivamente al risarcimento del danno⁵⁴.

L'unico vizio del consenso che potrebbe essere esteso alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette consiste esattamente nel dolo, sia nella forma determinante che nella forma meno grave di dolo incidente: come evidenziato, infatti, le *rationes* giustificatrici dell'intervento europeo del 2005 erano l'armonizzazione in materia di pratiche commerciali e la tutela della libertà negoziale di scelta dei consumatori.

La constatata possibilità di applicazione del dolo quale rimedio negoziale a fronte di una pratica commerciale scorretta non implica alcuna coincidenza delle discipline, che restano distinte e non sovrapponibili: in particolare, la disciplina in materia di vizi del consenso appare molto più restrittiva rispetto alla disciplina afferente alle pratiche commerciali scorrette. Essa, infatti, attribuisce al consumatore l'onere di provare gli artifici ed i raggiri, nonché l'atteggiamento intenzionale del professionista ad ingannarlo ed il nesso di causalità tra il dolo perpetrato e la decisione di acquisto; tuttavia, con riferimento a quest'ultimo presupposto, la lista di pratiche commerciali in ogni caso ingannevoli potrebbe fungere da ausilio per il consumatore, il quale

⁵² In tal senso E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, Cit., p. 291 ss.

⁵³ La recente giurisprudenza di legittimità in materia di annullamento del contratto per violenza ha avuto modo di precisare che si verifica l'ipotesi della violenza, invalidante il negozio giuridico, qualora uno dei contraenti subisca una minaccia specificamente finalizzata ad estorcere il consenso alla conclusione del contratto, proveniente dalla controparte o da un terzo e di natura tale da incidere, con efficienza causale, sul determinismo del soggetto passivo, che in assenza della minaccia non avrebbe concluso il negozio? (Sul punto si veda la Rassegna della giurisprudenza di legittimità – Orientamenti delle Sezioni Civili – Anno 2015, p. 180).

⁵⁴ In tal senso E. DEL PRATO, *Le annullabilità*, Cit., p. 267 ss.



infatti dovrebbe semplicemente allegare alle sue richieste giudiziali la circostanza della coincidenza tra la pratica in concreto subita ed una delle pratiche elencate nel Codice del Consumo⁵⁵.

La dottrina non ha mancato di evidenziare che, proprio con riferimento all'intenzionalità richiesta dalla disciplina codicistica del dolo, sussiste una palese differenza rispetto alla disciplina consumeristica in materia di pratiche commerciali scorrette, la quale, infatti, non richiede al fine della sua applicazione la prova dell'elemento soggettivo in capo al professionista⁵⁶. La citata sovrapposibilità è stata considerata reciproca⁵⁷: la dottrina, infatti, ha precisato che la disciplina in materia di pratiche commerciali sleali ha realizzato un'influenza positiva sulla disciplina codicistica del dolo, consentendo il definitivo superamento della visione tradizionale che riteneva necessario ai fini dell'annullamento del contratto per dolo un comportamento attivo e attribuendo al contrario rilevanza al mendacio, purché afferente ad elementi cognitivi indispensabili per il compimento di scelte di acquisto consapevoli⁵⁸.

Giova svolgere alcune considerazioni su un rimedio, alternativo all'annullamento, che il legislatore nazionale ha previsto con specifico riferimento al vizio dell'errore: si tratta della rettifica. Ai sensi dell'art. 1432 c.c., la parte contraente in errore non può domandare l'annullamento del contratto se, prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere. Il rimedio in commento si atteggia in modo peculiare: esso può essere attivato dalla parte non in errore, dunque dal professionista, nei confronti della parte caduta in errore, ossia del consumatore, il cui eventuale rifiuto è irrilevante, posto che l'esercizio del potere di rettifica estingue il diritto della controparte ad ottenere l'annullamento del contratto⁵⁹.

⁵⁵ Si esprime in questi termini una parte cospicua della dottrina favorevole ad estendere il rimedio dell'annullabilità per dolo al contratto a valle di una pratica commerciale scorretta. *Ex multis*: NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso*, in *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di Minervini, Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 239 ss.; N. Z. GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, Cit. p. 187 ss.

⁵⁶ In tal senso G. TADDEI ELMI, *I rimedi*, Cit., p. 258 ss.; U. SALANITRO, *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Europa dir. priv.* 2009, p. 59 ss.; A. CATRICALÀ-M.P. PIGNALOSA, *Manuale*, Cit., p. 74 ss.

⁵⁷ Sul punto A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, fascic. n. 2, 2006, p. 159 ss.: l'Autore evidenzia che il Codice del consumo autonomamente considerato non reca particolari innovazioni rispetto al diritto dei contratti europeo, tuttavia, letto con 'spirito di sistema', potrebbe fornire elementi utili a razionalizzare i rapporti con i consumatori ed a rinnovare il modo di intendere la disciplina del contratto così come contenuta nel codice civile.

⁵⁸ Con riferimento al dolo omissivo in generale, si vedano V. SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, Torino, 2004, I, p. 422 ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nei contratti*, Milano, 1972, p. 91 ss. Con riferimento al dolo omissivo nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, si veda M. R. MAUGERI, *Violazione*, Cit., p. 487 ss. La giurisprudenza oggi pacificamente ritiene configurabile il dolo determinante anche in presenza di mendacio e reticenza, ovviamente da contestualizzarsi nel rapporto contrattuale (Cass. Civ. del 5 febbraio 2007, n. 2479, in *Mass. giust. Civ.* 2007).

⁵⁹ Per un'analisi dell'istituto si rinvia a M. BIANCA, *Diritto civile 3 – Il contratto*, Milano, 2000, p. 678 ss. L'Autore qualifica la rettifica come un negozio giuridico, unilaterale e recettizio, mediante il quale la parte non in errore rende definitivamente efficace il contratto modificandone il contenuto conformemente all'originario intento effettivo della controparte.

JUS CIVILE



Un meccanismo del genere potrebbe essere ben accolto nella prospettiva del diritto europeo dei contratti e, allo stesso tempo, potrebbe rivelarsi più utile per i consumatori rispetto al rimedio invalidante dell'annullamento. Con riferimento al primo aspetto, risulta opportuno richiamare le scelte fatte dalle istituzioni europee in materia di vendita di beni di consumo: ivi, infatti, la riparazione e la sostituzione dei beni sono state elevate al rango di rimedi primari in caso di non conformità della merce compravenduta rispetto al contratto. Con riferimento al secondo aspetto, la dottrina che critica il rimedio dell'annullamento a fronte dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta pone alla base dell'argomentazione non tanto ragioni teoriche quanto una ragione di ordine pratico consistente nel disinteresse effettivo che il consumatore può avere all'azione di annullamento: questi, infatti, resterebbe privo sia degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla scorrettezza commerciale che del contratto stesso, in tal modo vedendo sacrificate le sue esigenze di consumo⁶⁰. Il rimedio della rettifica, invece, consentirebbe, di conservare il contratto a valle di una pratica commerciale scorretta con un contenuto diverso e conforme alle aspettative del consumatore, così da azzerare nella sostanza le conseguenze negative apportate dalla presenza di una pratica commerciale scorretta. *Tamquam non esset*.

L'estensione del rimedio della rettifica parrebbe scontrarsi con il dato letterale della legge: l'art. 1432 c.c., infatti, è dettato espressamente in materia di errore e la dottrina tradizionale deduce dalla disposizione normativa citata la limitazione dell'ambito di applicazione della rettifica alle ipotesi in cui sia riscontrato il vizio dell'errore⁶¹. Non mancano, ad ogni modo, autorevoli voci che ritengono possibile l'estensione del rimedio in commento agli altri vizi della volontà e, segnatamente, all'ipotesi del dolo incidente, dove la rettifica potrebbe essere qualificata in termini di risarcimento del danno in forma specifica⁶². L'estensione sembrerebbe possibile poiché alla base del rimedio della rettifica si pongono due principi generali, propri dell'intero ordinamento giuridico, quali la buona fede e il principio di conservazione del contratto.

Con riferimento ai rimedi negoziali non invalidanti, l'interpretazione sistematica induce a collegare la condotta del professionista che si comporta in modo scorretto verso il consumatore, limitando la sua libertà negoziale, alla condotta del contraente che viola la buona fede durante le trattative negoziali, implicando il sorgere di una responsabilità precontrattuale a suo carico. Come noto, l'art. 1337 c.c. esprime il generale dovere dei paciscenti di comportarsi in modo corretto nella fase prodromica alla conclusione di un accordo contrattuale e la disposizione successiva individua espressamente un'ipotesi di scorrettezza, consistente nel non aver comunicato le cause di invalidità del contratto *stipulando* che si conoscevano ovvero che si dovevano conoscere⁶³.

⁶⁰ In tal senso C. DALIA, *La tutela individuale del consumatore al di fuori del codice del consumo in caso di pratiche commerciali scorrette*, in www.comparazionedirittocivile.it.

⁶¹ In tal senso, E. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973.

⁶² In terminis M. BIANCA, *Diritto civile 3 – Il contratto*, Milano, 2000, p. 680.

⁶³ La dottrina in materia è molto vasta. Si vedano: F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963;

JUS CIVILE



Dall'utilizzo dello schema giuridico della responsabilità precontrattuale consegue il diritto al risarcimento del danno da parte del consumatore, che si atteggia in modo peculiare: comunemente si afferma che il risarcimento del danno a fronte della violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. è limitato all'interesse negativo, consistente nell'interesse del contraente ad essere riportato alla situazione patrimoniale esistente prima dell'inizio delle trattative rivelatesi inutili; tuttavia, dopo che la dottrina e la giurisprudenza dominanti hanno ammesso la configurabilità della responsabilità precontrattuale a fronte di un contratto validamente concluso⁶⁴, si è sostenuto che, in tali ipotesi, il danno risarcibile consistesse nel c.d. danno differenziale, ossia nel minor vantaggio o nel maggior aggravio economico derivato al danneggiato dalla violazione degli obblighi precontrattuali⁶⁵.

Al rimedio risarcitorio è possibile addivenire non solo attraverso lo schema della responsabilità precontrattuale, esperibile laddove la condotta di scorrettezza sia stata perpetrata nel corso delle trattative, bensì anche attraverso lo schema della responsabilità extracontrattuale, esperibile in tutte le ipotesi di lesione della libertà negoziale del consumatore. Come noto, la clausola aperta del danno ingiusto contenuta nell'art. 2043 c.c. consente di ampliare la categoria delle lesioni risarcibili sul piano aquiliano a seconda del sentire sociale, considerando gli interessi ritenuti di volta in volta meritevoli di tutela giuridica⁶⁶. La giurisprudenza consolidata, dopo aver superato la visione tradizionale che considerava l'art. 2043 c.c. una norma secondaria applicabile esclusivamente alle ipotesi di violazioni di posizioni giuridiche di diritto soggettivo, ha qualificato come danno ingiusto la lesione dell'interesse dei consumatori a potersi autodeterminare sul mercato ed a compiere scelte consapevoli⁶⁷.

C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990; G. D'AMICO, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto* di V. Roppo, Milano, 2006, V, p. 977 ss.; LOI e TESSITORE, *Buona fede e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1975; A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1974; M. BESSONE, *Rapporto precontrattuale e dovere di correttezza (osservazioni in tema di recesso dalla trattativa)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 962 ss.; G.PATTI-S.PATTI, *Commentario del Codice Civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1993, Articoli 1337-1342, p. 9 ss.

⁶⁴ In tal senso, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. Contr.* 2008, I, p. 104 ss.; ID, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obblig. Contr.*, 2007, fascic. n. 10, p. 785 ss.; M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995; G.Patti-S.Patti, *Commentario del Codice Civile diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1993, Articoli 1337-1342, p. 110 ss.

⁶⁵ La Corte di Cassazione ha espresso tale principio in diverse occasioni: *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Un., n. 26725/2007 in *Resp. Civ. e Prev.* 2008, 3. p. 547 ss. con nota di GRECO.

⁶⁶ Sul punto M.BIANCA, *Diritto civile 5 – La responsabilità*, Milano, 2012, p. 584 ss.

⁶⁷ Con riferimento alla dottrina che limitava la possibilità di risarcire il danno alle violazioni di posizioni giuridiche soggettive, si vedano: C. CASTRONOVO, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, fascic. n. 5, p. 469 ss.; ID, *Responsabilità civile antitrust: balocchi e profumi*, in *Danno e resp.*, 2004, fascic. 12, p. 1165 ss.; ID, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 182. Con riferimento invece all'orientamento che ammette il risarcimento del danno a fronte di una lesione del diritto all'autodeterminazione del privato si vedano: L. DI NELLA, *Cit.*, p. 43 ss.; S. ORLANDO, art. 24.26, in G. Vettori (a cura di), *Codice del Consumo. Aggiornamento. Pratiche commerciali scorrette e azione collettiva*, Padova, 2009, p. 107 ss.; Cass. Civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, 2005, p. 495 ss.

JUS CIVILE



Alla luce di quanto esposto, emerge un sistema frammentato di tutela negoziale del consumatore inciso da una pratica commerciale scorretta. In assenza di un'espressa indicazione legislativa, non risulterebbe opportuno propendere aprioristicamente per l'uno o per l'altro rimedio, essendo preferibile adottare una soluzione cumulativa, che tenga in debita considerazione le peculiarità della vicenda concreta e l'interesse dei consumatori coinvolti. Solo una precisazione pare doverosa: non si ritiene condivisibile l'opinione di chi, sulla base della vetusta distinzione nella disciplina contrattuale tra regole di condotta e regole di validità⁶⁸, esclude in modo categorico il rimedio della nullità di protezione nei confronti del contratto a valle di una pratica commerciale scorretta, qualificando la pratica scorretta del professionista come condotta contraria al canone di condotta della buona fede. Tale impostazione non sembra cogliere il diverso ruolo attribuito all'informazione dalla disciplina consumeristica di derivazione europea ed appare propria di un'epoca caratterizzata da mercati e sistemi giuridici nazionali: oggi l'internazionalizzazione degli ordinamenti e l'interdipendenza dei mercati impongono di adeguare lo statuto dei contratti alle qualità soggettive dei contraenti, in modo da attribuire all'informazione, all'interno delle negoziazioni caratterizzate da asimmetrie informative fisiologiche tra una parte contrattuale debole ed un'altra forte, un ruolo funzionale al corretto perfezionamento del consenso contrattuale.

Il diritto europeo mostra di aver ben compreso che il cuore dell'attuale diritto dei contratti è rappresentato dal regolamento contrattuale: nei codici degli stati membri, infatti, il regolamento dei contratti è rimesso essenzialmente al potere di decisione dei privati e solo marginalmente alla legge, in ossequio al principio dell'autonomia privata. Tali sistemi sono stati elaborati sul presupposto della parità giuridica ed economica dei paciscenti, che con il tempo è venuta scemando, a favore invece dell'affermazione di numerose situazioni di fisiologica debolezza contrattuale, derivanti principalmente dalle asimmetrie informative. Non v'è chi non veda come sia inverosimile, ovvero eccessivamente oneroso, per un consumatore (o cliente ovvero utente) reperire autonomamente tutte le informazioni necessarie per il compimento di scelte commerciali consapevoli. In tali situazioni, il diritto europeo è intervenuto assicurando uno statuto di protezione alle parti contrattuali deboli, in cui gli obblighi informativi assumono un ruolo costitutivo, spogliandosi della veste di mere regole di condotta derivanti dal canone della buona fede ed acquisendo la natura di elementi autonomi, idonei ad incidere sul consenso e, di conseguenza, sull'accordo, che, come noto, è un elemento costitutivo del contratto. Ne conseguirebbe la possibilità di addivenire ad una pronuncia di nullità, non virtuale, bensì strutturale, del contratto a

⁶⁸ La stessa dottrina che esclude il rimedio della nullità per il contratto a valle di una pratica commerciale scorretta si discosta dalla dicotomia tra regole di comportamento e regole di condotta: sul punto M.P. MAUGERI, *Violazione*, Cit., p. 484 ritiene doveroso escludere la nullità dai rimedi negoziali esperibili nei confronti dei contratti derivanti da pratiche commerciali scorrette poiché essa risulterebbe distonica rispetto alla disciplina consumeristica, stante la sua imprescrittibilità e la sua incidenza sulle posizioni giuridiche dei terzi. L'esclusione non deriverebbe giammai dall'applicazione della distinzione tra regole di condotta e regole di validità, bensì, aggiunge l'Autrice, dalla constatazione che le previsioni delle nullità di ispirazione europea non sono ancora così numerose da testimoniare l'esistenza di una tendenza in tal senso.



valle di una pratica commerciale scorretta per vizio dell'accordo, ogni volta in cui, all'interno di una contrattazione fisiologicamente diseguale ed in assenza di consapevolezza da parte del contraente debole in ordine al contenuto del regolamento del contratto, non risulterebbe essersi correttamente formato il consenso all'accordo contrattuale⁶⁹.

Ragionando in tali termini, risulta possibile comprendere e giustificare le argomentazioni svolte dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la quale, quando asserisce che mai la violazione del canone della buona fede comporta nullità, evidentemente si riferisce alle ipotesi in cui la buona fede opera quale fonte dei doveri informativi ai sensi dell'art. 1337 c.c. e non, invece, alle ipotesi in cui l'informazione ha acquisito una posizione di autonomia nella disciplina contrattuale in quanto idonea ad incidere direttamente sulla conclusione dell'accordo⁷⁰.

4. – La presenza di numerosi ed eterogenei strumenti rimediali a fronte della violazione di disposizioni di origine europea pone sovente problemi di coordinamento. Al riguardo, si rinvia una recente presa di posizione da parte delle istituzioni europee che, con la direttiva 2014/104/UE, hanno dettato alcune regole atte a disciplinare i rapporti tra l'accertamento di un illecito *antitrust* e l'azione risarcitoria intentata dai consumatori che assumono di aver subito un pregiudizio in seguito all'illecito accertato.

Oltre ad aver sancito il diritto al risarcimento del danno da parte di tutti i soggetti che abbiano subito un danno dalla violazione di una regola dettata in materia di concorrenza⁷¹, la direttiva introduce un rilevante principio in materia di prova del danno. Ad oggi, infatti, il principale ostacolo che i consumatori devono affrontare ogni qual volta decidano di chiedere tutela a fronte di un illecito *antitrust* è costituito dalla prova del nesso di causalità tra l'illecito ed il danno di cui invocano il ristoro. La giurisprudenza nazionale ritiene che i consumatori possano chiedere il risarcimento dei danni subiti da un illecito *antitrust*, poiché la legge n. 287/1990 non è intesa quale normativa rivolta esclusivamente alla tutela degli imprenditori, bensì come legge di tutti gli operatori economici. L'accoglimento di una tale prospettiva, ovviamente, non esonera di per

⁶⁹ Un'opinione in tal senso si rinvia in N. Z. GALGANO, *Il contratto*, Cit., p. 183, con esclusivo riguardo alle pratiche commerciali aggressive: l'Autrice precisa che in tali ipotesi il consumatore non è per nulla consapevole dell'esistenza del contratto. Egli non compie scelta alcuna. Di conseguenza, non ci sarebbe accordo contrattuale ed il contratto potrebbe ritenersi nullo sulla base degli artt. 1418 co. 2 e 1325 co. 1 c.c.

⁷⁰ Per una analitica disamina dei cambiamenti apportati al diritto dei contratti dal processo di integrazione europea, si rinvia a V. SCALISI, *Il diritto*, Cit., p. 843 ss.: «fondamentale e determinante ai fini della ricostruzione del regolamento contrattuale e dell'individuazione delle sue patologie deve valutarsi anche e soprattutto, indipendentemente da ogni esplicito richiamo normativo, il c.d. punto di vista esterno al contratto, ossia la situazione complessiva, della quale il singolo contratto è diretta esplicazione o nel cui contesto lo stesso è destinato a interagire. Siffatta situazione complessiva ha valore costitutivo, non soltanto ermeneutico, dell'assetto regolamentare del contratto, assolvendo alla ben precisa funzione di rendere direttamente rilevanti sul piano della regolare formazione del regolamento (e quindi delle conseguenti invalidità) norme e principi che altrimenti vi resterebbe estranei, tra cui appunto quelli che impongono alle parti di un rapporto particolari obblighi di informazione c.d. estrinseci al contratto, in quanto ricadenti nella fase precontrattuale o in quella più propriamente esecutiva».

⁷¹ L'art. 3 della dir. 2014/104/UE è rubricato «Diritto a un pieno risarcimento».

JUS CIVILE



se il consumatore dalla prova del danno subito né del nesso eziologico tra la condotta anticoncorrenziale e il danno⁷².

Al fine di attenuare siffatto carico probatorio, la direttiva del 2014 introduce un vincolo per il giudice ordinario che, nel giudizio intentato dal consumatore al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante da un illecito antitrust, non può discostarsi dall'accertamento svolto da parte delle autorità nazionali della concorrenza e del mercato, che deve essere trattato come una prova legale, non contestabile⁷³.

Iure condito, l'adozione della direttiva 2014/104/UE non sembra sortire effetto alcuno sulla tematica delle pratiche commerciali scorrette e sull'indagine relativa all'individuazione del rimedio per il contratto a valle. L'art. 1 della direttiva, infatti, detta delle regole affinché chiunque abbia subito un danno da una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa ottenere un risarcimento; nella successiva disposizione normativa è contenuta la definizione di «violazione del diritto della concorrenza», quale violazione degli articoli 101 e 102 TFUE, nonché del diritto nazionale della concorrenza. Sulla base del testo letterale, pertanto, il campo di applicazione della direttiva risulta limitato alle richieste risarcitorie consequenziali all'accertamento di un'intesa tra imprese o di un abuso di una posizione dominante⁷⁴.

Iure condendo, la direttiva in commento, sulla base del riferimento al diritto nazionale della concorrenza, potrebbe aprire la strada ad un cambiamento culturale in ordine ai rapporti tra le autorità e i rimedi di *public and private enforcement*. Nell'ordinamento nazionale, infatti, l'espressione «antitrust» viene utilizzata sia per indicare il diritto della concorrenza in senso stretto che per indicare l'Autorità amministrativa preposta a garantire il rispetto e l'osservanza delle normative adottate in materia di concorrenza e mercato. Il legislatore, in particolare, con il

⁷² La sentenza che ha aperto la strada alla tutela risarcitoria in materia di illecito antitrust è Cass. Civ., Sez. Un., 4 febbraio 2005, n. 2207, in *Danno e resp.*, fascic. n. 5, 2007, p. 495 con nota di B. INZITARI: «la Corte ha precisato che l'illecito anticoncorrenziale ha natura plurioffensiva, poiché lede sia le imprese concorrenti direttamente coinvolte che i consumatori, i quali sono privati del diritto di una scelta effettiva tra prodotti e devono accontentarsi di una scelta apparente. Il consumatore, contro una violazione di siffatto interesse, che costituisce un danno ingiusto riconosciuto rilevante dall'ordinamento giuridico anche sulla base della giurisprudenza delle Sezioni Unite (sent. n. 500/1999), può far valere l'azione di risarcimento di cui all'art. 2043 cc».

⁷³ L'art. 9 della dir. 2014/104/UE è rubricato «Effetto delle decisioni nazionali» e stabilisce al primo paragrafo che «Gli Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza».

⁷⁴ L'art. 1 della dir. 2014/104/UE è rubricato «Oggetto e ambito di applicazione» e stabilisce al primo paragrafo che «La presente direttiva stabilisce alcune norme necessarie per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno. Essa stabilisce norme per promuovere una concorrenza non falsata nel mercato interno e per eliminare gli ostacoli al suo corretto funzionamento, garantendo a qualsiasi soggetto che abbia subito danni di questo tipo una protezione equivalente in tutta l'Unione».

JUS CIVILE



passare del tempo ha ravvisato nell'Agcm un ente dotato delle competenze e dell'autorevolezza necessarie per vigilare non solo sul rispetto del diritto della concorrenza *strictu sensu* intesa, bensì anche sull'attuazione dello statuto di protezione predisposto per i consumatori.

Giova precisare che non è agevole riempire di contenuto l'espressione «*antitrust*», sia perché le radici del diritto concorrenziale non si rinvergono nel continente europeo, bensì negli Stati Uniti d'America, sia perché in Europa il diritto antitrust ha assunto una fisionomia diversa rispetto a quella originaria proveniente dagli Stati Uniti. Ivi, infatti, il diritto della concorrenza si è affermato come reazione all'emergere dei grandi gruppi industriali e finanziari, nonché alla progressiva concentrazione del mercato⁷⁵; in Europa, invece, le norme *antitrust* sono state poste al fine di attribuire ai giudici ed alle autorità amministrative il potere di risolvere i conflitti politici e sociali che tradizionalmente si accompagnano all'emergere dei poteri economici⁷⁶. In altre parole, negli Stati Uniti d'America il diritto della concorrenza gravita esclusivamente intorno alle imprese e alle loro attività economiche; in Europa il diritto della concorrenza si pone il più ambizioso obiettivo di preservare il benessere del consumatore, attraverso la prevenzione di ogni situazione di concentrazione o abuso che favorisca la creazione o il consolidamento di un potere di mercato. Da tale prospettiva, è possibile comprendere le ragioni che hanno indotto il legislatore nazionale ad affidare alla medesima autorità amministrativa il *public enforcement* a fronte sia di attività economiche delle imprese intese in senso stretto (ad es. cartelli, concentrazioni, abuso di posizioni dominanti) che di attività delle imprese che abbiano dirette conseguenze sulla sfera giuridico-patrimoniale dei consumatori (ad es. clausole vessatorie, pratiche commerciali scorrette).

Attraverso un'interpretazione sistematica ed estensiva della nozione di *antitrust*, il risarcimento del danno potrebbe essere considerato il rimedio principale per il consumatore a fronte dell'accertamento di una pratica commerciale scorretta e le pronunce dell'Agcm potrebbero assurgere a prove qualificate per i tribunali ordinari investiti delle richieste risarcitorie, in tal modo esonerando il consumatore dalla prova della illiceità del fatto accertato *dall'Authority*. I consumatori, infatti, a fronte di una condotta commerciale accertata come scorretta da un provvedimento amministrativo, potrebbero limitarsi a provare l'an ed il quantum del danno subito. Da

⁷⁵ In particolare, le origini del diritto concorrenziale si fanno risalire allo Sherman Act del 1890, proposto al Congresso dal senatore Sherman, il quale nel suo discorso giustificò l'adozione di una legge contro i monopoli ed i cartelli nei seguenti termini: «*se i poteri concentrati in una tale aggregazione sono affidati ad un solo individuo, il risultato è che tale individuo assomma in sé le prerogative di un re, cosa non coerente con la nostra forma di governo (...) se non accettiamo la monarchia come forma di governo, nemmeno dovremmo sopportare un re che regni sulla produzione, sul trasporto e sulla vendita di qualsiasi prodotto necessario per l'esistenza*» in *Dizionario del diritto privato – diritto commerciale*, (a cura di) N. Abriani, Milano, 2011, p. 26 ss.

⁷⁶ I problemi che si accostano all'emergere di un potere di mercato sono tradizionalmente due: da un lato, la concentrazione delle quantità offerte, poiché i consumatori difficilmente sono disposti ad acquistare ad un prezzo più alto qualcosa che avrebbero potuto acquistare ad un prezzo minore; dall'altro lato, il trasferimento della ricchezza dai consumatori (che pagano di più) ai produttori (che guadagnano di più). In tal senso si veda *Dizionario del diritto privato – diritto commerciale*, (a cura di) N. Abriani, Milano, 2011, p. 27 ss.

JUS CIVILE



tempo, invero, parte della dottrina e della giurisprudenza ha tentato di giungere al risultato sovra esposto in materia di azione collettiva risarcitoria c.d. follow on, ossia consequenziale ad una pronuncia dell'Agcm: ovviamente, l'affermazione positiva, in sede europea e successivamente nazionale, di un vincolo probatorio per l'autorità giurisdizionale a fronte di una decisione dell'Autorità avrebbe tutt'altro spessore⁷⁷. Una siffatta valorizzazione del risarcimento del danno sarebbe ben vista e lodata dalle istituzioni europee: la Corte di Giustizia, infatti, ha evidenziato in diverse occasioni la possibilità di estendere l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa della concorrenza, attribuendo ai medesimi il diritto al ristoro dei danni subiti⁷⁸. Il risarcimento del danno, inoltre, diventerebbe in tal modo un potente mezzo deterrente, capace di mantenere effettiva la struttura competitiva del mercato: le imprese, infatti, verosimilmente si terrebbero lontane dalle pratiche commerciali scorrette di più di quanto facciano ora laddove sapessero con certezza che, non solo gli altri *competitors* e le autorità nazionali, ma anche un numero non determinabile di consumatori avrebbe un diritto, concreto e non soggetto alla discrezionalità di alcun potere statale, di esigere da loro il risarcimento dei danni subiti.

5. – Tradizionalmente, i consumatori e gli imprenditori sono considerati antagonisti sul mercato, in quanto portatori di esigenze contrapposte: il reperimento di risorse per gli uni, il profitto per gli altri. Parimenti, l'economia di mercato, caratterizzata dalla libertà di iniziativa economica, dalla libera concorrenza e dall'assenza di interventismo statale, è collocata in antitesi rispetto all'economia di stato, il cui tratto saliente consiste nell'intervento costante dello stato nei mercati. Un'economia di mercato pura implicherebbe rischi concreti per i consumatori, che inevitabilmente sarebbero esposti al forte potere economico delle imprese; un'economia di stato pura, invece, determinerebbe una considerevole diminuzione dei profitti, della qualità dei prodotti e del numero delle imprese, la cui attività economica sarebbe eterodiretta dallo stato per fini di interesse collettivo. Ne consegue la necessità di un bilanciamento, che potrebbe rinvenirsi nella tutela dell'informazione.

L'informazione costituisce l'unico valore condiviso dai consumatori e dagli imprenditori: la sua tutela consentirebbe di realizzare concretamente il modello economico di economia sociale di mercato a cui si ispira la carta costituzionale. Un consumatore informato è in grado di compiere scelte di acquisto consapevoli e, di conseguenza, di premiare sul mercato le imprese più

⁷⁷ Si veda la nota n. 36.

⁷⁸ *Ex multis*: Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, C-453/1999 in www.europa.eu: «la piena efficacia dell'art. 85 del Trattato è [attuale art. 105 TFUE: rispetto delle discipline in materia di intese e abusi di posizione dominante] e, in particolare, l'effetto utile del divieto sancito al n. 1 di detto articolo sarebbero messi in discussione se chiunque non potesse chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. Un siffatto diritto rafforza, infatti, il carattere operativo delle regole di concorrenza comunitarie ed è tale da scoraggiare gli accordi o le pratiche, spesso dissimulate, che possono restringere o falsare il gioco della concorrenza. In quest'ottica, le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un'effettiva concorrenza nella Comunità».

JUS CIVILE



meritevoli, che abbiano raggiunto il livello migliore di qualità e di prezzo. Predisponendo le forme di tutela delle informazioni commerciali, inoltre, il legislatore, da un lato, proteggerebbe i soggetti deboli del mercato, conformemente allo spirito che sorregge il *welfare state*, e, dall'altro lato, eviterebbe di intromettersi direttamente negli scambi commerciali, in ossequio ai principi basilari dell'economia di mercato⁷⁹.

La tutela delle informazioni richiede un cambiamento culturale in ordine alla struttura rimediabile a cui attingere nelle ipotesi di scorrettezze commerciali perpetrate dalle imprese: tali condotte, infatti, nell'ottica sovra esposta, andrebbero sanzionate molto gravemente in quanto lesive non solo degli interessi dei singoli consumatori coinvolti, ma anche e soprattutto dell'equilibrio proprio di una economia sociale di mercato. Accanto ai rimedi di *public enforcement*, pertanto, devono essere concretamente praticabili dei rimedi negoziali idonei a sortire un considerevole effetto deterrente per le imprese e, allo stesso tempo, rispondenti alle esigenze dei consumatori. I rimedi negoziali più opportuni in tale ottica non potrebbero che consistere nella nullità strutturale del contratto stipulato dal consumatore non consapevole degli elementi cognitivi indispensabili per prendere delle razionali decisioni di acquisto, laddove il consumatore abbia interesse a svincolarsi del tutto dal rapporto contrattuale inficiato da una scorrettezza commerciale; in alternativa, nella modifica del contenuto del contratto, attraverso strumenti noti agli ordinamenti nazionali (*id est*: la rettifica), che consentirebbero la conservazione del contratto e l'adattamento del suo regolamento, in un'ottica di riequilibrio *de iure* del rapporto nato *de facto* squilibrato; sempre ed in ogni caso, nel ristoro dei danni subiti da parte del consumatore, la cui agevole e diffusa praticabilità costituirebbe un potere giuridico forte, in grado di bilanciare il potere economico, parimenti forte, delle imprese.

The European Union has to face a new challenge today, which consists in obtaining a fair compromise between values of equal dignity: in particular, the protection of economic liberty, on one hand, and the protection of weak contractor, on the other; the *laissez-faire* and the social rights; finally, the supranational nature of the markets and the national character of the services depending on the welfare state. The European regulation about the unfair commercial practices represents an attempt of harmonization, which is a successful effort in the substantial right, not similarly in the remedies. The directive, in fact, refers to the member states the task of identifying the appropriate remedies about the contract downstream of a unfair commercial practice. A

⁷⁹ Sul punto N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2009, p. 140: l'Autore precisa che è inutile erigere il consumatore a nuova e autonoma figura giuridica o farne il depositario di buoni sentimenti, rivelandosi invece più efficace garantire la quantità e la qualità delle informazioni e, perciò, innalzare la dignità del consumatore come soggetto consapevole della decisione e responsabile della scelta. Il diritto dei consumatori viene definito dall'Autore come una disciplina di informazioni, ossia di conoscenze utilizzabili nella scelta della merce. La stessa concorrenza è «*competizione informativa*», ossia un rendere disponibili criteri che inducano il consumatore a preferire determinati beni.

JUS CIVILE



new cause for reflection could come from the recent european directive about the damages under national law for infringements of the competition law. The national regulators are encountering many difficulties in building an opportune structure of remedies: anyway, an harmonization between the defence of consumers and the protection of the free economy is necessary to make the common market «*an area of freedom, security and justice without internal frontiers*» (art. 3 TEU), characterized by a balanced economic growth, price stability and a social market economic, obviously competitive, but oriented to social progress too.



ANTONIO DI BIASE

Ricercatore di Diritto Privato – Università degli Studi “Federico II” di Napoli

LA RESPONSABILITÀ CIVILE DEL DOTTORE COMMERCIALISTA NELLA PRASSI OPERATIVA¹

SOMMARIO: 1. Rilevi introduttivi: pluralità di funzioni e differenti “statuti” di responsabilità del commercialista. – 2. Una questione preliminare: il problema della prova e dell’ampiezza del mandato professionale. – 3. La responsabilità derivante da attività di rappresentanza dinanzi alle Commissioni Tributarie: dalla “ragionevole probabilità” al problema della quantificazione del danno. – 4. La responsabilità derivante da errore nella compilazione dei redditi e nella tenuta delle scritture contabili ed il problema del concorso colposo del cliente. – 5. Gli obblighi informativi e la responsabilità civile.

1. – Prima di affrontare il tema della responsabilità civile del dottore commercialista è necessario indagare quelli che sono i compiti e le funzioni legislativamente attribuite a tale figura professionale.

Ebbene, la norma fondamentale in materia è rappresentata dall’art. 1 del d.lgs. n. 139/05, rubricato “Oggetto della professione”, dalla cui lettura si ricava che le attività demandate *ex lege* a questa categoria professionale sono innumerevoli; infatti, oggi, un “moderno” commercialista, accanto alla più tradizionale attività di consulenza fiscale: scrive contratti; redige statuti e forma bilanci di società commerciali; opera stime e valutazioni di beni aziendali; amministra e liquida aziende, beni e patrimoni; rilascia certificazioni, visti ed attestazioni; esercita attività di consulenza nella programmazione economica degli enti locali; compie ispezioni e revisioni amministrative; svolge attività di consulenza, assistenza e rappresentanza dinanzi alle Commissioni Tributarie.

Ed ancora: fa il sindaco o il revisore dei conti di società o enti; ricopre l’incarico di curatore, commissario giudiziale o commissario liquidatore nelle procedure concorsuali; svolge attività di professionista delegato nelle procedure esecutive immobiliari o mobiliari; esercita attività di C.T.U. specialmente nelle controversie civili e lavoristiche, ecc.

Insomma: in una moderna economia, il commercialista è oggi un professionista potenzialmente impegnato su più fronti, che svolge una serie infinita di compiti in materia fiscale, tributaria, aziendale, fallimentare, lavoristica, processuale in senso stretto, extra e “pre” processuale, esercitando dunque un’attività di natura di natura tecnico contabile, ma anche giuridica, estremamente complessa, volta peraltro – e molto spesso simultaneamente – al perseguimento tanto di interessi privati del proprio cliente, quanto di esigenze di carattere pubblicistico.

¹ L’articolo riproduce, con l’aggiunta delle note e di talune parti, il testo della relazione tenuta in data 27/05/16 al Convegno dal titolo “Responsabilità civile ed assicurazione” – Università degli Studi di Foggia.

JUS CIVILE



Calzante è, al riguardo, la definizione data da parte della dottrina², che ha qualificato il dottore commercialista quale “consulente di fiducia e guardiano dei pubblici poteri”, proprio a sottolineare l’ambivalenza e la complessità della relativa funzione, stretta nella dicotomia tra la fiducia individuale, che il cliente ripone, e il controllo sociale, che lo Stato impone sul tale figura professionale.

Tali premesse rendono chiaro come pensare di tracciare una sorta di “statuto unitario” della responsabilità civile del dottore commercialista appaia operazione sterile e vana; al contrario, l’unico modo corretto di procedere nell’affrontare la tematica, si crede, è quello di “avanzare per singole ipotesi”, analizzando le fattispecie più ricorrenti nella prassi e cercando di trarre dalle stesse dei profili comuni valevoli nella generalità dei casi.

Tanto premesso, e tralasciando per esigenze di spazio i casi in cui al commercialista siano attribuite singole e precipue funzioni³, in linea generale si può dire che le due ipotesi statisticamente e quantitativamente più rilevanti sono certamente quelle riconducibili, da un lato, all’attività di assistenza dinnanzi alle commissioni tributarie, dall’altro, all’attività di predisposizione della dichiarazione dei redditi e, più in generale, alla tenuta delle scritture contabili.

A tali due fattispecie sarà dedicata qualche riflessione nel prosieguo del presente lavoro. Infine, qualche breve cenno verrà riservato al profilo degli obblighi informativi gravanti sul dottore commercialista.

2. – Patendo dalla prima delle due fattispecie, ossia dalla situazione in cui si imputa al commercialista un errore in un giudizio tributario⁴, è bene rilevare che, nella quasi totalità dei casi, le forme di responsabilità dedotte sono collegate a due situazioni, ovvero: da un lato, al caso di tardiva o mancata presentazione di un ricorso avverso un avviso di accertamento; dall’altro, alla tardiva o mancata proposizione di appello avverso una sentenza della commissione tributaria. Trattasi di ipotesi in qualche modo speculari, che evidenziano le medesime problematicità e che, pertanto, possono essere trattate congiuntamente.

Più difficile mi pare allo stato configurare una responsabilità del commercialista per errore nella scelta della strategia difensiva, in quanto oggi sembra ancora resistere quell’impostazione tradizionale – oramai invece assolutamente “recessiva” in tema, per esempio, di responsabilità dell’avvocato – secondo cui la valutazione dei mezzi difensivi rientra tra i poteri discrezionali del professionista, al quale solo spetta di determinare, in virtù del c.d. principio di autonomia di

² Cfr., E. RAJNERI, *La rischiosa attività del commercialista tra responsabilità civile, amministrativa e penale: consulente di fiducia o guardiano dei pubblici poteri?*, in *Dir. fisc. ass.*, 2011, p. 1106.

³ Si pensi, solo per citare i casi più diffusi nella prassi, ai casi in cui il commercialista svolga il ruolo di sindaco di una società, o di curatore di un fallimento, oppure, ancora, alle ipotesi in cui lo stesso svolga attività di attestatore ex art. 67, 161 e 182-bis l. fall.

⁴ Attività tipica del dottore commercialista, già prevista all’art. 12 d. lgs. n. 546/92, norma che ha superato il vaglio di costituzionalità (cfr., Corte Cost., 3 giugno 1998, n. 210, in *Giur. cost.*, 1998, p. 1630 ss.)

JUS CIVILE



azione, la linea tecnica più opportuna nello svolgimento dell'attività professionale.

Prima di affrontare la tematica, però, una breve premessa va fatta. Spesso, nelle aule di giustizia, si registrano difese dei dottori commercialisti basate sul seguente sillogismo: partendo dall'indiscusso presupposto dell'assenza tra le parti di una procura alle liti, o di qualsivoglia atto scritto similare, il professionista sostiene che nessun incarico gli è stato conferito dal cliente e, conseguentemente, alcuna responsabilità per omessa impugnazione di un avviso di accertamento o di una sentenza di primo grado può essergli ascritta.

Tale difesa presenta innumerevoli insidie, in quanto la giurisprudenza ha da tempo distinto nettamente la procura *ad litem*, ossia quel negozio giuridico unilaterale ed a forma scritta mediante il quale il difensore viene investito in concreto del potere di rappresentare in giudizio la parte, dal sottostante contratto di patrocinio, ossia da quel negozio bilaterale mediante il quale il professionista riceve il mandato, ossia l'incarico, di svolgere la sua opera professionale nel giudizio tributario⁵.

Evidenti le conseguenze che derivano da tale impostazione, così riassumibili: da un lato, ai fini della conclusione del contratto di patrocinio non è indispensabile il rilascio di una procura alle liti, essendo questa necessaria solo per il concreto svolgimento dell'attività di rappresentanza processuale; dall'altro, per la valida conclusione del negozio di patrocinio non è necessaria la forma scritta, vigendo per esso il principio di libertà di forma.

Come a dire, in ultima analisi, che ben può esservi un incarico ad impugnare un avviso di accertamento o una sentenza senza che sia stata (ancora) conferita una formale procura.

Le conseguenze di questa impostazioni sono di estremo rilievo: ed infatti, se è vero che nell'incarico di tenere la contabilità per un cliente non è necessariamente ricompreso quello di impugnare un eventuale accertamento fiscale⁶, è pur vero però che non mi sembra esaustiva e completa una difesa del commercialista che fondi l'assenza dell'incarico a impugnare esclusivamente sulla base dell'assenza di un contratto scritto o di una procura *ad litem*, poiché il conferimento dell'incarico, come detto, essendo a forma libera, può essere provato con ogni mezzo, primi tra tutti a mezzo di presunzioni (si pensi, ad esempio, al caso in cui, prima dell'avviso di accertamento "in contestazione", il commercialista aveva ricevuto l'incarico di impugnare tutti i precedenti altri avvisi di accertamento) o di prova testimoniale.

Sempre in ordine al problema dell'ampiezza del mandato professionale conferito al commercialista – questione certo preliminare rispetto a quella dell'accertamento della responsabilità civile – si ritiene utile citare due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità: con la prima,

⁵ Si veda, tra le tante: Cass., 6 luglio 2015, n. 13927, in *www.iusexplorer.it*, dettata in tema di responsabilità dell'avvocato. Il medesimo principio si ritrova già in Cass., 5 giugno 1996, n. 5264, in *Danno e resp.*, 1996, p. 581 ss., con nota di E. BRUNETTI, *Responsabilità del commercialista per mancata presentazione del ricorso alla commissione tributaria*, specificamente rivolta ad affrontare un'ipotesi di responsabilità del dottore commercialista.

⁶ Si veda Cass., 9 maggio 2014, n. 10189, in *www.dirittoegiustizia.it*, che, applicando il principio appena esposto, ha escluso la responsabilità di un commercialista che non aveva impugnato una sentenza resa in primo grado dalla commissione tributaria

JUS CIVILE



il giudice della nomofilachia ha statuito che la mera domiciliazione della contabilità presso il commercialista non costituisce elemento sufficiente al fine di dimostrare la stipulazione di un contratto d'opera avente ad oggetto la tenuta della contabilità⁷. Prova che può essere fornita, sia detto per inciso, attraverso la produzione, ad esempio, delle ricevute degli accrediti inerenti all'anticipo delle spese sostenute dal commercialista, oppure delle ricevute dell'acconto sui compensi, oltre che naturalmente delle quietanze di eventuali pagamenti effettuati.

La fattispecie che ha dato origine alla seconda pronuncia⁸ è quella in cui si imputava ad un commercialista, al quale era stato dato l'incarico di predisporre uno schema di bilancio di una società di capitali, di non aver verificato la correttezza dei dati contabili utilizzati⁹. Ebbene, convenuto in giudizio il professionista per responsabilità professionale, questi è andato esente da ogni addebito ascrittogli, sul semplice presupposto che, nell'incarico dato ad un commercialista di predisporre uno schema di bilancio di una società, non può ritenersi implicitamente ricompreso l'obbligo di verificare la corrispondenza alla realtà dei dati contabili inseriti¹⁰.

3. – Fatte queste doverose premesse, e tornando al problema della mancata o tardiva impugnazione di un avviso di accertamento o di una sentenza, nel trattare le fattispecie la giurisprudenza – modellatasi su quella sviluppatasi in tema di responsabilità professionale dell'avvocato – ha affrontato quello che è il nodo cruciale in tema di responsabilità del commercialista e del professionista intellettuale in generale, ossia il rapporto tra l'*an* ed il *quantum* della domanda, ben potendo esservi inadempimento, e dunque (in astratto) responsabilità, senza un danno. Situazione che non può che determinare il rigetto dell'azione giudiziaria di responsabilità.

⁷ Così Cass., 26 aprile 2010, n. 9917, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2505 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Prova del vincolo contrattuale e responsabilità del commercialista per omissione*.

⁸ Ci si riferisce a Cass., 14 giugno 2013, n. 15029, in *www.iusexplorer.it*.

⁹ Più nello specifico, nella fattispecie vi erano delle poste "fasulle" per crediti inesistenti, che in realtà nascondevano prelevamenti truffaldini di denaro direttamente dalle casse della società effettuati dagli amministratori. Ancor più nel dettaglio, nel bilancio risultavano ingenti somme di denaro per crediti verso clienti e crediti verso altri terzi che in realtà non esistevano, trattandosi di somme che gli amministratori avevano indebitamente prelevato dalle casse comuni.

¹⁰ Questo in quanto, prosegue la Corte, "gli artt. 2423 ss. e 2403 cod. civ. individuano nell'organo amministrativo e nel collegio sindacale gli unici soggetti responsabili in relazione alla corretta informativa del bilancio e che la voce prevista dall'art. 34 del d.P.R. 10 ottobre 1994, n. 645 sulla redazione del bilancio a norma di legge non include anche gli onorati per l'accertamento dell'attendibilità dei bilanci, contemplati invece nell'art. 32 del medesimo decreto". Nella specie, la Corte ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva argomentato nel senso che: l'art. 2403 c.c. attribuisce al collegio sindacale la delega del controllo della regolare tenuta della contabilità sociale e della corrispondenza ad essa del bilancio; gli artt. 2423 ss. c.c. individuano nell'organo amministrativo l'esclusivo referente e destinatario della responsabilità per gli obblighi inerenti alla formazione del bilancio e in particolare degli obblighi sostanziali di chiarezza, verità e correttezza, oltre che di prudenza delle singole poste; l'art. 2381 c.c. non permette la delegabilità dei richiamati obblighi sostanziali di redazione del bilancio nemmeno ai singoli componenti del consiglio di amministrazione; e le tariffe professionali dei dottori commercialisti prevedono specifiche voci inerenti il controllo contabile.

JUS CIVILE



Anzi, il settore della responsabilità professionale mi sembra proprio il terreno elettivo della possibile “responsabilità senza danno”. E questo anche per motivi processuali di riparto dell’onere della prova.

Ed infatti, mentre in tema di *an debeatur* appare relativamente facile giungere ad un accertamento di responsabilità del commercialista nei confronti del proprio cliente – in quanto, come noto, a partire dalla celeberrima sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 2001¹¹, al cliente assunto creditore basterà provare il titolo e meramente allegare l’inadempimento, spettando al commercialista debitore l’onere di provare l’adempimento o l’impossibilità non imputabile dell’inadempimento – la situazione è completamente diversa con riferimento all’accertamento del *quantum debeatur*, in quanto in questo caso dovrà essere il cliente, in rigorosa applicazione dei principi di cui agli artt. 2697 e 1223 c.c., a provare sia il danno, che la relazione causale tra la condotta del professionista ed il pregiudizio del quale si chiede il risarcimento.

Si apre così il tema relativo al problema dell’accertamento del nesso di causalità, ed in particolare della causalità omissiva, ossia di quel rapporto causa/effetto tra la condotta negativa del commercialista (nella specie: mancata impugnazione dell’avviso di accertamento o della sentenza) e l’evento dedotto come dannoso dalla controparte.

Tematica che naturalmente meriterebbe ben altre riflessioni e ben altro spazio.

In questa sede basti ricordare una recente sentenza della Cassazione, che merita di essere citata in quanto testimonia esattamente, seppur sinteticamente, l’evoluzione giurisprudenziale sul punto¹². Il caso è paradigmatico: il cliente promuove un giudizio di inadempimento contrattuale nei confronti del proprio commercialista, imputando a questi la mancata impugnazione di un avviso di accertamento e chiede il risarcimento dei danni. Tanto il Tribunale, quanto il Giudice di seconde cure, rigettano la domanda, in quanto, pur ritenendo provata la responsabilità del professionista, affermano che nel giudizio è rimasto del tutto indimostrato che, ove questi avesse svolto diligentemente l’attività richiestagli e, dunque, avesse presentato il ricorso, gli effetti sarebbero stati vantaggiosi per il cliente.

Proposto ricorso in Cassazione, la Corte ribalta la sentenza, stigmatizzando la condotta dei giudici di merito, i quali non avrebbero tenuto conto dell’evoluzione giurisprudenziale in tema di accertamento del nesso di causalità, in particolare dimenticando la circostanza che i meccanismi di accertamento dello stesso negli anni sono profondamente mutati, in quanto si è passati dal “criterio della certezza degli effetti della condotta omessa”¹³ – che postula un’indagine sul

¹¹ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 770 ss., con nota di P. LA-GHEZZA, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*.

¹² Cfr., Cass., 22 novembre 2004, n. 22026, in *www.iusexplorer.it*. In senso analogo Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e resp.*, 2002, p. 393 ss., con nota di A.L. BITETTO, *Chance perduta come fonte di danno per mancato rispetto delle “regole”. Ma quanto vale?*. Per una puntuale ricostruzione dell’evoluzione giurisprudenziale sul tema si rinvia, su tutti, a R. FAVALE, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011, p. 1 ss.

¹³ Se si scorrono le massime della Corte di legittimità negli anni ‘90 è facile imbattersi in formule quali “ragione-

JUS CIVILE



sicuro e chiaro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata – a quello della mera ragionevole probabilità, alla stregua del quale effettuare “una valutazione prognostica circa la sussistenza d'un consistente *fumus boni iuris*”¹⁴ o, se vuoi, di serie ed apprezzabili possibilità di successo dell'azione omessa.

Si tratta del criterio del “più probabile che non”, il c.d. “cinquanta percento più uno”.

Tale impostazione – che ritiene sufficiente, ai fini dell'accertamento del nesso causale nella responsabilità del professionista, una mera ragionevole probabilità di successo dell'azione omessa e non una certezza – confermata dalla maggioranza della giurisprudenza successiva¹⁵, non senza però rilevanti “ritorni di fiamma” verso una concezione più rigoristica¹⁶, impone dunque al giudice investito del giudizio di responsabilità una duplice indagine prognostica in tema di *quantum debeat*, in quanto questi: in primo luogo, per stabilire se sussista un danno causalmente riconducibile all'omessa impugnazione, dovrà effettuare una valutazione sul presumibile esito della (ipotetica) controversia, e dunque esaminare e valutare la fondatezza dei mezzi di prova che l'attore prospetta che sarebbero stati deducibili nel giudizio di impugnazione e, in ultima analisi, la fondatezza dell'ipotetico ricorso non proposto (o proposto tardivamente), così come dell'avviso di accertamento o della sentenza non impugnati (o impugnati tardivamente).

E solo ove ritenga di giungere ad un giudizio prognostico di “ragionevole probabilità” di successo dell'azione non proposta (o proposta tardivamente) dovrà procedere ad una valutazione equitativa del danno, che, a mio giudizio, non potrà che essere determinato prendendo come parametro di riferimento il vantaggio economico complessivo perseguibile nel caso di accogli-

vole certezza” (cfr., ad es: Cass., 5 giugno 1996, n. 5264, cit.), oppure “certezza morale” (cfr., Cass., 28 aprile 1994, n. 4044, in *Resp. civ. e previd.*, 1994, p. 635 ss., con nota di S. RUTA, *La responsabilità dell'avvocato: alcune considerazioni in margine ad una riaffermazione della Suprema Corte*; Cass., 10 agosto 1991, n. 8728, in *Corr. giur.*, 1991, p. 1319 ss.) per indicare il rapporto che deve intercorrere tra l'attività omessa ed il risultato sperato.

¹⁴ Così ancora Cass., 22 novembre 2004, n. 22026, cit.

¹⁵ Tra le più significative si possono ricordare: Cass., 2 febbraio 2016, n. 1984, in *Resp. civ. e previd.*, 2016, p. 621 ss. (in tema di responsabilità dell'avvocato); Cass., 9 giugno 2011, n. 12686, in *Giust. civ.*, 2013, p. 782 ss.; Cass., 13 luglio 2010, n. 16381, in *Resp. civ. e previd.*, 2011, p. 110 ss., con nota di M. FONTANA VITA DELLA CORTE, *Le omissioni del medico e l'accertamento del nesso causale* (entrambe in tema di colpa medica); Cass., 30 ottobre 2009, n. 23059, in *Guida dir.*, 2010, 6, p. 62 (in tema di illecito extracontrattuale); Cass., 29 settembre 2009, n. 20828, *ivi*, 43, p. 49 (sempre in tema di responsabilità di un avvocato); Cass., 28 settembre 2009, n. 20790, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2215 ss., con nota di M. ROSSETTI, *Unicuique suum, ovvero le regole di responsabilità non sono uguali per tutti (preoccupate considerazioni sull'inarrestabile fuga in avanti della responsabilità medica* (in tema di responsabilità medica).

¹⁶ Ad esempio, della necessità di raggiungere una “ragionevole certezza” che il comportamento omesso, ove compiuto, avrebbe condotto al risultato sperato parlano anche le recenti: Cass., 14 febbraio 2013, n. 3657, in *Vita not.*, 2013, p. 825 ss. (in tema di responsabilità notarile); Cass., 29 settembre 2009, n. 20828, *ivi*, 43, p. 49, dettata in tema di responsabilità di un avvocato. Di “certezza morale” parlano invece Cass., 27 maggio 2009, n. 12354, in *Resp. civ. e previd.*, 2009, p. 2049 ss., con nota di M. AZZALINI, *Responsabilità professionale dell'avvocato e risarcimento del danno: riflessioni su un curioso caso di omessa informazione al cliente*; Cass., 18 aprile 2007, n. 9238 ss., *ivi*, 2007, p. 1698 ss.; Cass., 11 agosto 2005, n. 16846, in *www.iusexplorer.it*. Nella medesima ottica sembra muoversi Trib. Roma, 20 marzo 2007, n. 5628, in *Il merito*, 2007, 9, p. 40. In senso espressamente contrario: Cass., 3 aprile 2009, n. 8151, in *Il civilista*, 2009, 12, p. 14 ss.

JUS CIVILE



mento del ricorso (es: annullamento di un avviso di accertamento per € 100.000) e diminuendo lo stesso di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità (es: 30%) di conseguire tale risultato.

In ultimo va ricordato che spesso la giurisprudenza giunge alla determinazione della sussistenza di un danno risarcibile attraverso il concetto di *chance*. Il ragionamento, che può essere in questa sede soltanto vagamente accennato, è noto a tutti e si articola nei seguenti passaggi fondamentali: la *chance*, intesa come concreta ed effettiva possibilità di conseguire un risultato favorevole, è un bene della vita diverso dal bene finale cui si mira; più precisamente, non è una mera aspettativa di fatto, bensì un'entità patrimoniale autonoma e a sé stante, la cui lesione cagiona *ex se* un autonomo danno risarcibile¹⁷. Questo a patto che, secondo la più rigorosa e condivisibile giurisprudenza, il cliente, nel giudizio risarcitorio, abbia espressamente dedotto e richiesto un danno da perdita di *chance*, trattandosi di domanda diversa da quella del danno da perdita del bene finale e che non può dirsi ricompresa in quest'ultima¹⁸.

Fin qui *nulla quaestio*, se non fosse che la citata giurisprudenza arriva a volte ad affermare che la partecipazione ad una controversia – anche indipendentemente dalle maggiori o minori possibilità di un esito favorevole della lite – offre, in ogni caso, occasione, tra l'altro, “di transigere la vertenza o di procrastinarne la soluzione o di giovare di situazioni di fatto o di diritto sopravvenute, risultati che indiscutibilmente rappresentano, già di per se stessi, apprezzabili vantaggi sotto il profilo economico”¹⁹.

Come a dire che la mancata partecipazione alla lite, a prescindere dalla fondatezza delle tesi difensive, comporta sempre un danno²⁰!

Affermazione francamente a mio parere del tutto ingiustificata, dovendo al contrario ritenersi, in ossequio ai nostri principi processual civilistici, che il cliente attore debba sempre dedurre e provare, seppur con ogni messo concesso dall'ordinamento, la sussistenza di un danno da mancata partecipazione alla controversia. Ciò in quanto, si ripete, la perdita del diritto di ricorrere contro un accertamento fiscale, come del diritto di impugnare una sentenza, non può configurarsi in sé come conseguenza patrimoniale pregiudizievole, dovendo il presunto danneggiato dimostrare, seppur presuntivamente e “probabilisticamente”, un effettivo pregiudizio.

¹⁷ Nell'ambito dello specifico settore della responsabilità del commercialista si possono ricordare, tra le altre: Cass., 22 novembre 2004, n. 22026, cit.; Cass., 9 giugno 2004, n. 10966, in *Dir. prat. trib.*, 2005, II, p. 5 ss., con nota di G. VISINTINI, *In tema di responsabilità del commercialista per perdita di chances*.

¹⁸ Così Cass., 29 novembre 2012, n. 21245, in *Foro it.*, 2013, I, c. 499 ss., con nota di A. PALMIERI, secondo cui: “La domanda per perdita di chance è ontologicamente diversa dalla domanda di risarcimento del danno da mancato raggiungimento del risultato sperato, perché in questo secondo caso l'accertamento è incentrato sul nesso causale, mentre nel primo oggetto dell'indagine è un particolare tipo di danno, e segnatamente una distinta ed autonoma ipotesi di danno emergente, incidente su di un diverso bene giuridico, quale la mera possibilità del risultato finale; pertanto trattandosi di domanda completamente diversa, ove non proposta, il giudice non si può pronunciare”.

¹⁹ Così Cass., 22 novembre 2004, n. 22026, cit.

²⁰ Seguendo tale discorso, lo stesso principio potrebbe valere nel caso in cui il processo fosse stato avviato, ma, a causa di una qualsivoglia negligenza del professionista, abbia avuto esiti infausti.

JUS CIVILE



Insomma, esemplificando: anche il danno derivante dalla perdita della possibilità di transigere la lite o di giovare di situazioni di fatto o di diritto sopravvenute, quali ad esempio un “concordato fiscale”, deve essere – come tutti i danni – allegato e provato! Anche la perdita di *chance*, per rinvenire tutela nel nostro ordinamento e non rimanere relegata a mera speranza di fatto priva di rilevanza giuridica, deve avere serie ed apprezzabili possibilità di condurre a risultati utili. Diversamente opinando, si dovrebbe ammettere che la lesione di qualsiasi speranza sarebbe di per sé risarcibile, senza che venga operata alcuna selezione delle *chances* reintegrabili²¹! Soluzione francamente abnorme.

Conclusivamente in linea generale può dirsi che, in tema di responsabilità del commercialista e del professionista intellettuale in generale, pur abbandonato condivisibilmente il principio *habent sua sidera lites*²², anche ove risulti provato l’inadempimento di questi alla propria obbligazione per negligente svolgimento della sua prestazione, il danno derivante da eventuali sue omissioni deve ritenersi sussistente solo qualora, sulla scorta di criteri probabilistici, si accerti che, senza quell’omissione, il risultato sarebbe stato conseguito o comunque si avrebbero avute concrete ed effettive *chance* di successo. La relativa indagine, e questo mi sembra l’aspetto cruciale, deve essere effettuata sulla scorta degli elementi di prova che il danneggiato, in virtù dei principi generali in materia, ha l’onere di fornire in ordine al fondamento dell’azione proposta, non potendo al contrario presumersi che la eventuale negligenza del professionista abbia in ogni caso arrecato un danno.

4. – La seconda ipotesi tipica di responsabilità civile del dottore commercialista nei confronti del proprio cliente è quella derivante da un suo errore nella compilazione della dichiarazione dei redditi e, più in generale, nella tenuta delle scritture contabili, da cui derivi una sanzione o un aumento di imposte per il cliente.

Esaminando il formante giurisprudenziale sul punto, si può riscontrare una certa tendenza rigoristica delle Corti, che spesso trattano tale fattispecie come una vera e propria responsabilità da violazione di un’obbligazione di risultato: il commercialista si obbliga ad un risultato, ossia a

²¹ Su punto, si vedano le interessanti osservazioni di M. ROSSETTI, *Il danno da perdita di chance*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 2000, p. 670 ss.

²² Principio utilizzato soprattutto nella prima metà del secolo scorso al fine di fondare una pressoché totale irresponsabilità del professionista intellettuale per mancata introduzione di un giudizio, sulla base della considerazione – di calamandreiana memoria – secondo cui, essendo il processo, per sua intrinseca natura, caratterizzato da elementi imprevedibili ed aleatori, i quali non consentono di prevedere quale sarebbe stato l’esito della lite se il difensore avesse adempiuto con diligenza al suo incarico, va escluso il nesso causale tra l’inadempimento del professionista e le conseguenze dannose lamentate. Espressione di questo indirizzo è certamente, per esemplificare: Cass., 10 febbraio 1931, n. 495, in *Foro it.*, 1931, I, c. 628 ss. Nello stesso senso si veda anche Trib. Roma, 3 marzo 1954, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 726 ss., che dichiara espressamente l’impossibilità di “*sostituire a priori il proprio giudizio ipotetico a quello che il competente giudice di appello (ove ritualmente adito) avrebbe potuto pronunciare nella controversia inter partes*”.

JUS CIVILE



che le dichiarazioni o le scritture siano conformi a quanto previsto dalla normativa al momento vigente; mancando il risultato, ossia la conformità alla legge del documento contabile, sussiste sempre la responsabilità. Come a dire che l'errore nella redazione dell'atto è fonte *ex se* di responsabilità.

Res ipsa loquitur!

Emblematica al riguardo è certamente una recente sentenza della Corte di Cassazione²³, la quale, nel condannare il commercialista al risarcimento del danno, ha altresì escluso ogni efficacia attenuante o esimente ad un'eventuale richiesta del cliente stesso di indicare nella dichiarazione costi "fasulli" e costi relativi ad un diverso bilancio di esercizio. Come a dire che il professionista assume nei confronti del proprio cliente l'obbligo di eseguire la prestazione a regola d'arte, in particolare operando un controllo sulla correttezza dei dati contabili fornitigli, con la conseguenza che una dichiarazione infedele lo espone sempre ad un giudizio di responsabilità²⁴.

Sia consentita una breve considerazione al riguardo: se tale ultima affermazione deve essere mantenuta ferma ed incontestata con riferimento alla responsabilità del commercialista nei confronti del Fisco, proprio in virtù della funzione in qualche modo "pubblicistica" che egli è chiamato a svolgere – così come non vi è dubbio che sussista una piena responsabilità sotto il profilo disciplinare – sia consentito sollevare qualche perplessità nel caso in cui si faccia valere la medesima responsabilità nei confronti (non del Fisco, ma) del contribuente, unico vero interessato alla dichiarazione fraudolenta, al quale ritengo possa quantomeno addebitarsi un concorso *ex art. 1227 c.c.*, tutte le volte in cui il professionista riesca a provare che sia stato il suo cliente a chiedergli di effettuare una dichiarazione infedele, magari "gonfiando" i costi o occultando entrate. Tale prova dovrebbe essere sufficiente a "paralizzare" la pretesa risarcitoria del contribuente nei confronti del professionista.

Altre sentenze sembrano più "benevole" e trasferiscono, nel settore in esame, quanto elaborato dalla giurisprudenza in campo medico, con applicazione dell'art. 2236 c.c. e conseguente limitazione della responsabilità alla sola colpa grave (oltre che, naturalmente, al dolo) tutte le volte in cui il commercialista, nello svolgimento della sua attività, si sia imbattuto in questioni che abbiano implicato "la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà": così, ad esempio, nell'ipotesi in cui il commercialista, nella compilazione della dichiarazione dei redditi, si sia trovato al cospetto di norme poco chiare, di recente emanazione e/o sulle quali vi è una giuri-

²³ Il riferimento è a Cass., 26 aprile 2010, n. 9916, in *Resp. civ. e previd.*, 2010, p. 1742 ss., con nota di G. MUSOLINO, *Accordi con il cliente a danno del fisco e responsabilità del commercialista nella dichiarazione dei redditi*. Nel caso di specie l'Ufficio finanziario aveva proceduto alla rettifica della dichiarazione dei redditi presentata dal contribuente per:– avere questi esposto costi non documentati; – avere esposto costi non inerenti all'anno al quale si riferiva la dichiarazione dei redditi; – avere detratto l'ILOR nell'ammontare massimo dell'anno, benché avesse operato in qualità di imprenditore individuale solo per alcuni mesi dell'anno. Similmente, si veda Cass., 18 aprile 2011, n. 8860, in *Resp. civ.* 2011, p. 470, con breve nota di G. FACCI.

²⁴ In senso contrario, e molto più condivisibilmente, si veda Trib. Firenze, 3 settembre 2014, in *Danno e resp.*, 2015, p. 829 ss., con nota di A. PARZIALE, *Responsabilità civile del consulente fiscale e accordi con il cliente in frode al fisco: l'efficacia scriminante del consenso*.

JUS CIVILE



sprudenza contrastante, oppure vi siano circolari amministrative contraddittorie²⁵.

Rimanendo in tema, un breve cenno può essere fatto a due tematiche di estrema importanza, e sovente non adeguatamente valorizzate in chiave processuale: La prima: è importante valutare dove finisce l'errore del commercialista ed inizi la colpa del contribuente, il quale magari non ha consegnato tutti i documenti o, in generale, ha taciuto circostanze rilevanti. Qui mi sembra possa trovare applicazione il primo comma dell'art. 1227 c.c., ossia ritenere che vi sia un concorso colposo del creditore/cliente idoneo, a seconda dei casi concreti, a ridurre e perfino escludere la responsabilità.

In questa ipotesi mi sembra di poter dire, in ossequio ai generali criteri in tema di riparto dell'onere della prova, che di fronte ad un'eccezione, spiegata dal commercialista, di mancata consegna della documentazione debba essere il cliente a fornire la prova positiva di averla consegnata.

La seconda tematica si risolve in una domanda: ammesso e non concesso che sia accertata la responsabilità esclusiva del commercialista, quali conseguenze giuridiche produce la situazione in cui il contribuente, successivamente all'errore professionale, non ponga in essere una condotta idonea a ridurre le conseguenze negative?

Esempio tipico è rappresentato dalla mancata adesione del contribuente al pagamento della sanzione in misura ridotta e successiva richiesta dell'intero importo al commercialista.

In questo caso, ritengo parimenti non vi siano ostacoli all'applicazione del secondo comma della norma da ultimo citata, con conseguente esclusione della risarcibilità dei danni che il cliente avrebbe potuto agevolmente evitare²⁶.

5. – Qualche breve cenno merita infine la tematica degli obblighi informativi a carico del dottore commercialista ed alle relative responsabilità che ne derivano, rinviando, per il resto, a quanto già esaurientemente esposto in precedenza dal Prof. Monticelli in materia di obblighi di informazione del professionista intellettuale.

L'argomento ha assunto negli anni notevole e crescente importanza, non soltanto per effetto della rivalutazione e della rilettura in chiave costituzionale di principi – in passato a volte degradati a mere “clausole di stile” – quali la buona fede, la correttezza e l'obbligo di diligenza nell'esecuzione della prestazione, ma anche in virtù di una recente legislazione che ha espres-

²⁵ È il caso affrontato, ad esempio, da Cass., 20 ottobre 2011, n. 21700, in *Resp. civ. e previd.*, 2012, p. 470 ss., con nota di G. MUSOLINO, *La responsabilità professionale del consulente del lavoro nell'attività di consulenza*, ove la Corte di legittimità, nel confermare la sentenza impugnata, ha espressamente affermato che “Con ragionamento ineccepibile, i giudici di appello hanno sottolineato che la scelta operata dal P. non poteva dirsi abnorme, in quanto frutto di una interpretazione de tutto legittima del confuso quadro normativo”. In senso analogo si veda anche App. Perugia, 20 maggio 1995, in *Danno e resp.*, 1996, p. 770 ss., con nota di P. CALICETI, *Il ragioniere che sbaglia il 740 fra obbligazioni di mezzi e speciale difficoltà*.

²⁶ In questo senso pare essersi mosso, ad esempio, Trib. Reggio Emilia, 13 agosto 2004, in *www.iusexplorer.it*. Per una fattispecie in tema di condono si veda Cass., 26 aprile 2010, n. 9916, cit.

JUS CIVILE



samente codificato e “tipizzato” l’obbligo informativo a carico del professionista. Il riferimento è al d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modifiche dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, il cui art. 9, co. 4, prevede che “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”.

Ecco che, come sottolineato da attenta dottrina, “il tema della rilevanza degli obblighi d’informazione diviene, dunque, tema di centrale importanza, trasversale alle professioni, ponendo, sia pure con le peculiarità proprie indotte dall’oggetto dell’attività professionale in concreto esercitata, problematiche comuni, sotto molti profili, a qualsiasi professione intellettuale”²⁷.

Specifici e limitati obblighi informativi nei confronti del cliente sono previsti anche nel recentissimo “Codice deontologico della professionale”, approvato dal Consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili in data 17 dicembre 2015, con particolare riferimento all’obbligo di informare il cliente: *a)* “della necessità di avvalersi, nell’erogazione della prestazione professionale, della collaborazione di altro professionista avente specifica competenza, in ragione della sua specializzazione, in aspetti professionali attinenti all’incarico affidatogli, nel quale egli²⁸ non abbia adeguata competenza” (art. 8, co. 4); *b)* “della propria decisione di accettare o non accettare l’incarico” (art. 21, co. 2); *c)* di non essere “in grado di assolvere al proprio incarico con specifica competenza, a causa di sopravvenute modificazioni alla natura del medesimo ovvero per difficoltà della pratica” (art. 23, co. 3”); *d)* di voler rinunciare all’incarico (art. 23, co. 4).

È chiaro, dunque, che oggi, al di là dei doveri informativi specificamente sanciti dal codice deontologico, un “moderno” dottore commercialista sarà tenuto a rendere compiutamente edotto il proprio cliente del grado di complessità e dei rischi connessi allo svolgimento dell’attività oggetto dell’incarico, in modo che questi possa esprimere un vero e proprio “consenso informato”.

Esemplificando, il professionista dovrà svolgere attività di sollecitazione, dissuasione ed informazione del proprio cliente, essendo tenuto: a rappresentare a quest’ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto ostative al raggiungimento del risultato o, comunque, potenzialmente produttive di effetti dannosi; ad indicargli tutti gli oneri ipotizzabili; a richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; a dissuaderlo da intraprendere determinate iniziative, e così via²⁹.

Trattasi di obblighi che, seppur mitigati da un onere di cooperazione del cliente – il quale dovrà collaborare con il professionista mettendolo a conoscenza di tutte le circostanze utili e della documentazione in suo possesso³⁰ – investono tutte le fasi del rapporto professionale e,

²⁷ Così S. MONTICELLI, *Obblighi d’informazione e responsabilità dell’avvocato*, in *I contr.*, 2016, p. 85 ss., cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

²⁸ Ossia il commercialista incaricato.

²⁹ Si veda, per una fattispecie in tema di responsabilità del professionista forense, la recentissima Cass., 19 aprile 2016, n. 7708, in www.dirittoegiustizia.it.

³⁰ Sul punto si rinvia alle osservazioni di S. MONTICELLI, *Obblighi d’informazione e responsabilità dell’avvocato*, cit., p. 91.

JUS CIVILE



dunque, attengono tanto alla fase pre contrattuale, quanto all'intero svolgimento dell'incarico.

Tanto premesso, è evidente ed intuitivo che l'ampiezza degli obblighi informativi così delineato, avallata da una giurisprudenza sempre più rigorosa, apre scenari caratterizzati da nuove forme di responsabilità del dottore commercialista – sostanzialmente sconosciute alla civilistica tradizionale – il quale potrà essere chiamato a rispondere quante volte, fornendo una informazione non completa, abbia determinato scelte del cliente diverse da quelle che sarebbero state assunte se questi avesse avuto piena contezza di tutti gli elementi idonei a determinare consapevolmente la propria scelta. Scelte che si sono poi rivelate pregiudizievoli per l'interesse del soggetto.

Un ultimo cenno va dedicato alla tematica del riparto dell'onere della prova: al riguardo, va ricordato che, conformemente ai principi già tratteggiati in tema di responsabilità contrattuale, sarà ovviamente il commercialista a dover fornire la *probatio* (a volte *diabolica*³¹) di aver svolto una completa e comprensibile attività consultiva in favore del cliente³². Viceversa, ricadrà sul cliente l'onere di provare che dalla carenza di informazioni sia conseguito un pregiudizio risarcibile.

³¹ Lo sottolinea molto efficacemente S. MONTICELLI, *Obblighi d'informazione e responsabilità dell'avvocato*, cit., p. 92-95.

³² Da ultimo, sempre in tema di responsabilità dell'avvocato, si veda Trib. Verona, 26 gennaio 2016, in www.altalex.com.



DIANORA POLETTI

Professore Ordinario di Diritto Privato – Università di Pisa

IL CONTRATTO D'OPERA INTELLETTUALE ANCORA ALLA RICERCA DI IDENTITÀ *

SOMMARIO. 1. *Il contratto d'opera intellettuale al tempo delle riforme.* – 2. *I tratti descrittivi (e distintivi) del contratto d'opera intellettuale nella riflessione odierna.* – 3. *Segue. Il barocco sistema delle fonti del contratto.* – 4. *Pluralità di statuti professionali e disciplina generale del contratto d'opera intellettuale.* – 5. *Compenso professionale e decoro.* – 6. *Il necessario ripudio di opposti estremismi.*

1. – Poco presente negli studi classici della dottrina civilistica perché riservato alla prevalente attenzione dei cultori del diritto commerciale o del diritto del lavoro, il contratto d'opera intellettuale costituisce una formidabile specola per ripercorrere i più attuali itinerari di riflessione che avvolgono oggi la tematica generale del contratto, anche a volere riservare prevalentemente l'attenzione alle professioni c.d. protette o “ordinistiche”. Questo, ammesso che abbia ancora senso parlare di contratto d'opera intellettuale¹ rispolverando l'antica terminologia del codice in un contesto in cui è discussa la stessa nozione di prestatore di opera intellettuale o professionale, che da qualche parte si è voluta definire come categoria più sociologica che giuridica², quando per lo stesso linguaggio giuridico termini come professione, professionista *et similia* “non han-

* Il contributo costituisce la rielaborazione della relazione presentata al convegno “Le professioni intellettuali nel tempo delle riforme”, organizzato in data 13 febbraio 2015 dall'Università di Catania in occasione del XXIV Incontro di Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato.

¹ Il tema è stato trattato, di recente, da F.M. BANDIERA e A.P. UGAS, *Commento all'art. 2230*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro* a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, IV, Milanofiori Assago, 2014, p. 492 ss. e da M. RABITTI, *Il contratto d'opera intellettuale*, in *I contratti di collaborazione*, a cura di P. Sirena, Trattato dei contratti Rescigno-Gabrielli, Milanofiori Assago, 2011, p. 764 ss. Tra le trattazioni di respiro monografico: R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da Galgano, Padova, 2010; G. MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale*, in *Il Codice Civile. Commentario Schlesinger* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2009.

² A volere riprendere le parole del parere su “Ruolo e futuro delle libere professioni nella società civile europea del 2012” – Sezione specializzata Mercato Unico, produzione e consumo, che definisce le libere professioni “categoria sociologica”, tra le caratteristiche di una libera professione figurano “la prestazione di un servizio immateriale di elevato valore e dal carattere spiccatamente intellettuale sulla base di una formazione (universitaria) di alto livello, l'interesse pubblico del servizio prestato, l'indipendenza professionale ed economica nell'esercizio delle funzioni, la prestazione a titolo personale, sotto la propria responsabilità e in modo professionalmente indipendente, l'esistenza di un particolare rapporto di fiducia tra committente e prestatore di servizi, la prevalenza dell'interesse del prestatore a offrire un'assistenza ottimale rispetto all'interesse a ottenere il massimo guadagno e, infine, l'ottemperanza a regole professionali e deontologiche precise e rigorose”.

JUS CIVILE



no un significato univoco”³, derivando la loro polisemia dallo stesso diritto dell’Unione⁴, e per di più allorché è dato riscontrare, nella trattazione dell’argomento, non già un unico statuto normativo, ma la presenza di una pluralità di statuti dei professionisti intellettuali.

Il codice civile del 1942 ha sancito definitivamente la riconduzione delle attività intellettuali negli schemi del contratto oneroso, supplendo al silenzio del previgente codice. Le nuove disposizioni, tuttavia, denunciavano chiaramente la genetica crisi di identità di tale contratto, diviso tra richiami alle mantenute leggi speciali (art. 2230 co. 2° c.c.) – nelle quali si stratificavano statuizioni proprie di diverse epoche e traspariva l’influenza dell’ordinamento sindacale e corporativo delle professioni, come peraltro denunciato nella stessa Relazione al codice – e rinvii alle disposizioni presenti in altro luogo del codice, *in primis* nel titolo dedicato all’impresa, quando l’esercizio professionale costituisce attività organizzata in questa forma (art. 2238 co. 1° c.c.). Neppure il suo accomunamento al contratto d’opera o di lavoro autonomo, operato con evidenza nella sistematica del codice in forza di una concezione della professione intellettuale svolta direttamente e unicamente dal titolare, secondo le modalità del tempo, è valso a celare le significative differenze tra i due, tanto che il contratto di prestazione d’opera intellettuale si è presto spogliato della veste di *species* del primo⁵ o di sua secondaria appendice⁶.

Da tempo esso appare da tempo alla ricerca di una nuova e definitiva identità, che, specie dopo le profonde trasformazioni subite negli ultimi decenni, dovrà attraversare l’attuale crocevia della faticosa riforma delle professioni, nella quale l’aggettivo “faticosa” non risponde certamente ad una mera velleità di esasperazione letteraria⁷. La nuova identità andrà rintracciata tenendo presenti tutte le traiettorie che attraversano il campo, che si muovono nell’alternativa tra soluzioni dettate da una concezione ancora “umanistica” delle attività intellettuali e regole imposte da una progressiva commercializzazione delle professioni⁸, tra (antiche) istanze di tutela

³ P. TACCHI, voce *Professioni I) Professioni, arti, mestieri – dir. amm.*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, Treccani, 1991.

⁴ Cfr. ad esempio il riferimento alle attività delle “libere professioni” dell’art. 57 comma 2 del TFUE, dettato in tema di servizi, contrapposto all’accesso alle “attività autonome” dettato nel precedente capo in tema di diritto di stabilimento (art. 49, comma 2°).

⁵ Ribadisce che il rapporto tracciato dal codice civile tra il contratto d’opera e il contratto di prestazione intellettuale sia da configurarsi in termini di rapporto tra genere e specie: G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo* (voce), in *Enc. dir., Annali*, V, Milano, 2012, p. 724; di contrario avviso M.A. LIVI, *Il contratto d’opera*, in *Obbligazioni. III. I contratti*, Diritto civile diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, p. 368.

⁶ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. II. Le obbligazioni in generale, il contratto in generale, i singoli contratti*, Padova, 2010, p. 663, sottolinea come le due figure siano regolate in modo sensibilmente diverso, a partire dal fatto che “*il rischio del lavoro* incombe, nel contratto d’opera manuale, sul prestatore d’opera; tutto all’opposto grava, nel contratto d’opera intellettuale, sul cliente”.

⁷ Cfr. il Piano nazionale definitivo di riforma delle professioni inviato dal Dipartimento Politiche Europee alla Commissione europea il 5 aprile 2016, nel quale il nostro Paese ha provveduto all’aggiornamento delle professioni regolamentate (174 le professioni in totale inserite; 41 quelle di nuovo inserimento). L’attenzione è ora appuntata sulla riforma delle professioni sanitarie, come tratteggiata dal disegno di legge Lorenzin approvato dal Senato lo scorso mese di maggio e dalle “Disposizioni in materia di responsabilità professionale del personale sanitario” approvate dalla Camera lo scorso mese di gennaio (Atto Camera n. 1769).

⁸ Il punto è ben illustrato in prospettiva storica e diacronica, attraverso i modelli del “professionista gentiluomo” e

JUS CIVILE



di interessi corporativi ed (attuali) esigenze di garanzia di qualità della prestazione professionale, tra persistente esclusione dalla totalità delle regole dell'impresa e soggezione alla normativa concorrenziale⁹.

La forte specificità e la densa regolamentazione di questo contratto non lo separano dai nuovi tracciati della discussione su profili generali e sul ruolo del contratto, ma, *a contrario*, sembrano elevarlo a banco di prova non solo applicativo ma anche sistematico di queste riflessioni. Le quali devono fare i conti con alcune “coppie di estremi” che si rinvergono nell'analisi del contratto in esame, i cui apici generano – più che contrapposizioni – interrelazioni dialettiche dagli andamenti spesso circolari, che vanno ad accrescere il grado di complessità del quadro.

2. – La singolare miscela di arcaismo, espressione di un atteggiamento tutto peculiare e a lungo difensivo degli appartenenti alle categorie professionali e di modernità – nella quale le prestazioni d'opera intellettuale si trasformano, nel linguaggio del mercato, in servizi, sia pure peculiari – che marchia il contratto in questione (anche questa combinazione, se si vuole, può essere ricondotta ad una “coppia di estremi”) consente di introdurre subito la prima delle molte considerazioni che la prestazione di opera intellettuale solleva allo studioso della disciplina contrattuale generale.

I tratti distintivi si specificano almeno su un triplice profilo, a volere oltrepassare i connotati più sedimentati individuati dalla dottrina per il contratto di cui si parla, ossia l'intellettualità della prestazione, che genera l'esclusività del personale apporto culturale del professionista nell'esecuzione – ritenuti sufficienti a connotare il contratto anche quando presenti in una consistenza “minima”¹⁰ – e l'esercizio professionale, dunque continuativo e non occasionale dell'attività.

Il triplice piano si snoda dalla rilevanza dei principi fondamentali al barocco sistema delle fonti eteronome del contratto fino alla struttura intrinseca del rapporto contrattuale.

Sotto il primo aspetto (quello dei principi) costituisce osservazione non inconsueta quella che segnala lo stretto collegamento del contratto in analisi con valori di rilievo primario, anche costituzionale¹¹. Tuttavia, è ormai da tempo avvertita l'esigenza di appuntare l'angolo di osser-

del “professionista mercante”, da M. MALATESTA, *Professionisti e gentiluomini. Storia delle professioni nell'Europa contemporanea*, Torino, 2006, specie, in chiave riassuntiva, p. 350 ss.

⁹ M. TICOZZI, *Professioni (concorrenza nelle)*, voce, in *Digesto disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 2008, p. 711 ss.

¹⁰ Per l'affermazione che il contratto *de quo* sia connotato da un “minimo di intellettualità nello sforzo professionale profuso nella produzione del servizio e da un minimo di personalità nella prestazione”: A. CETRA, *L'impresa e le professioni intellettuali*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, 2015, p. 84 ed *ivi* rimandi.

¹¹ Molto deciso era il richiamo alle norme costituzionali contenuto nella proposta di legge Vietti (n. 1553, presentata alla Camera il 29 luglio 2008) sulla riforma della disciplina delle professioni intellettuali, che si proponeva, ai sensi soprattutto degli artt. 4, 33 e 35 Cost., di «abbracciare, in un sistema comune, tutte le libere professioni», ovvero tutte quelle attività economiche dirette al compimento di atti e alla prestazione di servizi o di opere in favore di terzi, abitualmente esercitate «con lavoro intellettuale», per le quali «è richiesto un titolo di studio universitario o equipollente».

JUS CIVILE



vazione oltre la cornice delle norme che assegnano massima rilevanza allo svolgimento delle libere professioni, al cui interno abbondano i riferimenti costituzionali, pur eterogenei (gli artt. 4 e 41, l'art. 33, 5° co., che prescrive l'esame di stato per l'abilitazione professionale, ma anche gli artt. 35, 1° e 2° co., 31, 1° co, e 37)¹². Dato che le professioni intellettuali riguardano questioni essenziali per la vita, la salute e i diritti delle persone, oppure questioni economiche fondamentali o, ancora, la tutela della pubblica e privata incolumità, è ben presente la convinzione dell'essenziale e intrinseco collegamento delle professioni con beni costituzionalmente rilevanti che possono essere incisi dallo svolgimento dell'attività professionale. Con ciò, il riferimento costituzionale assume una valenza duplice, posto che lo stesso presidia l'esercizio attività, da un lato e, dall'altro, si incrocia con le richieste che questa attività è chiamata a soddisfare.

Quale specifica testimonianza di quegli andamenti circolari che si sono detti propri della dialettica tra opposti, sul versante "pubblico" il contratto di prestazione professionale produce anche rilevanti effetti esterni (o "esternalità", per usare il linguaggio economico): si pensi all'attività dei medici e alla salvaguardia della salute anche collettiva, all'attività degli avvocati e alla garanzia del funzionamento del sistema giudiziario, o, sempre a titolo esemplificativo, alla responsabilità assunta dai revisori contabili verso potenziali azionisti dell'impresa di cui certificano il bilancio. A questa "funzione pubblica" del servizio professionale¹³ si correla – in una logica di tipo compensativo – l'ambito di protezione di cui altrimenti le libere professioni non godrebbero; ed è proprio alle ragioni di "interesse pubblico" che si riferisce l'art. 3, comma 5, lettera a) del d.l. n. 138/2011 per la giustificazione della previsione di limitazioni all'accesso e all'esercizio delle professioni.

Una simile riflessione può tuttavia essere condotta guardando anche all'interno dell'accordo tra professionista e cliente, dunque oltre l'angolo prospettico del problema delle restrizioni alla libertà di esercizio. Le maglie del contratto racchiudono molto spesso aspetti inerenti la persona e la personalità non solo del cliente ma di entrambi i contraenti, caricandosi in maniera plurima di profili personalistici. I valori personalistici che circondano la persona del cliente hanno senza dubbio un andamento intrinseco al contratto, tanto che è pressoché scontata l'osservazione che taluni diritti inviolabili dell'uomo, come la salute, entrano per così dire direttamente nel contratto di prestazione professionale e costituiscono oggetto del suo adempimento. Ma è indubitabile che questo coinvolga, dal versante dell'altro contraente (il professionista) il suo intelletto (dunque, un risvolto sapienziale, immateriale ma personalistico anch'esso), posto per così dire a servizio del primo.

¹²F.M. BANDIERA, *Commento all'art. 2229*, in *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, *Dell'impresa e del lavoro* a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, IV, cit., p. 458; R. SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, cit., p. 18.

¹³Estesa fino a considerare il professionista, in taluni casi, responsabile di comportamenti illeciti tenuti verso la collettività dal proprio cliente: cfr., in tema di illecito tributario, Cass., 26 aprile 2010, n. 9916, in *Dir. fisc. ass.*, 2011, p. 1106, con nota di E. RAJNERI, *La rischiosa attività del commercialista tra responsabilità civile, amministrativa e penale: consulente di fiducia o guardiano degli interessi pubblici?*



In questo quadro si stagliano gli indici normativi dello svolgimento personale dell'incarico da parte del professionista, cui si annoda anche l'autonomia di esercizio dell'attività e il carattere fiduciario del rapporto. Definito da Ludovico Barassi – allorquando discorreva di contratto di lavoro subordinato – come “qualcosa di intimo, che non sempre si connette con motivi esteriori”¹⁴, tale carattere, sebbene progressivamente scoloritosi¹⁵, è alla fine sopravvissuto allo svolgimento della professione in forma associata¹⁶ e persino alla norma rivoluzionaria dell'art. 10 della legge 183/2011, dedicata alle società tra professionisti e destinata alle professioni ordinarie¹⁷, che notoriamente non è riuscita ad attecchire molto nella prassi.

Nella stessa ottica del coinvolgimento di valori personalistici si può a ragione collocare il segreto professionale, che presenta un diverso grado di impermeabilità a seconda del tipo di professione: unito al diritto alla riservatezza delle informazioni rilasciate esso rappresenta sotto questa angolatura l'acme di un rapporto di affidamento estremo, di tipo sostanzialmente confessorio, del cliente con il professionista prescelto. Se l'antropologia definitiva del diritto moderno è stata instaurata dal diritto del lavoro, come scriveva Luigi Mengoni negli anni Cinquanta¹⁸, il settore lavoristico più evoluto dello svolgimento di prestazioni professionali, con le quali si “vendono” competenze intellettuali, fornendole a chi ne è privo, indurrebbe senz'altro a compiere nuove riflessioni *in subiecta materia*.

Neppure appare senza significato, da questa specifica angolatura oggetto di considerazione, che il divieto di discriminazione sia a piene mani disseminato nella normativa di riforma delle professioni. Proprio il principio di uguaglianza costituisce l'ultima discussa frontiera del nuovo diritto dei contratti, foriera di animati contrasti che vedono contrapposto soprattutto il legislatore europeo e quello autoctono, e che spingono la più accorta dottrina, dopo il superamento dello scoglio del suo confronto con l'autonomia contrattuale, un tempo ritenuto inammissibile, a indi-

¹⁴ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, ristampa anastatica a cura di M. Napoli, Milano, 2003, p. 354.

¹⁵ M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, 2^a ed., Torino, 2016, p. 3, sottolinea come si possa seriamente cominciare a dubitare che nell'ordinamento sussista ancora quel carattere “rigorosamente professionale” caratterizzato, nel rapporto tra professionista e cliente, dall'*intuitus personae*.

¹⁶ Cfr., tra altre, Cass., 29 novembre 2004, n. 22404, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 11, che ribadisce il carattere rigorosamente personale del rapporto tra professionista e cliente, fondato sull'*intuitus personae* anche quando il professionista è associato ad uno studio.

¹⁷ In argomento cfr. M. CIAN, *La nuova società tra professionisti. Primi interrogativi e prime riflessioni*, in *NLCC*, 2012, p. 3 ss.; F. TASSINARI, *Professioni intellettuali e società tra professionisti* (lemma), in *Diritto commerciale*, a cura di N. Abriani, *Dizionari del diritto privato* promossi da N. Irti, Milano, 2011, p. 669 ss., nonché *Società tra professionisti*, speciale della rivista *Le Società*, 2012 (in particolare ZACCHEO, *Società tra professionisti e professioni protette*, *ivi*, p. 15 ss.). E v. anche lo studio n. 224/2014 (“Società tra professionisti-Questioni applicative ad un anno dall'entrata in vigore”) approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato in data 3 aprile 2014. Il tema della responsabilità verso il cliente nel caso di esercizio in forma associata dell'attività è trattato, per esempio, da C. RINALDO, *Profili di responsabilità nelle società tra professionisti. Riflessioni sulla responsabilità personale e societaria dei soci*, in *NLCC*, 2014, p. 836 ss.

¹⁸ L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, ora in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 127.



viduare i limiti (o le mediazioni) della sua applicazione¹⁹. Riferito al tema che ci occupa, si tratta questa volta di un divieto di discriminazione proveniente dal mercato e fondato sulla nazionalità del professionista o della sede legale delle associazioni di professionisti²⁰, che – sulla spinta degli osteggiati processi di liberalizzazione di matrice europea – si colloca in una fase preliminare all’esercizio dell’autonomia privata, perché riguarda il momento di accesso all’esercizio dell’attività. In proposito si può notare che l’art. 2229, che apre lo sparuto gruppo di norme dedicato dal codice civile alla prestazione d’opera intellettuale, si occupa proprio di disciplinare l’accesso all’esercizio delle professioni intellettuali. A questo risvolto si collega il tema delle c.d. misure compensative (tirocini, prove attitudinali), che appare bene esplicitato, ad esempio, nel recente regolamento per permettere l’esercizio in Italia della professione di ingegnere²¹.

Proiettata all’interno del contratto, la tematica pare fare intravedere contorni che fuoriescono dai collaudati confini dell’art. 2231 c.c., ossia dalla disciplinata mancanza di compenso del professionista non iscritto all’albo che si è voluta presidiare con il rimedio della nullità²², cui ha fatto da corollario la ritenuta impossibilità di applicazione anche dell’art. 2126 c.c.²³ Il tema è troppo rilevante e delicato per essere analizzato solo per brevi accenni, ma ad esempio la prospettiva del rifiuto discriminatorio di contrarre, allorché il contratto di prestazione professionale diventa in un certo qual modo “imposto”, ossia tutte le volte in cui il professionista sia il solo soggetto legalmente legittimato al compimento di determinate, necessarie attività, potrebbe schiudere interessanti risvolti di riflessione.

3. *Segue.* – Sul piano delle fonti, il contratto di opera professionale si caratterizza per una

¹⁹ U. BRECCIA, *Sub art. 1322 c.c.*, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, *Commentario del codice civile* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 106. Sulle preoccupazioni che l’ampliamento a dismisura del divieto di discriminazione nel contesto contrattuale induca a pensare che tale divieto “costituisca un limite intollerabile alla libertà contrattuale ... invece che una delle *regulae iuris* maggiormente espressive del rinnovato significato della libertà contrattuale nelle società del terzo millennio”: D. MAFFEIS, *Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti*, in *NLCC*, 2015, p. 163. Sul tema v. anche le riflessioni di E. NAVARRETTA, *Principio di uguaglianza, divieto di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 558 ss.

²⁰ Cfr. l’art. 2, ultimo comma, del regolamento n. 137/2012 sulla riforma degli ordinamenti professionali.

²¹ Si tratta del decreto del Ministero della Giustizia del 3 dicembre 2014 n. 200, recante “*Regolamento recante misure compensative per l’esercizio della professione di ingegnere, di cui all’articolo 24 del decreto legislativo 9 novembre 2007 n. 206*”.

²² La giurisprudenza è al riguardo costante: tra le tante Cass., 21 marzo 2011, n. 6402 (su cui L. TULLIO, *La “denegatio actionis” del professionista non iscritto all’albo*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 1077), che esclude – ai fini della possibilità di ottenere il pagamento della retribuzione – anche l’azione sussidiaria di arricchimento senza causa. La propensione, anche se non mancano in dottrina opinioni diverse, è verso la configurazione della nullità del contratto per contrasto con l’ordine pubblico: esplicita Cass., 12 ottobre 2007, n. 21495, in *I contr.*, 2008, p. 274; e v. G. MUSOLINO, *Il “monopolio” del professionista: la nullità del contratto d’opera intellettuale per mancanza di iscrizione all’albo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 957 ss.

²³ G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro autonomo*, cit., p. 726; ID., *Lavoro autonomo*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 15.

JUS CIVILE



spiccata e policentrica articolazione, che annovera (sempre giocando all'interno delle "coppie di estremi") il rapporto tra diritto generale e leggi speciali, tra diritto pubblico e diritto privato, ma ormai anche tra diritto statale e diritto regionale²⁴, tra fonti primarie e fonti secondarie di attuazione, come pure tra norme giuridiche e norme deontologiche, tra tutele giudiziarie e sanzioni disciplinari, tra competenze riconosciute da titoli legali o equipollenti e comportamenti improntati a lealtà e probità e a condotte anche di vita specchiate e irreprensibili, con andamenti a volte oscillanti. Riprova ne è, per tutte, il ritorno alla legiferazione che, in un orizzonte caratterizzato da un andamento contrario, ha accompagnato la recente riforma dell'avvocatura²⁵.

La regolamentazione "multilivello" del contratto è estesa e pervasiva, poiché traccia diagonalmente che vanno dalla vigilanza sull'accesso alla professione fino agli *standard* qualitativi del suo svolgimento, dal vaglio preventivo dei requisiti di professionalità all'imposizione di obblighi comportamentali, dal controllo statale, con risvolto giudiziale, a quello degli ordini professionali, con conseguenze in primo luogo di "polizia" disciplinare, oggi rafforzate dalla introduzione dei consigli di disciplina, tanto da fare domandare quanto spazio resti riservato – dinanzi alla crescente eteronomia – alla pura autonomia contrattuale e quale sia, in definitiva, il ruolo dell'accordo tra le parti.

La complessità è ulteriormente rafforzata perché le fonti di esso non solo si intersecano per completarsi, ma spesso appaiono a doppia valenza: si pensi, per tutte, alle norme deontologiche che hanno da tempo aggiunto alla natura di regole di comportamento nell'interesse della categoria professionale quella di regole idonee a misurare il corretto adempimento del professionista nei rapporti con il cliente²⁶.

Per di più, certi profili tradizionalmente già assestati devono essere forse ripensati. È questo il caso del diritto pubblico, che non è certamente arretrato, posto che anche la recente riforma degli ordinamenti professionali approvata solo qualche mese prima con il dPR n. 137/2012 ha convintamente confermato il ruolo di "agente di legittimazione" delle professioni intellettuali

²⁴ Cfr. in particolare il discusso d. lgs. n. 30 del 2006, contenente la "ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'articolo 1 della legge 4 giugno 2003, n. 131" ed emanato in attuazione della delega all'individuazione di principi fondamentali su materie a competenza ripartita Stato-Regioni, sul quale v., sinteticamente, C. PONARI, *Commento all'art. 2229*, in *Codice civile annotato* a cura di G. Perlingieri, Napoli, 2010, p. 722.

²⁵ Il *Dossier* n. 1/2013 del CNF, esplicativo della nuova legge di riforma, ha chiarito espressamente che l'approvazione della legge 31 dicembre 2012, n. 247 ha determinato la sopravvenuta inapplicabilità alla professione forense delle norme contenute nell'art. 3, comma 5°, del d.l. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011 e s.m.i. e, conseguentemente, delle norme contenute nel d.P.R. n. 137/2012. "Questo – si legge nel *Dossier* – tanto in considerazione del criterio cronologico (*lex posterior derogat legi priori*) quanto del criterio di specialità (*lex specialis derogat legi generali*) e gerarchico (con riferimento specifico alla sorte delle disposizioni di cui al d.p.r. n. 137/2012). Non potranno, pertanto, avere applicazione, neanche nella fase transitoria, le norme sugli organi disciplinari contenute nell'art. 8 del D.P.R. n. 137/12, che ... necessitano, per essere operative, dell'insediamento dei consigli di disciplina (previsione ormai inattuabile per la professione forense)". Più in generale, il primo e più significativo effetto della riforma è quello di sottrarre la professione forense alla delegificazione degli ambiti materiali di cui all'art. 3, comma 5°, cit., comportando una "rilegificazione" dello statuto normativo dell'avvocatura.

²⁶ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L'obbligazione del professionista intellettuale tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008, p. 7, 17 ss.

JUS CIVILE



riservato allo Stato (che opera essenzialmente attraverso la regolamentazione dell'accesso e la vigilanza sugli ordini, i quali a loro volta esercitano la vigilanza delegata ma anche autonoma sugli iscritti), ma che affida a certe professioni intellettuali ruoli di supplenza inquadabili ormai a pieno titolo nel principio di sussidiarietà. Il riferimento a questo riguardo va alla recente introduzione della “negoziatura assistita” degli avvocati²⁷, diversa dalle più antiche forme dei rapporti di servizi onorari con lo Stato.

Lungo questo crinale, la disputa ancora aperta sulla soluzione al quesito se gli artt. 2229 ss. c.c. regolamentino il contratto d'opera intellettuale oppure disciplinino l'attività appare forse un dilemma non così tragico, che si spiega con una doppia causale: una più antica, che riposa nella diversa logica del libro quinto del codice, proteso proprio a guardare al dinamismo della prestazione lavorativa più che alla staticità delle formule definitorie del contratto e una più moderna o almeno di recente riscoperta, che può essere ravvisata nel segno *ante litteram* di quella che oggi siamo soliti definire “procedimentalizzazione” del contratto²⁸.

Nella disciplina delle professioni regolamentate la procedimentalizzazione è così forte che l'esecuzione del contratto all'esterno funzionalizza questa attività, la quale in alcuni casi diventa addirittura “ministero” (per tutti, quello di difensore). Nei rapporti interni tra il professionista e il cliente, la procedimentalizzazione assume un altro risvolto peculiare, che si lega al carattere di sapere tecnico proprio della prestazione e che, anzitutto, rende sempre più spiccato il passaggio dall'attuazione del rapporto al rispetto dei diversi protocolli, diversamente configurati per le singole professioni, a partire da quella medica, che ha conosciuto normativamente il confronto con *standard* operativi predefiniti²⁹.

In questa direzione un risvolto rinnovato è generato, per la professione forense, dal tema della “competenza specializzata”. È noto che il nuovo codice deontologico forense (art. 12) fa divieto all'avvocato di accettare incarichi che “sappia di non potere svolgere con adeguata competenza”, aggiungendo che l'accettazione di un determinato incarico fa presumere la competenza a realizzarlo, affidando così all'autovalutazione del professionista la determinazione a monte della

²⁷ In tema: F.P. LUISO, *Negoziatura assistita* (art. 6 e 12 d.l. n. 132/2014), in *NLCC*, 2015, p. 649 ss.

²⁸ Sul tema della procedimentalizzazione del contratto fondamentale rimane il contributo di SALV. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, specie pp. 64, 110 ss. In argomento, quanto al contratto ad effetti traslativi, cfr., specificamente, G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali tra procedimento e fattispecie complessa: prime considerazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1995, p. 83 ss.; più di recente F. ALCARO (a cura di), *La circolazione del contratto preliminare. Profili ricostruttivi e strumenti operativi*, Milanofiori Assago, 2011, C. MAZZÙ, *La compravendita immobiliare dall'atto al procedimento* (2013), in www.consiglionazionaleforense.it; R. LENZI, *La vendita come procedimento*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1359 ss.

Un contributo che rilegge in chiave procedimentale l'intero iter di formazione del contratto è quello di A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e autonomia delle parti*, Torino, 2002.

²⁹ F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il “decreto Balduzzi”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 820 ss.; R. BREDA, *Responsabilità medica tra regole giurisprudenziali e recenti interventi normativi*, in *Contr. e impresa*, 2014, specie p. 788 ss.



sua capacità di esatto adempimento. Il profilo è destinato a trovare un significativo elemento di raccordo con la professionalità che si articola nelle nuove specializzazioni³⁰ e genererà sicuramente nuove ripercussioni sull'adempimento/inadempimento dell'obbligazione e dunque sulla stessa responsabilità del professionista. Non è difficile immaginare una valutazione più rigorosa di questa responsabilità quando la controversia intercorsa con il cliente³¹ insoddisfatto riguardi, per esempio, proprio il settore di competenza del legale specialista.

4. – La complessità appena accennata del contratto di prestazione professionale genera quadri articolati e compositi, il cui primo effetto è quello di confrontare la pur unitaria disciplina del contratto d'opera intellettuale con le regole speciali dettate per le diverse tipologie di professionisti.

Da questo punto di vista, non si tratta più di prendere atto delle distinzioni già tracciate, ad esempio, tra professioni interamente protette (esercitate solo da soggetti iscritti all'albo competente, come nel caso del medico) e professioni parzialmente protette (nelle quali solo alcune delle attività necessitano obbligatoriamente dell'iscrizione all'albo, come nel caso dell'avvocato), oppure – da diversa visuale – da professioni con aree di esclusiva (i notai) e altre con zone prive di esclusiva (i commercialisti), nella consapevolezza che non fanno difetto alcuni spostamenti o attrazioni di materia: si pensi alla consulenza legale svolta in modo sistematico, ricondotta nello spettro della competenza del professionista forense dall'art. 2, comma 6°, l. n. 247/2012.

Si tratta invece di constatare – come si è accennato in apertura – che sussiste una pluralità di statuti normativi del libero professionista, che affonda le sue radici nella legislazione precodificata, già diversificata per le singole professioni, che il più recente diritto comunitario e interno continua a ribadire.

Così, sul primo versante, la direttiva servizi 2006/123/CE non si applica agli esercenti le professioni sanitarie e alla professione meno liberalizzata, quella dei notai, ai quali neppure si applica la più recente direttiva 2013/55/UE sul riconoscimento delle qualifiche professionali. Per il diritto autoctono basterebbe pensare alla riforma professionale forense tracciata dalla legge n. 247/2012³², che sottrae gli avvocati alla disciplina generale della riforma degli ordinamenti pro-

³⁰ V. il Decreto del Ministero della Giustizia 12 agosto 2015, n. 144 (regolamento recante disposizioni per il conseguimento e il mantenimento del titolo di avvocato specialista). In argomento, prima del regolamento: G. CONTE, *La nuova legge sulla professione forense. Riforma forense e "specializzazione" degli avvocati*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 407 ss.

³¹ È generalmente ammesso che la qualità di cliente del professionista d'opera intellettuale possa non coincidere con quella del soggetto a favore del quale l'opera del professionista deve essere svolta, dovendo ravvisarsi in colui che, stipulando il relativo contratto, ha conferito l'incarico al professionista, assumendo l'obbligo del pagamento del compenso: Cass., 25 novembre 2004, n. 22233, in *Mass. Giur. it.*, 2004.

³² La quale si affianca alla precedente disciplina, risalente al r.d.l. 27.11.1933, n. 1578, che non è stata interamente cancellata. Sulla legge cfr. i saggi pubblicati in *Riv. dir. civ.*, 2013 ed *ivi* (p. 389 ss.) le considerazioni di apertura di G. ALPA, *La nuova legge sulla professione forense. Introduzione*.

JUS CIVILE



fessionali approvata solo qualche mese prima con il già ricordato d.P.R. n. 137/2012³³ o al disegno di legge specificamente rivolto solo alla riforma delle professioni sanitarie³⁴.

Non vi è dubbio che una spinta significativa non solo alla creazione di “sottosistemi” di regole ma alla fissazione di un loro più esatto confine sia provenuta dal diritto giurisprudenziale anche (e in alcuni casi soprattutto) sotto il profilo del risvolto rimediabile, che – una volta compreso nei suoi esatti termini quel singolare richiamo alla “colpa grave” contenuto nell’art. 2236 c.c.³⁵ – si è soliti ormai declinare in termini di responsabilità differenziata per le varie professioni (a partire da quella sanitaria per arrivare a quella del progettista e del revisore)³⁶. Uno statuto, dunque, che si costruisce a ritroso, dal lato della “vittima”.

Ma alla diversificazione della disciplina, propria di plurime categorie professionali – continuando a scrutinare il tema con la lente della coppia di estremi – si contrappone con sempre maggiore decisione la spinta unificante delle regole di fonte comunitaria sul contratto del consumatore, quando lo stesso è cliente/utente del professionista, che tende a rendere indifferenziato l’acquisto del “sapere specialistico” dall’acquisto di un qualsiasi bene di consumo.

Il discorso conduce inevitabilmente verso la considerazione dell’asimmetria informativa che, nel contratto di opera intellettuale, caratterizzato dalla natura altamente tecnica dei servizi offerti, si presenta particolarmente elevata. Se l’aforisma di George Bernard Shaw (“Tutte le professioni sono delle cospirazioni contro i profani”) riesce a strappare un sorriso, è indubitabile che già nello stesso codice civile una significativa traccia di asimmetria informativa – sebbene mista al carattere fortemente fiduciario del rapporto tra professionista e cliente – si rinviene nella previsione del recesso. La natura fiduciaria del rapporto, giustificata (o, per meglio dire, indotta) dall’esclusività della prestazione, rinviene una precisa testimonianza nella disciplina dell’art.

³³ Per l’affermazione che la l. 31.12.2012, n. 247 abbia sottolineato la specialità della professione forense “in quanto destinataria di regole specifiche che la sottraggono alla *curvatura* mercantista impressa alle altre professioni dalle più recenti leggi”, U. PERFETTI, *Riforma della legge forense*, in *Libro dell’anno del Diritto* 2014, Treccani.it.

³⁴ V. *supra*, nota 7.

³⁵ L. BIGLIAZZI GERI, U. BRECCIA, F.D. BUSNELLI, U. NATOLI, *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1989, p. 526. E v., sebbene non del tutto in termini, C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012, p. 34 ss.

Per una sintesi dell’evoluzione della giurisprudenza volta a circoscrivere progressivamente il campo di operatività dell’art. 2236 c.c., con riguardo alla responsabilità medica: G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp civ. e prev.*, 2016, p. 75 ss.

³⁶ Tra i molti contributi in tema: F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Digesto disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1998; AA.VV., *Professioni e responsabilità civile. Professioni legali, tecniche, mediche*, opera diretta da P. Stanzione e S. Sica, Bologna, 2006; con riguardo a talune specifiche professioni, ad es., M e F. BILANCETTI, *La responsabilità dei professionisti tecnici: ingegnere-architetto-geometra*, Padova, 2012.

La specificità della responsabilità medica rispetto alla responsabilità del prestatore d’opera intellettuale è generalmente evidenziata: per tutti, M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, cit., p. 11. A testimoniare basta ricordare la speciale disciplina sulla responsabilità sanitaria, oggetto ad oggi di modifica ad opera del ddl Gelli. In argomento: G. COMANDÈ, *La riforma della responsabilità sanitaria al bivio tra conferma, sovversione, confusione e ... no-blame giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2016, p. 3 ss.

JUS CIVILE



2337 c.c. Sono note le ormai lontane sentenze della Corte costituzionale³⁷ che, ponendo a raffronto il recesso senza giustificazioni del cliente con il recesso condizionato da “giusta causa” del professionista, hanno ritenuto questo diverso trattamento giustificato anche “da ragioni di tutela del contraente che può definirsi più debole o meno organizzato”³⁸.

A volere accantonare la precisazione che anche la disciplina del recesso si articola diversamente a seconda del tipo di attività professionale³⁹, il risvolto è dichiarato con molta chiarezza, ad esempio, nel parere reso in data 11 marzo 2014 dalla Sezione specializzata Mercato unico, produzione e consumo del Comitato economico e sociale europeo sul tema “Ruolo e futuro delle libere professioni nella società civile europea del 2020”. Si legge in esso che “la prestazione di servizi nell’ambito delle libere professioni è caratterizzata da un’asimmetria informativa tra i prestatori di servizi da un lato e i loro fruitori dall’altro”⁴⁰. All’atto del conferimento dell’incarico, il fruitore del servizio opera infatti – continua il parere – un’“apertura di credito” verso il professionista ed è per questo che le libere professioni poggiano sulla fiducia: nel quadro di questa asimmetria informativa, il fruitore del servizio “deve fidarsi che il prestatore non sfrutti la situazione a proprio vantaggio, ma gli eroghi invece il miglior servizio possibile, commisurato alle sue necessità”.

Rispetto alle già immaginate situazioni di disparità di posizioni contrattuali il tratto peculiare è rappresentato in questo caso da un’asimmetria informativa ispessita, che – per usare un linguaggio economico – riconduce i servizi professionali tra i c.d. *credence goods*⁴¹. Sospingono in questa direzione vari elementi, tra i quali la mancanza in capo al cliente di informazioni, conoscenze ed esperienze sufficienti per valutare i servizi al momento della loro offerta, la sua

³⁷ G. MUSOLINO, *Contratto d’opera professionale*, cit., p. 535, i *ivi* i riferimenti a Corte cost., 4 luglio 1979, n. 209, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1730 e Id., 13 febbraio 1974, n. 24, in *Foro it.*, 1974, I, c. 597.

³⁸ Ma è noto che alcune professioni derogano al disposto codicistico: è questo il caso degli ingegneri e degli architetti, per i quali l’art. 10 della l. n. 133/1949, pur non limitando l’incondizionato diritto di recesso concesso al cliente, pone a suo carico un’obbligazione indennitaria *ex lege*, prevedendo l’automatico aumento del compenso dovuto al professionista nella misura del 25%.

³⁹ Sul recesso del cliente nel rapporto con il professionista tecnico cfr. ancora G. MUSOLINO, *Contratto d’opera professionale*, cit., p. 548 ss.

⁴⁰ Tuttavia – continua il parere di cui al testo – “a tutti gli Stati membri in egual misura spetta impedire che la caratteristica distintiva delle libere professioni, cioè l’asimmetria informativa tra prestatori e fruitori di servizi, venga sfruttata a favore dei primi. I servizi offerti dai liberi professionisti sono complessi e richiedono un alto grado di competenze specialistiche. Pertanto, il fruitore di tali servizi risulta sprovvisto di informazioni, conoscenze ed esperienze sufficienti per giudicare la qualità dei servizi offerti, sia al momento di sceglierne il prestatore sia ad erogazione del servizio avvenuta”.

⁴¹ A seconda del tipo di asimmetria informativa, gli economisti hanno classificato i servizi professionali tra i *credence goods*, gli *experience goods* e i *search goods*. Più precisamente, quando l’asimmetria informativa grava sia nella fase di specificazione della domanda indirizzata al professionista, che successivamente nella valutazione della sua *performance*, i servizi professionali possono essere classificati tra i *credence goods*, il che implica che l’attività professionale può essere considerata come una forma di assistenza fiduciaria, sostanzialmente slegata da vincoli di obbligatorietà di risultato. Alternativamente, se esiste una qualche forma di verifica *ex-post* della prestazione basata su precedenti esperienze, i servizi professionali possono essere più propriamente classificati come *experience goods*.

JUS CIVILE



l'incapacità di assegnare al professionista obiettivi precisi al lavoro che gli richiede e, ancora, la sua incompetenza a giudicare la bontà e l'efficacia della prestazione al momento del suo compimento. A questo si somma la sostanziale impossibilità dello stesso di comparare i prezzi in un mercato, per di più, in cui l'elevata richiesta di compenso è considerata espressione di una concorrenza *a contrario*, ossia della selezione già compiuta dalla clientela, che fa emergere le situazioni di più elevata professionalità o dalla quale traspaiono livelli di eccellenza nel settore.

Vari sono stati e sono gli strumenti messi in campo per rimediare a questa asimmetria⁴². Sotto questa specifica visuale si ripropone la stessa, già segnalata pluralità di fonti che investe il contratto, che mescola “rules-based regulation” e “principles-based regulation”: dal richiamo alla presenza di *standard* professionali minimi e al rispetto di norme deontologiche del citato parere sul “Ruolo e futuro delle libere professioni nella società civile europea del 2020” al rafforzamento dei doveri di informativa (operato soprattutto dall'art. 9 della l. n. 1/2012⁴³) fino alle clausole generali. Queste ultime sono spesso invocate in maniera quasi eccessiva, come testimonianza il riferimento alla “lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza” con la quale deve essere esercitata la professione forense che si rinviene nell'art. 3 della legge n. 247/12 e che è riproposto dalle norme dei codici deontologici, tutti dominati dal richiamo alla correttezza.

In ordine al dovere di informazione (a tacere delle considerazioni sull'inutilità del *surplus* informativo e sulla deresponsabilizzazione che da ciò discende), si può notare il legame con la complessità dell'incarico, che evoca la soluzione di problemi tecnici “di particolare difficoltà” dell'art. 2236 c.c. Ma, soprattutto, esso – progressivamente esteso dal medico ad altre categorie professionali – spinge a considerare l'uso della generale disciplina di stampo consumeristico nella correzione delle asimmetrie informative, cui dovrebbe supplire anche l'accresciuto requisito di forma scritta nella pattuizione sul compenso ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2233 c.c., per quanto riguarda avvocati e praticanti abilitati.

A questo proposito appare ben definibile il più recente *trend* giurisprudenziale, non solo autotono, volto ad applicare questa disciplina al contratto d'opera intellettuale. Tale tendenza ha riguardato soprattutto la professione ordinistica forense: si allude alle sentenze che, in tema di azione spettante all'avvocato per il pagamento dei compensi professionali, già da qualche tempo hanno sancito l'inderogabilità del foro di competenza del consumatore, fino alle recenti decisioni della Corte di Cassazione che hanno confermato l'applicabilità di questa disciplina, “a nulla rilevando che il rapporto tra l'avvocato e il professionista sia caratterizzato dall'*intuitu perso-*

⁴² Che tuttavia, nella complessità delle relazioni economiche odierne, può porre lo stesso professionista in posizione di subaltermità. È questo il caso dei legali, professionisti fiduciari, di fronte a enti pubblici o privati conferenti gli incarichi: in merito v. S. MONTICELLI, *Regole e mercato nella disciplina del contratto d'opera professionale*, in *Contr. e Impresa*, 2016, specie p. 528 ss.

⁴³ Nella quale si legge: “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”.

JUS CIVILE



nae”⁴⁴. In questa direzione appare significativa una recente sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea sui contratti standard di assistenza legale, che considera a tale fine irrilevante la “natura pubblica dell’attività svolta dagli avvocati”, dichiarandosi d’accordo con quanto sostenuto dalla Commissione europea in udienza: “escludere dall’ambito di applicazione della direttiva 93/13 i numerosi contratti stipulati dai ‘clienti consumatori’ con le persone che esercitano libere professioni, che si caratterizzano per l’indipendenza e gli obblighi deontologici ai quali tali prestatori sono soggetti – si legge nella sentenza – priverebbe l’insieme di tali ‘clienti-consumatori’ della tutela accordata dalla direttiva”⁴⁵.

Emerge così, dal versante del controllo sul contratto, una nozione indifferenziata di professionista, che sopravanza la diversa articolazione degli statuti e che – sotto l’aspetto della correzione degli squilibri – è idonea ad abbracciare anche lo svolgimento di attività di carattere intellettuale. Questo è l’inevitabile portato, come noto, della linea seguita nel contesto europeo, che prescinde da categorizzazioni giuridiche formali del concetto di impresa⁴⁶ e che di questa privilegia l’aspetto funzionale, dando rilevanza predominante all’esercizio dell’attività consistente nell’offerta di beni e servizi, all’interno di una nozione che risulta idonea a comprendere anche le attività degli esercenti le professioni intellettuali, incluse quelle protette, in quanto le stesse si sostanziano nell’erogazione di servizi a fronte di un corrispettivo.

Se questo è, l’equiparazione tra imprenditore e professionista anche intellettuale appare passaggio compiuto sia ai fini dell’applicazione della normativa anticoncorrenziale⁴⁷ sia ai fini dell’applicazione della normativa sul contratto, frutto di un approccio – quello comunitario – ben diverso da quello di diritto interno, perché rivolto alla “regolazione delle professioni legata essenzialmente alla salvaguardia di interessi dei ‘consumatori’ dei servizi stessi”: da qui la conferma delle convinzioni di chi aveva subito segnalato che l’assimilazione dell’attività professionale all’attività di impresa, riferita puntualmente al diritto della concorrenza, sembrava in grado di trascendere l’ambito di questa⁴⁸.

⁴⁴ Cfr. Cass., 14 gennaio 2014, n. 1464 (ord.), in *Quotidiano giuridico*, 6 febbraio 2014, con annotazioni di M. DONA E S. PEREZ, *Il foro speciale ed esclusivo del consumatore è applicabile alle controversie tra avvocato e cliente*.

⁴⁵ CGUE Sez. IX, 15 gennaio 2015, n. C-537/13, in *Giur. it.*, 2015, p. 1636, con nota di I. POLLASTRO, *Clause abusive nei contratti con i consumatori. Avvocato e cliente nella normativa a tutela del consumo* e in *NGCC*, 2015, p. 740, con nota di M. CHIARELLI, *Contratti tra avvocato e cliente: è applicabile la tutela del consumatore*.

⁴⁶ È però noto che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea separa la libertà professionale (art. 15) dalla libertà d’impresa (art. 16).

⁴⁷ Ravvisava già nell’art. 9 del d.l. n. 1/2012 (Disposizioni urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture) il punto di arrivo di una tendenza che mira a “riconduurre una volta per tutte, e definitivamente, la disciplina delle professioni intellettuali ... ed il loro stesso esercizio concreto, nel quadro delle attività d’impresa”, G. CARRARO, *Riflessioni su professione intellettuale forense, liberalizzazione dei compensi e disciplina contrattuale*, in *NGCC*, 2013, II, 165 ss.

⁴⁸ E. GIANFRANCESCO-G. RIVOCCHI, *La disciplina delle professioni tra Costituzione italiana ed ordinamento europeo*, in *La Costituzione economica: Italia, Europa*, a cura di C. Pinelli e T. Treu, Bologna, 2010, p. 280 (e a p. 277 il virgolettato del testo).

Avverte che l’elaborazione giurisprudenziale non esita ad applicare il diritto *antitrust* all’esercizio delle libere

JUS CIVILE



Per limitarsi ad evocare un'unica prospettiva di "ritorno" nel diritto nazionale, si può segnalare la necessità di riconsiderare, in chiave di inderogabilità, almeno quando il cliente rivesta il ruolo di consumatore (e trascurando le perplessità suscitate dalla completa adattabilità della normativa consumeristica al rapporto contrattuale proprio delle professioni intellettuali), la disciplina sull'esercizio del diritto di recesso dell'art. 2237 c.c., che la giurisprudenza, dopo alcuni ripensamenti, ha invece considerato derogabile⁴⁹.

5. – Nel percorso qui seguito, un ultimo profilo assume ancora significato: si tratta di quello che concerne il compenso e la sua determinazione. È risaputo che l'impiego del termine "compenso" in luogo di quello di "corrispettivo" traccia un'ulteriore differenza dal contratto di prestazione d'opera manuale: la remunerazione dell'attività intellettuale secondo criteri non mercantili costituisce il retaggio della sussiegosa antica inconciliabilità tra prestazioni rese dagli uomini "liberi" (da qui l'espressione "professioni liberali"), che trasmettono un "sapere" e prezzo del lavoro prestato.

Al riguardo si può muovere da una parola – il decoro – che, se si eccettua il suo essere riferito agli edifici nel regime del condominio, è presente nel codice civile solo nell'art. 2233 c.c. quale elemento per commisurare il compenso del prestatore intellettuale. Il riferimento al decoro, ossia al "prestigio sociale che circonda quel determinato tipo di professione intellettuale"⁵⁰, introduce nel codice civile un elemento di sapore antico, contrapposto alla modernità e all'apertura del mercato, in unione con il riferimento alla dignità della professione. Esso è stato utilizzato su più fronti: dalla difesa del mantenimento del divieto di pubblicità al recupero di minimi tariffari insopprimibili proprio perché contrastanti con esso, per il tramite delle norme deontologiche, alla giustificazione della reintroduzione del divieto del patto di quota lite nel diritto interno, e precisamente nella riforma della professione forense⁵¹.

In questo campo, le spinte che provengono dall'Europa sono altre: l'avvento della normativa

professioni, in tal modo "reputando gli ordini professionali come associazioni tra imprese; gli esami di abilitazione all'esercizio delle professioni come barriere all'entrata sul mercato, le tariffe professionali obbligatorie come intese": A. CETRA, *L'impresa e le professioni intellettuali*, cit., p. 85. E v. ora, esemplarmente, per l'attribuzione della qualifica di "associazione di imprese" ai sensi dell'art. 101 TFUE al Consiglio Nazionale Forense, la recente decisione del Consiglio di Stato 22 marzo 2016, n. 1164, in Banca dati Pluris, che ha confermato la sanzione inflitta dall'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato al Consiglio Nazionale Forense, cui veniva contestato di aver posto in essere condotte restrittive della concorrenza, attraverso l'adozione di due decisioni (parere n. 48/2012 e circolare n. 22/2006) finalizzate a restringere l'autonomia dei professionisti in relazione alla determinazione del loro comportamento economico sul mercato, attraverso la limitazione dell'utilizzo di canali di diffusione delle informazioni e la reintroduzione della vincolatività dei minimi tariffari.

⁴⁹ Per una recente ricognizione, A. CASTIGLIONI, *Contratto d'opera intellettuale con termine finale e recesso ad nutum ai sensi dell'art. 2237 c.c.*, in *I contr.*, 2016, in nota a Cass., 14 gennaio 2016, n. 469.

⁵⁰ F. GALGANO, *Trattato di diritto civile. II. Le obbligazioni in generale*, cit., p. 666.

⁵¹ In argomento: G. CONTE, *La tormentata disciplina del "patto di quota lite" e le equivoche novità introdotte con la riforma forense*, in *Contr. e impresa*, 2013, p. 1109 ss.

JUS CIVILE



concorrenziale, penetrato con certa prepotenza nel già intrapreso percorso della c.d. commercializzazione delle libere professioni⁵², ha sicuramente richiesto un ampliamento dell'autonomia contrattuale, fosse solo sul versante della determinazione del compenso professionale.

Non è un caso che, di fronte al rilancio della “decorosità” del compenso e della sua corrispondenza all’“importanza dell’opera”, in assenza di altri parametri, da determinarsi alla luce delle tariffe professionali minime, ritenute quindi di fatto nuovamente vincolanti (sul presupposto che “prezzo decoroso” coincida, di fatto, con la tariffa predeterminata) la Corte di Giustizia dell’Unione Europea, investita della questione se l’art. 101 TFUE sulla libertà di concorrenza vieti il riferimento alle componenti di dignità e decoro del professionista nella composizione del compenso professionale⁵³, abbia rimandato al giudice nazionale tale verifica.

La vicenda si è chiusa con una pronuncia del Consiglio di Stato⁵⁴ che ha ritenuto le regole deontologiche in esame (proprie dell’Ordine dei geologi, ma estensibili evidentemente a tutte le professioni) restrittive della concorrenza e non necessarie al perseguimento di obiettivi di tutela del consumatore.

Di particolare interesse appaiono le considerazioni del rapporto tra norme deontologiche e art. 2233 c.c., in ordine al quale la sentenza riprende le considerazioni formulate dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, parte in causa: la norma del codice si indirizza al singolo professionista, si legge nella sentenza, disciplinando essa rapporti di tipo privatistico tra le parti di un contratto e non attribuendo alcun potere agli ordini professionali (considerati, alla stregua della disciplina della concorrenza, associazioni tra imprese) in termini di verifica della corrispondenza del compenso richiesto al decoro della professione e all’importanza dell’opera. Non solo la disposizione codicistica non vale a supportare quella deontologica, ma la presenza della prima conferma la superfluità della seconda, essendo evidentemente ritenuta sufficiente la regola dell’art. 2233 c.c. ad assicurare l’adeguatezza del compenso del professionista.

L’effetto, dettato chiaramente dall’intento di evitare la reintroduzione di minimi tariffari per il tramite delle regole deontologiche, è la cancellazione di sanzioni disciplinari nel caso di comportamento “indecoroso” del professionista che pratici prezzi stracciati, ma con una impermeabilità di questa vicenda – stando alla sentenza in esame, ma della quale pare lecito dubitare – alla disciplina contrattuale.

⁵² Le linee dell’atteggiamento dell’U.E. sulle professioni regolamentate possono essere sintetizzate nella salvaguardia dell’esistenza di regolazione delle professioni legata essenzialmente alla tutela degli interessi degli “utenti” dei servizi stessi; in un approccio pro-concorrenziale al mercato dei servizi professionali; in un diverso fondamento della stessa attività professionale, non più presupposta o menzionata implicitamente in Costituzione, ma ancorata allo statuto costituzionale dell’impresa o, comunque, delle attività economicamente rilevanti: così E. GIANFRANCESCO-G. RIVOSECCHI, *op. e loc. cit.*

⁵³ Sentenza 18 luglio 2013, C-136/2, in *Foro it.*, 2014, IV, c. 154, con nota di richiami di R. DE HIPPOLYTIS.

⁵⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 gennaio 2015, n. 238, in Banca dati Pluris.

JUS CIVILE



6. – Come si evince da queste rapide notazioni, il contratto d’opera al tempo delle riforme presenta scenari delicati e laboriosi, in ordine ai quali occorre allontanarsi da opposti estremismi⁵⁵. Questo si traduce nell’esigenza di abbandonare difese corporative (o, più propriamente, di riaffermare protezioni neocorporative) ma anche, sul versante antitetico, nell’intento di sfuggire alla deriva mercantilistica o a forme di completa *deregulation*, lasciando arbitro il mercato, che ha dimostrato da più parti le sue falle, fosse solo per il fatto che le professioni regolamentate sono volte al perseguimento di interessi di stampo primario⁵⁶.

Sul piano del contratto, questo significa evitare tutele ad oltranza dei professionisti o visioni tripudianti delle professioni, che in molti settori – specie per le giovani generazioni – vedono notevolmente ridimensionata la loro capacità di guadagno, come pure tutele ad oltranza dei clienti, a volte committenti di una pluralità di incarichi e tutt’altro che soggetti deboli o in situazione di “minorità culturale”⁵⁷. Nella definizione ancora in essere del nuovo modello dell’esercizio dell’attività professionale, antico privilegio e nuova debolezza devono dunque stemperarsi a vicenda.

Ciò appare altresì in linea con la più accorta letteratura che ha studiato il fenomeno dal punto di vista sociologico, la quale raccomanda di evitare, in una visione non preconcepita, “l’assunzione della unidirezionalità”, sul presupposto che il processo di professionalizzazione non sia un percorso lineare ma un percorso complesso che non “finisce con un ‘traguardo’ (il riconoscimento statale) o con uno ‘stadio finale’ (lo *status* di professione), ma è un processo permanente di negoziazione e di conflitto” che ciascuna professione sostiene innanzitutto con le altre professioni, ma anche con lo Stato e con i clienti stessi (in difesa della propria autonomia e per il controllo del mercato professionale)⁵⁸. Costituiscono il più immediato precipitato di ciò gli obblighi di formazione continua e di aggiornamento professionale, diretti ad adeguare “per tutto l’arco della vita professionale le conoscenze professionali”⁵⁹.

Lungo questa traiettoria possono essere riproposte, anche per questo contratto, la cui specificità traspare dallo stesso linguaggio impiegato dal legislatore del ‘42, proprio nel raffronto con

⁵⁵ M. RABITTI, *Il contratto d’opera intellettuale*, cit., p. 785; M. LIBERTINI, *Pubblicità, concorrenza e deontologia forense*, in *Riv. dir. ind.*, 2012, I, p. 259 ss.

⁵⁶ Per questo, le coordinate di una incisiva regolazione delle attività professionali dovrebbero essere dirette ad assicurare un livello minimo di qualità delle prestazioni (con selezione degli accessi e vigilanza permanente sull’esercizio delle attività), da un lato e, dall’altro, rivolte a garantire obiettivi di “servizio universale”, cioè “il diritto di accesso di chiunque, in ogni parte del territorio e a condizioni eque e non discriminatorie, ai servizi professionali di base”: così M. LIBERTINI, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *Federalismi.it*, 2015, n. 4.

⁵⁷ M. FORTINO, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1984, p. 1.

⁵⁸ W. TOUSJIN, *Professioni*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali Treccani*, 1997.

⁵⁹ Cfr. l’art. 16-bis del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale), inserito dall’art. 14 del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229. Ormai la compenetrazione tra aggiornamento continuo e qualifica professionale è tale per cui l’apprendimento permanente “diventa elemento di valutazione nell’ambito del riconoscimento della qualifica professionale”, sulla scorta delle indicazioni della direttiva 2005/36/CE, come modificata dalla direttiva 2013/55/CE.

JUS CIVILE



le riflessioni generali che attraversano la disciplina contrattuale, le considerazioni che animano in generale la discussione sul tema. Queste inducono a prospettare una possibile e meditata (anche se non agevole) conciliazione tra le logiche del mercato e le clausole generali, *in primis* quella della correttezza, depurata però da eccessi diluenti e presa – o ripresa – sul serio.

Anche le coppie di estremi che hanno attraversato questo discorrere del tema potrebbero essere così destinate ad un loro “armonizzazione temperata”, per riprendere un’espressione in uso nel diritto europeo, atta a rinvenire, di fronte a scenari necessariamente rammodernati, quegli equilibri che la disciplina del contratto esaminato ha sempre rincorso.



ROBERTO SENIGAGLIA

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

PER UN'«ERMENEUTICA DEL CONCETTO DI CAUSA»: SOLIDARIETÀ «ORIZZONTALE» E CONTRATTO

SOMMARIO: 1. *Il faticoso approccio alla causa del contratto.* – 2. *Contratto e solidarietà: alla ricerca di una "sistemazione".* – 3. *L'atto gratuito atipico non oneroso tra topica e sistematica.* – 4. *La meritevolezza dell'interesse e dello scopo di solidarietà.* – 5. *L'obbligazione naturale come causa del contratto.*

1. – Nel divenire storico, anche la giustificazione degli effetti del contratto¹, al pari di ogni significato dell'ordinamento, esige un'indagine che tenga conto del livello di tipicità sociale degli interessi delle parti, continuamente ridefinito in ragione delle trasformazioni culturali che interessano le relazioni intersoggettive; le quali, entro il limite della cifra valoriale che ordina il sistema, si consegnano all'interprete per nuove soluzioni.

In codesta ampia prospettiva antropologico-evolutiva, costituisce senz'altro una valida indicazione di metodo, per i ragionamenti che andremo a svolgere, il magistrale ammonimento rivolto al giurista, che le categorie dell'ordinamento «non sono degli *a priori* entro i quali incapsulare la realtà, bensì strumenti da lui stesso forgiati per meglio intendere quelle realtà entro il quadro di valori condivisi»².

Ci si vuole riferire, in specifico, alla categoria della causa del contratto, ovvero al requisito strutturale, la cui portata semantica e di senso è diversamente descritta nelle varie stagioni della giurisprudenza pratica e teorica³; la quale anche in tale ambito, seppure timidamente e in modo

¹ Si rinvia a V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, II ed., Milano, 2011, 341 ss. e agli ampi riferimenti bibliografici ivi contenuti.

² N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 9.

³ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO-PASSARELLI, Milano, 1961, 122, il quale, con parole particolarmente incisive, avverte che l'elemento della causa «da luogo, quando si tratta di passare alla sua definizione, alle più gravi controversie e difficoltà». Limitandoci soltanto ad alcune ulteriori citazioni, si v. G. GORLA, *In tema di causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, 22 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 593 ss.; S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile, Metodo – Teoria – Pratica*, Milano, 1951, 105 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955, 172 ss.; E. BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, III, Torino, 1959, 32 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Causa* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 232 ss.; V. SCALISI, voce *Negozio astratto*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 52 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 52 ss.; M. BESSONE, *Causa tipica e motivo del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 1098 ss.; A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; A. CECCHINI, *Regolamento contrattuale e interessi delle parti (intorno alla nozione di causa)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 223 ss.; G. SICCHIERO, *Il contrat-*



incompiuto, sta dando significativi segnali di ricostruire la tenuta dell'assetto di interessi deliberato dalle parti considerando le nuove istanze ambientali, che costituiscono la complessità empirica dell'ordinamento⁴. Dogmatica ed ermeneutica giuridica⁵ è pertanto, e potremmo dire *a fortiori*, l'endiadi all'insegna della quale occorre indagare pure «la funzione dell'atto che proprio in quanto programmazione di un funzionamento, è sostenuta da specifici presupposti»⁶.

I diffusi discorsi sulla “crisi” del diritto interessano, evidentemente, pure le sue categorie⁷. Quanto alla causa, oggi è anzitutto messa in discussione la sua *autonomia* categoriale, affermando, anche soltanto indirettamente, la sua riduzione al requisito dell'accordo/volontà (*solus consensus obligat*)⁸ e alle sue alternative procedure di formazione delineate dalla legge oppure all'oggetto/contenuto⁹, sancendo, in tal modo, il suo «tramonto»¹⁰, la sua «morte»¹¹, la sua “irrelevanza”¹².

to con causa mista, Padova, 1995, 18 ss.; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, Padova, 2012, 209 ss.; M. BARCELONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015.

⁴ Cfr. G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e “irrazionali”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, 47.

⁵ Si rinvia a L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, *passim*. Con riferimento specifico al tema qui affrontato v. A. GALASSO e S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO e S. MAZZARESE, Milano, 2008, 10.

⁶ E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 828.

⁷ Si rinvia a N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 29, il quale avverte che «le categorie non possono essere più riflesso di un contesto sociale omogeneo, perché si sono venuti modificando i modi di pensare, le tecniche della produzione sociale, gli stili di vita».

⁸ Cfr. G. DE NOVA, *La causa*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, t. I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, III ed., Torino, 2004, 782; A. ALBANESE, *Prestazione gratuita, spirito di liberalità e vantaggi indesiderati (il problema degli scambi imposti)*, in *Contratto e impresa*, 2007, 498, il quale, indagando il tema dell'arricchimento ingiustificato, osserva che «accanto alla legge, altra causa idonea a giustificare l'altrui arricchimento è normalmente considerata la volontà dell'impovertito. La “volontà” di attuare uno spostamento patrimoniale può realizzarsi secondo modalità diverse: innanzitutto le parti possono avere stipulato un contratto tra loro (in ambito familiare potrebbe trattarsi di un contratto di convivenza). In questo caso, se il contratto è valido, esso è certamente idoneo a costituire la “giusta causa” dell'attribuzione». V. inoltre G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Milano, 1955, 77 ss.; P. BARCELONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozi e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, 21; F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, Padova, 1994, 52 ss. Si veda anche CASS., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 448, con nota di C. DI LEO, *Contratto di assicurazione e causa in concreto*. A questa sentenza V. 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, 971) muove la critica di sovrapporre l'elemento della causa con l'elemento dell'accordo e, quindi, di identificare la causa con la volontà.

⁹ Su questo aspetto si rinvia a M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., 209 ss. ed ivi ampi riferimenti bibliografici.

¹⁰ Cfr. G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto?*, in *Contratto e impresa*, 2003, 100 ss.

¹¹ Si veda G. GILMORE, *La morte del contratto*, trad. di A. FUSARO, Milano, 1989, *passim*; U. BRECCIA, *Causa, in Il contratto in generale*, t. III, a cura di G. ALPA, U. BRECCIA, A. LISERRE, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, vol. XIII, Torino, 1999, 86; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in V. ROPPO, *Trattato del contratto*, II, *Regolamento*, a cura di G. VETTORI, Milano, 2006, 101 ss.

¹² Cfr. A. DI MAJO, *I principi dei contratti commerciali internazionali dell'Unidroit*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1996, 292; M. NUZZO, *La causa*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. SIRENA, Milano, 2006, 195 ss.

JUS CIVILE



Tale epilogo – nonostante possa essere supportato da esperienze di altri ordinamenti della nostra stessa “famiglia” di *civil law*, le quali tracciano la morfologia del contratto senza contemplare la causa, come avvenuto anche in Francia a seguito della recente riforma del diritto dei contratti¹³, nonché dalle fonti europee, specialmente quelle persuasive di *soft law*, i progetti di codificazione europea¹⁴ – tale epilogo, dicevamo, va non tanto semplicemente smentito, bensì chiarito in termini ermeneutici e compatibili con gli assetti del sistema di diritto positivo, nella consapevolezza che non è possibile rinunciare, prima di dare l’abbrivio a qualsiasi riflessione critica, alla premessa formale del dato prescrittivo che ancora annovera la causa tra i requisiti del contratto (art. 1325, n. 2, c.c.), la cui presenza deve essere accertata per affermarne la validità¹⁵. Una premessa, però, attenta ai fenomeni evolutivi, i quali, nel commento ufficiale al *Draft Common Frame of Reference*, hanno portato ad affermare, rispetto alle “scarne” regole di struttura del contratto ivi contenute, che «*the additional requirements (which in many cases are attenuated or are readily evaded) do not seem to fulfil a sufficiently important function to be desirable elements of a modern model for contract law*»¹⁶. Il che, anche guardando alle nostre strutture, fa sorgere spontaneo l’interrogativo volto a comprendere l’utilità reale di continuare a ragionare intorno alla causa del contratto¹⁷.

Ma accanto a questo fenomeno di “liberazione del contratto dalla causa” – che, stando alle disposizioni vigenti, ha più il sapore di uno slogan di politica del diritto che di critica dello stes-

¹³ Ci riferiamo alla *Ordonnance n. 2016 – 131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Per effetto di tale riforma è stato abrogato l’art. 1108 *cod. civ.*, il quale richiedeva per la validità del contratto quattro condizioni essenziali: «*Le consentement de la partie qui s’oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l’engagement; une cause licite dans l’obligation*». Il nuovo art. 1128 *cod. civ.* dispone invece che «*son nécessaires à la validité d’un contrat: 1° Le consentement des parties; 2° Leur capacité de contracter; 3° Un contenu licite et certain*». Causa ed oggetto, quindi, sono stati accorpati nell’unico elemento del contenuto del contratto.

¹⁴ Il *Code européen des contrats*, redatto dall’Accademica dei Giusprivatisti europei, all’art. 5 annovera tra «*les éléments du contrat*» soltanto «*a) l’accord des parties; b) Le contenu*». Allo stesso modo i *Principles of European Contract Law* della Commissione Lando, all’art. 2:101, dopo aver disposto che «*a contract is concluded if: a) the parties intend to be legally bound, and b) they reach a sufficient agreement*», aggiunge «*without any further requirement*». Nel *Draft Common Frame of Reference* l’art. II.4:101 dispone che «*a contract is concluded, without any further requirement, if the parties: a) intend to enter into a binding legal relationship or bring about some other legal effect; and b) reach a sufficient agreement*». Si consideri, inoltre, che recenti riforme attuate nell’ambito di ordinamenti di *civil law* hanno fatto a meno della causa; su tale profilo si rinvia a L. VACCA (a cura di), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso internazionale ARISTEC, Palermo 7-8 giugno 1995, Torino, 1995, *passim*; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, in *Contratto e impresa*, 2007, 2 ss. V. inoltre C. CASTRONOVO, *Un contratto per l’Europa*, Prefazione ai *Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, ed. italiana a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, XXVI; G.B. FERRI, *L’«invisibile» presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 897 ss.; G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto*, cit., 100 ss.; G.B. FERRI, *L’accordo sufficiente e la funzione del contratto*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Milano, 2007, 458 ss.

¹⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., 101 ss.

¹⁶ Si tratta del commento all’art. II.-4:101 del *Draft Common Frame of Reference*.

¹⁷ M. GIROLAMI, *L’artificio della causa contractus*, cit., 110.

JUS CIVILE



so – se ne ravvisa uno di segno opposto¹⁸; il quale, tra l'altro, giunge a ricondurre alla causa aspetti che interessano l'esercizio dell'autonomia privata nella determinazione dei contenuti patrimoniali del contratto o meglio dell'operazione a cui esso inerisce¹⁹, «che comprende in sé il regolamento, tutti i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano»²⁰.

Tant'è che la giurisprudenza non manca di sindacare in termini di causa l'equilibrio economico dello scambio, consegnato dal sistema al principio della *libera* esplicazione del potere di autodeterminazione; sicché *soltanto* quando viene in gioco tale libertà nei rigidi limiti posti dalla disciplina dei vizi del consenso, della risoluzione, della rescissione e da altre discipline speciali, tutte attente ai centri di interessi implicati, la vincolatività dell'atto può essere vinta.

Nello specifico, il diritto vivente, pur riconoscendo che il contratto di scambio che contempra un prezzo “irrisorio” – non meramente simbolico, non serio – non possa essere invalidato per mancanza di causa, ritiene che il profilo concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni afferisca «all'interpretazione della volontà dei contraenti e all'eventuale configurabilità di una *causa* diversa del contratto»²¹. In questi termini, una questione (il rapporto quantitativo tra le prestazioni) collocata dal sistema nel momento procedurale della formazione del contratto viene spostata, senza alcun aggancio formale, nel perimetro della struttura dello stesso, bastando una sproporzione, anche soltanto sospetta, per consegnare l'atto di autonomia all'interprete affinché ne ridefinisca la sua identità strutturale²². Della causa del contratto, però, v'è ragione di trattare quando è in discussione non la sua efficienza ma la sua giustificazione concreta, certamente ricostruita all'esito di un'indagine interpretativa condotta con coscienza ermeneutica, fa-

¹⁸ Si veda U BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino, 2002, 241 ss.

¹⁹ Su tale concetto si rinvia a E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 103 ss. V. anche C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, Milano, 1997, 207 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, Milano, 1998, 6-7.

²⁰ E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue classificazioni*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, I, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, II ed., Torino, 2006, 49.

²¹ CASS., 4 novembre 2015, n. 22567 in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, 503, con nota di M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il “prezzo vile”: giudizio causale e trasparenza negoziale*; in *Giur. it.*, 2016, I, 835, con nota di M. RIZZUTI, *Ancora in tema di nullità ed equilibrio contrattuale*; in *I Contratti*, 2016, 559 ss. con nota di S. FOTI, *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto*. Si veda pure CASS., 19 aprile 2013, n. 9640, in *Foro it. mass.*, 2013, 322 e per esteso in banca dati *De jure*, in cui si precisa che «solo l'indicazione di un prezzo assolutamente privo di valore, meramente apparente e simbolico, può determinare la nullità della vendita per difetto di uno dei requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti e all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto». V. inoltre U. BRECCIA, *Causa*, cit., 10 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., 143 ss.

²² Cfr. A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., 8, il quale rileva che «la nozione di causa, specialmente nel suo aspetto di *causa di scambio* appare indifferente e neutrale rispetto *alla misura* (dei termini) dello scambio».



ciendo luce su ciò che le parti hanno realmente voluto perseguire, sull'interesse che quel contratto è obiettivamente volto a realizzare²³.

Al di là di codeste forzature, non v'è dubbio che le pressanti esigenze di giustizia contrattuale, recepite sistematicamente soprattutto dal legislatore europeo, costituiscono un fattore rigenerativo del requisito della causa²⁴, ma non nel senso di snaturare la sua funzione, elevandolo a strumento di controllo dei processi valutativi condotti dalle parti nell'esercizio della loro autonomia, bensì per riconoscere tutela agli interessi oggettivamente perseguiti dal contratto considerato nella sua individualità²⁵.

Nel riordinare la categoria, si perpetua quel disagio che la tradizione ha costantemente manifestato nel definire, nella teoria e nella pratica, che cosa si debba conoscere quando si tratta di valutare la causa del contratto; disagio dettato dalla necessità di preservare la funzione, propria di tale requisito, di controllo della rilevanza dell'atto nell'ordinamento, operante all'insegna di coordinate che, *in concreto*, consentano la selezione.

2. – Riacciacciandoci all'interrogativo poc'anzi enunciato, la riflessione sulla causa del contratto e in genere sull'autonomia contrattuale merita ulteriori apporti teorici, specialmente con riguardo ai trasferimenti o agli impegni assunti non collocabili nell'architettura delle classificazioni dogmatiche che tuttora la letteratura continua a proporre; atti che per ciò rischiano, nella pratica, di essere interessati da un giudizio negativo sul piano causale e dunque da un accertamento della loro invalidità²⁶.

In questo ambito problematico vi rientrano, senz'altro, quelle che la dottrina ha chiamato *prestazioni isolate*²⁷, ovvero quegli «atti che producono un'attribuzione giuridica unilaterale o fanno sorgere unilateralmente un'obbligazione sulla base di una fattispecie il cui schema strutturale si riduce alla nuda e neutrale prestazione»²⁸. La causa che sorregge tali atti, pertanto, non è

²³ L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit., 39; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 267.

²⁴ Cfr. G. VETTORI, *Introduzione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, XVII. L'A. osserva che la normativa comunitaria «sta innovando profondamente la disciplina dei rapporti patrimoniali fra privati» così da comportare la necessità di rivedere le tradizionali categorie.

²⁵ A. DI MAJO, voce *Causa nel negozio giuridico*, cit., 3.; G. ALPA, *L'uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, II, 16; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 240; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, cit., 439.

²⁶ Cfr. C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, in *Contratto e impresa*, 1986, 909; C. SCOGNAMIGLIO, *problemi della causa e del tipo*, cit., 109.

²⁷ M. GIORGIANNI, voce *Causa (dir. priv.)*, cit., 564 ss.; A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., 5; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., *passim*; A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, in *I contratti gratuiti*, a cura di A. PALAZZO e S. MAZZARESE, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2008, 18; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., 101.

²⁸ E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, cit., 824.

JUS CIVILE



espressa e rimane esterna²⁹ al negozio, radicata nel sistema di vita del soggetto che esegue la prestazione e nella dimensione socio-relazionale in cui si consuma il sacrificio patrimoniale³⁰.

Ma, nell'interesse della presente indagine rientrano anche quelle prestazioni eseguite o quegli impegni assunti per ragioni e scopi che vengono esplicitati o che comunque si evincono in modo inequivocabile dall'atto, ma che sfuggono alle categorie della tradizione.

Il riferimento è a quei casi in cui l'obbligazione è assunta in ragione – tutta interna al negozio e dunque non riconducibile ai meri motivi³¹ – di un interesse solidaristico, che muove da istanze di carattere etico, religioso, politico, culturale, familiare, ecc.: un dare, un fare, un non fare che non tende a procurarsi un qualsivoglia vantaggio di carattere patrimoniale, anche soltanto eventuale, ma che esaurisce la sua funzione nella realizzazione di un interesse di natura *lato sensu* non patrimoniale, di solidarietà³².

Il bisogno sotteso a tali manifestazioni dell'autonomia privata non è quindi procurarsi un valore d'uso mediante un atto di scambio³³, o, come nella donazione, cedere un valore d'uso soltanto al fine di incrementare il patrimonio dell'altra parte, per spirito di liberalità, senza ottenere *alcunché* in cambio; è, invece, conseguire l'attuazione di un valore non suscettibile di valutazione economica per il tramite della cessione di un valore d'uso, che soddisfi un interesse che eccede la sfera patrimoniale delle parti del rapporto³⁴.

L'atto, dunque, è privo sia di una *causa di scambio* o *comunque onerosa* – poiché nessun

²⁹ Cfr. R. NICOLÒ, *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Milano, 1936, 184 ss.; E. BETTI, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., 34; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, in *Contratto e impresa*, 1998, I, 591 ss.; G. DE NOVA, *La causa*, cit., 800-801. V. inoltre CASS., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, 1506, con nota di F. CARINGELA, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*.

³⁰ Si veda C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., 116, il quale osserva che «nella prestazione isolata è comunque presunta l'indicazione del termine di riferimento causale dell'attribuzione, pur dovendo lo stesso essere ricercato (...) all'esterno dell'atto di attribuzione in sé considerato: cosicché, in tali atti, la causa è pur sempre presente anche se viene in gioco in uno stato, per così dire, allotropico rispetto alla causa considerata come elemento intrinseco ed interno al contratto».

³¹ U. BRECCIA, *Causa*, cit., 54, il quale avverte che la circostanza che «gli interessi regolati siano anche “motivi” dei contraenti non deve ingannare. I motivi non sono irrilevanti in quanto tali, ma soltanto in quanto si appuntino su bisogni rimasti sicuramente estranei all'area contrattuale». Si veda anche C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, cit., 116 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 357; l'A. distingue tra «interessi delle parti che entrano nel contratto» e ne costituiscono la causa e «interessi che ne restano fuori», i quali integrano i motivi del contratto.

³² Cfr. A. GALASSO, *Il principio di gratuità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 215, il quale precisa che «la chiave d'ingresso della solidarietà nell'area dei rapporti di autonomia privata è il riconoscimento del principio di gratuità»; A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, cit., 6 ss. Sul concetto di solidarietà si rinvia, in particolare, a F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, cit., 269 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, *passim*; F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in G. BOMBELLI e B. MONTANARI, *Ragionare per decidere*, Torino, 2015, 35 ss.

³³ Si veda C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, cit., 80 ss.; M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il «prezzo vile»: giudizio causale e trasparenza negoziale*, cit., 509.

³⁴ Cfr. N. LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», cit., 10; G. RESTA, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e «irrazionali»*, cit., 42.

JUS CIVILE



vantaggio di carattere economico è ravvisabile in capo alla parte che si sottopone al sacrificio patrimoniale – sia di una *causa donandi*, ponendo quindi il problema della rilevanza dello specifico, oggettivo interesse non patrimoniale concretamente perseguito³⁵, soprattutto a fronte di quelle ricostruzioni che delimitano tale ambito di rilevanza entro gli stretti confini dello spirito di liberalità³⁶; il quale si traduce nella consapevolezza di colui che effettua l'attribuzione dell'assenza di un qualsivoglia obbligo³⁷. In sostanza, nell'ambito della gratuità, alla distinzione causale tra negozi gratuiti economicamente interessati e negozi liberali, si affianca la figura, non ben identificata come categoria ma ben qualificata per assurgerne, dei contratti con causa di solidarietà³⁸.

In particolare, aderendo alla ricostruzione di carattere *oggettivo*³⁹, che ravvisa la causa della donazione nella funzione di arricchire il donatario *per* (sul presupposto *soggettivo* dello) spirito di liberalità – non in esecuzione di un qualunque dovere, sia esso anche extragiuridico – gli *atti gratuiti atipici* di cui stiamo discorrendo, quelli che taluna dottrina ha indicato come «nuove gratuità»⁴⁰, escono da tale raggio di azione giacché muovono da un presupposto differente, che si radica nella dimensione assiologica del soggetto, la quale determina inevitabilmente un'inferenza deontica⁴¹.

³⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, II ed., Milano, 2000, 453.

³⁶ Cfr. A. CHECCHINI, *L'interesse a donare*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 262 ss. e 283 ss.; V. CAREDDA, *Le liberalità diverse dalla donazione*, Torino, 1999, 13 ss.; E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, cit., 835.

³⁷ Così, A.C. JEMOLO, *Lo «spirito di liberalità» (riflessioni su una nozione istituzionale)*, in *Studi giuridici in memoria di F. Vassalli*, II, Torino, 1960, 973 ss. V. anche L. GATT, *La liberalità*, I, Torino, 2002, 128 ss.; V. CAREDDA, *Gli atti di liberalità*, in *Diritto civile. Norme, questioni, concetti*, a cura di G. AMADIO, F. MACARIO, II, Bologna, 2014, 881, la quale precisa che gli atti di liberalità presentano il connotato della spontaneità, cioè «di atti non dovuti, né giuridicamente (non sono liberalità gli adempimenti di obbligazioni), né sul piano morale o sociale (le obbligazioni naturali)».

³⁸ P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 43-44. V. inoltre F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, cit., 92 ss.

³⁹ In proposito si veda, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, P. MOROZZO DELLA ROCCA, *op. cit.*, 69; A. GALASSO e S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 36.

⁴⁰ A. GALASSO e S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 6-7 i quali chiariscono che queste «nuove gratuità» sono «connotative di un'autonomia privata ormai depurata dal giustificazionismo causale di matrice esclusivamente patrimoniale e, talvolta, persino incentivate da speciali novellazioni legislative». Esse «si acclarano in modo ben diverso dalle “vecchie gratuità”, considerate invece come “l'attributo di una relazione eccezionale nell'ambito dei rapporti economici e sociali” e, dunque, come “un'eccezione da ricondurre, in quanto eccezione, ad un sistema costituito che era altro”».

⁴¹ Cfr. G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, 228, per il quale il dovere morale di cui all'art. 2034 c.c. consisterebbe sempre in un obbligo o dovere nascente da particolari e intense relazioni fra determinati soggetti; C. MANZINI, *Sugli spostamenti patrimoniali effettuati in esecuzione di obbligazioni naturali*, in *Contratto e impresa*, 1987, 889 ss., il quale, all'intensità del rapporto, aggiunge il criterio della generalità e tipicità sociale di quel dovere; L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 373-374, spec. nota 43, il quale aggiunge che «una tale densità di rapporti farebbe difetto, per lo più, alla donazione e là dove, invece, ricorresse, come nel caso del dovere di riconoscenza presupposto dalla remuneratoria, la minore forza del vincolo, non com-



Il problema, allora, si ravvisa nel rischio che, stando al binomio causa onerosa-causa liberale, la stabilità di tali atti possa essere vanificata a seguito dell'accertamento della mancanza dello specifico requisito strutturale. E considerata l'importanza che tali forme di attribuzione assumono, soprattutto nei settori del *non profit*, l'incertezza sulla stabilità degli effetti genera pesanti esternalità negative sul sistema di circolazione della ricchezza.

L'analisi deve pertanto vagliare la rigidità di quella bipartizione servendosi delle tecniche che presiedono il funzionamento dei meccanismi di riorganizzazione del senso e dei significati del sistema, al fine di appurare se accanto a quei due orizzonti funzionali del contratto vi sia spazio per una terza (nuova) dimensione della causa, quella ravvisabile nello scopo di solidarietà⁴².

Ebbene, superato il concetto astratto di causa, costruito dalla dottrina classica e recepito dal codice civile, come si evince dalla Relazione al Re⁴³, cioè quello di «funzione economico-sociale»⁴⁴, e approdati alla sua rappresentazione in termini, più concreti, di «funzione economico-individuale»⁴⁵, ciò che diffusamente si continua a riconoscere come regola generale è la necessità che gli effetti del contratto siano giustificati in termini *patrimoniali*, ovvero che il presupposto dell'atto di disposizione sia un interesse a conseguire un vantaggio economicamente apprezzabile⁴⁶.

Segnatamente, l'affermazione è che «uno dei compiti principali del giudizio causale è proprio quello di scongiurare che, fuori dagli ambiti normativi del dono e dell'azzardo, possa ricevere riconoscimento giuridico un atto di autonomia che sia rivestito della forma del contratto e

promettendo l'*animus donandi*, lascerebbe impregiudicata anche la natura reale dell'attribuzione». Si veda, inoltre, L. GARDANI CONTURSI-LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, 84 ss.; U. CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da P. RESCIGNO, 6, t. II, II ed., Torino, 1997, 439 ss.; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, in *Trattato dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, 139 ss.; A. TORRENTE, *La donazione*, II ed. aggiornata a cura di U. CARNEVALI e A. MORA, in *Trattato di dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2006, 297 ss.

⁴² P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 125. L'A. osserva che «ad una accezione comunitaria, per così dire primaria, della solidarietà intesa come lo «stare insieme» dei piccoli gruppi debba oggi potersi aggiungere la diversa accezione (...) della solidarietà intesa come riconoscimento delle necessità della persona sia in relazione al programma di sicurezza sociale dello Stato (solidarietà verticale), sia in relazione alle attività di autonomia privata (solidarietà orizzontale)». V. anche A. GALASSO e S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 48.

⁴³ Il riferimento è al contenuto dei nn. 613 e 603 della Relazione al Codice civile del 1942.

⁴⁴ Si rinvia a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 45 ss. G. GORLA (*Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, cit., 204, nota 5) ritiene che la paternità dell'articolazione del concetto sia da riconoscere a V. Scialoja.

⁴⁵ Si veda G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., 371; ID., *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Rimini, 1993, cit., 213-214. L'A., tra l'altro, evidenzia il rapporto di contiguità funzionale tra i motivi e la causa, nel senso che i primi servono per far chiarezza, in sede interpretativa, sulla funzione che le parti hanno inteso attribuire al negozio.

⁴⁶ Cfr. A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., 1; G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, I, cit., 541 ss.

JUS CIVILE



che, però, nella sostanza si sottragga alla logica dello scambio»⁴⁷.

Questa descrizione *funzionale* del requisito della causa si collega alla tradizionale concezione che richiede l'espressa indicazione nell'atto delle ragioni dell'attribuzione; le quali possono soltanto consistere nel conseguimento della prestazione dell'altra parte o di altro vantaggio economico ovvero nel *puro* fine di arricchire il beneficiario⁴⁸.

In tale prospettiva, il contratto gratuito non liberale, per essere attratto nello spazio del giuridicamente rilevante, deve essere connotato da una *causa onerosa*: in capo a colui che si assume il sacrificio patrimoniale deve potersi accertare, obiettivamente, un vantaggio traducibile in termini economici⁴⁹, deve ravvisarsi, cioè, in assenza di uno scambio giuridico, uno scambio "empirico"⁵⁰.

Volgendo lo sguardo alle esperienze applicative, è stato in tal senso riconosciuto un valido fondamento causale, nell'ambito dei rapporti tra società collegate, nella fideiussione prestata a titolo gratuito da una società del gruppo a garanzia di un debito contratto da altra società del gruppo, sulla base dell'argomento che «tale gratuità, di per se sola, non è certamente circostanza determinante per escludere la realizzazione, sia pure in modo mediato ed indiretto, di un interesse comune anche alla società garante nella prospettiva di un *vantaggio* complessivo del gruppo»⁵¹.

Pure nel caso del soggetto che promette al committente di riparare a proprie spese l'opera realizzata dall'impresa appaltatrice alla quale aveva fornito il materiale, sebbene non fosse stato provato che i difetti dell'opera erano dovuti a vizi del materiale, la Corte, nonostante l'assenza di corrispettivo, ha riconosciuto efficacia vincolante all'impegno, in quanto assunto «per un motivo di immagine» e cioè per evitare il discredito che sarebbe potuto derivare all'impresa fornitrice «dalla cattiva riuscita di un'opera realizzata con materiali da essa commercializzati»⁵². Al committente, quindi, è stato riconosciuto il diritto di esigere dal fornitore l'esecuzione della prestazione.

⁴⁷ M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il «prezzo vile»: giudizio causale e trasparenza negoziale*, cit., 506; ID, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 151 ss.

⁴⁸ F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed., ristampa, Napoli, 1997, 172 ss.

⁴⁹ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, III, Milano, 1963, 100; V. CAREDDA, *Gli atti di liberalità*, cit., 882; V. 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, 965, il quale osserva che «criteri del genere sembrano idonei a discriminare non già – come dice la Cassazione – fra atti onerosi e atti gratuiti, bensì piuttosto fra atti liberali e atti interessati: che sono coppie qualificatorie concettualmente diverse, e orientate a differenti finalità pratiche».

⁵⁰ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 350. V. anche G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., 32 ss.; C. CARMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, cit., 74 ss.; C. MANZINI, *Il contratto gratuito atipico*, cit., 921 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., 121; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., 79; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 102 ss.

⁵¹ CASS., 14 ottobre 2010, n. 21250, in *Vita not.*, 2013, 33, con nota di P. CERRI, *Gratuità strumentale e attribuzioni societarie*.

⁵² CASS., 14 novembre 1994, n. 9562, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1920, con nota di A. GIANOLA, *Verso il riconoscimento della promessa atipica, informale, gratuita ma interessata*.

JUS CIVILE



L'unica *eccezione*⁵³, di fonte legale, alla causa onerosa sarebbe la donazione, l'atto a causa liberale, le cui rigidità disciplinari⁵⁴ sarebbero appunto dettate dalla deroga alla logica mercantile del presupposto che regge la funzione dell'atto. Il quale può essere anche *motivato* da un interesse patrimoniale, non dichiarato e comunque esterno all'operazione economica, come quando il donante conta su un eventuale, futuro atto di riconoscenza del donatario o sulla corresponsione degli alimenti ex art. 437 c.c.⁵⁵. Soltanto quando l'interesse patrimoniale *entra* nell'operazione economica, conformandone la struttura, allora esso diviene giustificazione degli effetti⁵⁶. Così sempre nell'ambito dei rapporti tra società collegate, questa volta in un caso di cessione a titolo *gratuito* di un credito da una società a un'altra appartenente allo stesso gruppo, i giudici di legittimità hanno messo in luce la logica di gruppo nella quale si inseriva l'atto di cessione; una logica che esclude la possibilità di ravvisare la presenza degli estremi oggettivi e soggettivi della donazione, non soltanto perché l'obbligo assunto nell'ambito di una più vasta aggregazione imprenditoriale non può essere informato da spirito di liberalità, ma anche in quanto occorre collocarlo nella situazione che fa capo alla società cedente, «il cui intervento, per quanto gratuito, è preordinato al soddisfacimento di un ben preciso *interesse economico*, sia pure mediato e indiretto e, quindi, ben diverso da quello preso in considerazione dall'art. 769 c.c.»⁵⁷.

Ebbene, fatta salva l'eccezione dell'atto liberale⁵⁸, la causa viene asservita al principio utilitaristico e deputata a fungere da congegno di controllo della patrimonialità del contratto, assumendo così il senso «di subordinare il riconoscimento giuridico dell'atto di autonomia alla esibizione della sua *reale corrispondenza* a siffatta logica mercantile»⁵⁹.

⁵³ Si veda S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO e S. MAZZARESE, cit., 104, il quale osserva che «i nostri codici civili sono stati costruiti in base alla marginalizzazione e al sospetto per tutto ciò che è gratuito: lo storico divieto delle donazioni tra coniugi, la possibilità di revoca per ingratitudine, l'inefficacia degli atti gratuiti del fallito, lo sfavore fiscale. Tutto questo pone il gratuito non solo in un'area in cui non ha valenza di principio, ma in un'area di eccezione sospetta».

⁵⁴ Si rinvia a G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, cit., 92 ss.

⁵⁵ Cfr. N. LIPARI, «Spirito di liberalità» e «spirito di solidarietà», cit., 22; F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, cit., 167 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 73.

⁵⁶ Si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., 449. L'A., tracciando la distinzione tra causa e motivi, specifica che la causa viene «identificata nello scopo che entra nel contenuto dell'atto di volontà. Secondo un'altra formula, la causa si distinguerebbe per essere il motivo ultimo, che risulta costante in ciascun tipo di contratto».

⁵⁷ CASS., 11 marzo 1996, n. 2001, in *Foro it.*, 1996, I, 1222. V. inoltre, CASS., 14 settembre 1976, n. 3150, in *Riv. dir. comm.*, 1978, II, 210; CASS., 5 dicembre 1998, n. 12325, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3095, con nota di V. BARBA, *Interesse di gruppo e qualificazione del contratto* e in *Corr. giur.*, 1999, 1142, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Promessa di fideiussione e interesse del gruppo: sulla distinzione tra atti di liberalità e attribuzioni gratuite interessate*; CASS., 2 febbraio 2006, n. 2325, in *Giust. civ.*, 2006, I, 829 ss.

⁵⁸ Atti di liberalità sono tutti quelli che «producono o siano comunque idonei a produrre, direttamente o indirettamente un effetto economico di contenuto equivalente a quello che il contratto di donazione realizza in via tipica, e cioè un arricchimento senza corrispettivo della controparte vivificato dall'*animus donandi*», U. CARNEVALI, *La donazione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, vol. 6, Torino, 1982, p. 436.

⁵⁹ M. BARCELLONA, *La causa del contratto e il «prezzo vile»: giudizio causale e trasparenza negoziale*, cit., 506. Si veda anche G. SICCHIERO, *Tramonto della causa del contratto*, cit., 128.

JUS CIVILE



Ora, lo schema bipartito causa liberale – causa onerosa⁶⁰, che vorrebbe esaurire le ipotesi di giustificazione degli effetti del contratto⁶¹, è lambito non soltanto dai contratti *tipicamente* gratuiti ma non liberali (ad es. comodato)⁶², ma pure dagli *atti gratuiti atipici* sorretti da (e finalizzati a soddisfare) interessi non patrimoniali⁶³. Questi ultimi, essendo del tutto estranei al principio utilitaristico e alla logica mercantile⁶⁴, stando all'impostazione appena riferita, dovrebbero essere rifiutati dall'ordinamento; il che si tradurrebbe – ed è questo il profilo più delicato – nell'indifferenza giuridica rispetto agli interessi sottesi all'atto, i quali, essendo espressione di una cultura valoriale, godono della più alta considerazione nello specifico ambiente sociale di riferimento.

Ma che vi sia dell'“altro” fuori dallo scambio e dalla liberalità e che questo “altro” goda di autonoma rilevanza emerge, oltre che dal dato sociale, anche da quello positivo; si consideri l'art. 64 l. fall., il quale nell'ampia categoria degli «atti a titolo gratuito» opera una differenziazione proprio sul piano *funzionale*, riservando un diverso trattamento ai regali d'uso, agli atti compiuti in esecuzione di un dovere morale o a scopo di *pubblica utilità*. Nell'ampia categoria, dunque, non rientrano soltanto gli atti liberali o quelli gratuiti economicamente interessati. D'altro canto, come continuano a rievocare anche le più recenti pronunce della Corte di legittimità, pur essendo ancora offuscata l'articolazione di una nuova categoria, «la giurisprudenza ha ben chiarito che occorre distinguere non solo tra negozio a titolo gratuito e negozio a titolo oneroso, ma anche tra gratuità e liberalità. In particolare l'assenza del corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso), non basta invece ad individuare i caratteri della donazione»⁶⁵, per la cui sussistenza deve ricorrere

⁶⁰ Cfr. CASS., 20 novembre 1992, n. 12401, cit.

⁶¹ Cfr. D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, I, cit., 606, il quale distingue le seguenti funzioni fondamentali che connotano i tipi contrattuali: dello scambio, della liberalità, dell'associazione.

⁶² Si rinvia ad A. DALMARTELLO e G.B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 252; A. GALASSO, *Il comodato*, in *Trattato di dir. civ. comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Milano, 2004, 42 ss.; F. SCAGLIONE, *Il comodato*, in *Il cod. civ. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, 45 ss.

⁶³ Cfr. L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, cit., 378, nota n. 70; U. BRECCIA, *Causa*, cit., 23; E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, cit., 833. Vi è anche chi ha avanzato l'idea «di verificare la gratuità come criterio di valutazione critica e come possibile principio generale di riqualificazione dell'autonomia privata: un'autonomia negoziale e contrattuale entro cui il dato comune ai più diversi atti e comportamenti è l'attribuzione non onerosa e tanto meno corrispettiva di un beneficio, sia questo apprezzabile in termini esclusivamente economico-patrimoniali o in termini necessariamente etico-solidaristici», così A. GALASSO e S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 5.

⁶⁴ Si veda C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, cit., 76 ss. la quale osserva che «che l'imposizione ai contraenti dell'onere di strutturare l'accordo in modo che il necessario contenuto patrimoniale di questo (ex art. 1322) sia individuabile e determinabile sotto il profilo del tipo di operazione economica, dei vantaggi che le parti intendono ricavare e dei costi che intendono sostenere, significhi l'imposizione agli stessi dell'onere di conferire ai loro calcoli soggettivi una veste reciprocamente riconoscibile e quindi oggettivamente apprezzabile (...) all'esterno».

⁶⁵ CASS., 24 giugno 2015, n. 13087, in *Giur. it.*, 2015, 2389, con nota di R. FORMISANI, *Gratuità dell'atto nella revocatoria fallimentare e separazione dei coniugi*. V. anche CASS., 4 novembre 2015, n. 22567, cit..

JUS CIVILE



l'elemento oggettivo consistente nella funzione di arricchire il donatario e l'elemento soggettivo dell'*animus liberandi*, della incondizionata gratuità che funge da presupposto di quella stessa funzione⁶⁶.

3. – Ragionando per categorie formali, se l'atto gratuito atipico a causa non onerosa⁶⁷, disinteressato in termini economici⁶⁸ ma pur sempre retto da altro interesse, dovesse, per questo, essere giudicato privo di causa e quindi nullo, gli eventuali effetti che di fatto si fossero prodotti verrebbero esposti ai relativi rimedi restitutori (artt. 948; 2033 c.c.) o indennitari (art. 2041 c.c.)⁶⁹. In pratica, quei trasferimenti, quelle prestazioni, quegli impegni sarebbero destinati a istituire un grave stato di incertezza, destrutturante il sistema di relazioni intersoggettive fondato sulla solidarietà, superabile solo col consolidamento degli effetti a seguito della intervenuta usucapione o della prescrizione delle relative azioni restitutorie o indennitarie.

Nella fitta e complessa rete di relazioni, non soltanto tra privati ma anche tra soggetti pubblici o tra pubblici e privati, è diffusa e socialmente tipizzata⁷⁰ la costituzione di rapporti, diversi da quelli di mera cortesia⁷¹, che, sul piano causale, si collocano in una sorta di «area grigia»⁷², giacché l'atto da cui discendono non è giustificato in termini utilitaristici né in termini liberali, ma ha come *presupposto oggettivo* interessi della persona di natura non patrimoniale; i quali *esauriscono* in se stessi le prospettive di gratificazione del soggetto disponente⁷³. Negozi, quindi, che sono espressione del modo di *essere* della persona nei rapporti sociali e della sua dimensione deontologica, come è per l'attività di volontariato, elevata dalla Corte Costituzionale nien-

⁶⁶ E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, cit., 833.

⁶⁷ La dottrina ha precisato che con tale espressione si intende «il contratto privo di corrispettivo e di sacrifici a carico dell'acquirente e non riconducibile alle figure tipizzate dal legislatore che, per un verso, non sia assorbito dallo schema della donazione, e, per altro verso, non rientri nel vasto contenitore dello scambio. In altre parole, l'elaborazione della figura richiede che esista uno spazio libero tra scambio e liberalità, spazio che l'autonomia privata possa colmare», così V. CAREDDA, *Gli atti di liberalità*, cit., 883.

⁶⁸ Si veda M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., 80.

⁶⁹ A. ALBANESE, *Prestazione gratuita, spirito di liberalità e vantaggi indesiderati (il problema degli scambi imposti)*, cit., 482.

⁷⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., 477.

⁷¹ Sulla distinzione tra prestazioni di mera cortesia e prestazioni di solidarietà, si rinvia ad A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, cit., 17; F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, cit., 237, il quale precisa che le prestazioni di cortesia consistono in «atti giuridici in senso stretto consistenti o in permessi, quali atti abilitanti il beneficiario della prestazione cortese al compimento di certe attività che altrimenti sarebbero a lui vietate, o in prestazioni di fare consistenti in atti unilaterali (cosiddetti “servizi amichevoli”) o compiute in esecuzione di impegni o accordi unilaterali o bilaterali (cosiddetti “impegni o accordi di cortesia”), comportanti un vincolo sociale di eseguire una determinata prestazione di fare».

⁷² L'espressione è di A. D'ANGELO, *Le promesse unilaterali*, in *Il cod. civ. commentario*, diretto da P. SCHELINGER, Milano, 1996, 243.

⁷³ Cfr. A. GALASSO, *Il principio di gratuità*, cit., 209.

JUS CIVILE



temeno che a «paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui»⁷⁴.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai frequenti obblighi assunti da una persona fisica nei confronti di una fondazione, *in ragione* della sua peculiare sensibilità agli scopi solidaristici o culturali perseguiti dall'ente e, dunque, al fine di realizzare quegli interessi o quegli obiettivi. Sono pure ricorrenti i trasferimenti effettuati o le obbligazioni assunte a favore di un ente ecclesiastico dettati dall'interesse oggettivo di voler adempiere un dovere di carità (solidarietà) cristiana, per ragioni di carattere strettamente religioso, allo *scopo* di sostenere, non l'ente in sé, ma la missione della Chiesa tutta intera; vi sono poi, come accennavamo, le varie espressioni di volontariato, in cui un soggetto presta la propria attività anche in tal caso esclusivamente per ragioni e fini di solidarietà, che si fondano sul proprio senso etico, culturale, politico, religioso, ecc. Ma la casistica riguarda inoltre i trasferimenti gratuiti posti in essere da un ente *non profit* a favore di un altro ente o di una o più persone fisiche al fine di attuare il proprio scopo statutario (ad es. una fondazione che si impegna a finanziare delle borse di studio erogate da un'università, per sostenere delle ricerche di un determinato settore o aiutare studenti meritevoli ma bisognosi di aiuto economico); concerne pure i trasferimenti effettuati a titolo gratuito da un'impresa a un ente *non profit* per attuare delle politiche solidaristiche al fine di crearsi un'"immagine etica" in esecuzione di precisi doveri morali e sociali assunti in tal senso, per il tramite, ad esempio, dell'adozione di un Codice etico. Le ipotesi potrebbero ovviamente continuare.

Esperienze di questo genere, giunte al vaglio delle Corti, hanno sovente conosciuto una descrizione in termini causali, che fa appunto leva sul principio di solidarietà, ordinante le relazioni tra i soggetti di un ordinamento⁷⁵. È senz'altro significativa, seppure contenuta in una risalente pronuncia, la qualificazione operata dai giudici di legittimità di un contratto col quale un Comune aveva trasferito, senza prevedere nulla in cambio, dei terreni all'Istituto autonomo Case Popolari allo scopo di contribuire alla realizzazione nel territorio di opere di edilizia popolare. Il Supremo Collegio, chiamato a pronunciarsi sulla validità dell'atto, ha chiarito che «non essendo lo spirito di liberalità un dato obiettivo, ma relativo a colui che effettua il trasferimento a titolo gratuito, esso va desunto dalla *concreta* situazione in cui ha operato il donante»; in particolare, dal fine che ha guidato il donante è possibile «ricavare se l'attribuzione patrimoniale è stata dettata da "spirito di liberalità" o se è dovuta ad altri fatti o circostanze che lo escludono. Ne deriva che detto requisito viene meno, e resta solo un atto a titolo gratuito, nei casi in cui la parte si sia indotta all'atto non spontaneamente (*nullo iure cogente*, largamente inteso) ma *per un motivo o per una finalità che sia oggettivamente accertabile e non irrilevante per il diritto*»⁷⁶.

⁷⁴ C. COST., 28 febbraio 1992, n. 75, in *Regioni*, 1993, 102, con nota di G. PARODI, *La l. 266/1991 sul volontariato come legge di principi* e F. RIGANO, *L'attuazione dei principi della legge sul volontariato: l'istituzione dei registri regionali*.

⁷⁵ Cfr. N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», cit., 2; A. GALASSO e S. MAZZARESE, *La gratuità come principio*, cit., 13; S. RODOTÀ, *Gratuità e solidarietà tra impianti codicistici e ordinamenti costituzionali*, cit., 98.

⁷⁶ CASS., 10 gennaio 1973, n. 37 in *Foro amm.*, 1973, I, 289 ss. . Nel caso di specie era evidente lo scopo di *solli-*

JUS CIVILE



Occorre, pertanto, che la gratuità dell'atto, non ancorata allo spirito di liberalità e non finalizzata all'arricchimento del beneficiario, conosca un *presupposto* e un *sensu* oggettivamente verificabili e meritevoli di tutela per l'ordinamento. Questi due profili, oggettivo (riferito al presupposto) e funzionale (riferito allo scopo), costituiscono il criterio argomentativo con il quale la giurisprudenza opera la descrizione della tenuta strutturale dell'atto. Tant'è che, con riferimento ai rapporti di lavoro, pur affermando la *presunzione di onerosità* delle prestazioni lavorative, il diritto vivente ha riconosciuto il carattere relativo della presunzione, ritenendo che tali attività possano essere ricondotte a un «rapporto diverso istituito “*affectionis vel benevolentiae causa*”, caratterizzato dalla gratuità della prestazione, ove risulti dimostrata la sussistenza della finalità di solidarietà in luogo di quella lucrativa»⁷⁷.

La gratuità, i cui motivi (convivenza, religione, militanza ideale o politica, ecc.)⁷⁸ sono indifferenti ai fini giuridici, conosce, nei casi anzidetti, una giustificazione diversa dalla liberalità poiché si regge sul codice deontologico del disponente e, dunque, su un interesse non patrimoniale: nella specie sullo spirito di solidarietà⁷⁹.

Lo scopo solidaristico, peraltro, può coincidere con quello statutario dell'ente pubblico o privato che si obbliga: sarà tale scopo che, in quanto ordinante l'attività dell'ente, regge il trasferimento e non invece lo spirito di liberalità, che evidentemente manca⁸⁰.

darietà sociale perseguito dal Comune: quello di implementare nel proprio territorio delle politiche edilizie a sostegno delle fasce più bisognose, per il tramite dell'ente a ciò preposto.

⁷⁷ CASS., 26 gennaio 2009, n. 1833, in *Dir. giur.*, 2009, 595, con nota di L. LOREA, *Il lavoro del convivente tra gratuità e subordinazione*. V. anche T. TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968; L. MENGHINI, *Nuovi valori costituzionali e volontariato. Riflessioni sull'attualità del lavoro gratuito*, Milano, 1989; A. PALAZZO, *Gratuità e attuazione degli interessi*, cit., 9.

⁷⁸ Si veda CASS., 3 luglio 2012, n. 11089, in *Foro it.*, 2012, I, 2659.

⁷⁹ CASS., 22 novembre 2011, n. 24619, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, 526, con nota di G. MIGNONE, *Dall'ingerenza dell'associato «nella gestione» a quella «nell'associazione»: la cassazione corregge il tiro, ma non a sufficienza*. La sentenza aggiunge che «la Corte territoriale non si è sostanzialmente discostata dagli enunciati criteri generali, posto che, in un contesto comunque caratterizzato dall'avvenuta erogazione di un compenso (ancorché qualificato come rimborso spese), ha riconosciuto che l'odierno ricorrente non aveva provato, in termini rigorosi, la natura non onerosa di tale rapporto (vale a dire non aveva dato la prova rigorosa della sussistenza di una causa giustificatrice della prestazione asseritamente resa in forma volontaristica), avendo per contro accertato, con motivazione adeguata e scevra da elementi di contraddittorietà (e, come tale, insindacabile in questa sede di legittimità), l'implausibilità, nel descritto contesto complessivo dell'attività svolta, della protratta resa della disagiata prestazione di che trattasi a puro titolo di volontariato». V. anche CASS., 6 aprile 1999, n. 3304, in *Foro it. mass.*, 1999 e per esteso in banca dati *De jure*; CASS., 23 agosto 2000, n. 11045, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 622; CASS., 20 febbraio 2006, n. 3602, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 667. Si veda inoltre S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere la prestazione*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO e S. MAZZARESE, cit., 183, il quale rileva che la “solidarietà” «sembra essere la ragione ordinante che maggiormente si candida a riassumere le “nuove gratuità”, se non addirittura, a porsi come categoria distinta dalla (o alternativa alla) «vecchia gratuità», di tutta evidenza, invece, patrimoniale».

⁸⁰ Cfr. P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà. Contributo allo studio della prestazione non onerosa*, cit., 158, il quale aggiunge: «Vero è che non sempre risulta di immediata comprensione la consequenzialità del singolo atto agli scopi dell'ente, soprattutto quando la promessa o l'atto immediatamente dispositivo, anziché essere compresi nell'attività ordinariamente volta a realizzare i fini istituzionali, si connettano ad essi secondo un nesso

JUS CIVILE



È dunque la considerazione del segmento di vita in cui si radica l'atto che assurge a criterio euristico della sua meritevolezza *ex art.* 1322, comma 2, c.c.. In questa prospettiva metodologica si è giunti ad affermare *presunzioni* di gratuità, scorgendo la giustificazione delle prestazioni nel sistema oggettivo di interessi non patrimoniali, che fungono pure da presupposto della specifica relazione. Relativamente all'attività lavorativa e di assistenza svolta nell'ambito di rapporti familiari, ovvero tra persone legate da rapporti di parentela, affinità, convivenza *more uxorio*⁸¹, si è in tal senso detto che essa «trova di regola la sua causa nei vincoli di fatto di solidarietà ed affettività esistenti, alternativi rispetto ai vincoli tipici di un rapporto a prestazioni corrispettive, qual è il rapporto di lavoro subordinato: non potendosi escludere che talvolta le prestazioni svolte possano trovare titolo in un rapporto di lavoro subordinato, del quale deve essere fornita prova rigorosa»⁸². In sostanza, quando la prestazione lavorativa si radica nella relazione e nei suoi postulati assiologici di solidarietà e affettività, che delimitano il perimetro della comunanza di interessi, l'una e gli altri fungono pure da presupposti obiettivi su cui si regge la gratuità dell'atto e del rapporto; il quale sfugge sia dalla logica utilitaristica, sottraendosi alla qualificazione in termini di rapporto di lavoro subordinato, sia dalla logica liberale: è un *rapporto diverso*, istituito *affectionis vel benevolentiae causa*⁸³.

L'atto che genera il rapporto si colloca dunque in uno spazio autonomo sia rispetto agli atti donativi sia a quelli onerosi: è lo spazio, in continua espansione, in cui si sistemano e sistematizzano quei sacrifici patrimoniali che consumano la loro ragione giustificatrice in ciò «che inevitabilmente connota il vincolo della doverosità giuridica» (spirito di solidarietà) «intesa, senza riferimento al contenuto di un atto, come relazione necessaria che lega fra di loro i cittadini, assunti sia nella puntualità di un momento storico che nella proiezione temporale dell'ordinamento»⁸⁴.

indiretto, attribuendo ad esempio a terzi soggetti beni che questi ultimi dovranno a loro volta utilizzare secondo scopi condivisi o perseguiti dall'ente. Ma non cambia la natura del controllo causale sull'atto, che consisterà pur sempre nel verificarne la congruità allo scopo e l'ineludibilità giuridica della destinazione allo scopo del diritto trasferito».

⁸¹ Si veda L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 233 ss.

⁸² CASS., 15 marzo 2006, n. 5632, in *Fam. pers. succ.*, 2006, 995, con nota di L. STOPPIONI, *Rapporto d'impresa familiare e convivenza more uxorio*; CASS., 29 settembre 2015, n. 19304, in *Fam. dir.*, con nota di G. OBERTO, *Ancora sulla pretesa gratuità delle prestazioni lavorative subordinate rese dal convivente more uxorio*. Si veda anche G. GHEZZI, *La prestazioni di lavoro nella comunità familiare*, Milano, 1960. Tra le pronunce più recenti v. CASS., 25 gennaio 2016, n. 1266, in *Giust. civ. Mass.*, 2016 e per esteso in banca dati *De jure*; CASS., 16 giugno 2015, n. 12433, in *Dir. e gius.*, 2015, 7 giugno.

⁸³ CASS., 16 giugno 2015, n. 12433, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 1, II, 150. V. anche CASS., 20 aprile 2011, n. 9043, in *Orient. giur. lav.*, 2011, I, 405, nella quale si richiama l'orientamento secondo cui «in linea generale, per superare la presunzione di gratuità delle prestazioni lavorative rese in ambito familiare (che trova la sua fonte nella circostanza che tali prestazioni vengono normalmente rese *affectionis vel benevolentiae causae*) è necessario che la parte che faccia valere in giudizio diritti derivanti da tali rapporti offra una prova rigorosa degli elementi costitutivi del rapporto di lavoro subordinato e, in particolar modo, dei requisiti indefettibili della subordinazione e della onerosità (Cass., 19 maggio 2003, n. 7845)». Si veda inoltre A. GALASSO, *Il principio di gratuità*, cit., 216.

⁸⁴ N. LIPARI, «*spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», cit., 2.

JUS CIVILE



4. – Nelle pratiche poc' anzi considerate, quel che pare certo è che non è ravvisabile la funzione tipica della donazione né il presupposto soggettivo della medesima, lo spirito di liberalità⁸⁵: il soggetto che si sottopone al sacrificio patrimoniale non lo fa all'unico scopo di arricchire l'altra parte, ma si determina per una finalità solidaristica – di natura familiare, sociale, religiosa, ecc. – sul presupposto di interessi/valori della stessa natura, i quali conformano il suo sistema di vita⁸⁶. Potremmo dire, utilizzando le categorie dogmatiche, che l'impegno è assunto o il trasferimento è effettuato in ragione, *determinante*⁸⁷, di un dovere morale o sociale, di un'obbligazione naturale⁸⁸; non costituendo però novazione di quest'ultima⁸⁹, bensì esecuzione di un'obbligazione civile assunta in attuazione della stessa⁹⁰. Il discorso vuole aderire evidentemente a quella ricostruzione che ravvisa nell'art. 2034 c.c. la descrizione di una causa di giustificazione dello spostamento patrimoniale⁹¹.

Il presupposto del sacrificio patrimoniale è, infatti, il sistema di valori immanente al soggetto e che costituisce il suo codice deontico, dal quale si genera la funzione; quest'ultima, perciò, non consiste nel *puro* arricchimento dell'altra parte ma nel realizzare l'effettività dello specifico valore, nel singolare rapporto giuridico o nell'ambiente in cui esso si afferma⁹². Si tratta, in sostanza, di un atto gratuito che si differenzia da quello liberale perché la sua funzione è di carattere solidaristico, il cui presupposto oggettivo è un valore/interesse che genera un dovere di carattere morale o sociale⁹³. E come nell'esecuzione di un'obbligazione naturale non è ravvisabile né il carattere della liberalità né quello dell'onerosità, così avviene anche per il contratto che ripete la sua causa dall'obbligazione naturale⁹⁴: è nell'agire *interessato*, anche se non in senso patrimoniale, che consiste la causa concreta, la «sintesi degli interessi reali»⁹⁵. L'individuazione di

⁸⁵ Cfr. G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, cit., 99, il quale ritiene che chi dà per un interesse, anche di carattere religioso, politico, culturale, sportivo «compie atti moralmente e socialmente diversi dal puro spirito di liberalità».

⁸⁶ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 264 ss.

⁸⁷ Così F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 127, il quale definisce la causa come «ragione determinante del soggetto al negozio».

⁸⁸ Si vedano, in proposito, le perplessità espresse da L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 56 ss.

⁸⁹ È stato giustamente osservato che non essendo sostenibile la qualifica di obbligazione giuridica per l'obbligazione naturale «l'eterogeneità di natura fra obbligazione civile ed obbligazione naturale esclude la stessa astratta configurabilità di una novazione della seconda nella prima», così G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, I, 186. V. anche M. GAZZARA, *La promessa di adempimento delle obbligazioni naturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 626.

⁹⁰ G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, cit., 185.

⁹¹ M. GIORGIANNI, *Sugli "effetti" dell'obbligazione naturale*, in *Ann. Catania*, 1946-1947, 157; L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, cit., 368; M. GAZZARA, *La promessa di adempimento delle obbligazioni naturali*, cit., 622; F. GAMBINO, *La metamorfosi dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1013 ss.

⁹² Si veda E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, cit., 834.

⁹³ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 350 ss.; S. FOTI, *Squilibrio iniziale tra le prestazioni e nullità del contratto*, cit., 564.

⁹⁴ G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, cit., 198.

⁹⁵ CASS., 8 maggio 2006, n. 10490 in *Corr. giur.*, 2006, 1718 con nota di F. ROLFI, *La causa come «funzione eco-*

JUS CIVILE



tale «ragione pratica», irriducibile alla sola *expressio causae*,⁹⁶ non potrà che avvenire all'esito dell'interpretazione dell'atto condotta con approccio ermeneutico⁹⁷, particolarmente attento allo specifico contesto sociale e relazionale in cui esso ha preso origine⁹⁸.

Chiarita la conformazione della struttura funzionale dell'atto, il tipo normativo di problema si può allora sintetizzare in questi termini: è ammissibile che un interesse non patrimoniale, diverso da quello soggettivo dello spirito di liberalità, integri il requisito della causa, nella consapevolezza ermeneutica che essa funge da «stella fissa in presenza di una costellazione variabile»?⁹⁹

La soluzione va evidentemente ricercata muovendo anzitutto da indici normativi, individuati con metodo sistematico.

Ebbene, guidati dall'illuminata constatazione che «i poteri del proprietario, il rapporto tra debitore e creditore, le modalità del risarcimento del danno non possono non risentire dell'ampiezza conferita dalla Costituzione al principio di solidarietà, anche per quanto riguarda i diretti rapporti tra privati»¹⁰⁰, nell'orizzonte del codice civile il dato che fa cogliere i confini dell'ambito di rilevanza degli interessi giustificativi del contratto è il *sistema* degli artt. 1174, 1321, 1322, 1411, 2034 c.c., oltre alla disciplina delle donazioni e degli altri atti di liberalità (artt. 769 ss. c.c.) già precedentemente valutata.

È noto che il carattere della *patrimonialità* è richiesto sia con riferimento alla prestazione oggetto dell'obbligazione (art. 1174 c.c.), sia con riguardo al *rapporto* istituito dal contratto (1321 c.c.)¹⁰¹. In sostanza, da entrambe le disposizioni si evince che ciò che deve essere sicuramente suscettibile di valutazione economica è il sacrificio richiesto al debitore per soddisfare l'interesse del creditore. Nei casi dianzi esemplificati è fuor di dubbio che il sacrificio (il comportamento) a cui si sottopone il disponente o colui che assume l'impegno si connota per la pa-

nomico sociale”: tramonto di un idolum tribus? Si veda inoltre C. CAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale. Saggio sulla presupposizione*, cit., 179; V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, cit., 963 ss.

⁹⁶ C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 250; ID., *Diritto civile, 3, Il contratto*, cit., 494, il quale definisce la causa come «la ragione pratica del contratto, cioè l'interesse che l'operazione è diretta a soddisfare».

⁹⁷ Cfr. M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., 107, la quale osserva che il giudizio sulla causa deve atteggiarsi come «ricerca ermeneutico-ricostruttiva che porta ad individuare in concreto il programma economico e l'assetto di interessi che l'atto mira a realizzare, seguita poi dalla verifica, sulla base delle circostanze in cui l'atto si colloca, che tale programma non sia *a priori* irrealizzabile». V. anche F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, cit., 61 ss.

⁹⁸ R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, cit., 446.

⁹⁹ U. BRECCIA, *Causa*, cit., 54. Si veda anche L. GATT, *La liberalità, I*, cit., 366, la quale osserva: «Affinché si possa escludere la sussistenza della donazione importa fundamentalmente che il contratto realizzi un *interesse gratuito non liberale che sia di per se stesso meritevole di tutela*: il contratto deve avere, cioè, una causa che, sebbene gratuita ed, in particolare, a carattere non patrimoniale, non coincida, tuttavia, con quella liberale».

¹⁰⁰ S. RODOTÀ, *Solidarietà un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 45.

¹⁰¹ Cfr. G. DE NOVA, *La causa*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, t. I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, III ed., Torino, 2004, 780-781.



trimonialità. Ciò che invece non presenta tale carattere è l'interesse che funge da *presupposto* di tale sacrificio, oltre allo *scopo oggettivo* dell'atto.

Ora, dopo aver già illustrato che la *ragione pratica* di tali atti sfugge alla logica utilitaristica mercantile e a quella della liberalità, si tratta di appurare se, ed entro quali limiti, è possibile riconoscere rilevanza (utilità) a un interesse così conformato¹⁰².

Stando al sistema normativo anzidetto, l'art. 1174 c.c. distingue il connotato della *prestazione* da quello dell'*interesse creditorio*, il quale, come recita la disposizione, può essere anche non patrimoniale. In sostanza, il legislatore differenzia il piano dell'*oggetto* da quello degli *interessi*. Significato, questo, che trova conferma anche nell'art. 1346 c.c.

Pertanto, indipendentemente dalla circostanza che il contratto gratuito atipico sia o meno unilaterale, è pacifico, perché espressamente contemplato, che l'interesse non patrimoniale della parte creditrice goda di rilevanza.

Quanto all'interesse che il debitore intende realizzare assumendosi liberamente il sacrificio patrimoniale, l'indagine deve svolgersi procedendo da quanto prescrive l'art. 1322 c.c.¹⁰³; il quale pone come unico limite al potere creativo dell'autonomia contrattuale la «realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico»¹⁰⁴, rinviando così ad un definito spazio normativo di rilevanza degli interessi da cui generano e a cui sono diretti gli spostamenti patrimoniali che discendono dal contratto¹⁰⁵. D'altro canto, per individuare quali siano gli interessi sottesi all'atto occorre operare una valutazione in concreto, facendo emergere la struttura dello specifico contratto considerato nella sua *individualità*¹⁰⁶. È così che, con riferimento alla fattispecie delineata dall'art. 1411 c.c., si riconosce – in termini per noi particolarmente significativi – la sussistenza dell'interesse idoneo a sorreggere la validità della stipulazione a favore del terzo anche quando esso abbia carattere non patrimoniale¹⁰⁷.

¹⁰² Si veda G. DE NOVA, *La causa*, cit., 795. L'A. nell'inventariare le varie ipotesi, fa riferimento anche ai casi «in cui la promessa persegue un interesse collettivo (in specie, incrementa la cultura, l'arte, la virtù), o in cui più persone si impegnano mutuamente onde rendere attuabile a un terzo una prestazione che è nell'interesse di fatto di tutti i promittenti (sottoscrizione tra i parrocchiani per riparare il tetto della chiesa parrocchiale), o, in genere una prestazione che risponde ad un interesse morale sentito dai promittenti (comitati vari, cfr. art. 41 c.c.)».

¹⁰³ Così L. GATT, *La liberalità*, I, cit., 367.

¹⁰⁴ V. CASS., 28 gennaio 2002, n. 982, in *Giur. it.*, 2002, 1836, con nota di A. ORTOLANI, *La ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di adempimento, risoluzione e risarcimento di danno per inadempimento contrattuale dopo sez. un. n. 13533/2001*. Per una sintesi delle teorie in tema di meritevolezza si rinvia a M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 789 ss.

¹⁰⁵ Cfr. A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., 1, il quale, riflettendo sull'autonomia privata, osserva che «questa libertà è riconosciuta anche con riferimento agli scopi e funzioni in ragione dei quali i rapporti vengono creati, modificati o estinti. Detti "scopi" possono essere liberamente fissati dalle parti, nei limiti naturalmente del lecito e del rispetto dei diritti dei terzi».

¹⁰⁶ Cfr. CASS., 10 gennaio 2012, n. 65, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 547, con nota di V. MONTANI, *Contratto autonomo di garanzia: l'autonomia travolge ogni eccezione*, in cui si legge che «la causa concreta definisce lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato». V. anche G. SICHIERO, *Il contratto con causa mista*, cit., 102 ss.; M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., 62 ss.

¹⁰⁷ M. GAZZARA, *La promessa di adempimento delle obbligazioni naturali*, cit., 651.

JUS CIVILE



Ora, è evidente che l'analisi conosce una latitudine diversa a seconda che miri ad accertare la sussistenza della causa oppure la sua liceità (1343 c.c.) o meritevolezza (1322). Questi due ultimi aspetti, a differenza del primo, il quale esige una valutazione tutta interna all'ontologia dell'atto, possono richiedere anche una considerazione di ordine valoriale e ambientale, attingendo informazioni dall'esterno dell'operazione contrattuale¹⁰⁸.

In particolare, le informazioni che si attingono dall'ambiente in cui l'atto origina e si radica consentono di definire l'*interesse perseguito*, mentre il giudizio sulla meritevolezza di quest'ultimo deve operarsi all'insegna, anzitutto, dei valori che ordinano il sistema nel momento in cui prende forma l'atto¹⁰⁹. In questa prospettiva ermeneutica, aderente alla «necessaria connessione tra le forme della mediazione giuridica (...) e la circolazione dei beni (o servizi)»¹¹⁰, può ben accadere che un interesse sino ad un certo momento non ritenuto meritevole di tutela, giacché non giustificato dalla struttura assiologica del sistema, nel divenire storico possa trovare accoglimento in quello stesso sistema diversamente ordinato, anche nei suoi fondamentali, per effetto dei fenomeni rigenerativi attivati dalla complessità interna ed esterna.

Una riorganizzazione di senso pervasiva dell'intero sistema si è avuta a seguito dell'introduzione della Costituzione, la quale, tra l'altro, sancisce i valori della solidarietà, della famiglia, della libertà religiosa, ecc. Segnatamente, oltre all'art. 2, che richiede «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà», l'art. 41 subordina il libero esercizio dell'attività economica alla conformità all'utilità sociale e al rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana¹¹¹. Tutti valori, questi, legati a interessi della persona di carattere non patrimoniale e la cui tutela è ulteriormente rafforzata dalle fonti sovranazionali e internazionali, in special modo dalle cosiddette «carte dei diritti». Tant'è che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel preambolo, espresamente pone il *valore* «individuale e universale» della *solidarietà* a fondamento dell'Unione medesima¹¹².

La questione se tali interessi, qualora costituiscano il presupposto oggettivo su cui poggia la funzione di un atto di trasferimento di ricchezza, possano giustificarne l'effetto, facendo operare

¹⁰⁸ E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 238, nota 187; R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, cit., 452.

¹⁰⁹ Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, II, ed., Torino, 2015, il quale specifica che «la regola negoziale è, in quanto norma che le parti assegnano a se stesse, rilevante sul piano del fatto e lo diviene anche sul piano del diritto positivo se i valori espressi dall'atto di autonomia si rivelano compatibili con quelli espressi dall'ordinamento giuridico». V. anche G.B. FERRI, *L'accordo sufficiente e la funzione del contratto*, cit., 457-458.

¹¹⁰ A. DI MAJO, voce *Causa del negozio giuridico*, cit., 2.

¹¹¹ Si rinvia a M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1974, 105. V. inoltre D. CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., 599; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 365 ss.; E. GLIOZZI, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale dell'art. 41 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 767 ss.

¹¹² Osserva S. RODOTÀ, *Solidarietà un'utopia necessaria*, cit., 106, che «proprio la forte intenzionalità che ne contrassegna l'origine, impone di considerare la solidarietà come uno degli essenziali riferimenti per la ricostruzione del sistema costituzionale europeo».



positivamente il giudizio di rilevanza, pare allora debba essere risolta in senso positivo¹¹³.

E questo, sempre in via di principio, pure in ragione di specifiche soluzioni articolate dalla legge.

Un significato ad alto impatto sistematico discende dalla disciplina riguardante gli atti di destinazione di beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'art. 1322 c.c. (art. 2645 *ter* c.c.)¹¹⁴. La funzione (*recte causa*) di questo atto è appunto la destinazione del bene a uno scopo, la quale può essere sorretta in via esclusiva anche da un interesse non patrimoniale diverso da quello (soggettivo) che costituisce il presupposto della donazione¹¹⁵. Questo interesse assume una rilevanza *oggettiva* perché vocato alla *solidarietà*, al soddisfacimento di interessi di persone in difficoltà o facenti capo alla collettività o ad altri soggetti¹¹⁶. Secondo alcuni, è proprio l'oggettiva rilevanza di tali interessi non patrimoniali, assunti a fondamentali assiologici dall'ordinamento, che giustifica, in quanto prevalente, il sacrificio dell'interesse patrimoniale dei creditori a conservare la propria garanzia patrimoniale sui beni del debitore (art. 2740 c.c.)¹¹⁷.

Viene inoltre in considerazione la legge quadro sul volontariato (l. 11 agosto 1991, n. 266), la quale all'art. 1 dispone che «la Repubblica riconosce il *valore* sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo, ne promuove lo sviluppo salvaguardandone l'autonomia e ne favorisce l'apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale individuato dallo Stato, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali»¹¹⁸. La valenza sistematica e

¹¹³ Diversamente F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, cit., 281 ss.

¹¹⁴ C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 254.

¹¹⁵ In letteratura si è ritenuto che il riferimento agli interessi facenti capo a persone con disabilità o a pubbliche amministrazioni non possa che assumere valore interpretativo anche con riguardo al riferimento onnicomprensivo ad interessi di «altri enti o persone fisiche». Il primo richiamo, infatti, «non avrebbe alcun significato precettivo se l'interprete non vi attribuisse il senso di indicare, con la tecnica rozza di una povera esemplificazione, la natura degli interessi anche degli «altri enti o persone fisiche», che possono considerarsi idonei a giustificare la separazione», così G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 329. V. inoltre F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, in *Gius. civ.*, 2006, I, 169; M. BIANCA, *Atto negoziale di destinazione e separazione*, in *Riv. dir. civ.*, I, 215. In giurisprudenza v. C. COST., 17 dicembre 2013, n. 309, in *Giur. cost.*, 2014, 521, con nota di G. BASCHERINI, *Il servizio civile tra Stato e Regioni, i doveri di solidarietà, la cittadinanza*.

¹¹⁶ Cfr. U. BRECCIA, *Causa*, cit., 31 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Gratuità, liberalità e solidarietà*, cit., 121 ss.

¹¹⁷ Cfr. F. GAZZONI, *Osservazioni sull'art. 2645-ter c.c.*, cit., 169; M. NUZZO, *Atti di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione. L'art. 2645 ter del codice civile*, a cura di M. BIANCA, Milano, 2007, 68; M. BIANCA, *Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 789; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., 254; A. GENTILI, *Gli atti di destinazione non derogano ai principi della responsabilità patrimoniale*, in *Giur. It.*, 2016, 224 ss.

¹¹⁸ Il 1° comma dell'art. 2 statuisce che «ai fini della presente legge per attività di volontariato deve intendersi quella prestata in modo personale, spontaneo e gratuito, tramite l'organizzazione di cui il volontario fa parte, senza fini di lucro anche indiretto ed esclusivamente per fini di solidarietà».

JUS CIVILE



paradigmatica di tale enunciato si traduce in termini valoriali, confermando l'assetto assiologico anzidetto strutturato dalla Costituzione, che contempla tra i suoi fondamentali il principio di solidarietà, del quale l'attività di volontariato è, nei rapporti "orizzontali", una delle massime espressioni. Il volontario non persegue un proprio interesse patrimoniale, ma agisce mosso da un dovere di solidarietà (dettato da varie ragioni) al fine di soddisfare i bisogni di cui sono titolari i soggetti che beneficiano delle prestazioni¹¹⁹.

Pure la recente legge n. 76/2016 sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze – che nel sistema dei commi da 50 a 64 dell'art. 1 tipicizza il contratto di convivenza volto a regolare i rapporti patrimoniali della vita in comune – suffraga la rilevanza, già in precedenza diffusamente riconosciuta dalla scienza giuridica, di una giustificazione degli effetti contrattuali che trovi il proprio fondamento in interessi non patrimoniali, nella specie nel rapporto di convivenza e nei doveri di solidarietà ad esso connaturati¹²⁰.

Ebbene, anche nell'atto atipico gratuito, che conosce come presupposto oggettivo della propria funzione un interesse di carattere non patrimoniale, l'interprete deve poter individuare un profilo di rilevanza¹²¹, che si avrà senz'altro quando quell'interesse si radica nella solidarietà annoverata «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»¹²².

Il conforto all'affermazione della rilevanza causale degli interessi non patrimoniali delle parti, ci proviene anche dalle fonti persuasive¹²³. Tant'è che sul modo d'intendere l'*utilità* del profilo funzionale del contratto¹²⁴, il *Code européen des contrats*, dopo aver disposto all'art. 25 che «*le contenu du contrat doit être utile, possible, licite, déterminé ou déterminable*» specifica, nel successivo art. 26, che «*le contenu du contrat est utile quand il correspond à un intérêt même non patrimonial des deux parties ou au moins de l'une d'entre elles*». In sostanza, un contenuto, una funzione, per essere *utile*, non deve essere necessariamente apprezzabile in denaro¹²⁵.

¹¹⁹ Si rinvia a C. MALTESE, *Gratuità e volontariato*, in *Il principio di gratuità*, a cura di A. GALASSO e S. MAZZARESE, cit., 262.

¹²⁰ Sul contratto di convivenza, con riferimento alla l. n. 76/2016, v. G. DI ROSA, *I contratti di convivenza*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2016, 694 ss.; G. OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. dir.*, 2016, 943 ss.; G. VILLA, *Il contratto di convivenza nella legge sulle unioni civili*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1319.

¹²¹ E. NAVARRETTA, *Le prestazioni isolate nel dibattito attuale. Dal pagamento traslativo all'atto di destinazione*, cit., 835-836.

¹²² C. COST., 17 dicembre 2013, n. 309, cit..

¹²³ Si veda S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 93 ss.

¹²⁴ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., 108-109.

¹²⁵ In proposito, nel *Rapports du Coordinateur del Code européen des contrats* si legge che «*dans une position prioritarie, il ya a l'"utilité", définie à l'art. 26 de l'avant-projet, qui reprend le concept exprimé dans la deuxième partie de l'art. 1174 cod. civ. it. Il faut observer que si ce caractère manquait, a dit Carbonnier, dont on partage l'opinion, la convention ne serait pas sérieuse, même si on ne doit pas dire, comme dans l'art. 1174 cod. civ. it., que pour être utile un contenu doive être appréciable en argent; dans cette dernière règle, on comprend d'ailleurs aussi*

JUS CIVILE



5. – Il discorso sul contratto, la cui causa si regge su un interesse non patrimoniale che muove da un dovere morale o sociale radicato nella persona, implica l'ambito operativo dell'obbligazione naturale nonché il rapporto tra la categoria del contratto e la disciplina che il codice dedica all'esecuzione di quei doveri extragiuridici (art. 2034 c.c.).

Ora, seppure nei limiti del solo effetto della *soluti retentio*, il legislatore ritiene che l'esecuzione di doveri morali o sociali, i quali fungono da presupposto della prestazione, sia idonea a giustificare quest'ultima¹²⁶. Il dato assume, però, una forza semantica di portata generale, poiché fa intendere che quei doveri extragiuridici in tanto giustificano l'effetto in quanto sono ritenuti dall'ordinamento dei valori (interessi) meritevoli di tutela e, come tali, si dispongono ad essere attuati con le modalità consegnate al dispiegamento dell'autonomia privata¹²⁷.

In sostanza, il giudizio di valore operato dall'ordinamento consente al potere di autonomia di realizzare quello stesso valore, istituendo il singolare regime normativo con tutti gli strumenti che il medesimo ordinamento mette a disposizione dei soggetti. Ne discende, recependo i risultati di un'accurata analisi ricostruttiva, che «la prestazione cui allude il 1° comma dell'art. 2034 c.c. lungi dall'aver una portata soltanto esecutiva, opera, in primo luogo, come fonte di un regolamento di interessi meritevoli di tutela alla stregua dell'art. 1322 c.c. e, sotto questo profilo, perfettamente idonei – ancorché non percepibili sulla base di una mera ricognizione dell'atto – a soddisfare il requisito di causa posto dall'art. 1325, n. 2, c.c.»¹²⁸.

Ebbene, se i doveri morali e sociali cui si riferisce l'art. 2034 c.c. consistono in *valori* dell'ordinamento, gli interessi ad essi legati, essendo meritevoli di tutela, sono idonei a sorreggere la causa di un contratto atipico. In pratica, è possibile che l'obbligazione naturale funga da causa del contratto, in cui le obbligazioni assunte da una parte sono funzionali a realizzare un valore di solidarietà sociale sul presupposto di un interesse non patrimoniale, che si radica in quello stesso valore. Il contratto, in tal modo, ripete la sua causa dall'obbligazione naturale, costituendo quest'ultima «la situazione economico-sociale che genera e legittima l'interesse all'effetto obbligatorio voluto col contratto»¹²⁹.

In sostanza, per il tramite di un'obbligazione civile, scaturente dal contratto, viene adempiuta un'obbligazione naturale¹³⁰. Si è parlato di adempimento indiretto di un'obbligazione natura-

l'intérêt non patrimonial».

¹²⁶ Cfr. L. NIVARRA, *Lineamenti di diritto delle obbligazioni*, Torino, 2011, 11.

¹²⁷ L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, cit., 375. L'A. osserva che «posto di fronte al dovere morale o sociale, l'ordinamento non dice “tu devi fare questo” – non lo dice in alcun senso, neppure attribuendo all'obbligazione naturale la dignità di *iusta causa traditionis* – ma dice “è bene che questo si verifichi”, lasciando le parti libere di convertire il valore in norma ovvero di trasferire la direttiva etica immanente alla situazione di partenza in una regola negoziale vincolante per entrambe». Si veda pure M. GAZZARA, *La promessa di adempimento delle obbligazioni naturali*, cit., 623; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 56 ss.

¹²⁸ L. NIVARRA, *ibidem*.

¹²⁹ G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, cit., 189.

¹³⁰ G. OPPO, *op. cit.*, 185, il quale precisa che con tale espressione non s'intende «alludere alla soddisfazione dell'obbligazione naturale mediante la prestazione di cosa diversa da quella che è moralmente o socialmente (art.

JUS CIVILE



le¹³¹, che consiste nel fatto che la prestazione costituisce «adempimento diretto di una diversa obbligazione (civile), assunta in esecuzione del dovere morale o sociale e dunque adempie solo mediatamente (attraverso la soddisfazione dell'obbligazione civile) l'obbligazione naturale»¹³²; in pratica, il riconoscimento giuridico dell'atto si traduce nella «efficacia di una promessa gratuita priva dei requisiti di forma imposti dalla legge alle donazioni»¹³³.

Pertanto, l'obbligazione naturale può essere adempiuta *direttamente* con la spontanea esecuzione della prestazione oppure *indirettamente*, per il tramite di un contratto unilaterale¹³⁴, con l'assunzione dell'obbligo di eseguire la prestazione gratuita.

Stando al tenore prescrittivo dell'art. 2034 c.c., si potrebbe obiettare che l'unico effetto che l'esecuzione di doveri morali o sociali può produrre è quello della *soluti retentio*: da quei doveri extragiuridici, in sostanza, non potrebbero discendere obbligazioni. Tuttavia, come ha osservato l'illustre dottrina qui seguita, «l'obbligazione (civile) assunta dal promittente sulla base dell'obbligazione naturale non può considerarsi effetto di quest'ultima giacché essa trae origine da un'autonoma fattispecie negoziale, innovativa dello *status quo ante*¹³⁵». Mentre quindi nell'esecuzione diretta ciò che è stato «spontaneamente prestato» è l'effetto dell'obbligazione naturale, nell'adempimento indiretto l'obbligo di prestazione è l'effetto del contratto, rispetto al quale l'obbligazione naturale funge da giustificazione; nel primo caso, il trasferimento è *spontaneo* perché non giuridicamente dovuto, ma provocato da un dovere extragiuridico e perciò limitato negli effetti; nel secondo caso, la prestazione è *dovuta* perché vi è obbligazione (civile), seppure fondata su un interesse non patrimoniale che si radica su un'obbligazione naturale¹³⁶. E trattandosi di una prestazione da eseguirsi in esecuzione di un'obbligazione civile, assunta *per* adempiere un dovere morale o sociale, ad essa non potrà estendersi il rigido regime degli effetti istituito dal secondo comma dell'art. 2034 c.c.¹³⁷.

2034, I p. cod. civ.) dovuta, bensì alla circostanza che la prestazione che in definitiva soddisfa l'obbligazione naturale costituisce adempimento diretto di una diversa obbligazione (civile) assunta in esecuzione del dovere morale o sociale, e quindi adempie solo mediatamente (attraverso la soddisfazione dell'obbligazione civile) l'obbligazione naturale».

¹³¹ *Contra* G. DE NOVA, *La causa*, cit., 799-802.

¹³² G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 352.

¹³³ L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, cit., 376. Negli atti gratuiti atipici a scopo solidaristico, l'obbligazione naturale costituisce l'interesse alla produzione dell'effetto contrattuale e non il rapporto giuridico da accertare o modificare col contratto: in tal senso G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, cit., 189.

¹³⁴ Cfr. L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 101.

¹³⁵ G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, cit., 356.

¹³⁶ Osserva G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, cit., 185 che se l'obbligazione è assunta in esecuzione del dovere morale o sociale «la prestazione è compiuta anzitutto in esecuzione del dovere giuridico e solo in seconda linea “indirettamente” del dovere morale».

¹³⁷ G. OPPO, *op. cit.*, 187. V. inoltre L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, cit., 377, il quale osserva che «la prestazione alla quale l'art. 2034 c.c. collega l'effetto della *soluti retentio* è (...) un negozio a causa esterna (cioè rilevabile solo sulla base di un ampio esame del frammento di vita in cui le manifestazioni di volontà prendono posto – e in questo limitatissimo senso lo si potrà dire astratto – traslativo o obbligatorio quanto alla natura degli effetti, tendenzialmente consensuale quanto all'iter perfezionativo (anche se, in concreto, risolvendosi in un transfert mobiliare,

JUS CIVILE



In questo senso, con indubbio impatto sul nostro sistema, si è evoluto l'ordinamento francese, il quale, a seguito della recente riforma del diritto dei contratti, nel nuovo art. 1100 cod. civ. eleva i doveri anzidetti a fonti dell'obbligazione, prevedendo, appunto, che le obbligazioni possono nascere anche «*de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution de conscience envers autrui*». E questo pur mantenendo la previsione, ora contenuta nell'art. 1302, secondo la quale «*la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées*». In tal modo risulta formalmente distinta l'obbligazione (civile) che sorge in ragione di un dovere morale e la prestazione eseguita in adempimento dell'obbligazione naturale.

In ogni caso, che lo spirito di solidarietà ordini la causa del contratto giustificandone gli effetti, non pare così stridente con il principio di patrimonialità che sovrintende la categoria. Si tratta di un valore, infatti, che comunque opera nell'ambito dei rapporti contrattuali, non soltanto a livello potremmo dire “macro”, (il riferimento è all'*utilità sociale* dell'art. 41 Cost.), ma pure a livello “micro”, anzitutto per il tramite delle clausole generali, specialmente di quella di buona fede; la quale permea non soltanto la fase di formazione, conclusione ed esecuzione del contratto, istituendo dei precisi obblighi di condotta in capo alle parti, ma pure il procedimento di interpretazione dello stesso incidendo, in tal modo, sulla definizione di tutti i suoi significati, ivi compreso quello causale.

Ora se i doveri di solidarietà vengono assunti a fonti legali di obbligazioni per il tramite della clausola generale di buona fede, la quale integra il contratto, e in tal modo assumono il crisma della vincolatività, portando a compimento il loro percorso dall'ambito sociale (extragiuridico) a quello giuridico, tali doveri potranno pure essere assunti dal potere di autonomia contrattuale a ragione causale del contratto gratuito, a presupposto oggettivo della funzione che giustifica l'effetto patrimoniale.

In sostanza, così come la solidarietà giustifica l'obbligo di condotta di fonte legale (per effetto della buona fede), può pure giustificare l'obbligazione civile di fonte contrattuale.

D'altro canto, è lo stesso carattere funzionale del requisito della causa che conduce a tali conclusioni. L'indagine di questo elemento strutturale esige una valutazione in concreto, secondo un approccio ermeneutico aperto alle istanze valoriali e non soltanto utilitaristiche che determinano i soggetti a disporre della propria ricchezza. Si è dunque atteggiata bene la dottrina quando si è interrogata se la causa «viva nell'ordinamento attuale come proficua clausola generale operativa in materia contrattuale parimenti a quella di buona fede, con la quale spesso condivide e si contende le aree della sua applicazione»¹³⁸. La teoria della causa concreta, guardando alla funzione del contratto – anche quello nominato – considerato nella sua *individualità*¹³⁹, of-

esso assume di frequente caratteri di realtà) libero da specifici oneri di forma quanto alle modalità di esternazione del volere, gratuito quanto alla ripartizione degli oneri economici cui pone capo»

¹³⁸ R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta*, cit., 428.

¹³⁹ Cfr. M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., 62. Anche nei discorsi della giurisprudenza sviluppati intorno all'art. 64 l. fall., dopo aver ribadito la necessità di una valutazione da svolgersi in concreto per giungere a qualificare come gratuito od oneroso il negozio, i giudici sottolineano che tale percorso ermeneutico richiede

JUS CIVILE



fre una rappresentazione della stessa come congegno disposto a dare ingresso nello spazio dell'autonomia contrattuale, dopo aver operato un giudizio di valore, a tutti gli interessi giuridicamente rilevanti, patrimoniali e non patrimoniali, che i soggetti intendono realizzare ponendoli a presupposto dei loro contratti¹⁴⁰. Ma se la definizione della causa in termini di clausola generale convince, non pare che negli stessi termini possa ridursi la qualificazione della solidarietà, della quale quei doveri sono espressione, essendo essa assunta al ruolo di principio generale dell'ordinamento, costituendo il *sensu* all'insegna del quale devono dispiegarsi tutti i rapporti giuridici e i procedimenti ermeneutici dei relativi enunciati¹⁴¹.

Pare dimostrato, dunque, che l'interesse di contrarre un'obbligazione civile in esecuzione di un dovere sociale o morale sia «in principio» da ritenersi serio, lecito e socialmente apprezzabile, idoneo quindi a giustificare l'effetto e meritevole di tutela per l'ordinamento¹⁴².

Tuttavia, non tutti gli interessi non patrimoniali possono ritenersi idonei a giustificare gli effetti dell'atto perché non tutti assumono rilevanza giuridica trovando il loro corrispondente in un valore fondamentale dell'ordinamento. Sono senz'altro esclusi gli interessi «bagatellari» o quelli singolari, che si riferiscono a circoscritti, isolati, segmenti di mondo¹⁴³. Nell'individuazione del criterio selettivo, aiuta senz'altro la Relazione al codice civile, la quale richiede che la funzione del contratto, che giustifica la tutela dell'autonomia privata, «deve essere non soltanto conforme ai precetti di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, ma anche, per i riflessi diffusi dell'art. 1322, co. 2, c.c., rispondente alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia *socialmente apprezzabile* e come tale meritevole della tutela giuridica».

Questa apprezzabilità sociale fa intendere che i doveri extragiuridici che possono fungere da

l'apprezzamento «dell'interesse sotteso all'intera operazione da parte del *solvens*, quale emerge dall'entità dell'attribuzione, dalla durata del rapporto, dalla qualità dei soggetti e soprattutto dalla prospettiva di subire un depauperamento collegato o non collegato ad un sia pur indiretto guadagno o ad un risparmio di spesa», così CASS. sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 31 ss., con nota di G. ANDREOTTI, *La causa concreta nel giudizio di onerosità e gratuità*.

¹⁴⁰ La causa è qualificata come clausola generale da U. BRECCIA, *Causa*, cit., 12.

¹⁴¹ N. LIPARI, «*Spirito di liberalità*» e «*spirito di solidarietà*», cit., 14-15. Sulla qualificazione della solidarietà come clausola generale v. F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo allo studio del volontariato*, cit., 269 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà un'utopia necessaria*, cit., 42, il quale osserva che «la solidarietà appartiene a quei principi o a quelle clausole generali, flessibili, che la tecnica giuridica ha apprestato perché il sistema giuridico possa disporre di finestre aperte sulla società, per tenerne il passo senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme».

¹⁴² G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, cit., 191; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 105 ss. Si veda anche M. GAZZARA, *La promessa di adempimento delle obbligazioni naturali*, cit., 643. Questo A., quanto alla forma del contratto gratuito atipico la cui causa sia un'obbligazione naturale, osserva: «L'adempimento dell'obbligazione naturale è (...) un atto a forma libera e dunque non si comprende perché mai se per adempiere ad una obbligazione naturale io intendessi trasferire al creditore naturale un quadro di rilevante valore sarebbe sufficiente la *traditio rei* mentre se mi obbligassi a trasferirlo dovrei ricorrere all'atto pubblico».

¹⁴³ Si tratta pur sempre del controllo di meritevolezza di cui al 2° comma dell'art. 1322, il quale porta a respingere convenzioni futili, che non traducono una volontà impegnativa, che esprimono una pura superstizione, ecc.; così D. CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., 600.

JUS CIVILE



ragione giustificatrice del contratto sono quelli della morale sociale¹⁴⁴, ovvero quei valori recepiti e comunemente condivisi in un dato contesto ambientale¹⁴⁵; un interesse può in tal modo conoscere una genesi singolare per poi assumere, nel divenire storico, tipicità sociale e, quindi, rilevanza giuridica per il tramite dei meccanismi di recepimento di quell'interesse nel sistema dei valori dell'ordinamento¹⁴⁶. In definitiva, «il dovere morale integrerà gli estremi di interesse meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. allorché sarà anche sociale; in caso contrario, retrocederà al rango di semplice motivo potendo trovare soddisfazione solo mediante un diverso (rispetto a quello previsto dall'art. 2034 c.c.) negozio a causa tipica»¹⁴⁷.

È così che, anche rispetto all'ambito problematico sin qui indagato, l'*autonomia* della causa, rispetto agli altri requisiti strutturali, continua ad affermarsi, pur assistendo ad una innegabile progressiva riduzione della distanza tra essa e il contenuto del contratto¹⁴⁸.

¹⁴⁴ G. OPPO, *Adempimento indiretto di obbligazione naturale*, cit., 230; G. UGAZZI, voce *Obbligazione naturale*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, 662; V. MOSCATI, voce *Obbligazione naturale*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 37, 370; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. IUDICA e P. ZATTI, Milano, 1991, 78; L. BALESTRA, *Le obbligazioni naturali*, cit., 52 ss., il quale dà conto dell'opinione prevalente secondo la quale l'art. 2034 c.c. «fa riferimento a doveri che sono ad un tempo morali e sociali». In giurisprudenza, CASS., 12 febbraio 1980, n. 1007 in *Giur. it.*, I, 1. 1537; T. ROMA, 18 maggio 1982, in *Foro It.*, 1982, I, 2035.

¹⁴⁵ Già F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 173, con riferimento ai contratti tipici, osservava che «la legge desume le varie cause dalla realtà sociale, cioè dagli effettivi bisogni dell'ambiente e del momento, e in relazione a quelle cause costruisce nella maniera or ora vista, nominatamente o genericamente, i vari schemi o tipi negoziali». Allo stesso modo anche il contratto atipico che realizzi quegli stessi interessi, recepiti dall'autonomia privata, pare debba ritenersi meritevole di riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico.

¹⁴⁶ Cfr. D. CARUSI, *La disciplina della causa*, cit., 602. L'A. individua l'origine dei contratti atipici nella pratica economica e scandisce il percorso che conduce alla tipizzazione giuridica in questi termini: «Raggiungono attraverso la ripetizione una loro "tipicità sociale"; in seguito ad una prima concettualizzazione compaiono occasionalmente sulla scena legislativa, per esempio per fini fiscali, così da risultare, nonostante la atipicità, "nominati"; suscitano discussione e discrepanza di vedute, quanto all'opportunità di una legislativa tipizzazione e di una organica disciplina; sono infine effettivamente disciplinati, magari sull'onda di esigenze "transnazionali" ed esclusivamente a tali limitati fini, fino a dar luogo a tutti gli effetti a nuovi tipi».

¹⁴⁷ L. NIVARRA, voce *Obbligazione naturale*, cit., 379-380. V. anche S. MAZZARESE, *Invito beneficium non datur: gratuità del titolo e volontà di ricevere l'attribuzione*, cit., 187.

¹⁴⁸ Sulla riduzione della causa al contenuto del contratto si rinvia a M. GIROLAMI, *L'artificio della causa contractus*, cit., *passim*. Si veda inoltre C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 448, il quale identifica l'oggetto nel programma, ossia nel contenuto dell'accordo delle parti e la causa nell'interesse che tale programma è volto a realizzare.



I CIVILISTI DELLA FACOLTÀ GIURIDICA PAVESE NEL XX SECOLO¹

1. - All'alba del XX secolo Pavia godeva ancora, nell'area lombarda, di una storica situazione di monopolio accademico: se si fa eccezione per il Politecnico di Milano, quella pavese era infatti l'unica Università in Lombardia – “figlia prediletta”, nel secondo settecento, dei sovrani di Casa d'Austria, Maria Teresa e Giuseppe II – e tale è rimasta fino alla fondazione, nel 1902, dell'Università Commerciale Luigi Bocconi, peraltro per lungo tempo destinata ad offrire solo un corso di laurea in economia.

Per avere la sua prima Facoltà di Giurisprudenza, Milano doveva attendere fino a quando, nel 1924, il relativo corso di laurea veniva attivato dall'“Università Cattolica del Sacro Cuore”, fondata dal milanese – ma laureato in medicina presso l'Ateneo pavese, ove era stato alunno del Collegio Ghislieri – padre Agostino Gemelli. Il successivo 12 gennaio 1925 un analogo corso vedeva la luce anche presso la neonata Università Statale.

Fino a quel momento, almeno in epoca moderna, era spettato in via esclusiva alla Facoltà giuridica pavese il compito di formare il ceto dei giuristi (avvocati, magistrati, notai) di ambito lombardo e di contribuire altresì all'educazione di quelle élites politiche, economiche e culturali dell'intera regione, che – pur senza dedicarsi alle professioni legali – per la loro formazione frequentemente sceglievano, spesso anche per tradizioni familiari, la Facoltà di Giurisprudenza.

L'Ateneo pavese estendeva, anzi, il proprio bacino d'utenza anche al Piemonte orientale (in particolare, alla provincia di Alessandria), alle confinanti zone dell'Emilia (in particolare, alla provincia di Piacenza) e, a nord, al Canton Ticino, per il quale Pavia rappresentava tradizionale luogo di formazione universitaria (il che rende ragione del perché Pavia, per molti anni, abbia attivato un corso di “Diritto svizzero”).

2. - Nell'arco di tempo fra gli inizi del '900 e la Grande Guerra, la Facoltà giuridica pavese poteva contare su un corpo docente di tutto rispetto, proveniente da varie parti del Paese: le materie romanistiche erano affidate prima, dall'a.a. 1894-1895, al milanese (ma alunno del Collegio Borromeo di Pavia) Contardo Ferrini, poi – alla morte prematura di quest'ultimo – dall'a.a. 1902-1903 al romano Pietro Bonfante, il primo e forse più importante allievo di Vittorio Scialo-

¹ Intervento svolto dall'Autore nell'ambito del Convegno organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani presso l'Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema: “Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche”.

JUS CIVILE



ja, rimasto a Pavia fino allo scoppio della prima guerra mondiale; mentre un corso “libero” era affidato al giovane libero docente Pietro de Francisci, allievo di Ferrini e di Bonfante; la storia del diritto vedeva in cattedra dal 1872 al 1917 – dunque, per ben 45 anni – il pugliese Pasquale del Giudice, di scuola napoletana, Preside della Facoltà dal 1884 al 1887 e Rettore dell’Università dal 1887 al 1888, prima di divenire senatore del Regno nel 1902; il diritto amministrativo si giovava della presenza illustre dell’abruzzese Oreste Ranelletti, di scuola romana, allievo di Vittorio Scialoja, che fu Preside di Facoltà (1909-1914) e, successivamente, Rettore dell’Ateneo (1915-1920), e che – dopo il suo trasferimento a Napoli – sarebbe stato chiamato a far parte del “comitato organizzatore” della nascente Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Statale di Milano, presso la quale sarebbe divenuto cattedratico di diritto amministrativo; il diritto internazionale si giovava della persona, dal 1899 al 1915, di Giulio Cesare Buzzati, padre dello scrittore e giornalista Dino Buzzati; il diritto commerciale era appannaggio dal 1865 al 1915 – dunque, per mezzo secolo – del pavese Ercole Vidari, nominato senatore del Regno nel 1904; la procedura civile vedeva la sua rinascita con la chiamata, nell’a.a. 1913-1914, del parmigiano Marco Tullio Zanzucchi, che avrà fra i suoi allievi studiosi del calibro di Salvatore Satta e di Edoardo Garbagnati.

Nel campo di diritto civile due i nomi di spicco: quello del frusinate Vincenzo Simoncelli (1893-1901), formatosi all’Università di Napoli sotto la guida di Emanuele Gianturco, che sarebbe stato deputato del Regno dal 1909 al 1917; e quello del livornese Alfredo Ascoli (1900-1915), formatosi a Pisa con Filippo Serafini e, successivamente, a Roma con Vittorio Scialoja, fondatore nel 1909 – con i colleghi pavesi Pietro Bonfante, Carlo Longo ed Eliseo Antonio Porro – della “*Rivista di diritto civile*”, di cui fu il vero animatore fino a quando, nel 1939, fu costretto a lasciarne la direzione a causa delle sciagurate leggi razziali. Alfredo Ascoli è ricordato come uno dei primi e più attivi sostenitori di una riforma organica della legislazione civile, come testimonia già la sua prolusione pavese “*La riforma del codice civile*”, letta in occasione dell’inaugurazione dell’a.a. 1910-1911. Risalgono al suo periodo pavese saggi come “*L’errore di diritto nei contratti*” (in *Riv. dir. comm.*, 1903, II, p. 5 ss.), “*Sul contratto collettivo di lavoro*” (ivi, 1903, I, p. 95 ss.), “*La riforma della legge sui Probiviri*” (ivi, 1903, I, p. 472 ss.), “*Ancora a proposito di nuove forme contrattuali*” (ivi, 1905, I, pp. 44 ss. e 144 ss.), “*I contratti di locazione di case nelle grandi città d’Italia*” (in *Riv. dir. civ.*, 1909, p. 409 ss.).

Il corso di “*Istituzioni di diritto civile*” veniva invece affidato per incarico – per trent’anni (dal 1885 allo scoppio della prima guerra mondiale) – ad uno storico del diritto: il già ricordato Pasquale del Giudice.

Un “*corso libero ad effetti legali*” di “*Diritto civile*” veniva tenuto, a cavallo tra i due secoli (1899-1903), dal giovane libero docente milanese – ma pavese di laurea – Ludovico Barassi (che assumerà la titolarità del corso, quale professore ordinario, solo a far tempo dall’a.a. 1921-1922 e fino all’a.a. 1923-1924). Al suo primo periodo di presenza pavese risale il volume “*Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*”, la cui prima edizione è datata 1901.

JUS CIVILE



3. - Anche negli anni fra le due guerre – nonostante la sempre più agguerrita “concorrenza” delle Università milanesi, che cominciavano ad esercitare una forte attrazione per i professori dello storico Ateneo pavese – il profilo dei docenti della sua Facoltà giuridica continuava a rimanere di tutto rilievo: negli insegnamenti di materie romanistiche si succedevano personalità come il calabrese Carlo Longo (di scuola romana, allievo di Vittorio Scialoja, nel 1925 trasferitosi alla neonata Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Statale di Milano), il marchigiano Siro Solazzi (pure lui di scuola romana e allievo di Vittorio Scialoja), il lodigiano Emilio Albertario (di scuola pavese, allievo di Pietro Bonfante), il torinese Carlo Arnò, il comasco – e, dal 1914, Rettore del Collegio Ghislieri, di cui era stato alunno – Pietro Ciapessoni (di scuola pavese), il faentino Giovanni Gualberto Archi (di scuola bolognese, allievo di Emilio Albertario); gli insegnamenti storici erano affidati, prima, al modenese Arrigo Solmi (Rettore dell’Ateneo nel 1924, poi deputato, sottosegretario di Stato e, infine, Ministro Guardasigilli, figura non secondaria nell’elaborazione del nuovo codice civile, nel 1932 trasferitosi alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Statale di Milano), poi, al pavese Pietro Vaccari (allievo di Pasquale del Giudice); nell’ambito del diritto pubblico si distinguevano le figure dell’abruzzese Giuseppe Menotti De Francesco (di scuola pavese, allievo di Oreste Ranelletti, nel 1935 chiamato alla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Statale di Milano, di cui doveva divenire Preside, prima di essere nominato Rettore dell’Università e, nel secondo dopoguerra, di essere eletto deputato e senatore nelle fila del Partito Monarchico), del lucano Francesco D’Alessio (deputato dal 1919 al 1929 e sottosegretario di Stato nel 1925/1926), del cremonese Giovanni Vacchelli (figlio del senatore e ministro Pietro) e, infine, del veronese Arnaldo de Valles, che avrebbe tenuto l’insegnamento di diritto amministrativo fino agli anni ’60; quanto al diritto processuale civile – dopo il trasferimento di Zanzucchi alla neonata Università Cattolica di Milano ed il rapido passaggio a Pavia del sassarese Antonio Segni (di scuola romana, allievo di Chiovenda, destinato a divenire Presidente della Repubblica) – più duratura era la permanenza di Giovanni Cristofolini (allievo prediletto di Francesco Carnelutti, prematuramente scomparso) e di Nicola Jaeger (pisano di laurea, destinato a far parte del primo collegio della Corte costituzionale); nell’ambito delle materie penalistiche dominava incontrastata la personalità del toscano Giulio Battaglini, a Pavia per quindici anni dal 1921 al 1935 e, nuovamente, dal 1947 al 1949, mentre nell’a.a.1941-42 i corsi venivano affidati ad un giovane emergente: Giuliano Vassalli; nell’area della scienza delle finanze e del diritto finanziario dal 1921 al 1956 – dunque per trentacinque anni – giganteggiava la figura del pavese Benvenuto Griziotti, il cui “Istituto” attraeva numerosi giovani studiosi di indubbio valore e sicuro avvenire (Mario Pugliese, Ezio Vanoni, Antonio Pesenti, Sergio Steve, Dino Jarach, Giannino Parravicini, Mario Sarcinelli, Federico Maffezzoni, Ernesto d’Albergo, Gian Antonio Micheli, Francesco Forte); le materie internazionalistiche vedevano in cattedra il veneziano Giulio Diena; mentre in quelle commercialistiche si avvicendavano il milanese Luigi Franchi (allievo di Pasquale del Giudice, universalmente noto per le edizioni dei codici Hoepli), il friulano Alberto Asquini (allievo di Alfredo Rocco, che tanta parte avrebbe avuto in sede di riforma dei codici), il varesino Mario Rotondi (laureato pavese discutendo con Ludovico Baras-

JUS CIVILE



si una tesi sull'“*Abuso del diritto*”, alunno del Collegio Borromeo, allievo di Angelo Sraffa), il giovanissimo siciliano di nascita, ma parmigiano di adozione, Aurelio Candian, il comasco Angelo Verga, il neo-vincitore di concorso Giuseppe Ferri.

A questo punto – prima di passare alle materie civilistiche – mi sia consentita una digressione; anzi, tre digressioni.

La prima riguarda la già ricordata figura di Mario Rotondi, nel 1926 chiamato dalla Facoltà giuridica pavese all'insegnamento di “*Diritto commerciale*”. L'8 settembre 1931 il regime fascista impose ai docenti universitari il giuramento di fedeltà. Onde evitargli un atto non compatibile con le sue ferme convinzioni antifasciste, venne orchestrato – pare da padre Agostino Gemelli in persona – il suo trasferimento all'Università Cattolica di Milano, che, essendo non statale, sfuggiva all'obbligo dei suoi docenti di prestare giuramento di fedeltà al regime. Fu così che Pavia perse, dal novembre 1931, la prestigiosa presenza di Mario Rotondi; che, peraltro, doveva tornare sulle rive del Ticino alla caduta del fascismo, nel '46, per rimanervi fino al '60, tenendo, oltre alla cattedra di “*Diritto commerciale*”, anche l'insegnamento di “*Diritto industriale*”, dopo essere stato chiamato, subito dopo la caduta del fascismo, a reggere il Rettorato dell'Università Statale di Milano.

La seconda digressione riguarda la non meno prestigiosa figura di Enrico Tullio Liebman. Nel 1938 la Facoltà giuridica pavese ne aveva deliberato la chiamata alla cattedra di “*Diritto processuale civile*”. In quel momento, peraltro, Liebman – di famiglia ebrea – si trovava a Montevideo per un convegno e, nell'imminenza del varo delle già ricordate leggi razziali, decideva (anche su consiglio del suo Maestro, Pietro Calamandrei) di non rientrare in Italia, stabilendosi in Sudamerica (dove, svolgendo un'intensa attività scientifica e didattica presso le Università di Montevideo, Rio de Janeiro e San Paolo, dava vita ad una fiorente Scuola di diritto processuale, tuttora vivace ed autorevole in America Latina). Solo nel '44 Liebman poteva rispondere positivamente alla chiamata pavese di sei anni prima, onorando l'Ateneo ticinese fino all'a.a. 1955/1956, quando passò alla Facoltà giuridica milanese, e dando vita, proprio a Pavia, ad una Scuola universalmente riconosciuta come di altissimo profilo scientifico (Vittorio Denti, Vittorio Colesanti, Virginio Rognoni; e, dopo di loro, Corrado Ferri, Michelino Taruffo, Luigi Paolo Comoglio).

La terza digressione ha per protagonista Nicola Jaeger, a Pavia dal 1938 al 1943 sulla cattedra di “*Diritto processuale civile*”, scientificamente attivo anche in tre settori del sapere giuridico particolarmente cari al fascismo: il diritto corporativo, il diritto del lavoro, il diritto coloniale. Tant'è che, del suo periodo pavese, si ricordano due testi fondamentali in questi rami del diritto – “*Diritto di Roma nelle terre africane*” del 1938 e “*Principi di diritto corporativo*” del 1939 – pienamente adesivi alle scelte del regime. Jaeger fu, all'interno della Facoltà giuridica pavese, l'unico – se si fa eccezione per la figura di Arrigo Solmi – esponente organico al Partito fascista.

Raccontano che – quando, alla caduta del fascismo, venne costituita una “Commissione di epurazione”, presieduta dal Rettore Plinio Fraccaro, per esaminare ed eventualmente sanzionare la compromissione dei docenti pavesi con il passato regime – i riflettori si appuntarono imme-

JUS CIVILE



diatamente, per quanto riguarda la Facoltà giuridica, sui nomi di Nicola Jaeger e dello storico del diritto Pietro Vaccari (dal 1923 al 1933 sindaco, prima, e podestà, poi, di Pavia). Ciò, almeno fino a quando, quale membro della Commissione, il partito comunista designò ... proprio Nicola Jaeger. Che – come prevedibile – uscì immediatamente dalla rosa degli indagati (e la Commissione, a questo punto, non si sentì di censurare neppure Pietro Vaccari, che ottenne infatti un giudizio pienamente assolutorio). Trasferitosi all'Università Statale di Milano nel '44, Nicola Jaeger sarebbe stato, nel 1955, eletto dal Parlamento, “in quota” P.C.I., alla carica di giudice della Corte costituzionale: e proprio in tale veste – ironia della sorte – Nicola Jaeger fu uno dei protagonisti dell'avvio del processo di adeguamento del nostro sistema normativo alla Costituzione repubblicana.

Venendo ora alle materie privatistiche, sulla cattedra di “*Diritto civile*” si susseguivano il già ricordato Ludovico Barassi (1921-1924), poi passato all'Università Cattolica di Milano; il siciliano Calogero Gangi (1924-1935), maestro del diritto successorio e del diritto delle obbligazioni, che a Pavia, il 21 gennaio 1925, pronunciò la nota prolusione sul tema del “*Ancora sul problema delle lacune del diritto privato*”, nel 1935 chiamato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Statale di Milano; per brevissimo tempo il senese Giovanni Battista Funaioli (1935-1936), allievo di Francesco Ferrara; e, infine, Giuseppe Stolfi (1936), di scuola napoletana, allievo, prima, di Gino Segrè e, poi, di Leonardo Coviello sr., che a Pavia sarebbe rimasto per un quarto di secolo, fino a quando, nel 1961, si trasferì alla Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Roma: ma Pavia – come ebbe più volte a ripetere – rimase “*alta e incancellabile nel mio ricordo*”.

Il corso di “*Istituzioni di diritto civile*” – dal 1937 ridenominato “*Istituzioni di diritto privato*” – veniva lungamente ricoperto per incarico: nell'ordine, da Ludovico Barassi (1921-1922), dal romanista Siro Solazzi (1921-1923 e 1924-1927), dal romanista Carlo Arnò (1927-1933), dallo storico ed ecclesiasticista sassarese Benvenuto Pitzorno (1933-1938). Solo nell'a.a. 1923-1924 l'insegnamento fu impartito da un cattedratico: il parmigiano Pier Paolo Zanzucchi; finché, a partire dal 1938, venne definitivamente affidato ad un professore di ruolo: il già menzionato Angelo Verga (che, a far tempo dal 1944, sarebbe però passato alla cattedra di “*Diritto commerciale*”, su cui sarebbe rimasto fino al 1961). Del 1941 è la sua opera più nota: “*Errore e responsabilità nei contratti*”, per i tipi della Cedam.

4. - Con il secondo dopoguerra si passa rapidamente – almeno per chi appartiene alla mia generazione – dalla storia alla cronaca.

Il che ci consente di procedere più rapidamente.

Il settore romanistico vedeva, nella Facoltà giuridica pavese, prima la presenza – quasi ventennale – di Gabrio Lombardi, romano per studi e formazione, allievo di Pietro De Francisci, poi quella più breve del torinese Filippo Gallo, infine quella di Ferdinando Bona, allievo di Gabrio Lombardi, e di Manlio Sargenti; le materie storiche venivano affidate, prima, al milanese Giulio Vismara (1955-1962), formatosi in Cattolica sotto la guida di Melchiorre Roberti, poi al

JUS CIVILE



suo allievo pavese, alunno del Collegio Ghislieri, Antonio Padoa-Schioppa; il diritto pubblico si giovava, quanto al diritto costituzionale, della presenza di Paolo Biscaretti di Ruffia (1949-1962), di scuola romana, allievo di Santi Romano (che dal 1949 al 1959 avrebbe avuto come assistente volontario Temistocle Martines), poi del bergamasco Serio Galeotti, del milanese Valerio Onida, del triestino Sergio Bartole; e, quanto al diritto amministrativo, della presenza – dopo il pensionamento, nel 1957, di Arnaldo De Valles – del romano Vittorio Bachelet (che, da vicepresidente del C.S.M., doveva cadere sotto il piombo delle Brigate Rosse), del veneto Umberto Pototschnig, del parmigiano Riccardo Villata; l'area internazionalistica veniva presidiata, per un quarantennio, dall'illustre figura del comasco Rodolfo De Nova (1938-1977), pavese di formazione, allievo di Giulio Diena, affezionato alunno del Collegio Ghislieri, che per anni teneva per incarico anche gli insegnamenti di “*Diritto privato comparato*”, prima, e di “*Diritto anglo-americano*”, poi, assicurando alla Facoltà pavese, fra le prime in Italia, una forte attenzione per la comparazione giuridica; la filosofia del diritto si avvaleva di figure come quella di Bruno Leoni (1945-1967), fondatore ed animatore della rivista “*Il Politico*”, del torinese Umberto Scarpelli (1968-1971), allievo di Gioele Solari e di Norberto Bobbio, del pavese Amedeo G. Conte, alunno del Collegio Ghislieri, e del bresciano Giacomo Gavazzi, pavese di formazione, allievo di Bruno Leoni, pure lui alunno del Collegio Ghislieri; il settore delle materie economico-finanziarie vedeva succedersi – dopo Benvenuto Griziotti – studiosi del calibro di Ferdinando De Fenizio, di Libero Lenti, di Giannino Parravicini, alunno del Collegio Ghislieri, di Mario Talamona, alunno del Collegio Borromeo; il diritto ecclesiastico era rivitalizzato dalla lunga – e fruttuosa – permanenza di Tommaso Mauro (1959-1976), di scuola romana, allievo di Arturo Carlo Jemolo; il settore penalistico era illustrato dalle personalità di Pietro Nuvolone (1950-1963), di formazione pavese, allievo di Giulio Paoli e di Giacomo Delitalia, alunno del Collegio Ghislieri (che dal 1957 al 1961 avrebbe avuto come assistente un giovane Franco Bricola) di Cesare Pedrazzi (1963-1971), pure lui allievo di Delitalia, e di Mario Pisani, di formazione pavese, alunno del Collegio Borromeo; la procedura civile prendeva smalto dalla già ricordata figura di Enrico Tullio Liebman, allievo prediletto di Giuseppe Chiovenda, e poi da quella del suo allievo pavese, ed alunno del Collegio Ghislieri, Vittorio Sereno Denti, che a Pavia trascorreva tutta la propria carriera accademica; le materie commercialistiche si giovavano della già ricordata presenza di Mario Rotondi, di ritorno dal suo “esilio” milanese, di quella di Angelo Verga (dal 1944 passato dalla cattedra di “*Istituzioni di diritto privato*” a quella di “*Diritto commerciale*”) e, poi, di quella di Guido Rossi, alunno del Collegio Ghislieri ed allievo di Mario Rotondi.

Venendo alle materie privatistiche, nel secondo dopoguerra la Facoltà giuridica pavese continuava nella tradizione di affidare il corso di “*Diritto civile*” ad un professore ordinario del settore: così a Giuseppe Stolfi (1936-1961) – che nel 1947, all'epoca della sua presenza a Pavia, pubblicava la sua opera maggiore: “*La teoria del negozio giuridico*”, vera e propria croce e delizia di intere generazioni di studenti pavesi – succedevano, nel tempo, Rodolfo Sacco (1963-1970), di scuola torinese, allievo di Mario Allara, che proprio in quel torno di tempo era impegnato nell'elaborazione della sua opera fondamentale: “*Il contratto*”, che avrebbe visto la luce

JUS CIVILE



nel 1975; Giovanni Cattaneo (1972-1974), di scuola milanese, allievo di Cesare Grassetti; Ugo Carnevali (1976-1979), pure lui di scuola milanese ed allievo di Grassetti; il pavese Giorgio De Nova (1977-1989), allievo di Rodolfo Sacco; il reggiano Francesco Benatti (1980-1987), di scuola milanese, allievo di Luigi Mengoni; Bruno Inzitari (1987-1994), di scuola romana, allievo di Adolfo Di Majo e, poi, di Francesco Galgano; infine, il pavese Andrea Belvedere (dal 1992), di scuola torinese, allievo di Alfredo Fedele.

Relativamente al corso di “*Istituzioni di diritto privato*” si instaurava – finalmente – la prassi di affidarlo ad un ordinario della materia. Dopo il passaggio di Angelo Verga alla cattedra di “*Diritto commerciale*”, a tenerlo veniva chiamato il cremasco Gino Gorla (1944-1957), di scuola milanese, allievo di Emilio Betti, che però – incaricato dal Governo di insegnare nel corso di *Doctorat* ad Alessandria d’Egitto (1950-1955) – veniva sostituito nell’attività didattica, per anni (1948-1955), dall’ottimo avvocato milanese Emilio De Longhi, alunno del Collegio Ghislieri. Alla sua permanenza pavese risalgono sia la sua celebre prolusione su “*Il sentimento del diritto soggettivo in Alexis de Tocqueville*”, letta il 5 dicembre 1946, sia la pubblicazione, nel 1945, del volume “*Del pegno. Delle ipoteche*” nel Commentario Scialoja-Branca e, nel 1955, dei due fondamentali tomi de “*Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*”. A Gorla subentravano il giovane giurista napoletano Pietro Rescigno (1957-1960), di scuola romana, allievo di Francesco Santoro Passarelli e di Alessandro Graziani, che a Pavia pronunciò la nota prolusione “*Gruppi sociali e lealtà*”, poi il già ricordato Rodolfo Sacco (1961-1963), successivamente passato – come si diceva – alla cattedra di “*Diritto civile*”, e, dopo di lui, Alfredo Fedele (1964-1968), di scuola torinese, allievo di Mario Allara, Piero Schlesinger (1969-1982), pure lui di scuola torinese ed allievo di Mario Allara, il giovane Vincenzo Roppo (1982-1984), di scuola genovese, allievo di Pietro Trimarchi, Stefano Rodotà e Mario Bessone, il milanese Giovanni Iudica (1984-1989), di scuola pavese, allievo di Piero Schlesinger, il già menzionato Andrea Belvedere (1984-1992), che dal 1992 sarebbe passato alla cattedra di “*Diritto civile*”, la milanese Raffaella Lanzillo (1990-1995), allieva di Cesare Grassetti, il cremonese Carlo Granelli (dal 1993), di scuola pavese, allievo di Piero Schlesinger, infine Maria Costanza (dal 1996), di scuola milanese, allieva di Cesare Grassetti.

5. - È giunto il momento per alcune rapide – seppur provvisorie – indicazioni di sintesi, concentrando per quanto possibile l’attenzione sugli insegnamenti civilistici.

La prima osservazione è che – se si fa eccezione per la figura di Ludovico Barassi – per i primi tre quarti del secolo scorso la Facoltà giuridica pavese, per la copertura degli insegnamenti civilistici, non ha mai attinto ad un vivaio proprio. E ciò, per una ragione molto banale: sebbene non siano mancate, a Pavia, figure eminenti di civilisti – talora rimaste sulle rive del Ticino per lunghi anni (penso, ad es., a Beppe Stolfi, all’Ateneo pavese per oltre un quarto di secolo) – un vivaio pavese di giovani studiosi di diritto civile, avviati alla carriera accademica, non è mai esistito, se non a partire dalla fine degli anni ’60.

JUS CIVILE



E' ben vero che già Mario Rotondi – laureatosi a Pavia, come già ricordato, nel 1922 sotto la guida di Ludovico Barassi – si era dapprima dedicato, principalmente su impulso di Pietro Bonfante, a studi tipicamente privatistici (ricordo i volumi su “*L’abuso del diritto*” e su “*L’azione di arricchimento*”, entrambi del 1924, nonché il noto manuale di “*Istituzioni di diritto privato*”, la cui prima edizione risale al 1929), fondando, nel 1931, la “*Rivista di diritto privato*” per i tipi della Cedam; non è men vero tuttavia che i suoi interessi si orientavano ben presto, su sollecitazione del suo maestro Angelo Sraffa, verso il diritto commerciale (e, in particolare, verso il diritto industriale), con spiccata attenzione alla comparazione giuridica (che lo portava a creare, proprio a Pavia, un “*Istituto di diritto privato comparato*”). Tant’è che all’Ateneo pavese egli fu chiamato alla cattedra di “*Diritto commerciale*” (dalla quale avviò alla ricerca il ghisleriano Guido Rossi ed i borromaici Giovanni Emanuele Colombo e Vincenzo Allegri).

Traiettorie culturali in qualche modo analoghe è stata quella di Remo Franceschelli – laureatosi a Pavia nel 1932, alunno del Collegio Ghislieri – che, prese le mosse da studi di impostazione privatistica e storico-comparatistica (penso, in particolare, alla monografia su “*Il Trust nel diritto inglese*” del 1935 ed ai numerosi contributi raccolti e ripubblicati nel volume “*Scritti civilistici e di teoria generale del diritto*” del 1975), dalla fine degli anni ’30 si volgeva però decisamente verso il diritto commerciale e successivamente, dalla fine degli anni ’40, verso il diritto industriale (fondando, nel 1952, la “*Rivista di diritto industriale*”).

Lo scenario era però destinato a cambiare radicalmente – come si diceva – alla fine degli anni ’60.

Furono quelli anni particolarmente fecondi per la civilistica pavese; e – occorre dirlo – per l’intera Facoltà di Giurisprudenza.

Chi – come chi vi parla – si fosse iscritto alla Facoltà in quegli anni avrebbe frequentato il corso di “*Istituzioni di diritto privato*” tenuto da Piero Schlesinger, quelli di “*Diritto civile*” tenuti da Rodolfo Sacco, quello di “*Diritto commerciale*” tenuto da Guido Rossi, quelli di “*Diritto penale*” tenuti da Cesare Pedrazzi, quelli di “*Diritto amministrativo*” tenuti da Umberto Potochnig, quello di “*Diritto processuale civile*” tenuto da Vittorio Denti, quello di “*Procedura penale*” tenuto da Mario Pisani, quello di “*Diritto del lavoro*” tenuto da Tiziano Treu, quello di “*Diritto fallimentare*” tenuto da Vittorio Colesanti, quello di “*Diritto internazionale*” tenuto da Rodolfo De Nova, quelli romanistici tenuti da Ferdinando Bona e Manlio Sargenti, quelli di “*Storia del diritto italiano*” tenuti da Antonio Padoa-Schioppa, quelli di “*Diritto ecclesiastico*” e di “*Diritto canonico*” tenuti da Tommaso Mauro, quello di “*Diritto privato comparato*” tenuto da Rodolfo Sacco, quello di “*Diritto civile dei Paesi socialisti*” tenuto da Gabriele Crespi Reghizzi, quello di “*Filosofia del diritto*” tenuto da Umberto Scarpelli, quello di “*Teoria generale del diritto*” tenuto da Amedeo G. Conte, quello di “*Medicina legale*” tenuto da Antonio Fornari, quello di “*Economia politica*” tenuto da Mario Talamona, quello di “*Scienza delle finanze*” tenuto da Emilio Gerelli, ecc.

Si trattava, nella più parte dei casi, di professori giovani – più o meno attorno alla quarantina – spesso freschi vincitori di concorso, ancora attivi nella ricerca ed appassionati nella didattica.

JUS CIVILE



Il risultato fu che, in pochissimi anni, si impinguarono – quantitativamente e qualitativamente – le “seconde file”: cioè, i giovanissimi studiosi attratti alla ricerca ed alla carriera accademica dall’entusiasmo e dall’impegno di pur giovani Maestri.

Fra quelli che noi studenti allora chiamavamo indistintamente “*assistenti*”, cominciavano a brillare i nomi di Franco Mosconi, Tito Ballarino e, poi, di Ruggiero Cafari Panico nelle materie internazionalistiche; di Giuseppe Zanarone nelle materie commercialistiche; di Emilio Dolcini in quelle penalistiche; di Enzo Balboni ed Ernesto Bettinelli in quelle pubblicistiche; di Corrado Ferri, Michelino Taruffo e Gigi Comoglio nella procedura civile; di Angelo Giarda, Vittorio Grevi e Piermaria Corso nella procedura penale; di Giorgio Luraschi nelle materie romanistiche; di Luciano Musselli nel diritto ecclesiastico; di Giulio Tremonti nel diritto tributario; di Poalo Tosi nel diritto del lavoro; di Mario Jori nel campo della filosofia del diritto; di Alberto Febbrajo nella sociologia del diritto; ecc.

E nel settore civilistico?

Le “seconde file” di allora rispondevano ai nomi di Paolo Cendon, Giorgio De Nova, Attilio Guarneri, Antonio Gambaro, alla scuola di Rodolfo Sacco; di Andrea Belvedere, alla scuola di Alfredo Fedele; di Gianni Iudica e, poi, di Carlo Granelli, alla scuola di Piero Schlesinger: per la prima volta, nell’arco di un secolo, Pavia poteva vantare una – anzi, tre distinte – scuole civilistiche.

La seconda osservazione che viene spontanea è che i “Maestri”, che sopra mi è piaciuto ricordare, a Pavia erano, di regola, “*di passaggio*”. Invero – se facciamo eccezione per Rodolfo De Nova, Vittorio Denti ed Amedeo G. Conte, che hanno scelto di rimanere a Pavia per tutta la loro lunga carriera accademica (in ciò successivamente imitati da taluni di quelli che allora alimentavano le “secondi file”: Franco Mosconi, Corrado Ferri, Michelino Taruffo, Andrea Belvedere, Vittorio Grevi, Giuseppe Zanarone, Luciano Musselli, Giulio Tremonti) – tutti gli altri (anche molti di quelli che – come, ad es., Guido Rossi, Mario Pisani, Vittorio Coesanti, Antonio Padoa-Schioppa, Mario Talamona, Giannino Parravicini – a Pavia erano “nati accademicamente”) hanno terminato la loro carriera lontano da Pavia, attratti dalle sirene delle c.d. Università “grandi”.

Erano “di passaggio”, ma non si sentivano “di passaggio”.

Spesso provenienti da sedi meno prestigiose, vivevano la chiamata nella storica Facoltà giuridica pavese come un traguardo da onorare, con l’entusiasmo dettato dalla giovane età e dall’ancòr viva passione per la ricerca.

La terza considerazione è che ad infoltire le “seconde file” contribuirono allora, in modo determinante, i Collegi storici pavesi.

In particolare, il Ghislieri.

Ghislieriani erano, infatti, i processual-civilisti Corrado Ferri, Michelino Taruffo, Gigi Comoglio, i processual-penalisti Angelo Giarda, Vittorio Grevi, Piermaria Corso, il penalista Emilio Dolcini, gli internazionalisti Tito Ballarino e Ruggiero Cafari Panico, l’ecclesiasticista Luciano Musselli, il costituzionalista Ernesto Bettinelli, il giuslavorista Paolo Tosi, il filosofo del

JUS CIVILE



diritto Mario Jori e – per venire alle materie civilistiche – Giorgio De Nova, Andrea Belvedere, Attilio Guarneri, Antonio Gambaro e chi vi parla (così come, della generazione successiva, ghisleriani sarebbero stati Giovanni Stella e Giovanni Iorio, ed i più giovani Umberto Stefini e Nicola Rizzo; mentre borromaici sarebbero stati Gregorio Gitti, Alessandro D’Adda e Francesco Venosta).

La quarta considerazione è che l’idea di servire l’Accademia, “allevando” giovani ricercatori – i docenti di domani – è risultata per così dire ... contagiosa.

Anche coloro che sono succeduti a Rodolfo Sacco, Alfredo Fedele e Piero Schlesinger ne seguivano l’esempio: così, all’epoca della rispettiva permanenza pavese, Giorgio De Nova avviava all’accademia il borromaico Gregorio Gitti (oggi ordinario nell’Università Statale di Milano), Andrea Belvedere si faceva carico dei ghisleriani Giovanni Stella (oggi ordinario nella Facoltà giuridica pavese), Giovanni Iorio (oggi ordinario nell’Università Bicocca di Milano), Umberto Stefini, Nicola Rizzo, nonché – dimostrando, lui Rettore del Collegio Ghislieri, ... signorile superiorità! – del borromaico Alessandro D’Adda (oggi ordinario nell’Università Cattolica di Milano), oltre che del milanese Tommaso Ubertazzi; Francesco Benatti conduceva su analoghi sentieri il borromaico Francesco Venosta (oggi ordinario nell’Università dell’Insubria); Bruno Inzitari “allevava” il mantovano Carlo Rimini (oggi ordinario nell’Università Statale di Milano).

La quinta (ed ultima) considerazione è che – se per i primi tre quarti del secolo scorso quella pavese è stata (con l’unica eccezione rappresentata da Ludovico Barassi) una Facoltà giuridica “di importazione” di docenti formati altrove – nell’ultimo scorcio del medesimo secolo la stessa si è trasformata in una Facoltà “di esportazione”, arricchendo con propri allievi molti e molto prestigiosi Atenei: penso a Paolo Cendon, che ha vissuto quasi tutta la propria carriera accademica a Trieste; a Giorgio De Nova, Antonio Gambaro, Gregorio Gitti e Carlo Rimini, presto approdati all’Università Statale di Milano; a Gianni Iudica ed Attilio Guarneri, che hanno terminato la propria carriera accademica presso l’Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano; a Giovanni Iorio, oggi ordinario nell’Università Bicocca di Milano; ad Alessandro D’Adda ora ordinario nell’Università Cattolica di Milano; a Francesco Venosta oggi ordinario nell’Università dell’Insubria.

La speranza è che la progressiva riduzione del supporto finanziario, di cui soffre oggi, nel nostro Paese, la ricerca scientifica – con conseguente progressiva difficoltà di accesso dei nostri giovani alla carriera accademica – non abbia ad interrompere quel “circolo virtuoso” che si era innescato alla fine degli anni ’60 del secolo scorso.



AURELIO GENTILI

Professore ordinario di diritto civile – Università Roma Tre

SCUOLE E LUOGHI DEL PENSIERO CIVILISTICO ITALIANO: GIURISTI, METODI, TEMATICHE. LA SCUOLA ROMANA? ¹

0. – Da sempre nell'accademia si parla delle 'scuole'. Ma costantemente riemerge nei discorsi una domanda: che intendiamo per 'scuola'? Gli approcci di chi in varie occasioni ne ha trattato sono stati, ed effettivamente possono essere, diversi. Si tratta dunque di scegliere la prospettiva.

Qui mi propongo perciò, a proposito della scuola giuridica romana, piuttosto che una ricostruzione di luoghi e metodi, che deve seguire e non precedere l'idea di scuola che la ispira, una ipotesi sul senso di 'scuola', e una sua verifica sul caso assegnatomi, Roma, limitata per brevità alla seconda metà del secolo XX.

'Scuola': in che senso? In un comune dizionario si possono trovare almeno dieci definizioni di 'scuola': l'istituzione, l'attività, la sede, il gruppo di docenti e discenti, e altre. Quella che mi pare più pertinente ed a cui mi atterro suona così: "*comunità di studiosi che seguono il metodo di uno stesso maestro*". Non credo dunque di sbagliare, se assumo stipulativamente che nel parlare delle scuole giuridiche elementi necessari siano: a) una *comunità*, e b) un *metodo*.

La domanda allora è: a Roma nella seconda metà del XX secolo ha effettivamente operato una comunità unita da uno stesso metodo? e quale?

1. – Per chi negli anni sessanta arrivava alla Sapienza – allora unica università statale in Roma – la civilistica aveva due nomi: Francesco Santoro Passarelli, lì dal 1947, alla cattedra di diritto civile, e Rosario Nicolò, dal 1954, a quella di istituzioni di diritto privato. Ma nessuno dei due era romano, in nessun senso, né di nascita né di studi. E nemmeno allievo dei suoi immediati predecessori, né comunque di maestri romani (Santoro Passarelli era stato allievo di Vittorio Polacco, ma non a Roma ove pure quest'ultimo aveva insegnato, e Rosario Nicolò veniva dalla scuola messinese). In realtà non erano soli. Ma pochi sapevano che in una stanza avrebbero potuto trovare fino al fatidico '68 Emilio Betti ed il suo corso di teoria dell'interpretazione.

Affermare come negare che Santoro Passarelli e Rosario Nicolò, con i loro allievi, fossero

¹ Intervento svolto dall'Autore nell'ambito del Convegno organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani presso l'Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema: "*Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche*".

JUS CIVILE



una ‘comunità’ e seguissero uno stesso ‘metodo’ mi sembra egualmente giusto e sbagliato.

Tralascio la comunità, di cui ci sarebbe molto da dire ma meglio potrà dire chi meglio di me li ha conosciuti. Dico solo che nel rigido galateo accademico di allora si sostava davanti ad un’unica porta dell’Istituto di diritto privato.

Del metodo invece mi sento di ripetere che sarebbero veri e falsi il sì e il no.

Certo era comune il rigoroso metodo dogmatico. Ma l’argomento prova troppo: il metodo dogmatico era allora comune a tutte le scuole civilistiche italiane: noi non avevamo un Saleilles.

Quel metodo dogmatico però ciascuno dei due maestri del tempo lo declinava a suo modo. Più formalista e sistematico Santoro Passarelli. Più realista e pragmatico Rosario Nicolò. Ma l’argomento prova poco: in sostanza praticavano uno stesso metodo, e la differenza – sbrigativamente parlando – era solo nel fatto che l’uno lo impiegava soprattutto verso l’astratto, i concetti, l’altro verso il concreto, i fatti. O, se si preferisce, l’uno più attento a raccogliere e sistemare il passato, l’altro a preparare il futuro. Forse spinti dalla circostanza che, accademici entrambi, il primo era soprattutto uomo delle istituzioni, il secondo del foro.

2. – Attorno a Santoro Passarelli ed a Rosario Nicolò si agglutinavano due vasti gruppi di allievi. So meno dei secondi. Posso dire qualcosa dei primi (di cui fui l’ultimo) perché ricordo il terrore che si spandeva tra loro quando, a metà lezione, Santoro Passarelli poneva un problema e senza risolverlo diceva, guardando in fondo all’aula III ove essi assistevano: «Sentiamo che ne pensano i bravi!». E poi li interrogava pubblicamente, iniziando dal più giovane e interrompendo con un gesto infastidito della mano le risposte che riteneva insoddisfacenti, per passare a uno più maturo. Quel gesto distruggeva una reputazione. Per mia fortuna, non esistendo neppure ai suoi occhi, Santoro Passarelli non mi interrogò mai. Si limitò a consegnarmi – come un pacco: «Ti lascio il mio ultimo allievo» – nel mezzo del corridoio dell’Istituto a Pietro Rescigno, che nel 1971 assumeva la cattedra.

Gli allievi circa dalla metà degli anni sessanta si aggiunsero o succedettero ai due maestri. All’arrivo di Michele Giorgianni ed al fenomeno, che allora sembrò curioso, dello sdoppiamento di cattedra, segui quello di Rescigno; e grado a grado non solo allievi dei due maestri, ma anche alcuni di altri (come Pietro Perlingieri, Natalino Irti o Mario Bessone) sono giunti ad insegnare alla Sapienza. La ‘scuola romana’ (se scuola) ne è uscita trasformata, in entrambi i suoi elementi costitutivi.

La ‘comunità non si è tanto estesa, quanto forse ulteriormente frantumata. In qualche senso vi sono state una scuola di Giorgianni, di Rescigno, di Scognamiglio, di Giampiccolo, di Rodotà, di Lipari, di Irti, di Cataudella, di Di Majo, di Ferri, di Vitucci, di Gazzoni, di Benedetti, e altri.

Il ‘metodo’ si è moltiplicato. Di riflesso di personalità molto spiccate e molto diverse, tutti coloro che ho appena ricordato, pur perfetti padroni del metodo dogmatico, ampiamente praticato nei primi anni della loro attività scientifica, si sono poi differenziati. Faccio solo esempi:

JUS CIVILE



Scognamiglio, Cataudella, Gazzoni, Vitucci, sebbene in diverso modo, sono rimasti più fedeli alla tradizione dogmatica. Irti l'ha portata ad un nuovo formalismo nichilista. Rodotà la ha riveduta secondo il disegno costituzionale. Lipari ha mostrato la dissoluzione delle categorie legali a fronte delle nuove realtà. Di Majo le ha sostituite con il rimediale. E Rescigno, pluralista anche in questo, ha usato contemporaneamente le diverse prospettive.

Non basta. Devo aggiungere che come alla metà del secolo a Roma erano confluiti capiscuola formati altrove, quali gli stessi Santoro Passarelli e Nicolò, così dai ceppi originari romani altre scuole (romane?) sono gemmate altrove, ove romani hanno insegnato: nelle sedi di Macerata, Firenze, Perugia, Teramo, Cagliari, ecc. E nelle nuove università romane, dove accanto ad altri validi studiosi hanno insegnato allievi degli allievi dei capiscuola romani, divenuti maestri. Se ora volessi fare tutti i nomi, scivolerei nell'elenco telefonico. Comunque anche questo fa pensare, contro la prima intuizione, che Roma sia stata meno una via maestra del sapere giuridico, e più forse un incrocio.

Non so dire, perciò, se vi sia stata nell'ultimo quarto del novecento *una* scuola romana, cioè una coesa comunità unita da uno stesso metodo.

Di contro all'impressione frammentaria che tutto ciò suscita resta però anche una persistente impressione unitaria: c'è nei 'romani', anche nei non allievi di Santoro Passarelli e di Nicolò, e comunque negli allievi dei loro allievi, accanto alle differenze un indefinibile tratto simile. Si mostra un po' nei temi, prevalentemente attinenti al terzo, quarto e sesto libro del codice, un po' nel legame alla dogmatica, sempre presente nella pagina non solo dove è applicata ma anche dove è criticata, un po' nella rigida cautela con cui sono accolti nel discorso, quando sono accolti, apporti non tecnico-giuridici. Dico indefinibile perché io che pure lo percepisco proprio non so definirlo. Sarà un compito della ricerca sulle scuole da cui deriva questa stessa mia pagina.

3. – Ma bisogna concludere. Allora, in sintesi: c'è stata nel senso proposto dall'ipotesi definitiva una 'scuola civilistica romana'? Me ne scuso, ma non risponderò. Mi contento di aver proposto una ipotesi sul concetto di scuola e la sua applicazione al caso.

Qui, per finire, vorrei sottolineare una singolare ragione del no, e una singolare ragione del sì.

Il no. Riprendo l'ipotesi di definizione: "comunità di studiosi che seguono il metodo di uno stesso maestro". Ebbene, una ragione per cui alla domanda si potrebbe rispondere negativamente è l'evidenza di un dato felicemente positivo. La 'scuola romana' ha avuto troppi maestri per essere una scuola secondo quella definizione. È stata, per così dire, un po' un esercito di tutti generali. E allora non poteva che essere così. Del resto ce lo insegna la storia: Platone fondò l'Accademia e riunì una comunità intorno a un metodo. Ma l'Accademia continuò dopo di lui con Speusippo, non altrettanto celebre. Anche Aristotele era stato suo allievo. Ma con un altro metodo; e fu un'altra scuola.

E ora il sì. Lascio ad altri le ulteriori ragioni del sì, che pure ho accennato e pesano. Qui ne

JUS CIVILE



segnalo una finora trascurata. Sia esistita o non sia esistita secondo l'ipotesi, comunque la scuola romana è certamente esistita in altro senso, quanto meno per i suoi allievi. È esistita cioè perché essi ci credevano, se ne sono sentiti parte, ed hanno nutrito un grande, fortissimo attaccamento alla loro 'scuola', fosse o non fosse una vera comunità, avesse o non avesse coerenza di metodo.

E dunque, sia o no esistita, si possa o no parlarne, comunque non a caso ancor oggi *si vuole* parlarne, e infatti ne parliamo, perché per i tanti maestri che vi sono nati, ne sono usciti, vi sono tornati, vi hanno allevato ulteriori allievi che hanno aspirato a tornarvi da maestri, rendendola alla fine come ho detto un po' un esercito di tutti generali, essa è stata un grande amore.

Perciò, quale che sia la risposta, mi pare appropriato dire della scuola civilistica romana quel che Ninon de Lenclos diceva appunto dell'amore: che può anche vivere di digiuno, ma può morire di indigestione.



SALVATORE MONTICELLI

Professore ordinario di diritto privato – Università di Foggia

SCUOLE E LUOGHI DEL PENSIERO CIVILISTICO ITALIANO: GIURISTI, METODI, TEMATICHE LA SCUOLA NAPOLETANA¹

Ringrazio i colleghi dell'Associazione per avermi voluto invitare a relazionare sulla “scuola giuridica napoletana”, scuola alla quale mi onoro di appartenere, dovendo certamente ad essa la mia formazione di giurista.

Il Collega Femia condivide con me l'arduo compito di tracciare per la “scuola napoletana” l'ambito ed i confini dell'ambizioso progetto ricostruttivo affidatoci; Egli, però, a differenza di me, vi dirà di un capitolo specifico ed assai significativo di essa, connotato per la riconducibilità ad un unico Maestro – Pietro Perlingieri –, e, perciò, caratterizzato da un filo conduttore più forte, se non di più agevole ricostruzione, considerato il relevantissimo apporto culturale che Pietro Perlingieri ha fornito ed offre al progredire del sapere giuridico.

Per dirla con il Carnelutti, mentre il Collega Femia vi parlerà propriamente di una scuola, giacché tale è quella che procede da un Maestro, io vi dovrei – il condizionale per quanto dirò è d'obbligo – riferire di una “brigata”, come Carnelutti definì, con positivo apprezzamento, l'insieme dei civilisti napoletani che, negli anni 50 del secolo scorso, furono i protagonisti di una straordinaria “formazione naturale alla quale concorre più il *genius loci* che l'insegnamento di un uomo”². *Genius loci* che vide, in quegli anni, nelle figure di Santoro Passarelli, Niccolò, Graziani, Scognamiglio, Coviello, Giorgianni, Rubino, Cariota Ferrara e poi, nei loro allievi, Auricchio, Cicala, Majello, Perlingieri, Rascio gli indiscussi protagonisti di quell'associazione tra genio e luogo cui alludeva il Carnelutti.

E perciò il solo citare questi nomi, ma non dimenticando poi negli anni a venire gli altri quali Piazza, Di Prisco, Donisi, E. Quadri, Grasso, Pollice, Caprioli, E. Cesaro, F. Bocchini, per limitarmi alla Facoltà di Giurisprudenza ed alla generazione degli studiosi che, in certa misura, mi ha preceduto, evidenzia l'impossibilità assoluta di assolvere, perlomeno in questa sede, l'arduo compito assegnatomi in maniera anche solo descrittiva.

¹ Intervento svolto dall'Autore nell'ambito del Convegno organizzato dall'Associazione Civilisti Italiani presso l'Università di Roma La Sapienza il 21-22 ottobre 2016 sul tema: “*Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi e tematiche*”.

² Come ricorda Luigi Labruna, nelle belle pagine di presentazione degli Studi in memoria di Raffaele Cicala (Napoli, 2003), le citate parole del Carnelutti si leggono nella Rivista di diritto processuale civile in occasione della segnalazione della prima monografia di Raffaele Cicala, *Concetto di divisibilità ed indivisibilità dell'obbligazione*, edita nel 1952, quale volume XIII delle pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Fredericiana.

JUS CIVILE



E ciò anche nella consapevolezza da un lato dell'ampiezza e dell'eterogeneità dei filoni di ricerca coltivati, in oltre 70 anni, dai predetti Maestri e Colleghi, dall'altro della obiettiva difficoltà di declinare al singolare "la scuola napoletana".

Aggiungasi che la "scuola napoletana", nell'accezione innanzi indicata, ha travalicato i confini dell'accademia, esprimendo, così, una peculiarità non presente in altre realtà; mi riferisco, in particolare, alla "scuola" per la preparazione agli esami per l'accesso ai ruoli della magistratura e, in epoca successiva, del notariato, fondata da Guido Capozzi. Questi, insigne magistrato ed allievo diretto di Santoro Passarelli, ha formato, per oltre un trentennio (all'incirca tra gli anni 60 e gli anni 90), con i suoi insegnamenti, anzitutto inerenti al metodo di studio per la preparazione ai concorsi, centinaia di magistrati e notai. Taluni, poi, divenuti anche insigni Colleghi civilisti.

Nel premettere quanto innanzi non voglio, però, del tutto sottrarmi al compito affidatomi e, perciò, Vi sottopongo queste mie brevi riflessioni che, senza alcuna pretesa ricostruttiva, rappresentano solo uno spaccato della scuola napoletana, che ho potuto, per così dire, osservare da vicino.

Vi dirò, perciò, dell'apporto fornito da due Maestri, che ho avuto il privilegio di conoscere e frequentare ed ai quali attribuisco un ruolo senz'altro importante nell'evoluzione del pensiero civilistico italiano degli ultimi 50 anni dello scorso secolo. Giacché protagonisti indiscussi di quella "gloriosa brigata" che tutt'oggi, grazie ai loro insegnamenti, reca vanto all'Ateneo napoletano.

Mi riferisco a Raffaele Cicala ed Ugo Majello, l'uno, allievo di Domenico Rubino, docente a Napoli prima nella Facoltà di Economia e poi in quella di Giurisprudenza, l'altro, allievo di Alessandro Graziani, docente della Facoltà di Economia.

Approdati all'Ateneo Fredericiano all'esito, per entrambi, di un girovagare, come allora era d'uso ed invero come dovrebbe essere, il primo dagli Atenei di Cagliari, Macerata, Bari, l'altro dall'Ateneo di Siena.

Se sotto la guida di Raffaele Cicala mi sono laureato ed a lui devo l'incoraggiamento a proseguire negli studi, ad Ugo Majello devo la riconoscenza e l'affetto per essermi stato di insegnamento, guida e sostegno in tutto il mio percorso accademico.

Benché per molti aspetti molto diversi caratterialmente più di un profilo ha accumulato Raffaele Cicala ed Ugo Majello.

La dedizione all'insegnamento, la disponibilità con gli studenti e gli allievi, l'affetto per il proprio Maestro, cui entrambe hanno dedicato una monografia³, l'operosità scientifica e perfino

³ A tal proposito mi piace ricordare le toccanti parole che Ugo Majello rivolge, senza mai nominarlo esplicitamente, al Suo Maestro, Alessandro Graziani, nella prefazione alla monografia "L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi": «È difficile dire a quali forze interiori si debba il compimento di un'opera, per modesta che sia: se solo alla serenità che ci è data da una guida sicura, dagli affetti familiari, dalle amicizie sincere o non anche dall'ansia di sopravvivere alle misteriose avversità dell'esistenza. Ma tra i ricordi del continuo alternarsi di serenità e di ansie, il mio pensiero commosso, nel licenziare questa opera, si rivolge particolarmente a Chi, terminata di re-

JUS CIVILE



la vicinanza di alcune tematiche di studio (mi riferisco ad esempio agli studi sull'accollo e sul contratto a favore di terzi⁴).

Connotati comuni ai quali vanno affiancati, sotto il profilo caratteriale, l'onestà intellettuale, l'indipendenza ma, soprattutto, una natura schiva e misurata che ha portato entrambi a tenersi, per quanto possibile, distanti, dalle tenzoni accademiche e dalle complesse alchimie che ne sono, da sempre, alimento e, talvolta, risoluzione.

Infine, su tutto li ha accomunati l'amore per il diritto e per la ricerca, perseguita sempre senza secondi fini, per il gusto di essa.

Di ciò vi è chiara testimonianza in pagine che, tutt'oggi, rappresentano un esempio di rigore e ricchezza argomentativa, ove le prospettazioni, sempre chiare e consequenziali, sono, spesso, anche coraggiose specie quando si sono poste, per quella indipendenza intellettuale di cui si è detto, in contrasto con tesi maggioritarie ed autorevolmente sostenute da Maestri dell'epoca.

Venendo così agli scritti di Raffaele Cicala ed Ugo Majello, per entrambi si tratta di una copiosa produzione, espressa non solo da importanti opere monografiche ma anche da articoli, note a sentenza, voci enciclopediche, che hanno offerto e tutt'oggi offrono straordinarie ed attualissime occasioni di riflessione.

Osservando più nello specifico le rispettive produzioni scientifiche, giacché, come ebbe a sottolineare Renato Scognamiglio, "i pensieri e le parole degli uomini si dissolvono con il fatale decorrere del tempo e rimangono le opere a testimoniare l'impegno e a trasmettere i messaggi della vita di uno studioso"⁵, può dirsi che tanto i contributi di Raffaele Cicala quanto gli scritti di diritto patrimoniale di Ugo Majello esprimono un modello di attività scientifica connotato da un'analisi rigorosa della realtà giuridica secondo i canoni classici del giuspositivismo. Tuttavia mentre i contributi di Raffaele Cicala sono prevalentemente orientati ad indagare, con magistero insuperabile, il campo del diritto delle obbligazioni e del contratto, quale fonte prevalente di esse, diversamente gli scritti di Ugo Majello, se inizialmente sono anch'essi dedicati al tema del contratto, poi si rivolgono a fronti diversi dal diritto patrimoniale, quali il diritto delle persone e la famiglia.

In tale ultimo filone di studi Majello, senza mai abbandonare un'analisi rigorosa dei problemi alla luce del dato normativo, non trascura l'analisi dei fatti e degli interessi sottostanti alla realtà sociale ed economica per rilevare, alla stregua dei principi della Carta Costituzionale, "le esigenze e le ragioni di una legislazione innovativa, pur segnalandone talune deficienze e contraddizioni"⁶.

cente e improvvisamente l'esemplare vita terrena, con tanta generosità, costanza ed affetto, mi diede aiuto, guida e coraggio».

⁴ Mi riferisco alla voce «Accollo» pubblicata da Raffaele Cicala nel primo volume della Enciclopedia del diritto, nel 1958 ed alla monografia di Ugo Majello, *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*, edita nel 1962. Temi che, peraltro, si incrociano, anche cronologicamente, con il magistrale contributo (*Studi sull'accollo*) di Pietro Rescigno, edito nel 1958.

⁵ R. Scognamiglio, *Prefazione agli studi in onore di Ugo Majello*, in *Studi in onore di Ugo Majello* a cura di Marco Comporti e Salvatore Monticelli, vol.1, Napoli, 2005, p.5.

⁶ R. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 10.

JUS CIVILE



Volendo solo ricordare i titoli delle opere principali di Raffaele Cicala ed Ugo Majello, nel loro susseguirsi, cito, per Raffaele Cicala:

- “*Concetto di divisibilità ed indivisibilità dell’obbligazione*”, edita nel 1952;
- La voce “*Accollo*” pubblicata nel primo volume dell’Enciclopedia del Diritto del 1958;
- “*Il negozio di cessione del contratto*”, edita nel 1959, in edizione provvisoria e nel 1962 in edizione definitiva;
- “*L’adempimento indiretto del debito altrui*”, che ha come sottotitolo “*Disposizione novativa del credito ed estinzione dell’obbligazione nella teoria del negozio*”, edito nel 1968, e dedicato alla memoria del suo Maestro il Prof. Domenico Rubino;
- “*Espromissione*”, edito nel 1995;
- E, quindi, i *Saggi*, di cui serbo gelosamente una delle prime copie, raccolti per le esercitazioni di diritto privato. È sui *Saggi* che, come me, generazioni di studenti della facoltà di giurisprudenza si sono formati. Essi, insuperabile palestra di ragionamento e rigore argomentativo, compendiano e ripropongono, con passaggi argomentativi straordinariamente stringenti, le tesi fondamentali degli scritti di Raffaele Cicala. A tale libro, forse proprio perché dedicato anzitutto ai propri studenti, Cicala si è sempre sentito particolarmente legato.

Per Ugo Majello, cito:

- “*Custodia e deposito*”, edito nel 1958;
- “*L’interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*”, edito nel 1962;
- “*Profili costituzionali della filiazione legittima e naturale*”, edito nel 1965;
- Il volume, nel Commentario al codice civile Scialoia-Branca, dedicato al commento degli artt. 250-290 c.c. relativi alla filiazione naturale (sezione I[^]) ed alla legittimazione dei figli naturali (sezione II[^]);
- Infine, il volume, che raccoglie gli *Scritti di Diritto patrimoniale*, edito nel 1992, ove ripropone all’attenzione degli studiosi ma anche dei suoi studenti 23 scritti che seguono il *file rouge* della rilevanza patrimoniale dei diritti.

Non è ovviamente possibile in questa sede entrare nel merito di una ricostruzione anche solo per cenni dei principali scritti di Raffaele Cicala e di Ugo Majello. Mi limito per essa a rinviare, consigliandone la lettura specie ai più giovani, per il primo alle pagine di Biagio Grasso, scritte “*In ricordo di Raffaele Cicala*”, edite nel 2003, quale contributo introduttivo alla raccolta di studi in memoria e, per il secondo, alle già citate pagine di Renato Scognamiglio, quali “*Prefazione agli studi in onore di Ugo Majello*”, nonché all’introduzione, redatta da Marco Comporti, agli “*Scritti di Diritto Patrimoniale*”.

Tuttavia è, invece, possibile trarre dallo studio dei contributi scientifici di questi due Maestri alcuni dati comuni.

Entrambi appartengono a quella schiera di giuristi che mostrano ritrosia a discorrere di metodo e di ermeneutica in astratto, tantomeno sono inclini a prospettare soluzioni *de iure conden-*

JUS CIVILE



do, essi scrivono e argomentano con riferimento alla fattispecie concreta, nel pieno rispetto del dato positivo, individuando, anzitutto i problemi che l'interpretazione della norma applicabile pone con riferimento all'insieme degli interessi in gioco; nel contempo non rinunciano mai ad un inquadramento generale della questione affrontata alla luce dei principi del sistema, cogliendone l'unitarietà, le dinamiche, le connessioni.

Tale corretto insegnamento metodologico è tanto più importante in un momento come quello attuale, definito efficacemente l'epoca del *diritto incerto*, ove la complessità dell'approccio del giurista è data da una progressiva destrutturazione e ristrutturazione del sistema, dal proliferare delle fonti, nazionali, locali e sovranazionali, che variamente si intersecano, e talvolta si accavallano, dall'uso di una tecnica legislativa a dire poco carente, da una giurisprudenza molto spesso del tutto imprevedibile e che, talvolta, appare perfino dimentica del dato positivo o, peggio, che pretende di sostituirlo.

In tale magmatico e poco rassicurante contesto sembra utile, suggerire, specie ai più giovani, spesso affascinati dagli strumenti di ricerca telematici che inducono un approccio volto alla soluzione immediata della singola questione, a guardare oltre, a non inseguire solo l'ultima decisione e la ricerca acritica della tesi prevalente, bensì a cimentarsi nell'approccio dei concreti problemi interpretativi, tentando di inquadrarli nel sistema, cogliendo la dinamica degli interessi in gioco e la loro complessità, sottoponendo a verifica critica dottrina e giurisprudenza, ma anche rileggendo taluni classici, quali quelli citati, dai quali apprendere, se non necessariamente la soluzione al problema concreto, il metodo per arrivarci.

D'altra parte se, come disse un famoso giornalista americano (Sydney J. Harris), lo scopo della scuola è *quello di trasformare gli specchi in finestre*, certamente a tale finalità ha risposto la variegata "scuola napoletana" con tutti i suoi protagonisti.

Cass. SS. UU. 17 settembre 2015 n. 18213, Rel. Travaglino,

«ai sensi dell'art. 13, comma 1, della L. n. 431 del 1998, in ipotesi di locazione ad uso abitativo registrata per un canone inferiore al reale, il contratto resta valido per il canone apparente, mentre l'accordo simulatorio relativo al maggior canone è affetto da nullità, non sanabile con eventuale registrazione tardiva».



VALERIA RESTUCCIA

Dottoranda di ricerca – Università di Messina

LA NULLITÀ DELLA CLAUSOLA SIMULATORIA DEL CANONE DI LOCAZIONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema: la validità dell'accordo simulatorio sul canone. – 3. La ratio della decisione e le novità introdotte dalla L. n. 208/2015. – 4. Causa concreta del contratto e abuso del diritto.

1. – Con la sentenza in commento, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile si sono pronunciate in merito alla *vexata quaestio* relativa alla validità di un patto dissimulato, contemporaneo al contratto di locazione, con cui le parti stabiliscono un canone più alto di quello riportato nel documento contrattuale fiscalmente registrato.

La Suprema Corte adita, pertanto, con la sentenza resa a Sezioni Unite n. 18213/2015, ha sintetizzato, in parte, i principi cardine recepiti dall'indirizzo giurisprudenziale maggioritario di legittimità ed espressi già nella sentenza della Corte di Cassazione civile n. 16089 del 2003, secondo cui in tema di locazioni abitative, la previsione di nullità di cui all'art. 13, comma 1, L. 431/1998, non sarebbe diretta a colpire il contratto medesimo, in tutto o in parte registrato, ma ad inficiare gli eventuali patti di aumento del canone.

Sicché, il pronunciamento della Cassazione del 2003 avrebbe sancito la nullità non del contratto di locazione ad uso abitativo *in toto*, bensì la pattuizione di un canone più elevato rispetto quello risultante dal contratto originario, anche se non registrato o registrato successivamente, stipulata nel corso di svolgimento del rapporto medesimo.

Il canone originariamente stabilito dalle parti doveva, quindi, restare invariato (a parte l'eventuale aggiornamento Istat) per tutta la durata della locazione.¹

2. – La fattispecie sottoposta all'esame della S.C. è la seguente: parte locatrice e parte conduttrice convengono, con accordo simulatorio², di stipulare un contratto di locazione³, indican-

¹ Detti principi hanno trovato ulteriore riscontro nelle sentenze: Cass. civ., sez. III, 3 aprile 2009, n. 8148, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 4, 583, e Cass. civ., sez. III, 7 aprile 2010, n. 8230, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 4, 504.

² G. FURGIUELE, *Della simulazione di effetti negoziali*, Cedam, Padova, 1992, 72, il quale ammette che l'accordo simulatorio è esplicitazione di una determinata volontà, ma nega che si tratti di un patto in senso proprio, dotato di una specifica rilevanza negoziale.

³ G. MIRABELLI, *La locazione*, Giappichelli, Torino, 1972, 4, osserva «La legge offre la definizione del contratto, e cioè del mezzo giuridico attraverso il quale viene posto in essere un rapporto di locazione, e non del rapporto stes-

JUS CIVILE



do un canone, destinato alla registrazione, inferiore a quello realmente pattuito.

Le medesime parti, contestualmente alla stipula del contratto, con controdi chiarazione scritta, convengono che il canone indicato nell'accordo registrato debba essere aumentato.

Il contratto di che trattasi risulta stipulato nel 2003, ne consegue che la norma di riferimento è quella della originaria formulazione dell'art. 13 della L. n. 431 del 1998 secondo la quale «*è nulla ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato*».

La problematica sorta, e che ha dato vita a pronunciamenti da parte del giudice di merito, con riferimento alle domande svolte nei vari giudizi dalle parti in causa, riveste particolare importanza in quanto, oltre ad avere un evidente risvolto fiscale, ha conseguenze sul piano civilistico.

In riferimento a tale ultimo aspetto, si tratta di capire se il contratto contenente un accordo dissimulativo, diretto a frodare il fisco, sia nullo in tutto o in parte, vale a dire se il contratto venga meno definitivamente e totalmente o se, diversamente, venga sanzionato con la nullità solamente l'accordo di maggiorazione del canone.

Contribuisce a complicare la questione una norma avente carattere generale e richiamata dalla stessa Corte di Cassazione, ovvero l'art. 10 della L. 27 luglio 2000 n. 2012 (intitolata «*Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente*»), secondo la quale, in particolare, «*Le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto*».

A fronte di questa complessa situazione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 18213 del 17 settembre 2015, offrono una argomentata soluzione al problema attraverso una preliminare analisi dell'art. 1414 c.c.

In sostanza, se è vero che, secondo l'art. 1414 c.c., il contratto simulato non produce alcun effetto giuridico tra le parti⁴ e qualora le parti abbiano inteso concludere un contratto diverso da quello apparente (c.d. contratto dissimulato) è questo ad avere efficacia tra di esse, purché, ovviamente, siano presenti i requisiti di sostanza e di forma richiesti dalla legge, non di due negozi giuridici dobbiamo parlare, bensì di una fattispecie complessa⁵.

Occorre dimenticare, quindi, chiarisce la Corte, la vecchia suddivisione tra negozio simulato e negozio dissimulato (terminologia utilizzata dal ricorrente in Cassazione), poiché siamo in presenza di una «*unità morfologica*» delle manifestazioni di volontà.

so; tuttavia le rispettive e reciproche posizioni soggettive delle parti, conseguenti alla stipulazione del contratto, e cioè i diritti e gli obblighi di cui esse divengono titolari a seguito del perfezionamento del contratto, sono specificatamente indicate nelle altre norme, che seguono la definizione legislativa, sicché può dirsi che la legge regola, in realtà, il rapporto di locazione, mentre il contratto, come tale, è regolato dalle norme generali sui contratti».

⁴ Così come è inesistente il contratto stipulato per gioco, per finalità didattiche o per rappresentazione scenica: F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1997, 34.

⁵ Secondo Cass. civ., sez. III, 4 ottobre 1951, n. 2620, in *Giust. civ. Mass.*, 1951, 4, 456, la simulazione, infatti, non richiede una mala fede qualificata da un fine particolare, essendo bastevole e sufficiente la consapevolezza nei contraenti che l'atto apparentemente da essi posto in essere non è, in realtà, voluto.

JUS CIVILE



Nello specifico, secondo le medesime Sezioni Unite: «*La natura della controdedichiarazione, all'interno di tale procedimento, è pertanto quella, e solo quella, di un atto destinato, in caso di controversia tra le parti, alla prova della (dis)simulazione parziale dell'oggetto dell'obbligazione (nella specie, il prezzo della locazione)*».

Chiarisce, inoltre, la Corte come la fattispecie in esame vada ricondotta nel fenomeno della “simulazione relativa”, stante la presenza di una controdedichiarazione, nella quale viene indicato il canone di locazione reale, facendo dedurre, quindi, la volontà delle parti di concludere⁶ un contratto diverso da quello registrato⁷.

Un esempio di simulazione relativa-parziale inerente al contenuto del contratto, è proprio quella che si riferisce al corrispettivo: frequente è, infatti, il caso in cui per motivi fiscali o per altra natura viene dichiarato un corrispettivo diverso rispetto a quello effettivamente devoluto⁸.

Ricondotta la fattispecie oggetto della pronuncia nell'alveo della simulazione relativa-oggettiva-di prezzo, le Sezioni Unite giungono a considerare nullo non l'intero contratto di locazione (registrato), bensì soltanto la pattuizione contenente l'indicazione del canone maggiorato.

La sostituzione, mediante la controdedichiarazione, del canone fittizio con quello effettivamente convenuto contrasta, infatti, con la norma imperativa ex art 13 comma 1 della L. n. 431 del 1998, lasciando, quindi, valevole l'originaria convenzione negoziale oggetto di precedente registrazione.

Le Sezioni Unite, pertanto, escludono la possibilità che un accordo integrativo e *a latere* del canone di locazione possa avere una propria validità.

Inoltre, proprio perché la nullità della controdedichiarazione deriva dalla nullità della causa concreta del contratto di locazione (in quanto caratterizzata dalla vietata finalità di evasione fiscale), nessuna efficacia sanante può assumere la successiva registrazione⁹ del contratto in

⁶ Fra i principali contributi tradizionali allo studio della simulazione v. E. BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 2002, 403; A. AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 1957, 130; S. PUGLIATTI, *La simulazione dei negozi unilaterali*, in *Diritto civile. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1951, 539; G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, Cedam, Padova, 1938, 280; G. MESSINA, *Della simulazione assoluta*, in *Scritti giuridici*, V, Giuffrè, Milano, 1948, 67 (già in *Rdcomm.* 1907).

⁷ Come ad esempio nel caso in cui si tratti apparentemente di una locazione transitoria; nei casi di questo genere, trattandosi di un accordo illecito, è ammessa la prova della simulazione anche con presunzioni e testimoni, tra i casi: Cass. civ., sez. III, 5 marzo 1997, n. 1936, in *Giur. cost.*, 1997, I, 1219; Trib. Milano 27 marzo 1997, in *Arch. Loc. Cond.*, 1998, 426; a questi fini può essere sufficiente la prova che il locatore fosse a conoscenza del diverso uso: Trib. Firenze 1 febbraio 2002, in *Foro tosc.*, 2002, 161; se invece solo il conduttore era a conoscenza che il contratto era in realtà destinato a soddisfare esigenze di diversa natura, si tratta di un caso di riserva mentale irrilevante: Trib. Roma 24 ottobre 2001, in *Giur. romana*, 2002, 149.

⁸ In materia di prelazione, il prelazionario ha diritto ad effettuare il riscatto sulla base del corrispettivo dichiarato, ancorché nettamente inferiore rispetto a quello effettivamente devoluto: Cass. civ., sez. III, 5 marzo 2002, n. 3175, in *Giur. it.*, 2002, 2265; Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2003, n. 6882, in *Nuova giur. civ. commentata*, 2004, I, 54.

⁹ Circa il significato da attribuire all'onere di registrazione di cui all'art. 13 della legge n. 431 del 1998, deve rilevarsi come la disposizione in questione espanda la finzione della registrazione che, da strumento di opponibilità del contratto a terzi ex art. 2704 c.c., diviene, nei rapporti tra le medesime parti, anche criterio di assoluta prevalenza fra i divergenti accordi: in tal senso Trib. Palermo 20 novembre 2000, in *Arch. Loc. Cond.*, 2001, 114.



quanto verrebbe vanificata la *ratio* degli interventi normativi intervenuti successivamente alla normativa di cui alla L. n. 431 del 1998 volti a punire severamente il fenomeno dell'evasione fiscale.

Precisa, tuttavia, la Suprema Corte che, comunque, il legislatore del 1998 non ha inteso sanzionare un obbligo di registrazione del relativo contratto attraverso la previsione di una norma imperativa in tal senso, la cui violazione comporterebbe la nullità dell'intero contratto.

Secondo le Sezioni Unite, infatti, non è la mancata registrazione dell'atto indicante il prezzo reale, ma è la illegittima sostituzione del prezzo ad essere sanzionata con la nullità dalla previsione legislativa in questione, «*si che sarà proprio la clausola successivamente inserita in via interpretativa attraverso la controdedichiarazione ad essere affetta da nullità ex lege, con conseguente, perdurante validità di quella sostituenda (il canone apparente) e dell'intero contratto*».

Se la sanzione della nullità derivasse dalla violazione dell'obbligo di registrazione, lo scopo dissuasivo dell'intento di elusione fiscale, perseguito dalla L. n. 431 del 1998, sarebbe totalmente svilito¹⁰.

Sono molteplici e di diversa natura, secondo la Corte, le ragioni giustificatrici di quanto sopra chiarito.

Pur attenendosi ad una interpretazione letterale, non vi è dubbio che il comma I dell'art. 13 della L. n. 431 del 1998 sancisca testualmente la nullità di qualunque pattuizione volta a determinare un canone di importo diverso e superiore rispetto a quello risultante dal contratto registrato.

A confermare quanto sopra vi sarebbero, però, anche ragioni di tipo logico.

Una interpretazione diversa dell'articolo *de quo*, come precedentemente rilevato, si risolverebbe in una vera e propria vanificazione della duplice *ratio* sottesa alla previsione in questione.

Oltre, infatti, a veder vanificato l'intento dissuasivo a porre in essere una frode fiscale, non si tutelerebbe la c.d. "parte debole" del contratto di locazione ad uso abitativo, quale è il locatario¹¹.

Nelle locazioni "a canone libero", in cui le parti possono stabilire liberamente l'ammontare del canone e le altre condizioni della locazione, al locatore è, infatti, attribuito un potere contrattuale asimmetrico che gli consente di imporre al locatario la previsione di un canone maggiore e occultato quale unica condizione per concedergli il relativo immobile in locazione¹².

¹⁰ Trib. Palermo 20 novembre 2000, in *Arch. Loc. Cond.*, 2001, 114, secondo il quale la tardiva registrazione non riflette un accordo successivo tra le parti bensì è ascrivibile alla condotta unilaterale del locatore ed interviene in contrasto con l'accordo simulatorio concluso tra le parti le quali hanno convenuto di non sottoporre all'ufficio del registro l'accordo dissimulato.

¹¹ V., infatti, F. LAZZARO – M. DI MARZIO, *Le locazioni ad uso abitativo*, Giuffrè, Milano, 2012, 11 ss., il quale qualifica il diritto alla casa in maniera non dissimile a quello del lavoratore ad una retribuzione sufficiente per una vita dignitosa. Sulla stessa linea cfr. A. PROTO PISANI, *Comm. alla l. n. 510/1977*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Cedam, Padova, 1978, I, 156.

¹² Cass. civ., sez. III, 9 febbraio 2007, n. 2901, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2. Conforme Cass. civ., sez. III, 15 ottobre 2002, n. 14655, in *Rass. loc.*, 2003, 342: nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva rite-



La previsione della nullità della controdedichiarazione (contratto dissimulato) funge, infatti, da “nullità di protezione” nei confronti del locatario, interessato comunque a proseguire il rapporto di locazione¹³.

3. – Nell’emettere la decisione oggetto di commento, le Sezioni Unite del 17 settembre 2015 n. 18213, hanno posto in essere un *revirement* rispetto alle conclusioni alle quali erano giunti i giudici di legittimità negli ultimi anni.

Intervenuto, il legislatore, con la L. n. 431 del 1998 al fine di arginare, il più possibile, il ricorrente fenomeno dei cc.dd. “affitti in nero”, disponendo la nullità di ogni accordo volto a determinare un importo del canone maggiore rispetto quello risultante dal contratto di locazione ad uso abitativo scritto e registrato, nulla aveva disposto circa la sorte dell’ulteriore accordo (c.d. contratto dissimulato) scritto ma non sottoposto a registrazione.

Ciò, ovviamente, ha comportato il sorgere di un ampio dibattito che ha interessato sia la dottrina che la giurisprudenza¹⁴, in riferimento all’incidenza della registrazione sulla validità¹⁵ di un contratto di locazione.

Al momento dell’entrata in vigore della L. n. 431 del 1998, parte della dottrina aveva sostenuto che la registrazione avesse un valore determinante per la validità delle pattuizioni concernenti il canone, con conseguente nullità delle stesse qualora non fossero state registrate¹⁶ e prevedessero un canone maggiore rispetto a quello indicato nel relativo contratto¹⁷.

Altra dottrina, invece, qualificava la registrazione come una sorta di *condicio iuris* sospensiva, in mancanza della quale il negozio sarebbe rimasto privo di effetti¹⁸.

nuto legittima la pattuizione complessiva iniziale del canone sulla base di quanto stabilito nel contratto e in una “scrittura integrativa in pari data”, accordi confermati dalle parti in occasione della cessione del contratto di locazione a nuovo conduttore.

¹³ Cfr. Cass. civ., sez. II, 1 febbraio 1992, n. 1074, in *Corr. Giur.*, 1992, 638, con nota di V. MARICONDA: l’indagine diretta a stabilire, ai fini della conservazione del negozio, se la pattuizione nulla debba ritenersi essenziale, va condotta con criterio oggettivo, in funzione del permanere o meno dell’utilità del contratto in relazione agli interessi che si intendono attraverso di esso perseguire, quali risultano individuati mediante l’interpretazione del negozio.

¹⁴ S. GIOVE – M. DE TILLA, *Locazioni abitative e non abitative*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato*, diretto da G. Alpa, Cedam, Padova, 2009, 615 ss.; A. TODARO – M. ROSSI, *La locazione. Questioni processuali*, Giuffrè, Milano, 2008, 29 ss.

¹⁵ Per l’idea sanzionatoria dell’invalidità v. particolarmente R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria generale del negozio giuridico*, Jovene, Napoli, 1950, 327, nel senso che l’invalidità costituisce una reazione particolare dell’ordinamento, commisurata alla peculiare rilevanza del negozio.

¹⁶ G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Cedam, Padova, 2005, 34 ss.

¹⁷ M. TRIMARCHI – A. LA SPINA, *Codice delle locazioni*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2016, 538 ss.

¹⁸ Durante tale fase, parte della giurisprudenza di legittimità, ha fornito una interpretazione costituzionalmente orientata dell’art. 13 comma 1, secondo la quale la mancata registrazione del contratto di locazione non comportava di per sé la nullità dello stesso richiedendo testualmente, l’art. 1 comma 4, come requisito di validità di un contratto di locazione soltanto la forma scritta e non anche la registrazione.

La Suprema Corte, inoltre, escludeva che l’art. 13 comma 1 della L. 431 del 1998 prevedesse la sanzione della

JUS CIVILE



L'orientamento esposto fu poi superato dall'art.1 comma 346 della L. n. 311/2004 (Legge finanziaria 2005)¹⁹, il quale ha sancito, espressamente, la nullità dei contratti di locazione qualora non fossero stati registrati²⁰.

Con l'approvazione del D.lgs n. 23 del 2011 (attuativo della L. delega 5 Maggio 1992 n. 42),²¹ grazie all'introduzione della disposizione di cui al comma 8 dell'art. 3, è risultata alquanto mitigata l'ipotesi della nullità per mancanza di registrazione, di cui all'art.1 comma 346 della L. n. 311 del 2004²², configurando una sorta di sanatoria come effetto della successiva registrazione tardiva²³.

Tuttavia, però, i commi 8 e 9 dell'art. 3 del D.lgs. del 2011 n. 23 furono dichiarati costituzionalmente illegittimi per violazione dell'art. 76 della nostra Costituzione²⁴.

Con l'art. 4 comma 59 della L. 28 Dicembre n. 208 del 2015 (Legge di stabilità 2016) fu modificato l'art. 13 della L. n. 431 del 1998 sancendo espressamente, il comma 1 del medesimo articolo, in aggiunta alla previsione della nullità di ogni pattuizione nella quale si determini un canone locatizio superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato, l'obbligo per il locatore di provvedere alla relativa registrazione entro il termine di 30 giorni e di darne "documentata comunicazione", nei successivi sessanta giorni, al conduttore e all'amministratore di condominio²⁵.

Lasciando sostanzialmente immutati i commi 2 e 3 dell'art. 13 della L. n. 431 del 1998, la Legge di Stabilità del 2016 ha inciso, seppur parzialmente, sul comma 4 del medesimo articolo.

Se, infatti, fino al 31 dicembre del 2015 si qualificava come nulla qualsiasi clausola che pre-

nullità in riferimento all'accordo, contemporaneo ed ulteriore, di un canone locatizio più elevato (c.d. controdichiarazione) in ragione della sua omessa registrazione fiscale. Nello specifico, infatti, la predetta disposizione di legge avrebbe sanzionato con la nullità la pattuizione di un canone, più elevato di quello originario, intervenuto successivamente alla conclusione del contratto (Cass. civ., sez. III, 27 Ottobre 2003, n. 16089 in *Giust. civ.*, 2004, I, 961).

¹⁹ M. SERPOLLÀ, *Le locazioni ad uso abitativo*, Giuffrè, Milano, 2008, 96 ss.

²⁰ V. CUFFARO-R. CALVO-A. CIATTI, *Della locazione. Disposizioni generali. Artt.1571-1606*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2014, 53 ss; G. CATELANI, *Manuale della locazione*, Giuffrè, Milano, 2001, 39 ss; G. GABRIELLI-F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Cedam, Padova, 2005, 110.

²¹ C. ULESSI, *Registrazione e nullità della locazione dopo la "cedolare secca"*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, Cedam, Padova, 2012, 277 ss.

²² R. MASONI, *L'estinzione del rapporto di locazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 30 ss.

²³ S. PATTI (a cura di), *Il nuovo diritto delle locazioni abitative. (L. 9 dicembre 1998, n.431)*, Giuffrè, Milano, 2001, 45 ss.

²⁴ A seguito di tale dichiarazione di illegittimità costituzionale, avvenuta con la pronuncia della Corte cost., 14 marzo 2014 n. 50, in *Giur. cost.*, 2014, 1498, ci si è sin da subito chiesti quale fosse il regime applicabile ai rapporti sorti sulla base della normativa successivamente dichiarata incostituzionale e non ancora esauriti.

Tale questione fu temporaneamente risolta grazie all'art. 5, comma 1 *ter*, D.L. 28 Marzo 2014 n. 47, che fece salvi, sino alla data del 31 Dicembre del 2015, gli effetti prodottisi e i rapporti giuridici che erano sorti sulla base dei contratti di locazione tardivamente registrati.

Tale art. 5, comma 1 *ter*, cit., fu successivamente, tuttavia, dichiarato costituzionalmente illegittimo in quanto corrispondente, a livello contenutistico, ad una norma a sua volta qualificata incostituzionale.

²⁵ V. CUFFARO, *Oltre la locazione: il rent to buy, nuovo contratto per l'acquisto di immobili*, in *Corr. Giur.*, 2015, 5.

JUS CIVILE



vedeva degli obblighi per il conduttore e corrispondenti vantaggi, economici o normativi, per il locatore, oggi la sanzione della nullità viene esclusivamente stabilita per colpire qualsiasi patteggiamento specificatamente finalizzata ad attribuire al locatore un canone locativo superiore a quello contrattualmente stabilito²⁶.

Del tutto innovativa è, invece, la previsione di cui al comma 5 dell'art. 13.

Tale ultima disposizione, nello specifico, prende le mosse dalla sentenza della Corte Costituzionale n.50 del 2014 che aveva dichiarato costituzionalmente illegittimi i commi 8 e 9 dell'art. 3 del Decreto Legislativo n.23 del 2011, i quali, con la finalità di combattere gli affitti "in nero", concedevano la possibilità al conduttore di registrare di propria iniziativa il contratto di locazione ritenuto, invece, inesistente per il fisco, beneficiando di un canone annuo pari al triplo della rendita catastale dell'immobile medesimo.

Successivamente alla pronuncia della Corte Costituzionale del 2014 fu emanato il Decreto Legge n.47 /2014 il quale²⁷, fino al 31 dicembre 2015, aveva mantenuto fermi gli effetti derivanti dai contratti travolti dalla relativa dichiarazione di incostituzionalità.

Anche tale disposizione normativa fu però dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale nel 2015²⁸.

Grazie alla nuova previsione di cui al comma 5 dell'art.13, il legislatore stabilisce espressamente che i conduttori, i quali hanno versato nel periodo intercorrente tra l'entrata in vigore del Decreto legislativo n. 23 del 2011 e la data di emissione della pronuncia di incostituzionalità dello stesso un canone annuo coincidente con il *quantum* legalmente imposto, saranno tenuti a pagarlo nella misura coincidente con il triplo della rendita catastale dell'immobile²⁹.

È stato previsto poi, al comma 6 dello stesso articolo, che, qualora il locatore non abbia provveduto alla registrazione nel termine statuito dal comma 1, il conduttore ha la facoltà di agire in giudizio al fine di ottenere la restituzione delle somme indebitamente versate e la riconduzione del contratto a condizioni conformi a quanto tassativamente sancito dall'art. 2 commi 1 e 3 della medesima legge del 1998.

Sostanzialmente immutato è rimasto poi il comma 4 dell'art.13 ai sensi del quale, nelle ipotesi di nullità sancite dal comma 4 il conduttore, attraverso un'azione proponibile entro i sei mesi dalla riconsegna dell'immobile, ha la possibilità di richiedere la restituzione delle somme indebitamente versate e che il relativo rapporto locativo venga ricondotto a condizioni conformi a quanto statuito dall'art. 2 comma 1³⁰.

²⁶ A. CARRATO-A. SCARPA, *Le locazioni nella pratica e nel processo*, in *Teoria e pratica del diritto-maior*, Giuffrè, Milano, 2015, 330 ss.

²⁷ V. CUFFARO-R. CALVO-A. CIATTI, *Della locazione. Disposizioni generali. Artt.1571-1606*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2014, 150 ss.

²⁸ Corte cost. 16 luglio 2015 n.169, in *Diritto & Giustizia* 2015, 17 luglio (s.m.) (nota di: MARINO).

²⁹ M. TARANTINO-N. FRIVOLI, *Le proroghe del contratto di locazione ad uso abitativo*, Giuffrè, Milano, 2015, 59 ss.

³⁰ M. TRIMARCHI-A. LA SPINA, *Codice delle locazioni*, 2. ed., Giuffrè, Milano, 2016, 430 ss.



Mentre, però, precedentemente l'azione di cui sopra era proponibile anche nei casi in cui il locatore aveva imposto al conduttore una "locazione di fatto", viene oggi dallo stesso legislatore specificato che la medesima azione può essere posta in essere dal conduttore nell'ipotesi in cui il locatore non abbia provveduto all'obbligo di registrazione del contratto ai sensi del comma 1 dell'art. 13³¹.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 18213 del 17 settembre del 2015, nella necessità di rivedere l'orientamento maggioritario sino a quel momento formatosi, hanno, tuttavia, difeso l'iter argomentativo utilizzato dalla Cassazione nel 2003 incentrato sulla mancanza di una previsione concernente la nullità in ipotesi di non avvenuta registrazione di un contratto di locazione (così come, del resto, è stato poi normativamente statuito con la succitata legge di stabilità del 2016).

In realtà, però, secondo i giudici di legittimità, la questione non va analizzata facendo riferimento alla categoria della validità, ma bisogna incentrarsi sull'analisi dell'istituto della simulazione contrattuale e, soprattutto, occorre avere riguardo alla causa derivante dal conseguente collegamento negoziale.

4. – Il Supremo Organo di legittimità, con la pronuncia in commento, ha ritenuto non più attuale l'orientamento interpretativo posto in essere dalla medesima Corte con pronuncia n. 16089 del 2003 (e recepito nelle successive sentenze), in quanto lo stesso sarebbe maturato allorquando il Supremo Consesso non era ancora pervenuto a recepire le teorie della causa concreta del contratto e dell'abuso del diritto³².

³¹ A. CARRATO-A. SCARPA, *Le locazioni nella pratica e nel processo*, in *Teoria e pratica del diritto-maior*, Giuffrè, Milano, 2015, 354 ss.

³² Nella nostra dottrina tradizionale è, infatti, per lungo tempo prevalsa la nozione di causa quale obbiettiva «*funzione economico-sociale del negozio*».

Tale funzione prescindeva dagli scopi perseguiti dalle parti e soprattutto dalle finalità alle quali le stesse intendevano strumentalizzare il contratto (M. NUZZO, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1975, 26, 37, il quale fa derivare dall'art.41 II comma Cost., la subordinazione dell'autonomia privata al perseguimento di finalità di pubblico interesse).

Sia i motivi che le finalità ulteriori erano, pertanto, irrilevanti in quanto ciò che contava era la presenza della causa corrispondente a ciascuna figura tipica di negozio (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Esi, Napoli, 1973, 128).

In questa prospettiva, il requisito della causa veniva letto in stretta connessione con quello della meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti ex art. 1322 secondo comma del codice civile (M. GIORGIANNI, *La causa del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1961, 100 ss; D. CARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti*, P. Rescigno (cur.), Giappichelli, Torino, 1999, I, 592 ss.).

Ne conseguiva, pertanto, l'inutilità di un tale controllo in tal senso con riferimento ai contratti tipici: la verifica di meritevolezza si qualificava, invece, necessaria unicamente riguardo ai contratti atipici (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 2002, 450 ss.).

Successivamente, si rilevò come il riferimento alla nozione di "causa tipica" portasse a trascurare la realtà viva di ogni singolo contratto e cioè gli interessi concreti che, di volta in volta, un contratto era diretto a realizzare al di là del modello tipico utilizzato. Si consideri, ad es., il caso giurisprudenziale, deciso dal Trib. Milano 2 maggio 1949 (in *Temi* 1951, 154, con nota del Grassetto), di un mandato a compiere un negozio in violazione di disposizioni valutarie. Qui s'intende come non deve aversi riguardo alla causa tipica del mandato ma alla causa concreta del contratto identificata dallo specifico interesse che il contratto era diretto a soddisfare.

JUS CIVILE



È noto che a seguito di un ampio dibattito scientifico è stato ormai abbandonato³³ il riferimento alla causa, quale astratta funzione del negozio³⁴ e si è fatta strada la più moderna e reale concezione di essa quale «*funzione economico-individuale del contratto*»³⁵.

Tale teoria, che la stessa Corte di Cassazione³⁶ richiama nella sentenza, riconduce la causa nella “pratica ragion d’essere dell’operazione valutata nella sua individualità o singolarità”³⁷, esprimendo quindi l’oggettiva rilevanza dell’assetto di interessi regolato dalle parti in un determinato contratto³⁸.

Questa nuova concezione di causa³⁹ presenta, pertanto, profili di forte interferenza con il negozio in frode alla legge disciplinato dall’art. 1344 c.c.

Tornando alla fattispecie oggetto di disamina, la “causa concreta”⁴⁰ del patto con cui la parti stabiliscono un canone superiore, rispetto a quello riportato nel contratto, si sostanzia, pertanto, nella realizzazione del risultato vietato dalla norma di cui all’art. 13 L. 431/ 1998, consistente nel garantire al locatore di ritrarre dal concesso godimento dell’immobile un reddito superiore rispetto a quello assoggettato ad imposta.

Constando, quindi, nell’elusione fiscale la causa concretamente perseguita delle parti, detto negozio, contenente la previsione di un canone maggiore rispetto a quello “ufficiale”, non può che essere sanzionato con la nullità, ponendosi in aperta violazione di una norma imperativa di legge⁴¹.

In tale prospettiva, funzione della causa sarebbe altresì quella di migliorare la protezione accordata al contraente debole (nel caso di specie al locatario) e, in generale, “contemperare l’utile e il giusto del contratto”⁴².

³³ R. ROLLI, *Il rilancio della causa del contratto: la causa concreta* in *Contr. e Impr.*, 2008, 451, rileva come, in realtà, causa in astratto e causa in concreto non debbano intendersi come due categorie antinomiche in quanto la causa concreta, altro non sarebbe che l’attuazione della causa astratta nella singola operazione contrattuale.

³⁴ M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1975, 207, secondo il quale la nozione di causa quale causa astratta, alla quale è legata la tradizionale contrapposizione causa-motivi, risulta insufficiente a cogliere gli interessi apprezzabili che identificano l’affare.

³⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1965, 83; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, *Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, 425 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XII ed., Esi, Napoli, 2006, 808.

³⁶ Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 2, 564.

³⁷ G. ALPA-U. BRECCIA – A. LISERRE, *Il contratto in generale. Causa, contenuto, forma*, Giappichelli editore, Torino, 2007, 172.

³⁸ G. CHINÉ-M. FRATINI-A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, IV ed., Nel diritto, Roma, 2013, 1197.

³⁹ A. DI MAJO, *Obbligazioni e Contratti. L’adempimento dell’obbligazione*, Zanichelli, Roma, 1978, 209, che sottolinea la funzione individualizzante della causa, atta a ricomprendere gli elementi che sono entrati a far parte dell’economia dell’affare.

⁴⁰ G.B. FERRI, *Causa e tipo del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1965, 249, secondo cui il negozio, come atto individuale, ha una funzione economico-individuale in quanto riguarda un’operazione che esprime esigenze ed interessi dell’individuo.

⁴¹ Cfr. Cass. civ., sez. II, 24 ottobre 1981, n. 5571, in *Giust. civ. Mass.* 1981, 450, per la quale la frode fiscale, diretta ad eludere le norme tributarie sui trasferimenti dei beni, trova soltanto nel sistema delle disposizioni fiscali la sua sanzione, la quale non è sanzione di nullità o di annullabilità del negozio.

⁴² G. ALPA, *L’uso giurisprudenziale della causa del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 16.

JUS CIVILE



La Corte, inoltre, nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 37/2014 ha affermato che, in tema di imposte, dalle operazioni poste in essere dal contribuente, anche se valide, secondo la giurisprudenza comunitaria, non possono trarsi benefici se compiute essenzialmente allo scopo di ottenere un indebito vantaggio fiscale.

Appare opportuno rilevare, al fine di evidenziare l'importante portata innovativa della sentenza in commento, che con il pronunciamento n.16089 del 2003, la medesima Corte aveva preso in considerazione il diritto soggettivo, comunemente definito come potere di agire per la realizzazione dell'interesse di chi ne è titolare, attribuendo allo stesso massima protezione in conformità a quanto previsto dalla disciplina codicistica⁴³.

La Sentenza n.18213 del 2015, emessa dalle Sezioni Unite della Cassazione, pur confermando il carattere dell'assolutezza del diritto soggettivo e del potere di agire che ne consegue, ha, tuttavia, tenuto conto anche del c.d. principio del divieto dell'abuso del diritto per evidenziare come, invero, il suddetto potere di agire non sia privo di limiti.

Il brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit* deve, infatti, essere interpretato alla luce del principio di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione, che introduce nel nostro ordinamento un generale divieto di abuso del diritto, inteso come limite interno al diritto soggettivo, volto a determinare il confine oltre il quale l'esercizio del relativo potere si configura come illecito⁴⁴.

Da tale teoria dell'abuso del diritto, la Cassazione fa discendere come il contratto posto in essere dalle parti al fine esclusivo di realizzare la finalità vietata di evasione fiscale, non può, quindi, per vari e molteplici profili ritenersi ammissibile e lecito.

Proprio per sanare il conflitto tra le teorie della causa concreta del contratto e dell'abuso del diritto, da una parte, e l'indirizzo giurisprudenziale intrapreso dalla sentenza della Cassazione n. 16089 del 2003 dall'altra, la questione è stata rimessa alle Sezioni Unite.

Ponendo in essere due distinti contratti, con previsioni inerenti al quantitativo del canone locatizio differenti tra loro, uno destinato ad essere registrato (c.d. contratto simulato) e l'altro costituente il reale titolo in base al quale pretendere il relativo pagamento (c.d. contratto dissimulato), i contraenti, pertanto, finalizzano l'intero procedimento simulatorio alla realizzazione di una frode fiscale che, quale "causa concreta" dell'unitaria fattispecie considerata⁴⁵, si pone in contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 13 della L. n. 431 del 1998.

⁴³ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Esi, Napoli, 2007, 57.

⁴⁴ D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir. Agg.*, I Milano, 1998, 1 ss.; W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, XII, 659; V. FROSINI, *Diritto soggettivo*, in *Nov. Dig. It.*, V, 407; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, 4; SANTI ROMANO, *Diritti assoluti*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1953, 52.

⁴⁵ V. ancora E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 2002, 403, secondo il quale sul piano dei vizi attinenti alla causa si colloca il fenomeno della divergenza consapevole fra la causa tipica del negozio e la determinazione causale, e cioè l'intento pratico perseguito in concreto. La discrepanza tra la causa tipica del negozio prescelto e l'intento pratico perseguito in concreto può configurare una vera incompatibilità, e allora si ha il fenomeno della simulazione.

JUS CIVILE



Realizzandosi un meccanismo molto simile a quello previsto nell'ipotesi della sostituzione automatica di clausole nulle⁴⁶, la clausola "dissimulata" contenente il maggior canone verrà a qualificarsi come nulla, rimanendo valida quella contenuta nel contratto scritto e registrato⁴⁷.

A nulla varrà l'eventuale tardiva registrazione del contratto contenente la previsione del canone più alto in quanto, specifica la Corte, la previsione della nullità⁴⁸ non è volta a punire l'inadempimento relativo alla mancata registrazione, ma sanziona la violazione, da parte dell'accordo dissimulato, di una norma imperativa⁴⁹ quale l'art. 13 della legge sulle locazioni.

Se, infatti, si consentisse al locatore di recuperare le somme che aveva nascosto al fisco attraverso la omessa registrazione del contratto, si vanificherebbe la *ratio* sottesa all'emanazione della L. n. 431 del 1998 e agli altri interventi normativi successivi a questa data.

⁴⁶ Cfr. Cass. civ., sez. III, 21 agosto 1997, n. 7822, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 1467: ai fini dell'operatività della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 1419 c.c., il quale contempla la sostituzione della clausole nulle di un contratto contrastanti con norme inderogabili, con la normativa legale, non si richiede che le disposizioni inderogabili, oltre a prevedere la nullità delle clausole difformi, ne impongano e dispongano, inoltre, espressamente la sostituzione. Infatti, la locuzione codicistica "sono sostituite di diritto" va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina.

⁴⁷ Nel senso che l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto abbia carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione, cfr., ad es. Cass. civ., sez. II, 10 marzo 1980, n. 1592, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 1586.

⁴⁸ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Esi, Napoli, 1983, 88, il quale rileva l'esigenza, di fronte ai non soddisfacenti tentativi di un'aprioristica concettualizzazione della categoria, di affidare la determinazione della portata della formula "negozio nullo" ad un faticoso e puntuale lavoro di interpretazione che tenga conto della ragione tecnica delle singole disposizioni.

⁴⁹ Cfr., ad es., Cass. civ., sez. III, 27 febbraio 1985, n. 1723, in *Giust. civ. Mass.* 1985, 345: il patto con il quale una cooperativa edilizia si impegna a corrispondere ad una impresa una somma di denaro come premio di aggiudicazione ove l'impresa riesca a rendersi aggiudicataria dell'appalto per la costruzione delle case della cooperativa, partecipando all'asta indetta dall'INA-casa con offerte non superiori all'uno per cento, è nullo per illiceità della causa.



CARLO GRANELLI

Professore ordinario di diritto civile – Università di Pavia

IL C.D. “PARTO ANONIMO” ED IL DIRITTO DEL FIGLIO ALLA CONOSCENZA DELLE PROPRIE ORIGINI: UN CASO EMBLEMATICO DI “DIALOGO” FRA CORTI¹

SOMMARIO: 1. *Il quadro normativo.* – 2. *Il “dialogo” tra le Corti.* – 3. *Considerazioni sparse.*

1. – Dopo che il D.P.R. 3.11.2000, n. 396, (“Regolamento per revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile”) aveva ribadito il tradizionale principio secondo cui, in sede di formazione dell’atto di nascita, avrebbe dovuto essere rispettata l’eventuale volontà della madre di non essere nominata, il D.Lgs. 30.6.2003, n. 196, (“Codice in materia di protezione dei dati personali”: di seguito, codice *privacy*) veniva, da un lato, a confermare – in deroga a quanto previsto dall’art. 28, comma 5 e 6, L. 4.5.1983, n. 184, (“Diritto del minore ad una famiglia”) in ordine ai casi, ed alle relative procedure, in cui all’adottato maggiorenne è consentito l’accesso alle “informazioni che riguardano la sua origine e l’identità dei propri genitori biologici” – che “l’accesso [a tali] informazioni non è [invece] consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata” (art. 28, comma 7, L. n. 184/1983); e, da altro lato, a prevedere che “il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata (...), possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in conformità alla legge, *decorsi cento anni dalla formazione del documento*” (art. 93, comma 2, codice *privacy*), fermo restando però che “durante [detto] periodo (...) la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest’ultima sia identificabile” (art. 93, comma 3, codice *privacy*).

In sintesi: tredici anni fa (e, quindi, in tempi relativamente recenti) il legislatore nazionale interveniva per statuire che al figlio di donna che non vuol essere nominata è precluso per cento anni – sostanzialmente per tutta la vita di entrambi – di conoscere le generalità della madre biologica, avendo diritto ad accedere a quei soli dati (ad es., di carattere sanitario riguardanti le anamnesi familiari, fisiologiche e patologiche, utili per verificare l’eventuale presenza di malattie ereditarie trasmissibili) che non importino, però, il disvelamento dell’identità della madre stessa.

¹ Intervento svolto dall’Autore nell’ambito del Convegno sul tema: “*Il diritto dei privati fra leggi e sentenze*”, organizzato dall’Università degli Studi di Firenze e dalla rivista “*Persona e mercato*” il 18 novembre 2016.

JUS CIVILE



La *ratio* di una siffatta scelta legislativa – che, oggettivamente, finiva con il sacrificare completamente e stabilmente l’interesse del figlio a conoscere le proprie origini – veniva dalla nostra Corte costituzionale subito individuata nella volontà di “tutelare la gestante che – in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale – abbia deciso di non tenere con sé il bambino, offrendole la possibilità di partorire in una struttura sanitaria appropriata e di mantenere al contempo l’anonimato nella conseguente dichiarazione di nascita: e in tal modo intende – da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall’altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest’ultimo ben più gravi. L’esigenza di perseguire efficacemente questa duplice finalità spiega perché la norma non preveda per la tutela dell’anonimato della madre nessun tipo di limitazione, neanche temporale. Invero la scelta della gestante in difficoltà che la legge vuole favorire – per proteggere tanto lei quanto il nascituro – sarebbe resa oltremodo difficile se la decisione di partorire in una struttura medica adeguata, rimanendo anonima, potesse comportare per la donna, in base alla stessa norma, il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall’autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana dichiarazione di volontà” (così, testualmente, Corte cost. 25.11.2005, n. 425, § 4).

In altri termini – secondo il Giudice delle leggi – il bilanciamento operato dal legislatore è non tanto fra l’interesse della madre biologica all’anonimato e quello del figlio a conoscere le proprie origini, quanto fra due interessi di quest’ultimo potenzialmente confliggenti fra loro: da un lato, quello di accedere alle informazioni necessarie per ricostruire la sua identità personale attraverso la conoscenza delle proprie origini e della propria storia e, da altro lato, quello alla *nascita* (senza essere vittima di scelte abortive), alla *vita* (senza subire decisioni drammatiche, quali l’abbandono “selvaggio” o, peggio, l’infanticidio), a *venire alla luce in condizioni sanitarie adeguate*; interesse, quest’ultimo, coincidente con quello della madre a partorire in strutture efficienti, che non ne mettano in pericolo la salute fisica o psichica.

In sintesi: secondo la nostra Corte costituzionale, l’anonimato della madre è stato dal legislatore nazionale tutelato, senza – per usare le parole del Giudice delle leggi – “nessun tipo di limitazione, neanche temporale”, non già perché considerato un valore in sé, ma perché (ritenuto) strumentale alla tutela della vita del concepito e della salute di madre e figlio.

Proprio muovendo da una siffatta premessa, la Consulta – nel 2005 – giudicava la nostra normativa “espressione di una *ragionevole* valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda” e, conseguentemente, “non (...) in contrasto con l’art. 2 della Costituzione” (così, testualmente, Corte cost n. 425/2005, cit., § 4).

2. – La prima “picconata” al sistema delineato dal legislatore italiano veniva, nel 2012, dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, la quale – partendo dalla previsione dell’art. 8, par. 1, CEDU, secondo cui “ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata” – così argo-

JUS CIVILE



mentava: a) “il diritto di conoscere la propria ascendenza rientra nel campo di applicazione della nozione di «vita privata», che comprende aspetti importanti dell’identità personale, di cui fa parte l’identità dei genitori” (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo 25.9.2012, ric. 33783/2009, Godelli c. Italia, § 45); b) “l’espressione «ogni persona» dell’articolo 8 della Convenzione si applica al figlio come alla madre” (*ibidem*, § 63); c) nel caso che ci occupa, “da una parte, vi è il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, che trova fondamento nella nozione di vita privata”, “dall’altra, (...) l’interesse di una donna a conservare l’anonimato per tutelare la propria salute partorendo in condizioni sanitarie adeguate” (*ibidem*, § 63); d) occorre che il legislatore nazionale – al cui potere discrezionale è comunque demandata la scelta delle misure idonee allo scopo – mantenga “un giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e degli interessi concorrenti ossia, da una parte, quello della [figlia] a conoscere le proprie origini e, dall’altro, quello della madre a mantenere l’anonimato” (*ibidem*, § 66); e) “la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa” (*ibidem*, § 70): invero, “se la madre biologica ha deciso di mantenere l’anonimato, la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l’accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto” (*ibidem*, § 71).

Ora – a prescindere dal non corretto riferimento ad una, in realtà inesistente, inaccessibilità, nel sistema italiano, alle “informazioni *non* identificative sulle (...) origini” del figlio di madre che non vuol essere nominata – quel che più colpisce nella decisione della Corte di Strasburgo è che la stessa sia addivenuta a censurare la scelta del nostro legislatore di sacrificare l’interesse del figlio a conoscere le proprie origini sull’altare dell’interesse della madre all’anonimato, pur sottolineando in motivazione, ma poi non valorizzando in sede di decisione, il fatto (già evidenziato dalla nostra Corte costituzionale) che in tema di parto anonimo “la legge italiana risponde alla preoccupazione di tutelare la *salute della madre e del minore* durante la gravidanza e il parto ed evitare aborti clandestini o abbandoni «selvaggi»” (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo 13.2.2003, cit., § 64): “se (...) l’unica questione sollevata dalla causa” riguardasse “il bilanciamento tra il diritto della madre (...) di non rivelare informazioni su uno degli aspetti più intimi della sua vita e il diritto di sua figlia (...) di conoscere le sue origini – si legge nell’opinione dissenziente espressa, con riferimento alla decisione presa a maggioranza dalla Corte, dal giudice Andreás Sajó – non avrei alcun problema a condividere gli argomenti della maggioranza”; ma – prosegue il giudice Sajó – “la protezione dell’anonimato è una misura che concorre al diritto alla vita del bambino: nel caso di specie, la possibilità del parto anonimo, associata alle garanzie assolute dell’anonimato, ha senza dubbio contribuito a permettere la nascita della ricorrente, e per giunta la nascita in circostanze in cui erano stati eliminati i rischi per la sua salute e per quella di sua madre. L’anonimato è legato all’obbligo dello Stato di proteggere il diritto alla vita, che è la diretta emanazione del più alto fra i valori difesi dalla Convenzione”.

Comunque sia di ciò, proprio la pronuncia del 2012 della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo doveva, di lì a poco, portare – questa volta, ad opera della nostra Corte costituzionale – alla seconda “picconata” al sistema delineato dal legislatore nazionale.

JUS CIVILE



Invero, con sentenza 22.11.2013, n. 278, la Consulta – pur premettendo, in sintonia con quanto dalla stessa affermato nella propria precedente decisione del 2005, che “il fondamento costituzionale del diritto della madre all’anonimato riposa (...) sull’esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l’emergenza di pericoli per la salute psico-fisica o la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili”; e che “la salvaguardia della vita e della salute sono (...) i beni di primario rilievo presenti sullo sfondo di una scelta di sistema improntata nel senso di favorire, per se stessa, la genitorialità naturale” (così, testualmente, Corte cost. n. 278/2013, cit., § 4) – censurava, però, quella “sorta di «cristallizzazione» o «immobilizzazione»”, che conseguirebbe all’esercizio, alla nascita del figlio, del diritto all’anonimato da parte della madre biologica: “una volta intervenuta la scelta per l’anonimato – osservava la Corte – la relativa manifestazione di volontà assume connotati di irreversibilità destinati, sostanzialmente, ad «espropriare» la persona titolare del diritto da qualsiasi ulteriore opzione; trasformandosi, in definitiva, quel diritto in una sorta di vincolo obbligatorio, che finisce per avere un’efficacia espansiva esterna al suo stesso titolare e, dunque, per proiettare l’impedimento alla eventuale relativa rimozione proprio sul figlio, alla posizione del quale si è inteso, *ab origine*, collegare il vincolo del segreto su chi lo abbia generato” (così, testualmente, Corte cost. n. 278/2013, cit., § 5).

Di qui l’accusa di “eccessiva rigidità” dalla Corte mossa ad un sistema normativo che (si ritiene) fondato sull’“irreversibilità del segreto”, “in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost.” (così, testualmente, Corte cost. n. 278/2013, cit., § 6), nella misura in cui sacrifica irragionevolmente “il diritto del figlio a conoscere le proprie origini – e ad accedere alla propria storia parentale – [che] costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona” (così, testualmente, Corte cost. n. 278/2013, cit., § 4); e, conseguentemente, la dichiarazione di “illegittimità costituzionale dell’articolo 28, comma 7, della legge 4 maggio 1983, n. 184 (...), nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata (...), su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione” (così, testualmente, ancora Corte cost. n. 278/2013, cit.).

Ora – a prescindere dai dubbi che potrebbero sollevarsi in ordine alla asserita “irreversibilità” della scelta operata dalla madre che, all’atto della nascita del figlio, abbia dichiarato di non voler essere nominata [la nostra S.C – con sentenza 7.2.2014, n. 2802 – ha infatti riconosciuto che, pur quando si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata, la madre può, purché prima della definizione del procedimento abbreviato di adottabilità da parte del giudice minorile, chiederne la sospensione e procedere al riconoscimento]; ed a prescindere altresì dalla dubbia coerenza della soluzione “additiva” adottata dalla Corte con il timore, pur dalla stessa manifestato, che “il rischio di essere, in un imprecisato futuro e su richiesta di un figlio mai conosciuto e già adulto, interpellata dall’autorità giudiziaria per decidere se confermare o revocare quella lontana

JUS CIVILE



dichiarazione di volontà” possa tradursi, di fatto, in un non marginale disincentivo al ricorso a quell’istituto del parto anonimo, dal legislatore voluto proprio per “distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest’ultimo [= il figlio, concepito o nato che sia] ben più gravi” – non si può non rilevare come, pur dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 278/2013, la donna rimanesse, comunque, arbitro unico della partita: il velo dell’anonimato non avrebbe potuto essere squarciato, se non con il suo consenso espresso.

La terza e – al momento – ultima “picconata” al regime giuridico del parto anonimo, quale delineato dal legislatore del 2003, è venuta dalla nostra Corte di Cassazione.

In accoglimento dell’istanza di un figlio di donna che, al momento del parto, aveva dichiarato di non voler essere nominata, volta ad ottenere l’accesso ai dati identificativi di quest’ultima, previo suo “interpello” secondo quanto statuito dalla Corte costituzionale con sentenza n. 278/2013, il Tribunale dei minori aveva acquisito la notizia del decesso della donna e della conseguente impossibilità di verificarne la persistenza o meno della volontà di mantenere l’anonimato.

Con sentenza 21.7.2016, n. 15024, la Suprema Corte – pur riconoscendo che la “protezione che una scelta di tale importanza [*i.e.*, la scelta dell’anonimato], da prendere in una situazione di difficoltà, spesso anche estrema, richiede una decisione che non può che essere garantita, per il presente e il futuro, nel momento in cui viene presa e che non consente una successiva rivalutazione da parte dell’ordinamento che prescindendo dalla volontà della madre biologica” (così, testualmente, Cass. n.15024/2016, cit., § 18) – ha tuttavia concluso che la morte della donna, che all’atto del parto aveva dichiarato di non voler essere nominata, importa la cessazione automatica dei vincoli all’accesso alle informazioni che la rendano identificabile. E ciò, quand’anche la stessa avesse, in vita, manifestato “una volontà definitivamente contraria alla rimozione del segreto anche dopo la sua morte” (così, testualmente, Cass. n.15024/2016, cit., § 22): diversamente – argomenta la nostra Cassazione – “la conseguenza della morte della madre che ha partorito in anonimo sarebbe quella di reintrodurre quella cristallizzazione della scelta per l’anonimato che la Corte costituzionale ha ritenuto lesiva degli artt. 2 e 3 della Carta fondamentale”; “l’immobilizzazione della scelta per l’anonimato, che verrebbe in tal modo a determinarsi *post mortem*, verrebbe a realizzarsi proprio in presenza dell’affievolimento, se non della scomparsa, di quelle ragioni di protezione, risalenti alla scelta di partorire in anonimo, che l’ordinamento ha ritenuto meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre proprio in ragione della revocabilità di tale scelta”; con ciò, segnando “la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale, diritto che – per usare le parole della Corte costituzionale – «costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona»” (così, testualmente, Cass. n.15024/2016, cit., § 22).

La soluzione accolta dai giudici di legittimità la scorsa estate è stata dalla Suprema Corte confermata, nella sostanza, con la recentissima decisione 9.11.2016, n. 22838.

Con una precisazione importante, però!

Al fine dichiarato di sfuggire all’“alternativa (...) radicale” – secondo cui, “se si riconosce

JUS CIVILE



all'adottato (...) in questa peculiare ipotesi il diritto di conoscere le proprie origini, si cancella lo speculare diritto all'anonimato della madre biologica"; "se invece si conserva il diritto all'anonimato, in mancanza della possibilità dell'interpello della madre, si vanifica del tutto il diritto del figlio a conoscere le proprie origini" (così, testualmente, Cass. 9.11.2016, n. 22838, § 5.2) – la Corte ha evidenziato che, per "un adeguato bilanciamento degli interessi potenzialmente confliggenti", "si deve (...) ricorrere al regime giuridico di protezione dei dati personali (...). Pertanto, così come l'interpello della madre naturale in vita deve avvenire in modo da «cautelare in termini rigorosi il diritto all'anonimato», deve ritenersi che l'accesso alla medesima informazione dopo la sua morte, debba essere circondata da analoghe cautele e l'utilizzo dell'informazione non possa eccedere la finalità, ancorché di primario rilievo costituzionale e convenzionale, per la quale il diritto è stato riconosciuto. Non si ritiene, pertanto, che ogni profilo di tutela dell'anonimato, si esaurisca alla morte della madre naturale, in quanto da collegarsi soltanto alla tutela del diritto alla salute psicofisica della madre e del figlio al momento della nascita. Il diritto all'identità personale del figlio, da garantirsi con la conoscenza delle proprie origini, anche dopo la morte della madre biologica, non esclude la protezione dell'identità «sociale» costruita in vita da quest'ultima, in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato. Il trattamento delle informazioni relativo alle proprie origini deve, in conclusione, essere eseguito in modo corretto e lecito (...), senza cagionare danno anche non patrimoniale all'immagine, alla reputazione, ed ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti e/o familiari)" (così, testualmente, Cass. 9.11.2016, n. 22838, cit., § 5.3).

3. – Le recenti prese di posizione della nostra Suprema Corte sollecitano tutta una serie di considerazioni.

Prima considerazione: con le pronunce in discussione, il Giudice di legittimità ha, in buona sostanza, "riscritto" l'art. 93, comma 2, codice *privacy*, rendendo accessibili a chi vi abbia interesse (*in primis*, al figlio, ma non solo) i dati personali che rendano identificabile la donna che, all'atto del parto, abbia dichiarato di non voler essere nominata, *non* già – come testualmente previsto dal legislatore nazionale – "*decorsi cento anni* dalla formazione del documento", *bensi* alla *sua morte*. In altri termini: la Suprema Corte si è richiamata al principio, affermato dalla Corte costituzionale, di "reversibilità del segreto" non tanto per colmare una lacuna normativa [invero, il già ricordato art. 93, comma 2, codice *privacy* pone espressamente la regola, secondo cui – in assenza di "revoca", da parte della donna, dell'opzione per l'anonimato – i "dati personali che [la] rendono identificabile (...) possono essere rilasciati (...) decorsi cento anni dalla formazione del documento"], quanto per disapplicare una regola legale.

Seconda considerazione: così facendo, la nostra Cassazione ha segnato – in via pretoria – una sorta di "rivoluzione copernicana" nel regime del parto anonimo. Ha, infatti, "superato" il principio – non intaccato neppure dalla pronuncia della Corte costituzionale del 2013 – secondo

JUS CIVILE



cui *mai* è consentito l'accesso alle informazioni identificative della donna, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, senza il consenso di quest'ultima; per sostituirvi l'opposto principio, secondo cui, (almeno) alla sua morte, detto accesso è consentito *a prescindere* dal suo consenso o, addirittura, *contro* la sua espressa volontà in senso contrario.

Terza considerazione: siffatta “rivoluzione copernicana” non è che l'ultimo – almeno, ad oggi – frutto di un intenso “dialogo” fra le varie Corti.

“Dialogo” che ha preso avvio, nel 2003, a Strasburgo (c.d. caso Odièvre) con l'affermazione, da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che il principio consacrato nell'art. 8, par. 1, CEDU – secondo cui “ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata” – “protegge [anche] un diritto all'identità e allo sviluppo personale” che, a sua volta, implica la tutela dell'“interesse vitale (...) ad ottenere le informazioni necessarie per la scoperta della verità su un aspetto importante della propria identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori” (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Chambre, 13.2.2003, ric. 42326/1998, Odièvre c. Francia, § 29). Ora – poiché tuttavia la tutela di tale ultimo interesse risulta potenzialmente confliggente con quelli, pur essi tutelati dall'art. 8 CEDU, di terzi [non solo con quello della “donna a conservare l'anonimato per salvaguardare la sua salute, partorendo in condizioni sanitarie adeguate”, ma anche con quelli dei “genitori adottivi”, del “padre” biologico, dei “fratelli naturali, i quali *tutti* hanno parimenti diritto al rispetto della loro vita privata e familiare”]: così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 13.2.2003, cit., § 44], nonché con “l'interesse generale” a “proteggere la salute della madre e del bambino durante la gravidanza e il parto e (...) evitare aborti, in particolare aborti clandestini o abbandoni selvaggi” (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 13.2.2003, cit., § 45) – agli Stati nazionali compete “un certo margine di discrezionalità per decidere le misure idonee ad assicurare il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Convenzione” (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 13.2.2003, cit., § 47), ad esempio – come in Francia – consentendo al figlio “di sollecitare la reversibilità del segreto dell'identità di sua madre, sotto riserva del suo consenso, in modo da contemperare equamente la protezione di quest'ultima e la richiesta legittima” del figlio (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo 13.2.2003, cit., § 49).

A fronte delle norme dettate, quello stesso anno 2003, dal nostro codice *privacy* – che, se non nega la “reversibilità del segreto”, di certo non contempla alcun meccanismo finalizzato a “sollecitarla” – la Corte costituzionale italiana, prima (nel 2005), ritiene che la scelta del legislatore nazionale sia “espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda” (così, testualmente, Corte cost. n. 425/2005, cit., § 4); poi (nel 2013) – premesso che “il tema del diritto all'anonimato della madre e quello del diritto figlio a conoscere le proprie origini (...) coinvolgono, entrambi, valori costituzionali di primario rilievo” (così, testualmente, Corte cost. n. 278/2013, cit., § 4) – la bolla, invece, come “censurabile per la sua eccessiva rigidità” (così, testualmente, Corte cost. n. 278/2013, cit., § 6), conseguentemente addivenendo alla pronuncia “additiva di principio” di cui si è detto.

Il repentino *revirement* della Consulta – in un arco temporale relativamente breve ed a fronte

JUS CIVILE



di un quadro normativo del tutto immutato – è dichiaratamente (cfr. Corte cost. n. 278/2013, cit., § 5) riconducibile ad una nuova pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel frattempo intervenuta sul tema (c.d. caso Godelli).

Invero, come già ricordato, l’anno precedente (2012), la Corte Europea – sulla base dei principi già enunciati nel 2003 nella decisione pronunciata in esito al caso Odièvre – aveva ritenuto che la legge italiana non avesse “mantenuto un giusto equilibrio nella ponderazione dei diritti e degli interessi concorrenti ossia, da una parte, quello [del figlio] a conoscere le proprie origini e, dall’altro, quello della madre a mantenere l’anonimato” (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo 25.9.2012, cit., § 66), riconoscendo “prevalenza incondizionata” al secondo (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo 25.9.2012, cit., § 70), nella misura in cui “non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l’accesso ad informazioni non identificative sulle sue origini o la reversibilità del segreto”, senza ricercare “un equilibrio e una proporzionalità tra gli interessi delle parti in causa” (così, testualmente, Corte Europea dei Diritti dell’Uomo 25.9.2012, cit., § 71).

Nella propria pronuncia del 2013, “la Corte costituzionale ha delineato in termini ancor più stringenti e sistematici della Corte Europea la condizione di legittimità dell’istituto in questione [*i.e.*, del parto anonimo] alla condizione della potenziale e nello stesso tempo *sempre* attuale *reversibilità del segreto*” (così si esprime, testualmente, Cass. 15024/2016, cit., § 21).

Proprio sulla base di tale ultima osservazione, le già ricordate pronunce del 2016 della nostra Suprema Corte concludono – oggi – per “la impossibilità di ritenere operativo, oltre il limite della vita della madre, il termine previsto dal ricordato D.lgs. n. 196 del 2003, art. 93, comma 2” (così, testualmente, Cass. n. 15024/2016, cit., § 22).

Ora – se, di questo “dialogo” fra le Corti, si osserva il punto di partenza [*i.e.*, l’art. 8, par. 1, CEDU, che enuncia il principio secondo cui “ogni persona ha *diritto al rispetto della sua vita privata*”] ed il suo odierno punto di arrivo [*i.e.*, l’affermata *automatica caduta, con la sua morte, dell’anonimato della madre*, nonostante la diversa regola dettata dall’art. 93, comma 2, codice *privacy*] – fin troppo evidente appare il ruolo “creativo” giocato dalla giurisprudenza nella determinazione del “diritto vivente”.

Quarta considerazione: il “dialogo” fra le Corti di cui si è detto è sfociato, in buona sostanza, in una sorta di “trasfigurazione” dei valori alla base del regime giuridico del parto anonimo: nel 2005, come già ricordato, la Consulta dichiarava costituzionalmente legittima la relativa disciplina dettata dal legislatore nazionale, nella misura in cui la stessa doveva ritenersi rivolta a privilegiare, rispetto agli altri interessi potenzialmente confliggenti, l’esigenza di “– da un lato – assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali, sia per la madre che per il figlio, e – dall’altro – distogliere la donna da decisioni irreparabili, per quest’ultimo ben più gravi” (così Corte cost. n. 425/2005, cit., § 4); oggi, la nostra Suprema Corte risolve, invece, la questione in termini di “tutela della riservatezza, comunque spettante in generale ai genitori biologici, in ordine alle informazioni relative alla nascita ed all’abbandono del figlio, successivamente adottato, trattandosi di vicende umane tendenzialmente percepite in modo negativo sul piano etico e

JUS CIVILE



sociale” (così, testualmente, Cass. 9.11.2016, n. 22838, cit., § 5), che incontra “il solo limite costituito dal diritto del figlio adottivo di conoscere le proprie origini (...), al fine esclusivo (di primario rilievo) di completare il proprio profilo dell’identità personale” (così, testualmente, Cass. 9.11.2016, n. 22838, cit., § 4).

Quinta considerazione: in ottemperanza all’invito contenuto nella pronuncia della Consulta n. 278/2013 (§ 6), presso il Senato della Repubblica è attualmente in discussione il disegno di legge n. 1978 “in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita”, già approvato dalla Camera dei Deputati in data 18.6.2015 in un testo risultante dall’unificazione di ben otto diversi disegni di legge. Ora, non è difficile ipotizzare che le recenti prese di posizione della Suprema Corte – nella misura in cui affermano l’accessibilità, dopo la sua morte, ai dati identificativi della madre biologica che si sia avvalsa del diritto all’anonimato – possano, se non condizionare, almeno influenzare non marginalmente le scelte del legislatore: se così dovesse essere, assisteremmo all’ennesimo episodio di recezione in sede legislativa di una regola già affermata in sede giurisprudenziale.

Sesta considerazione: le prese di posizione della Suprema Corte – in sostanza favorevoli all’automatica caduta, con la sua morte, dell’anonimato della madre – dischiudono tutta una serie di problemi che la legge attuale, diversamente impostata, nemmeno aveva ragione di porsi; che la Cassazione non ha – ne avrebbe potuto – affrontare; e che sarebbe legittimo attendersi, invece, risolti da un legislatore che intendesse recepirli.

Penso, ad esempio, al problema dell’esperibilità o meno, da parte del figlio nato da parto anonimo che non sia stato successivamente adottato (comb. disp. artt. 253 e 269, comma 1, cod. civ.), dell’azione di accertamento giudiziale della maternità *ex artt.* 269 ss. cod. civ. (poniamo – come nel caso Odièvre – nella prospettiva di poter, successivamente, avanzare pretese successive): esperibilità fin qui preclusa, *di fatto*, proprio dall’impossibilità di accedere ai dati identificativi della madre biologica (del tutto eccezionale – anzi, unico in giurisprudenza – è infatti il caso deciso da Trib. Milano 14.10.2015, n. 11475, in *Famiglia e diritto*, 2016, 476 ss.).

Penso al problema dell’esperibilità o meno, da parte del medesimo figlio, dell’azione *ex art.* 433, comma 1 n. 6, cod. civ. volta ad ottenere gli alimenti dai fratelli, mai prima conosciuti proprio a causa dell’anonimato della partoriente.

Penso, ancora, al problema della possibilità o meno – al fine di accertare se, nel frattempo, sia sopravvenuta la morte della madre biologica e, con essa, la caduta dell’anonimato – della reiterazione (e, in caso affermativo, con quale cadenza temporale minima) dell’istanza, da parte del figlio, di accesso ai dati identificativi della propria madre biologica che, in sede di precedente “interpello”, avesse confermato di voler conservare l’anonimato.

Settima – ed ultima – considerazione: le più recenti prese di posizione della Suprema Corte non possono che ulteriormente depotenziare quell’efficacia dissuasiva da scelte abortive o di abbandono dei neonati, cui – nell’originario intento del legislatore – era finalizzato l’istituto del parto anonimo.

Si tratterà di una semplice coincidenza temporale, ma è un fatto che negli ultimi tempi – in

JUS CIVILE



particolare, dopo la pronuncia con cui la Consulta ha riconosciuto al figlio il diritto di attivare, seppur nella massima riservatezza, un procedimento di “interpello” della madre biologica al fine di sondarne la disponibilità alla “revoca” della pregressa opzione per l’anonimato [pronuncia, peraltro, al momento “sterilizzata” presso numerosi ed importanti Uffici giudiziari in attesa di quell’intervento legislativo, sollecitato dalla stessa Consulta, teso ad “introdurre apposite disposizioni volte a consentire la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, nello stesso tempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all’anonimato, secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto” (così, testualmente, Corte cost. n. 278/2013, cit., § 6)] – in talune aree geografiche parrebbe essersi verificata, sebbene non siano disponibili dati ufficiali al riguardo, una sensibile riduzione nel numero dei parti anonimi.

La circostanza, se confermata, varrebbe a dar corpo al timore, espresso da più parti, che la sola prospettiva di poter, un domani, essere “interpellata” in ordine alla propria volontà di continuare ad avvalersi dell’anonimato, possa indurre molte donne a ricorrere all’interruzione volontaria della gravidanza, o – come scriveva Chiara Saraceno sull’edizione del quotidiano “la Repubblica” del 2.12.2014, pag. 31 – “all’abbandono tradizionale, partorendo di nascosto e lasciando il neonato in un cassonetto o, nel migliore dei casi, in qualche posto ritenuto «sicuro», perché di frequente passaggio”, ovvero nelle c.d. “culle per la vita”: “non occorre molta fantasia – rilevava la sociologa – per immaginare lo scompiglio che può provocare nella famiglia di questa donna l’arrivo di una lettera del Tribunale dei minori o la visita di una assistente sociale. Non sono cose che capitano normalmente a tutti. Come potrà giustificarla al suo eventuale marito o compagno, ai suoi eventuali figli, al suo intorno sociale? E come sarà garantita la riservatezza nella lunga catena comunicativa dal Tribunale fino all’assistente sociale?”.

Comunque sia di ciò, di certo le più recenti pronunce della Suprema Corte – e, in particolare, quella del luglio scorso – non sembrano destinate ad invertire il *trend*.



MICHELE LOBUONO

Professore ordinario di diritto privato – Università di Bari

LA CIVILISTICA NELLA FACOLTÀ GIURIDICA BARESE: METODI E TEMATICHE¹

SOMMARIO: 1. Una breve premessa storica. – 2. Gli inizi. – 3. Il secondo dopoguerra. – 4. La stagione attuale. – 5. Brevi note conclusive. – Bibliografia di riferimento.

1. – Nell'attuale momento storico, forse non a torto accusato di "cronofagia", in cui cioè il naturale corso del tempo, apportatore di esperienze e riflessioni, appare inesorabilmente schiacciato da una perenne contemporaneità, essendo ormai tutto "in tempo reale", piace poter abbozzare un primo bilancio degli studi civilistici svolti durante un apprezzabile arco di vita della Facoltà giuridica barese. Con la precisazione che sarà qui considerato il contributo degli studiosi del diritto civile titolari di cattedra nella sola Facoltà di Giurisprudenza, prescindendo quindi dallo scorporo della Facoltà di Scienze Politiche, nonché ad oggi non più in servizio.

La Facoltà giuridica barese viene istituita nel 1925, poco dopo la nascita del relativo Ateneo, il primo che nasce *ex novo* dopo la costituzione del Regno d'Italia, come sottolinea nel suo discorso inaugurale il primo rettore, Nicola Pende. Pur nella pochezza del patrimonio librario in dotazione della neo-istituita Facoltà, fin dai primissimi anni di attività il piccolo gruppo di docenti "fondatori" si mostrò lungimirante nel cogliere la sfida del costante aggiornamento.

Nella prima adunanza del Consiglio di Facoltà il Preside designato, prof. Michele Barillari (ordinario di Diritto costituzionale e incaricato di Filosofia del diritto), propose subito di istituire un 'Seminario giuridico-economico'. Mario Rotondi (ordinario di Diritto commerciale, con spiccata sensibilità civilistica), chiamato di lì a poco all'Università di Pavia, avviò la predisposizione dello Statuto del Seminario, che cominciò ben presto a promuovere conferenze su problemi di diritto e di economia e a dotarsi, nonostante il clima culturale dell'epoca, di non poche riviste straniere.

Le linee di ricerca prescelte dalla neonata Facoltà, chiaramente evidenti fin dalla struttura interdisciplinare e assai poco "dogmatica" dell'annesso centro di ricerca, dovevano influenzare il futuro percorso scientifico dei Maestri succedutisi negli insegnamenti (non solo) civilistici durante il periodo qui considerato.

¹ Testo della relazione, integrata con un corredo minimo di riferimenti bibliografici, al Convegno dell'Associazione Civilisti Italiani, sul tema *Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche*, Università di Roma, La Sapienza, 21-22 ottobre 2016.

JUS CIVILE



2. – Nei primi anni il gruppo ristretto dei professori “fondatori” era affiancato da alcuni giovani docenti incaricati, fra cui, nell’ambito civilistico qui ripercorso, merita segnalarsi Giorgio De Semo (ordinario di diritto commerciale, incaricato di Istituzioni di diritto privato a Bari nel 1925).

Allievo del gius-commercialista pisano David Supino (con il quale collaborò nella stesura aggiornata della sesta edizione del noto lavoro “*Della cambiale e dell’assegno bancario*”, risalente al 1935), si era contraddistinto cinque anni prima della chiamata a Bari con l’innovativa (per l’epoca) monografia su “*La fusione delle società commerciali*” (Athenaeum, Roma, 1921) che gli era valsa la libera docenza.

Proprio nel corso del breve, ma fecondo, magistero barese vennero raccolte le lezioni che avrebbero costituito, dopo il trasferimento nell’Ateneo di Firenze, l’ossatura delle “*Istituzioni di diritto privato. Parte generale*” (uscite in prima edizione con il titolo eloquente di *Corso*, per i tipi Barbèra e più volte riedite). Figura intellettuale versatile, dedita al parallelo studio del diritto civile e commerciale, malgrado la separata codificazione all’epoca vigente non ne favorisse la pratica.

2.1. – Nel corso del successivo anno accademico 1927/1928, a seguito della vacanza dell’insegnamento civilistico per il trasferimento a Firenze del De Semo, la Facoltà optò per la chiamata del napoletano Mario Breglia, il quale proveniva (anch’egli) dall’insegnamento del Diritto commerciale a Sassari e si era distinto per la sua monografia dedicata a “Il negozio giuridico parziario” (per i tipi Pierro, Napoli, 1916), e destinato a sicuro avvenire accademico e scientifico, se non fosse venuto purtroppo a mancare pochi anni dopo.

La prematura scomparsa di Breglia impose così alla Facoltà, per l’anno accademico 1931/1932, di provvederne alla sostituzione, chiamando da Perugia, ove teneva la cattedra (ancora una volta) di Diritto commerciale il giovane Alessandro Graziani, il quale venne chiamato a insegnare Diritto civile per l’importanza dei suoi studi civilistici, in particolare in tema di energia elettrica, servitù di elettrodotto e di proprietà.

Si consolida, dunque, il connubio tra i due rami del diritto privato che sarebbero stati di lì a poco unificati nell’unica vigente codificazione, quasi a rimarcare un metodo scientifico prima che un bisogno didattico interdisciplinare.

Graziani metterà a frutto in quegli anni baresi la propria sensibilità civilistica attraverso le indagini sulla circolazione dei crediti, in particolare nella sua monografia sul mandato di credito (“*Il mandato di credito*”, Vallardi, Milano, 1932).

2.2. – Dall’anno accademico 1937/1938 venne chiamato, in qualità di professore straordinario di Istituzioni di diritto privato, Domenico Barbero.

A quegli anni risale la prima produzione del giurista piemontese segnata dall’adesione al metodo concettuale e al positivismo giuridico dominanti nella cultura giuridica italiana dell’epoca. La sua presenza a Bari coincide storicamente con la pagina tragica delle leggi razziali, circo-

JUS CIVILE



stanza che finisce per evocare il tema controverso dei rapporti fra giuristi e regime.

Negli anni successivi il *Sistema* – di cui va ricordata l'introduzione “*Diritto e legge*”, dai contenuti “ampiamente antipositivistici” – con la sua rivalutazione del diritto naturale si inserisce, con accenti e modi del tutto personali e talvolta discutibili, in quello che è stato chiamato momento “neosistemico” della dottrina italiana.

3. – Concluso il periodo c.d. “fondativo” (coincidente grosso modo con il ventennio fascista sino alla Costituente), intervengono significativi mutamenti nel corpo docente. A inaugurare la “nuova” fase era giunto a Bari Luigi Cariota Ferrara, affermato civilista napoletano, designato preside della Facoltà dal 1947 al 1949, che aveva iniziato la sua carriera accademica come incaricato di Diritto civile nell'Università di Sassari, poi chiamato a Bari come professore di ruolo sulla materia.

L'ampia produzione scientifica testimonia sicurezza di metodo e ricchezza di interessi; fra gli altri lavori è appena il caso di segnalare l'ampia opera “*Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*”.

3.1. – Altra autorevole e contestuale presenza civilistica in Facoltà durante questo periodo della “ricostruzione” civile, fu quella di Leonardo Coviello *jr.*, ultimo esponente di una vera e propria ‘dinastia’ di civilisti.

Coviello venne chiamato alla cattedra di Istituzioni di diritto privato di Bari nel 1949; negli anni precedenti era stato incaricato nell'Università di Perugia. A soli ventisei anni aveva pubblicato un'originale monografia sul tema “*L'obbligazione negativa: contributo alla teoria delle obbligazioni*” (SIEM, Napoli, 1931), espressione che viene recepita nel codice civile del 1942 attraverso la rubrica dell'art. 1222, così intitolata.

Agli anni baresi corrisponde il suo impegno sulla materia successoria (per i tipi Cacucci uscirono gli “*Appunti di diritto successorio*”, Bari, 1956; le “*Lezioni di diritto successorio*”, Bari, 1958; poi ancora “*Diritto successorio: corso di lezioni*”, Bari, 1962), dalla quale si sente attratto anche per vocazione familiare, giacché suo zio, Coviello *sr.*, ne era stato maestro.

Coviello *jr.* tenne cattedra a Bari per dieci anni, al termine dei quali (nel 1959) venne chiamato alla cattedra di Diritto privato nell'Ateneo partenopeo, che anni addietro non aveva inteso chiamare il padre Nicola Coviello. Suo allievo a Bari è stato Lelio Barbiera.

In questo medesimo arco temporale, a metà degli anni '50, a riprova del costante e proficuo sodalizio tra approfondimenti scientifici e realtà applicativa, compare fra i liberi docenti per l'insegnamento del Diritto civile, Nicola Di Staso, acuto magistrato, autore di diversi scritti soprattutto in tema di contratto e redattore stabile di importanti riviste fra cui «Giurisprudenza italiana».

3.2. Frattanto l'organizzazione interna della Facoltà cominciava a divenire più complessa e

JUS CIVILE



dall'a.a. 1953/1954 alle strutture esistenti se ne aggiungono delle nuove; logica conseguenza, da una parte, dell'accresciuto corpo accademico e, dall'altra parte, della necessità di una razionalizzazione della didattica per l'ormai elevato numero di iscritti.

Prende così corpo (tra gli altri) l'Istituto di Diritto Privato, mentre risale all'anno accademico 1957/1958 l'ingresso, sempre come libero docente, di Michele Spinelli, subentrato poi in qualità di direttore a Coviello *jr.*, e al quale sarebbe succeduto nella medesima carica il già ricordato allievo di quest'ultimo, Lelio Barbiera.

Nel solco della tradizione scientifica e metodologica della Facoltà giuridica adriatica, sia Spinelli che Barbiera si resero ben presto autori di analisi approfondite su temi comuni al diritto commerciale. Il primo focalizza la propria attenzione sul diritto bancario, sin dallo studio per la libera docenza dedicato a *“Le cessioni liquidative”* (Jovene, Napoli, 1959), poi curando un manuale della disciplina più volte riedito (*“Diritto bancario”*, CEDAM, Padova, 1984).

Il secondo, dopo la libera docenza conseguita con la monografia su *“L'ingiustificato arricchimento”* (Jovene, Napoli, 1964), e prima dei suoi noti lavori in tema di rapporti familiari per il *Commentario Scialoja-Branca*, tiene per molti anni l'insegnamento di Diritto comparato delle società e analizza la connessa disciplina della responsabilità patrimoniale sfociata nello studio su *“Garanzia del credito e autonomia privata”* (Jovene, Napoli, 1971).

In quest'ultimo lavoro Barbiera valorizza la prevalenza dell'aspetto funzionale sul profilo strutturale nella ricostruzione della garanzia patrimoniale, offrendo una rilettura alla luce dei principi costituzionali (riscoperti dalla migliore civilistica proprio in quella stagione) del principio di proporzionalità quale correttivo dell'universalità verso la «specializzazione» della responsabilità patrimoniale.

Al tema dedica anche il volume *“Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali”* (Milano, Giuffrè, 1991), giunto alla seconda edizione per il *Commentario Schlesinger* (Milano, Giuffrè, 2010).

3.3. – In quegli stessi anni, la Facoltà giuridica barese si era giovata dell'autorevole presenza di un altro indiscusso Maestro di scuola romana e futuro Linceo, Renato Scognamiglio. In una dottrina civilistica ancora fortemente ancorata agli schemi tradizionali, i lavori di Scognamiglio (fra tutti, *“Contributo alla teoria del negozio giuridico”*, Napoli, 1950), si impongono all'attenzione anche per l'originale sviluppo della concezione di Betti sulla rilevanza del fatto sociale nell'autonomia privata, pur ribadendosi il ruolo determinante della volontà come presupposto del negozio, considerato come auto-regolamento di interessi privati (e, dunque, senza l'adesione incondizionata all'idea bettiana di precettività).

Con Scognamiglio, che a Bari pubblicherà le sue *“Lezioni sul negozio giuridico”*, ha origine il percorso di ricerca di Michele Costantino, Giuseppe Panza e Giuseppe Tucci.

3.4. – Un altro giovane Maestro del Diritto civile giunge da Napoli agli inizi degli anni '60, Alberto Auricchio, a Bari dal 1962 al 1966.

JUS CIVILE



Nello studio su *“La simulazione nel negozio giuridico: premesse generali”* (Jovene, Napoli, 1957), si opera, fra l’altro, la scomposizione tra il livello della struttura giuridica (con la corrispondente disciplina dell’«atto» ed i problemi della sua validità) e quello della dinamica dei sottostanti interessi (con la relativa disciplina del «rapporto» ed i problemi dell’efficacia dell’autoregolamento).

Una prospettiva rivela utile all’Autore pochi anni dopo per inquadrare anche i problemi relativi a *“L’individuazione dei beni immobili”* (Jovene, Napoli, 1960), ove la distinzione dei due piani è delineata tra l’oggetto dell’atto e l’oggetto del rapporto, rilevando il bene (*rectius*, la sua disciplina) quale oggetto del contratto, in termini diversi a seconda dei due segnalati punti di osservazione. Lascito della sua riflessione nel periodo barese sono, inoltre, gli *“Appunti sulla prescrizione”* (Cressati, Bari, 1964), che avrebbero influenzato (in altro clima) un altro civilista locale, anch’egli prematuramente scomparso, il già ricordato Giuseppe Panza.

3.5. In quel periodo giunge a Bari Nicolò Lipari, incaricato di Istituzioni di diritto privato e titolare del medesimo insegnamento fino al suo rientro a Roma.

Allievo di Rosario Nicolò, dopo il solido e ampio contributo monografico dedicato a *“Il negozio fiduciario”* (Giuffrè, Milano, 1964), durante l’esperienza barese non abbandona i temi classici della civilistica (validissimo esempio è il lavoro su *“Autonomia privata e testamento”*, Giuffrè, Milano, 1966 – 1970); tuttavia questi sono anche gli anni dedicati a sperimentare i possibili percorsi metodologici di un ‘nuovo’ Diritto civile.

In proposito, basti richiamare il lavoro su *“Il diritto civile tra sociologia e dogmatica: riflessioni sul metodo”* (Adriatica, Bari, 1968 – 1972); nonché il volume *“Diritto privato: una ricerca per l’insegnamento”* (Bari, Laterza, 1972), in cui si leggono i contributi dei giovani assistenti (e futuri titolari di cattedra).

Lipari tenne, in quegli anni, a Bari anche l’insegnamento di “Sociologia del diritto” e proprio il felice connubio disciplinare ravvivò e proseguì la riflessione avviata da Auricchio, se si considerano i frutti delle indagini in tema di “rapporti di fatto”, ove al “rapporto” ed in particolare alla relativa “dimensione sociale” viene riconosciuta rilevanza giuridica indipendente rispetto alle vicende dell’atto, che trova invece rispondenza nella fattispecie tipizzata, restando pur sempre la struttura legale formale il limite oltre il quale le parti non possono operare. L’idea nuova che si vorrebbe accreditare è che la vincolatività del rapporto possa trovare la sua origine anche nella “dimensione sociale del fatto”; nato in ambito “metagiuridico”, questo non può non essere destinato ad assumere una “rilevanza giuridica”.

3.6. Contemporaneo al magistero barese di Lipari (benché più breve) è quello di Pietro Perlingieri, il cui importante studio su *“Rapporto preliminare e servitù su «edificio da costruire»”* (Jovene, Napoli, 1966) compare nella prima serie (n. 18) della Collana della Facoltà, ed il cui metodo interpretativo «assiologico», in quanto ispirato alla rilettura del sistema civilistico alla luce dei valori costituzionali, ha incisivamente improntato gli indirizzi dottrinali sino all’attualità.

JUS CIVILE



4. – Con gli anni '80, in un'università divenuta ormai “di massa”, di pari passo all'ampliamento dell'offerta didattica, il testimone intellettuale viene più che degnamente raccolto da una generazione di studiosi che avverte l'esigenza di dialogo tra la cattedra e la multiforme realtà economica, sociale e professionale.

Il mutamento è rispecchiato dalle stesse tematiche prescelte dalla produzione scientifica, chiaramente correlate ad aspetti della realtà in fase di rapida e profonda trasformazione. In questo rinnovato clima, spiccano le già rievocate figure di Michele Costantino, Giuseppe Panza, Annamaria Principalli, nonché di Giuseppe Tucci, Gaetano Piepoli, Antonio Jannarelli e Nicola Scannicchio.

4.1. – Di Michele Costantino meritano di essere menzionati il “*Contributo alla teoria della proprietà*” (Jovene, Napoli, 1967), nel quale si rimarca l'importanza metodologica di considerare la peculiare destinazione economica dei beni per dedurre il congruo regime giuridico di appartenenza, avuto riguardo anche al dettato costituzionale in materia; nonché gli ulteriori approfondimenti contenuti in “*Sfruttamento delle acque e tutela giuridica*” (Jovene, Napoli, 1975), ove con originalità di spunti “ambientali” si prospetta l'ipotesi di un'intrinseca “inappropriabilità” di determinati beni (oggi, denominati “comuni”) destinati a bisogni vitali, a prescindere dal connesso regime tariffario.

4.2. – Prima cattedratica barese, Annamaria Principalli è nota alla civilistica soprattutto per il suo approfondito lavoro dedicato a “*La responsabilità del medico*” (Jovene, Napoli, 1983), in cui partendo dalla nota distinzione tra obbligazioni “di mezzi” e “di risultato”, mutuata dalla dottrina francese attraverso il classico studio di Luigi Mengoni, ne esamina le ripercussioni in riferimento sia al professionista sanitario, sia alla struttura clinica, anticipando conclusioni che saranno solo in tempi recenti recepiti a livello normativo.

Il tema della responsabilità viene successivamente declinato in una diversa prospettiva, questa volta più strettamente collegata al tema dei mercati, nella monografia del 1989 in tema di responsabilità degli organi di vigilanza bancaria.

4.3. – Di Giuseppe Panza si segnalano i lavori “*Buon costume e buona fede*” (Jovene, Napoli, 1973), ove si indagano i diversi profili di “esigibilità” delle prestazioni derivanti da regole etico-sociali; “*Contributo allo studio della prescrizione*” (Jovene, Napoli, 1984), con un'ampia e puntuale analisi delle ipotesi in cui il decorso incida sul diritto sostanziale piuttosto che sulle relative prerogative processuali, oltre che sulla diversa portata della situazione soggettiva (diritto o facoltà) di cui si fa questione; nonché “*Il rilievo della funzione sociale dell'acquisto mortis causa*” (Adriatica, Bari, 1989), in cui si rilegge la dinamica successoria valorizzandone il collegamento sistematico con l'art. 42 Cost., tradizionalmente indagato con esclusivo riferimento alla proprietà privata.

JUS CIVILE



4.4. – Il “secolo breve” della civilistica barese si chiude con Giuseppe Tucci, grintosa figura di intellettuale poliedrico, “anti-dogmatico”, dal forte impegno civile ed appassionato conoscitore di discipline storico-politiche, le cui tracce rendono indelebili la sua prestigiosa presenza nella Facoltà giuridica barese.

Nell’a.a. 1967/1968 risulta il più giovane assistente ordinario di Istituzioni di diritto privato. Poco dopo dà alle stampe il lavoro, ispirato alla dissertazione di tesi, su *“Il danno ingiusto”* (Jovene, Napoli, 1970), approfondendo, in traiettoria divergente rispetto ai consueti studi sull’illecito aquiliano, gli itinerari assai poco battuti dell’efficiente allocazione economica delle conseguenze dannose, soprattutto nelle ipotesi di c.d. “atti leciti dannosi”, tanto proliferati con la crescente industrializzazione.

Instancabile viaggiatore ed esploratore delle esperienze straniere, trascorre a metà degli anni ’70 un lungo soggiorno presso l’Università di Berkeley sotto la guida di Stefan Riesenfeld, che lo indirizza ai problemi del credito d’impresa, cui dedicherà il lavoro *“Garanzie sui crediti dell’impresa e tutela dei finanziamenti: l’esperienza statunitense e italiana”* (Giuffrè, Milano, 1974), imponendosi nel panorama della civilistica nazionale per l’elaborazione di categorie gius-economiche, frutto di acute analisi comparatistiche, allora pressoché ignote alla nostra esperienza.

Chiamato alla cattedra di Istituzioni di diritto privato dall’a.a. 1975/1976, svolgerà la sua attività scientifica e didattica rivolgendo sempre particolare attenzione ai profili applicativi delle discipline indagate. Esperto di garanzie, collaborerà con la Commissione parlamentare di studio per la redazione nel nuovo testo unico bancario (entrato in vigore del 1993) offrendo il personale apporto nella creazione del privilegio speciale *ex art. 46 t.u.b.*; farà parte della delegazione italiana a Cape Town (Sudafrica) per la stesura della Convenzione sulle garanzie internazionali in materia aeronautica.

Il gusto per l’(indispensabile) inquadramento storico e culturale del dato normativo nel mondo globalizzato è a fondamento anche dei suoi lavori più recenti: *“La giustizia e i diritti degli esclusi”* (Editoriale Scientifica, Napoli, 2013), fine affresco “a tutto tondo” dei protagonisti della jheringhiana “lotta per il diritto” nell’epoca contemporanea, nonché, in ideale continuità, un corposo commento all’art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, dedicato al divieto di schiavitù e di lavoro forzato, oggi di rinnovata (e tragica) attualità a seguito dei recenti ininterrotti flussi migratori (in P. Gianniti (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Comm. c.c.*, dir. G. De Nova, Bologna-Roma, 2015, p. 803 s.).

5. – La complessità della materia ha indotto ovviamente a selezionare alcuni momenti e alcuni aspetti che hanno segnato in modo particolare il percorso dei civilisti nella facoltà giuridica barese. Pur nei limiti della ricostruzione, che verrà ampliata e approfondita nell’ambito della ricerca sulle scuole e i luoghi del pensiero civilistico, gli itinerari della civilistica barese pongono ancora una volta in evidenza il carattere saliente della seconda metà del Novecento: una dinami-

JUS CIVILE



ca provocata – come autorevolmente ci ricorda Paolo Grossi – da “*un intenso mutamento del sottostante piano sociale/economico/tecnico, quel mutamento – ricco, ma corrosivo di passate certezze*”. In tale prospettiva il lavoro svolto esprime l’ambizione di aiutare a ripercorrere la vicenda del diritto civile nei sentieri di un’esperienza chiamata a misurarsi con le trasformazioni di una società complessa.

Bibliografia di riferimento:

- CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile. Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codificazione civile e regime*, in *Quaderni fiorentini*, 28, t. I, Milano, 2000, 175.
- CARBONNIER, *Droit civil*, I, Paris, 2004.
- CASAVOLA, Relazione del Direttore del Seminario giuridico, in *Ann. Fac. Giur. Bari*, sez. 3, p. 2 (1966– 1967).
- CATERINA, *Barbero, Domenico* (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, 2013, vol. I, p. 166 ss.
- CHIODI, *Coviello, Leonardo jr.*, (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, 2013, vol. I, p. 603 s.
- CLARIZIA, *Cariota Ferrara, Luigi*, (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, 2013, vol. I, p. 446 s.
- GENOVESE, *Rotondi, Mario* (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, 2013, vol. II, p. 1747 s.
- GROSSI, *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio. Una pos-fazione*, in Macario – Lobbuono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l’insegnamento*, Padova, 2010, p. 419.
- GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002.
- IRTI, *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990.
- MACARIO, *Auricchio, Alberto*, (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, 2013, vol. I, p. 127 s.
- MACARIO, *L’autonomia privata*, in Nivarra (cur.), *Gli anni settanta del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 152 ss.
- MATTONE (cur.), *Storia dell’Università di Sassari*, vol. I, Ilisso, Nuoro, 2010, p. 120, nt. 89.
- PAOLUCCI (cur.), *Cronofagia. La contrazione del tempo e dello spazio nell’era della globalizzazione*, Guerini & Ass., Milano, 2003.
- PENDE, *Discorso inaugurale*, in *Annuario Univ. Bari*, a.a. 1924/1925, p. 9 ss.
- PETRELLI, *L’individuazione dei beni immobili nel pensiero di Alberto Auricchio e nell’evoluzione successiva del sistema*, in *Riv. not.*, 2016, p. 257 ss.
- PIAZZA, *Leonardo Coviello*, in M. TEDESCHI (cur.), *Rileggere i maestri*, Pellegrini, Cosenza, 2011, p. 49 ss.

JUS CIVILE



RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991.

RESCIGNO – ASTONE, *Graziani, Alessandro* (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, 2013, vol. I, p. 1054 ss.

SANTARELLI, *Un illustre (e appartato) foglio giuridico*, in *Quad. fior.*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 705 ss., spec. p. 696.

TETI, *De Semo, Giorgio Pacifico*, (voce), in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, Bologna, 2013, vol. I, p. 718.

VOLPE L., *Gli studi giuridici e la teoria del diritto: protagonisti e linee di sviluppo dalla fondazione della facoltà di giurisprudenza fino agli anni '60*, in *Ann. St. Univ. It.*, vol. 17 (2013), p. 175 ss.