*Roberto Giovagnoli - Consigliere di Stato*

# CORSO "MIRATO" PER LA PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA

## *(SCRITTI GENNAIO 2018)*

## *LEZIONI E TRACCE SPIEGATE*

***3 OTTOBRE 2017***
***DIRITTO CIVILE***

***Il contratto I PARTE***

**seguici su**

**ITA Srl**
10121 Torino – Via Brofferio, 3 – Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97
Telefax (011) 53.01.40 – www.itasoi.it e-mail: ita@itasoi.it
Cod. Fisc. – Part. IVA – Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 – R.E.A. 976163

# INDICE


| | | |
|---|---|---|
| **Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela** | pag. | 4 |
| **Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale** | pag. | 20 |
| **Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi** | pag. | 36 |
| **Contrarietà a buona fede e validità del contratto: spunti ricostruttivi** | pag. | 48 |
| **Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione Finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?** | pag. | 72 |
| **L'insegnamento delle Sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità** | pag. | 90 |
| **Le Sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento (a proposito degli obblighi informativi gravanti sugli intermediari finanziari)** Cass. civile Sez. unite 19 dicembre 2007, n. 26724 | pag. | 98 |
| **Il contratto preliminare "ad effetti anticipati": inquadramento giuridico e disciplina** | pag. | 110 |
| **Preliminare di preliminare** Cass. civ. Sez. unite, 6 marzo 2015, n. 4628 | pag. | 122 |
| **Il " preliminare di preliminare " e le intese precontrattuali nella contrattazione immobiliare** | pag. | 128 |
| **Il riconoscimento giurisprudenziale del contratto preliminare del preliminare** | pag. | 140 |
| **Contratto preliminare** Cass. civile Sez. unite 27 marzo 2008, n. 7930 | pag. | 154 |
| **Preliminare di immobili "sulla carta"** Cass. civile Sez. II 10 marzo 2011, n. 5749 | pag. | 160 |
| **L'applicazione della normativa di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, e il problema degli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire** | pag. | 164 |
| **Validi i preliminari di immobili "sulla carta" ma senza le tutele del D.Lgs. n. 122/2005** | pag. | 174 |
| ***Revirement* in tema di nullità del preliminare ex art. 40 L. 47/1985** | pag. | 184 |
| **La nullità del preliminare di vendita per irregolarità urbanistica dell'immobile** | pag. | 188 |
| **Vendita di cosa altrui** Cass. civile Sez. unite 18 maggio 2006, n. 11624 | pag. | 195 |



**ITA Srl**

10121 Torino - Via Brofferio, 3 - Tel. (011) 56 11 426 / 56 24 402 / 54.04.97

Telefax (011) 53.01.40 - www.itasoi.it e-mail: ita@itasoi.it

Cod. Fisc. - Part. IVA - Iscr. Reg. Impr. di Torino C.C.I.A.A. 01593590605 - R.E.A. 976163

**L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altrui. Preliminare di vendita di cosa altrui e modalità di trasferimento del bene al promissario acquirente** pag. 197

**Preliminare di vendita di un bene comune e posizione del coniuge non stipulante** pag. 208

**L'opzione e le figure affini: gratuità o onerosità dell'opzione** pag. 217

**Il terzo contratto** pag. 226

**Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica** pag. 234

**Sull'excursus giurisprudenziale del "caso Renault"** pag. 250

**La regola di correttezza e buona fede: un esempio del diritto vivente** pag. 258

**La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo** pag. 266

**L'abuso del diritto** pag. 280

**"Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole** pag. 288

**Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?** pag. 310

**Ancora su buona fede e abuso del diritto, una replica a Galgano** pag. 324

**Recesso *ad nutum*, buona fede e abuso del diritto** pag. 328

**Buona fede e abuso del diritto di recesso *ad nutum* tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale** pag. 340

**Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa** pag. 348

**I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: stato e mercato nell'orizzonte europeo** pag. 366

**TRASPARENZA DEL CONTRATTO E RIMEDI DI AUTOTUTELA (*)**

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.2, 2013, pag. 461
Paolo Gaggero
Associato dell'Università di Milano-Bicocca

**Classificazioni:** OBBLIGAZIONI E CONTRATTI - Contratto - - in genere
Sommario: 1. Trasparenza e trasparenze contrattuali. — 2. Dal principio di autoresponsabilità agli obblighi di trasparenza. — 3. Trasparenza contrattuale, chiarezza, comprensibilità. — 4. Trasparenza contrattuale e teoria del contratto. — 5. Trasparenza contrattuale e riequilibrio del rapporto. — 6. Trasparenza contrattuale e congruità dello scambio. — 7. Trasparenza contrattuale e rimedi.

1. — Nell'ultimo ventennio la disciplina del contratto è stata penetrata da numerose regole intese a presidiare la trasparenza del regolamento e della relazione negoziali, ossia a realizzare una condizione a cui si può qui provvisoriamente assegnare significato opposto all'opacità del contratto; e che si concretizza nello squarcio del velo con cui quest'ultima avvolge l'atto ed il rapporto contrattuali oscurandone o rendendo difficile l'acquisizione dei relativi contenuti. A titolo esemplificativo, la trasparenza è *ratio* che ha informato la disciplina dei contratti aventi ad oggetto lo svolgimento di attività di intermediazione mobiliare, prima, e, poi, dei contratti concernenti le operazioni ed i servizi bancari o finanziari, dei contratti assicurativi, dei contratti dei consumatori e così via, dando luogo a regimi differenziati.
Si tratta di regole che si presentano articolate e differenziate, dal punto di vista sia degli strumenti formali di cui si avvalgono sia sostanziale dei profili che investono, così conformandosi differentemente la trasparenza in seno tanto ai diversi raggruppamenti con trattuali riguardati dalle plurime discipline di settore quanto alle differenti fasi di svolgimento della relazione negoziale. Più precisamente, in relazione non solo ai diversi raggruppamenti contrattuali normati in funione della trasparenza contrattuale, ma persino al loro interno, quest'ultima risulta infatti variamente configurata dalla *lex posita*, assumendo connotati mutevoli, dal punto di vista sia formale sia dei contenuti. Lo esemplifica, con riguardo ai contratti dei consumatori, l'affiancamento alle disposizioni di portata più generale concernenti le clausole vessatorie di altre regole peculiari a specifiche operazioni economico-giuridiche afferenti, tra l'altro, i servizi turistici o i contratti relativi alla prestazione di servizi finanziari ai consumatori commercializzati a distanza, secondo l'ampia accezione di derivazione comunitaria in cui la categoria dei servizi finanziari è a tal fine accolta dal legislatore domestico. Lo disvelano le diverse regole sulla trasparenza dei contratti di assicurazione, a seconda che si tratti di assicurazione contro i danni o sulla vita ed in dipendenza altresì del ramo assicurativo a cui il contratto si possa ricondurre. Lo si ricava, ancor meglio dopo le ultime modifiche apportate al testo unico bancario, dall'autonomia che contraddistingue le regole di trasparenza concernenti i contratti di credito ai consumatori rispetto a quelle dettate per le operazioni ed i servizi bancari e finanziari in genere.
Le discipline settoriali, dunque, si fanno portatrici di diversificate nozioni di trasparenza, che di volta in volta sono riempite di differenti contenuti, ma che, per altro verso, sono accomunate dal superamento dei limiti in cui la tradizionale disciplina del contratto in generale dava ad essa accesso, per il tramite della clausola generale di buona fede quale fonte di obblighi informativi e, soprattutto, per il tramite dell'art. 1341 c.c. relativo alle condizioni generali di contratto (*breviter* « c.g.c. »).
A quest'ultimo riguardo, la positiva equiparazione della conoscenza e della conoscibilità con l'ordinaria diligenza delle c.g.c. (1) e, in via segnata, il riferimento normativo operato a quest'ultima è la ragione per cui in dottrina si è discusso se la disposizione sia intesa alla tutela dell'interesse del predisponente piuttosto che dell'aderente (2); o se, ancora, l'art. 1341 c.c. non imponga nessuno speciale onere, né offra peculiari protezioni, ma si risolva in un'applicazione dei princìpi dell'affidamento e della buona fede nella conclusione ed interpretazione dei contratti (3).

2. — Su quel riferimento, si è appoggiata la più diffusa lettura della disposizione in esame, che vi coglie una manifestazione del principio di autoresponsabilità (4) e, conseguentemente, profila che l'art. 1341 c.c. addossi all'aderente l'onere dell'accertamento con l'ordinaria diligenza dell'esistenza di c.g.c. Per la verità, il richiamo all'ordinaria diligenza nell'accertamento delle c.g.c. non toglie e, anzi, inclina a ritenere che l'art. 1341 c.c. sottintenda non solo l'onere di autoinformazione dell'aderente, ma il binomio che tale onere compone con quello del predisponente di rendere le c.g.c. normalmente conoscibili (5), in modo che la conoscenza delle c.g.c. riesca sufficientemente agevole all'aderente, che non dev'essere costretto a sforzi anormali per un normale uomo d'affari (6).
E, tuttavia, sebbene sia difficilmente contestabile che la conoscenza ha un contenuto complesso che si articola, via via, nella consapevolezza dell'esistenza delle c.g.c., nella accessibilità ad esse senza eccessivo impegno e nella comprensibilità di quelle (7), quest'ultimo requisito non si è imposto tra le condizioni di efficacia delle clausole elencate dall'art. 1341 c.c. (8). È così rimasta al margine la proposta interpretativa di cogliere già in tale risalente disposizione una regola prescrittiva della trasparenza del regolamento negoziale, sul presupposto che la conoscibilità richiesta dalla disposizione implichi non solo che il predisponente metta a disposizione dell'aderente le c.g.c., ma anche che queste ultime siano facilmente leggibili e comprensibili (9). Non si è cioè affermata l'idea che il requisito della conoscibilità, in seno all'art. 1341 c.c., indichi qualcosa di diverso dalla mera possibilità di apprendere dell'esistenza di clausole predisposte (10) e, segnatamente, che esiga la comprensibilità, l'intelligibilità di esse, almeno finché non siano incluse

in moduli o formulari (11). Tant'è che, tradizionalmente, si reputa che la possibilità di conoscere le clausole predisposte (la conoscenza o la conoscibilità) debba sussistere nella fase della conclusione del contratto (12) e, solo più di recente, si è profilato che la condizione in esame debba ricorrere anche anteriormente al perfezionamento dell'atto (13).
Le nuove regole che hanno per obiettivo la trasparenza contrattuale implicano il radicale superamento della prospettiva tradizionale in cui si è guardato alla discipina codicistica delle condizioni generali di contratto (14), poiché introducono obblighi informativi positivamente addossati ad una delle parti e, segnatamente, al professionista che offre o alla parte tenuta alla prestazione caratteristica (15). Inoltre, si tratta di obblighi che prescindono dalla natura della clausola, nel senso che non riguardano le sole clausole che siano riconducibili alla categoria delle c.g.c.; che non postulano necessariamente lo *status* di consumatore, da cui non di rado prescindono, ma partecipano piuttosto alla disciplina del contratto asimmetrico; che, infine, non si pongono affatto soltanto nella fase della conclusione del contratto.
È questo un dato che sono soprattutto le discipline di settore dei contratti bancari e di quelli assicurativi che, più di altre, lasciano emergere, atteso che in seno ad esse gli obblighi di trasparenza si fondano su disposizioni, tendenzialmente derogabili solo in senso più favorevole al cliente (v., ad es., l'art. 127, comma 1º, t.u. bancario), che li impongono sia nella fase precontrattuale, persino anteriormente a quella delle trattative, comandando la pubblicizzazione di specifiche condizioni contrattuali praticate per le diverse operazioni, secondo schemi e modalità uniformi; sia nella fase della conclusione del contratto, attraverso prescrizioni che determinano il contenuto minimo del contratto e, talora, oneri di forma *ad substantiam*; sia nella fase dell'esecuzione del contratto, in relazione alla quale si conforma il potere di modificazione unilaterale del regolamento contrattuale e, più in generale, si contempla che una delle parti debba fornire all'altra comunicazioni periodiche affichè la seconda sia informata in ordine allo svolgimento del rapporto (16).

3. — In questo articolato quadro legislativo, risultante dalla giustapposizione di differenti discipline di settore, la trasparenza contrattuale è nozione che si riempie di contenuti e si avvale di strumenti di volta in volta tipizzati, ora attraverso regole che pongono e dettagliano specifici obblighi e modalità informative. In particolare, soltanto occasionalmente si registrano indici positivi che lasciano intendere che la nozione in esame si precisa nella chiarezza e nella comprensibilità del regolamento contrattuale quanto agli elementi in relazione ai quali i due requisiti sono prescritti. Ciò accade, ad esempio, nel contesto della disciplina dei contratti di assicurazione in cui la trasparenza, più dei comportamenti che delle clausole, è evocata da non poche disposizioni del codice delle assicurazioni private [cfr. gli artt. 3; 5, comma 2º; 131, comma 1º; 182, commi 4º e 5º; 183, comma 1º, lett. *a*) e lett. *c*); 191, comma 1º; e 313 c.a.p.], a cui se ne affiancano altre che menzionano la chiarezza (art. 182 c.a.p.) o la comprensibilità (art. 185 c.a.p) o entrambe (art. 121, comma 3º, c.a.p.). Così pure accade nell'àmbito della disciplina dei contratti dei consumatori dettata dal codice del consumo, ove si prescrive la trasparenza [cfr. gli artt. 2, comma 2º, lett. *e*), e 23 c. cons.] e s'impongono pure la chiarezza e la comprensibilità delle clausole, ma solo a specifici fini ed in relazione a particolari clausole, in via segnata quali oneri la cui soddisfazione con riguardo alle pattuizioni di determinazione dell'oggetto del contratto e del corrispettivo dei beni e dei servizi le sottrae al sindacato di vessatorietà (v. art. 34, comma 2º, c. cons.) (17).
La chiarezza e la comprensibilità, quindi l'intelligibilità del testo negoziale e l'evidenza dei contenuti della relazione contrattuale nel suo divenire, entrambe strumentali alla consapevolezza del consenso rispettivamente alla costituzione del vincolo ed alla conservazione del rapporto, sono dunque caratteri che rientrano ancora sporadicamente nel denotato della nozione di trasparenza contrattuale. Sicché, di fronte ad una nozione qual è quella di trasparenza di cui si è da tempo segnalato il polisensismo e, poi, ad una nozione più connotata qual è quella di trasparenza contrattuale, che è impiegata nel linguaggio legislativo senza però definirla, se non indirettamente attraverso le informazioni di volta in volta dovute e le relative modalità comunicative eventualmente imposte, si potrebbe essere indotti ad escludere che alla seconda possa ancora costantemente assegnarsi un significato che l'identifichi nell'accennata chiarezza, comprensibilità, intelligibilità, caso mai integrate dal requisito della completezza.
In relazione ai diversi contesti normativi in cui è evocata e attuata, la trasparenza contrattuale assume mutevoli contenuti di volta in volta tipizzati mediante la previsione di obblighi informativi. E, tuttavia, ciò non conduce necessariamente alla conclusione che *prima facie* può sembrare da ciò implicata, ossia che la trasparenza contrattuale si configura come l'oggetto d'un principio generale avversativo dell'opacità dell'atto e del rapporto negoziali, genericamente prescrittivo della conoscibilità dei contenuti dell'uno e dell'altro quanto ai profili che formino oggetto dei prescriti obblighi informativi.
Già in questa prospettiva, le regole orientate alla trasparenza contrattuale — ponendo più dettagliati obblighi, prescrivendo tipici strumenti e prevedendo sanzioni — promuovono la conoscibilità più intensamente sia rispetto alla versione debole in cui ad essa si riferisce l'art. 1341 c.c., sia rispetto alla clausola generale di buona fede che abbisogna di tipizzazioni e si confronta con l'interesse dell'obbligato. Ma, in via interpretativa, si può forse procedere oltre poiché se il principio protesta trasparenza ed avversa l'opacità, non è precluso, bensì coerente con la *ratio* che appare sottesa al principio in esame fin dal *nomen* che lo contraddistingue, assegnargli un contenuto prescrittivo che non si arresta a disporre, genericamente, la conoscibilità dei contenuti che formano oggetto di obblighi informativi di volta in volta tipizzati dal legislatore, ma pretende che la conoscibilità sia effettiva e, dunque, che quei contenuti siano portati a conoscenza del destinatario con modalità espressive improntate a chiarezza, comprensibilità, inelligibilità.
Così, le regole sulla trasparenza contrattuale concorrono all'evoluzione della disciplina del contratto (18), di quello asimmetrico in particolare, con riguardo tanto all'atto quanto al rapporto (19), negli articolati stadi comprensivi della fase precedente il perfezionamento del vincolo, il catalogo dei cui antecedenti giuridicamente rilevanti e positivamente normati si è arricchito; di quella, genetica, della conclusione dell'affare; e, infine, di quella, funzionale, dell'esecuzione

del regolamento pattizio. Sono regole che sottintendono l'importanza che il contenuto del contratto sia compreso, assistendone la conoscibilità secondo uno *standard* di normalità, dovendosi tener conto dell'affidamento sull'altrui attenzione (20).

4. — In questo senso ed entro questi limiti, le regole sulla trasparenza del contratto sono poste a salvaguardia della consapevolezza del consenso alla costituzione ed alla prosecuzione della relazione economico-giuridica che nel contratto trova la propria fonte immediata. L'informazione favorisce la formazione del consenso consapevole — perché informato — all'operazione economico-giuridica che abbia fonte nel contratto (21). Peraltro, gli obblighi informativi, nella misura in cui siano volti ad assicurare la conoscibilità del regolamento negoziale, mirano a realizzare e presidiare un presupposto dell'effettività e della consapevolezza del consenso (22) che rappresentano il fine ultimo. Ma, per l'appunto, è solo il presupposto che essi tendono a realizzare, in luogo dello scopo più lontano di cui non garantiscono l'attuazione (23).
Lo si nota anche in relazione alle modalità della comunicazione che, non di rado, le regole sulla trasparenza contrattuale identificano nella forma scritta, alimentando il fenomeno di ampie proporzioni consistente nel neoformalismo negoziale (24), in seno al quale le prescrizioni formali hanno riguardo non soltanto alla forma del contratto, ma, più estensivamente, alla forma dell'attività negoziale (25); ed in seno al quale la forma scritta si configura come strumento non soltanto di esteriorizzazione dell'atto, ma di comunicazione di notizie inerenti all'operazione economico-giuridica prima e dopo la costituzione del vincolo, così divenendo veicolo dell'informazione (26).
La *liaison* tra regole di trasparenza e consapevolezza del consenso può indurre ed ha indotto letture ideologiche di quelle.
A livello di teoria generale del diritto, la vicenda, se non porta argomento per ristabilire il postulato giuspositivistico della statualità del diritto medesimo (27) se non al prezzo d'una eccessiva sopravvalutazione dell'episodio e della radicale negazione delle dimensioni sociali del fenomeno giuridico (28), tuttavia lascia almeno emergere la priorità delle fonti legislative, non solo e non tanto nel porre filtri selettivi delle regole di diversa matrice che trovano cittadinanza nell'ordinamento, ma nella determinazione del cambiamento.
A livello di teoria generale del contratto, ci si può domandare se nella disciplina volta ad assicurare la trasparenza dei rapporti negoziali si possa o si debba cogliere l'influenza e la reviviscenza del volontarismo. Sennonché, la matrice della disciplina in considerazione non sembra che ricalchi una visione del contratto imperniata sulle dottrine individualistiche ottocentesche e, in particolare, sull'essenzialità dell'elemento volitivo all'interno della fattispecie, né intenda presidiarne la centralità o fargliela riacquistare. Le regole che assistono la trasparenza delle relazioni in esame pongono vincoli all'autonomia contrattuale (29), nutrono la dialettica tra autodeterminazione ed interdizione e, dunque, partecipano alle concause dell'erosione del dogma dell'autonomia della volontà (30).
Ci si può anche domandare in che rapporto si pongano con il consensualismo le regole sulla trasparenza contrattuale, siccome intese a favorire la formazione del consenso consapevole all'operazione economico-giuridica che abbia fonte nel contratto (31); e, segnatamente, a presidiare l'effettiva partecipazione della parte alla formazione del contratto sotto il profilo dell'effettività del consenso, partecipando alla tendenza che al declino dell'*homo loquens* ed al passaggio all'*homo videns* fa corrispondere la sostituzione del dialogo con la tutela della consapevolezza, nonché la riduzione degli spazi occupati dalla parola come atto dialogico e l'estensione di quelli propri della parola come atto informativo (32). In proposito, le regole sulla trasparenza contrattuale sembrano orientate ad un recupero della bilateralità del contratto, sennonché si farebbe loro provar troppo se vi si volesse cogliere una ripresa della dogmatica tradizionale che andasse oltre l'affermazione della centralità che l'accordo assume nel quadro del contratto-convenzione. L'impressione è che il genotipo elementare del contratto-convenzione dipenda dall'(esistenza di comportamenti dei contraenti con significato obiettivo di) approvazione concorde del medesimo regolamento negoziale. Dal che discende che la configurabilità del contratto può negarsi solo se il contenuto del patto non possa ritenersi accettato, quindi anche nei casi in cui il consenso non sia effettivo, consapevole (33), tenendo conto che a tal fine occorre che il contenuto del patto sia compreso o, meglio, comprensibile secondo uno *standard* di normalità, dovendosi tener conto che la questione della tutela del contraente debole viene posta con modi meno paternalistici che in passato (34) e deve fare i conti con il vecchio brocardo *dormientibus, non vigilantibus iura non succurrunt* che sanziona la trascuratezza e l'inerzia.
Ancora, ci si può domandare se le regole sulla trasparenza del contratto siano intese a presidiare la negoziabilità del contratto, il che non pare, atteso che neppure il genotipo elementare del contratto-convenzione dipende dalla concreta negoziazione, né dall'astratta negoziabilità del contenuto contrattuale. Tali regole non si associano al ripudio dell'unilateralità nella predisposizione delle clausole contrattuali, che anzi suppone e legittima; e, se per un verso si rendono artefici di un recupero della bilateralità del contratto, per altro verso non la assistono se non negli accennati limiti d'una difesa del consensualismo che si risolve nella realizzazione della premessa da cui dipende la consapevolezza del consenso. In questo senso soltanto, la disciplina in questione sostiene la centralità dell'accordo nella fase genetica del vincolo contrattuale, lasciando che la bilateralità — o, se si preferisce, il consensualismo — sfumi nella conoscibilità dell'obiettivo contenuto negoziale del rapporto contrattuale; e respingendo, così, sullo sfondo le finzioni a cui si ricorre nella ricostruzione delle fattispecie contrattuali per preservarne l'aderenza al dogma della bilateralità del contratto (35).

5. — Ci si può ancora domandare in che rapporto si pongano le regole sulla trasparenza contrattuale con le due concezioni del contratto come composizione volontaria di interessi in posizione reciproca formale di conflitto (36); e

quella del contratto come strumento di svolgimento di attività economiche, che presta prevalente attenzione al profilo funzionale (37). In proposito, l'impressione è che le regole in esame costituiscano un momento significativo del coordinamento di queste differenti concezioni del contratto, atteso che il rilievo che si riconosca alla strumentalità del contratto allo svolgimento di attività economiche, pur potendosi associare ad un'attenuazione del vincolo negoziale, non corrisponde necessariamente al superamento della concezione del contratto come composizione di interessi in posizione formale di conflitto (38), poiché la strumentalità a cui si è fatto cenno induce piuttosto a riconsiderare in prospettiva dinamica la composizione d'interessi che con il contratto si attua. Tanto più a voler considerare l'estensione assegnata alle regole in esame, che ormai abbraccia anche le fasi antecedente e successiva alla conclusione del contratto.
Questa funzione di coordinamento tra diverse concezioni di contratto è una delle due direzioni in cui sembra muovere la disciplina sulla trasparenza contrattuale, con l'avvertenza che l'obiettivo si realizza in relazione alle concrete esigenze delle specifiche operazioni economico-giuridiche considerate, non potendosi accogliere l'idea che la scelta tra deroghe per settori al diritto comune e l'omologazione delle regole di settori diversi tra loro possa compiersi in astratto, una volta per tutte (39). Tant'è che, nei diversi settori, la trasparenza contrattuale assume specifici contenuti e forme ed è assistita da sanzioni o rimedi di volta in volta tipizzati. Del resto l'eterocorrezione del mercato è fenomeno complesso ed articolato per almeno due ragioni (40). L'una è che l'eterocorrezione è fenomeno tanto articolato quanto lo sono i profili sotto i quali si può guardare al mercato, alla cui compiuta regolamentazione concorrono, insieme alle disposizioni concernenti l'organizzazione e i controlli, la disciplina delle attività, dell'impresa, dei soggetti e delle fattispecie contrattuali (41). L'altra è che il mercato non è indifferenziato, poiché ciascun àmbito dell'economia presenta esigenze sue proprie e, quindi, non soltanto la regolamentazione del mercato investe molteplici profili (42), ma l'eterocorrezione del mercato non può che atteggiarsi secondo modelli mutevoli al variare del contesto (43).
La seconda direzione in cui muovono le regole sulla trasparenza contrattuale è quella del riequilibrio della relazione negoziale. Si può discutere se gli strumenti adottati siano adeguati ad evitare che la disparità strutturale dei contraenti si traduca in un regolamento pattizio particolarmente favorevole ad una delle parti (44). Così come ci si può interrogare se l'intervento normativo abbia preminente fine di preservare i meccanismi del mercato, la sua efficienza oppure finalità di protezione del contraente in tesi debole. Tuttavia, sembra indubitabile che la disciplina di trasparenza in considerazione, per gli obblighi che impone, innanzi tutto informativi che assistono la conoscibilità del rapporto nella sua genesi come nella sua evoluzione e, prima ancora, la comparabilità delle proposte, e per le limitazioni della libertà contrattuale nel confezionamento del regolamento convenzionale che pone, abbia l'effetto di riequilibrare le posizioni delle parti, ossia la relazione negoziale tra loro nel settore che regola (45).
L'impressione è che, sul duplice presupposto che il contratto sia strumento di scambio, quindi del mercato (46) a cui è indispensabile (47), e che lo squilibrio tra le parti può incidere sul contenuto negoziale, dunque sul funzionamento del mercato, anche le disposizioni sui contratti che sottintendano l'originaria imparità dei contraenti ed alle quali conseguentemente si assegni una finalità di riequilibrio del rapporto, come accade per le regole in materia di trasparenza dei contratti (48), possono essere interpretate come correttivi che non salvaguardano (solo) il contraente debole, bensì il mercato (49) che ne abbisogna ove difetti una situazione di sostanziale parità tra i contraenti e si giova di una modulazione della libertà contrattuale (50).
Sotto questo profilo, le regole impiegate, cioè i diversi sotto-insiemi di norme correttive dell'asimmetria dettate per rimediare alla debolezza d'una delle parti, appaiono riconducibili a comuni finalità (51), così che la disparità di posizioni delle parti non solo giustifica l'intervento normativo e, poi, applicativo inteso a contrastare gli effetti pratici dell'asimmetria e, in questo senso, ad incidere l'equilibrio (normativo, più raramente economico) del contratto (52).
Si tratta di una disciplina che disvela i suoi limiti.
Innanzi tutto, è per l'appunto il rapporto ad essere riequilibrato e non la disparità strutturale delle parti ad essere annientata, ossia la parità sostanziale dei contraenti ad essere ripristinata. Le norme che esprimono regole non più ispirate all'ideale parità formale dei contraenti, all'ideale loro eguale posizione, bensì informate dell'asimmetrica condizione in essi versano, registrano e sottintendono l'imparità sostanziale delle parti, ma non la eliminano, limitandosi a contenerne i riflessi sul contenuto del regolamento pattizio, tipizzando obblighi e ponendo vincoli alla libertà contrattuale affinché non s'abbia un rapporto (troppo) sperequato, ma anche ampliando i poteri di intervento giudiziale (53). Perciò, è difficile assumere che il legislatore intervenga per porre i contraenti su un piano di parità sostanziale (54), poiché le situazioni di imparità dei contraenti e di debolezza di uno di essi non sono rimosse dalle regole correttive, ma sono il presupposto sulla cui base queste ultime possono essere giustificate (55). Tanto più che il riequilibrio del rapporto dipende — e si verifica nei limiti disegnati — dal legislatore o dell'intervento dell'interprete che la *lex posita* ammetta (56); e che neppure il controllo preventivo del regolamento negoziale elimina la disparità delle parti, i cui potenziali effetti possono prodursi, in particolare, se risultino conservati spazi che l'imparità possa occupare, ad esempio, con clausole negoziate individualmente; o, più in generale, se non ricorra l'obbligo di valersi dei soli testi negoziali sottoposti al sindacato preventivo (57).
In secondo luogo, se non ignora, bensì tende a soddisfare l'esigenza di riequilibrare rapporti contrattuali che, nella prassi, sembravano risentire eccessivamente dell'asimmetria delle posizioni delle parti e risultavano sbilanciati oltremisura a vantaggio d'una di esse, la disciplina sulla trasparenza contrattuale non sembra raccogliere le suggestioni della retorica del consumerismo paternalistico, affrancandosi dall'originario paternalismo con cui si è posta la questione della tutela del contraente debole (58), proprio di disposizioni che tutelino addirittura contro sé stesso un contraente in ragione delle sue qualità o del suo *status* (di protezione) (59); e neppure le suggestioni della retorica della giustizia contrattuale (60), né sul piano della giustizia distributiva, né sul terreno della giustizia commutativa o correttiva (61).

Le disposizioni che postulano e reagiscono a situazioni di imparità delle posizioni dei contraenti non sono taumaturgiche. Come si è già osservato, ci si può interrogare sulla *ratio*, che si riflette sull'individuazione dei contenuti prescrittivi degli interventi positivi, nonché sull'interpretazione, e dipende dai valori ritenuti prevalenti dall'interprete, che identificano il piano su cui cogliere le conseguenze — in ipotesi negative — dell'imparità dei contraenti, che sono innanzi tutto attinti dalla tavolozza costituzionale e che quindi riguardano il mercato e la libertà economica, l'utilità e la funzione sociale, la persona, la solidarietà, e così via (62). Si possono proporre modelli di disciplina del contratto e interpretativi delle disposizioni e del contratto ispirati ai valori del giusto e dell'utile (63), tenendo peraltro conto che i fenomeni negoziali, ove siano considerati nella prospettiva del superiore potere economico di una delle parti, esigono la congiunta valutazione delle esigenze organizzative dell'impresa (64), senza che l'allargamento della visuale conduca necessariamente ad interpretazioni riduttive della tutela dell'interesse negoziale della parte debole (65). Tuttavia, qualunque sia il livello a cui si colga il disvalore dell'originaria disparità strutturale delle parti e degli effetti che possa avere sul regolamento contrattuale, le regole sul contratto asimmetrico non ristabiliscono prodigiosamente la parità sostanziale che originariamente difetta, il cui ripristino è risultato illusorio. Esse appaiono piuttosto dei correttivi che, ponendo limitazioni alla libertà contrattuale o direttamente conformandone le manifestazioni, non rimuovono l'asimmetria che presuppongono, ma tendono a contenere lo squilibrio delle posizioni giuridiche soggettive di fonte negoziale in cui quella può tradursi ed al quale una delle parti sia esposta, eventualmente senza neppure esserne consapevole (66).

6. — D'altro canto ed in terzo luogo, sembra difficile cogliere nelle regole sulla trasparenza del contratto esempi non già di interventi legislativi nell'ottica del mercato (67), della concorrenza e dell'efficienza in seno ad esso (oltre che, immediatamente, della protezione dell'interesse negoziale della parte tutelata, della libertà contrattuale e della persona), bensì di azioni normative di stampo sociale (68), cioè attuative di finalità di giustizia distributiva, che parrebbero invece ancora eminentemente confinate al solo diritto del lavoro (69). Né sembra che quelle stesse regole si occupino dell'equilibrio economico (70), quindi della giustizia commutativa del rapporto.
Del resto, la congruità dello scambio per solito non forma direttamente oggetto di vaglio, che più spesso riguarda semmai l'equilibrio dei diritti e dei doveri contrattuali. Al riguardo, si ha anzi l'impressione che le scelte normative in materia denotano disinteresse per la congruità dello scambio, originaria e successiva all'intervento conformativo, che è ulteriore indice del fatto che l'ordina mento, anche in ipotesi in cui incide il sinallagma, non la ha per obiettivo, ma reagisce a condotte disapprovate perché integrano un abuso dell'autonomia contrattuale. Lo si nota nei casi in cui l'incidenza della *lex posita* sul contenuto anche economico del contratto è soltanto un effetto mediato, come accade, ad esempio, quando consegue alla deprivazione di effetti che subiscano le clausole, in particolare abusive. Ma lo si nota anche nei casi in cui l'incidenza è voluta e diretta: tralasciando l'ipotesi dell'imposizione normativa della prestazione (art. 1339 c.c.), che può rispondere a differenti *policies*, il legislatore fa il contratto per le parti se preveda che, in conseguenza dell'invalidità di clausole con contenuto economico, le prestazioni dovute siano altre, da lui stabilite una volta per tutte, senza particolare collegamento alle condizioni espresse dal mercato per l'operazione di cui si tratti; oppure disponga che, in luogo della prestazione contemplata dal patto invalido, nulla sia dovuto. È la tecnica impiegata, ad esempio nell'area dei contratti bancari, dalla disciplina di trasparenza che include l'art. 117 t.u. bancario [comma 7º, lett. *a*) e lett. *b*), rispettivamente], qui addirittura a prescindere dall'originaria sproporzione delle condizioni economiche pattuite, ma perché difformi e peggiori per il cliente rispetto a quelle pubblicizzate (71).
Parrebbe dimostrarlo anche il rilievo che, ai fini di un intervento sulle pattuizioni economiche delle parti, è positivamente attribuito, di volta in volta, alla necessità di uno squilibrio (economico) assai accentuato (artt. 1815, 1447 e 1448 c.c.) (72) o all'inserzione nel contratto di clausole a contenuto economico più svantaggiose per il cliente di quelle pubblicizzate (art. 117 t.u. bancario) o, ancora, alla condizione che la disciplina dei contratti dei consumatori pone perché il giudizio di abusività possa estendersi alle clausole di determinazione dell'oggetto del contratto e dar peso all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, che è ravvisata nella circostanza che tali elementi non siano indicati in modo chiaro e comprensibile (73). Questi tre aspetti, che danno accesso ad interventi che mettono in gioco il contenuto economico del contratto, sembrano infatti sintomi d'un approfittamento in danno della parte svantaggiata scorretto, se si vuole difforme da buona fede (74), aprioristicamente e ragionevolmente eletti dal legislatore a presunzioni di tale difformità e, dunque, d'un abuso dell'autonomia contrattuale.
Ma è precisamente l'abuso che si riprova ed a cui si reagisce, anziché insorgere avverso la mera incongruità economica dello scambio, anche in coerenza — parrebbe — con i limiti in cui essa viene in rilievo nel quadro delle compilazioni di diritto uniforme (75).
Sicché, anche le regole sulla trasparenza del contratto sembra che concorrano ad escludere che dall'ordinamento sia desumibile un principio di giustizia commutativa in materia contrattuale, poiché i casi tipici in cui il sindacato del contenuto economico del contratto è ammesso denotano che, fino al limite dell'abuso, lo scambio può essere economicamente incongruo e lo squilibrio della relazione negoziale, cioè l'incongruità delle posizioni economiche delle parti secondo l'assetto contrattualmente delineato, non rileva. Desumibile, semmai, è un principio di riprovazione dell'abuso della libertà contrattuale (76).
Persino l'ideazione delle categorie del contratto asimettrico e del terzo contratto, del resto, sembra registrare e riflettere la persistente estraneità alla disciplina del contratto di un principio di giustizia contrattuale attributivo di rilevanza alla congruità dello scambio ed ancor meno di giustizia distributiva (77).
Ciò che penetra l'ordinamento con la disciplina sulla trasparenza contrattuale sono regole sul contratto asimmetrico, che

rappresentano correttivi dei fallimenti del mercato o, per meglio e più specificamente dire, degli squilibri generati dall'autonomia contrattuale lasciata libera; che reagiscono, prima che alle inefficienze dell'applicazione, ai limiti delle clausole generali e, innanzi tutto, della regola di buona fede (78), nonché al vincolo, proprio del diritto comune contrattuale, della tendenziale immodificabilità dell'equilibrio « voluto » dalle parti (79); che attuano forme di tutela del contraente debole e ripristinano condizioni di efficienza del mercato.
Sono regole che, nella misura in cui riequilibrano le posizioni delle parti, ossia la relazione negoziale — assistendo la conoscibilità del rapporto, rispetto all'asimmetria informativa (80), o, rispetto all'asimmetria economica e relazionale (81), impedendo la pattuizione di clausole che avvantaggino troppo una delle parti, per evitare un regolamento negoziale *ab origine* sperequato al di là di limiti tollerabili per valutazione aprioristica del legislatore — danno corpo, ossia contenuto alla giustizia contrattuale, e servono a decrittare con quale contenuto e, quindi, secondo quale idea sia accolta dall'ordinamento. Se si guarda al contenuto delle norme in questione, sembra che esse siano intese non tanto a presidiare la congruità dello scambio o ad intervenire con funzione allocativa, ma piuttosto a contrastare le ineguaglianze tra le posizioni negoziali delle parti che non portino benefici anche alla parte svantaggiata. Lo si è notato con riguardo alle clausole sul *jus variandi*, ma lo si può riferire più in generale alla disciplina sulla trasparenza che ha, in modo articolato, introdotto obblighi informativi e prescrizioni formali (82) a sostegno della conoscibilità.
Ma se così è, allora, con le norme accennate penetra nell'ordinamento un'idea di giustizia contrattuale che sembra approssimarsi alla nozione rawlsiana di giustizia come equità che concorre a tratteggiare, a livello normativo, i contorni essenziali del contratto, la cui efficacia non dovrebbe ripugnare perché ingiusto (83). Restano invece abbondantemente sullo sfondo le nozioni più classiche di giustizia distributiva (limitata al diritto del lavoro) e commutativa (limitata ad ipotesi tipizzate); e, così, diviene anche più difficoltoso dare accesso ad un controllo di « giustizia » del regolamento negoziale, ossia a limiti della libertà contrattuale sulla base di quelle e, in genere, di concezioni della giustizia contrattuale diverse da quella accolta o che, comunque, conducano ad esiti differenti rispetto ai riflessi propri di quest'ultima. Ne resta sacrificata la possibilità di giustificare l'ineguaglianza attingendo all'utilitarismo più tradizionale (84), ma anche l'opportunità, per chi lo voglia, di sfruttare il valore della solidarietà (85), al limite piegando la clausola di buona fede (86), al fine, invece, di ridurre e rimuovere maggiormente gli squilibri, le disarmonie dei rapporti negoziali, poiché i limiti in cui l'ideale della giustizia contrattuale può conformare la libertà contrattuale sono influenzati dalla nozione accolta e fatta trasparire dal legislatore. E la teoria dell'abuso deve svolgersi nei limiti della compatibilità con le scelte da quest'ultimo operate.

7. — In questa prospettiva, i correttivi si spingono al di là dei limiti di diritto comune entro cui l'abuso può assumere rilievo sul piano dei vizi della volontà (87), ma non fino a dare accesso al giudizio di convenienza economica o a consentire all'interprete di riscrivere il contratto per le parti rendendolo strumento di giustizia commutativa o distributiva. Essi muovono piuttosto verso la c.d. *materialisation of contract autonomy* per cui, in situazioni ove la libertà contrattuale di una delle parti è condizionata dal superiore potere dell'altro contraente, si interviene normativamente per introdurre corrispondenti limitazioni allo svolgimento dell'autonomia negoziale del secondo (88). È questo il modello normativo a cui sembrano riconducibili le regole sulla trasparenza contrattuale nei diversi settori, che presentano la medesima caratteristica di non rimuovere l'originaria disparità sostanziale dei contraenti che presuppongono, ma contemplano correttivi. Sono correttivi piuttosto intesi ad evitare che l'originaria imparità si traduca nello squilibrio che, in principio, riguarda i diritti e gli obblighi delle parti, in luogo della convenienza economica; ed offrono tutela in un duplice senso, eccettuate, nell'area dei contratti dei consumatori, le clausole negoziate individualmente (89). La prestano in negativo, rendendo improduttive di effetti le clausole sfavorevoli al contraente debole, sì che operano una limitazione della libertà contrattuale della parte in posizione di superiore potere negoziale (90); ed in positivo, là dove richiamano la chiarezza e la comprensibilità, quindi l'intelligibilità del testo negoziale strumentale alla consapevolezza del consenso ed il cui difetto, almeno per quanto attiene ai contratti dei consumatori, incide l'àmbito del giudizio di abusività, in tal caso esteso alle clausole di determinazione dell'oggetto del contratto e sensibile alla valutazione di adeguatezza del corrispettivo.
Da un punto di vista generale, indice la rilevanza che assume la consapevolezza del consenso, sembra esservi continuità tra la disciplina codicistica delle clausole vessatorie, le regole sulla trasparenza bancaria e le disposizioni repressive delle clausole abusive contenute nei contratti conclusi con i consumatori. Le novità riguardano la tecnica normativa e l'estensione del controllo, via via più pervasivo ed efficiente, mentre l'accidentalità della valutazione di convenienza economica e l'esclusione del giudizio di abusività in relazione alle clausole negoziate mostrano che anche la normativa consumeristica non piega il contratto a finalità di giustizia commutativa o distributiva, inquadrandosi semmai in un più tradizionale modello paternalistico (91), che, peraltro, non si colora neppure dei toni accesi che sono serviti per enfatizzare l'istanza di protezione della parte debole e di riequilibrio dei rapporti negoziali, favorendone la penetrazione tra gli obiettivi di politica del diritto.
D'altro canto, così come traccia i confini in cui la trasparenza contrattuale opera, tipizzando gli obblighi informativi e le forme di comunicazione mediante le quali adempiervi, il legislatore delinea anche le sanzioni per l'inosservanza degli obblighi provvisti, che non non liberano spazi all'autotutela. Quest'ultima, del resto, allude ai rimedi tipici ed eccezionali che consentono all'interessato di provvedere direttamente alla protezione dell'interesse di cui sia portatore, quindi a rimedi alternativi rispetto all'eterotutela giurisdizionale (92). E, anche in un'accezione ampia, l'autotutela in àmbito civilistico e, in specie, contrattuale assume preminente rilievo quale rimedio per contrastare l'inadempimento dell'obbligazione, tant'è che si suole ricondurre alla categoria la risoluzione di diritto, il recesso, la caparra, la clausola

penale, l'eccezione di inadempimento, la cautelare sospensione della prestazione per il mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altra parte. Sicché, persino l'eccezione di inadempimento degli obblighi di trasparenza sembra non poter acquistare significativi spazi, atteso che l'eccezione postula il nesso sinallagmatico tra la prestazione inadempiuta e quella rifiutata, siccome mira a conservare l'equilibrio contrattuale originariamente convenuto, con effetti temporanei (93).

L'eterocorrezione del mercato e delle manifestazioni dell'autonomia privata, che rappresenta l'obiettivo delle regole sulla trasparenza contrattuale si affida, dunque, all'eterotutela giudiziale per la quale passa l'attuazione non spontanea di quelle. In un'accentuata ottica di conservazione del rapporto (94), l'eterotutela giudiziale della trasparenza contrattuale si giova, dal punto di vista tecnico, delle ormai numerose norme imperative invalidanti (95) diffusesi con funzione più conformativa che demolitoria (96), di regole talora sostitutive delle pattuizioni delle parti, dell'ampliamento degli spazi della discrezionalità interpretativa (97) per l'emenda giudiziale del contratto (98). E, quando facciano difetto rimedi tipizzati dal legislatore per la violazione delle regole in esame, di validità o di condotta, sarà tendenzialmente configurabile l'inadempimento di un precetto appartenente alla seconda delle due categorie di regole e, conseguentemente, sarà attinto all'eterotutela giudiziale il rimedio risarcitorio o risolutorio in aderenza a modelli applicativi accreditati, in particolare, nell'area dell'intermediazione mobiliare, ora dei servizi e delle attività di investimento (99).

**Note:**

(*) Il testo riproduce, con l'aggiunta di un apparato essenziale di note, la relazione presentata al seminario in memoria di Fernando Hinestrosa su Rimedi in autotutela, tecniche dell'autonomia privata ed inadempimento contrattuale, Associazione civilisti italiani e consiglio nazionale forense, Roma, 24 settembre 2012.

(1) V. G. Patti-S. Patti [S.], Responsabilità precontrattuale e contratti standard, nel Commentario al Codice civile. Artt. 1337-1342, diretto da Schlesinger, Milano, 1993, p. 338; De Nova, Le condizioni generali di contratto, in Sacco e De Nova, Il contratto, I, nel Trattato di diritto civile, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 359 ss. e, ivi, p. 374; G. Lener-Bocchini, Gli elenchi di clausole vessatorie, ne I contratti dei consumatori, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, nel Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, Torino, 2005, p. 192 ss. e, ivi, p. 256 ss., spec. p. 258; ma cfr. Roppo, Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa, Milano, 1975, p. 183.

(2) Per la seconda, v. Id., op. ult. cit., p. 207 ss.

(3) Così Gorla, Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano, in Riv. dir. comm., 1963, I, p. 108 ss. e, ivi, p. 110 s.

(4) V. Chiné, voce Contratti di massa (dir. vigente), in Enc. dir., Aggiornamento, I, Milano, 1997, p. 411 ss., nonché Morello, voce Condizioni generali di contratto, in Dig., disc. priv., sez. civ., III, Torino, 1988, p. 337.

(5) Cfr. Chiné, op. ult. cit., p. 411 ss., e, in termini non del tutto coincidenti, Giorgianni, Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase di formazione del consenso, in Eur. e dir. priv., 2006, p. 1203 ss., che ricostruisce un binomio articolato nel dovere di informazione del predisponente e nel dovere di autoinformazione dell'aderente.

(6) Così, già Cass., 3 novembre 1955, n. 2571, in Mon. trib., 1956, p. 251 ss., e v. Roppo, Il contratto, nel Trattato dir. priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, p. 906.

(7) V. Roppo, Il contratto, cit., p. 906.

(8) Sul problema, v. pure Genovese, L'interpretazione del contratto standard, Milano, 2008, p. 137 s.; Tartaglia, Vessatorietà e trasparenza nei contratti del consumatore. Condizioni generali di contratto e clausole vessatorie tra novità normative e prassi applicativa, Milano, 2008, p. 22 ss.; Venosta, Tre studi sul contratto, Milano, 2008, p. 130 ss.; Pescatore, Strutture societarie e autonomia contrattuale. Saggi, raccolti da Adiutori, Milano, 2009, p. 313 ss.

(9) V. Roppo, Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa, cit., p. 186 ss.

(10) V. Maggiolo, Il contratto predisposto, Padova, 1996, p. 137.

(11) In tal caso, si è più disposti a configurare l'insoddisfazione dell'onere a carico del predisponente se l'inintellegibilità delle c.g.c. osti alla conoscenza: v. Chiné, voce Contratti di massa (dir. vigente), cit., p. 411 ss.

(12) Sull'art. 1341 c.c. cfr., in tal senso, Gorla, Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano, cit., p. 115 ss.; C.M. Bianca, voce Condizioni generali di contratto, I, Diritto civile, in Enc. giur. Treccani, VII, Roma, 1988, p. 1 ss. e, ivi, p. 2; G. Patti-S. Patti [S.], Responsabilità precontrattuale e contratti standard, cit., p. 340 s.

(13) V. Giorgianni, Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania, Milano, 2009, p. 164, sulle orme di Carleo, Commento sub art. 1469-bis, 3º comma, n. 10, in Clausole vessatorie nei contratti del consumatore - Commentario agli artt. 1469-bis-1469-sexies c.c., a cura di Alpa e S. Patti, I, Milano, 1997, p. 443 ss. e, ivi, p. 449. Ma v. pure Genovese, voce Condizioni generali di contratto, in Enc. dir., VIII, Milano, 1961, p. 802 ss. (e, prima, Id., Le condizioni generali di contratto, Padova, 1954), che, nell'escludere che possano assume rilievo la conoscenza e la conoscibilità sopravvenute al perfezionamento del vincolo contrattuale, propende per un'interpretazione dell'art. 1341 c.c. tale che la conoscibilità delle c.g.c. deve sussistere per un periodo ragionevolmente anteriore alla conclusione del contratto stricto sensu.

(14) V. Giorgianni, Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania, Milano, 2009, p. 166 ss.

(15) Cfr. Venosta, Tre studi sul contratto, cit., p. 129.

(16) Cfr. Mazzini, voce Contratti bancari. Tutela del cliente, in Dig., disc. priv., sez. comm., Agg., III, Torino, 2007, p. 161 ss; e Id., Contratti bancari e tutela del cliente2, Siena, 2010, p. 24 s.

(17) L'espressa limitazione per cui, ai fini del giudizio di abusività, l'adeguatezza del corrispettivo rileva solo se il contratto non sia in proposito chiaro e comprensibile implica che, fuori da questi casi, si può solo discutere se il Preisargument possa influire indirettamente su detto giudizio, ad esempio sulla conformità a buona fede delle pattuizioni (ma, per la tendenziale irrilevanza dell'argomento, nell'esperienza tedesca, cfr. Dylla Krebs, Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Baden-Baden, 1990, p. 118 ss.; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München, 1992, p. 79 ss.; Brandner, in Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen3, Köln, 1993, p. 450; Wolf, in Id.-Horn-Lindacher, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Kommentar3,

München, 1994, p. 331) fatto salvo, a quest'ultimo riguardo, il discusso rapporto tra significatività dello squilibrio e contrarietà a buona fede che incide sull'individuazione dei presupposti dell'abusività delle clausole (cfr. Galgano, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, in Contr. e impr., 1997, p. 417 ss.; sul dibattito, v. la ricognizione di orientamenti in S. Troiano, Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.Commento sub art. 1469-bis, 1º comma, ne Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469-bis-1469-sexies del Codice Civile, a cura di Alpa e S. Patti, I, cit., p. 3 ss. e, ivi, p. 10 ss.). Inoltre, tale limitazione denota il carattere accidentale del giudizio di congruità, limitato al ricorrere di specifici presupposti, è indizio dell'estraneità alla disciplina degli ideali di giustizia commutativa e, a maggior ragione, distributiva, nonché del rilascio all'autonomia delle parti della valutazione di convenienza economica.

(18) È un punto di osservazione coltivato da Alpa, Quando il segno diventa comando: la « trasparenza » dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria, in questa rivista, 2003, p. 465 ss. In precedenza, v. Gentili, Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto « atipico », in Riv. dir. comm., 1989, p. 221 ss.

(19) Sulla bivalenza del contratto, come atto e come rapporto, v., ad es., P. Rescigno, Presentazione a Macario, Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine, Napoli, 1996, p. XIX. L'estensione del concetto di contratto sia all'atto sia al rapporto ne trascende la definizione codicistica e ricompone il contrasto che, presso i romanisti, divise gli interpreti sul significato di contractus (la ricostruzione del dibattito si trova in Bortolucci, Note sul contratto, negli Acta Congressus iuridici internationalis, I, Roma, 1935, p. 243 ss.): in sintesi, da un lato, diffusa soprattutto tra i pandettisti e prossima all'odierna definizione che di contratto offre l'art. 1321 c.c., era la tesi che attribuiva prevalenza all'elemento soggettivo identificando il contractus con l'accordo sub specie di negozio giuridico bilaterale; dall'altro lato, era l'indirizzo interpretativo che obiettava che dalle fonti è possibile anche desumere la corrispondenza del contractus al rapporto oggettivamente riguardato, quindi all'affare (in tal senso, tra gli altri, Bonfante, Sulla genesi e la evoluzione del « contractus », negli Scritti giuridici varii, III, Torino, 1921, p. 107 ss.; Id., Sul contratto e sui « pacta », ivi, p. 135 ss.; Id., Il contratto e la causa del contratto, ivi, p. 125 ss., e, ivi, p. 128 nota 2; Id., Corso di diritto romano, IV, Le obbligazioni, rist., Milano, 1979, p. 249 ss.; Betti, Diritto romano. Parte generale, Padova, 1935, p. 220 ss.; Id., Istituzioni di diritto romano, II, 1, Padova, 1960, p. 68).

(20) Riassuntivamente sul rilievo dell'affidamento, v. G. Marini, Promessa e affidamento nel diritto dei contratti, Napoli, 1995, passim.

(21) Cfr. Irti, Scambi senza accordo, in questa rivista, 1998, p. 347 ss.

(22) Sul rapporto di priorità dell'informazione rispetto al consenso consapevole v. ad es., sia pure in un particolare àmbito, Zeno Zencovich, Commento sub art. 10, ne La tutela dei dati personali, Commentario alla legge n. 675/1996, a cura di Giannantonio-Losano-Zeno Zencovich, nella collana Diritto Scienza Tecnologia, diretta da Giannantonio e P. Rescigno, Padova, 1997, p. 92 ss. e, ivi, p. 95, e Id., Il « consenso informato » e la « autodeterminazione informativa » nella prima decisione del garante, in Corr. giur., 1997, p. 914 ss.

(23) Inoltre, occorre ammettere che neppure il consenso informato è sempre sufficiente a realizzare l'istanza di tutela (v., sia pure ad altro riguardo, Ciliberti, Il diritto tra sviluppo della tecnologia biologica e problematiche etiche. Il caso della fecondazione assistita, nei Materiali per una storia della cultura giuridica, XXXI, 2001, p. 463 ss. e, ivi, p. 467), che può abbisognare della conformazione legislativa inderogabile.

(24) In argomento, nell'ormai estesa letteratura, cfr. Perlingieri, Forma dei negozi e formalismo degli interpreti, Napoli, 1987, p. 16 ss.; R. Lener, Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul « neoformalismo » negoziale), in Banca, borsa e tit. cred., 1993, I, p. 774 ss.; Id., Forma contrattuale e tutela del contraente « non qualificato » nel mercato finanziario, Milano, 1996; Irti, Studi sul formalismo negoziale, Padova, 1997; Amagliani, Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti, Napoli, 1999, p. 47 ss.; Di Marzio, Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio, in Giust. civ., 2000, p. 465 ss.; Id., Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale), in Riv. dir. priv., 2002, p. 721 ss. e, ivi, p. 729 ss.; Messina, « Libertà di forme » e nuove forme negoziali, Torino, 2004, p. 111 ss.; Pagliantini, La forma del contratto: appunti per una voce, in Studi senesi, 2004, p. 105 ss. e, ivi, p. 115 ss.; Calvo, I contratti del consumatore, nel Trattato dir. comm. e pubbl. econ., diretto da Galgano, XXXIV, Padova, 2005, p. 267 ss.; Breccia, La forma, in Formazione, a cura di Breccia-Granelli-Roppo, nel Trattato del contratto, diretto da Roppo, I, Milano, 2006, p. 463 ss. e, ivi, p. 497 ss.; Morelato, Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo, Padova, 2006, passim; D'Amico, voce Formazione del contratto, in Enc. dir., Annali, II, t. 2, Milano, 2008, p. 580 ss.; Modica, Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo, Milano, 2008, p. 119 ss.; Fazio, Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale, Milano, 2011, passim.

(25) Cfr. Masucci, La forma del contratto, in Trattato di diritto privato europeo, a cura di Lipari, I, Padova, 2003, p. 196 ss. e, ivi, p. 199.

(26) In dottrina, v. già A. Di Majo, La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare, in Banca, borsa e tit. cred., 1993, I, p. 289 ss., e, ivi, p. 296, ed Azzaro, I contratti non negoziati, Napoli, 2000, p. 179.

(27) V. Del Vecchio, Sulla statualità del diritto, Milano, 1928, ma la letteratura è assai estesa.

(28) Cfr. Cafaggi, Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione, in Pol. dir., 2001, p. 543 ss.

(29) L'autonomia privata, che tradizionalmente include le libertà di negoziare, di scegliere il contraente, di determinare il contenuto del contratto o dell'atto negoziale, è concetto relativo, storicamente determinato, che assume la fisionomia assegnatagli dai princìpi generali dell'ordinamento che si riflettono sul giudizio di meritevolezza degli atti di autonomia negoziale (che per ciò si nega sia un valore: v. già Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, 1984, p. 322), siccome l'iniziativa economica privata è sottoposta a controlli e programmi, di modo che i limiti all'autonomia — ad es. posti a tutela dei contraenti deboli — non sono esterni ed eccezionali, ma interni (ivi, p. 336) ed ora derivanti anche dalla normativa comunitaria (ivi, p. 329).

(30) In proposito, v. Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford, 1991, passim, ove si dubita che i concetti e le categorie della teoria classica del contratto siano il portato delle dottrine individualistiche, rivalutandone le radici nella tradizione romanistica.

(31) Cfr. Irti [N.], Scambi senza accordo, cit., p. 347 ss.

(32) Cfr. Id., op. ult. cit., p. 352 s.

(33) V. Trochu, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, D., 1993, Chr., p. 315 ss., e, in questo senso, si può rammentare quanto già ritenuto in re Raffles and Wichelhaus, 2 [1864] H.&C., p. 906 ss., sulle conseguenze della

contrapposizione di diverse prospettazioni del contenuto del contratto offerte dalle parti nel caso in cui nessuna fosse quella objective.
(34) V. ad es. Kronman, Contract Law and Distributive Justice, 89 [1980] Yale L. J., p. 472 ss.; Id., Paternalism and the Law of Contract, ivi, 92 [1983], p. 763 ss.; e cfr. Alpa, Strategie d'impresa e tutela del consumatore. Per una critica del fenomeno « consumerism », in Pol. dir., 1974, p. 494 ss.; Collins, Distributive Justice Through Contracts, 45 [1992] Current Legal Problems, p. 49 ss., e Id., Good Faith in European Contract Law, 14 [1994] Oxford Journal of Legal Studies, p. 228 ss., ove, discettando della politica comunitaria di tutela dei consumatori, l'a. dubita che il modello migliore di disciplina sia quello di scandire una serie di diritti specifici e dettagliati, ed esprime preferenza per disposizioni intese ad assicurare la libertà di scelta, anche per i benefici che potrebbero derivarne sul piano dell'efficienza del mercato, in quanto funzionali alla concorrenza sarebbero le seconde anziché i primi; nonché Reich, Some Remarks on the Theory of European Consumer Law, in ERPL, 1995, p. 285 ss.
(35) Contra tali finzioni, v. l'analisi storico-comparatistica di Sacco, op. ult. cit., spec. p. 37 ss.
(36) Si vedano, per tutti, le considerazioni esposte da Demogue, Traité des obligations en général, I, Paris, 1923, § 16; da Ravà, Lezioni di diritto civile sopra i contratti in generale, lit., Padova, 1932, p. 10 ss., con riguardo al codice civile abrogato; e da Ascarelli, Contratto plurilaterale, negli Studi in tema di contratti, Milano, 1952, p. 97 ss., in relazione al codice civile vigente; tra gli ultimi, il contratto è strumento per mediare gli interessi delle parti e per ridurre ad unità il loro discorde dualismo per Irti, Scambi senza accordo, cit., p. 349 s., che, correlativamente, presupponendo che la composizione delle posizioni in rapporto di dualità postuli trattativa, non solo rimarca l'importanza del dialogo indicando nella tecnica della lingua la principale tecnologia di conclusione del contratto e che quest'ultima è costruita « sull'astratta funzionalità della lingua », ma ritiene che nei moderni codici l'accordo sia « risultato discorsivo e conoscitivo », la cui bilateralità indica la reciprocità dialogica dell'intesa.
(37) Neppure questa concezione è recente, come esemplifica l'elaborazione della scuola economica liberale: per resoconti e applicazioni, cfr. G. Benedetti, Negozio giuridico e iniziativa economica privata, in Riv. dir. civ., 1990, II, p. 573 ss., e And. D'Angelo, Contratto e operazione economica, Torino, 1992, passim.
(38) V., ad esempio, Irti, Scambi senza accordo, cit., p. 347 ss., ove per l'appunto il contratto è congiuntamente riguardato come strumento del mercato e per la riduzione ad unità di posizioni in rapporto di dualità. Trattasi, del resto, di concezione che non è estranea neppure al diritto dei consumatori: cfr. Alpa, I diritti dei consumatori e il « Codice del consumo » nell'esperienza italiana, in Contr. e impr. Europa, 2006, p. 3 ss.
(39) V. G. Greco, Trasparenza bancaria e condizioni generali alla luce della direttiva sulle clausole abusive, in Studi e ricerche, 1995, p. 60 ss.
(40) Sul delicato rapporto tra autonomia del mercato, da un lato, e, dall'altro, eterocorrezione ed eterocompensazione rispettivamente poste a presidio della dialettica del mercato ed a tutela di interessi generali con cui quella potrebbe confliggere, in modo da eliminare le diseconomie esterne risultanti dalla differenza tra costi privati e costi sociali e, dunque, le esternalità che ostacolino l'assolvimento della funzione organizzativa e allocativa del mercato, cfr. Predieri, Un diritto solidarista contro le diseconomie esterne, in Studi e informazioni, 1993, n. 3, p. 7 ss.; sul significato di esternalità cfr. altresì Demsetz, The cost of transacting, 82 [1968] Q. J. of Ec., p. 33 ss., e Id., On the Regulation of Industry: A Reply, 79 [1971] J. L. & Ec., p. 356 ss.; in particolare, sulla distinzione tra costi di transazione — i.e. di gestione del sistema economico — e costi di produzione che hanno formato oggetto delle analisi neoclassiche, Arrow, Toward a Theory of Price Adjustment, in Abramovitz et al. (eds.), The Allocation of Resources, Stanford, 1959, p. 41 ss. e, ivi, p. 48.
(41) Anche le disposizioni con finalità di tutela dell'interesse negoziale del contraente debole e del consumatore in particolare sono ascritte agli interventi normativi di regolamentazione del mercato: v. Alpa, La persona. Tra cittadinanza e mercato, Milano, 1992, p. 97 ss.; Id., Il diritto dei consumatori, Bari, 1995, p. 57 ss., ove si rimarca come la tutela dei consumatori sia policy rilevante nell'interpretazione e applicazione della disciplina della concorrenza; Cassese, La nuova costituzione economica, Bari, 1995, pp. 135 ss. e 180 s., ove si considera la tutela dei consumatori nel quadro dei mutamenti che hanno investito il diritto nazionale dell'economia; Capotosti, Clausole contrattuali abusive: loro eliminazione per effetto di un obbligo legale o per interesse dell'imprenditore in un mercato concorrenziale, in Assic., 1993, II, p. 199 ss.; Irti, Letture bettiane sul negozio giuridico, Milano, 1991, p. 70 ss.; Id., Autonomia privata e forma di Stato (intorno al pensiero di Hans Kelsen), in Riv. dir. civ., 1994, II, p. 20 ss.; Id., Persona e mercato, ivi, 1995, I, p. 289 ss., e in Persona e mercato. Lezioni, a cura di Vettori, Padova, 1996, p. 96 ss. Cfr. altresì Liserre, Le condizioni generali di contratto tra norma e mercato, in Clausole abusive e direttiva comunitaria, a cura di E. Cesaro, Padova, 1994, p. 17 ss., e negli Scritti in onore di Rodolfo Sacco, I, Milano, 1994, p. 679 ss.; Bellanova, Il centro e l'anello: il mercato e i consumatori. Appunti sulla direttiva Cee concernente le clausole abusive, in Econ. e dir. terziario, 1994, p. 913 ss.; Morello, La sicurezza giuridica delle contrattazioni come mezzo di tutela del consumatore, in Riv. not., 1995, p. 1191 ss.; Vassallo Paleologo, Mercato, disciplina dei contratti e riforme legislative, Padova, 1996, passim.
(42) Amplius, v. Irti, L'ordine giuridico del mercato, Bari, 1998, passim.
(43) Tant'è che anche il processo di graduale armonizzazione degli ordinamenti nazionali a livello comunitario si svolge per blocchi, mediante provvedimenti normativi settoriali (a titolo esemplificativo, si possono confrontare le descrizioni di Capogrossi Colognesi, Luci e ombre del processo di integrazione giuridica europea, ne I giuristi e l'Europa, a cura di Moccia, Bari, 1997, p. 91 ss.; Scannicchio, Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti, in Diritto privato europeo, a cura di Lipari, I, Padova, 1997, p. 21 ss. e, ivi, p. 88; Zaccaria, Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno, in Riv. dir. civ., 1997, I, p. 367 ss.); e plurime sono le autorità amministrative indipendenti (cfr. Predieri, L'erompere delle autorità amministrative indipendenti, Firenze-Antella, 1997, pp. 1, 17 s., 40 ss.).
(44) Accredita l'inidoneità dell'informazione precontrattuale a riequilibrare la disparità strutturale delle parti Zoppini, Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza, ne Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore, a cura di Navarretta, Milano, 2008, p. 355 ss., e, ivi, p. 357 nota 4.
(45) Per tutti, Maisano, Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario, Milano, 1993, passim.
(46) Specie a tener conto che il mercato non è più un « dove » terrestre, ma l'unità funzionale degli scambi beni o servizi che, dunque, può dirsi veramente costituita quando corrisponda ad un diritto dello spazio economico (così, Irti, Teoria generale del diritto e problema del mercato, in Riv. dir. civ., 1999, I, p. 20 ss.); e che, dunque, il mercato (e ciascun mercato), in quanto ordine degli scambi, ha bisogno di norme ordinatrici ed è designato dal suo proprio statuto giuridico, che non risulta da mani invisibili, ma da regole giuridiche (v. Id., L'ordine giuridico del mercato, cit., p. 10). V. pure G. Amato, Il mercato nella Costituzione, in Quad. cost.,

1992, p. 7 ss.
(47) Sul nesso di strumentalità del contratto al mercato, in quanto segmento essenziale del procedimento attraverso il quale si realizza la circolazione dei beni e dei servizi, v., tra gli altri, Rossi Carleo, La codificazione di settore: il codice del consumo, in Rass. dir. civ., 2005, p. 879 ss., spec. p. 884 ss., che, in relazione a ciò, assegna rilievo prioritario alle regole del mercato anche nel quadro della disciplina dei contratti dei consumatori; e giustifica una più articolata disciplina estesa sia ad antecedenti della formazione del vincolo (l'educazione, l'informazione e la pubblicità), sia ad aspetti che attengono alla fase successiva all'esecuzione del contratto (la sicurezza e la qualità, ad es.). Dall'accennata strumentalità discende che il contratto, visto nella sua funzionalità, si riflette nella realizzazione o meno di un ordinato svolgimento del mercato (cfr. Ros. Alessi, Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del codice del consumo, in AA.VV., Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista, Napoli, 2006, p. 815 ss. e, ivi, p. 820 s.), sicché le regole dell'uno lo sono anche dell'altro.
(48) Cfr. Cavalli, Contratti bancari su modulo e problemi di tutela del contraente debole, cit., passim; Alpa, La « trasparenza » del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo, in Giur. it., 1992, IV, c. 411 ss.; Dolmetta, Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992, in Banca, borsa e tit. cred., 1992, I, p. 381 ss.; Maisano, Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie: la difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario, cit., passim; L.C. Ubertazzi, Banche e concorrenza. Scritti, Milano, 2007, p. 203 ss.
(49) Contra, Oppo, Princìpi, nel Trattato dir. comm., diretto da Buonocore, sez. I, t. I, Torino, 2001, p. 68, per il quale la disciplina dei contratti asimmetrici è posta a tutela della parte debole senza essere giustificata da un generale interesse del mercato. Cfr. Galgano, La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio, in Contr. e impr., 2000, p. 919 ss., nonché Perlingieri, Mercato, solidarietà e diritti umani, in Rass. dir. civ., 1995, p. 82 ss., e, amplius, Id., Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile, Napoli 2003, passim.
(50) Nel senso che le disposizoni sul contratto asimmetrico modulino l'autonomia privata (e la libertà contrattuale in particolare), piuttosto che limitarla o negarla, v. Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, cit., p. 329, e G. Benedetti, Tutela del consumatore e autonomia contrattuale, in questa rivista, 1998, p. 17 ss.
(51) Cfr. Zoppini, Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza, cit., p. 356.
(52) V. Scoditti, Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale, in Riv. dir. priv., 2002, p. 571 ss. Sul tema dell'ammissibilità dell'intervento del giudice inteso a riformulare il regolamento contrattuale convenuto dalle parti, v. nell'ampia letteratura i volumi collettanei a cura di Azzaro, Contratto e mercato, Torino, 2004, ed a cura di Ferroni, Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata, Napoli, 2002; Azzaro, Nuove tecniche di riequilibrio dei contratti d'impresa e regolazione del mercato, in Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori, a cura di Vettori, Padova, 2005, p. 528 ss.; Perlingieri, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in Rass. dir. civ., 2001, p. 336 ss.; Id., Nuovi profili del contratto, in Riv. crit. dir. priv., 2001, p. 223 ss.
(53) È quest'ultimo, accanto alla dilatazione degli spazi dell'intervento normativo correttivo o conformativo delle manifestazioni dell'autonomia privata, un effetto del passaggio dalla concezione del contratto ispirata all'ideale parità formale delle parti ad altra sensibile alla sostanziale disparità delle posizioni dei contraenti: cfr. Sassi, Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno, in Diritto privato del mercato, a cura di Palazzo e Sassi, Città della Pieve, 2007, p. 3 ss. e, ivi, p. 8 s.
(54) Così, invece, Di Bartolomeo, La violenza morale nei contratti, Napoli, 1996, p. 56.
(55) Così anche per chi mostra maggiore sensibilità per il fine di tutela della parte debole, ossia assegna alle regole correttive la preminente, se non esclusiva, finalità di protezione dell'interesse negoziale di chi subisca situazioni di disparità del potere negoziale: v., ad es., V. Rizzo, Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa, Camerino-Napoli, 1983, passim.
(56) Ciò risulta anche dalla disciplina dei contratti dei consumatori. Il riequilibrio è effetto che consegue alla previsione legislativa della rimozione delle clausole comportanti uno squilibrio; che è in principio indifferente alla sostanza economica dell'operazione giuridica, nel senso che la disciplina non limita l'autonomia privata sul piano della valutazione della convenienza economica (cfr. Barenghi, I contratti per adesione e le clausole vessatorie, in Diritto privato europeo, a cura di Lipari, II, Padova, 1997, p. 620 ss. e, ivi, p. 635, e, poi, Id., I contratti per adesione e le clausole vessatorie, in Trattato di diritto privato europeo, a cura di Lipari, III, Padova, 2003, p. 313 ss.); che neppure si produce con riguardo alle clausole individualmente negoziate, che in quanto tali sono sottratte al sindacato e, quindi, possono costituire il risultato della disparità in cui versino i contraenti; che si produce per solito successivamente alla conclusione del contratto per effetto del controllo effettuato ex post dall'interprete in applicazione della disciplina.
(57) Anche a queste condizioni, il controllo preventivo del regolamento negoziale unilateralmente predisposto è solo anticipatorio dell'effetto di riequilibrio del rapporto contrattuale (cfr. Alpa, Il controllo amministrativo delle clausole abusive, in Contratti, 1995, p. 469 ss., e in Econ. e dir. terziario, 1995, p. 897 ss.) ed è, perciò, più efficiente attesane l'attitudine a favorire l'adozione di testi contrattuali già depurati delle clausole fonte di squilibrio (cfr. le considerazioni di Bessone, Condizioni generali di contratto e posizione negoziale dell'aderente. Una « policy » di controlli amministrativi?, in Riv. not., 1987, p. 1 ss.; Id., Condizioni generali di contratto e tutela del consumatore. Interventi del giudice o garanzie di controllo amministrativo?, in Vita not., 1986, p. 985 ss.; e Id., Le condizioni generali dei contratti di impresa e i consumer interests. Dall'intervento del giudice al controllo amministrativo, in Giust. civ., 1987, II, p. 406 ss.), evitando ab origine la conclusione di contratti costituenti riflesso dell'imparità delle parti (a questo fine, in una posizione intermedia tra il controllo successivo individuale e quello preventivo con effetto erga omnes, appare anche l'azione inibitoria quando sia diretta a provocare una decisione vincolante con riguardo a tutti i rapporti in cui venga impiegato il testo negoziale sindacato: su tale azione v. Tarzia, La tutela inibitoria contro le clausole vessatorie, in Riv. dir. proc., 1997, V, p. 629 ss.; e cfr. Armone, Inibitoria collettiva e clausole vessatorie: prime disavventure applicative dell'art. 1469-sexies, nota a Trib. Torino, 4 ottobre 1996, 16 agosto 1996 e 14 agosto 1996, in Foro it., 1997, 1, c. 290 ss.; Danovi, L'azione inibitoria in materia di clausole vessatorie, in Riv. dir. proc., 1996, I, 2, p. 1046 ss.; De Cristofaro, Giusti motivi d'urgenza: quale tutela cautelare per le clausole abusive?, nota a Trib. Roma, (ord.) 24 dicembre 1997, e Trib. Roma, (ord.) 24 marzo 1998, in Resp. civ. e prev., 1998, p. 713 ss.; G. Lener, Clausole vessatorie e tutela inibitoria cautelare: brevi riflessioni, nota a Trib. Palermo, 5 settembre 1997, e Trib. Roma, 2 agosto 1997, in Foro it., 1997, I, c. 3009 ss.; Lo Iudice, Forme di tutela sostanziale e preventiva del consumatore, in Giust. civ., 1997, II, p. 351 ss.), ma non rimuove la disparità strutturale delle posizioni delle parti.
(58) Anche la dottrina ha mutato atteggiamento: v. ad es. Atiyah, An Introduction to The Law of Contract5, Oxford, 1995, che ha molto attenuato le espressioni di favore a quelle rivolte nelle precedenti edizioni dell'opera. E tanto più la legislazione e l'interpretazione si affrancano dai modelli paternalistici quanto più si ragioni in termini di mercato, anziché di persona e di status:

cfr., ad es., Bocchini, Tutela del consumatore e mercato, nel Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore, a cura di C.M. Bianca-Busnelli-Bigliazzi Geri-Bocchini-Costanza-Iudica-Nuzzo-Rizzo-Sesta-Vettori, in Nuove leggi civ. comm., 1997, p. 778 ss., spec. p. 785 ss.; Stanzione, Per una sintesi unitaria nella difesa del consumatore, in Riv. dir. civ., 1994, I, p. 887 ss.; G. Benedetti, Tutela del consumatore e autonomia contrattuale, cit., p. 17 ss.; Rossi, Diritto e mercato, in Riv. soc., 1998, p. 1443 ss.; Libonati, Ordine giuridico e legge economica del mercato, ivi, p. 1540 ss. In argomento v. altresì Pardolesi, Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata, in Foro it., V, 1994, c. 137 ss. e Id., Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata, in Riv. crit. dir. priv., 1995, p. 523 ss.

(59) Sul paternalismo delle normative protettive che riguardano i consumatori, i minori, e così via, che limitano la libertà contrattuale, v. R.A. Posner, Economic Analysis of Law2, 1977, p. 253 ss., e, più in generale, sul paternalismo del legislatore, sulle sue origini ed implicazioni, cfr. Trebilcock, The Limits of Freedom of Contract, Cambridge (Mass.) e London, 1993, p. 147 ss.

(60) Una locuzione, questa, di cui si lamenta l'uso come categoria astratta dai contorni imprecisati che finisce per essere richiamata a fini argomentativi, nel tentativo di superare i limiti dei controlli dell'autonomia privata positivamente fissati (v. Vettori, Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti, in Eur. dir. priv., 2006, p. 53 ss. e, ivi, p. 56); o per tradursi in una formula generica per alludere e comprendere qualsiasi norma (o intervento) di riequilibrio dei rapporti contrattuali, ossia lato sensu « correttiva » di squilibri del sinallagma o tra le posizioni delle parti, certo utilizzabile come espressione riassuntiva di tali azioni, ma che conviene confrontare con altre nozioni metagiuridiche per stabilire se e in che misura siano accolte dall'ordinamento (cfr. Smorto, La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto, in Materiali per la storia della cultura giuridica, 2008, p. 219 ss., per una rassegna sia di alcune più specifiche accezioni in cui la formula è impiegata [ivi, p. 221], sia di alcune nozioni filosofiche ed economiche di riferimento [ivi, p. 223 ss.]). Altrimenti, la giustizia contrattuale si riempie dei (e si risolve nei) contenuti assegnatile dal legislatore e diviene autoreferenziale: la si può descrivere in relazione ad essi e se ne possono classificare gli strumenti (v., ad es., la proposta di Id., Autonomia contrattuale e diritto europeo, in Eur. dir. priv., 2007, p. 325 ss., e, ivi, p. 362 ss., che distingue tra regole sulle condizioni della scelta, paternalistiche e con effetti distributivi in senso stretto, per quanto il carattere paternalistico [v. anche A. Di Majo, Libertà contrattuale e dintorni, in Riv. crit. dir. priv., 1995, p. 5 ss.], attribuito alle regole protettive dei contraenti deboli che incidono il regolamento del rapporto, scolori se li si ritiene riguardati come attori del mercato, poiché allora è la razionalità di quest'ultimo che quelle presidiano: cfr. Ros. Alessi, Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio, in Eur. dir. priv., 2000, p. 961 ss.; Camardi, Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza, in Eur. dir. priv., 2001, p. 718 ss.; Mazzamuto, Note minime in tema di autonomia privata alla luce della Costituzione europea, in Eur. dir. priv., 2005, p. 51 ss. e, ivi, p. 56), ma non la si può qualificare, né spiegare in relazione ad altri parametri o paradigmi di giustizia; e si apre ad un'idea prettamente positivista della giustizia come la risultante delle scelte legislative (cfr. Scialoja, Del diritto positivo e dell'equità, in Scritti giuridici, III, Roma, 1932, p. 1 ss.), che si rendono meno controllabili perché insindacabili su tale terreno, da cui non potrebbero trarsi argomenti per criticare o reclamare l'intervento legislativo.

(61) È la dicotomia che traduce più analiticamente la definizione ulpianea « Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere » (Ulpiano, D., I, 10) e che si fa risalire ad Aristotele (rintracciandola nel libro V dell'Ethica ad Nichomachum: v., ad es., Aristolele, Etica Nicomachea, 2000, l. V), seppur già intuita da Platone, e, poi, ampiamente ripresa, tra gli altri da S. Tommaso. La giustizia distributiva (correttiva o rivolta all'efficienza allocativa) concerne l'allocazione delle risorse tra i consociati, in questo senso attiene alle relazioni tra la società ed i suoi membri e consiste nel dare ad ognuno il proprio, che non si misura con il metro « dell'eguale » utilizzato da Pitagora, ma diviene una quantità mutevole, anziché fissa (la letteratura in argomento è ampia: v. Tincani, Argomenti di giustizia distributiva, Torino, 2004; Rawls, Justice as Fairness: A Restatement, Cambridge (Mass.) e London, 2001, anche nella trad. it. Id., Giustizia come equità. Una riformulazione, a cura di Rigamonti, Milano, 2002, spec. p. 56 s.; Brink, Moral Realism and the Foundation of Ethics, Cambridge, 1989, anche nella trad. it. Id., Il realismo morale e i fondamenti dell'etica, Milano, 2003, p. 314 ss.; per applicazioni, ad es., v. Capparucci-Croce, Efficienza ed equità nella distribuzione delle opportunità occupazionali, in Distribuzione, redistribuzione e crescita: gli effetti delle diseguaglianze distributive, a cura di Garofalo e Pedone, Milano, 2000, p. 59 ss. e, ivi, p. 67 ss., e G. Marini, La responsabilità civile, ne Gli anni settanta del diritto privato, a cura di Nivarra, Milano, 2008, p. 219 ss.). La giustizia (correttiva per Aristotele e, poi, per gli scolastici medievali) commutativa, invece, riguarda i rapporti tra singoli soggetti, in particolare quelli di scambio ed allude alla congruità di quest'ultimo ed ai meccanismi che lo governano, ponendo il quesito se il mercato e, in fin dei conti, le manifestazioni dell'autonomia contrattuale siano in grado e debbano essere lasciati liberi di esprimere la giustezza dello scambio, secondo il modello smithiano che protegge lo scambio dall'ingerenza, innanzi tutto, della morale e ne affida la giustizia alla legge della domanda e dell'offerta, oppure siano necessari correttivi ed ammissibili interventi del legislatore o dell'interprete conformativi del contenuto economico del contratto (v., tra i molti, Simon, The Tradition of Natural Law: A Philosopher's Reflections, N.Y., 1965, anche nella trad. it. La tradizione del diritto naturale. Le riflessioni di un Filosofo, a cura di Di Blasi e Soveria Mannelli, 2005, p. 175 ss.).

(62) In termini generali, v. Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, cit., passim, e, poi, Id., Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italocomunitario delle fonti3, Napoli, 2006.

(63) V. Ghestin, La formation du contrat, nel Traité de droit civil, sous la direction de Ghestin, Paris, 1993, p. 228 ss.

(64) Cfr. Gambaro, Le clausole vessatorie tra impresa e consumatore: un viaggio nella Western Legal Tradition, in Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto, a cura di A. Marini e C. Stolfi, Napoli, 1992, p. 33 ss.

(65) Per un esempio, v. Morello, Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina, in Riv. not., 1996, p. 285 ss. e, ivi, p. 290, ove si assume che l'abusività della clausola sussista sol se congiuntamente ricorrano la contrarietà a buona fede e il significativo squilibrio; contra, ad es., V. Rizzo, Commento sub art. 1469-bis, comma 1, in Clausole vessatorie e contratto del consumatore (artt. 1469-bis e ss.), a cura di E. Cesaro, I, Padova, 1996, p. 17 ss. e, ivi, p. 45.

(66) Cfr. G. Benedetti, Tutela del consumatore e autonomia contrattuale, cit., p. 17 ss.

(67) Neppure chi nega che questa sia l'ottica, risolvendo il fine della tutela del contraente debole in sé stesso, ossia nella protezione del suo interesse (v. Oppo, Princìpi, cit., p. 68), si spinge a profilare un principio di giustizia commutativa, di equivalenza, ma al più assume che « non manchi un principio di controllo [...] di un accettabile rapporto tra diritti ed obblighi tra le parti » (v. Id., op. ult. cit., p. 77).

(68) Ad esse, invece, parrebbero riconducibili le già ricordate, sporadiche norme che ammettono talune categorie di mutuatari a fruire della sospensione del pagamento delle rate dei mutui o della riduzione — ancorché temporanee e da recuperarsi — del tasso di interesse o, ancora, della c.d. « rinegoziazione » non già libera (sul fenomeno, cfr. Macario, Adeguamento e rinegoziazione nei

contratti a lungo termine, Napoli, 1996, passim; Sicchiero, La rinegoziazione, in Contr. e impr., 2002, p. 774 ss.; Gentili, La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto, ivi, 2003, p. 667 ss.), ma « obbligatoria » perché associata al diritto del cliente di ottenere la modificazione del contratto ed alla previsione d'un limite cogente alle pretese dell'altra parte. In tal senso orienta la circostanza che l'accesso a tali misure di favore incontri limiti via via afferenti l'importo del mutuo, attinenti alla tipologia — quanto a qualità e funzione (abitativa) — del bene all'acquisto della cui proprietà il mutuo sia collegato e, infine, relativi al reddito del mutuatario. Meno sicura appare, invece, l'inerenza alle azioni di cui al testo delle norme sulla c.d. portabilità dei mutui, anche in considerazione del fatto che di per sé essa opera, almeno immediatamente, sul terreno della concorrenza (per una rassegna di orientamenti applicativi v. A.M. Gambino-Falce-Stazi, Pratiche commerciali scorrette (2008 e primo semstre 2009), in Concorrenza e mercato, 2010, p. 223 ss., e, ivi, p. 266 ss.); e di quelle intese a rendere disponibili particolari operazioni o servizi bancari o finanziari secondo modelli semplificati, almeno finché non pongano limiti quantitativi alla libertà di determinare il contenuto economico del contratto e, a maggior ragione, se si tratti di modelli facoltativi [il riferimento è al c.d. « conto corrente semplice », a cui accennano Sciarrone Alibrandi, Le regole contrattuali, in Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/Ce, a cura di Rispoli Farina-Santoro-Sciarrone Alibrandi-O. Troiano, Milano, 2010, p. 95 ss. e, ivi, p. 110, e A. Urbani, I servizi, le attività di investimento e gli strumenti finanziari, ne L'ordinamento finanziario italiano2, a cura di Capriglione, I, Padova, 2010, p. 431 ss. e, ivi, p. 432, introdotto dal provvedimento della Banca d'Italia, 29 luglio 2009, adottato nell'esercizio dei poteri di connotazione attribuitile dall'art. 117, comma 8º, t.u. bancario, e dalla denominazione ambigua: pur trattandosi soltanto di una particolare operazione che resta riconducibile alla categoria del conto corrente bancario, entro la quale è caratterizzata unicamente da un contenuto semplificato, la si designa con un sintagma che, tradizionalmente, ha un diverso significato tecnico-giuridico perché sinonimo di « conto corrente di corrispondenza » e di « conto corrente bancario » (accredita la corrispondenza tra le tre espressioni, ad es., Molle, voce Conto corrente bancario, in Noviss. dig. it., IV, Torino, 1959, p. 415 ss e, ivi, p. 419 ss., in una prospettiva in cui la « semplicità » riflette l'immediata disponibilità ed esigibilità del saldo, in luogo del differimento al momento della chiusura del conto ex art. 1823 c.c.) o perché, sull'esempio della dottrina francese, all'interno del contratto di conto corrente identifica un sottotipo di conto corrente « a scoperto unilaterale », a cui equivale, in contrapposizione al conto corrente reciproco (connotato dalla reciprocità delle rimesse: v. Miccio, Dei singoli contratti e delle altre fonti delle obbligazioni, nel Commentario c.c., IV, 4, Torino, 1959, p. 197)], perché così si creano soltanto le condizioni per un più agevole accesso a talune tipologie contrattuali (personalizzando l'offerta: v. A. Urbani, I servizi, le attività di investimento e gli strumenti finanziari, cit., p. 432).

(69) Così Plaia, Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale, in ADL, 2008, p. 705 ss.; M. Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo, Torino, 2006, p. 308. Contra, Perulli, Diritto del lavoro e diritto dei contratti, in Riv. it. dir. lav., 2007, I, p. 427 ss., che accredita un avvicinamento delle regole sul contratto asimmetrico al diritto del lavoro anche sotto questo profilo, oltre a quello, già segnalato, del comune fine di tutelare la dignità della persona. Anche da Smorto, Autonomia contrattuale e diritto europeo, in Eur. dir. priv., 2007, p. 325 ss., le disposizioni protettive del contraente debole, le regole che non abbiano effetti distributivi in senso stretto, ma riguardino le condizioni della scelta o siano di stampo paternalistico incisive del regolamento negoziale, sono profilate come strumenti della giustizia contrattuale (ivi, p. 362 ss.) che sembra eminentemente ricondotta a quella distributiva (ivi, ad es., pp. 329, 332, 346), alla quale, tuttavia, le due ultime tipologie di norme paiano estranee. Salvo assumere la giustizia distributiva in un'accezione che, diversa da quella classica (v. supra in nota) allusiva alla giustizia sociale (cfr. Plaia, Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale, cit., p. 715), non solo collochi l'obiettivo di equa distribuzione (dei beni o dei servizi scambiati, per A. Di Majo, Libertà contrattuale e dintorni, cit., p. 5 ss.) all'interno dei rapporti tra singoli soggetti (così parrebbe Smorto, Autonomia contrattuale e diritto europeo, cit., p. 368; v. pure Il manifesto sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, in Riv. crit. dir. priv., 2005, p. 99 s., oltre che in ELJ, 2004, p. 653 ss., su cui, ad es., A. Somma, Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, in Riv. crit. dir. priv., 2005, p. 75 ss., e cfr. M. Barcellona, Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, in Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti, a cura di A. Somma, Torino, 2007, p. 67 ss.), ma attragga alla giustizia distributiva il generico riequilibrio (e, in questo senso, ridistribuzione all'interno della relazione negoziale) delle posizioni giuridiche delle parti grazie all'assegnazione imperativa di diritti e prerogative e, in genere, tutele alla parte debole. Non si tratta tanto di osservare che così si fa operare la giustizia distributiva nello stesso àmbito dei rapporti tra singoli individui tipico della giustizia commutativa, allontanando la prima dalla dimensione tradizionalmente impegnata (allocativa di risorse), facendole assumere significati spurii e perdere i connotati suoi propri, poiché il contratto può farsi strumento di redistribuzione (per tutti, Kronman, Contract Law and Distributive Justice, cit., p. 472 ss., e Id., Paternalism and the Law of Contract, cit., p. 763 ss.) anche con finalità di giustizia sociale (occupare cioè una dimensione effettivamente distributiva che giustifica i tentativi di ridefinizione dei confini tra giustizia contrattuale e giustizia sociale: v. G. Marini, Distribuzione e identità nel diritto dei contratti, in Riv. crit. dir. priv., 2010, p. 63 ss.); o che così la giustizia distributiva si deve confrontare con l'utilitarismo, che è una teoria della giustizia (lo ammette Smorto, Autonomia contrattuale e diritto europeo, cit., p. 352) razionale che legittima gli squilibri se conducano a risultati economicamente efficienti (cfr. U. Mattei, Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed uguaglianza. Regole dispositive, imperative e coercitive, in Riv crit. dir. priv., 1999, p. 611 ss., spec. p. 630) e, dunque, non conduce necessariamente a correggerli. Si tratta piuttosto di osservare che alla giustizia distributiva conviene riportare le norme realmente allocative di risorse con fini di tutela della dignità della persona o redistributivi di giustizia sociale o di efficienza (allocativa), mentre le regole di semplice riequilibrio delle posizioni delle parti all'interno delle singole relazioni negoziali che non riguardino la congruità dello scambio e, dunque, non attengano alla giustizia commutativa, sembrano rispondere ad una più ampia idea di giustizia come equità.

(70) Lo esclude, ad es., M. Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo, cit., pp. 309 e 313, per il quale le regole sul contratto asimmetrico tendono solo a che lo scambio assuma contenuti determinati in un mercato efficiente, ossia a che quest'ultimo sia il più possibile aderente al suo modello ideale (addePlaia, Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale, cit., p. 717). V., però, per orientamenti più inclini ad ammettere il controllo della convenienza economica dell'operazione contrattuale, Prosperi, Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale, in Rass. dir. civ., 1999, p. 639 ss., spec. p. 647 s.; V. Rizzo, Trasparenza e « contratti del consumatore » (la novella al codice civile), Napoli, 1997, p. 106 ss.; e F. Rizzo, Brevi cenni sull'equilibrio economico delle prestazioni contrattuali, in Id., Scritti di diritto civile, Napoli, 2008, p. 94 ss.

(71) Un altro esempio, nella medesima area, è offerto dalla disciplina della rinegoziazione c.d. « obbligatoria » dei mutui contratti con le banche che, come si è osservato, si è associata alla previsione d'un limite cogente relativo al tasso d'interesse che può essere

preteso che, per un verso, è anch'esso determinato una volta per tutte in via legislativa (cfr. art. 8, comma 6º, d.l. 13 maggio 2011, n. 70, conv., e, sulla normativa anteriore, Staiano, Crisi dei mutui e soluzioni nel contesto italiano: la rinegoziazione e la portabilità dl mutuo, ne La crisi dei mercati finanziari, a cura di Rispoli Farina e Rotondo, Milano, 2009, p. 113 ss. e, ivi, p. 121) e che, per altro verso, in tal caso si collega (e varia) in funzione dello spread originario convenuto con il contratto oggetto di rinegoziazione reiterandone l'eventuale squilibrio.

(72) Agli esempi fatti, si può aggiungere la disciplina della clausola penale (art. 1384 c.c.) che, sia pure al di fuori dei patti che disegnano il sinallagma, ma pur sempre con riguardo a pattuizioni di carattere economico, si colloca sulla medesima linea della loro sindacabilità solo se attribuiscano un vantaggio, qui, « manifestamente eccessivo », che costituisce il presupposto di un intervento, qui, correttivo del giudice, ora anche d'ufficio: v. Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in Nuova. giur. civ. comm., 2000, I, p. 507 ss., e, poi, tra le altre, Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in Foro it., 2005, I, c. 2985 ss.

(73) L'espressa limitazione per cui, ai fini del giudizio di abusività, l'adeguatezza del corrispettivo rileva solo se il contratto non sia in proposito chiaro e comprensibile implica che, fuori da questi casi, si può solo discutere se il Preisargument possa influire indirettamente su detto giudizio, ad esempio sulla conformità a buona fede delle pattuizioni (ma, per la tendenziale irrilevanza dell'argomento, nell'esperienza tedesca, cfr. Dylla Krebs, op. cit., p. 118 ss.; Fastrich, op. cit., p. 79 ss.; Brandner, op. cit., p. 450; Wolf, op. cit., p. 331) fatto salvo, a quest'ultimo riguardo, il discusso rapporto tra significatività dello squilibrio e contrarietà a buona fede che incide sull'individuazione dei presupposti dell'abusività delle clausole (cfr. Galgano, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, cit., p. 417 ss.; sul dibattito, v. la ricognizione di orientamenti in S. Troiano, op. cit., p. 10 ss.). Inoltre, tale limitazione denota il carattere accidentale del giudizio di congruità, limitato al ricorrere di specifici presupposti, ed è indizio dell'estraneità alla disciplina degli ideali di giustizia commutativa e, a maggior ragione, distributiva, nonché del rilascio all'autonomia delle parti della valutazione di convenienza economica.

(74) Il riferimento è alla buona fede soggettiva, mentre è revocato in dubbio che l'abuso si possa riportare a quella oggettiva, con particolare riguardo alle regole speciali di esplicita riprovazione di quello: cfr. Pagliantini, L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto, in Squilibrio e usura nei contratti, a cura di Vettori, Padova, 2002, p. 455 ss.; Maugeri, Abuso di dipendenza economica e autonomia privata, Milano, 2003, p. 210 s.; e R. Natoli, L'abuso di dipendenza economica, Napoli, 2004, p. 82 ss. Sulla tradizionale costruzione del divieto di abuso del diritto sulla clausola generale di buona fede in senso oggettivo, nella vasta letteratura si possono cfr. S. Patti, voce Abuso del diritto, in Dig., disc. priv., sez. civ., I, Torino, 1987, p. 2 ss.; Salvi, voce Abuso del diritto. I) Diritto civile, in Enc. giur. Treccani, I, 1988, p. 1 ss.; Gambaro, voce Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero, ivi, p. 1 ss.; Breccia, L'abuso del diritto, in Diritto privato, 1997, p. 5 ss.; P. Rescigno, L'abuso del diritto, Bologna, 1998; e D. Messinetti, voce Abuso del diritto, in Enc. dir., Aggiornamento, II, Milano, 1998, p. 13 ss.

(75) Si allude, in particolare, alla codificazione di soft law costituita dai cc.dd. Princìpi Unidroit, in seno ai quali l'incongruità dello scambio sembra assumere rilievo limitatamente ai casi di gross disparity (v. Volpe, I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross Disparity), in Riv. dir. priv., 1999, p. 40 ss.; D. Corapi, L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit, in Eur. dir. priv., 2002, p. 23 ss.; e Alpa, La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme), in Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit, a cura di Bonell e Bonelli, Milano, 1997, p. 225 ss.) e, caso mai, di hardship (v. And. D'Angelo, Il contratto in generale. La buona fede, nel Trattato dir. priv., diretto da Bessone, v. XIII, t. IV, Torino, 2004, cap. IV, § 5), nonché al Draft of common frame of reference (o « DCFR ») su cui v., riassuntivamente, Perfetti, La giustizia contrattuale nel draft common frame of reference del diritto privato europeo, in Riv. dir. civ., 2009, I, p. 669 ss.

(76) Cfr. Macario, L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori, ne Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato, a cura di Sirena, Milano, 2006, p. 277 ss., e gli ulteriori contributi sopra citati in nota.

(77) Diversamente, forse, Smorto, Autonomia contrattuale e diritto europeo, cit., p. 325 ss., che, nel cogliere nelle disposizioni sui contratti volte a rimediare agli squilibri in danno del contraente debole un'espressione della giustizia contrattuale, sembra attribuire loro finalità redistributive e, dunque, inclinare per l'insinuazione nell'ordinamento di regole di giustizia distributiva di matrice ancora utilitaristica, sebbene espressione dell'utilitarismo nella sua versione più evoluta.

(78) La clausola generale di per sé, però, anche in relazione agli accennati confini in cui il legislatore contiene il rilievo dell'incongruità dello scambio e dello squilibrio normativo del contratto, non sembra idonea ad espandere la rilevanza della sperequazione delle posizioni contrattuali delle parti oltre le fattispecie per le quali è espressamente prevista, a dilatare il controllo su di essa e, tanto meno, a farsi strumento di giustizia nei rapporti negoziali (v. M. Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo, cit., pp. 88 e 93). Non si tratta qui di prendere posizione sulle assai problematiche questioni se la buona fede abbia una funzione moralizzatrice dei rapporti negoziali (similmente al buon costume: v. Albanese, Contratto mercato responsabilità, Milano, 2008, p. 191 s.), che si tende ad escludere (cfr. Oppo, Princìpi, cit., p. 72, e M. Barcellona, La buona fede e il controllo giudiziale del contratto, ne Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 305 ss.), o si faccia strumento per la penetrazione nel contratto di istanze solidaristiche (in tal senso, tra gli altri, C.M. Bianca, Diritto civile. 3. Il contratto, Milano, 1987, p. 470 ss.; Prosperi, Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale, cit., spec. p. 673; Franzoni, La correttezza e la buona fede, ne Le obbligazioni, a cura di Franzoni, I, Torino, 2004, p. 124 ss., anche per l'attribuzione di funzione integrativa del contratto alla buona fede; e Scalisi, Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, in Riv. dir. civ., 2007, I, p. 843 ss. e, ivi, p. 848 ss.; cfr. Gazzoni, Equità e autonomia privata, Milano, 1970, pp. 136, 359 ss.), anche in attuazione d'una direttiva costituzionale (ad es. Franzoni, Il danno risarcibile, nel Trattato della resp. civ.2, diretto da Franzoni, Milano, 2010, p. 543; contra la connessione, v. Mengoni, Autonomia privata e costituzione, in Banca, borsa e tit. cred., 1997, p. 1 ss., che la licenzia come un argomento retorico con funzione persuasiva fondante il ruolo della buona fede, e cfr. Nivarra, Clausole generali e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni, in Eur. dir. priv., 2007, p. 411 ss., e Restivo, Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto, Milano, 2007, p. 204 ss.), o, ancora, possa essere la chiave di lettura di nuove nullità rimediali (in tal senso sembra Scalisi, L'invalidità e l'inefficacia, in Manuale di diritto privato europeo, a cura di Castronovo e Mazzamuto, II, Milano, 2007, p. 465 ss., e, ivi, p. 482 ss., ma una diversa interpretazione pare offerta da Mazzamuto-Plaia, I rimedi, ivi, p. 739 ss., e, ivi, p. 789 ss., nonché i già citati contributi che negano che alla buona fede possano essere ricondotte le norme di espressa riprovazione dell'abuso, tra cui Pagliantini, L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto, cit., p. 455 ss.) e, più in generale, possa fondare direttamente giudizi di invalidità del contratto (così parrebbe Scalisi, Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, cit., p. 848 ss.; contra, invece, siccome la buona fede regola il comportamento, ossia muovendo dalla distinzione tra regole di validità

e regole di condotta, v. ad es. Albanese, Violazione di norme imperative e nullità del contratto, Napoli, 2003, e Id., Contratto mercato responsabilità, cit., p. 179 ss.), ossia anche al di fuori dei casi in cui rilevi mediatamente in quanto fonte di obblighi la cui violazione integri fattispecie invalidanti tipiche (così, non si dubita che l'omissione qualificata dalla presenza di uno specifico dovere di informazione costituisca una fattispecie di dolo ex art. 1439 c.c.: v. Gentili, Le invalidità, ne I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, II, nel Trattato dei contratti2, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1394; Roppo, Il contratto, cit., p. 816). Si tratta piuttosto di rilevare che la buona fede è fonte di obblighi e parametro di valutazione dei comportamenti, ma non corregge il contenuto del contratto (diversamente dall'equità: v. Vettori, Diritto privato e ordinamento comunitario, Milano, 2009, p. 194; Id., Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, in Obbl. e contr., 2008, p. 104 ss.; cfr. Busnelli, Note in tema di buona fede ed equità, in Riv. dir. civ., 2001, I, p. 556 ss.) e, dunque, non realizza finalità di giustizia contrattuale (diversamente, Scalisi, Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, cit., p. 857, che tale portata assegna alla buona fede nel quadro delle invalidità — non più meramente demolitorie, bensì conformative — che l'a., come si è osservato, assume che essa possa fondare).

(79) Limite che si riflette sul piano delle impugnazioni: cfr. Gentili, De jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni, ne Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, p. 153 ss.; e v. pure D'Adda, Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto, Padova, 2008, spec. p. 109 ss.

(80) Sull'asimmetria informativa, v. Gentili, Informazione contrattuale e regole dello scambio, in Riv. dir. priv., 2004, p. 555 ss., e la monografia di De Poli, Assimmetrie informative e rapporti contrattuali, Padova, 2002.

(81) Sulle articolazioni dell'asimmetria, v. Zoppini, Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza, ne Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore, cit., p. 355 ss.

(82) Le scelte operate in proposito alimentano l'ormai diffuso ricorso al c.d. neoformalismo negoziale, ossia alla rinascita del formalismo in materia contrattuale per perseguire finalità di tutela dell'interesse negoziale di una delle parti attraverso prescrizioni di carattere formale, secondo quanto da tempo si osserva nella dottrina francese: cfr. Françon, La protection des consommateurs dans la conclusion des contrats civils et commeciaux en droit français, in AA.VV., La protection des consommateurs, nei Traveaux dell'Association H. Capitant, XXIV, Paris, 1973, p. 120 ss.; Badouin, Rapport général sur la protection des consommateurs, ivi, p. 8 ss.; Bihl, Vers un droit de la consommation, in Gaz. Pal., 1974, 2, doctr., p. 764 ss.; Crepeau, Rapport géneral au VIIIe congrès international de droit comparé, Contrats d'adhésion et contrat type, in Problème de droit contemporain: mélanges Louis Baudouin, sous la direction de Popovici, Montreal, 1974, p. 70 ss. e, ivi, p. 74 s.; Ghestin, La formation du contrat, cit., p. 286, n. 266. La tematica più di recente è ripresa da Jannarelli, La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, in Diritto privato europeo, a cura di Lipari, II, cit., p. 489 ss. e, ivi, p. 511 ss.; Masucci, La forma del contratto, cit., p. 594 ss., e R. Lener, Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul « neoformalismo » negoziale), in Banca, borsa e tit. cred., 1990, I, p. 784 ss., a cui sono seguìti altri saggi. Sulle funzioni del formalismo, v. già Liserre, Formalismo negoziale e testamento, Milano, 1966, p. 45 ss. e il volume collettaneo AA.VV., Il formalismo nelle leggi speciali, Milano, 1987, passim. E v., ora, Pagliantini, Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti, Pisa, 2009, e Fazio, Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale, Milano, 2011.

(83) Sul tradizionale atteggiamento del giurista di ripudio del contratto ingiusto ed efficace, torna Rodolfo Sacco in Sacco-De Nova, Il contratto, II, in Trattato dir. civ.3, diretto da Sacco, Torino, 2004, p. 22.

(84) Per un tentativo di raccordo dell'utile al giusto, v. il noto saggio sulla justice contractuelle di Ghestin, L'utile et le juste dans les contrats, in D., 1982, Chr., p. 1 ss.

(85) Cfr. Roppo, Il contratto e le fonti del diritto, in Pol. dir., 2001, p. 529 ss.

(86) In particolare, secondo il modello interventista della buona fede c.d. « solidale », su cui v. A. Somma, Introduzione critica al diritto europeo dei contratti, Milano, 2007, spec. p. 7; e cfr. Navarretta, I contratti d'impresa e il principio di buona fede, ne Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato, cit., p. 506 ss., e, ivi, p. 544 ss., che reputa che, nel quadro del diritto contrattuale europeo, la buona fede non sia orientata solo al mercato ed all'efficienza, ma anche ai valori, e Grondona, Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede, in questa rivista, 2004, p. 727 ss. Sul rapporto tra giustizia contrattuale e buona fede, v. pure il libro di And. D'Angelo-Monateri-A. Somma, Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto, Torino, 2005, nonché And. D'Angelo, Il contratto in generale. La buona fede, cit., cap. III, e quanto già osservato in nota.

(87) Per il tentativo di ricondurre all'area dei vizi del volere l'abuso del contraente nella formazione del contratto, con riferimento al diritto comune dei contratti, per tutti, Corsaro, L'abuso del contraente nella formazione del contratto, Perugia, 1979, spec. p. 157; cfr. Lucarelli, Lesione d'interesse ed annullamento del contratto, Milano, 1964, p. 50 ss., e Tassoni, Condizioni generali di contratto e dolo del predisponente, in Contratti, 1994, p. 124 ss.; e cfr. Galgano, Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca, in Contr. e impr., 1998, p. 18 ss. e, ivi, p. 21 ss., e Id., Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, cit., p. 417 ss.

(88) V. Joerges, Status and Contract in Franchising Law, in Franchising and the Law: Theoretical and Comparativ, a cura di Joerges, Baden Baden, 1991, p. 11 ss. e p. 31 ss.

(89) Da ciò si desumerebbe che non si presta quando l'autonomia negoziale abbia trovato effettiva espressione, poiché allora diverrebbe indifferente l'originaria imparità dei contraenti: cfr. G. Benedetti, Tutela del consumatore e autonomia contrattuale, cit., p. 26.

(90) Cfr. Joerges, op. cit., p. 11 ss.

(91) Sulla distinzione tra paternalistic e distributive regulatory elements, v. Kennedy, Distributive and Paternalistic Motives in Contract and Tort Law, 41 [1982] Mod. L. Rev., p. 563 ss.; Ackermann, Inalienability and the Theory of Property Rights, 85 [1985] Colum. L. Rev., p. 931 ss.; Walz, Ökonomische und rechtssystematische Überlegungen zur Verkehrsfähigkeit von Gegenständen, in Allokationsefizienz in der Rechtsordnung: Beiträge zum Travemunder Symposium zur Ökonomischen Analyse des Zivilrechts (23.-26. Marz 1988, Lubeck), a cura di Ott e Schäfer, Berlin, Heidelberg, New York, 1989, p. 93 ss.

(92) Per un panorama, v. il volume collettaneo a cura di Gianniti, La disciplina dell'autotutela. Nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale, Padova, 2010, passim.

(93) Essa ha presupposti diversi dalla risoluzione per inadempimento, potendosi opporre l'eccezione anche in difetto dei presupposti della risoluzione che postula la non scarsa importanza dell'inadempimento, atteso che, ai fini dell'eccezione, l'inadempimento della parte viene valutato solo nell'ottica della realizzazione del sinallagma, al fine di considerarlo giustificato o meno in relazione all'inadempimento dell'altro contraente (v. Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690, in Mass. Giur. it., 2006). E ciò ancorché possa essere

invocata per paralizzare la domanda di adempimento, ma anche di risoluzione dell'altra parte (cfr. Cass., 28 marzo 2001, n. 4529, ivi, 2001).
(94) Lo si rileva talora attribuendole ed approvandone il carattere paternalistico (v. Nicolussi, Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche, in Eur. dir. priv., 2003, p. 525 ss.); talaltra segnalandone, in un'ottica mercantile, il potenziale effetto di avvantaggiare eccessivamente il contraente debole (v. Pardolesi, La subfornitura, in Manuale di diritto privato europeo, II, cit., p. 1061 ss., e, ivi, spec., p. 1074).
(95) V., ad es., Ros. Alessi, Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del codice del consumo, cit., p. 820 s.
(96) Cfr. Scalisi, Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, cit., p. 843 ss.
(97) Sulla cui portata, v., tra gli altri, Alpa, Discrezionalità e arbitrio dell'interprete. « Natura » dell'atto. « Circostanze » del caso, in Studi in memoria di Gino Gorla, I, Milano, 1994, p. 527 ss., e Gambaro, Presentazione a Barak, La discrezionalità del giudice, trad. it. di I. Mattei, Milano, 1995, p. 3 ss.
(98) Sull'estensione, ad opera delle regole sul contratto asimmetrico, degli spazi in cui opera la funzione correttiva del giudice, scrutinatrice dell'assetto di interessi voluti dalle parti v. Ros. Alessi, Contratti dei consumatori e disciplina generale del contratto dopo l'emanazione del codice del consumo, cit., p. 820 s.
(99) Cfr. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in Banca borsa e tit. cred., 2010, II, p. 686; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in Giur. comm., 2008, II, p. 344, e già Cass., 29 settembre 2005 n. 19024, in Danno resp., 2006, p. 25 ss., nonché, in dottrina, Roppo, Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, in Danno e resp., 2006, p. 29 ss.; Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alla Sezioni Unite, in Foro it., 2006, c. 1105 ss.; Vettori, Contratto di investimento e rimedi, in Obbl. contr., 2007, p. 10 ss.; e Lucchini Guastalla, Obblighi informativi dell'intermediario finanziario e responsabilità nei confronti dell'investitore, in Resp. civ. e prev., 2007, p. 1985 ss. V. pure D'Amico, « Regole di validità » e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, p. 44, che inclina ad escludere che nel giudizio di validità possano interferire valutazioni di buona fede per la natura delle norme sulla validità e la funzione che tali norme assolvono; nonché, sul quadro tradizionale delle invalidità e la sua evoluzione, l'affresco di Gentili, Le invalidità, in I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, II, nel Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1330 ss.

**GLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE TRA REGOLE DI PROTEZIONE DEL CONSUMATORE E DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO UNIFORME E OPZIONALE (*)**

Europa e Diritto Privato, fasc.2, 2013, pag. 311
Alessi Rosalba

**Classificazioni:** TUTELA DEL CONSUMATORE - Informazioni obbligatorie da dare al consumatore
Sommario: 1. La direttiva su «i diritti dei consumatori»: aspettative deluse e questioni aperte alla vigilia del recepimento. - 2. I «contratti diversi» e il doppio regime di disclosure. - 3. Informazione a forma vincolata e struttura del contratto. - 4. L'«innocuo» polimorfismo degli obblighi di informazione nelle fonti comunitarie e il nodo sistematico irrisolto dei rimedi alla loro violazione. - 5. Obiettivi di disclosure e «standardizzazione» dell'informazione nelle direttive c.d. di seconda generazione. - 6. La contiguità tra information duties e perfezionamento del vincolo contrattuale. - 7. Gli obblighi di informazione nel processo di revisione dell'acquis comunitario. - 8. Il regime degli obblighi di informazione nello Strumento Opzionale: verso il tramonto del diritto «speciale» dei contratti di consumo? - 9. Alcune notazioni di prospettiva.

1. Come è stato efficacemente osservato «considerata la mole di dibattiti e riflessioni della dottrina sulla originaria proposta, ci si sarebbe aspettati un diluvio di commenti sulla Direttiva» in tema di diritti dei consumatori (dir. 25-10-2011 n. 83). «Ma così non è stato».
«La ragione è ovvia» - si aggiunge - «gli ambiti dell'annunciato intervento di "full harmonisation" più controversi, vale a dire quello della vendita di beni di consumo, specialmente con riguardo al profilo dei rimedi, e quello delle clausole abusive, sono stati eliminati»; e l'area rimanente degli obblighi di informazione precontrattuale e del diritto di recesso si presenta «*easier to place on a full harmonised basis as national traditions are less affected*» (1).
Su quest'ultima conclusione potrebbe nutrirsi qualche perplessità, se è vero che, scontata la mancanza di chiari segnali nelle fonti comunitarie e dunque in seno all'*acquis* comunitario, le legislazioni degli Stati membri, come ricordano gli stessi annotatori del *Draft Common Frame of Reference*, esibiscono una «costellazione così variegata» di rimedi a supporto degli obblighi di informazione da non consentire di trarre conclusioni generali (2). Ed è proprio con riguardo al profilo degli obblighi di informazione precontrattuale che l'intervento consegnato alla direttiva - come cercheremo di dimostrare - delude maggiormente, sollecitando un esame critico, in vista della prossima opera di recepimento da parte degli Stati membri (3).
È certo che la direttiva mantiene traccia solo nel titolo dell'originaria aspirazione a segnare un significativo momento di riordino nella materia dei diritti dei consumatori.
Il limitato raggio d'intervento ed una certa povertà e confusione di contenuti testimoniano eloquentemente l'abbandono in itinere dei propositi affidati all'originaria proposta e alla discussione che ne era seguita; mentre sul versante degli obblighi di informazione e più in generale sulla protezione del consumatore dal punto di vista del suo diritto alla trasparenza contrattuale essa segna l'ultima tappa - almeno per ora - di un *trend*, significativamente testimoniato soprattutto dalle direttive settoriali sui contratti di consumo di c.d. seconda generazione (4), che vede l'informazione tramutarsi in (mera) comunicazione e/o consegna di formulari a contenuto legalmente predeterminato, lungo un percorso di progressiva «standardizzazione» delle condotte (specie della parte professionale) e delle relative tutele.
Il drastico ripensamento, nel passaggio dalla proposta alla direttiva 2011/83, non è dunque affatto casuale; e sulla stagione entro cui essa si inserisce appare opportuno svolgere alcuni rilievi, alla vigilia (si auspica) della trasposizione nel nostro ordinamento, come all'interno degli altri Stati membri (5).
Passando ad esaminare, dai profili sopra ricordati, i contenuti della direttiva (6), è d'obbligo sottolineare che essa prima ancora che deludere le aspettative dei possibili destinatari (i consumatori e loro associazioni) o degli «addetti ai lavori», tradisce il suo stesso principale obiettivo, o almeno quello che come tale si annunciava nella Proposta elaborata e presentata dalla Commissione l'8-10-2008.
«La proposta è il risultato del riesame dell'*acquis* relativo ai consumatori, che copre una serie di direttive riguardanti la tutela del consumatore (...) creando un unico strumento orizzontale che disciplina gli aspetti comuni in modo sistematico, semplifica e aggiorna le norme esistenti, risolve le incoerenze e colma le lacune»: così si annunciava nell'originario documento (vedi § 110 Motivazioni e obiettivi della Proposta, ma anche il § 130).
Scopo (dichiarato) abbastanza ambizioso che, se trovava in buona misura riscontro nei contenuti della Proposta, appare del tutto mancato ove si abbia riguardo al testo definitivo. E ciò non solo per la già ricordata eliminazione del capo V dedicato ai diritti dei consumatori in materia di clausole contrattuali (abusive) e di buona parte delle nuove regole in tema di garanzia nella vendita di beni di consumo (specie in tema di responsabilità per difetto di conformità), ma per la scelta più generale di ridimensionare *tout court* la portata dell'intervento anche nelle parti residue. Il passaggio dalla Proposta alla direttiva non è segnato solo dalla scelta di ridurre sotto il profilo per così dire quantitativo l'ambito dell'opera di riordino; ma da un più significativo *revirement* che si appunta sulle novità che l'originario testo prospettava proprio sul versante che vede da sempre carenti le direttive sui contratti di consumo: e cioè talune regole in punto di rimedi.
L'appuntamento mancato è insomma sia con la generale opera di riordino sistematico sia con il superamento di incoerenze e lacune nei segmenti di disciplina cui pure la direttiva continua a riferirsi.
Non ha avuto l'attenzione che meritava da parte dei commentatori - della Proposta prima e della direttiva poi - l'art. 13

della Proposta, destinato a segnare una svolta pressoché radicale nel regime del diritto di recesso, allorché sanzionava il «non adempimento dell'obbligo di informazione» con lo spostamento del termine di esercizio del diritto a «tre mesi dopo che il commerciante abbia adempiuto pienamente agli obblighi contrattuali».
Una regola che, nel mentre rimaneva fedele alle tanto invocate (dai professionisti) ragioni di «certezza giuridica nel tempo» in caso di proroga del termine per esercitare lo *ius poenitendi*, al contempo elegantemente correggeva il tiro dell'*acquis* comunitario (e vedi sentenza Heininger, Corte eur. giust. 13-12-2001 causa C-481/99, e sentenza Schulte, Corte eur. giust. 25-10-2005 C-350/03), in linea con quanto ammesso implicitamente dalla Corte di Giustizia in Annelore Hamilton contro Volksbank Filder eG (Corte eur. giust. 10-4-2008 C-412/06): «costituisce una "misura appropriata" ai sensi dell'art. 4, terzo comma, della direttiva sulla conclusione di contratti a domicilio una misura che preveda che il pieno adempimento, ad opera delle parti, degli obblighi derivanti da un contratto di mutuo a lungo termine comporta l'estinzione del diritto di recesso». Lasciando intendere, dunque che, *a contrario*, il termine ultimo oltre il quale non ci si potrebbe spingere nel consentire al consumatore non adeguatamente informato, e per questo ignaro della possibilità di recedere, di «uscire» dal contratto ben potrebbe essere segnato (solo) dalla piena soddisfazione che egli abbia ricevuto a seguito del completo adempimento (non contestato) delle obbligazioni da parte del professionista.
Ed è ancora in punto di rimedi che la Proposta apriva scenari di non poco interesse allorché sanzionava con la invalidità del contratto (negoziato fuori dai locali commerciali) la mancanza dei requisiti formali richiesti, vale a dire la firma di un buono d'ordine da parte del consumatore o la ricezione da parte del medesimo consumatore di una copia dell'ordine su altro mezzo durevole, nel caso di mancanza di copia cartacea (art. 10, § 2).

2. Almeno con riguardo agli obblighi di informazione, pur scontando le rilevanti limitazioni al suo ambito di applicazione (si veda il lungo elenco di contratti esclusi, fra i quali quelli di multiproprietà, servizi turistici, servizi finanziari, art. 3, § 3), la direttiva aspirerebbe alla introduzione di un regime unitario, comune ai contratti consumatore/professionista, mediante la generalizzazione di regole già consolidate nell'originario terreno di elezione costituito dai contratti oggetto di discipline speciali, sia quelli esclusi dall'ambito di applicazione della nuova direttiva (multiproprietà, servizi finanziari, servizi turistici, appunto) sia quelli negoziati fuori dei locali commerciali o a distanza, qui presi in considerazione. Questo il significato, a prima vista promettente, del capo II della direttiva intitolato, appunto, «Obblighi d'informazione per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali». Corroborato peraltro dal significativo ampliarsi anche nei contratti conclusi fuori dei locali commerciali (identificati secondo il più ampio ambito oggettivo ora delineato all'art. 2 della direttiva) dei contenuti dell'informazione, che la direttiva 85/577 limitava al regime dello *ius poenitendi*.
Il guadagno, quanto meno sul piano sistematico, si annuncia significativo: poiché gli obblighi di informazione - e per converso il diritto all'informazione - nella «versione europea», sembrano profilarsi ora definitivamente come parte della disciplina generale del contratto (di consumo).
Ma il proposito si infrange non tanto in ragione del già ricordato catalogo di eccezioni che escludono ampia parte di tipologie di contratti dall'ambito di applicazione, bensì per effetto della divaricazione del regime degli obblighi di informazione che torna ad affacciarsi nel testo definitivo.
A fronte di un contenuto pressoché analogo dell'informazione - salve le differenze che discendono da specifici profili di disciplina legati all'oggetto e soprattutto alle modalità di stipula, primo fra tutti il diritto di recesso consentito (solo) nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali - cambia, o, almeno sembra cambiare, la rilevanza del relativo obbligo di *disclosure* nella vicenda contrattuale.
Identica o quasi nei contenuti, dunque, in quanto sostanzialmente riferita in entrambi i casi innanzitutto a oggetto, prezzo e costi dello scambio, garanzia, durata e obblighi principali, l'informazione mantiene la sua rilevanza già quale «parte integrante del contratto» (e le informazioni fornite «non possono essere modificate se non con l'accordo espresso delle parti») solo nel caso di contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali (art. 6, § 5 dir. 2011/83), mentre scompare nel testo definitivo l'analoga previsione contenuta, per i «contratti diversi», al § 3 dell'art. 5 della Proposta.
Ancora - ma la scelta appare a questo punto conseguente - la violazione da parte del professionista dell'obbligo di informazione sulle spese aggiuntive o altri costi, - previsto sia per i contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali dall'art. 6, § 1, lettera *e*), sia per i «contratti diversi», dall'art. 5, § 1, lettera *c*), esonererà il consumatore da tali spese o costi aggiuntivi (in sostanza espungendo dal regolamento contrattuale ciò che non sia stato comunicato in sede precontrattuale), solo nel primo caso. Poiché anche a questo riguardo nel passaggio al testo definitivo della direttiva è scomparsa una regola analoga, come quella di cui all'art. 6, § 1 della Proposta relativa ai contratti «diversi».
Ciò che viene meno, lungo l'iter travagliato di gestazione della direttiva (7), ci pare sia proprio l'obiettivo di dettare un regime comune di «obblighi generali d'informazione» per i consumatori, secondo la rubrica dell'originario art. 5, ora non a caso tramutata in «obblighi d'informazione per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali».
Si obietterà che, in ogni caso, il legislatore comunitario - nella direttiva ma già nella Proposta - continua a lasciare agli Stati membri il compito di prevedere rimedi efficaci per il caso di violazione degli obblighi di informazione (8). Pur se non potrà non notarsi, a questo riguardo, il diverso messaggio che proveniva dall'esplicito richiamo ad interventi delle legislazioni nazionali che prevedessero «nel diritto contrattuale (...) rimedi efficaci per la violazione degli obblighi di informazione» contenuto nell'originario art. 6 § 2 della Proposta, in confronto con la consueta, rituale, norma di delega

in tema di sanzioni ora riprodotta nell'art. 24 della direttiva (9).
Ma qui sta il punto: perché è proprio nel quadro del consueto silenzio in punto di rimedi alla violazione degli obblighi di informazione che si compie il sostanziale fallimento dei propositi di riordino annunciati e, in particolare, del tentativo di dare compiuta collocazione agli obblighi di informazione nella disciplina generale del contratto professionista/consumatore.
Le correzioni di tiro in corso d'opera rendono la previsione di obblighi di informazione nei «contratti diversi» quasi superflua e forse persino dannosa per il consumatore. Se è vero infatti che il contenuto della informazione ora «prescritta» coincide in pratica con il livello minimo di notizie che il contraente può aspettarsi in sede di trattative, dovrà ammettersi che il guadagno rimane assai limitato: poiché la predeterminazione di tale contenuto in sede normativa non è idonea di per sé a connotare in modo definito il ruolo della informazione nella vicenda contrattuale, tanto più che essa, in questo caso, sembrerebbe non attingere il livello di «parte integrante del contratto».
In forza dell'art. 5, § 4 della direttiva, «gli Stati membri possono emanare o mantenere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale» per i contratti in parola. Può profilarsi dunque un percorso di predeterminazione per via legale o, se si vuole, di standardizzazione dell'informazione, nel solco indicato dalla direttiva, lungo il quale si arricchisca il catalogo delle comunicazioni da fornire al consumatore: ma ciò, si ripete, senza che alla rilevata standardizzazione dell'informazione si accompagni il suo carattere vincolante, che invece il legislatore comunitario sembra voler assicurare negli altri contratti. E in ultimo, ma non certo per importanza, senza che il tramutarsi dell'obbligo di informare nell'obbligo di consegnare un formulario giovi almeno in punto di prova. La regola che pone ora a carico del professionista l'onere di provare l'adempimento degli obblighi di informazione è infatti riferita inequivocabilmente dal § 9 dell'art. 6 della direttiva solo al regime regolato nel capo III (obblighi di informazione di cui al presente capo), con esclusione, dunque, degli analoghi obblighi previsti nel capo II per i «contratti diversi».
Sotto il profilo sistematico l'esito è in qualche modo paradossale ove si abbia riguardo ai propositi dichiarati della direttiva.
A meno di disinvolte operazioni interpretative che assimilino in toto il regime degli obblighi di informazione previsti per i contratti «diversi» e quello degli obblighi di informazione previsti per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali - operazione che francamente appare ostacolata dal dettato normativo se possibile viepiù «illuminato» dall'iter di approvazione della direttiva (10) - dovrà prendersi atto della comparsa di un ulteriore segmento di obblighi di informazione «precontrattuale» (vedi il già citato tenore del § 4 dell'art. 5 della direttiva), la cui disciplina è diversa da quella dei più noti e consolidati obblighi di informazione di cui alle direttive o discipline settoriali (in tema di multiproprietà, vendita di pacchetti turistici e, ora, contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali).
Lungi dal favorire un'opera di sistemazione, come promesso, la direttiva semmai la allontana, ulteriormente segmentando il regime degli obblighi di informazione. Per converso confermando ed anzi rafforzando la scelta di irrigidirne il contenuto entro elementi e *standards* previsti dalla legge.
Scelta improvvida, dunque. Ma anche irrecuperabile? Assai poco convincente e giustificata, sul piano sistematico e alla luce dello stesso impianto della direttiva, la discutibile «discontinuità» introdotta nel testo finale con riguardo al regime dei doveri di informazione suggerirebbe interventi correttivi da parte dei legislatori nazionali.
Di essi non v'è traccia nel disegno di legge di recepimento elaborato in Italia nella scorsa legislatura; e può solo auspicarsi un intervento di maggiore impatto riformatore in sede di attuazione della delega governativa (11). Né segnali significativi al riguardo vengono dal dibattito (in verità assai circoscritto) che accompagna altrove il percorso di recepimento (12).
Ma un simile scenario (francamente non prevedibile) chiamerebbe i legislatori europei non solo a misurarsi con una questione rivelatasi ardua sul piano sistematico (la collocazione degli obblighi di informazione nella vicenda contrattuale e gli effetti della loro violazione), ma ora anche ad addentrarsi nel percorso impervio di una implementazione rigidamente condizionata dalla regola di armonizzazione «piena»: «Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso», così recita l'art. 4 della direttiva. Scelta giustamente criticata già all'apparire della Proposta di direttiva, non tanto per le incertezze cui avrebbe potuto dar luogo la formula utilizzata ma per l'inevitabile processo di assestamento «verso il basso» impresso alla tutela dei diritti dei consumatori (13).
Quanto meno dubbia appare invero, alla luce della regola di armonizzazione ricordata, l'ammissibilità, nei diritti interni, di regole volte a riconnettere «conseguenze giuridiche di diritto privato più o meno "speciali" all'inadempimento dell'obbligo informativo», scelta alla quale i legislatori nazionali sarebbero legittimati dall'art. 3 § 5 e Considerando n. 14 della direttiva (14): vero è infatti che - si ribadisce nelle fonti ora richiamate - la nuova direttiva non intende pregiudicare il diritto nazionale dei contratti ma con riferimento a profili di disciplina (*generale*) del contratto*, diversi da quelli lì regolati*(15). «La presente direttiva non pregiudica *il diritto contrattuale nazionale generale*, quali le norme sulla validità, formazione o efficacia di un contratto, nella misura in cui *gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale non sono disciplinati dalla presente direttiva*»: così recita il § 5 dell'art. 2.

3. Restituire unitarietà al regime degli obblighi di informazione, almeno nei diritti interni, non sarebbe ovviamente solo questione di restyling normativo. La rinnovata separazione tra disciplina dell'informazione nei contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali e regole in tema di informazione nei contratti «diversi» - scontata una (improbabile) sciatteria del legislatore comunitario o una più verosimile intenzione di adottare per il momento una

versione «debole» degli obblighi di trasparenza nei contratti «diversi» - tradisce in realtà, una volta di più, un più preoccupante *gap* sistematico, che attiene alla difficoltà di definire una volta per tutte natura e funzione degli obblighi di informazione nella vicenda contrattuale. Funzione (o *funzioni)* la cui «identificazione» non può prescindere dalla corrispondente identificazione dei rimedi nel caso di mancata o incompleta o errata informazione.
La direttiva 2011/83 nei contratti a distanza, abbandona o comunque ridimensiona la regola di cui all'art. 4, § 2 della direttiva 97/7 del 20-5-1997 e all'art. 67-*quater*, comma 2, del nostro codice del consumo, in forza della quale le informazioni (da fornire prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza) sono fornite «tenendo debitamente conto in particolare dei doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale e dei principi che disciplinano la protezione degli incapaci di agire e dei minori».
Tale prescrizione si tramuta ora in raccomandazione o auspicio nel Considerando 34 della direttiva 2011/83 («il professionista deve tenere conto delle particolari esigenze di consumatori particolarmente vulnerabili a causa della loro infermità mentale fisica o psicologica, età o ingenuità in modo che il professionista possa ragionevolmente prevedere») senza però trovare corrispondenza in una norma.
Il cambiamento torna a mettere in discussione il (pur labile e) possibile legame tra regime degli obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale, forse deludente a fronte delle aspettative ingenerate dal diritto comunitario, almeno allorché presceglie la versione «forte» della informazione «contrattualizzata», ma pur sempre rassicurante per il giurista domestico ben abituato a gestire in questo caso uno strumento fecondo come la clausola di buona fede nelle trattative.
Nella direttiva l'obiettivo di *disclosure* viene perseguito ora, almeno in via prioritaria, mediante il governo delle modalità della interlocuzione tra le parti, destinata a svilupparsi entro binari rigidi e normativamente segnati: sicché l'accordo sarà correttamente formato, nel rispetto del livello di trasparenza contrattuale voluto, sol che la comunicazione tra le parti abbia rispettato le cadenze e «formalità» predefinite. Sicché, sempre meno misurata in rapporto alla capacità di intercettare le differenti caratteristiche dei destinatari e di raggiungere il suo obiettivo, vale a dire la formazione di una volontà compiuta, l'efficacia del regime degli obblighi di informazione si affida piuttosto al rispetto di più stringenti prescrizioni di forma, così accentuando un obiettivo di uniformazione/livellamento, che si risolve a beneficio di certezze del professionista (*rectius* di tutti i professionisti).
Le disposizioni di cui agli artt. 7 (Requisiti formali per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali) e 8 (Requisiti formali per i contratti a distanza) danno significativa conferma del rilievo per cui, nel diritto europeo dei contratti (di consumo), l'informazione o è fornita con le modalità formali prescritte o non è (16). E dunque ora le informazioni vanno fornite al consumatore su supporto cartaceo ovvero (ma solo se il consumatore è d'accordo) su altro mezzo durevole, se trattasi di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, e «messe a disposizione del consumatore in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato», nei contratti a distanza, salve le note prescrizioni concernenti il linguaggio, che deve essere «semplice e comprensibile». Si rinsaldano altresì i legami, anche quanto alle prescrizioni di forma, tra informazione e contratto, dovendo il professionista, nel caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, fornire al consumatore «copia del contratto firmato o conferma del contratto» su supporto cartaceo o altro mezzo durevole (sempre se il consumatore è d'accordo con tale altro mezzo alternativo).
Ma c'è di più. Se il contratto a distanza deve essere concluso per telefono, è lasciata alla discrezione degli Stati membri la possibilità di imporre la forma scritta *ad substantiam* del contratto: questo e nient'altro sarebbe l'esito di un regime - consentito ed in qualche modo suggerito ai legislatori interni - che imponesse al professionista una conferma scritta della sua offerta e subordinasse la nascita del vincolo per il consumatore alla sua firma dell'offerta o alla sua accettazione per iscritto dell'offerta (come prevede l'art. 8, § 6 della direttiva).
Per supportare l'irrigidirsi della disciplina dell'informazione (e in definitiva della conclusione del contratto) torna a profilarsi il vincolo di forma - nella sua tradizionale veste documentale - che prende il sopravvento, fino a ridimensionare la novità e celerità delle modalità di conclusione del contratto tipiche del segmento di contrattazione regolato (contratto a distanza).
Un elemento in più, nel quadro normativo in divenire riferito ai contratti di consumo, per tornare ad interrogarsi sulla rilevanza, nel contratto, degli obblighi di informazione e, soprattutto, della violazione di questi.
Ed invero, almeno nei casi in cui si abbia riguardo ad una informazione che è già - per legge - «parte integrante» del contratto, e dunque nella disponibilità di entrambe le parti e non di una sola, l'uso spinto di prescrizioni di forma riferite al momento dell'informazione (17), pur se declinate secondo un catalogo che consente alternative al modello delle forme documentali (dal supporto cartaceo ad «altro mezzo durevole»), potrebbe rimandare, in prima battuta, alla dimensione strutturale consueta della forma dell'atto negoziale: sì da riproporre l'alternativa, questa volta con riguardo ad un accordo contrattuale che abbraccia anche l'informazione fornita dal professionista per obbligo di legge, tra atto regolare, quanto alla forma, ed atto invalido. Percorso sistematico di certo non impedito dal tramutarsi della forma documentale (atto scritto) in forma informatica: (supporto durevole), come conferma del resto ora, *ex professo*, il combinato disposto dell'art. 125-*bis* commi 1 e 2 e dell'art. 117, commi 2 e 3 del nostro t.u.b. nel testo attuale (18).
Indici normativi assai significativi tendono insomma a sospingere gli obblighi di informazione in discorso fuori dall'area consueta della responsabilità precontrattuale (ed al di qua di questa) e semmai avvalorano l'idea che, divenuta l'informazione parte integrante della proposta contrattuale dal lato del professionista, la validità del contratto non possa che rimanere subordinata altresì al rispetto delle prescrizioni di forma-contenuto che riguardano anche tale segmento dell'accordo (19).
Ove invece si ritenga che il silenzio sul punto che torna a caratterizzare da quest'ultimo profilo il testo definitivo della

direttiva impedisca tale più convincente proposta ricostruttiva e risospinga l'informazione nell'area che dovrebbe esserle in principio più congeniale della responsabilità precontrattuale, a richiamare l'attenzione dell'interprete dovrebbe essere allora questa supposta ed inedita rilevanza di prescrizioni di forma riferite alle modalità di corretta comunicazione dell'informazione e, per questa via, di corretto adempimento dell'obbligazione (di informazione). Corretto adempimento - e dunque verifica dell'esecuzione dell'esatta prestazione dovuta - che qui si misura non sulla conformità del prestato al dovuto, come apprezzabile avuto riguardo all'interesse del creditore, ma, in modo del tutto inedito, sulla conformità del modo di esecuzione alla prescrizione di legge (20).

4. La questione sistematica - almeno nei termini generali di cui sopra - viene in qualche modo bypassata anche dai più attenti commentatori (21) che prendono semplicemente atto dell'assenza nella direttiva di previsioni riferite alle conseguenze della violazione degli obblighi di informazione e del rinvio alle sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» che dovranno essere introdotte dagli Stati membri; ovvero più decisamente denunciano, già con riguardo alla Proposta, come vera occasione mancata della direttiva sui diritti dei consumatori il non avere provato a dettare una disciplina comunitaria dei rimedi per la violazione degli obblighi di *disclosure*(22).
Tale nodo ricostruttivo sarebbe così ancora una volta ribaltato in toto sulle scelte che dovrebbero essere compiute dalle legislazioni interne, finora per la verità da questo profilo o assai deludenti o comunque distanti tra loro. Pur se alla questione di ordine sistematico si finisce più o meno consapevolmente col tornare anche in sede di commento alla direttiva, quando ci si sforza di cogliere gli esiti sul piano applicativo che si originano dalle (poche) regole concernenti le conseguenze della mancata o lacunosa informazione.
È il caso della regola di cui all'art. 8 § 2 della direttiva, secondo cui, nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici, se la conclusione del contratto impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista deve comunicare in modo chiaro ed evidente al consumatore le informazioni di cui all'art. 6, § 1, lettere *a*), *e*), *o*) e *p*) prima che il consumatore inoltri l'ordine e secondo le modalità ivi indicate; e «se il professionista non osserva il presente comma, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine» (23). A fronte di tale disposizione ci si chiede se ciò significhi che il professionista deve comunque adempiere alle sue obbligazioni e il consumatore semplicemente non sia vincolato al pagamento in caso di violazione dell'obbligo di informazione; ovvero se l'adempimento dell'obbligo interferisca con la nascita del vincolo contrattuale *tout court* e cioè il consumatore non sia vincolato nel senso che «nessun contratto è stato concluso» (24).
Interrogativo dietro il quale non vi è chi non veda riemergere l'alternativa tra una sanzione per così dire infracontrattuale, che chiama in causa la responsabilità del professionista (o, se si preferisce, fornisce al consumatore una eccezione avverso la pretesa di adempimento degli obblighi di pagamento non segnalati adeguatamente in sede di stipula del contratto) ovvero il più drastico rimedio del mancato perfezionamento del vincolo.
Prospettiva sulla quale ritenevamo ci si dovesse interrogare già di fronte alle prime avvisaglie di siffatta «contrattualizzazione» dell'informazione (25); e che ora una attenta dottrina ripropone alla stregua del dettato della direttiva 2011/83 (26).
Per questo ci sembra che, una volta segnalato acutamente come la direttiva consacri «*a rather formal view*» (27) degli obblighi di informazione, non ci si possa comunque sottrarre ad una riflessione su quell'interrogativo.
Siffatto approccio formalistico, nel mentre esibisce un ulteriore disimpegno (o se si vuole incapacità) del legislatore comunitario nella prospettiva di assicurare al consumatore una informazione appropriata, in principio inconciliabile con una informazione standardizzata nelle forme e nei contenuti, sembra segnare più in generale (non foss'altro per la sede prescelta, cioè una direttiva «trasversale» in tema di diritti dei consumatori) un punto di non ritorno nella costruzione del «sottosistema» del diritto dei contratti di consumo, dal quale occorrerà comunque prendere le mosse nella ormai ineludibile verifica sulle ricadute della violazione degli obblighi di informazione nella vicenda contrattuale.
Si è rimproverato alla direttiva di avere deluso le aspettative della dottrina che vi aveva visto l'opportunità di un riordino dei rimedi per violazione degli obblighi di informazione precontrattuale, e di non avere colto i suggerimenti di possibili rimedi provenienti dagli *Acquis Group Principles* e dal *Draft Common Frame of Reference*.
Ma sarebbe forse più corretto dire che «l'assenza di chiari rimedi nell'acquis è un vecchio problema» (28), e che la direttiva ha semmai mancato l'occasione di mettervi fine.
Il giudizio sulla direttiva - ma anche la riflessione per un più consapevole processo di recepimento che non si limiti alla trasposizione - va formulato invero da due prospettive che a pari titolo, riteniamo, compongono oggi l'*acquis* comunitario. I dati normativi, vale a dire l'evoluzione della disciplina dei doveri di informazione nelle direttive sui singoli contratti, esclusi dal parziale riordino della direttiva 2011/83 ma da questa non contraddetti; e la riforma in *progress* - che in qualche veste si auspica possa vedere la luce - oggetto di una riflessione che ha cercato in questi anni sbocco prima (e possiamo oggi dire con scarso successo) nel *Draft Common Frame of Reference* e poi nella Proposta di regolamento su un diritto comune della vendita (29) che si spera sia avviata a migliore sorte.

5. Sul primo versante, non può negarsi che le fonti normative più recenti non lascino dubbi sull'accentuarsi delle tendenze oggi espresse nella direttiva sui diritti dei consumatori, ai fini del «governo» delle relazioni di scambio professionista/consumatore.
Nel passaggio dalla prima alla seconda direttiva in tema di multiproprietà, la determinazione, pur puntuale, degli elementi che il venditore deve comunicare al (potenziale) contraente, versandoli in un documento informativo (art. 70 c.cons. ma altresì art. 3 § 1 e relativo Allegato della direttiva 94/47) lascia il posto all'obbligo di consegnare un

modulo/formulario preconfezionato per legge (art. 4 direttiva 2008/122 e art. 71 c.cons.).
Si obietterà che ad un risultato non dissimile conduceva in definitiva già la vecchia disciplina, allorché prescriveva l'indicazione con precisione e per iscritto (o supporto durevole) di elementi elencati - in via presumibilmente tassativa - dalla legge. Ma l'obiezione convince fino ad un certo punto.
Perché il nuovo regime elimina in radice ogni incertezza, appunto, sulla tassatività o meno di quell'elenco e dunque, mentre riduce margini di flessibilità dell'informazione per così dire «al ribasso» (un opuscolo che, sotto il vecchio regime, non riproducesse esaustivamente l'elenco degli elementi previsti dalla legge nel presupposto della loro non tassatività), esclude anche correttivi «al rialzo», nel senso che deresponsabilizza il venditore nel caso in cui ometta di fornire specifiche comunicazioni/informazioni, diverse e/o ulteriori rispetto a quelle considerate nel formulario e tuttavia rilevanti nel caso concreto.
In verità il contenuto, specie delle informazioni supplementari di cui alla parte 3 del formulario sull'informazione precontrattuale nei contratti di multiproprietà, segnala uno sforzo ben riuscito di previsione di tutti i possibili aspetti di una comunicazione che non lasci margini di incertezza nella determinazione dei diritti ed obblighi delle parti. Il prezzo che tale definitiva «standardizzazione» dell'informazione paga alla concreta diversa capacità di comprensione del singolo contraente si palesa dunque non tanto in punto di efficacia del veicolo dell'informazione - formulario in luogo di documento informativo - quanto una volta di più in punto di efficacia dei (conseguenti) rimedi a tutela del diritto all'informazione del contraente meno avvertito.
Scontata la funzione di assicurare una compiuta informazione del potenziale contraente, la consegna di un documento informativo dal contenuto legalmente predeterminato costituiva nel vecchio regime l'oggetto di un obbligo (pur non espressamente sanzionato) a carico del professionista ma non per questo esauriva, almeno in principio, un più generale dovere di correttezza e dunque di *disclosure* in sede precontrattuale, da apprezzare in concreto. Al contrario, nel nuovo regime, è l'obbligo di informazione (*tout court*) a dover trovare adempimento per il tramite della consegna del formulario (meglio dei diversi formulari previsti). Sicché la tutela del diritto del consumatore è ora necessariamente destinata a dispiegarsi entro l'alternativa, rigida, tra consegna e accettazione del formulario e mancata consegna, salva ovviamente la responsabilità del professionista per mancato rispetto di quanto indicato e promesso nel formulario medesimo (parte integrante del contratto: art. 5 direttiva). Con la conseguenza di lasciar fuori ogni margine di rilevanza circa la non compiuta rappresentazione di diritti, obblighi, costi, benefici dell'intera operazione nei confronti di quel contraente, nell'ambito di una interlocuzione con l'offerente che la consegna del documento informativo sotto la vecchia disciplina, almeno in principio lo si ripete, non intendeva esaurire.
La responsabilità del professionista - e la conclusione apparirà tra poco inconfutabile - è, in definitiva, non responsabilità per omessa o cattiva informazione (con le possibili varanti pur sempre consentite anche da uno scrutinio secondo buona fede dei comportamenti in fase precontrattuale, malgrado la consegna di un documento destinato a supporto del flusso di informazione); bensì solo responsabilità per omessa consegna del formulario (o, ciò che è lo stesso, del formulario con i contenuti di legge) (30).
Ben più grave, a nostro avviso, e tuttavia esplicita, la scelta che abbiamo denominato di «standardizzazione» degli obblighi di informazione a proposito del contratto di credito al consumatore. Sostanzialmente riproducendo il tenore dell'art. 5 della direttiva 2008/48, l'art. 12 t.u.b., come modificato dal d.lgs. 13-10-2010 n. 141 (obblighi precontrattuali), dopo avere delineato il contenuto delle informazioni precontrattuali che il finanziatore o l'intermediario debbono fornire al consumatore «prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito» (cioè le informazioni «necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito»), prescrive al comma 2, che «le informazioni di cui al comma 1 sono fornite dal finanziatore o dall'intermediario del credito su supporto cartaceo o su altro supporto durevole attraverso il modulo contenente le «Informazioni europee di base sul credito ai consumatori». Ma - quel che più conta ai nostri fini - espressamente precisa che «gli obblighi informativi di cui al comma 1 si considerano assolti attraverso la consegna di tale modulo».
L'obbligo di informazione, come già rilevato, si tramuta in obbligo di consegna di un modulo, che in principio lascia fuori ogni possibile apprezzamento dell'adeguatezza del comportamento del professionista nei confronti di *quel* consumatore. Esito francamente paradossale se solo si considera che scopo dell'informazione è (*rectius* dovrebbe essere) specie in questo caso la formazione di una «decisione informata e consapevole in merito alla conclusione» del contratto: niente di più concreto e «personale», dunque.
Percorso identico, del resto, a quello prospettatosi nel campo (ancor più delicato) dell'informazione propedeutica alla prestazione di servizi di investimento finanziari. L'intermediario dovrà fornire ai suoi interlocutori tutte le informazioni necessarie «cosicché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari che vengono loro proposti nonché i rischi ad essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa». Ma anche a questo riguardo si consente (così l'art. 19, § 3 della direttiva Mifid I, 2004/39) che «tali informazioni» possano «essere fornite in formato standardizzato» (pur se con le precauzioni e i limiti di cui all'art. 3 della direttiva 2006/73, ma solo nel caso in cui non si tratti di informazione versata in supporto cartaceo). Scelta che sembra destinata ad essere sostanzialmente confermata, stando almeno alla Proposta esitata dalla Commissione il 20-10-2011, nella nuova annunciata direttiva relativa ai mercati degli strumenti finanziari che abroga la direttiva 2004/39, e all'attuale tenore del suo art. 24 (il cui comma 8 tuttavia riserva alla Commissione l'emanazione di eventuali atti delegati che precisino il contenuto di tali informazioni tenendo conto della tipologia di cliente oltre che di prodotto).

L'idoneità dell'informazione appare a ben vedere misurata non in rapporto al «tasso» di dati ed elementi di valutazione adeguato ad assicurare una scelta consapevole a *quel* consumatore e reputato sufficiente, seppure in via preventiva, a ridimensionarne il *gap* conoscitivo di partenza, bensì, semmai, al parametro accettabile e «tollerabile» (e, soprattutto uniforme) di trasparenza, del quale può chiedersi il rispetto a tutti i professionisti che operano su quel segmento di mercato e di contrattazione di massa.
Lungo la via della standardizzazione, così come appena sommariamente ricordata, si producono due effetti, sui quali avevamo avuto modo di richiamare l'attenzione già alcuni anni or sono (31), ma che i successivi sviluppi del quadro normativo rendono viepiù evidenti. Il primo: quel definitivo tramutarsi dell'informazione in (mera) comunicazione di dati (32), entro cui non solo si perde il tratto relazionale che è proprio di ogni attività di informazione, ma si neutralizza la diversità di connotazione che i doveri di *disclosure* manifestano all'interno della singola tipologia di relazione contrattuale e secondo la funzione che qui è loro assegnata. In particolare si colloca in ombra fino a negarla la natura e finalità di consulenza che l'informazione inevitabilmente assume allorché - come nei contratti di credito o di prestazione di servizi di investimento - il flusso di conoscenze che la legge vuole sia messo a disposizione del partner, da parte di un soggetto qualificato come il professionista (banca o intermediario), deve servire a conoscere per assumere con cognizione di causa una decisione che comporta valutazioni prognostiche circa l'assunzione di rischi. L'intermediario finanziario, non mancava di puntualizzare con efficace principio di diritto (pur sotto la previgente normativa) la nostra Suprema Corte, deve fornire «una informazione adeguata in concreto, tale cioè da soddisfare le specifiche esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria del cliente» (33). Obiettivo che appare programmaticamente abbandonato allorché si profila la scelta di una informazione veicolata dalla consegna di un modulo standard.
Il secondo effetto - strettamente connesso al primo - è l'incerta collocazione degli obblighi di informazione nella vicenda contrattuale, che rende a dir poco evanescenti le ricadute della loro violazione in punto di rimedi. La rigida prescrizione del relativo contenuto non giova peraltro a delineare un regime unitario dell'informazione (c.d.) precontrattuale, la cui violazione appare talora destinata a non trovare sanzione (almeno esplicita) ora a rilevare solo sotto la (diversa) specie di mancato adempimento dell'obbligo di consegnare il documento o supporto nel quale l'informazione va versata ovvero la copia del contratto.
La riflessione sulla natura e gli effetti degli obblighi di informazione dovrebbe fare i conti, ci sembra, con l'ormai esplicita e decisa «contrattualizzazione» che tali obblighi esibiscono in talune fattispecie; mentre il legislatore comunitario, in controtendenza, continua a suggerire una sorta di inevitabile e «innocuo» polimorfismo degli obblighi di informazione, comunque incapace di far loro superare, in punto di rimedi, la soglia della responsabilità precontrattuale (scelta, come vedremo, consegnata alla Proposta di regolamento sul diritto comune della vendita).

6. La via della standardizzazione tende a prospettare dell'informazione precontrattuale una immagine sfocata entro la quale rimane altresì in ombra la differente funzione a questa di volta in volta assegnata, e non può che accentuarsi la confusione in punto di rimedi. La generale tendenza a «convertire» gli obblighi di informazione in obbligo di consegna di un formulario informativo o modulo contenente gli elementi di informazione prescritti dalla legge appiattisce i doveri di informazione sul paradigma della comunicazione di elementi del contratto che «costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto» (art. 72, co. 4 codice del consumo, per la multiproprietà; ma ora, come si è visto, anche l'art. 6, § 5, della direttiva 2011/83 sui diritti dei consumatori per i contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali) (34); paradigma di certo inadeguato quando si tratti della informazione «personalizzata» (c.d. attiva), circa il panorama delle diverse offerte o opportunità di investimento, che dovrebbe supportare il consumatore o investitore non istituzionale nella scelta consapevole e per lui «sostenibile» di indebitamento o investimento (35); ma altrettanto inadeguato a definire, pur negli altri contratti di scambio di beni o servizi, il piano entro il quale giacciono i doveri di informazione.
La «criticità» ora ricordata - e da tempo avvistata nelle stesse fonti comunitarie - è da apprezzare sul piano funzionale ma altresì su quello strutturale, vale a dire la collocazione di siffatti obblighi nella fattispecie contrattuale. Poiché l'interprete non potrà non interrogarsi sulle differenti ricadute nella vicenda contrattuale della omessa o ingannevole informazione, a seconda che questa si presenti *sub specie* di comunicazione (per tempo) di elementi del contratto attratti nel vincolo contrattuale e dunque informazione configurata per legge già come manifestazione di volontà contrattuale da parte del professionista e componente della proposta; o piuttosto come adempimento di un comportamento «attivo» ai fini della corretta interlocuzione con una controparte non competente, nella fase di negoziazione che precede la concessione di credito o il collocamento di prodotti finanziari (36). Alternativa che le fonti comunitarie ribaltano finora sui legislatori interni, contribuendo non poco a quelle disfunzioni del processo di armonizzazione che pure tanto preoccupano le istituzioni comunitarie.
Così - per fermarci ad una caso esemplare - la violazione dei doveri di informazione, nella nuova versione «standardizzata» ma configurata quale «parte integrante del contratto» di multiproprietà, rimane senza espressa sanzione (salvo il consueto prolungamento del periodo di recedibilità) nel diritto italiano e francese (37). Mentre, più coerentemente, il legislatore inglese, dopo avere prescritto che le informazioni da fornire prima della conclusione del contratto debbano essere inserite nel contratto (scritto), espressamente prevede che «se il professionista viola» tali prescrizioni «*the contract is unenforceable against the consumer*» (38).
Torna qui a prospettarsi, ci sembra, un nodo concettuale e sistematico che la disciplina degli obblighi di informazione nei contratti di consumo (ma non solo), continua comunque a sfiorare, e che non potrà ancora a lungo ignorare. E cioè

che l'informazione «non può che essere apprezzata in un'ottica relazionale»; «essa è nella gran parte dei casi rivolta a qualcuno, ad uno o più soggetti identificati prima o quando l'informazione è resa o in momento successivo» (39).
E dunque la verifica circa il rispetto o la violazione del *duty to disclose* non può prescindere del tutto dalla specifica relazione (dal detto o non detto, capito o non capito che in quella relazione si inverano) e dunque essa può tollerare solo entro certi limiti un tasso di «rigidità», tendendo inevitabilmente a proiettarsi sul terreno della valida formazione del vincolo.
Non si dice cosa nuova ricordando che il tema della rilevanza di *mistake* o *fraud* nel contratto e quello dei *duties of disclosure* sono contigui ed anzi destinati ad incontrarsi (40).
Basti ricordare del resto la necessaria puntualizzazione (*A party who has concluded a contract relying on incorrect information given it by the other party may recover damages in accordance with Article 4:117* (2) *and* (3) *even if the information does not give rise to a fundamental mistake under Article 4:103*) e l'accostamento in punto di rimedi (con il rinvio, appunto alla regola di cui all'art. 4:117) nei PECL; ma, soprattutto, ora, il tenore dell'art. II - 3:109: *Remedies for breach of information duties*, del *Draft Common Frame of Reference* che, dopo aver previsto il diritto del consumatore al risarcimento dei danni (nei limiti dell'interesse negativo) allorché il professionista non abbia adempiuto ai suoi doveri di informazione, precisa al paragrafo (4) *The remedies provided under this Article are without prejudice to any remedy which may be available under II. - 7:201 (Mistake)*.
Anche alla luce di questi indici appare allora inevitabile chiedersi, se proprio l'attuale fase di revisione del *consumer acquis* non possa includere un rafforzamento dei rimedi a disposizione del consumatore «*who entered a contract under some kind of misapprehension that would have been prevented had the required information been given*», fino al punto da prevedere, ad esempio, che il consumatore debba poter avere anche un rimedio per «*mistake*» (41).
Ipotesi ricostruttiva che, come dimostra ancora il saggio appena citato, non è poi così azzardata ove si guardi ancora alle (pur ambigue) aperture rintracciabili nello stesso *Draft*, alla cui stregua l'annullamento del contratto per errore - fermo restando il presupposto secondo cui la parte non avrebbe concluso il contratto o lo avrebbe concluso a condizioni differenti e l'altra parte ne era a conoscenza o avrebbe potuto esserlo - può essere chiesto anche se l'altra parte abbia causato l'errore «con la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale» (7:201 (I), b) (iii) *Mistake*). E allora, «se l'opportunità di negoziare sulla base della necessaria informazione è presupposto dell'effetto vincolante non si capisce perché» - osserva Grundmann - «fuori dai casi di *falsa demonstratio* potrebbe vertersi in caso di errore solo quando l'altra parte abbia fatto lo stesso errore» (42).
Non vuol dirsi che la risposta alla violazione degli obblighi di informazione debba trovarsi sempre sul piano della mancanza di una volontà capace di vincolare il soggetto, così tornando a prospettarne i rimedi sul terreno, certamente insidioso, della ricerca dei vizi del volere.
È vero che la funzione preventiva, sulla quale si regge la disciplina di fonte comunitaria, può conseguirsi a patto di svincolare lo strumento di tutela da qualsivoglia indagine in concreto (necessariamente successiva), attestandolo piuttosto su un *target* normativamente definito: che è la capacità di comprensione e conoscenza del «consumatore» (medio), ma, specularmente, anche il livello di *disclosure* che può pretendersi dal professionista e, accordato il quale, questi abbia certezza di non esporsi ad alcuna pretesa del suo *partner*. Alla verifica di ciò che la parte contraente (consumatore) ha in effetti appreso e/o capito delle condizioni contrattuali, ma altresì di ciò che l'altra parte (professionista) ha inteso del convincimento del suo *partner* si sostituisce, necessariamente, un apprezzamento in via presuntiva (ma con presunzione *iuris et de iure*) (43) di ciò che il consumatore avrebbe potuto capire ove solo il professionista si fosse comportato in aderenza alle regole di trasparenza. «Le regole sull'incontro delle intenzioni» (dei contraenti) «sembrerebbero perdere d'importanza in rapporto alle regole sul carattere informato del consenso» (44), tuttavia, allorché quelle regole siano state violate - e dunque non vi sia stata informazione o informazione compiuta e corretta - occorrerà pur chiedersi se l'asimmetria informativa debba trovare rimedio nella *monetizzazione* a carico del professionista (secondo il modello della responsabilità contrattuale o precontrattuale) ovvero se si sia determinato un *vulnus* nella (corretta formazione della) relazione contrattuale.
Doppio binario che il legislatore comunitario in qualche modo evoca, forse suo malgrado, allorché persiste nel distinguere una informazione in apparenza disarmata (per così dire «debole») e una informazione «forte», il cui contenuto è destinato a costituire, per legge, *parte integrante del contratto* (secondo la formula che si prospetta nelle più recenti fonti).
Qui si colloca, riteniamo, il limite per così dire «strutturale» delle regole di stampo europeo in tema di informazione nei contratti di consumo, che ne rende in qualche misura inafferrabili le ricadute nella vicenda contrattuale in punto di rimedi, e conduce il legislatore comunitario - pur ben consapevole da tempo della propria inadeguatezza - a rinunciare, per così dire programmaticamente, a completarne il regime sotto il profilo sanzionatorio (attestandosi almeno finora su una delega pressoché in bianco ai legislatori interni).

7. Il lavoro di revisione, in vista di un quadro comune di riferimento o comunque di una cornice normativa uniforme in tema di disciplina generale del contratto, da tempo avviato in ambito comunitario - e tuttavia ad oggi non concluso - di certo non ha sottratto i doveri di informazione dal «limbo» tra regole di responsabilità e regole di validità nonché tra il prima e il dopo del contratto (responsabilità precontrattuale *versus* invalidità del contratto e/o responsabilità contrattuale) entro il quale sembrano condannati, e tuttavia ha contribuito ci sembra a mettere meglio a nudo la questione.
Alle previsioni del *Draft Common Frame of Reference* concernenti gli obblighi di informazione (45) e in particolare i

rimedi per la loro violazione la dottrina tende in generale a riconoscere il merito di essere andate oltre il semplice rinvio alle legislazioni nazionali (46) (nelle quali peraltro, è stato opportunamente ricordato, non si rintracciano specifici rimedi per i casi di *non disclosure* eccetto quelli provenienti dalle direttive (47)), e di avere tentato di offrire alcune soluzioni. Rimproverandosi alla nuova direttiva sui diritti dei consumatori di non aver fatto tesoro di tali suggerimenti. (48)
Il giudizio dovrebbe forse essere più articolato.
*Draft* e *Acquis Group Principles* per la prima volta chiaramente riconoscono al consumatore il diritto al risarcimento del danno per violazione degli obblighi di informazione: «Anche se non è stato concluso alcun contratto, l'inadempimento degli obblighi previsti dagli artt. 2:201 a 2:206 attribuisce all'altra parte il diritto al risarcimento dei danni per avere confidato nella conclusione del contratto» recita l'art. 2:207 degli *Acquis Group Principles*: (Rimedi per la violazione degli obblighi d'informazione), mentre «se una parte è inadempiente agli obblighi derivanti dagli artt. 2:201-2:206, e un contratto è stato concluso, esso vincola alle obbligazioni che l'altra parte poteva ragionevolmente attendere come conseguenza delle informazioni non comunicate o erronee. I rimedi previsti dal Capitolo 8 sono applicabili all'inadempimento delle medesime obbligazioni».
Nella stessa direzione si muove il DCFR allorché all'art. II-3:109 prevede che (2) «Se il professionista non adempie agli obblighi di cui ai precedenti articoli» - cioè gli obblighi di informazione - «egli è vincolato secondo il contratto a quelle obbligazioni che l'altra parte poteva ragionevolmente attendersi in conseguenza della mancata o non corretta informazione. Si applicano in tal caso i rimedi previsti dal libro III capitolo 3 per l'inadempimento di tali obbligazioni. (3) Sia stato concluso o meno il contratto, in ogni caso il professionista che non abbia adempiuto agli obblighi previsti dai precedenti articoli è responsabile per le perdite che tale violazione abbia causato all'altra parte» (49).
Entrambi i testi, nel mentre continuano a sfiorare, senza risolverla, la questione posta in punto di rimedi dalla nota contiguità/sovrapposizione tra *non disclosure* e *mistake*(50), ripropongono, seppure alla stregua di un (inespresso) principio di affidamento, la regola che impegna il professionista a quanto abbia lasciato intendere alla sua controparte con una informazione lacunosa o ambigua, e, per altro verso, restituiscono al consumatore la fruibilità di un rimedio, quello del risarcimento del danno, che appartiene in generale alla tradizione dei diritti interni in tema di responsabilità precontrattuale. Soluzione - ripresa come diremo in seno al «diritto comune europeo della vendita» di cui alla Proposta di regolamento dell'11-10-2011 - che tuttavia nulla aggiunge al fine di un più solido inquadramento sistematico degli obblighi di informazione nella versione «forte» che gli stessi testi ci propongono, vale a dire l'informazione vincolante, «parte integrante» del contratto, e dunque contenuto dell'obbligazione contrattuale. Ed invero, la regola che vuole il professionista vincolato alle obbligazioni che l'altra parte poteva ragionevolmente attendersi in conseguenza della mancata o non corretta informazione completa e rafforza il nesso per così dire *in positivo* tra informazione e contratto, che vuole il contenuto dell'informazione (o quanto di esso inteso dall'altra parte) componente integrante del contratto; ma non è idonea a governare il diverso profilo che attiene alla tenuta e all'ambito delle obbligazioni sorte a carico del consumatore da una relazione all'origine viziata, all'opposto, da un *gap* di informazione.
Il plauso rivolto al DCFR per aver previsto «un preciso insieme di rimedi per l'inadempimento degli obblighi di informazione precontrattuale, che va oltre la protezione prevista in numerose direttive (che non prevedono alcun rimedio)» - salvo ovviamente l'allungamento del termine per il recesso - non può spingersi, ci sembra, fino al punto da riconoscere a tale testo l'ulteriore merito di essersi spinto anche «oltre la più protettiva opzione suggerita nel Libro Verde» (51).
Il testo da ultimo chiamato in causa - vale a dire il punto più alto di riflessione critica sullo stato della legislazione consumeristica, quale il *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis*(52) esitato dalla Commissione nel 2006, al quale avrebbero dovuto fornire risposte sia *l'Acquis Group* che il *Common Frame of Reference* - forniva invero una analisi in qualche modo impietosa dell'*impasse* che si registra in ambito comunitario proprio a proposito del regime degli obblighi di informazione e dal punto di vista rimediale: mettendo in evidenza sia il «modo incompleto e inconsistente» nel quale appare regolato nelle direttive l'inadempimento di tali obblighi (e la mancanza in alcuni casi di qualsivoglia rimedio), sia la insufficienza del consueto rimedio del prolungamento del periodo di recesso.
Ma, soprattutto, il *Green Paper* poneva all'attenzione, in alternativa sia al mantenimento dello *status quo* (Opzione 3) che allo scenario più *soft* (e già visto), del mantenimento di un rimedio generale consistente nel semplice allungamento del periodo di recesso (Opzione 1), la possibilità di *differenziare i rimedi in relazione all'inadempimento di differenti gruppi di obblighi di informazione*, in modo aderente al contenuto e alla funzione da essi svolta, fino al punto da uscire dall'ambito della responsabilità (precontrattuale) e attingere quello della validità del contratto.
«*Alcuni inadempimenti a livello precontrattuale e contrattuale darebbero luogo a rimedi (per esempio la non corretta informazione sul prezzo di un prodotto potrebbe dare diritto al consumatore di chiedere l'annullamento del contratto)*, mentre altri inadempimenti potrebbero essere trattati differentemente (per esempio attraverso il prolungamento del periodo di esercizio del recesso e nessuna sanzione contrattuale)».
I corsivi (nostri) intendono segnalare il passaggio di piani, del quale non ci pare vi sia traccia nel *Draft* e che, non a caso, come abbiamo avuto modo di mettere in luce, rimane (ma irrisolto) sullo sfondo della direttiva 2011/83 nell'art. 6, § 1, lettera *e*), e, per i «contratti diversi», nell'art. 5, § 1, lettera *c*).

8. Quello spunto non pare abbia trovato alcun esito nella riflessione in atto in sede comunitaria.
E lo conferma ora il testo ad oggi più significativo della (auspicata) opera di *Restatement* del diritto europeo dei contratti, cioè la già ricordata Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto

comune europeo della vendita (11-10-2011, COM 2011, 635 definitivo), documento di maggiore interesse ed attualità rispetto al *Draft*, non foss'altro perché almeno in principio destinato a tradursi in atto normativo.
Qui non mancano invero novità interessanti in tema di regime degli obblighi di informazione.
La più significativa delle quali, per le implicazioni che subito proveremo a mettere in luce, ci sembra proprio riconducibile all'innesto delle consuete «declaratorie» sui contenuti dell'informazione precontrattuale (di cui, in particolare, agli artt. 13, Obbligo di fornire informazioni in caso di conclusione di un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali; 14, Informazioni sul prezzo e sulle spese aggiuntive; 15, Informazioni sull'identità e sull'indirizzo del professionista; 16, Informazioni sulle clausole contrattuali; 20, Obbligo di fornire informazioni in caso di conclusione di un contratto diverso dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali; ma anche 24, Ulteriori obblighi di informazione nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici, specie § 3), entro un quadro di disciplina generale che si apre con la consacrazione della clausola generale di buona fede e correttezza.
Ai sensi dell'art. 2 del diritto comune europeo della vendita, «1. Le parti sono tenute ad agire secondo buona fede e correttezza. 2. La violazione di tale dovere può precludere alla parte l'esercizio di un diritto, di un rimedio o di un'eccezione di cui potrebbe altrimenti valersi, oppure può renderla responsabile per qualsiasi danno derivante dalla violazione all'altra parte. 3. Le parti non possono escludere l'applicazione del presente articolo, né derogarvi o modificarne gli effetti».
E dunque, in ragione della rilevanza così accordata alla clausola di buona fede tra i principi generali (della disciplina del contratto), l'indagine in ordine all'adempimento o inadempimento degli obblighi di informazione a carico del professionista - al di là della verifica del rispetto dei contenuti dell'informazione, come analiticamente previsti dalle singole disposizioni sopra richiamate - non potrebbe, ci sembra, essere sottratta ad un generale scrutinio del comportamento del professionista alla stregua, appunto, di tale canone di buona fede; guadagno tanto più significativo ove si consideri che, una volta scelta l'applicazione del «diritto comune» (con le cautele circa la prestazione del consenso da parte del consumatore di cui agli artt. 8 e 9 del regolamento, pur se assistite da sanzioni tutte da rintracciare negli ordinamenti degli Stati membri secondo il rinvio di cui all'art. 10 reg.), «questo e solo questo ne disciplina le materie rientranti nel proprio campo di applicazione» (art. 11, reg.); e, in particolare, «purché il contratto sia effettivamente concluso, il diritto comune europeo della vendita disciplina anche degli obblighi di informativa precontrattuale e i rimedi per la loro inosservanza» (art. 11, secondo periodo).
La scelta, validamente espressa (in forma esplicita e separata, cui il professionista deve dare conferma su un mezzo durevole: così § 2, art. 8 del regolamento), per l'applicazione del diritto comune, allora, sottrarrebbe il contratto del consumatore alla applicazione delle regole di informazione standardizzata (cioè neutralizzata in un modulo informativo) almeno secondo il regime dettato dalle direttive settoriali e potrebbe tornare ad aprire al consumatore la via di una protezione in concreto del suo diritto alla trasparenza contrattuale per il tramite del canone di buona fede. Esito del resto pienamente in linea con il rimedio azionabile in caso di violazione degli obblighi di informazione, che il «diritto comune della vendita» individua (potremmo dire definitivamente) nel risarcimento del danno.
Il rimedio risarcitorio verrebbe ad esaurire le tutele offerte al consumatore così colmando le lacune delle discipline settoriali, ma al contempo depotenziando gli scenari evocati dalla previsione di una informazione vincolante (parte integrante del contratto).
Accolta questa lettura - l'unica che ci appare coerente con l'impianto dello strumento opzionale - si apre semmai una ulteriore alternativa che il testo allo stato lascia irrisolta. Se infatti, come sembra, il rimedio risarcitorio è recuperato secondo il modello della responsabilità (pre) contrattuale e se, specie dal punto di osservazione del giurista nostrano, il ritorno a tale modello può trovare qui il consueto solido aggancio con la regola di buona fede programmaticamente posta all'art. 2 della disciplina comune della vendita, rimarrà ineludibile l'ulteriore interrogativo sulla valenza delle prescrizioni di contenuto dell'informazione, di cui alle dettagliate indicazioni fornite dagli artt. 13 e seguenti, in punto di verifica dell'adempimento o della violazione degli obblighi di informazione.
Il rimedio risarcitorio sarà posto a disposizione del consumatore il quale lamenti una violazione del dovere di buona fede da parte del professionista che pure abbia fornito le informazioni prescritte ma non le abbia veicolate in modo (in concreto) adeguato al suo interlocutore? O, al contrario, come sembra peraltro suggerire il testo dell'art. 29, comma 1 («la parte che viola gli obblighi imposti dal presente capo risponde di qualsiasi danno causato all'altra parte da tale violazione»), la tecnica riparatoria presiederà solo la mancanza in tutto o in parte della (mera) comunicazione degli elementi richiesti? E, in questo secondo caso, vi sarà spazio (e quale) per uno scrutinio secondo buona fede (53)?
E dunque delle due l'una: o alla previsione di cui al § 1 dell'art. 29 si assegna il compito (semplicemente) di ribaltare sulla funzione riparatoria del risarcimento del danno il discorso sulla tormentata collocazione sistematica degli obblighi di informazione, così chiudendolo; ovvero dalla previsione di tale rimedio dovrà partirsi, ma pur sempre per tornare a coglierne la (diversa) fruibilità in rapporto ai differenti ruoli svolti dagli obblighi di informazione nella vicenda contrattuale, e per questa via riaprire il discorso di natura sistematica. Percorso ricostruttivo tanto più ineludibile ove si consideri che il diritto comune della vendita ribadisce il carattere vincolante dell'informazione precontrattuale, quale parte integrante del contratto (art. 13, § 2) ma - al pari di quanto fa la direttiva 2011/83 - solo per i contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali e non per le informazioni, di analogo contenuto, da fornire in sede di conclusione degli altri contratti con i consumatori.
Così tornando a prospettarsi il più volte evocato polimorfismo degli obblighi di informazione e con esso un più generale interrogativo circa la pretesa esaustività dei rimedi di cui all'art. 29 e in particolare al § 1.
Ma a ben vedere è proprio nella presenza della pur auspicata regola rimediale ora consegnata all'art. 29, § 1, che si

nasconde la maggiore insidia. Poiché è vero che il *Draft* prima e la Proposta di regolamento poi, mostrano di «saper trarre vantaggio dal diritto comunitario come fonte originaria del diritto secondo di tutela del consumatore» così «orientando da questo che costituisce il particolare verso il generale quegli aspetti di esso che sono sembrati idonei all'innesto nel diritto privato generale» (54), in primo luogo proprio gli obblighi di informazione. È pur vero però che questo processo di espansione/generalizzazione, almeno ove si abbia riguardo proprio al regime degli obblighi di informazione, sembra compiersi nel segno di un certo deperimento degli elementi di specificità in qualche modo emersi nel diritto «secondo» che trova fonte nelle direttive settoriali.
Incapace per un verso di giungere ad una forse auspicabile *reductio ad unum* del paradigma degli obblighi di informazione nei contratti dei consumatori, sotto il profilo della loro rilevanza entro la vicenda contrattuale - sicché, lo si è già ricordato, come già nella direttiva 2011/83, sarà solo l'informazione precontrattuale fornita nei contratti a distanza e in quelli negoziati fuori dai locali commerciali a costituire parte integrante del contratto, e ciò senza che sia dato apprezzare le conseguenze nel caso di violazione di siffatti obblighi informativi destinati a completare l'offerta del professionista (55) - la proposta di un «diritto comune europeo della vendita» opzionale, per altro verso, prospetta una più generale omogeneizzazione degli obblighi di informazione ma proprio nel quadro di un rassicurante (quanto forse deludente) ritorno sotto l'egida della responsabilità precontrattuale.
Ad essere assistita dal rimedio del diritto al risarcimento del danno è invero la violazione degli obblighi di informazione precontrattuale di *tutti* i contratti che ricadono sotto la disciplina comune, siano essi tra professionista e consumatore che tra professionisti (PMI) (Vedi Sezione 5 del testo in esame).
Sicché il disegno in fieri di una disciplina comune europea del contratto, lungi dal dare risposta al nodo sistematico che si origina - non è superfluo ribadirlo - dalla fisionomia peculiare assunta dagli obblighi di informazione nel diritto «speciale» dei contratti di consumo ed altresì dalle diverse funzioni che qui tali obblighi hanno esibito, semplicemente riporta il nuovo (l'informazione secondo il modello di *consumer protection*) al vecchio (la misura risarcitoria al servizio della responsabilità precontrattuale *tout court*).
La ricerca di uno «statuto» degli obblighi di informazione deputati a correggere lo squilibrio tra i contraenti, nell'incontro tra professionisti e consumatori, sembra proprio fermarsi qui. E continua a rimanere lontana, forse una volta per tutte abbandonata, la prospettiva di una ricerca di rimedi diversi ed adeguati, capace di assecondare e valorizzare il polimorfismo degli obblighi di informazione che il legislatore comunitario si accinge invece, almeno in punto di rimedi, a neutralizzare (56).

9. Non vuol dirsi certo che l'apertura verso rimedi invalidanti come quelli evocati (ma solo in via esemplificativa) nel *Green Paper* 2006, si prospetti come la più adeguata (o l'unica adeguata) a supportare la tenuta degli obblighi di informazione: ma non v'è dubbio che «se l'informazione è fondamentale nel processo di formazione del consenso, e se sono questi i due corpi normativi implicati a questo riguardo, fatte salve rispettive caratteristiche considerevolmente differenti, restituire coerenza ad essi sembra essere la sfida che un coerente e moderno diritto dei contratti deve affrontare» (57).
Sembra al contrario definitivamente affermarsi una sorta di incompatibilità di principio tra la filosofia dell'intervento comunitario di *consumer protection* e, segnatamente, della legislazione comunitaria sui contratti tra parti di diverso potere contrattuale, e tecniche meno *soft* di governo delle manifestazioni di autonomia privata o, più direttamente, delle relazioni di scambio di beni e servizi.
I limiti di ordine sistematico che attraversano a questo riguardo l'intera direttiva sui diritti dei consumatori - e su cui la proposta di regolamento per uno strumento opzionale non preannuncia significativi passi avanti - sembrano diretta proiezione di un vuoto che connota l'*acquis* comunitario e di un nodo che *Principles dell'Acquis Group* prima e *Draft Common Frame of Reference* (e Strumento Opzionale) poi, sfiorano senza sciogliere.
Se la direttiva attesta la protezione dei consumatori ad un livello decisamente più basso di quello atteso (58) è anche - riteniamo - perché la lunga riflessione a livello comunitario ha mostrato ben scarsi progressi sul punto, tant'è che lo stesso *Draft*, come non si è mancato di sottolineare, in ultima analisi non sembra andato oltre la «ordinata trascrizione» delle regole rintracciabili nelle direttive settoriali, senza riuscire ad amalgamare ed ordinare sotto il profilo sistematico tre corpi normativi che vivono al suo interno quasi senza incontrarsi, quali la disciplina dell'errore nelle vecchie legislazioni nazionali, i doveri di informazione contenuti nelle più giovani direttive sui contratti dei consumatori, e le regole in materia di informazione nascoste, implicate entro altri segmenti di disciplina, quale ad esempio quella sulla vendita di beni di consumo (59).
Così, nella disciplina comune europea della vendita, allegata alla Proposta di regolamento, il possibile eppur fecondo incontro tra predeterminazione legale del contenuto dell'informazione e scrutinio (flessibile) del comportamento del professionista secondo buona fede, rimane sullo sfondo, quale opportunità che il testo normativo lascia intravvedere (forse suo malgrado) ma non coglie.
D'altra parte, in questo atteso ma mai raggiunto bilanciamento tra governo preventivo dell'informazione (per questo necessariamente standardizzata) e garanzia di una informazione «appropriata», il recupero del (generale) strumento risarcitorio - che pure apre non pochi interrogativi in sede applicativa (60) - potrebbe giovare a far riguadagnare alla verifica sul corretto adempimento degli obblighi di informazione i margini di flessibilità propri della responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di buona fede; ma ciò a prezzo di neutralizzare (quanto meno in punto di rimedi alla cattiva o omessa informazione), la specifica e più forte funzione che tali obblighi dovrebbero assolvere nel contratto tra professionista e consumatore allorché l'informazione si attesti per legge già a contenuto contrattuale

vincolante (dal lato del professionista).
È forse ormai tempo di chiedersi se di vuoto sistematico si tratti o non piuttosto di decisa opzione del tutto coerente con il «modello» di contratto che in quel contesto è venuto delineandosi; e forse della sola opzione con quel modello compatibile.
Illuminanti ci sembrano al riguardo - per tralasciarne le pur significative premesse - i contenuti del *Draft* e le sue *guidelines*. Il vero è, si è detto a proposito dell'idea di giustizia accolta nel *Draft*, che «*this notion of justice is unduly narrow and conservative*» (61). Quando spiegano perché, per le più ampie finalità del *Draft*, suggeriscono di raggruppare gli *underlying principles*(62) sotto i capisaldi di libertà, sicurezza, giustizia ed efficienza, in luogo del riferimento a libertà contrattuale, sicurezza contrattuale e lealtà contrattuale di cui ai *Principles of European Contract Law*, i redattori del *Draft* opportunamente sottolineano come «ciò non significa che venga abbandonato il principio di lealtà contrattuale», essendo questo in senso ampio ricompreso «nel più ampio principio di giustizia» (63).
Si esplicita qui quella operazione che è stata efficacemente descritta come la (pretesa) «coincidenza fra la qualificazione «contrattuale» e la qualificazione «giusto», nei termini di un'equazione fra la genuina libertà contrattuale e la giustizia, oltre che nei termini di una coincidenza fra la genuina libertà contrattuale e l'efficienza»; prospettiva dalla quale diviene fondamentale portare l'attenzione soprattutto «sul rispetto delle condizioni per un effettivo e paritario esercizio della libertà e sull'istanza della *security* contrattuale» poiché, è solo «in condizioni di reciproca pienezza informativa e di *equal bargaining power*» che «contratto, giustizia, efficienza, non entrano in conflitto» (64).
«La libertà contrattuale dovrebbe essere il principio ispiratore del diritto comune europeo della vendita. L'autonomia delle parti andrebbe limitata solo se e in quanto indispensabile, in particolare per motivi di tutela del consumatore. Qualora ricorra simile necessità, dovrebbe essere chiaramente indicata la natura imperativa delle norme in questione». Così, programmaticamente, il Considerando 30 della Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, sopra citata. La prospettiva della adozione del c.d. Strumento Opzionale per l'introduzione di un diritto comune (dei contratti più che della sola vendita), ispirato all'obiettivo primario di un (semplice) bilanciamento dell'equilibrio tra diritti ed obblighi, muovendosi dichiaratamente in una logica di promozione e sostegno del mercato concorrenziale, mentre guarda prioritariamente al comparto dei contratti di consumo punta a ridimensionarne la specificità: «per affrontare in modo mirato e proporzionato i problemi attuali di mercato interno e concorrenza, il campo d'applicazione personale del diritto comune europeo della vendita dovrà incentrarsi sui soggetti che il divergere dei diritti nazionali dei contratti attualmente dissuade dal concludere affari all'estero, con tutto l'effetto negativo sul commercio transfrontaliero che ne consegue. È opportuno pertanto che rientrino in tale campo di applicazione tutte le transazioni tra imprese e consumatori e tutti i contratti tra professionisti quando almeno una delle parti è un PMI, in base alla raccomandazione 2003/361 della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese. Dovrebbe tuttavia restare salva la possibilità per gli Stati membri di adottare leggi che autorizzino l'applicazione del diritto comune europeo della vendita ai contratti fra professionisti in cui nessuna parte è una PMI» (Considerando 21).
Una marcia di (ri)avvicinamento, quella tra contratti di consumo e contratti tra professionisti - in qualche modo mediata e agevolata dalle regole riferite al (c.d.) terzo contratto tra professionista e impresa *debole* - che ha nella disciplina dell'informazione, e nella regola di cui al § 1 dell'art. 29, uno dei suoi capisaldi.
Il dubbio, abbastanza fondato, è allora che la direttiva sui diritti dei consumatori non sia esito deludente di un percorso (momentaneamente) interrotto; ma ultimo atto di un intervento settoriale destinato, nel contesto di un ormai prossimo *revirement* (annunciato dalla Proposta di uno Strumento Opzionale), che non segnerà certo l'abbandono della disciplina «speciale» dei contratti dei consumatori, come pure qualcuno comincia a suggerire (65), ma ne annuncerà in qualche modo la parabola: segnata dalla sopravvivenza, entro una sorta di recinto dai confini ben definiti, di un regime «di protezione» che si ritiene abbia ormai fatto la sua parte e raggiunto il punto più alto oltre cui non si intende spingerlo (66).
Regime da ricondurre comunque a compatibilità con un quadro di disciplina generale del contratto e relativi principi fondativi, all'insegna, in primo luogo, del primato dell'autodeterminazione privata, che nell'incontro professionista/consumatore va preservata e ripristinata ma non certo corretta. E del resto a cos'altro conduce l'abbandono di un approccio di armonizzazione minima, se non a mortificare la «specialità» del diritto dei consumatori e la sua attitudine derogatoria, risospingendolo, nei singoli ordinamenti, entro la cornice della disciplina generale del contratto (67)?
L'*acquis* comunitario, di cui queste annunciate opere di revisione sono comunque figlie, vede insomma ridimensionarsi ed in qualche modo «cristallizzarsi» la disciplina «speciale» del contratto consumatore-professionista, quale luogo di elezione di un «eccezionale» intervento correttivo delle scelte di autonomia privata, pur se in funzione di presidio e recupero del principio di libertà contrattuale.
La «speranza» che la direttiva sui diritti dei consumatori non segni la fine della riflessione sull'informazione e il diritto di recesso (68) ci appare francamente destinata quanto meno ad affievolirsi se non a svanire, di fronte a quello che nello Strumento Opzionale intende offrirsi come il massimo sforzo di sistemazione delle regole in parola, ma al contempo come il livello massimo di protezione assicurato ai consumatori (69).
Può darsi che, una volta di più, la «difficile mediazione tra un diritto burocratico e rozzo e un diritto di livello più alto e di maggior valore aggiunto» (70) incontri una ulteriore battuta d'arresto, e la Proposta di regolamento (o almeno questa Proposta) non abbia miglior fortuna del *(Draft) Common Frame of Reference*.
Meno probabile che l'*acquis* comunitario porti all'auspicata sintesi, nel solco delle indicazioni del Libro Verde, i diversi

e incompleti segmenti di disciplina relativi agli obblighi di informazione, cui ci hanno abituato le direttive settoriali e ora la direttiva sui diritti dei consumatori.
Scelte più coraggiose o quanto meno più coerenti, di fronte ad un quadro normativo comunque ormai abbastanza assestato, possono sempre venire dai legislatori interni (e valga ancora l'esempio del *The Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010* sopra ricordato).
Poco probabile - ma ci auguriamo di essere smentiti - che su questa lunghezza d'onda cominci a muoversi il nostro legislatore, magari all'appuntamento con il recepimento prossimo della direttiva 2011/83.

Abstract
*Duties to Disclose in Consumer Protection Rules*
*and Uniform and Optional European Contract Law*
Less ambitious than the original proposals, the Consumer Rights Directive 2011/83 focuses on the area of information duties and the right of withdrawal in B2C contracts.
This article analyses the new rules providing information obligations, and highlights some of the unresolved questions particularly concerning the level of consumer protection, and the remedies for the breach of those obligations.
An extensive catalogue of information is now to be given in distance and off-premises contracts; and - according to the existing rules within the Directives on Timeshare Contracts and Package Travel - this catalogue is to be considered an integral part of the contract. According to the Author's opinion, the option for a detailed provision of the elements that must be disclosed to the consumers, on the one hand, combined with the imposition of formal requirements to be fulfilled in providing informations, demonstrates how the Directive keeps on enhancing the "standardization" of the B2C contractual relationship instead of trying to introduce a more personalized information.
Information duties are now to be fulfilled by the trader also in a contract *other* than a distance or an off-premises one, even if, due to many exceptions, the spectrum of "other" contracts to which this obligation applies is much narrower than at first glance. However, in contrast to the information requirements in distance and off-premises contracts, the Directive does not stipulate that there is a reversal of the burden of proof in "other" contracts; the catalogue of information to be given doesn't form, in this case, an integral part of the contract. The Author stresses how the Directive, while going on in implementing the range of information duties, has not chosen - unlike the Proposal - to opt for a more systematic approach. No single rule tells the consumer what remedies can be used to enforce the failing of the information duties by the professional, so that the Directive fails the attempt to bring coherency to existing rules and particularly misses its chance to harmonize the remedies in European contract law for breaches of duties of disclosure.
Once again, it's to the Member States to provide "effective, proportionate and dissuasive penalties", but, due to the principle of full harmonization, the level of consumer protection could hardly be increased by domestic rules:
The main limit of the Directive - under Author's opinion - is that the European legislator seems to consider in the same way precontractual information duties and those informations that, according to the foreseen provisions, has become content of the contract, and can't therefore be assumed as "precontractual", better concerning the formation of a valid contract.
The current review of the acquis should have included the strengthening of the available remedies and, as some scholars suggest, should have explored, in the case, the proximity between failure of disclosure and the defect of consent itself.
The Green Paper on the Review of the Consumer Acquis, on the other hand, suggested that "*there would be different remedies for breaching different groups of information obligations*".
On the contrary, the Directive replicates the acquis approach and the option now adopted in the DFCR as well as in the Proposal for a Common European Sales Law: the breach of information obligations seems to be considered only in the framework of pre-contractual liability, as demonstrate both the insertion on the general good faith principle and the provision of a right of damages for the consumers. The conclusion of the paper is that the Directive fits very well into a scenario which could lead to *reduce* the role played by consumer law as *lex specialis* which should derogate to general contract law.

**Note:**
(*) Saggio sottoposto a referato.
(1) E. Hall - G. Howells - J. Watson, The consumer Rights Directive. - An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, Eur. Rev. Contract Law, 2012, 2, 140.
(2) Così, nelle Note di commento all'art. II - 3:109 Principles, Definitions and Model rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference a cura di C. Von Bar - E. Clive (Oxford 2009), 240, con rinvio a G. Howells - T. Wilhelmsson, EC Consumer Law (Aldershot 1997), 182.
(3) Si ricorda che (art. 28 dir. 2011/83) gli Stati membri devono adottare e pubblicare «le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva» entro il 13 dicembre 2013 e applicare le misure a decorrere dal 13 giugno 2014.
(4) Ci si riferisce alle seconde direttiva in tema di multiproprietà e di credito ai consumatori, su cui v. oltre § 5.
(5) Recepimento che ad oggi non risulta intervenuto in alcuno Stato.
(6) Una prima ricognizione dei contenuti e delle novità in S. Mazzamuto, La nuova direttiva sui diritti dei consumatori, in questa Rivista, 2011, 861 s.
(7) Non si dimentichi che la Proposta di Direttiva vede la luce nel 2008, ma quale primo punto di arrivo di un riesame avviato nel 2004 e che si snodò attraverso diverse tappe - fra cui il Green Paper on the Review of the Consumer Acquis del 2006 e, soprattutto, non si sottovalutino le reazioni del mondo dei professionisti da una parte, e delle associazioni dei consumatori dall'altra, confrontatisi in un dibattito che ha sicuramente ritardato l'approvazione della direttiva, verosimilmente contribuendo a suggerire la scelta finale di

«accantonare» la revisione del nucleo più significativo delle regole «di protezione» costituito dalla disciplina delle clausole vessatorie e di rinunciare a soluzioni più drastiche in tema di (violazione dei) doveri di informazione, in generale, e sul recesso.
(8) «Somewhat disappointingly, breach of the information requirements are left to be dealt with by the National laws of the member States which must provide effective remedies»: C. Twigg Flessner - D. Metcalfe, The proposed Consumer Rights Directive - less haste, more thought?, Eur. Rev. Contract Law, 2009, 369.
(9) Rinvio che d'altra parte verosimilmente attenuerà il beneficio della politica di «full harmonisation», proprio dal profilo qui considerato se è vero, come è stato notato, che «c'è il rischio che i vantaggi dell'armonizzazione possano essere pregiudicati da certe ambiguità di terminologia che possono condurre a differenti interpretazioni a livello nazionale, ad esempio con riguardo alle diverse prescrizioni di forma» (Hall - Howells - Watson, The Consumer Rights Directive cit., 166).
(10) La regola in tema di inversione dell'onere della prova ha invece portata generale nel testo del c.d. Strumento Opzionale (diritto comune europeo della vendita di cui alla Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, Bruxelles, 11-10-2011, COM (2011) su cui si tornerà): si veda infatti l'art. 21 che, insieme al successivo art. 22 (imperatività delle norme) è posto a chiusura dell'intera sezione 1 (Informazioni precontrattuali che il professionista deve fornire al consumatore) del capo 2 della parte II.
(11) Ci si riferisce al disegno di legge governativo n. 4925 (Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2012), approvato dalla Camera dei deputati il 3 ottobre 2012, trasmesso al Senato il successivo 5 ottobre, del quale, prima dello scioglimento delle Camere, era stato iniziato l'esame in Commissione nel secondo ramo del Parlamento. La direttiva 2011/83 è inserita nell'elenco di cui all'Allegato B per il quale (art. 1, co. 1) il Governo è delegato ad emanare i decreti legislativi di attuazione entro i due mesi antecedenti la scadenza del termine di recepimento. L'auspicio che non ci si fermi ancora una volta alla mera trasposizione del testo della direttiva trova un qualche fondamento nel dettato dell'art. 6 del d.d.l. 4925/2012, in forza del quale il Governo è altresì delegato ad adottare, entro i due anni dall'approvazione di ciascuno dei decreti legislativi di recepimento «testi unici o codici di settore delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite dalla presente legge per il recepimento di direttive europee, al fine di coordinare le medesime con le altre norme legislative vigenti nelle stesse materie».
(12) Sicuramente interessante la riflessione in corso nel Regno Unito, dove il Governo ha aperto una procedura pubblica di consultazione on the implementation of the Consumer Rights Directive, ma altresì sul rafforzamento della tutela offerta al consumatore (i cui risultati si conosceranno in questa primavera 2013) nella prospettiva di giungere all'emanazione di un Consumer bill of rights. L'impostazione, in punto di tutele, sembra tuttavia concentrasi sul rafforzamento del controllo di stampo pubblicistico (e con particolare riferimento alla verifica in tema di clausole abusive). Vedine i documenti e gli aggiornamenti nel sito ufficiale https://www.gov.uk/government/policies/providing-better-information-and-protection-for-consumers.
(13) Si veda Twigg Flessner - Metcalfe, The proposed Consumer Rights Directive cit., 372.
(14) Così G. De Cristofaro, La direttiva 2011/83/UE sui «diritti dei consumatori»: ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali, Annuario del contratto, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo (Torino 2012), 63.
(15) «Gli Stati membri dovrebbero restare competenti, conformemente al diritto dell'Unione, per l'applicazione delle disposizioni della presente direttiva ai settori che non rientrano nel suo ambito di applicazione. Di conseguenza, gli Stati membri possono mantenere o introdurre una legislazione nazionale corrispondente alla presente direttiva, o a talune delle sue disposizioni, in materia di contratti che non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva. Ad esempio, gli Stati membri possono decidere di estendere l'applicazione delle norme della presente direttiva alle persone giuridiche o alle persone fisiche che non sono consumatori ai sensi della presente direttiva, quali le organizzazioni non governative, le start-up o le piccole e medie imprese. Analogamente, gli Stati membri possono applicare le disposizioni della presente direttiva ai contratti che non sono contratti a distanza ai sensi della presente direttiva, ad esempio poiché non sono conclusi nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza. Inoltre, gli Stati membri possono altresì mantenere o introdurre disposizioni nazionali su questioni non specificamente trattate dalla presente direttiva, quali regole supplementari in materia di contratti di vendita, anche per quanto concerne la consegna dei beni o i requisiti relativi alla fornitura di informazioni durante la vigenza del contratto». Così il Considerando 14 dir. 2011/83 (corsivi nostri).
(16) Si veda ampiamente, con attenta e rigorosa prospettazione delle implicazioni di ordine sistematico, L. Modica, Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al neoformalismo (Milano 2008), specie 163 s.
(17) Forma scritta ad substantiam che a tale riguardo torna a prospettarsi in seno al «diritto comune europeo della vendita» (art. 19, § 4).
(18) Con previsione analoga a quella contenuta nel vecchio art. 124, il nuovo art. 125-bis del t.u. 1-9-1993 n. 385 ribadisce che ai contratti di credito (ai consumatori) si applica, fra l'altro, il comma 3 dell'art. 117, in forza del quale nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo: ma ora la forma prescritta per il contratto non è solo quella documentale, potendo il contratto essere redatto (ex art. 125-bis, co. 1) anche su «altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge».
(19) E ciò in forza della rilevanza della prescrizione di forma (sia pure nella versione attuale di forma-contenuto), dunque al di là e ben oltre la consueta (diversa e da questo profilo più limitata) rilevanza della determinatezza o determinabilità dell'oggetto, che condurrebbe alla invalidità del contratto solo per lacune informative concernenti elementi essenziali del contenuto contrattuale: così invece De Cristofaro, La direttiva 2011/83/UE cit., 67.
(20) Segnala acutamente siffatta tendenza «all'"incorporazione" della condotta nell'atto», Modica, Vincoli di forma cit., 163, tendenza che, «inquadrata nell'ambito di una più generale "disumanizzazione" del contratto, contribuisce sensibilmente a procedimentalizzarne la formazione, sottraendone il controllo all'esclusiva operatività della clausola generale di buona fede (...) ovvero ai rimedi pensati per l'accordo ancora "umanizzato", in primo luogo quelli posti a presidio dei vizi della volontà», ivi.
(21) Halls - Howells - Watson, The Consumer Rights Directive cit., 151, i quali rimproverano al legislatore comunitario di non «avere optato per la scelta di un approccio più sistematico», ivi, 142.
(22) Twigg Flessner - Metcalfe, The proposed Consumer Rights Directive cit., 381.
(23) Identica la formulazione dell'art. 25 § 2 del «diritto comune europeo della vendita» di cui alla Proposta di regolamento più volte citata.
(24) Hall - Howells - Watson, The Consumer Rights Directive cit., 153.
(25) R. Alessi, I doveri di informazione, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto, II (Milano

2007), già sulla base del tenore dell'art. 3 § 2 della (prima) direttiva in tema di multiproprietà (94/47): «2. Gli Stati membri prevedono nella loro legislazione che tutte le informazioni di cui al paragrafo 1 che devono figurare nel documento ivi citato facciano parte integrante del contratto», la cui portata solo in parte veniva attenuata nella trasposizione interna di cui all'art. 2 comma 3, d.lgs. 9-11-1998 n. 427 (e poi art. 70 codice del consumo): «Il venditore non può apportare modifiche agli elementi del documento di cui al comma 1, a meno che le stesse non siano dovute a circostanze indipendenti dalla sua volontà; in tal caso le modifiche devono essere comunicate alla parte interessata prima della conclusione del contratto ed inserite nello stesso. Tuttavia, dopo la consegna del documento informativo, le parti possono accordarsi per modificare il documento stesso». Ma si veda altresì la non dissimile formulazione delle norme in tema di vendita di pacchetti turistici (si veda il già ricordato art. 88, co. 2 del Codice del consumo prima della collocazione dell'intera disciplina del rapporto in questione entro il Codice del turismo).
(26) Osserva G. Vettori, Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole, Contr. impr., 2012, 1211, che «in ogni caso l'appartenenza delle informazioni al contenuto può condurre a tecniche invalidanti o sostitutive del contenuto omesso con un arricchimento delle tutele».
(27) Così Hall - Howells - Watson, The consumer Rights Directive cit., 141
(28) Twigg Flessner - Metcalfe, The proposed Consumer Rights Directive cit., 381.
(29) Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita, Bruxelles, 11-10-2011, COM (2011) 635 definitivo.
(30) Diversamente - a conferma di un residuo spazio di «responsabilità precontrattuale» ma solo nei limiti in cui è in qualche misura richiamata - si atteggia il dovere di informazione sul diritto di recesso: poiché seppure interverrà una comunicazione in qualche modo «standardizzata» («Il contratto include un formulario di recesso separato, come riportato nell'allegato V, inteso ad agevolare l'esercizio del diritto di recesso in conformità dell'articolo 6»), tale adempimento non può certo configurarsi come esaustivo, atteso che comunque «prima della conclusione del contratto, l'operatore attira esplicitamente l'attenzione del consumatore sull'esistenza del diritto di recesso, sulla durata del periodo di recesso di cui all'articolo 6 e sul divieto di versare acconti durante il periodo di recesso di cui all'articolo 9». Adempimento ulteriore rispetto alla mera consegna del formulario e che non dovrebbe poter essere surrogato dalla firma separata delle corrispondenti clausole contrattuali (vedi il testo del co. 4, art. 5 della direttiva 2008/122; nonché co. 6, art. 72 codice del consumo).
(31) Alessi, I doveri di informazione cit., 440 s.
(32) «Il consumatore tipo porterà a casa un pacchetto», accentuandosi il noto «"non-readership" phenomenon» osservano O. Bar - Gill e O. Ben - Shahar, Regulatory techniques in consumer protection. A critique of European Consumer Contract Law, Common Market Law Review, 50, 2013,1, 17-118.
(33) Cass. 25-6-2008 n. 17340, con nota di V. Sangiovanni, Corr. giur., 2009, 1258.
(34) Ma si veda altresì il tenore dell'art. 88, co. 2 (vendita di pacchetti turistici), del codice del consumo, il cui testo è riproposto dall'art. 38 del codice del turismo (allegato al d.lgs. 23-5-2011 n. 79).
(35) E si vedano le riflessioni critiche di L. Modica, Profili giuridici del sovraindebitamento (Napoli 2012), specie 227 s.
(36) Da qui la distinzione a suo tempo prospettata, tra l'informazione/comunicazione nei contratti di scambio di beni o servizi, per la cui omissione, oggi viepiù sulla scorta dei dati normativi provenienti dalla direttive 2011/83 e dalle direttive di seconda generazione potrebbe ragionarsi in termini di incompletezza della proposta e di non validità del contratto; e l'informazione «consulenza», dovuta dal professionista nei contratti di credito o di scambio di servizi finanziari, o in attuazione di «contratto quadro» per la prestazione di servizi di investimento o, in forza di obblighi meglio collocabili nell'alveo della culpa in contrahendo: Alessi, I doveri di informazione cit., 440 s.
(37) Vedi art. 72, co. 4 del nostro codice del consumo e art. 121-67 del code de la consommation francese (sezione 9, Contrats d'utilisation de biens à temps partagé, contrats de produit de vacances à long terme, contrats de revente et contrats d'échange), come modificato dall'art. 32, co. V della loi n. 2009-888 del 22-7-2009 de developpement et de modernization des services touristiques, che ripropongono la formula della direttiva 2008/122 senza completarla in punto di rimedi: (art. 121-67 code de la consommation: «Les informations visées aux articles l. 121-63 et l. 121-64 font partie intégrante du contrat. Le professionnel ne peut modifier tout ou partie des informations fournies qu'en cas de force majeure ou d'accord formel intervenu entre les parties. Toute modification doit faire l'objet d'une communication au consommateur avant la conclusion du contrat, par écrit, sur support papier ou sur tout autre support durable et figurer expressément dans ledit contrat»).
(38) Art. 15, par. 1 e 8 (b), con riferimento all'art. 12 (key information) del The Timeshare, Holiday Products, Resale and Exchange Contracts Regulations 2010. Ambiguo il dettato del secondo comma dell'art. 8 della ley 4/2012 del 6-7-2012 de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de produco vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, che sembra riferirsi al caso della informazione scorretta o non chiara o non espressa secondo le prescrizioni di cui al co. 1) e non della mancanza (totale) di informazione: «El incumplimiento de las previsiones contenidas en el párrafo anterior del presente precepto, facultará al consumidor para resolver la relación contractual, bastando para ello notificación fehaciente al empresario, en la que se ponga de manifiesto la falta de información que el consumidor considere no proporcionada o suficiente, recayendo la carga de la prueba de la verdadera existencia y suficiencia de la misma en el empresario y, todo ello, sin perjuicio del derecho de desistimiento regulado en la presente Ley, ni de las sanciones que se pudieran imponer al empresario conforme al artículo 22 de la misma». Disposizione da leggere anche alla luce del successivo art. 9 espressamente riferito all'adempimento degli obblighi di informazione mediante consegna di formulario.
(39) G. Grisi, Informazione (Obblighi di), Enc. dir. Annali, IV (Milano 2011), 598.
(40) Sulla collocazione del duty to disclose nel quadro delle condotte rilevanti ai fini della azionabilità dei rimedi invalidanti per defect of consent, v. le preliminari avvertenze e la corretta impostazione di H. Beale - A. Hartkamp - H. Kötz - D. Tallon, Cases, Materials and Text on Contract Law (Oxford - Portland Oregon 2002), 337-338 e 409 s., ove autonomo spazio viene riservato all'ampia casistica delle ipotesi, spesso di confine, di non disclosure e alle soluzioni di volta prospettate dai giudici alla stregua, rispettivamente, dei principali sistemi di civil law e del common law inglese.
(41) H. Beale, The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties of Disclosure, Eur. Rev. Contract Law, 2008, 320.
(42) S. Grundmann, The Structure of the DCFR - Which Approach for Today's Contract Law?, Eur. Rev. Contract Law, 2008, 238.
(43) «This kind of mandated disclosure could be (...) harmful because it creates a presumption of "informed consent" that weakens the effect of their protections»: così Bar - Gill e Ben - Shahar, Regulatory techniques in consumer protection cit., 118.
(44) Grundmann, The Structure cit., 238.

(45) Su cui - segnalandone il recupero alla cornice della responsabilità precontrattuale per il tramite della (violazione) del dovere di buona fede - v. C. Castronovo, Information Duties and Precontractual Good Faith, Eur. Rev. Private Law, 2009, 559 s.
(46) Twigg Flessner - Metcalfe, The proposed Consumer Rights Directive cit., 381.
(47) Beale, The Draft Common Frame of Reference: Mistake and Duties cit., 321.
(48) Così Halls - Howells - Watson, The Consumer Right Directive cit., 152, con riferimento all'art. 2.209 ACQP e II-3:109 DCFR.
(49) Salvo precisare che «Questo paragrafo non si applica fino al punto da consentire un rimedio per inadempimento di una obbligazione contrattuale secondo il precedente paragrafo»: in tal modo opportunamente escludendo in modo espresso che il risarcimento dei danni per mancata o cattiva informazione possa coprire il c.d. interesse positivo. Ma v. anche, per il diritto del consumatore non correttamente informato al risarcimento del danno, l'art. II-3104 (5) e l'art. II-3:105 (4).
(50) Nello stesso senso l'art. 29, § 3 del «diritto comune europeo della vendita»: «I rimedi previsti dal presente articolo non pregiudicano l'applicazione dei rimedi previsti dall'art. 42, § 2, dall'art. 48 o dall'art. 49».
(51) Così M. Hesselink, Common Frame of Reference & Social Justice, Eur. Rev. Contract Law 2008, 262 mettendo a confronto quanto osservato nel Green Paper on the review of the Consumer Acquis (2006), alla Question E con il tenore dell'art. II - 3:107 DCFR. II. - 3:107: Information about price and additional charges, in forza del quale: «Where under this Chapter a business has a duty to provide information about price, the duty is not fulfilled unless what is provided: (a) includes information about any deposits payable, delivery charges and any additional taxes and duties where these may be indicated separately; (b) if an exact price cannot be indicated, gives such information on the basis for the calculation as will enable the consumer to verify the price; and (c) if the price is not payable in one sum, includes information about the payment schedule».
(52) Green Paper on the review of the Consumer Acquis, COM (2006).
(53) V. ampiamente, riguardo alle scelte della Proposta di regolamento da questo profilo, le considerazioni critiche di P. Gilikerp, Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?, Eur. Rev. Private Law, I, 2013, 79 s., specie 96 s.
(54) Così C. Castronovo, L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita, in questa Rivista, 2011, 859.
(55) Si veda infatti quanto dispone il co. 2 dell'art. 13 per i contratti a distanza e conclusi fuori dei locali commerciali e l'assenza di analoga previsione, per gli altri contratti, nell'art. 20.
(56) Il giudizio complessivo ovviamente non è destinato a mutare in ragione della presenza dell'art. 19, che, riprendendo la scelta originariamente formulata in seno alla Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori e poi, come si è detto, abbandonata, torna sostanzialmente a prescrivere la forma scritta a pena di nullità per la formazione del contratto a distanza (art. 19, 4: 4 - Il contratto a distanza concluso per telefono è valido solo se il consumatore ha firmato la proposta o ha inviato il proprio consenso scritto per la conclusione del contratto. Il professionista deve fornire al consumatore la conferma dell'accordo su un supporto durevole); e dell'art. 29, co. 2 che sanziona analogamente a quanto dispone l'art. 6 § 6 della direttiva 2011/83, la mancata informazione sulle spese aggiuntive o costi di restituzione (2. «Il consumatore non è tenuto sostenere le spese aggiuntive di cui all'articolo 14 o i costi della restituzione dei beni di cui all'articolo 17, paragrafo 2, se il professionista viola gli obblighi di informazione relativi al tali spese o costi»).
(57) V. ancora Grundmann, The Structure cit., 240.
(58) Hesselink, Common Frame of Reference cit., 300 e 302, proprio avuto riguardo al rimedio risarcitorio espressamente riconosciuto nel Draft.
(59) Ancora Grundmann, The Structure cit.
(60) Interrogativi, che attengono alla identificazione delle fattispecie di inadempimento (una informazione fornita troppo a ridosso della fornitura? Un mancato adeguamento dello standard informativo a situazioni di particolare vulnerabilità del consumatore?), ma anche alla quantificazione del danno da omessa informazione: vedili enunciati in L. Riva, La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori o almeno ciò che ne resta, Contr. impr. Eur., 2011, 763.
(61) Hesselink, Common Frame of Reference cit., 261.
(62) Si ricorda che all'interno del Draft si distinguono due categorie di principi: underliyng principles e overridings principles, la prima include i principi di libertà, sicurezza, giustizia ed efficienza, mentre la seconda comprende i principi di protezione dei diritti umani, di promozione della solidarietà e della responsabilità sociale, di salvaguardia della diversità culturale e linguistica, della difesa e promozione del welfare, degli incentivi alla formazione del mercato interno. Per una più dettagliata descrizione si rinvia al saggio di Hesselink sopra citato.
(63) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft of Common Frame of Reference cit., Introduction n. 15, 7.
(64) U. Breccia, Principles, definitions e model rules nel «comune quadro di riferimento europeo» (Draft Common Frame of Reference), Contr., 2010, 99; e sulla scia di tale rilievo, le osservazioni di Grisi, Informazione cit., 623-624.
(65) Questa la prospettiva cui sembra guardare chi plaude alla scelta di una strategia di intervento sul diritto dei contratti che punti decisamente su «soft law instruments»: N. Reich, EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument, Eur. Rev. Contract. Law, 2012, spec. 29.
(66) Per le perplessità che suscita, dal punto di vista della protezione dei diritti del consumatore, sia la via della piena armonizzazione sia, soprattutto, la scelta di uno strumento opzionale che privi il consumatore delle garanzie previste dalle discipline settoriali, cfr. S. Whittaker, The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract, Eur. Rev. Contract Law, 2011, spec. 386 s.
(67) Uno spunto in tal senso in Twigg Flessner-Metcalfe, The proposed Consumer Rights Directive, cit., 372.
(68) Così Hall - Howells - Watson, The consumer Rights Directive, cit., 166.
(69) «La proposta è coerente con l'obiettivo di realizzare un livello elevato di protezione dei consumatori in quanto contiene norme imperative di salvaguardia cui le parti non possono derogare a danno del consumatore. Inoltre, il livello di protezione garantito dalle norme imperative è pari o superiore a quello riconosciuto dall'acquis vigente» (corsivo nostro). Così la Relazione alla Proposta di regolamento.
(70) Castronovo, L'utopia della codificazione europea cit., 859.

**REGOLE DI VALIDITÀ E DI COMPORTAMENTO: I PRINCIPI ED I RIMEDI (*)**

Europa e Diritto Privato, fasc.3, 2008, pag. 599

Claudio Scognamiglio

**Classificazioni:** DIRITTO EUROPEO

Sommario: 1. Il problema e le sue innervature sistematiche. - 2. Il caso e la sua soluzione. - 3. Il dato normativo: dal codice civile al codice del consumo ed oltre. - 4. Il diritto privato europeo. - 5. Regole di validità e regole di comportamento: il profilo rimediale e l'efficienza del sistema. - 6. La nuova responsabilità precontrattuale.

1. «In nessun caso, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni» (1).

Una riflessione sui rapporti tra regole di validità e regole di comportamento nel momento presente dell'evoluzione del sistema del diritto privato non può che muovere da tale formulazione, rappresentativa di un'impostazione classica, ma al tempo stesso attuale, del problema: e si è detto che si tratta di un'impostazione ancora attuale perché sono proprio le sentenze delle Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007 (2), punto di riferimento del discorso che sarà qui svolto, a ribadire in termini all'apparenza assai netti, e che a qualcuno dei primi annotatori sono sembrati fin troppo tradizionali, il principio della non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento.

Equivarrebbe tuttavia a dipingere un quadro incompleto, se non fuorviante, del problema dell'esistenza, e dei limiti, del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, nella sua dimensione diacronica, contrapporre ad un'impostazione originaria del medesimo, solidamente imperniata sulla incomunicabilità dei due ambiti, un assetto più aggiornato del medesimo, tale da rimettere invece in discussione, quanto meno fino alla recente puntualizzazione delle Sezioni Unite, i termini della distinzione.

È noto, infatti, che, già nel contesto temporale e culturale nel quale l'enunciazione poc'anzi rammentata si inseriva, il quadro del problema, cui ci troviamo ora di fronte, si presentava ben più ricco ed articolato di quanto il tono quasi perentorio di quella assai autorevole affermazione potesse lasciare intendere.

Già alla meta degli anni '70 dello scorso secolo, infatti, un Autore argomentava nel senso che la sanzione per la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella formazione del contratto doveva ravvisarsi nella invalidità del prodotto del comportamento lesivo (3). E tale impostazione è stata ripresa, più di recente, dal medesimo Autore, da un lato, alla stregua dell'affermazione che «là dove l'evento lesivo che corona la condotta illecita sia la prestazione, da parte della vittima, di un consenso viziato, la rimozione degli effetti contrattuali può essere il rimedio adatto per neutralizzare la lesione» (4), dall'altro, per mezzo dell'argomentazione di un generale principio di rilevanza del vizio del consenso innominato (e, dunque, non riconducibile ad una delle ipotesi tipiche di legge), rilevanza assicurata dalla regola di responsabilità precontrattuale e dalla possibilità di ottenere, in caso di violazione della stessa, un risarcimento del danno in forma specifica (consistente, appunto, nella rimozione degli effetti contrattuali).

La considerazione del contenuto delle due formulazioni dottrinali dalle quali abbiamo preso le mosse ci permette di individuare subito una delle aree tematiche all'interno delle quali si inserisce il problema del rapporto tra regole di validità e regole di comportamento e che ci conduce al cuore di un altro tema fondamentale del diritto privato contemporaneo.

Infatti, come è stato chiarito di recente, la *ratio* della lettura tradizionale della regola di non interferenza riposa sulla premessa secondo la quale «l'invalidità dell'atto può discendere esclusivamente dal verificarsi di una fattispecie delineata dal legislatore, giammai invece da una fattispecie costruita dal giudice in sede di applicazione/concretizzazione della clausola generale di buona fede» (5).

In altre parole, essendo l'invalidità la qualificazione negativa del mancato rispetto di norme inderogabili, filtrarla attraverso la regola di buona fede implica «spostare la qualificazione dal terreno legislativo a quello giudiziale, con un aggravio sul piano della certezza del rapporto, sicuramente più grave di quello che la concretizzazione della clausola generale può avere quando sia adoperata in funzione integrativa» (6).

Risulta allora evidente che il problema oggetto della nostra riflessione interpella in pieno il tema del significato e della portata delle clausole generali all'interno del nostro sistema normativo; ed al riguardo si rinviene una puntuale notazione nella coppia di decisioni delle Sezioni Unite più volte già menzionate, laddove esse affermano, proprio al fine di spiegare la *ratio* del principio di non interferenza, ed in evidente assonanza con l'orientamento dottrinale poc'anzi richiamato, che «il suaccennato dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite».

Anche il tema della interferenza, o meno, tra regole di validità e regole di comportamento conferma, ove pure fosse necessario, come l'attenzione verso le clausole generali sia uno dei momenti qualificanti del diritto privato di quella che, in termini forse ormai un po' abusati, si definisce epoca del postmoderno: attenzione che risulta anche attestata dal rilievo che una parte cospicua della recente Relazione annuale per il 2007 sull'amministrazione della giustizia del Primo Presidente della Corte di Cassazione sia stata dedicata proprio alle sentenze del Giudice di nomofilachia che avevano contribuito ad una concretizzazione, sovente innovativa, della clausola di buona fede (7).

Vi sono tuttavia almeno altre due considerazioni di natura, per così dire, sistematica che rendono di particolare interesse i temi trattati dalla copia di sentenze delle Sezioni Unite oggetto di queste pagine.

Così, e sotto un primo profilo, si deve considerare che nell'opera che, ancora assai recentemente, ha argomentato il

principio, rigorosamente inteso, della non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, si è precisato che le sanzioni per gli obblighi precontrattuali di comportamento, specificamente previsti dal legislatore attraverso norme particolari, sono «assai varie e non sempre coincidenti con la responsabilità precontrattuale», delineandosi, in tale prospettiva, il quesito, che l'Autore al pensiero del quale facciamo ora riferimento risolve, comunque, in termini senz'altro negativi «se le forme di tutela affermatesi nella legislazione consumeristica» possano o meno «essere "generalizzate" estendendone l'applicazione anche al settore della contrattazione individuale» (8).
Si delinea allora uno scenario all'interno del quale il tema oggetto della nostra indagine appare come un ulteriore punto di emersione di uno degli snodi problematici più importanti del diritto privato contemporaneo: la dialettica tra diritto privato generale e c.d. diritti secondi, da intendersi questi ultimi, così come gli stessi sono stati definiti in dottrina, «aggregazioni per materia caratterizzate o dalla creazione di istituti nuovi o dal volgimento di istituti generali a obiettivi specifici di *social engineering*» (9). Ed infatti la conclusione nel senso della non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, ove pure ancora condivisa con riferimento alla sistematica del codice civile, potrebbe sembrare meritevole di revisione, nell'ambito del diritto secondo dei consumatori, così come potrebbe risultare sfumato all'interno dell'area del c.d. terzo contratto (10), qualora si ritenga che tale formulazione dottrinale abbia un'effettiva portata ricostruttivo-cognitiva; ovvero, ed in termini ancora più eversivi, la constatazione dell'accreditarsi di un nuovo modello di relazione tra regole di validità e regole di comportamento potrebbe dare luogo ad un tentativo di generalizzazione delle medesime, tale da far divenire il diritto contrattuale speciale, costruitosi attorno alla figura del consumatore, come una sorta di nuovo diritto comune dei contratti (11).
Di tale possibile sviluppo della questione sono consapevoli anche le due sentenze della Suprema Corte a Sezioni Unite punto di riferimento del nostro discorso, laddove esse osservano, così escludendo la percorribilità della strada di una generalizzazione, sul piano del diritto privato generale, degli esiti di ermeneutica propri dei diritti secondi, che «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni».
Vi è, ancora, un altro aspetto da sottolineare di particolare importanza sistematica del discorso che dobbiamo qui affrontare, attinente all'incidenza che sul tema della insensibilità, o meno, tra regole di validità e regole di comportamento siano in grado di avere gli sviluppi del diritto privato europeo, sulla premessa del significato di questo termine che pare culturalmente più accreditato: e cioè, secondo quanto da ultimo chiarito in dottrina, come un ordito nel contesto del quale sia possibile svolgere un discorso comune, nella prospettiva della costruzione di un diritto europeo che non implichi «distruggere le tradizioni nazionali ma farle confluire in una sorta di crogiuolo che, se alle orecchie dei puristi può suonare infamia, è in realtà l'ultima delle disaggregazioni e riaggregazioni di regole ed istituti che scorrono nel tempo da sempre, sin da quando il diritto si è fatto storia» (12).
Infatti, l'eventuale accreditamento, nella prospettiva del diritto privato europeo, di un assetto diverso, rispetto a quello che abbiamo visto enunciato dall'orientamento dottrinale dal quale la nostra riflessione ha preso l'avvio, dei rapporti tra regole di comportamento e regole di validità potrebbe indurre ad una rimeditazione del principio di non interferenza; ed infatti, se è vero, secondo quanto osservano le sentenze delle Sezioni Unite a base della nostra riflessione, con specifico riferimento a quelli che sono stati considerati punti di emersione normativi del superamento del principio, che «un conto è una tendenza ed un altro conto è un'acquisizione», è anche vero che si consegnerebbe, inevitabilmente, ad una posizione di retroguardia culturale, un'impostazione della questione la quale non tenesse conto di quanto, sul punto, si delinei in ambito di diritto privato europeo.
La considerazione di quelle che da principio definivamo innervature sistematiche del problema non può, tuttavia, indurre a trascurare che esso esibisce anche assai corposi innesti sul terreno dei rimedi; ed è ben noto, infatti, che la questione, nella formulazione della stessa che ha infine dato luogo all'intervento delle Sezioni Unite, era sorta come relativa alla scelta del rimedio, più coerente rispetto al sistema e più congruo rispetto alla sostanza socio-economica del problema, che potesse essere apprestato in favore del risparmiatore in presenza di ipotesi di violazione delle regole di comportamento cui gli intermediari finanziari debbano uniformare la propria condotta.
Anche di questo aspetto della questione sarà, dunque, necessario trattare in queste pagine, tanto più che, come si dirà, le sentenze delle Sezioni Unite, sciolto in senso affermativo il nodo della perdurante vigenza del principio di non interferenza, intervengono - sia pure, in un certo senso, *obiter* rispetto alla questione che gli era stata devoluta - ritagliando, per la tutela somministrata dalle norme disciplinatrici della responsabilità precontrattuale, un ambito operativo profondamente innovativo rispetto al passato.
L'indagine, che a questo punto occorre svolgere, dopo avere tratteggiato gli snodi motivazionali essenziali delle due pronunce, peraltro ormai ben noti, dovrà indirizzarsi, poi, ed al fine di verificare la condivisibilità di quei passaggi argomentativi, alla considerazione del dato normativo non solo del codice civile e del codice del consumo, ma anche di quella legislazione speciale o di diritto secondo (dal d.lgs. 58/1998 al d.lgs. 190/2005 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, il cui contenuto è stato peraltro da ultimo, a sua volta, rifuso negli artt. 67-*bis* s. c. consumo, fino al d.lgs. 164 del 17 settembre 2007, che ha ampiamente novellato il d.lgs. 58/1998) che pure ha trovato significativamente attenzione nell'ambito sia dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della questione (13), sia delle sentenze che hanno composto il contrasto.
Si tratterà, quindi, di saggiare se le prospettive di diritto privato europeo esibiscano profili di superamento del principio di non interferenza per volgersi, infine, a verificare se la soluzione della questione che emergerà alla luce di un'analisi

del sistema, e dei principi da esso desumibili, sia condivisibile anche dal punto di vista rimediale.

2. La vicenda che ha dato origine all'intervento delle Sezioni Unite si inserisce, com'è ormai ben noto, nell'alveo di un dibattito giurisprudenziale di merito negli ultimi anni ricchissimo ed estremamente vivace (14): tanto che l'assenza, notata già in sede di commento dell'ordinanza di rimessione, di un reale contrasto, a livello di sezioni semplici della Suprema Corte, sulla configurabilità di ipotesi di invalidità negoziale discendenti dalla violazione di regole di comportamento (15) (ovvero, e più precisamente ancora, alla luce del chiarimento, poc'anzi formulato, sulla *ratio* del principio di non interferenza, di configurabilità di ipotesi di invalidità negoziale discendenti direttamente dalla violazione della regola di buona fede), non sminuisce davvero la rilevanza della decisione, in ogni caso nella sua dimensione di soluzione di una questione di massima di particolare importanza.
In particolare, in presenza del motivo di ricorso proposto dal risparmiatore, sotto il profilo della violazione dell'art. 1418 c.c. e dell'art. 6 l. 2-1-1991 n. 1, alla disciplina della quale erano assoggettate, in relazione al tempo del loro compimento, le operazioni oggetto di controversia, la Suprema Corte modula un percorso argomentativo, che si presta ad essere condensato nelle seguenti proposizioni:
*a*) le norme dettate dall'art. 6 della l. 1/1991 hanno certamente carattere imperativo, ma tale loro natura non implica affatto che la conseguenza della loro violazione sia necessariamente quella della nullità del contratto, tanto più nell'assenza di un'espressa scelta normativa in tal senso, pure presente in altri luoghi della stessa disciplina; con il corollario che la nullità non può qui essere affermata *ex* art. 1418, co. 3 c.c.;
*b*) non può venire in considerazione neppure l'ipotesi di nullità disciplinata dall'art. 1418, co. 2, poiché, anche a voler ammettere che «nella fase prenegoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sopra ricordati sia idonea ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandolo, appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto», mentre i vizi del consenso «non determinano la nullità del contratto, bensì solo la sua annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1427 s. c.c.»;
*c*) quanto alla configurabilità di un'ipotesi di nullità virtuale in questi casi, si deve considerare che è difficilmente contestabile come la tradizionale distinzione tra norme di comportamento e norme di validità del contratto sia fortemente radicata nei principi del codice civile, essendo sufficiente «considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 della Costituzione... il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo»;
*d*) tale conclusione (16) si ricollega anche al fatto che il «dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto, per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite»;
*e*) dal canto suo, «l'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile» sia perché una tendenza non equivale ad un'acquisizione, sia per il carattere frammentario della moderna legislazione, tale da imporre cautela «nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni»;
*f*) la circostanza che, in determinati casi, «il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto» non è stata mai revocata in discussione, ma in tal caso le ipotesi rientrano nell'ambito normativo dell'art. 1418, co. 3 e non già nel primo;
*g*) anche nei casi in cui sono state individuate, nell'elaborazione giurisprudenziale, figure di nullità per violazione di norme che riguardano elementi estranei al contenuto ed alla struttura del contratto (come, ad esempio, nel caso di assenza della prescritta autorizzazione a contrarre o di mancanza di necessari requisiti soggettivi in capo ad uno dei contraenti), non si tratta di «norme di comportamento afferenti alla concreta modalità delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti, bensì del fatto che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire», mentre «pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalle parti a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista»;
*h*) neppure nel settore dell'intermediazione finanziaria è dato rinvenire indici inequivoci dell'intendimento del legislatore di «trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri di informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti», poiché, al contrario, la considerazione delle ipotesi di nullità afferenti alla forma ed al contenuto pattizio dell'atto (come quelle disciplinate dall'art. 8, ult. co. della l. 1/1991 nonché dall'art. 23, co. 1, 2 e 3 e dall'art. 24, ult. co. d.lgs. 58/1998) evidenzia che le stesse non appaiono

riconducibili alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente o di divieto di operazioni in conflitto di interessi o inadeguate al profilo finanziario del cliente;
*i*) la considerazione della valenza generale dell'interesse alla correttezza del comportamento degli intermediari finanziari, se costituisce la spiegazione del sistema di controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, non consente di dedurre alcunché in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile, «tanto più che questa dovrebbe pur sempre essere concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa», rendendosi così problematico ogni ancoraggio alla figura generale della nullità contemplata dall'art. 1418, co. 1;
*l*) anche dal punto di vista delle esigenze di tutela, la soluzione della nullità dei contratti posti in essere in violazione delle regole di comportamento gravanti sugli intermediari finanziari non può essere considerata come l'unica in grado di rispondere all'esigenza, punto di riferimento della garanzia costituzionale predisposta dall'art. 47 Cost., di incoraggiare il risparmio e garantirne la tutela; mentre deve essere tenuto presente che la specifica conformazione giuridica è compito del legislatore, le scelte del quale non possono essere sovvertite dall'interprete;
*m*) anche il divieto di compimento di operazioni in conflitto di interessi o inadeguate rispetto alle esigenze del cliente si pone come momento attuativo di obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione col cliente del contratto quadro, attenendo alla fase esecutiva di tale contratto e costituendo, al pari del dovere di informazione, una specificazione del dovere di diligenza, correttezza e professionalità della cura del cliente;
*n*) pertanto, la violazione degli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto di intermediazione, ove non si traduca in situazioni tali da determinare l'annullabilità, mai comunque la nullità, per vizio del consenso, è destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire eventuali danni, anche quando sia stato stipulato un contratto valido, ma questo risulti pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto;
*o*) la violazione degli obblighi dell'intermediario finanziario relativi alla fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento o inesatto adempimento, con la conseguenza che essa potrà essere fonte dell'obbligo di risarcire il danno e dare luogo, in presenza dei presupposti di gravità richiesti dall'art. 1455 c.c., anche alla risoluzione del contratto di intermediazione finanziaria o contratto quadro, destinato a configurarsi come un contratto di natura gestoria, nel cui ambito si inseriscono le operazioni esecutive dello stesso, pure talora, a loro volta, di natura negoziale.
Va subito detto, avendo riguardo alla elencazione che si è fin qui proposta, che i momenti del ragionamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte riassunti da *a*) a *m*) meritano senz'altro adesione, sulla base degli argomenti che si illustreranno tra breve; quello sintetizzato *subn*), pure, a sua volta, condivisibile, sia nella parte in cui fa salva l'ipotesi in cui la violazione degli obblighi dell'intermediario determini annullabilità del contratto, sia laddove riconosce la compatibilità del rimedio della responsabilità precontrattuale anche con la stipula di un contratto valido richiede alcune puntualizzazioni, in particolare nella prospettiva delle aperture che si delineano all'uso della responsabilità precontrattuale, puntualizzazioni che sollecita, sia pure per ragioni differenti, anche l'enunciazione tratteggiata *subo*).

3. L'adesione alla conclusione delle Sezioni Unite della Suprema Corte che non si voglia esaurire in un semplice argomento *ab auctoritate* deve muovere dallo scrutinio degli elementi, attinenti al dato normativo, presi in esame dalla stessa decisione che origina queste pagine.
La considerazione del sistema normativo del codice civile consente, infatti, subito di confermare, sia pure con un'importante precisazione, la perdurante attualità della formulazione dottrinale del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento dalla quale abbiamo preso poc'anzi le mosse e, dunque, la coerenza dell'insegnamento delle sentenze delle Sezioni Unite.
Infatti, non vi è dubbio che la disciplina della nullità che emerge dall'art. 1418 c.c. sia imperniata sulle ipotesi della difformità del contratto dal paradigma che ne determina la perfezione strutturale ovvero della sua contrarietà contenutistico - funzionale ad interessi ritenuti inderogabili da parte del legislatore; mentre non vi è alcun elemento che consenta di accreditare la tesi secondo la quale dalla violazione di obblighi di comportamento antecedenti o contemporanei alla conclusione del contratto (e, segnatamente, dell'obbligo di buona fede, che costituisce, com'è noto, la matrice assiologica, per così dire, anche degli obblighi informativi specifici dai quali è disseminata la legislazione di diritto secondo, sulla quale tra breve ci si soffermerà) possa discendere la nullità del contratto concluso «a valle» di quella violazione (17).
Sul punto, potrebbe essere ritenuto già assorbente il dato testuale, desumibile dalla lettura dell'art. 1418 c.c., nel senso che le nullità virtuali, contemplate dal co. 1 di questa disposizione, non possono presupporre la violazione di una regola di comportamento, «perché la contrarietà a norma imperativa prevista è del contratto e non di un comportamento antecedente o successivo alla sua conclusione» (18).
È tuttavia soprattutto la considerazione della disciplina complessiva del rimedio della nullità, anche sul piano applicativo, per così dire, a rendere evidente che lo stesso è amministrato dal legislatore in termini tali da qualificarlo come incongruente rispetto ad ipotesi di violazioni di obblighi di comportamento desumibili in presa diretta, ed a prescindere dalla tipizzazione legislativa, dalla concretizzazione della regola di buona fede.
Si consideri soltanto, ed è questo un aspetto che pare, singolarmente, rimasto ai margini del dibattito finora sviluppatosi in materia, che la nullità del codice civile è conformata non solo come insanabile e suscettibile di rilievo d'ufficio, sia pure nei limiti del principio della domanda, ma, soprattutto, come tale, se dichiarata, da travolgere i diritti dei terzi

subacquirenti. Questo carattere della nullità codicistica è certo destinato ad assumere rilievo marginale nella dinamica della contrattazione dei consumatori, non solo perché qui vengono in considerazione semmai nullità di protezione, ma anche poiché la contrattazione dei consumatori ha, per lo più, anche se non esclusivamente, ad oggetto la prestazione di servizi, con conseguente inconfigurabilità di terzi subacquirenti, la cui posizione meriti di essere tutelata al fine di preservare il valore della sicurezza della circolazione giuridica.
Tuttavia, tale carattere è di importanza centrale nella contrattazione tra eguali, cui ha riguardo il sistema del codice civile. Ed infatti nessuno di noi dubiterebbe della irrazionalità sistematica ed applicativa di una regola che conducesse ad affermare, con i conseguenti effetti di caducazione degli acquisti di terzi, la nullità di un contratto di compravendita immobiliare solo perché, nel corso delle trattative che avevano condotto alla conclusione dello stesso, una delle parti aveva violato l'obbligo di buona fede sussistente a suo carico nei confronti dell'altra.
Appare allora chiaro, di nuovo, e nei termini già poc'anzi accennati, il senso del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento: esso non è tanto quello di sancire *a priori* una incomunicabilità assoluta tra questi due tipi di regole, bensì, come si desume - lo si è già rammentato - anche dal passaggio riassunto *subd*) della sintesi in precedenza svolta, quello di riservare in via esclusiva al legislatore di tipizzare fattispecie di comportamenti i quali, se tenuti nella fase antecedente la conclusione del contratto, possono incidere sulla validità del medesimo (19).
Non ha allora senso dire, come pure è stato sostenuto di recente, che l'equiparazione del dolo commissivo a quello omissivo, da ultimo operata in giurisprudenza, condurrebbe ad attribuire effetto invalidante alla violazione della buona fede precontrattuale (20), perché anche in questo caso si ha, semplicemente, una lettura diversa di un modello - quello del dolo - che è comunque un paradigma normativamente tipizzato. E trova allora nuovamente conferma la posizione anche di recente autorevolmente espressa, secondo la quale, in realtà, il preteso superamento del principio di non interferenza non può essere fatto discendere dalla rilevazione di «ipotesi di nullità testuali con le quali il legislatore sanziona la violazione di regole di comportamento (da lui stesso) individuate in ossequio alla buona fede», potendo dirsi tale principio «effettivamente vulnerato solo ove la invalidità del contratto fosse rimessa (esclusivamente) ad una valutazione *ex fide bona* del comportamento direttamente effettuata dal giudice» (21).
Quest'ultima precisazione consente, in un certo senso, di ridimensionare, dall'angolo visuale della riflessione generale sul principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità, la rilevanza del dibattito riferito specificamente alla violazione delle regole di comportamento degli intermediari finanziari.
Infatti, queste regole (o, almeno, quelle tra di esse che non si affidano semplicemente alla enunciazione di clausole generali di comportamento dell'intermediario finanziario: come accade, ad esempio ed invece per l'art. 21, co. 1, lett. *a*) d.lgs. 68/1998, laddove, nel testo attualmente vigente, esso sancisce l'obbligo dei soggetti abilitati di «comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati) sarebbero, pur sempre, l'oggetto di una descrizione normativa sufficientemente dettagliata del contenuto della condotta imposta alla parte destinataria dell'obbligo. Pertanto, la discrezionalità valutativa dell'interprete rimarrebbe concentrata sul piano della sola enucleazione della regola di nullità virtuale e non anche su quello della determinazione del comportamento da tenere per evitare la sanzione di nullità.
Tanto meno si può ritenere che i luoghi normativi del codice del consumo, nei quali si è soliti ravvisare punti di emersione del superamento del principio di non interferenza, possano essere in effetti correttamente inquadrati in tale prospettiva, come ad esempio è stato ritenuto con riferimento all'art. 52, co. 3 del c. consumo, laddove lo stesso prevede, com'è noto, che «in caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto», che era, poi, com'è del pari noto, uno degli esempi normativi, citati dall'ordinanza di rimessione della sezione I civile della Cassazione del 16 febbraio 2007, appunto quale indice del «tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto». Anche in questo caso, infatti, per riprendere la formulazione delle Sezioni Unite, siano sul piano della scelta del legislatore di «isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto», ricadendosi, allora, in pieno nella previsione dell'art. 1418, co. 3 c.c.
Si può allora ritenere che, nell'ipotesi in cui l'informazione sul contenuto del contratto divenga «una condotta la cui difformità rispetto alla previsione legislativa è... qualificata dalla nullità... l'informazione si riduce alla modalità della sua comunicazione, si materializza in un documento», con la conseguenza che è alla pubblicazione o consegna di esso, non alla informazione come tale che la legge annoda talora questa conseguenza» (22).
D'altra parte, è stato opportunamente chiarito (23) che non assume rilievo ai fini del superamento del principio di non interferenza la disciplina dell'allora art. 16, co. 4 s. del d.lgs. 190/2005, attualmente rifusa nell'art. 67-*septies decies*, co. 4 del c. consumo, che regola la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, laddove si prevede la nullità relativa del contratto di fornitura di servizi in tre ipotesi: quando il fornitore ostacola il diritto di recesso da parte del contraente ovvero quando non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate ovvero «quando viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche».
Al riguardo, è stato infatti osservato che, con riferimento alle prime due ipotesi, la nullità si configura come una tecnica sostitutiva del recesso, con la specifica funzione di far perdere al fornitore il diritto di trattenere il corrispettivo del servizio finanziario effettivamente prestato; ne discende il corollario che il ricorso alla tecnica della nullità si configura, in questo caso, come una tecnica normativa inappropriata, la quale ben poteva essere sostituita dalla conferma o estensione della disciplina del recesso e dall'esclusione del rimborso: e ciò sarebbe sufficiente ad escludere che la regola prescrittiva della nullità «sia portatrice di una razionalità che ne consenta una portata espansiva funzionale

all'applicazione in via analogica ad altra fattispecie» (24).
Quanto, poi, alla terza ipotesi contemplata dalla norma dell'art. 16 cit., è stato persuasivamente sostenuto che essa, in realtà, non ha riguardo al mancato assolvimento degli obblighi di informazione sulla natura dei prodotti finanziari o sui rischi delle singole operazioni di investimento, costituendo piuttosto la concretizzazione della regola che impone di assicurare «una compiuta trasparenza del regolamento del servizio finanziario e segnatamente del soggetto fornitore, delle prestazioni contrattuali, del diritto di recesso e della sussistenza di tutele stragiudiziali (art. 3 s. d.lgs. 190/2005)».
E poiché è solo in relazione a tale contenuto che è previsto l'obbligo di un'informazione sintetica in caso di comunicazioni mediante telefonia vocale (art. 8 d.lgs. 190/2005), così come è in relazione a tale contenuto che il fornitore deve consegnare al cliente, su un supporto durevole - prima della conclusione del contratto o, se ciò non è possibile a causa della tecnica di comunicazione, subito dopo - il documento contenente le informazioni preliminari contestualmente a quello che richiama le condizioni contrattuali, si dovrebbe ritenere che la disposizione costituisca una sorta di *pendant* della regola che, all'interno del d.lgs. 58/1998, impone la forma scritta del c.d. contratto quadro (25).
Estendendo la considerazione ad altri luoghi normativi, è stato del pari di recente notato che, in particolare, dall'art. 100-*bis* del t.u.f., così come modificato dall'art. 3 del d.lgs. 303/2006 e poi dall'art. 3 d.lgs. 51/2007, laddove lo stesso prevede, tra l'altro, per la mancata pubblicazione del prospetto informativo, non solo la responsabilità dei soggetti presso i quali è avvenuta la rivendita di prodotti finanziari, ma anche la nullità dei contratti di trasferimento, si possono desumere indici di segno opposto al ricorso alla sanzione della nullità per la violazione degli obblighi informativi relativi alle negoziazioni tra intermediari professionali ed investitori, trattandosi di una norma che mira a reprimere la prassi volta ad eludere la disciplina del collocamento degli strumenti finanziari mediante offerta al pubblico del risparmio, attraverso la mera interposizione di investitori professionali.
Anche da questa disposizione si possono trarre spunti, in senso opposto all'estensione in via analogica della disciplina della nullità, sotto un triplice angolo visuale: ed infatti la norma riguarda la violazione di regole che presiedono a monte al collocamento dei titoli sul mercato e si colloca quindi su un piano diverso rispetto alla violazione delle regole relative allo specifico comportamento dell'intermediario nella conclusione del contratto; inoltre, la nullità si configura quale specifica tecnica di tutela nei confronti del rivenditore del titolo che ha partecipato al collocamento del prodotto finanziario, mentre, nei confronti dell'intermediario abilitato, viene in considerazione l'azione risarcitoria; infine, la nullità concerne la mancanza radicale del prospetto mentre, in caso di prospetto contenente informazioni false o carenti, idonee ad influenzare la decisione di un investitore ragionevole, la normativa di settore fa riferimento di nuovo, ed esclusivamente, al risarcimento del danno, alla stregua dell'art. 94, co. 7 s., d.lgs. 58/1998 come modificato dalla stessa novella del d.lgs. 51/2007 (26).
Anche le ulteriori ipotesi, che l'ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite aveva considerato come altrettanti indici di emersione del prefigurato superamento del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, si prestano ad essere aggregate attorno ad una *ratio* peculiare, che, come osservato correttamente dalle sentenze da cui muove la nostra riflessione, non ne permettono una generalizzazione.
Così, ad esempio, nelle ipotesi di abuso di dipendenza economica, disciplinato dall'art. 9 l. 192/1998, o di accordo sulla data del pagamento gravemente iniquo in danno del creditore (secondo la previsione dell'art. 7 d.lgs. 231/2002) vengono in considerazione altrettanti casi di squilibrio contrattuale imposto, che costituisce «la negazione del principio di autonomia privata», con la conseguenza che «la nullità è l'effetto del concorso di squilibrio sul piano del contenuto negoziale di una condotta impositiva in sede di formazione del contratto, nel contesto qualificante di un rapporto caratterizzato da asimmetria informativa o economica» (27).
Dal canto loro, invece, le regole di comportamento degli intermediari finanziari, pur costituendo altrettanti momenti della «costruzione» giuridica del mercato finanziario, si configurano, per così dire, come uno stato allotropico delle regole di diligenza e buona fede gravanti sul mandatario (28), senza che dalla loro violazione discenda una lesione della libertà contrattuale, riconducibile al modello dello squilibrio imposto.
Trova allora conferma la notazione delle sentenze delle Sezioni Unite, importante anche dal punto di vista metodologico generale, laddove la stessa pone in guardia nei confronti della tentazione di procedere all'estrazione di principi, in ipotesi suscettibili di generalizzazione, dalle regole dettate in contesti normativi settoriali o accentuatamente di diritto secondo.

4. Il luogo normativo nel quale il superamento del principio di non interferenza sembrerebbe avere trovato il proprio punto di emersione è tuttavia quello del diritto privato europeo, pur con tutte le ambiguità dalle quali la formula «diritto privato europeo» risulta allo stato caricata, in essa giustapponendosi norme di fonte direttamente comunitaria, fonti interne di derivazione comunitaria nonché proposte o modelli di codificazione privati e che non hanno ancora trovato, e forse non sono destinati a trovare in alcun caso, un inveramento come fonti normative: e qui il riferimento è evidentemente ai Principi Unidroit, ai *Principles of European Contract Law* (c.d. Principi della Commissione Lando) e, da ultimo ai *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* (il c.d. *Draft Common frame of reference*).
In particolare, e come è stato notato, l'art. 1:102 dei PECL, laddove prevede che le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto, nel rispetto della buona fede e della correttezza nonché delle norme imperative contenute nei Principi parrebbe porre la buona fede sullo stesso piano delle norme imperative, così da indurre ad equiparare le conseguenze delle violazioni delle une e delle altre nei termini dell'invalidità dell'atto che da esse si discosti (29).
È tuttavia possibile fornire di questa previsione, ed è stata, in effetti, persuasivamente argomentata (30) una lettura

diversa, che associ buona fede e correttezza non alle norme imperative, ma alla libertà di concludere il contratto e di determinarne il contenuto, così restituendo alla buona fede la sua funzione propria di direttiva di condotta. Una funzione che sembra, del resto, confermata anche dall'art. 2:301, intitolato alle Trattative contrarie alla buona fede, e dall'art. 1:201, che ribadisce come le due clausole generali siano «direttive di conformazione del rapporto, rispettivamente sul piano della struttura e su quello della sua attuazione, non standard di validità di atti» (31).
I PECL potrebbero, tuttavia, deporre per una funzione diversa della buona fede all'art. 8:109, dove si enuncia la regola secondo la quale le tutele per l'inadempimento possono essere escluse o limitate, salvo che far valere tale esclusione o limitazione sia contrario a buona fede; ma anche in questo caso deve essere condivisa la lettura secondo la quale, in realtà, da tale regola non si desume affatto che sia invalida, in sé, la clausola, bensì che l'esclusione o limitazione in essa contenuta non possa essere invocata, quando la medesima sia contraria a buona fede, così venendo in considerazione, sotto questo profilo, un'ipotesi di *exceptio doli*(32); figura che, del resto, ha trovato da ultimo un definitivo accreditamento da parte della giurisprudenza della Suprema Corte, nei termini di un rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, il quale è diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento, paralizzando l'efficacia dell'atto che costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto ovvero abbia avanzato richieste di pagamento *prima facie* abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di *venire contra factum proprium*(33).
La circostanza che buona fede e correttezza non siano in grado, da sole, di sancire l'invalidità di un atto di autonomia privata si desume anche dal contenuto di altre regole poste dai PECL, come, ad esempio, laddove la contrarietà a buona fede concorre a rendere rilevante l'errore cui una parte abbia indotto l'altra (art. 4:103) ovvero, ed ancora, con riferimento alla ipotesi, contemplata dall'art. 4:107, di omissione di informazioni contraria alla buona fede, che costituisca dolo (34).
Il mantenersi dei progetti di diritto privato europeo in un contesto rispettoso del principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità si desume anche dall'assetto della materia esibito dal *Common Frame of Reference*.
Infatti, in esso, se da un lato appare ancora più chiaro, all'interno della disposizione che contiene il riconoscimento dell'autonomia privata, la configurazione della buona fede come direttiva di comportamento rivolta alle parti nella loro opera di costruzione del regolamento contrattuale (cfr., in particolare, l'art. II. - I:102, intitolato alla *Party Autonomy*, dove si afferma la libertà delle parti di porre in essere un contratto o un altro atto di autonomia privata e di determinarne il contenuto, nei limiti tracciati dalle regole di buona fede e correttezza e di ogni altra norma imperativa applicabile), dall'altro, la regolamentazione delle cause di invalidità del contratto non opera alcun riferimento alla buona fede come criterio di validità degli atti (cfr. art. II. - 7:301), proponendo, del resto, un modello di nullità imperniato sull'applicazione della regola della congruità del mezzo allo scopo, che delinea un uso estremamente cauto e flessibile dello strumento della nullità. Ed infatti è previsto che il contratto è nullo nella misura in cui violi un principio riconosciuto come fondamentale nelle leggi degli Stati membri dell'Unione Europea e la nullità è necessaria per dare effetto a quel principio.
Il co. 2 dell'art. II. - 7:302 prevede, poi, che, quando la norma imperativa non prescrive espressamente gli effetti di una violazione sulla validità dell'atto, il Tribunale può dichiarare il contratto valido oppure annullarlo, con effetti retroattivi, in tutto o in parte, oppure può modificare il contratto ed i suoi effetti; e la decisione in tale prospettiva presa deve essere la risposta appropriata e proporzionale alla violazione, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto.
Non sembra, dunque, davvero che dalle fonti del diritto privato europeo in formazione si possa desumere quel fenomeno di superamento del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, che, molto spesso, proprio all'area del diritto privato europeo si è ascritta.
Né indicazioni di segno diverso si colgono dai processi di riforma, già perfezionatisi, com'è accaduto con la *Modernisierung des Schuldrechts* del Bgb, o in fieri, come nell'*Avant-projet* di riforma della disciplina delle obbligazioni del *Code civil*: ed infatti l'introduzione della regolamentazione della fattispecie e degli effetti risarcitori della responsabilità precontrattuale, che costituisce una caratteristica comune sia della nuova disciplina dello *Schuldrecht*, sia dell'*Avant-projet*, ribadisce appunto la configurazione della buona fede quale regola di condotta, tale da dare luogo, se violata, a responsabilità risarcitoria, e non quale criterio di validità del contratto.
È semmai da notare, a questo punto, che i modelli di codificazione del diritto privato europeo restituiscono un'immagine effettivamente assai diversa della categoria della nullità, rispetto a quella che eravamo abituati a conoscere.
Infatti, come è stato di recente argomentato, «anche la nullità europea, come il suo oggetto di qualificazione, il contratto, è venuta strutturandosi in un senso ormai necessariamente molteplice e plurale, passando dalla tradizionale disciplina generale e indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva soltanto sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri, ad un regime giuridico, invece, diversificato e complesso, variamente articolato e graduato a seconda della specifica patologia inficiante l'atto, e come tale irriducibile ad un concetto o principio unico» (35).
Una nullità, dunque, e per così dire, caratterizzata da una geometria variabile o, forse, più propriamente, imperniata su una dimensione funzionale, proprio perché commisurata ad uno stretto ed immediato rapporto con il concreto assetto di interessi perseguiti dalle parti ed avente, come tale, essenzialmente finalità di conformazione del regolamento contrattuale.

5. L'accenno poc'anzi fatto alla autentica metamorfosi che la nullità di diritto privato europeo ha conosciuto - da rimedio, per così dire, monolitico ed anelastico, a rimedio a dimensione funzionale e variabile - costituisce premessa adeguata ad affrontare la questione del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento proprio dal punto di vista rimediale: ed è del resto proprio sotto tale angolo visuale che sono state per lo più lette, nei primi commenti sulle stesse, le sentenze delle Sezioni Unite nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007, ponendosi, in particolare, l'accento sulla rivincita dei rimedi risarcitori che le medesime attesterebbero.
Le stesse sentenze delle Sezioni Unite mostrano, in effetti, e di nuovo con scelta argomentativa importante anche dal punto di vista metolodogico generale, una precisa consapevolezza dell'ambito che può essere riservato al discorso sui rimedi e sulla loro conformazione: solo l'assenza di qualsiasi tecnica di tutela diversa da quella della nullità potrebbe determinare, in ossequio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti (desumibile dall'art. 24 cost.) e nella prospettiva della realizzazione del principio di tutela costituzionale del risparmio, enunciato dall'art. 47 cost., la necessità di utilizzare il rimedio della nullità. Mentre la constatazione empirica di un maggiore grado di efficacia, nella prospettiva della tutela del risparmiatore, della tecnica affidata alla sanzione della nullità non può, di per sé, orientare la scelta verso quest'ultima, essendo la conformazione giuridica degli strumenti di tutela compito del legislatore, le cui scelte l'interprete non è autorizzato a sovvertire.
Tali considerazioni sono sufficienti a confutare le ricostruzioni, le quali, sulla premessa del modello argomentativo «orientato alle conseguenze» tipico dell'analisi economica del diritto, hanno sostenuto che il meccanismo rimediale più efficiente, a fronte delle violazioni delle regole di comportamento gravanti sugli intermediari finanziari, sarebbe quello della nullità e della conseguente tutela restitutoria.
Infatti, si osserva in questa prospettiva, la ripetizione dell'indebito, la quale consegue alla invalidità, sarebbe tale da consentire una completa internalizzazione dei costi in capo alla impresa di investimento, che ha causato il pregiudizio al risparmiatore, costituendo un robusto deterrente contro futuri inadempimenti (idonei, in relazione allo scopo di protezione delle disposizioni disciplinatrici il settore dell'intermediazione finanziaria, non solo a pregiudicare il singolo risparmiatore, ma anche a turbare la funzionalità del mercato) (36).
Tuttavia, ed anche a voler prescindere dalla critica metodologica generale che può muoversi agli argomenti di analisi economica del diritto - i quali si affidano alla premessa, tutt'altro che scontata a livello normativo, secondo la quale il perseguimento dei valori dell'efficienza sarebbe un valore fatto proprio dall'ordinamento - vi è da domandarsi se, anche dal punto di vista specifico dell'efficienza del sistema, non sia preferibile invece proprio il rimedio risarcitorio: il quale, lungi dal determinare l'effetto restitutorio automatico e secco, che dalla declaratoria di nullità del contratto discende, consente di commisurare la tutela del risparmiatore, in ipotesi di violazione di obblighi di comportamento dell'intermediario finanziario, alla concreta dimensione del pregiudizio subito, attribuendo eventualmente rilevanza anche al concorso del comportamento colposo del danneggiato (*ex* art. 1227, co. 1 c.c.) ovvero alla ipotetica evitabilità, in tutto o in parte, del danno (art. 1227, co. 2 c.c.: ad esempio, attraverso la sollecita vendita dei titoli acquistati, una volta divenuto chiaro, in ipotesi grazie alle informazioni somministrate successivamente all'acquisto dall'intermediario, che gli stessi stavano volgendosi al *default*) (37).
Una soluzione del genere, oltre a discendere dall'applicazione dei principi dei quali abbiamo fin qui detto, pare preferibile anche dal punto di vista dell'efficienza, nella misura in cui consente di far ricadere sul risparmiatore negligente o malaccorto una parte del costo del danno da lui subito, così determinando il risultato che, nelle sue future iniziative di investimento, il medesimo risparmiatore sia invitato a conformare la propria condotta a più elevati standard di diligenza (ed evitando il risultato che gli investimenti affluiscano su emittenti o società non meritevoli di ricevere il sostegno del mercato) (38).
D'altra parte, non può negarsi che, spesso, il rimedio della nullità appare in realtà impraticabile ed incongruo anche dal punto di vista dell'ambito soggettivo di applicabilità del medesimo, che non può che essere limitato «alle sole parti del contratto che sia in ipotesi affetto da nullità», con il corollario che l'intermediario potrà essere tenuto alla restituzione delle somme investite solo quando le abbia incassate «come corrispettivo dovutogli per la cessione di titoli che erano già nel suo portafoglio ovvero come mezzi somministratigli dal cliente ai sensi dell'art. 1719 c.c. per l'esecuzione di un mandato senza rappresentanza, avente per oggetto l'acquisto degli strumenti finanziari» (39).
Al contrario, nelle ipotesi in cui il risparmiatore acquisti i titoli senz'altro dalla società emittente, sulla base dell'adesione ad un'offerta pubblica, l'unica tutela esperibile dal risparmiatore nei confronti dell'intermediario sarebbe, già in tesi astratta, quella risarcitoria.
La considerazione appena formulata, dalla quale si desume la necessità di articolare il discorso sui rimedi, a fronte delle violazioni delle regole di comportamento cui sono tenuti gli intermediari finanziari, anche alla luce delle particolarità che assume, in questi casi, la forma giuridica dell'operazione economica, trova ulteriore conferma dall'angolo visuale della qualificazione degli atti di esecuzione del mandato, nei quali si risolvono le singole operazioni poste in essere dal cliente. Ed infatti, posto che - come rammentano le Sezioni Unite - tali atti, o operazioni, potrebbero anche avere natura non negoziale, pure sotto questo angolo visuale si conferma la impraticabilità, come rimedio generale, della nullità (la quale, come qualificazione negativa tipica dell'atto di autonomia privata, non potrebbe in alcun caso riferirsi ad atti privi di natura negoziale).
Pure dal punto di vista pratico, pertanto, oltre che da quello della coerenza rispetto ai principi ed al sistema, appare assai più attendibile la gamma di rimedi prefigurata dalle sentenze delle Sezioni Unite più volta citate: dalla responsabilità precontrattuale, sulla quale ci si soffermerà più ampiamente *infra*, § 6, nel caso di violazioni di regole di comportamento che abbiano preceduto o accompagnato la conclusione del contratto, ai rimedi risarcitori/risolutori

spettanti in caso di inadempimento di obblighi inseriti nella fase esecutiva del contratto già concluso.
A quest'ultimo riguardo, va precisato che il rimedio risolutorio, proprio in quanto riferibile, in ipotesi, al solo contratto quadro postulerà uno scrutinio di gravità o meno dell'inadempimento calibrato sul complesso delle prestazioni dedotte, ed eseguite, nell'ambito del contratto quadro stesso, con la conseguenza che solo quando l'operazione, con riferimento alla quale si sia verificata la violazione della regola di comportamento, abbia un'incidenza significativa, nell'ambito del complesso delle operazioni poste in essere in attuazione del contratto quadro, potrà farsi luogo alla risoluzione del medesimo; la natura di contratto di durata del contratto quadro legittima, poi, l'applicazione dell'art. 1458, co. 1 c.c. e, dunque, l'estensione degli effetti della risoluzione al solo ordine con riferimento al quale si sia verificata la violazione, mentre rimangono non incise le prestazioni già eseguite ed in relazione all'attuazione delle quali non si sia verificata alcuna violazione (40).
Resta in ogni caso ferma la possibilità di dare ingresso, nella sussistenza dei relativi presupposti, anche al rimedio dell'annullamento del contratto per vizio del consenso, come ha cura di precisare la stessa Cassazione nella coppia di sentenze sulle quali si è venuto dipanando il discorso.
Infatti, in presenza di vizi del consenso, «nominati» e disciplinati dal legislatore non ha ragione di essere invocata la *ratio*, così come a suo tempo chiarita, che presiede all'affermazione del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento: è lo stesso legislatore, infatti, a delineare la fattispecie cui si ricollega il giudizio di invalidità.
Si tratterà, semmai, di verificare, nella prospettiva dell'applicabilità del rimedio dei vizi del consenso alla materia della prestazione dei servizi di investimento, se la stessa sia, o meno, destinata ad assumere una conformazione peculiare.
A tale proposito, è stato osservato, sulla premessa che elemento essenziale del contratto sarebbe non già il mero accordo, ma l'accordo informato (41), che, nei contratti dell'intermediazione finanziaria, oggetto del patto sarebbe proprio la convenienza, con la conseguenza che, in questi casi, la disinformazione inciderebbe sull'oggetto e sulla natura del patto e sarebbe in grado di integrare un errore essenziale, perché incidente su una qualità che secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze deve ritenersi determinante del consenso (42).
Al riguardo, si può senz'altro concordare sul fatto che - ferma la distinzione tra errore rilevante perché suscettibile di essere sussulto e mero errore sulla convenienza economica, come tale irrilevante - in materia di contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di investimento le circostanze alla luce delle quali il vizio del consenso possa ritenersi determinante sono destinate ad assumere una conformazione peculiare; ma questo non discende dal fatto che oggetto del contratto di prestazione di servizi sia la convenienza (circostanza che, genericamente intesa, vale per tutti i contratti), bensì dall'opportuna apertura che la stessa disposizione dell'art. 1429 c.c. (in particolare, al n. 2) riserva alle circostanze del caso, come criterio di valutazione della rilevanza determinante del consenso che possa assumere il vizio.
Non sembra tuttavia che costituisca esercizio di dogmatismo, come sostiene la dottrina della quale si sta riferendo il pensiero (43), essendo, al contrario, imposto dalla considerazione del sistema, distinguere tra la carenza radicale del consenso, suscettibile di determinare la nullità del contratto, e l'esistenza di una situazione di consenso non sufficientemente informato o addirittura disinformato. Quest'ultima ipotesi può prefigurare una situazione di annullabilità del contratto, se la disinformazione sia riconducibile ad una delle ipotesi normativamente prese in considerazione come cause di annullabilità del contratto; ma la possibilità di somministrare tale rimedio non incide in alcun modo sul principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento (e sulla *ratio* del medesimo, così come in precedenza individuata) perché, nel caso dei vizi del consenso nominati, è appunto il legislatore, e non il giudice, in sede di concretizzazione della clausola generale di buona fede, a predisporre la fattispecie che, se integrata, determina la invalidità del contratto.

6. Un discorso sul profilo dei rimedi, all'interno della riflessione sul principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, non può prescindere dalla considerazione dell'ambito operativo che proprio le più volte citate sentenze nn. 26724 e 26725/2007 assegnano all'istituto della responsabilità precontrattuale.
Infatti, quest'ultimo istituto a seguito dell'orientamento accreditato, anche se non inaugurato, dalle sentenze citate (44), si candida, qualora l'orientamento stesso dovesse consolidarsi (45) come rimedio in grado di governare anche le situazioni del contratto valido, ma pregiudizievole per la parte che abbia subito l'altrui comportamento contrario a buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto, così ritagliandosi uno spazio di particolare rilievo all'interno della gamma delle tutele spettanti alla parte creditrice di obbligazioni di informazione e di comportamento che si inscrivano all'interno della fase delle trattative.
Dal punto di vista sistematico, ciò attribuisce una rinnovata centralità all'istituto della responsabilità precontrattuale; e non occorrono, del resto, molte parole per rendersi conto che nel delineare questo fenomeno di accresciuta importanza dell'istituto della responsabilità precontrattuale concorrono anche fattori di portata più generale.
Infatti, e sotto un primo profilo, l'area della responsabilità precontrattuale, in quanto assoggettata in pieno alla regola di buona fede, non poteva che restare coinvolta in quel ribollire giurisprudenziale che proprio nell'anno 2007 ha segnato un record qualitativo, per così dire, efficacemente illustrato nella già menzionata Relazione sull'Amministrazione della giustizia nell'anno 2007 del Primo Presidente della Suprema Corte: dalla sentenza n. 5273/07 in tema di *exceptio doli generalis*, alla sentenza n. 15669/2007 in materia di obbligazioni che, *ex fide bona*, sopravvivono alla cessazione del vincolo contrattuale, fino alla sentenza delle Sezioni Unite n. 23726 sul divieto di frammentazione in plurime, distinte domande dell'azione giudiziaria per l'adempimento di un'obbligazione pecuniaria.
Ma il fattore che appare veramente decisivo nel ruolo guadagnato, o riguadagnato, dall'istituto della responsabilità

precontrattuale sembra essere quello della riconosciuta attitudine del medesimo a costituire la regola di governo di quelle situazioni di accentuato contatto sociale tra due sfere giuridiche, come tali, e proprio perché tali, suscettibili di esporre le sfere in contatto a più frequenti, ed incisive occasioni di danno.
In quest'ordine di idee, appare particolarmente importante, a voler proporre un breve cenno di comparazione, la ben nota previsione del § 311 del BGB, la cui introduzione, secondo quanto segnalato dalla dottrina italiana che per prima si è occupata della *Modernisierung dello Schuldrecht* si spiega proprio in relazione all'esigenza di affermare chiaramente l'insorgenza di obblighi di protezione a seguito del contatto negoziale, che poteva ritenersi non rientrante nell'ambito della previsione del pari 241, co. 2, laddove questo sembra presupporre un rapporto già costituito (46).
D'altra parte, anche l'*avant projet* di riforma del *droit des obligations* all'interno della sistematica del *code civil* esprime un'opzione chiara nel senso dell'assoggettamento anche delle trattative e della formazione del contratto alla regola della buona fede (art. 1104 c.c.), così, questa è l'espressione che utilizzano i redattori sul punto, dell'*exposé des motifs* colmando una lacuna della regolamentazione codicistica previgente, sia pure con una scelta chiaramente esplicitata come diversa da quella nel senso di una regolamentazione minuziosa quale quella contenuta nella materia del diritto dei consumatori e nei progetti di armonizzazione europea. Certo, sul punto, gli autori dell'*exposé* (Delebecque e D. Mazeaud) sembrano circoscrivere alla sola area classica della rottura delle trattative l'impatto dell'introduzione della regola di buona fede, ma si può ragionevolmente ritenere che, una volta che fosse introdotta davvero la previsione generale secondo la quale «*L'initiative, le déroulement et la rupture des pourparlers sont libres mais ils doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi*», si potranno delineare, anche nell'elaborazione giurisprudenziale francese, spazi applicativi non dissimili da quelli prefigurati dall'indirizzo delle Sezioni Unite italiane del quale si è poc'anzi riferito.
Infine, anche i modelli di armonizzazione del diritto privato europeo dei contratti sembrano attribuire una particolare importanza agli obblighi precontrattuali di informazione e di protezione: e qui il riferimento d'obbligo è al *Draft Common frame of reference* che sceglie, al contrario del modello francese, la strada della regolamentazione analitica e quasi esasperata degli obblighi gravanti sulle parti nell'ambito delle trattative, introducendo anche una previsione in materia di rimedi risarcitori, che sembra delineare un quadro prospettico molto simile a quello che potrà originare dallo sviluppo dei principi enunciati dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella già menzionata coppia di sentenze.
Dal punto di vista della qualificazione della responsabilità precontrattuale, quegli orientamenti, e questi modelli, dovrebbero consentire, infine, di superare la costruzione, la cui persistenza non può che risultare, a questo punto, addirittura incomprensibile, che ravvisa, nei casi di violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative, una responsabilità aquiliana: ed infatti, sulla base della premessa metodologica secondo la quale la forma della costruzione giuridica deve essere modellata sull'essenza reale del fenomeno da regolamentare, non può che apparire gravemente illogica la pretesa di ascrivere all'area della responsabilità del passante la situazione di danno che si ingeneri nell'ambito di quella peculiare situazione di contatto sociale originata appunto dalle trattative e che la disciplina normativa assoggetta ad una specifica regola di comportamento, qual è la buona fede (47).
Restano, certo, questioni irrisolte di notevole rilievo, legate, in particolare, alla possibilità che l'applicazione della responsabilità precontrattuale anche all'ipotesi del contratto valido, ma sconveniente (perché concluso a valle di un comportamento contrario a buona fede di uno dei contraenti), possa determinare una generalizzata prospettazione di pretese risarcitorie intese ad accreditare, *a posteriori*, una sorta di regola, di evidente portata eversiva sul piano sistematico, di equivalenza oggettiva delle prestazioni; ed infatti la parte, che lamentasse di avere concluso un contratto sconveniente, potrebbe tentare di sostenere *sub specie* di obbligo risarcitorio da violazione della regola di buona fede, di avere diritto ad una somma di danaro tale da riequilibrare i termini dello scambio fino alla soglia della propria convenienza (48). E se questo davvero dovesse essere lo scenario che si delinea, si tratterebbe, senza dubbio, dell'ulteriore conferma del fenomeno, ormai di ricorrente verificazione, secondo il quale i rimedi - in questo caso l'uso dell'istituto della responsabilità precontrattuale - modellano sopra di sé gli istituti, ed i principi.
In questa prospettiva, appare allora assai opportuna la puntualizzazione secondo la quale «la responsabilità precontrattuale... per definizione non può avere come punto di riferimento la prestazione come adempimento, la cui inesattezza o mancanza costituisce presupposto della responsabilità per inadempimento», venendo invece in considerazione, in ambito di responsabilità precontrattuale, «tutti i costi strumentali alla stipulazione, dei quali si rivela un'ingiustificata inutilità che una condotta secondo buona fede avrebbe consentito all'altra parte di evitare» (49).
Su questa premessa, soltanto nell'ipotesi normativamente disciplinata del dolo incidente (art. 1440 c.c.), qualificata, a sua volta, dall'esistenza non di una semplice violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nelle trattative, ma da veri e propri raggiri, la prestazione risarcitoria potrà commisurarsi alla differenza tra l'assetto economico dello scambio in effetti raggiunto dalle parti e quello che, in assenza dei raggiri, si sarebbe conseguito, assumendo, invece, in ogni altro caso la responsabilità precontrattuale la funzione di riallocazione dei costi strumentali alla stipulazione che la condotta contraria a buona fede abbia cagionato.
Non appare allora sufficiente a fondare il principio del «non cumulo» tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale l'argomento, svolto dalla Corte di Cassazione in una sentenza di poco antecedente a quelle delle Sezioni Unite, secondo il quale la prima può configurarsi solo laddove le trattative «non sfocino nell'alveo di una successiva convenzione negoziale, alla cui stipula, per converso consegue che per ciò solo esse perdono ogni autonomia e ogni giuridica rilevanza», convergendo, dal punto di vista risarcitorio, «in quella struttura contrattuale che essa sì, essa sola, potrà (in ipotesi) costituire fonte di responsabilità risarcitoria» (50).
In tal modo non si coglie, infatti, che la possibilità di enucleare un interesse tutelabile attraverso l'azione di

responsabilità precontrattuale, pure in presenza di un contratto già concluso, resta affidata alla distinzione tra ciò che è violazione dell'obbligo di protezione, posto a carico delle parti in quella fase di contatto sociale qualificato, rappresentata dalle trattative, e ciò che è invece, infrazione dell'obbligo di prestazione, come tale riconducibile, invece, all'area della responsabilità contrattuale: distinzione che, se colgono nel segno le considerazioni in precedenza svolte, dovrebbe anche scongiurare esiti sistematicamente incongrui della riconosciuta compatibilità tra responsabilità precontrattuale e conclusione di un contratto valido.

Abstract

*Rules of validity and behaviour: principles and remedies*

The author refers to the noteworthy decisions pronounced by the Italian Corte di Cassazione on 19 December 2007 - n. 26724 and 26725 - addressing the issue of whether a distinction between rules of validity and rules of behaviour is still appropriate, above all, in relation to the applicable remedies. After an in-depth analysis of the Court's reasoning, it appears that the rules of behaviour, especially in good faith, may lead to the contract's invalidity only when so prescribed by the legislator, which, in many fields, contemplates a mingling between the two types of rules. Indeed, in the European context such distinction seems to be overcome; however, the author favours the remedy of damages as a consequence of pre-contractual liability.

**Note:**

(*) Il presente scritto costituisce la rielaborazione di alcune relazioni a Convegni o Seminari, relativi alle sentenze delle Sezioni Unite della Suprema Corte nn. 26724 e 26725 del 19-12-2007, tenute dall'autore nei primi mesi del 2008; gli svolgimenti argomentativi proposti nello scritto sono stati in parte anticipati in un lavoro più sintetico dall'identico titolo, in corso di pubblicazione negli Scritti in onore di Marco Comporti.

(1) Così L. Mengoni, Autonomia privata e costituzione, BBTC, 1997, 9.

(2) Le due sentenze citate, a conferma ulteriore delle ragioni della loro importanza sistematica e pratica, delle quali subito si dirà nel testo, hanno già suscitato numerosissimi commenti: si segnalano, tra gli altri, A. Albanese, Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?, Corr. Giur., 2008, 107 s.; A. Gentili, Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite, Contratti, 2008, 393 s.; V. Mariconda, L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità, Corr. Giur., 2008, 230 s.; V. Sangiovanni, Commento a Cass. s.u. 19-12-2007 n. 26724 e 26725, Contratti, 2008, 231 s.; U. Salanitro, Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obier dicta delle sezioni unite, Nuova giur. civ. comm, 2008, 445 s.; E. Scoditti, La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite, Foro it., 2008, I, 784 s.; F. Galgano, Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione, Contr. Impresa, 2008, 1 s.

(3) È la nota posizione di R. Sacco, Il contratto (Torino 1975), 669 s.

(4) Così R. Sacco, in R. Sacco-G. De Nova, Il contratto, Tratt. dir. civ. diretto da R. Sacco³ (Torino 2004), 244.

(5) Così G. D'Amico, La responsabilità precontrattuale, Trattato del contratto, V, Rimedi - 2 a cura di V. Roppo (Milano 2006), 1004.

(6) In questi termini, C. Castronovo, Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II, Prefazione all'edizione italiana, Un contratto per l'Europa (Milano 2001), XXXIV.

(7) Cfr. Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007 (Roma 2008), VII, § 6, 45 s.

(8) Così D'Amico, La responsabilità precontrattuale cit., 993.

(9) Così C. Castronovo, La nuova responsabilità civile³ (Milano 2006), 354.

(10) Sulla quale si veda, in particolare, G. Gitti-G. Villa (a cura di), Il terzo contratto (Bologna 2008).

(11) Si veda sul punto, criticamente, D'Amico, La responsabilità precontrattuale cit., 993.

(12) Così C. Castronovo-S. Mazzamuto, Manuale di diritto privato europeo (Milano 2007), vol. I, VI.

(13) Si tratta di Cass. civ. I, 16-2-2007 n. 3683, Foro it., 2007, I, 2094 s., con nota di E. Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle Sezioni Unite, nonché Nuova giur. civ. comm., 2007, I, 999 s., con nota di U. Salanitro, Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite. Nell'ambito della dottrina che si colloca temporalmente a cavallo tra l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite e la coppia di sentenze di queste ultime, cfr., in particolare, A.A. Dolmetta, La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari, Contratti, 2008, 80 s.

(14) Cfr., per qualche riferimento ai vari orientamenti della giurisprudenza, Trib. Mantova, 18-3-2004, BBTC, 2004, II, 440 s., con nota di D. Maffeis, Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita ai risparmiatori di obbligazioni argentine; Trib. Mantova, 1-12-2004, Danno e resp., 2005, 614 s., con nota di V. Roppo, La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione; Trib. Palermo, 17-1-2005, Giur. it., 2005, 2096, con nota di M. Ambrosoli, Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni, tutte nel senso dell'applicazione del rimedio della nullità; hanno invece accreditato l'applicabilità del rimedio della responsabilità contrattuale, tra le altre, Trib. Milano, 25-7-2005, Nuova giur. civ. comm., 2006, I, 593 s. con nota di Dellacasa; Trib. Roma, 17-11-2005, Trib. Catania 22-11-2005 e Trib. Milano 24-11-2005, Giur. it., 2006, 521 s.

(15) Sul punto, Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari cit., 2097. Le stesse sentenze delle Sezioni Unite hanno, poi, precisato che «nel caso in esame non si ravvisa la necessità di comporre un contrasto giurisprudenziale derivante dalla presenza di precedenti difformi decisioni delle sezioni semplici sulla questione di diritto (i.e., sul problema se la violazione di regole di comportamento poste a carico dell'intermediario possa, o meno, determinare la nullità dei contratti posti in essere), perché le diverse decisioni menzionate nell'ordinanza di rimessione hanno ad oggetto questioni diverse, nessuna delle quali (ad eccezione di quella trattata dalla sentenza del 29-9-2005 n. 19024, Contratti, 2006, 5, 446 ss.) investe specificamente il tema della presente causa».

(16) Su tale aspetto del discorso, e della motivazione della sentenza, ci si era già soffermati da principio, in sede di prima individuazione della ratio della regola di non interferenza.

(17) Osserva C. Castronovo, La responsabilità precontrattuale, Manuale di diritto privato europeo cit., II, 343, che «l'enfatizzazione

della natura imperativa delle norme che impongono obblighi di informazione non può arrivare al punto di non vedere che tale imperatività ha assistito da sempre l'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede, senza però che da questa sia stato ricavato altro che la responsabilità per il danno che la violazione della regola abbia cagionato».
(18) Così Scoditti, La violazione delle regole di comportamento cit., 786.
(19) Se, dunque, quella ipotizzata nel testo è la ratio del principio di non interferenza, non sembra possa condividersi l'assunto di A. Gentili, Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite, Contratti, 2008, 398, secondo il quale lo stesso sarebbe invece «lo specchio di una distinzione tra ciò che nel contratto appartiene all'atto e ciò che appartiene alla regola, tra fatto e valore, che è ineliminabile dal concetto di negozio», nel senso che «l'invalidità... concerne la regola, non l'atto. Per converso, la violazione di norme di condotta incide sull'atto, non sulla regola».
(20) Cfr. F. Galgano, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, Contr. Impr., 1997, 417 s.
(21) Così D'Amico, La responsabilità precontrattuale cit., 1005.
(22) Le enunciazioni riferite nel testo sono di Castronovo, La responsabilità precontrattuale cit., 342 s.
(23) Cfr. Salanitro, Violazione delle norme di condotta cit., 1008.
(24) Ibidem.
(25) Il pensiero esposto nel testo è quello di Salanitro, Violazione delle norme di condotta cit.
(26) Così, di nuovo, Salanitro, Violazione delle norme di condotta cit., 1009.
(27) Cfr., sul punto, Scoditti, La violazione delle regole di comportamento cit., 787; Id., Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore, Riv. dir. civ., 2006, I, 119; Id., La responsabilità per i danni da clausola abusiva, Riv. dir. priv., 2007, 249; e si veda anche, per la soluzione della questione in termini di abuso, F. Di Marzio, Teoria dell'abuso e contratti del consumatore, Riv. dir. civ., 2007, I, 681.
(28) Parla di «specificazione della diligenza del mandatario» ad opera delle regole in questione, Scoditti, La violazione delle regole di comportamento cit., 787.
(29) Così Castronovo, Principi di diritto europeo dei contratti cit., XXXIV.
(30) Il riferimento è, di nuovo, a Castronovo, Principi di diritto europeo dei contratti cit., XXXIV-XXXV.
(31) Così, ancora, Castronovo, Principi di diritto europeo dei contratti cit., XXXV.
(32) Questa è la conclusione cui perviene, sul punto, Castronovo, Principi di diritto europeo dei contratti cit., XXXV.
(33) Così, in termini pressoché testuali, Cass. 7-3-2007 n. 5273, Nuova giur. civ. comm., 2007, I, 1319 s., con nota di D. Farace, La Corte di Cassazione ritorna all'antica distinzione tra exceptio doli generalis seu praesentis ed exceptio doli specialis seu praeteriti.
(34) Anche su questi punti si sofferma Castronovo, Principi di diritto europeo dei contratti cit.
(35) Così V. Scalisi, L'invalidità e l'inefficacia, Manuale di diritto privato europeo cit., II, 477.
(36) La tesi è stata argomentata, in particolare, da F. Sartori, La (ri)vincita dei rimedi risarcitori; note critiche a Cassazione S.u. 19 dicembre 2007 n. 26725, sito www.ilcaso.it.
(37) Nota che il rimedio della nullità porrebbe fuori quadro la possibile rilevanza del fatto colposo del danneggiato, Albanese, Regole di condotta e regole di validità cit., 107.
(38) Osserva C. Miriello, La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?, Contr. Impr., 2008, 292, quale argomento applicativo a favore della prevalenza dei rimedi risarcitori, che «la nullità è per definizione una sanzione che opera senza elasticità ed in modo automatico, producendo l'inefficacia originaria del contratto per violazione di un obbligo anche non essenziale rispetto alla stipula. Per contro, le sanzioni alternative sono più elastiche e consentono di valutare in concreto quale sia la rilevanza della violazione e quali le sue conseguenze».
(39) Così Albanese, Regole di condotta e regole di validità cit., 108, il quale osserva che, anche nel caso in cui le somme siano state percepite dall'intermediario come mezzi per l'esecuzione del mandato, l'investitore, «pur acquistando la proprietà dei titoli direttamente dal precedente titolare, senza la necessità di un successivo atto di trasferimento, adempie la propria obbligazione pecuniaria in attuazione di un contratto stipulato con l'intermediario».
(40) Cfr., per tale precisazione, Scoditti, La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario cit., 786.
(41) Così Gentili, Disinformazione e invalidità cit., 399.
(42) Cfr. Gentili, Disinformazione e invalidità cit., 400.
(43) Così, di nuovo, Gentili, Disinformazione e invalidità cit., 401.
(44) Sul punto, infatti, le due sentenze si ricollegano dichiaratamente a Cass. 29-9-2005 n. 19024, Foro it., 2006, I, 1105, con nota di E. Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale.
(45) Potrebbero indurre a dubitarne il fatto che, nell'economia della decisione delle Sezioni Unite, si tratta, in effetti, di un obiter (rispetto alla questione di diritto sottoposta), così come l'esistenza di sentenze coeve o di poco antecedenti, rispetto a quelle delle Sezioni Unite, che sono tornate a sostenere la tesi classica del non-cumulo tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale: così, in particolare, Cass. 25-7-2006 n. 16937, Contratti, 2007, 550 s.; Cass. 5-2-2007 n. 2479, Mass. Giur. it., 2007.
(46) Così A. di Majo, La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania, in questa Rivista, 2004, 355 s.
(47) Tale risultato ermeneutico è stato per la prima volta compiutamente argomentato da L. Mengoni, Sulla natura della responsabilità precontrattuale, Riv. dir. comm., II, 360 s. Sul punto, ampiamente, da ultimo, Castronovo, La responsabilità precontrattuale cit., 325 s.
(48) Si veda, sul punto, Miriello, La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità? cit., 293, il quale osserva che «l'estensione della responsabilità precontrattuale all'ipotesi di contratto valido ed efficace produce conseguenze sulla quantificazione del danno che non sarà più il danno negativo, cioè l'interesse a non perdere tempo in trattative inutili, ma sul modello tedesco della Erfüllungsinteresse il danno positivo differenziale conseguito alla violazione dell'interesse a non subire imposizioni ingiuste sul piano del contenuto del contratto, pari alla differenza tra i vantaggi e le conseguenze economiche che il contratto stipulato produce e quelli che il contratto avrebbe prodotto se fosse stato stipulato se non vi fosse stato il comportamento scorretto»; tale posizione, salvo quanto si dirà nel testo sull'area del danno risarcibile in sede di responsabilità precontrattuale, non pare tuttavia tenere conto del fatto che, a livello applicativo, l'individuazione dei vantaggi che il contratto, in assenza della violazione della regola di buona fede, avrebbe consentito di conseguire, finisce per commisurare appunto l'entità della prestazione risarcitoria alla differenza tra corrispettivo concretamente conseguito, o pagato, e quello che si sarebbe conseguito, o pagato, in un contesto di scambio razionale e quindi determinato alla stregua di parametri obiettivi di mercato.
(49) Così Castronovo, La responsabilità precontrattuale cit., 339. (50) Così Cass. 25-7-2006 n. 16937 cit.

**CONTRARIETÀ A BUONA FEDE E INVALIDITÀ DEL CONTRATTO: SPUNTI RICOSTRUTTIVI**

Alessandro Gnani

c.c. art. 1337 c.c. art. 1366 c.c. art. 1418 D.Lgs. 09-10-2002, n. 231, art. 7 L. 18-06-1998, n. 192, art. 9

**FONTE**

Riv. Dir. Civ., 2009, 4, 435

Sommario: 1. Premessa. - 2. Nullità per contrasto alla norma imperativa dell'obbligo di buona fede durante le trattative: esclusione. - 3. Nullità per contrarietà a buona fede quale criterio valutativo della regola contrattuale: affermazione. - 4. Segue: richiamo all'art. 1366 c.c. - 5. Segue: rilievo ufficioso della nullità. - 6. Annullabilità e contrarietà a buona fede. - 7. Segue: la teorica dei vizi incompleti della volontà. - 8. Segue: critica. - 9. La buona fede come regola di validità, anziché di risarcibilità, a temperamento della tipizzazione normativa dei vizi del volere.

## 1. Premessa.

1. - I contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento sono stati il terreno operativo ove negli ultimi anni è emerso con inedita rilevanza a livello giurisprudenziale il tema del rapporto tra mancato rispetto della regola di condotta ed invalidità negoziale. Ne è seguita una pluralità di soluzioni avanzate dalla giurisprudenza di merito, un asserito contrasto a livello di giurisprudenza di legittimità e da, ultimo, l'intervento delle sezioni unite di Cassazione. Di fronte ad omissioni informative degli istituti bancari circa le caratteristiche di rischio del titolo negoziato (1): le corti di merito hanno inizialmente battuto la strada della nullità, ex art. 1418, comma 1°, qualificando le disposizioni di settore come norme imperative - a presidio di interessi generali (l'integrità dei mercati, la tutela del risparmio) (2) - e ritenendole talvolta espressione d'ordine pubblico economico (3); successivamente hanno invece optato per l'annullabilità (4) ma, soprattutto, per la risoluzione con annessa tutela risarcitoria (5); dal canto suo, la Corte di Cassazione ha dapprima (6) riaffermato (7) l'assunto per cui la contrarietà a norma imperativa determina nullità se il precetto (violato) concerne la struttura o il contenuto del contratto; non invece - salva espressa diversa indicazione del legislatore - se regola elementi estrinseci alla fattispecie negoziale: appunto il comportamento di una delle parti (8). Piuttosto - ha proseguito la Corte - la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante le trattative apre la via alla tutela risarcitoria. In un successivo arresto, la stessa Cassazione (9) ha però ritenuto esistente un orientamento di legittimità in senso opposto, aggiungendo che il " tradizionale principio " di non interferenza tra regole di condotta e regole di validità risulta contraddetto da recenti dati legislativi: vengono citate le norme sui contratti con i consumatori, sul contratto concluso abusando dell'altrui dipendenza economica o della propria posizione dominante, sul contratto concluso a distanza senza la prescritta informativa telefonica e, ancora, la normativa sulle transazioni commerciali gravemente inique quanto alle condizioni temporali di pagamento.

Finalmente, le sezioni unite (10), hanno confermato che, per regola generale, vale il tradizionale distinguo tra norma di comportamento e norma di validità, sicché la nullità da contrarietà a norme imperative suppone un contrasto della norma col regolamento negoziale, anziché con la condotta delle parti; regola generale che ammette previsioni specifiche in senso contrario, non rinvenibili però nello specifico settore dei mercati finanziari.

Il profilo della nullità virtuale (art. 1418, comma 1°) non esaurisce però il tema dell'invalidità negoziale per violazione di una regola di condotta; perché questa, se fa sorgere responsabilità precontrattuale, pone anche il problema di una sua rilevanza in termini di annullamento del contratto (11). E v'è da aggiungere, sempre in via di premessa, che il richiamo all'art. 1337 fa venire in luce la clausola generale di buona fede, nei suoi rapporti con la regola di comportamento.

Secondo l'idea dominante, buona fede è sinonimo di correttezza, e vale come regola di condotta (artt. 1337, 1175, 1375) (12); dalla contrarietà a buona fede derivano conseguenze in termini di responsabilità, non di invalidità (13). Da un lato - viene detto - stanno le norme volte a verificare la conformità del negozio allo schema legale; dall'altro quelle dirette a verificare la liceità della condotta (14). Si aggiunge che le regole di validità hanno natura formale; la loro applicazione avviene " secondo criteri rigorosamente concettuali " (15); poiché hanno lo scopo di garantire la " certezza sull'esistenza di fatti giuridici " (16), non tollerano l'ingerenza di norme flessibili come la clausola generale di buona fede, avente lo scopo di correggere lo ius strictum per superiori fini di giustizia sostanziale (17). Da qui la conclusione: la buona fede vale come metro di un comportamento, sicché non può fungere da criterio valutativo della regola negoziale, onde farne seguire la nullità; la contrarietà a buona fede del comportamento (art. 1337) nemmeno può intaccare il principio di tipicità dei vizi del consenso.

Senonché l'evoluzione normativa più recente - principalmente di derivazione comunitaria -, i principi affermatisi a livello sovranazionale in materia di contratti (principi Unitroit e Principles of european contract law), nonché il dibattito sulla

giustizia contrattuale e sulla tutela della libertà contrattuale rispetto a negoziazioni che coinvolgano una parte debole [(18)], hanno messo in dubbio l'assunto tradizionale [(19)]. Da qui la necessità di un'indagine tesa a ricostruire gli esatti termini del rapporto tra contrarietà a buona fede ed invalidità negoziale [(20)].

## 2. Nullità per contrasto alla norma imperativa dell'obbligo di buona fede durante le trattative: esclusione.

2. - Linearità espositiva impone di partire dal profilo considerato dalla giurisprudenza sui contratti d'investimento in prodotti finanziari. L'enunciato da verificare è il seguente: se la violazione della buona fede/correttezza - corretta regola di comportamento specificata in obblighi informativi circa il profitto/rischio economico legato alla tipologia di investimento, onde permettere al cliente una decisione consapevole - sia causa di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative [(21)].

Secondo l'idea prevalente [(22)], il meccanismo della nullità virtuale per contrarietà a norma imperativa opera soltanto se il conflitto con essa origini dalla regola del contratto, anziché dal comportamento tenuto in occasione del contratto. Si aggiunge che la contrarietà del comportamento alla regola imperativa di condotta trova semmai una sanzione legale diversa dalla nullità (art. 1418, comma 1°, ult. parte): tipicamente, l'annullabilità [(23)]. In termini ancor più stringenti, la dottrina [(24)] puntualizza che l'art. 1337, nel suo portato di buona fede, è norma imperativa [(25)] la cui violazione implica però nullità solo quando il conflitto con essa origina dalla clausola pattizia, anziché dal comportamento tenuto dal contraente [(26)] [(27)].
È una conclusione meritevole di essere riaffermata ancor'oggi. Che, in linea generale, la nullità per contrarietà a norma imperativa significhi contrarietà della regola negoziale alla norma e non contrarietà della condotta alla norma (imperativamente prescrittiva della condotta di buona fede), emerge ad esempio dal raffronto tra il §138, Abs. 2, BGB e la disciplina di rescissione [(28)]: il primo sanziona con nullità un'ipotesi che, oltre ad un presupposto inerente la regola negoziale (squilibrio), ne richiede altro relativo al contegno di uno dei contraenti. Il codice del '42 ha invece scelto - per fattispecie che analogamente contempla il duplice presupposto [(29)] - un rimedio diverso dalla nullità, azionabile solo ad istanza di parte (art. 1448). Da qui la dimostrazione di come si sia deciso, con maggior rigore rispetto al modello tedesco, di svincolare il giudizio di nullità da valutazioni inerenti il comportamento. Dal confronto con gli artt. 1418, comma 1° e 1343, poi, l'ulteriore dimostrazione che la clausola generale del buon costume [(30)] veicola nullità da contrasto con la regola negoziale, più che con un comportamento. Si spiega così l'erroneità dell'assunto giurisprudenziale che, richiamando l'ordine pubblico economico (*art. 47 Cost.*) a fondamento degli obblighi dell'intermediario finanziario, conclude per la nullità del contratto [(31)].
Come detto, è questa una soluzione che non pare a tutt'oggi superata. Non lo è dai principi Unidroit e dai PECL, che negli artt. 3.10 e 4.109, per fattispecie sistematicamente vicine al §138, Abs.2 BGB e *all'art. 1448 c.c.*, operano una scelta rimediale in linea col modello italiano: non nullità, azionabile ex officio, con funzione tipicamente demolitoria, bensì annullamento su istanza di parte [(32)], e con vocazione correttiva.
In secondo luogo, è una soluzione che nemmeno pare superata dall'influsso del diritto comunitario; rispetto al quale è però richiesta più attenta riflessione. In effetti, autorevolmente, parte della dottrina ha ritenuto che il diritto comunitario faccia interagire le norme di comportamento (soprattutto obblighi di informazione) con il profilo strutturale del contratto, con conseguenti effetti di nullità; nullità spesso virtuale - si specifica - perché veicolata da imperative previsioni di irrinunziabilità del diritto (a quella condotta corretta) [(33)]. Ora: se l'obbligo d'informazione viene sostanziato in una previsione di forma scritta ad substantiam [(34)], effettivamente la nullità ha carattere strutturale (artt. 1350 e 1418, comma 2°), e però non rileva più la contrarietà ad una norma di condotta (art. 1337) in fase precontrattuale [(35)]. Quanto alle disposizioni che dichiarano irrinunciabili i diritti [(36)], vale quanto sopra detto: la nullità scaturisce dal contrasto della norma (imperativa) con la regola pattizia (singola clausola di rinuncia al diritto), anziché con il comportamento.
Più in generale va poi rilevato che il diritto comunitario, nel mentre impone norme di condotta - qualificabili come imperative [(37)] - non vi correla però alcun effetto di nullità. Lo schema tipologico della direttiva [(38)] inclina a lasciare alla competenza dei singoli stati membri l'individuazione del rimedio da violazione della norma imperativa di condotta [(39)].
Non è quindi il diritto comunitario a dettare soluzioni sul tema del rapporto tra regola di condotta e nullità per violazione di norma imperativa. L'alternativa tra nullità, annullabilità o fattispecie di responsabilità rimane un problema di puro diritto interno.
Possono allora meglio apprezzarsi alcune norme, spesso indicate a confutazione dell'idea tradizionale (nullità per contrarietà

a norma imperativa come nullità da conflitto tra norma e regolamento pattizio). Queste, lungi dall'essere espressione di una generale visione di sistema indotta dal diritto comunitario e contraria alla predetta idea, vanno invece riguardate come soluzioni episodiche del legislatore interno [(40)]. Trattasi quindi di nullità testuali ex art. 1418, comma 3° [(41)] che, data la loro natura, non possono condizionare il discorso sulla diversa categoria del comma 1° (nullità virtuali) [(42)]. Tanto vale ad esempio per l'art. 52, comma 3°, cod. consumo [(43)], per l'art. 2, d. legisl. n. 122/05, per l'art. 100 bis T.U.F. [(44)], e pure per il successivo art. 122, comma 1° e 3°, se si ritiene che gli obblighi pubblicitari del comma 1° rilevino come regole di condotta [(45)]; tanto vale soprattutto per l'art. 67 septies decies, comma 4°, cod. consumo, che fa seguire la nullità del contratto alla violazione degli obblighi di informazione idonea ad " alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche ". Tale formula rivela come il meccanismo della nullità testuale possa consentire soluzioni " eccentriche " rispetto ai modelli teorici. Il riferimento legislativo all'alterazione della rappresentazione del contratto (per omessa informazione) rende evidente che l'interesse tutelato è quello della libera formazione del volere, sicché qui la nullità prende il posto del rimedio ordinario di annullamento (per errore o dolo) [(46)].

### 3. Nullità per contrarietà a buona fede quale criterio valutativo della regola contrattuale: affermazione.

3. - Oltre alle nullità testuali appena viste, vi è un'altra serie di disposizioni che necessitano di essere considerate, e che la pronuncia della Cassazione rimettente alle sezioni unite aveva addotto a superamento del tradizionale distinguo tra regola di condotta e regola di validità. Si tratta - va subito notato - non più di previsioni sparse, da ricondurre all'art. 1418, comma 3°, bensì di norme inquadrabili entro una visione sistematica unitaria [(47)]. La nullità delle clausole vessatorie nei contratti col consumatore (artt. 33 e 36 cod. consumo), la nullità del contratto concluso abusando dell'altrui dipendenza economica (*art. 9, l. 192/98*), ma anche la nullità delle transazioni commerciali tra imprenditori relativamente alla data di pagamento (art. 7, d. legisl. n. 231/02) [(48)], sono menzionate dalla sentenza, ma pure dalla dottrina [(49)], come ipotesi che correlano la nullità ad una particolare condotta, dispiegata in sede di conclusione del contratto e abusiva, siccome diretta a sfruttare la propria posizione di superiorità economica a svantaggio della controparte [(50)]. D'altra parte, sono anche ipotesi che, se ci si pone nella prospettiva dell'assetto regolamentare, stanno al centro del dibattito sulla giustizia del contratto [(51)] [(52)]. Sistematicamente, poi, sono fattispecie normative che sembrano relazionarsi al §138 BGB e *all'art. 1448 c.c.*, anch'essi caratterizzati da uno squilibrio dell'assetto regolamentare presieduto a monte da un aspetto di patologia esplicantesi in fase di negoziazione [(53)].

Ora, la tesi che riconduce l'effetto di nullità alla (contrarietà con la) regola di condotta muove dall'idea che la buona fede valga come sinonimo di correttezza, dunque come criterio valutativo di una condotta; trattandosi poi di abusi in sede di conclusione del contratto, il richiamo è all'art. 1337 [(54)]. Senonché, occorre verificare se la giusta premessa - largamente condivisa [(55)] - di buona fede oggettiva e correttezza come termini di un'endiadi, rechi con sé la conclusione per cui la buona fede non possa essere criterio valutativo della regola negoziale (oltre che regola di condotta) [(56)]. Va per contro affermato che è la buona fede, in questa sua veste di strumento di controllo del decisum negoziale (*art. 1366 c.c.*), anziché nella sua (altra) funzione di parametro di verifica del comportamento (*art. 1337 c.c.*), a poter determinare esiti invalidatorii in termini di nullità.

L'idea contraria pagherebbe a ben vedere un rilevante prezzo in termini: sia di tenuta sistematica, sia di coerenza col dato di diritto positivo. Sotto il primo profilo va chiarito che altro è dire che il sindacato sulla congruità degli scambi risulta inammissibile in presenza di posizioni di simmetria tra le parti - informativa e di potere economico -; altro è dire che, presente un'asimmetria, per poter svolgere quel sindacato occorra passare da una valutazione del comportamento (abusivo) tenuto dalla parte forte. La seconda affermazione non è necessaria conseguenza logica della prima [(57)]: la riconduzione di un contratto in termini equi può avvenire a mezzo della buona fede, vista come strumento correttivo della regola pattizia, ogni qual volta essa supponga un'anomalia genetica [(58)], di talché possa dirsi che quella regola sia contraria a valori primari [(59)]. Non dunque una buona fede vista semplicemente come strumento di tutela da una condotta abusiva perché lesiva, in modo scorretto, dell'altrui libertà negoziale; strumento che in tal caso nemmeno supporrebbe come necessario il dato dello squilibrio nel regolamento negoziale [(60)] [(61)].

In secondo luogo, circa la coerenza col dato di diritto positivo: l'idea che la regola di condotta (cui seguì un contratto squilibrato) costituisca il referente della valutazione giudiziale, pare difficilmente conciliabile con un dettato normativo che, in termini più o meno marcati, riferisce il sindacato al regolamento negoziale. I termini più espliciti si trovano nell'art. 33

cod. consumo, rispetto al quale, una volta affermato il rinvio alla buona fede oggettiva [(62)], è netta l'interrelazione di questa con la clausola negoziale (anziché col comportamento del professionista); la buona fede è il parametro valutativo della significatività dello squilibrio, e quindi della regola contrattuale, con possibili esiti invalidanti [(63)]. Ma anche l'art. 7, d. legisl. n. 231/02 risulta chiaro nell'affermare che la grave iniquità si valuta in ragione della buona fede: invero, la " corretta prassi commerciale " è formula espressiva della buona fede [(64)], rinviando a quell'idea di mercato improntato a correttezza cui tende l'unione europea [(65)]. Gli altri parametri elencati nell'art. 7, comma 1°, anziché porsi come alternativi ed autonomi alla corretta prassi commerciale, sono indici che consentono al giudizio di conformità/difformità della clausola alla corretta prassi commerciale (id est, alla buona fede), di svolgersi secondo le sue modalità peculiari, ossia in concreto e a posteriori [(66)].

I termini normativi in cui è posto maggiormente in risalto il profilo della condotta sono contenuti nell'*art. 9, l. 192/98*. Vi si parla espressamente di " abuso " dell'altrui dipendenza economica: una condotta abusiva che può estrinsecarsi, tra l'altro, nell'" imposizione " di un regolamento pattizio squilibrato. Da qui la sanzione di nullità [(67)]. È tuttavia possibile una diversa lettura, che conferma l'idea di una nullità derivante da una valutazione sulla regola pattizia - sebbene operante non a propri, alla stregua di parametri a contenuto prefissato, bensì ex post, secondo un criterio flessibile, capace di cogliere le peculiarità della fattispecie concreta e di conformarla ai valori di cui la clausola di buona fede è portatrice -. Questa diversa lettura distingue i casi in cui il comportamento abusivo va valutato come tale, non obiettivizzandosi in un contratto (tipicamente il rifiuto di contrarre) - rispetto ai quali viene in luce il giudizio di illiceità ex art. 2043 con conseguente tutela risarcitoria - dall'ipotesi in cui l'abuso trova la sua espressione finale in un contratto squilibrato. Quando ciò sia, è la regola negoziale ad essere oggetto del giudizio di buona fede [(68)]: la valutazione di eccessivo squilibrio si conduce non in ragione di un particolare intento di approfittamento dell'imprenditore c.d. forte, bensì in termini oggettivi [(69)]. La presenza di un regolamento squilibrato, cui l'altra parte non è in grado di opporsi data la sua incapacità di trovare alternative sul mercato; e, in più, il fatto che lo squilibrio sia " eccessivo ", ove l'eccessività è valutata col metro della buona fede, sono condizioni sufficienti per fondare l'abuso di dipendenza economica, senza che rilevi un particolare atteggiamento di dolo in capo all'imprenditore forte [(70)] [(71)].

## 4. Segue: richiamo all'art. 1366 c.c.

4. - Se si passa dal particolare al generale, occorre dire che il ruolo della buona fede, come individuato rispetto alle singole figure normative di cui sopra, non è sconosciuto all'ordinamento, trovando il suo riferimento primo nell'art. 1366.

Spetta a nota dottrina [(72)] il merito di aver evidenziato il ruolo della buona fede in sede di interpretazione del contratto. Entro l'art. 1366, la buona fede diviene metro di valutazione della regola negoziale, con esito correttivo del suo significato, come risultante secondo ius strictum; esito correttivo cui segue una rinnovata composizione dei contrapposti interessi, conformemente ai principi fondamentali dell'ordinamento espressi nella Costituzione; il tutto nell'ottica di una superiore istanza di " socialità reale " [(73)]. La buona fede opera ex post [(74)], entro un giudizio elastico e flessibile che consideri tutti gli elementi del caso concreto, per poi compiere scelte di valore. Proprio per queste caratteristiche, veniva escluso il richiamo all'effetto di nullità: il contrasto con la buona fede - si diceva - può dar luogo ad inoperatività della singola clausola negoziale, o a correzione del significato di parti del contratto, ma sempre al di fuori di un'ottica di conformità/difformità della fattispecie concreta dalle regole formali di stretto diritto [(75)]. Come formula di sintesi, si propose quella di " irrilevanza " a denominare il portato della contrarietà del regolamento a buona fede [(76)].

Era il tempo in cui la nullità restava tutta attratta a valutazioni ex ante. E giova evidenziare che la riconduzione del contratto concluso al modello astratto posto a priori, onde derivarne l'eventuale affermazione di nullità, vale anche per le nullità " da disvalore " [(77)]: ordine pubblico e buon costume, sebbene clausole generali, riassumono principi e valori già positi allorché si deve pronunciare di una loro conflittualità col contratto; il giudice compie un'attività valutativa che consiste pur sempre nel rilevare la contrarietà/consonanza della regola pattizia con un portato, già in essere, della regola giuridica [(78)]. Di contro, nel giudizio interpretativo ex art. 1366, la buona fede non vale come parametro astratto cui riferire il regolamento negoziale; opera bensì quale medio valutativo di quel regolamento, con vocazione conformativa in ragione di determinati interessi e valori [(79)].

Senonché, il concetto di nullità non è più interamente assorbito dall'idea di conformità/difformità da regole formali. L'art. 36 cod. consumo, che ha sostituito all'inefficacia della clausola vessatoria la terminologia di nullità (di protezione) [(80)], e soprattutto l'art. 7, d. legisl. n. 231/02, che parla di nullità e successiva riconduzione ad equità del contratto (contrario a

buona fede), dimostrano come l'ordinamento si sia ormai allontanato da un modello monolitico di nullità [(81)]. Proprio l'art. 7 è il riscontro immediato che, ad oggi, la nullità copre pure un'ipotesi rimediale a vocazione correttiva, del tutto analoga a quella proposta dalla citata dottrina rispetto alla buona fede; un rimedio non semplicemente demolitorio, che fa seguire alla caducazione della clausola (pars destruens), la sua sostituzione con una regola enucleata secondo buona fede, e conforme a determinati valori da essa veicolati (pars costruens) [(82)]. Il giudice - dice la norma - deve correggere il regolamento negoziale eliminandone lo squilibrio; seguendo il criterio della buona fede, tale eliminazione avverrà o con rinvio alle norme dispositive, oppure mediante creazione della regola ritenuta equa. Le due alternative non sono sullo stesso piano [(83)]: se il parametro di giudizio è uno solo - la buona fede - il giudice applicherà i termini legali soltanto qualora ritenga che, nel caso di specie, il loro richiamo porti al risultato di un contratto equo [(84)] [(85)].
Una volta assunto che il diritto positivo trova nell'art. 7 il prototipo della tecnica rimediale propria della buona fede, ecco che il modello dell'art. 7 assume una carica sistematica nuova: sarà idoneo ad arricchire di significato le ipotesi di nullità ex artt. 36 cod. consumo, 9 *l. 192/98* [(86)]. Per conseguenza, alla nullità necessariamente parziale della clausola vessatoria dovrà far seguito un intervento giudiziale sul regolamento pattizio ogni qual volta la sola declaratoria di nullità non raggiunga l'obiettivo di riequilibrio dei rispettivi diritti e obblighi [(87)]. Analogamente vale per la nullità ex *art. 9, l. 192/98*: dichiarata la nullità, si dovrà poi dettare la regola che consenta di rimediare allo squilibrio nelle opposte posizioni [(88)].

## 5. Segue: rilievo ufficioso della nullità.

5. - Va ora evidenziata una peculiarità operativa della ricostruzione proposta. La buona fede come criterio valutativo della regola negoziale, con conseguente nullità, consente l'intervento ufficioso del giudice in senso correttivo del contratto. Lo schema risponde alla regola generale dell'art. 1421, ed è coerente con la nullità come effetto di un controllo sul contenuto del contratto, anziché su dati ad esso estrinseci: segnatamente il comportamento di una delle parti (art. 1337).
La risposta ordinaria approntata dall'ordinamento in termini di rimedi incidenti sul negozio, a fronte di un contratto presidiato a monte da una condotta abusiva, è tipicamente quella di annullabilità; dunque un risposta rimessa all'iniziativa di parte [(89)]. Senonché è forte la tendenza a sminuire il distinguo dogmatico tra nullità e annullabilità [(90)]; vieppiù con l'introduzione delle nullità relative, espressione della capacità espansiva della nullità verso ambiti tipicamente riservati all'annullabilità [(91)]; nullità relative che segnano il progressivo appannamento del discrimen basato sulla natura degli interessi tutelati: tipicamente un interesse superindividuale rispetto alla nullità, di contro ad un interesse privato della parte per l'annullabilità [(92)].
Tuttavia, nonostante la problematicità del quadro complessivo, un punto fermo sembra ancor'oggi potersi mantenere. L'annullabilità, data la natura delle sue ipotesi (vizi del volere e incapacità), resta pur sempre la forma d'invalidità che presidia un interesse ben definito - quello alla libera esplicazione del volere negoziale - rimandando, in ultimo, alla tutela dell'autonomia privata [(93)]. E se quest'ultima concreta un interesse di rilievo generale [(94)], rimane però vero che di tale interesse generale è fatto arbitro il solo contraente [(95)].
Ebbene, il modello di protezione dell'autonomia privata altrui vale appieno rispetto alla buona fede (correttezza della condotta) in sede precontrattuale (art. 1337), siccome preordinata, tra l'altro [(96)], a garantire una libera manifestazione del consenso; prima ancora che a garantire una contratto equilibrato. Più avanti si vedrà meglio l'interrelazione tra inosservanza dell'art. 1337 e fattispecie invalidante del contratto, ma va sin d'ora puntualizzato che deve necessariamente trattarsi di un'impugnativa rimessa alla sola parte [(97)].
Nei casi fin qui discussi la prospettiva è diversa, ché il controllo s'incentra sul contenuto del negozio, necessariamente squilibrato. Ed è ulteriormente diversa perché si tratta non tanto di tutelare l'autonomia privata del contraente debole lesa da un abuso dell'altro [(98)], ma soprattutto di perseguire, a mezzo dell'intervento correttivo ex fide bona, un fine più generale: la realizzazione di un dato assetto del mercato, imposto dal diritto comunitario. Diversamente dalle tipologie di contrattazione cui si lega l'art. 1337 [(99)], tutte le fattispecie discusse suppongono necessariamente una rilevanza macroeconomnica: negozi in cui figurano solo imprenditori - e allora si tratta di creare un mercato che conformi l'attività d'impresa a determinate regole (massime, libertà di concorrenza) [(100)] - oppure imprenditori e consumatori - e allora si tratta creare un mercato che venga a contemperare quelle regole dell'attività d'impresa con determinati valori fondamentali (massime, inerenti la persona) espressi dalla figura del consumatore -.
Ebbene è proprio per questa dimensione, trascendente il singolo contratto e la sola autonomia della parte debole, che si

giustifica la legittimazione ufficiosa del rilievo di nullità [101]. Nel momento in cui il giudice rileva d'ufficio lo squilibrio, lo fa certo nell'interesse immediato del contraente pregiudicato, e però la tutela di quell'interesse è al contempo necessaria per il più ampio disegno di

realizzazione di un mercato comune informato a certi principi [102] [103].

## 6. Annullabilità e contrarietà a buona fede.

6. - Rimane a questo punto l'ultimo aspetto della tematica: la buona fede si rapporta ora all'invalidità, sub specie non più di nullità ma di annullabilità. È
rispetto a tale profilo che si è sempre posto il nucleo concettuale forte del principio di separazione tra regola di condotta e di validità; in particolare nell'affermare che la prima (art. 1337) è norma di responsabilità con effetti risarcitori [104], ma non può condizionare le fattispecie di annullabilità. Il comportamento scorretto in sede di trattativa vale semmai come " presupposto " [105] di alcune di loro, e però la causa della norma di invalidità si trova in altro: in particolare nel vizio del consenso, modellato secondo tratti costitutivi ben precisi per ciascuna ipotesi [106]. Si dice così che le fattispecie di invalidità sono tipiche e determinate da regole a carattere formale [107]. E si può qui aggiungere che l'annullabilità conserva un rigore nei tratti formali della fattispecie ad oggi maggiore di quanto accade per la nullità, se è vero quanto fin qui detto circa la nuova capacità di quest'ultima a veicolare un giudizio flessibile e non formale, come quello di buona fede [108]. Ulteriormente è ancor'oggi assente dal codice l'idea di un perturbamento del volere che abbia a base ipotesi più elastiche di quella dell'incapacità naturale, secondo un'esigenza invece sentita dal diritto contemporaneo [109].
Ora, è noto come un autorevole tentativo abbia proposto di superare questa rigidità di sistema facendo perno proprio sulla buona fede dell'art. 1337: di fronte a scorrettezze che alterino il processo decisionale altrui al di fuori delle cause tipiche di annullamento, si rimedia all'illecito a mezzo della caducazione del contratto (non voluto) o della sua correzione (arg. ex art. 1440). Il nucleo rilevante della tesi è l'idea di una buona fede operante precipuamente sul piano della regola di condotta, e la cui violazione conduce a responsabilità. Non a caso gli esiti caducatori o correttivi del contratto vengono ricondotti alla tecnica del risarcimento in forma specifica [110].
Il tentativo non ha avuto troppo seguito. Porta a ben vedere allo svuotamento del distinguo tra regola di correttezza e regola di validità, se è vero che l'effetto tipico di una norma di invalidità (rimozione del contratto con l'impugnativa di annullamento) si raggiunge per il medio di una norma di responsabilità. Esito sistematico che presupporrebbe certe condizioni invece mancanti nel codice. Presupporrebbe innanzitutto che i vizi del volere potessero esser letti nel nome dell'art. 1337 [111], atteggiandosi come semplici manifestazioni del generale dovere di buona fede [112]. Il che non è: basti pensare alla violenza, rilevante se proveniente dal terzo pur in assenza di consapevolezza dell'altro contraente (art. 1434). Qui c'è un illecito ex art. 2043 (del terzo) eppure non vi è un illecito precontrattuale [113]. Presuppone in secondo luogo che il contratto da rimuovere ex art. 2058 sia dannoso, il linea con l'idea madre di nessuna responsabilità senza danno; di contro, la rimozione del contratto per annullamento non suppone necessariamente un danno [114]. È sempre valida la spiegazione tradizionale: il vizio del consenso basta ex se a legittimare l'impugnativa, quantunque il contratto non sia stato pregiudizievole [115].

## 7. Segue: la teorica dei vizi incompleti della volontà.

7. - Una tesi che invece ha avuto largo seguito è quella dei c.d. vizi incompleti del contratto [116]. Qui la separazione tra regola di condotta e regola di validità è formalmente mantenuta. La tecnica di tutela non s'incentra più sul risarcimento in forma specifica [117], ma su quello per equivalente. Il contratto - è detto - anche se preceduto da scorrettezza precontrattuale, rimane valido ove non sia concretata un'ipotesi di vizio del consenso. Ma per il medio della norma di responsabilità (art. 1337), idonea a colpire pure le scorrettezze non integranti vizio del volere, si attribuisce un risarcimento per equivalente, avente funzione " correttiva " del " profilo economico-monterario dell'affare ", in conformità alle (più vantaggiose) condizioni contrattali accettate in assenza di slealtà [118].
Il pericolo insito nella tesi consta di nuovo nel superamento del distinguo dei due ordini di regole [119]; superamento raggiunto però ora non più in modo diretto [120], bensì in via indiretta [121], in termini di effetti pratici. Perché se si dice che il contratto non voluto - concluso per effetto della scorrettezza altrui [122] - e dannoso, obbligando alla corresponsione di un corrispettivo (magari di mercato) in cambio di una prestazione del tutto inutile in relazione alle proprie esigenze, pur

essendo un contratto valido genera un diritto risarcitorio che elimina il danno subito - danno costituito dall'esborso per il prezzo -, si dice che l'obbligo risarcitorio viene di fatto a sostituire l'obbligo restitutorio che seguirebbe l'annullamento (123). E se si dice che il danno è dato dall'aver alienato a 20 quando in mancanza di scorrettezza si sarebbe venduto a 30, il risarcimento per 10 non è altro che una rettifica del prezzo: nella sostanza un rimedio identico alla riconduzione ad equità degli artt. 1450 e 1468 o alla rettifica dell'art. 1432 (124).

Conducono verso questo dubitabile assetto (125), da un lato, l'art. 1440: parlando di risarcimento del danno sembra utilizzare la regola di responsabilità per surrogare quell'adattamento delle condizioni contrattuali che è l'effetto tipico dei rimedi correttivi del contratto (126); e si può poi argomentarne il collegamento sistematico con l'art. 1337 per ritenerlo applicabile oltre lo specifico vizio del dolo, ossia per qualsiasi contratto valido ma pregiudizievole in dipendenza di un illecito precontrattuale della controparte; dall'altro lato, la nota convinzione di una buona fede impossibilitata ad operare direttamente sul contratto, valendo soltanto come possibile fonte di responsabilità.
Si può iniziare col dire che il tentativo di ovviare al cennato pericolo sistematico non deve passare per l'idea che fuori dai vizi del consenso non vi sia spazio per la rilevanza della buona fede precontrattuale (127). L'aspetto più rilevante della teoria dei " vizi incompleti " sta proprio nell'aver evidenziato un regime di invalidità - sub specie di annullamento - improntato a fattispecie troppo rigide, di contro all'esigenza contemporanea di aprire ad una più generale ed elastica accezione di stato soggettivo di " anomalia ", capace di condizionare l'autodeterminazione negoziale e di prestarsi all'abuso dalla controparte (128).

8. Segue: critica. 8. - In realtà, l'unica via per ovviare con coerenza di metodo al pericolo di un'elusione della regola formale di validità - nel suo anacronistico ingessamento entro fattispecie costitutive troppo rigide - a mezzo della regola di responsabilità, peraltro nel seno di una contraddittoria riaffermazione di separatezza dei due ordini di normative, consta ancora una volta nel recupero del ruolo della buona fede intesa come clausola generale atta ad intervenire sul contratto (art. 1366) e non solo a fungere da criterio valutativo della condotta (art. 1337).

Trattasi di concezione già autorevolmente espressa in dottrina: venne messo in evidenza (129) che l'art. 1337 può coordinarsi con l'art. 1366, ed imporre un'interpretazione ex fide bona del regolamento negoziale, la quale consideri che detto regolamento fu il portato di un'altrui scorrettezza precontrattuale. Si potrà così pervenire all'" irrilevanza " (130) del contratto, qualora non vi sarebbe stato consenso in assenza di scorrettezza; oppure alla sua correzione, qualora i termini dell'accordo siano risultati squilibrati in danno della parte. Essendo poi tipica funzione della buona fede quella di ovviare al rigore dello ius strictum nei casi in cui la relativa applicazione significherebbe pretermissione di determinati interessi espressi dall'ipotesi concreta, ecco che l'intervento correttivo potrà ben operare fuori dai casi di annullabilità. In particolare, la flessibilità della clausola generale di buona fede consente di dare rilievo a tutte quelle anomalie che, pur non integrando vizio del consenso, abbiano comunque capacità perturbatrice della volontà (131). È evidente che la buona fede s'innesta sulla regola di validità, temperando il rigore formale delle fattispecie d'impugnativa per annullamento, in particolare agendo ab extrinseco delle stesse (132); il che fa riemergere le voci di diffidenza verso le clausole generali, stante la loro forza " eversiva " (133): nello specifico la capacità di sovvertire la disciplina dei vizi del consenso, potendo ad esempio la buona fede andare oltre le ipotesi di essenzialità dell'errore oppure oltre il raggiro nel dolo contrattuale. La replica a tale argomentare si trova innanzitutto nella diversità di lettura assiologica della clausola di buona fede; perché quell'idea di " eversione ", anziché denominare un attentato alla certezza dello ius positum, viene ad esprimere l'ineliminabile necessità di un adeguamento della norma ai principi generali (134). E ancora, la replica si trova nelle prospettive europee sul diritto dei contratti: disposizioni come gli artt. 4:109 dei PECL e 3.10 dei principi Unidroit rifuggono l'idea di una buona fede " eversiva ". È una buona fede che opera dall'interno delle regole di validità, ed in particolare di annullabilità: in alternativa all'annullamento è consentita al giudice, su richiesta di parte, la correzione del regolamento squilibrato onde renderlo conforme alla " buona fede "/" correttezza nel commercio ". Se poi si considera che ambedue le norme collegano la buona fede - rimedio contrattuale e non più soltanto rimedio di responsabilità - ad anomalie del volere non rientranti nei vizi classici e ad una condotta scorretta (abusiva) della controparte (135), risulta assai stringente il parallelo con la soluzione che nel diritto interno collega l'art. 1337 all'art. 1366 (136).
La soluzione proposta ha il merito di rispettare, coerentemente, la distinzione sistematica che ancor'oggi sussiste tra fondamento della regola di responsabilità (art. 1337) e fattispecie costitutive della disciplina di annullabilità: al rigore formale della regola di validità (ius strictum) si ovvia richiamando una norma che attiene pur sempre al contratto anziché alla disciplina di responsabilità (137)

## 9. La buona fede come regola di validità, anziché di risarcibilità, a temperamento della tipizzazione normativa dei vizi del volere.

9. - Restano da evidenziare alcuni distinguo tra buona fede come regola operante in termini di nullità e buona fede come regola che interviene sulla tematica di annullabilità; di essi si è già accennato in precedenza, ma occorre adesso esaminarli nello specifico, stante la loro idoneità a veicolare risvolti operativi in chiave sistematica.

La buona fede internalizzata alla disciplina di nullità suppone un contratto squilibrato che corre tra due parti, di cui una debole, e considera detto contratto in un'ottica di sistema: id est all'interno di un assetto di mercato da perseguire. Lo squilibrio non ha come sua causa necessaria una scorrettezza precontrattuale (o un abuso compiuto in sede di conclusione del contratto): la valutazione ex fide bona della regola pattizia squilibrata richiede, quale condizione sufficiente, la posizione di debolezza " strutturale " di una parte sull'altra (138). La disparità di potere contrattuale vale ex se a costituire un fattore di potenziale turbamento nel sistema generale degli scambi, e legittima il sindacato ex fide bona sulla singola transazione commerciale. Dal canto suo, il diritto comunitario mostra di tenere in conto questa disparità, riguardandola come uno dei fattori incidenti sulla costruzione del mercato unico (139). In questo quadro, a venire in gioco non è tanto la tutela della libertà contrattuale della parte debole: non si tratta precipuamente di salvaguardare l'integrità del consenso, ma di garantire che, nelle negoziazioni asimmetriche, l'asimmetria non diventi causa effettiva di pregiudizio per la parte debole; esito rifiutato dai principi fondanti del mercato comune europeo (140).

Per contro, l'atteggiarsi del giudizio di buona fede sulla tematica di annullabilità non suppone un'asimmetria avente valenza sistemica, rilevante in sede di costruzione del mercato. L'anomalia a livello di posizione delle parti (vizio del consenso, incapacità, ma anche stato di bisogno o pericolo) esiste, ma è riguardata: a) come fattore patologico e non strutturale (141); per conseguenza: b) all'interno del singolo contratto, e non rimanda a più ampi scenari di ordinamento del mercato (142); c) non più in quanto tale, ossia come fattore di per sé foriero di pregiudizio, bensì nella misura in cui vi sia correlata una scorrettezza precontrattuale (art. 1337), magari nelle forme dell'abuso della condizione soggettiva d'inferiorità (143). Soprattutto, però, l'asimmetria di posizioni rileva, prima ancora che come fonte di uno squilibrio del regolamento contrattuale, come causa di devianza dal libero convincimento negoziale (144). Qui è in gioco la tutela del consenso della parte debole; consenso a non concludere alcun contratto, oppure a concluderlo a condizioni più vantaggiose. Il visto coordinamento degli artt. 1337 e 1366 implica rimozione o correzione ex fide bona non in ragione dello squilibrio indotto dall'asimmetria, ma in ragione del fatto che all'abuso (art. 1337) dell'asimmetria sia seguita una contrattazione non autodeterminata, fonte di pregiudizio (145) (146).

Dato questo inquadramento, si può tentare una risposta su uno dei problemi centrali posti dal diritto comunitario: quali siano le conseguenze giuridiche - in punto di rimedi contrattuali - derivanti dalla violazione degli obblighi informativi previsti a carico del professionista in favore della parte debole (147); conseguenze spesso non individuate dalla normativa europea (148). Si tratta di obblighi informativi aventi una rilevanza trascendente il singolo contratto, in quanto mirano alla strutturazione del mercato; un mercato che, presidiato da trasparenza, permetta di rimuovere l'asimmetria informativa, consenta la comparazione e la scelta effettiva tra più offerte tipologicamente consimili e, così facendo, raggiunga al contempo l'obiettivo di un'effettiva e libera concorrenza (149).

Vista una tale valenza di sistema degli obblighi informativi, il problema che si presenta è se la violazione dell'obbligo rimandi alla nullità, muovendo proprio dal carattere superindividuale dell'interesse ad esso sotteso; si argomenterebbe così la presenza di norme imperative deputate alla costruzione di un ordine del mercato europeo, e tornerebbe l'idea di una nullità comminata per violazione di regole di condotta (150), anziché per contrarietà della regola pattizia alla regola di condotta. O se si debba invece dire che la violazione dell'obbligo informativo, incidendo comunque sul consenso del contraente debole, rimandi alla disciplina dell'annullabilità; ed, eventualmente, all'operatività della clausola di buona fede con valenza correttiva della regola negoziale ove, nel caso concreto, non sussistano i presupposti (vizio del consenso) per l'applicazione dello ius strictum di annullamento.

Il discorso può essere impostato partendo dai casi in cui il diritto comunitario individua lo specifico rimedio, diverso da quello di annullamento. È un rimedio calibrato precipuamente sulla particolare funzione degli obblighi informativi, considerandone appunto la valenza sistemica nella strutturazione del mercato (151). Tanto vale per rimedi quali le sanzioni amministrative, la vincolatività di effetti delle informazioni volontarie (informazioni pubblicitarie) (152), l'allungamento del termine di recesso, le iniziative (153) rimesse alle associazioni di categoria, e soprattutto il neoformalismo negoziale (154): a mezzo della forma scritta, l'informazione precontrattuale diviene un elemento di struttura del contratto, chiamando in gioco la nullità, e non più un quid (condotta precontrattuale informativa) ad esso estraneo (155).

Ma quando si fuoriesce dal novero delle tecniche di derivazione comunitaria, e l'obbligo d'informazione (violato) si presenti " nudo ", non doppiato da alcun rimedio specificamente introdotto dalla norma comunitaria, è di necessità tornare agli strumenti apprestati dal diritto interno. E allora si dovrà dire che, in mancanza di rimedi specifici, il perseguimento di obiettivi sistemici di mercato può attuarsi non più in modo diretto, bensì solo in via mediata: soltanto come effetto riflesso di una metodica rimediale che considera il contratto singolo,
come contratto " viziato " da un difetto d'informazione. E questa metodica non può essere quella di nullità - per violazione di norme imperative (d'informazione) a tutela di un interesse superindividuale inerente l'assetto del mercato - proprio perché a rilevare in via immediata è la posizione del singolo contraente di fronte alla mancata (doverosa) informazione. Torna il principio per cui l'informazione condiziona l'autonomia negoziale della parte debole, prima ancora che essere preordinata alla costruzione del mercato comune. L'omessa/incompleta/errata informativa sul complesso dei diritti/obblighi veicolati dalla contrattazioni, oppure sui dati di affidabilità della controparte negoziale, incide pur sempre sulla decisione del contraente debole di addivenire alla conclusione del contratto.
Per conseguenza, il modello rimediale da seguire è quello dell'art. 1337: il vizio d'informazione viene nuovamente riguardato nel seno del dovere di correttezza precontrattuale. La regola di comportamento si lega poi al discorso di invalidità sub specie di annullabilità (per vizi del consenso) (156); ma si lega anche all'art. 1366, e quindi alla buona fede come canone valutativo della regola contrattuale (157). Sarà così possibile che scorrettezze precontrattuali non in grado di raggiungere la soglia del vizio del volere, determinino una correzione del regolamento negoziale ex fide bona, modulata in ragione degli interessi della parte debole, pregiudicati dal difetto d'informazione (158).
A questo punto l'indagine può ritornare al punto da cui era partita. Il tema dell'intermediazione finanziaria è fatto proprio dal diritto comunitario: esprime una rilevanza di sistema nell'ottica della strutturazione del mercato (159). Tuttavia, quando si rimane al di fuori delle misure di tutela apprestate dal diritto comunitario nell'ottica macroeconomica del mercato degli strumenti finanziari (160), e viene in gioco la tutela dell'investitore rispetto al singolo contratto, il vizio d'informazione rileva non già sotto il profilo della contrarietà della condotta a norma imperativa, bensì come fattore perturbativo della libera e consapevole scelta negoziale dell'investitore. Torna lo schema codicistico imperniato sull'annullabilità per vizio del volere, e torna anche il ruolo della buona fede nel seno degli artt. 1337 e 1366 (161). ----------

(1) V. il contenuto prescrittivo degli artt. 21 T.U.F., 38 e 29 reg. Consob n. 11522/98.

(2) Trib. Mantova 18 marzo 2004, in G. it., 2004, c. 2125 ss.; Trib. Mantova 27 aprile 2004, in F. it., 2005, I, c. 3047 ss.; Trib. Mantova 1 dicembre 2004, in Danno e resp., p. 614 ss.; Trib. Avezzano 23 giugno 2005, e Trib. Palermo, in F. it., 2005, I, c. 2536 ss.; Trib. Torino 7 novembre 2005, in G. it., 2006, c. 521 ss.; Trib. Venezia 11 luglio 2005, in Danno e resp., 2005, p. 1231 ss.; Trib. Brindisi 21 giugno 2005, ivi, 2006, p. 179 ss.; in dottrina, v. adesivamente VIGO, La reticenza dell'intermediario nei contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento, in Banca, borsa, tit. cred., 2005, I, p. 669; PIAZZA, La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari " inadeguati " al profilo del risparmiatore, in Corr. giur., 2005, p. 1028.

(3) Richiamato esplicitamente da Trib. Firenze 19 aprile 2005, in Danno e resp., 2006, p. 182 ss. e Trib. Brindisi 21 luglio 2006, ivi, 2007, p. 565 ss.

(4) Trib. Pinerolo 14 ottobre 2005, in G. it., 2006, c. 521 ss.

(5) Trib. Milano 24 novembre 2005, Trib. Catania 22 novembre 2005, Trib. Rimini 11 maggio 2005, Trib. Torino 14 dicembre 2005, tutte in G. it., 2006, c. 521 ss.; Trib. Genova 15 marzo 2005, in Danno e resp., 2005, p. 604 ss.; Trib. Milano 25 luglio 2005, ivi, 2005, p. 1227 ss.; Trib. Milano 26 aprile 2006, ivi, 2006, p. 874 ss.; Trib. Genova 22 febbraio 2006, ivi, 2006, p. 880 ss.; v. anche Trib. Taranto 28 ottobre 2004, in F. it., 2005, I, c. 896 ss.; Trib. Roma 22 dicembre 2004 e Trib. Roma 31 marzo 2005, ivi, 2005, I, c. 2538-2539 ss.; Trib. Roma 13 giugno 2005, ivi, 2005, I, c. 3046 ss.; Trib. Genova 2 agosto 2005, in Danno e resp., 2005, p. 1225 ss.; Trib. Lecce 12 giugno 2006, ivi, 2006, p. 567 ss., che parlano tutte di inadempimento e danni.

(6) *Cass. 29 settembre 2005, n. 19024,* in Danno e resp., 2006, p. 25 ss., il cui iter argomentativo è fatto proprio da App. Milano 19 dicembre 2006, in G. it., 2007, c. 650 ss.

(7) In precedenza, v. Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610, in R. d. comm., 1982, II, p. 167 ss., *Cass. 30 dicembre 1997, n. 13131,* in F. pad., 1999, I, c. 17 ss.; con riguardo alla nullità per contrasto con norma penale, *Cass. 25 settembre 2003, n. 14234,* in Banca, borsa, tit. cred., 2005, II, p. 524 ss.

(8) In dottrina, adesivamente, ROPPO-AFFERNI, Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, in Danno e resp., 2006, 31; MERUZZI, La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta, in Contratto e impr., 2006, p. 944 ss.

(9) *Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683,* in F. it., 2007, I, c. 2093 ss. (10) *Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724,* in Giust. civ., 2008, I, p. 1175
ss.

(11) V. il contributo monografico di D'AMICO, " Regole di validità " e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli 1996, p. 9, ove l'iniziale dichiarazione che l'indagine sarà svolta limitatamente all'annullabilità del contratto; in precedenza, v. PIETROBON, Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico, Padova 1990, p. 104 ss.

(12) V. S. ROMANO, voce Buona fede (dir. priv.), in Enc. dir., V, Milano 1959, p. 681: la buona fede è essenzialmente regola di condotta di un rapporto.

(13) V. MENGONI, Autonomia privata e Costituzione, in Banca, borsa, tit. cred., 1999, I, p. 9.

(14) Si potrebbe parlare di norme statiche e norme dinamiche, seguendo la terminologia di S. ROMANO, op. cit., p. 680; v. anche RABITTI, Contratto illecito e norma penale, Milano 2000, p. 62 ss.

(15) D'AMICO, op. cit., p. 42. (16) PIETROBON, op. cit., p. 118.

(17) PIETROBON, op. cit., p. 89 ss., seguito da D'AMICO, op. cit., p. 40 ss.; PERFETTI, L'ingiustizia del contratto, Milano 2005, p. 257.

(18) Si deve peraltro distinguere tra parte " occasionalmente " debole (v. ad es. BVerfG, 19 ottobre 1993, in Nuova g. civ. comm., 1995, I, p. 197 ss.) e parte " istituzionalmente " debole (es. consumatore, imprenditore in posizione di dipendenza economica o soggetto all'altrui potere dominante)(v. PASSAGNOLI, Nullità speciali, Milano 1995, 142-143, 238, 243); sul distinguo v. anche MENGONI, op. cit., p. 9-10, che distingue tra condizioni di inferiorità di fatto (v. §138 BGB; art. 4:109 PECL, art. 3.10 principi Unidroit) e situazioni di disparità dipendenti da concorrenza imperfetta; allo stesso modo, si può discutere di posizioni di debolezza a rilevanza microeconomica, inerenti quel singolo contratto, oppure macroeconomica, laddove il contratto viene in gioco entro un generale assetto giuridico del mercato: v. MELI, La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese. Le Doctrines della Undue Influence e della Unconscionability, Padova 2005, 3, 7; NAVARRETTA, Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma, in questa Rivista, 2006, n. 6, p. 418-419; QUADRI, " Nullità " e tutela del " contraente debole ", in Contratto e impr., 2001, p. 1197, ove la differenza tra annullamento dell'atto compiuto dall'interdetto e nullità del contratto concluso con la " parte debole "; secondo l'A. nel primo caso si tutela l'interesse particolare dell'interdetto, nel secondo si tutela anche l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato; sull'importanza del distinguo, v. infra, qui anticipandosi che, ai fini della presente indagine, occorre estrema prudenza nel trascorrere dal contratto del consumatore alla più ampia figura del contratto con asimmetria di potere negoziale (v. ROPPO, Il contratto del duemila, Torino 2005, p. 53 ss.): il contratto col consumatore esprime sempre uno squilibrio di regolamentazione pattizia; il contratto con l'investitore finanziario - ove, in assenza di consumatore, vi è pur sempre asimmetria di poteri tra le parti indotta dall'asimmetria nella conoscenza delle caratteristiche del bene negoziato (v. SCALISI, Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare, in questa Rivista, 1994, II, p. 179) - esprime una problematica legata soprattutto all'informazione (da cui la in/consapevole scelta negoziale) e non necessariamente condizionata da uno squilibrio nel regolamento negoziale.

(19) V. ROPPO, Il contratto del duemila, cit., p. 46 ss.; ID., La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond), in Danno e resp., 2005, p. 627, che parla di dissoluzione o appannamento della distinzione tra regole di correttezza e di validità; DI AMATO, Contratto e reato: profili civilistici, in Tratt. Perlingieri, IV, Autonomia negoziale, Napoli 2003, p. 30 ss.; CAFAGGI, voce Pubblicità commerciale, in Dig. disc. priv. - sez. comm., XI, Torino 1995, p. 490; PELLECCHIA, Scelte contrattuali e informazioni personali, Torino 2005, p. 175 ss.; v. anche DI MAJO, La nullità, in Tratt. Bessone, XIII, 7, Torino 2002, p. 59 ss.; VETTORI, Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità, in R. d. priv., 2003, p. 246 ss.

(20) Di una tendenza evolutiva verso un progressivo trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità, parla anche Cass., sez. un., n. 26724/07, ritenendola però ad oggi non ancora consolidata sistematicamente, come tale inidonea a superare il tradizionale distinguo tra regola di comportamento e di validità.

(21) Il settore dell'intermediazione finanziaria presenta peraltro specifici aspetti tecnici che non possono considerarsi in questa sede. Il più importante è la presenza, a monte dell'ordine di acquisto dei titoli, di un contratto quadro (artt. 23 T.U.F. e 30 reg. Consob n. 11522/98); di qui la configurabilità del dovere d'informativa non più entro l'art. 1337, bensì come obbligo negoziale originato dal contratto quadro (v. ROPPO, La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione, cit., p. 628, secondo cui l'obbligo d'informazione è contrattuale dal punto di vista della sua fonte, e precontrattuale dal punto di vista della sua funzione); tale seconda opzione sarebbe poi obbligata ove si aderisse all'idea che il contratto quadro è in realtà l'unico esistente (v. GALGANO, I contratti d'investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario, in Contratto e impr., 2005, p. 889 ss., secondo cui i successivi ordini d'acquisto sono meri atti esecutivi del negozio ex art. 23 T.U.F., anziché autonomi contratti da esso derivati); in generale, sul tema, v. anche DI MAJO, Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore, in Corr. giur., 2005, p. 1284 ss.; SALANITRO, Violazione di norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite, in Nuova g. civ. comm., 2007, I, pp. 1009-1010; MANCINI, La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso, in Rass. d. civ., 2007, p. 56 ss.; SALODINI, Obblighi informativi degli intermediari finanziari e risarcimento del danno. La Cassazione e l'interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale, in G. comm., 2006, II, p. 641 ss.; COTTINO, Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini, in G. it., 2006, c. 539; SCODITTI, Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari: la questione alle sezioni unite, in F. it., 2007, I, c. 2095; secondo la citata pronuncia delle sezioni unite, vi sono obblighi comportamentali dell'intermediario che si collocano nella fase prenegoziale (generando responsabilità precontrattuale) e obblighi comportamentali che attengono al momento esecutivo (generando responsabilità contrattuale).

(22) V. FERRI, Appunti sull'invalidità del contratto (da codice civile del 1865 al codice civile del 1942), in R. d. comm., 1996, II, p. 367 ss.; ALBANESE,
Violazione di norme imperative e nullità del contratto, Napoli 2003, p. 147 ss., p. 349 ss.; ID., Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi, in Corr. giur., 2008, p. 108 ss.; v. anche DI MAJO,

Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore, cit., pp. 1284-5; SCHLESINGER, L'autonomia privata e i suoi limiti, in G. it., 1999, c. 231; PERRECA, La congruità dello scambio contrattuale, Napoli 2006, p. 77 ss.; GUIZZI, Mercato concorrenziale e teoria dei contratti, in R. d. comm., 1999, I, p. 94 ss.; PERRONE, Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta, in R. soc., 2005, p. 1020.

(23) FERRI, op. cit., 389, 393, seguito sul punto da FIORIO, Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, suitability rule, conflitto di interessi e nullità virtuale dei contratti di investimento in bond argentini, in G. it., 2004, c. 2129; PERRECA, op. cit., p. 94 ss.; VETTORI, Le asimmetrie informative, cit., pp. 248-9; a conferma v. oggi il combinato disposto degli *artt. 6 e 8, l. 129/04* in tema di franchising. Nel campo specifico dell'intermediazione finanziaria si aggiunge che le conseguenze altrimenti previste in attuazione della riserva finale dell'art. 1418, comma 1o, risiedono nell'obbligo risarcitorio e nelle sanzioni amministrative (artt. 23 e 190 T.U.F.): v. MIRIELLO, La strenua difesa dell'investitore: scandali finanziari e pretese nullità virtuali dei contratti di vendita di titoli obbligazionari, in Contratto e impr., 2005, p. 495 ss.; ID., Contratti di intermediazione finanziaria: forma, nullità virtuale e dintorni. Alcuni punti fermi, ivi, 2006, p. 1643 ss.; SCIMEMI, La prima sentenza italiana sulla vendita di tango bonds, in G. comm., 2004, II, pp. 709-710.

(24) VILLA, Contratto e violazione di norme imperative, Milano 1993, p. 159; RABITTI, op. cit., pp. 68-69; NAVARRETTA, Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo, in questa Rivista, 2005, I, p. 522; PERRECA, op. cit., p. 78; D'ANGELO, La buona fede, in Tratt. Bessone, cit., XIII, 4, 2004, pp. 231-232.

(25) BIGLIAZZI-GERI, Note in margine alla rilevanza *dell'art. 1337 c.c.*, in Scritti in onore di Barillaro, Milano 1982, 135, p. 140, che parla di norma imperativa di ordine pubblico; BIANCA, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, in questa Rivista, 1983, I, p. 206; PERRECA, op. cit., p. 78.

(26)

(27) Ecco allora declinati due ruoli operativi della clausola di buona fede: criterio valutativo della condotta, e norma imperativa entro il giudizio di nullità per contrarietà ad essa del regolamento negoziale [duplicità di ruoli che consente il definitivo abbandono (v. BIGLIAZZI-GERI, op. cit., p. 135 ss.; VILLA, op. cit., p. 82 ss., p. 156 ss.; PERFETTI, op. cit., p. 261) del distinguo tra norme proibitive e precettive e della esclusiva attitudine delle prime, ove violate, a determinare nullità: così Cass. 5610/80, cit.; non considera invece tale duplicità di ruoli PROSPERI, Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica,
Ad es. sarebbe nulla una clausola con cui le parti si impongano reciprocamente un agere scorretto.
Napoli 2002, p. 334 ss.: la violazione del dovere di buona fede nella conclusione del contratto è violazione di norma imperativa, la quale deve allora portare alla nullità, tranne che sia diversamente disposto ex art. 1418, comma 1o; v. anche PIERAZZI, La giustizia del contratto, in Contratto e impr., 2005, p. 647 ss.; GALGANO, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, ivi, 1997, p. 423]; ma vi è un terzo ruolo che ad oggi è il più problematico: buona fede come criterio valutativo a posteriori del regolamento negoziale, donde eventuale declaratoria di nullità (v. D'ANGELO, op. cit., p. 232: la buona fede non può intendersi come generale criterio di giudizio sulla validità del contratto); v. infra.

(28) V. BRECCIA, Causa, in Tratt. Bessone, XIII, 3, Torino 1999, p. 84. (29) Per l'accostamento tra le due disposizioni, v. FERRI, op. cit., pp. 372-373. (30) Ma anche dell'ordine pubblico.

(31) V. le sentenze citate retro, alla nota 3; e v. oggi la motivazione di Cass., sez. un., n. 26724/07: l'esigenza di tutela del risparmio (*art. 47 Cost.*) non implica necessariamente la scelta di nullità dei contratti.

(32) V. ALPA, La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme), in BONELL-BONELLI, Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit, Milano 1997, p. 237.

(33) SCALISI, Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, in Europ. d. priv., 2001, p. 497, dove l'espressione nullità " strutturale "; v. anche ROPPO, Il contratto del duemila, cit., 50; da ultimo v. ancora SCALISI, Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, in questa Rivista, 2007, I, pp. 852-3, in critica a Cass. 19024/05, cit.: secondo l'A. hanno valore costitutivo del regolamento negoziale anche gli obblighi informativi " c.d. "estrinseci" al contratto ".

(34) Es.: artt. 127 T.U.B.; 23, 30, comma 7o T.U.F. (35) Si vedrà come c.d. il neoformalismo sia uno strumento nuovo, di origine prettamente comunitaria, funzionale alla strutturazione di un mercato europeo.

(36) Es. artt. 48, 67 octies decies, 143 cod. consumo.

(37) Ma v. SIRENA, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, in questa Rivista, 2004, I, 799, che parla di norme inderogabili o cogenti, e però non imperative siccome non proibitive. Ritorna qui il dubitabile distinguo tra norme prescrittive e proibitive ai fini dell'imperatività.

(38) Ma v. anche SIRENA, op. cit., p. 798, sul principio di sussidiarietà cui è informato il diritto comunitario.

(39) Così, ad esempio, la direttiva sulle vendite a distanza (n. 7/97) prevede (art. 4) l'obbligo del fornitore, proponente via telefono, di informare il consumatore della sua identità e dello scopo commerciale della telefonata, ma non dispone alcuna nullità del contratto; soluzione frutto di autonoma scelta del legislatore interno (art. 52, comma 3o, cod. consumo); v. anche l'art. 10, dir. n. 47/94 sulla multiproprietà; l'art. 11, dir. n. 65/2002 sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, concretizzato dal legislatore interno in una previsione di nullità (art. 16, comma 4o, d. legisl. n. 190/05, e ora art. 67 septies decies, comma 4o, cod. consumo); VETTORI, op. cit., 244, citando l'Allegato I (sull'acquis comunitario) alla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul Diritto contrattuale europeo dell'11 luglio 2001, ricorda che manca un riferimento chiaro " alle sanzioni applicabili in caso di non ottemperanza agli obblighi statuiti dalle direttive per l'informazione precontrattuale ". Peraltro, il legislatore comunitario rimanda talvolta agli stati membri la specifica conformazione normativa del rimedio da adottare rispetto ad un risultato finale

espressamente indicato dalla direttiva: v. gli artt. 6, dir. n. 13/93 sui contratti col consumatore (inoperatività parziale), e 3, comma 3o, dir. n. 35/00 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (correzione giudiziale della clausola iniqua), che nulla dicono sulla legittimazione all'azione o sul regime di prescrizione.

(40) Nello stesso senso, la motivazione di Cass., sez. un., 26724/07, cit.

(41) L'art. 1418, comma 3o, è parimenti richiamato da Cass., sez. un., 26724/07, a giustificazione di quei casi particolari ove la violazione di una regola di condotta determina nullità contrattuale.

(42) V. RABITTI, op. cit., pp. 146-147: il comma 3o prevede nullità dichiarate testualmente tali dal legislatore per ipotesi " in cui l'applicazione delle regole tecniche della nullità risultanti dal comma 1o e 2o porterebbe ad escludere questa conseguenza "; ROPPO, Il contratto, Milano 2001, p. 741; v. del resto Cass. 19024/05, cit., che ammette l'ipotesi in cui il legislatore, in deroga alla regola, preveda ipotesi di nullità per violazione di norme di comportamento.

(43) Menzionato da Cass. 3683/07, cit., come uno dei recenti indici normativi che dimostrerebbero un inserimento del comportamento delle parti tra i requisiti di validità del contratto.

(44) V. ALBANESE, Regole di condotta e regole di validità, cit., p. 113.

(45) V. FIORIO, op. cit., p. 2130.

(46) V. DE CRISTOFARO, Contratti aventi ad oggetto " servizi finanziari " stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190 di recepimento della *direttiva 2002/65/CE* (Prima parte), in Studium iuris, 2006, p. 274. Giova notare la comunanza di ratio con la normativa sull'intermediazione di servizi finanziari (artt. 21 T.U.F. e 28, 29 reg. Consob n. 11522/98): dall'art. 67 septies decies, comma 4o si desume, nonostante la scelta impropria di nullità, che, tutelato in via immediata, è l'interesse ad una consapevole autodeterminazione negoziale, più che un interesse generale riconducibile all'ordine pubblico economico. Pur con la sua scelta di nullità, la norma viene implicitamente a confermare che l'ordine pubblico produce nullità se veicolato all'interno di un conflitto con la regola negoziale, anziché col comportamento di uno dei contraenti. Da ultimo, il confronto tra questa nullità relativa e la nullità ex officio (oltre che a legittimazione del consumatore) prevista al successivo art. 67 octies decies relativamente alle clausole di rinuncia ai diritti, conferma la vista distinzione: contrarietà alla norma imperativa di buona fede, intesa questa come parametro valutativo o del comportamento tenuto dalla parte (in fase precontrattuale) oppure della regola negoziale.

(47) Per una prospettiva unitaria che, in ragione della buona fede, consenta un controllo sulle clausole significativamente squilibrate ove a monte vi sia un'asimmetira di potere negoziale, v. VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Padova 2004, p. 362 ss.; indicazioni anche in MENGOZZI, Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario, Padova 2004, p. 102.

(48) Vi si può aggiungere la nullità del contratto concluso con abuso di posizione dominante.

(49) V. ad es. SCODITTI, Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale, in F. it., 2006, I, c. 1108; ID., Regole di comportamento e regole di validità nei contratti su strumenti finanziari, cit., p. 2097.

(50) Per vero, l'esistenza di una disparità non è pacifica in relazione all'art. 7, d. legisl. n. 231/02, rilevandosi da alcuni l'assenza di qualsiasi indice normativo che esprima la debolezza del creditore (PERRONE, L'accordo " gravemente iniquo " nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie, in Banca, borsa, tit. cred., 2004, I, p. 70 ss.; ALESSI, Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio, in Europ. d. priv., 2000, p. 994); di contro sta però il considerando n. 19: parlando di abuso della libertà contrattuale in danno del creditore, lascia intendere la presenza di una clausola iniqua che non sia il frutto di un paritario potere negoziale in capo alle parti; affermano l'asimmetria tra i contraenti: AMADIO, Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di " abuso dell'autonomia contrattuale "), in R. d. priv., 2005, p. 297; A.M. BENEDETTI, L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore, in BENEDETTI (a cura di), I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali, Torino 2003, pp. 138-139; CUFFARO, Il regime di invalidità delle clausole sulle modalità di pagamento, in CUFFARO (a cura di), La disciplina dei pagamenti commerciali, Milano 2004, p. 231; VETTORI, Libertà di contratto e disparità di potere, in R. d. priv., 2005, p. 755; NAVARRETTA, Causa e giustizia contrattuale, cit., p. 421; LA SPINA, La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, in Rass. d. civ., 2003, p. 135.

(51) Una giustizia intesa in senso ampio, ove l'equilibrio negoziale non è inteso in termini di pura commutatività delle reciproche prestazioni; la congruità dello scambio si determina anche sulla trama regolamentare del contratto (v. lo squilibrio normativo ex art. 33, comma 1o, cod. consumo), essendo evidente che al diverso conformarsi dei reciproci diritti ed obblighi corrisponda una diversa allocazione delle economie espresse dal contratto (es. art. 33, lett. o) cod. consumo); sul tema, v. CASTRONOVO, Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive, in Europ. d. priv., 1998, 35; TROIANO, Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, in ALPA- PATTI (a cura di), Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, Milano 1997, p. 53 ss.; PARDOLESI, Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata, in R. crit. d. priv., 1995, p. 538; Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto comunitario, in questa Rivista, 2005, I, p. 526.

(52) Il problema della giustizia contrattuale si sviluppa principalmente intorno all'alternativa tra un sindacato sui termini economici dello scambio che possa dirsi diretto (incidente cioè sull'autonomia negoziale, limitandola: v. ad es. VOLPE, La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato, Napoli 2004, p. 185 ss., p. 257 ss., che vede nella " grave iniquità " la clausola generale legittimante il sindacato sul contenuto contrattuale, a prescindere dallo status dei contraenti e da anomalie nella formazione del consenso; v. anche GUIZZI, in VETTORI (a cura di), Squilibrio e usura nei contratti, Padova 2002, p. 437 ss.) o debba invece atteggiarsi in modo derivato, presupponendo una situazione di patologia in sede di conclusione del contratto (v. NAVARRETTA, Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma, in questa Rivista, 2006, n. 6, pp. 413 ss.; le indagini condotte da PERFETTI, L'ingiustizia del contratto,

cit., passim e D'ANGELO, op. cit., p. 155 ss.; in questo secondo senso anche GALGANO, Squilibrio contrattuale, cit., p. 421: " si deve ribadire che, in linea di principio, al giudice non è consentito di sindacare l'equivalenza delle prestazioni "; Pret. Salerno 23 gennaio 1993, in D. e giur., 1965, p. 261 ss.). Come noto il common law declina l'alternativa sotto la terminologia di substantive fairness e procedural fairness (v. TREBILCOCK, The Limits of Freedom of Contract, Cambridge 1993, p. 116 ss.): istituti come la undue influence e la unconscionability testimoniano della regola madre per cui l'incongruità dello scambio non rileva in sé sola, occorrendo un'anomalia in sede di manifestazione della volontà negoziale; sebbene poi si registrino declaratorie di unconscionability fondate precipuamente sull'oggettivo squilibrio economico (v. J. Ahern v. J. Knecht, App. Illinois, 7 settembre 1990, 563 N.E. 2d 787; Gillman v. Chase Manhattan Bank, 73 N.Y. 2d I, 534 N.E. 2d 824) e sebbene una grossa sproporzione nello scambio tenda a far presumere una situazione viziante del consenso (Credit Lyonnais Bank Nederland NV v. Burch, 1997, 1 All ER 153). Analogamente vale per il diritto tedesco: oltre alla fattispecie di usura (Wuchertatbestand) del comma 2o, anche le fattispecie similari all'usura (wucherähnlichen Geschäft) ricondotte al comma 1o del §138 BGB, presuppongono, in aggiunta alla sproporzione nello scambio (auffälliges Leistungsmissverhältnis), un elemento soggettivo (si parla di verwerfliche Gesinnung), che può però essere presunto dinnanzi a certi negozi (es. contratti di mutuo tra banche e privati) particolarmente sproporzionati (besonders groben Missverhältnis): v. ARMBRÜSTER, sub §138, in Münchener Kommentar zum BGB, München 2006, p. 1693 ss., p. 1703 ss. Problema ulteriore è se lo squilibrio rilevi solo al di là di una certa soglia: squilibrio " significativo " (art. 33 cod. consumo), " eccessivo " (*art. 9, l. 192/98*), " grave " (art. 7, d. legisl. n. 231/02); così ROLLI, Le attuali prospettive di " oggettivizzazione dello scambio ": verso la rilevanza della " conguità dello scambio contrattuale ", in Contratto e impr., 2001, p. 638; sul tema v. anche AMADIO, L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento, in questa Rivista, 2006, p. 265 ss.; VOLPE, loc. ult. cit.

(53) Ma va sin d'ora evidenziato un essenziale aspetto di diversità: se entrambi gli ordini di norme suppongono una disparità tra le parti, il primo la assume in un contesto macroeconomico, che involge un problema di conformazione del mercato; il secondo considera invece la disparità come dato episodico e non strutturale, cioè all'interno della logica microeconomica del singolo contratto.

(54) Anziché ad altre norme (artt. 1175, 1375) che collegano la buona fede al comportamento (corretto) in funzione valutativa della fase d'esecuzione.

(55) V. NATOLI, L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Milano 1974, p. 14 ss.; BIGLIAZZI-GERI, voce Buona fede nel diritto civile, in Dig. disc. priv. - sez. civ., II, Torino 1988, p. 169; PIGNATARO, Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese, Napoli 1999, p. 51; v. anche BENATTI, La responsabilità precontrattuale, Milano 1963, p. 49.

(56) Sarebbe solo l'equità ad essere criterio correttivo della regola pattizia: per tutti MENGONI, Problemi di integrazione della disciplina dei " contratti del consumatore " nel sistema del codice civile, in Studi in onore di Rescigno, III, 2, Milano 1998, p. 539 ss.

(57) Per converso però, nemmeno è vero che, una volta spostata la valutazione di buona fede sul dato oggettivo del regolamento (anziché sul comportamento abusivo), per ciò solo si arrivi ad un sindacato sulla congruità dello scambio (in questo senso pare andare AMADIO, L'abuso dell'autonomia contrattuale, cit., pp. 259-260, il quale parla di " processo di oggettivazione dell'abuso ", notando giustamente come gli *artt. 1469 bis, 9, l. 192/98*, 7, d. legisl. 231/02 veicolino un sindacato sul contenuto del contratto anziché sulla condotta; ma poi conclude che " il tema torna ad essere quello della congruità dello scambio "), in modo da risolvere tutto il discorso in un richiamo all'equità (correttiva giudiziale: v. artt. 1384, 1526, 1934); al contrario, rimane pur sempre vero che la valutazione secondo buona fede della regola pattizia squilibrata suppone a monte una situazione di anomalia nell'esplicarsi dell'accordo.

(58) Nella parità di potere negoziale delle parti, a suo volta misurabile sul potere economico o informativo dell'una sull'altra.

(59) Principalmente espressi dalla carta costituzionale: v. gli artt. 2, 3, 41; salvo poi vedere se la correzione col medio della buona fede debba inscriversi in un quadro assiologico che privilegi i principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale sulla libertà di iniziativa economica; v. infra.

(60) Si pensi alla scorrettezza in termini di abuso dell'altrui scarsa conoscenza delle caratteristiche di un certo prodotto (magari altamente tecnologico), che l'acquirente sia così indotto a comprare a prezzo di mercato, scoprendone però in seguito la totale inutilità per i suoi fini imprenditoriali.

(61) È proprio sotto questo profilo che non pare condivisibile la ricostruzione sistematica - autorevolmente espressa - secondo cui le ipotesi di contratto ingiusto squilibrato in forza di condizionamenti indotti sul consenso della parte andrebbero accomunate entro la disciplina dei vizi del volere (v. SACCO-DE NOVA, Il contratto, I, Torino 2005, p. 25 ss., ove, trattando il tema della giustizia contrattuale, è detto che la giustizia " conta non tanto sul controllo del contenuto del negozio, quanto sull'agibilità delle vie d'accesso al mercato "; 612: l'abuso di dipendenza economica si collega al tema della libertà del volere; contra su quest'ultima affermazione, PAGLIANTINI, in VETTORI (a cura di), Squilibrio e usura, cit., pp. 517-8). Come si vedrà, i vizi del volere si legano all'idea del contratto non voluto, prima ancora che al dato (essenziale negli artt. 33, cod. consumo, 9, *l. 192/98* e 7, d. legisl. n. 231/02) del contratto squilibrato [secondo la dottrina assolutamente prevalente, i vizi del volere non richiedono alcun danno: v. TRABUCCHI, Il dolo nella teoria dei vizi del volere, Padova 1937, 116, p. 230 ss.; QUADRI, La rettifica del contratto, Milano 1973, p. 30; PIETROBON, op. cit., p. 232 ss.; D'AMICO, " Regole di validità " e principio di correttezza, cit., p. 54; diversamente LUCARELLI, Lesione di interesse e annullamento del contratto, Milano 1964, passim. La dir. n. 29/05 sulle pratiche commerciali sleali sembra dare conferma: vi si prevedono comportamenti tipicamente idonei ad integrare vizi del consenso, considerati rilevanti (vietati) per il sol fatto di aver inciso sulla volontà negoziale (" induzione ad una decisione di natura commerciale che altrimenti non avrebbe preso "), indipendentemente dall'aver cagionato un pregiudizio (in termini di contratto squilibrato e dannoso). Vero è, peraltro, che la riferita tesi dottrinale muove da una lettura dei vizi del volere condotta alla luce del generale dovere di buona fede ex art. 1337; ed è sulla base di questa norma che argomenta il pregiudizio in capo alla parte debole (sul punto v. infra), mentre la dir. n. 29/05 guarda alla correttezza precontrattuale non tanto entro la dimensione del singolo contratto, quanto in un'ottica macroeconomica: intende la scorrettezza della pratica commerciale come causa di alterazione

della libera concorrenza (v. considerando n. 8); non a caso il legislatore comunitario si rivolge alla pratica in sé, anziché ai rimedi esperibili dal consumatore (v. art. 3: la direttiva non interviene sulle norme relative alla formazione, validità o efficacia del contratto)].
Vi è poi un ulteriore argomento che rende discutibile il richiamo dei vizi del volere: tutelando l'esigenza di proteggere la libertà contrattuale, essi si legano ad un rimedio (annullamento) ad iniziativa di parte. Negli artt. 33, cod. consumo, 9, *l. 192/98* e 7, d. legisl. n. 231/02, invece, viene in gioco l'esigenza di strutturare il mercato verso un assetto finale (imposto dal diritto comunitario); il rimedio contro il contratto squilibrato è a tutela della parte lesa dallo squilibrio ma, al contempo, strumento per realizzare un interesse generale (conformazione del mercato). Da qui la necessità di forme di tutela a legittimazione anche ufficiosa; e in questo senso assai più coerente è la tecnica della nullità su quella di annullabilità; v. infra.

(62) Secondo l'orientamento assolutamente prevalente della dottrina: tra i tanti v. PATTI, Significato del principio di buona fede e clausole vessatorie: uno sguardo all'europa, in GAROFALO (a cura di), Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea, III, Padova 2003, p. 61; in generale, v. GABRIELLI-ORESTANO, voce Contratti del consumatore, in Dig. disc. priv. - sez. civ., Agg., Torino 2000, p. 252-254.

(63) V. BIGLIAZZI-GERI, sub art. 1469 bis, in Commentario a cura di Bianca- Busnelli e Bigliazzi Geri, in Nuove l. civ. comm., 1997, p. 798; BUSNELLI, Una possibile traccia, cit., p. 769; CASTRONOVO, Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive, in Europ. d. priv., 1998, p. 32: il giudice deve accertare se il significativo squilibrio sia giustificato alla stregua del principio di buona fede (ma l'A. riferisce poi la buona fede alla condotta " di approfittamento " del professionista); RICCIO, La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale, in Contratto e impr., 1999, p. 26. Senonché, i tentativi di svilire questo ruolo della buona fede sono frequenti, e si svolgono secondo due direzioni. La prima mantiene il fulcro della norma sul piano del regolamento (MENGONI, Autonomia privata e Costituzione, cit., p. 16: per l'A. la determinazione unilaterale della clausola " è un presupposto, oggetto di accertamento di fatto, non di valutazione "), ma afferma che l'intervento sullo squilibrio è espressione di un potere equitativo giudiziale (v. la nota tesi di MENGONI, Problemi di integrazione, cit., 543-4, p. 546 ss.: l'esercizio del potere equitativo avviene a mezzo di un test di ragionevolezza). Qui si può solo notare che essa muove da una buona fede " operante esclusivamente come regola di responsabilità ". La seconda tendenza, proprio mantenendosi fedele all'idea di una buona fede necessariamente legata alla condotta (scorretta), sposta il fulcro della norma sul comportamento del professionista: la contrarietà a buona fede starebbe nella sua condotta e non nel regolamento contrattuale. Così si dice: che non viene in rilievo il contenuto della clausola in sé, bensì l'effettività di una trattativa sulla clausola (DEL PRATO, I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese, in questa Rivista, 2001, II, p. 289); che assumono rilevanza le condotte precontrattuali e formative del professionista (D'ANGELO, op. cit., p. 275); che la buona fede anziché riferirsi al contratto attiene all'esercizio corretto dell'autonomia contrattuale del professionista nella predisposizione unilaterale delle condizioni generali (D'AMICO, " Regole di validità ", cit., p. 348; MUSIO, La buona fede nei contratti dei consumatori, Napoli 2001, p. 210; ma v. la replica di BIGLIAZZI-GERI, sub art. 1469 bis, cit., pp. 797-8: il giudizio di contrarietà a buona fede ha come referente finale la singola clausola " incriminata " e quindi il contratto; non la situazione soggettiva che ne sta a monte). Vero è che se la contrarietà a buona fede riguardasse la condotta del professionista (v. ad es. GENTILI, Le invalidità, in Tratt. Gabrielli, II, Torino 2006, p. 1538: contrario a norma imperativa è il comportamento non il contenuto della clausola) non si spiegherebbe la c.d. lista nera, delle clausole nulle nonostante trattativa.

(64) V. del resto l'art. 2598, n. 3; AMADIO, Nullità anomale, cit., 295; VENUTI, Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto, Padova 2004, p. 164 ss.

(65) La correttezza è direttiva fondamentale nella configurazione del mercato comunitario: v. BUSNELLI, Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive, in Commentario a cura di Bianca-Busnelli e Bigliazzi Geri, cit., p. 766: la protezione del " soggetto debole " consumatore si inserisce nell'esigenza di correttezza di cui è teatro il mercato imprenditoriale nella sua dimensione più evoluta; v. anche FRANZONI, Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto, in Contratto e impr., 1999, p. 94: l'A. parla di un'idea di mercato che prenda a modello quello di contraenti corretti; la correttezza nell'esercizio dell'attività d'impresa è il risultato cui tendono espressamente varie direttive: oltre alla dir. n. 13/93 (v. considerando n. 16), e alla dir. n. 35/00 (art. 3, comma 3o), v. l'art. 4, comma 2o, dir. n. 7/97, il considerando n. 2, dir. n. 29/05; v. anche gli artt. 3, 4, dir. n. 653/86.

(66) È vero che la *dir. 2000/35/CE* s'incentra sull'abuso verso il creditore (v. MENGONI, La *direttiva 2000/35/CE* in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie, in Europ. d. priv., 2001, p. 72, che critica l'approccio oggettivo della normativa italiana, incentrata sulla grave iniquità della clausola), ma esso non va inteso in chiave prettamente comportamentale, magari enfatizzando il profilo soggettivo (intenzione di nuocere o di approfittamento); l'abuso si inferisce dalla presenza di una clausola ingiustificabile secondo correttezza e lealtà nelle transazioni commerciali, considerata la diversità di posizione economica delle parti; v. VENUTI, op. cit., p. 79: l'abuso non rileva indipendentemente dallo squilibrio, ma emerge implicitamente in quest'ultimo; ZUCCHETTI, sub art. 7, La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), in Nuove l. civ. comm., 2004, p. 583.

(67) Proprio questa polarizzazione normativa sul contegno della parte " forte " (su cui v. PROSPERI, op. cit., p. 322 ss.) ha condotto attenta dottrina (LONGU, Il divieto dell'abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese, in questa Rivista, 2000, II, pp. 360 s.) a mettere in dubbio la coerenza della soluzione rimediale in termini di nullità; ancora una volta si muove dal distinguo tra regola di condotta e di validità, e ancora una volta si dà per presupposto che la buona fede operi solo in funzione valutativa di un contegno anziché della regola negoziale. Ma i dubbi sono destinati a cadere una volta che si valorizzi, muovendo dall'art. 1366, la capacità della buona fede a fungere da criterio correttivo ex post di un determinato regime pattizio; v. infra.

(68) Con possibile esito di nullità; contra PAGLIANTINI, in VETTORI (a cura di), Squilibrio e usura, cit., pp. 501 ss., secondo cui l'art. 9 non contiene alcun rimando (neppure implicito) alla bona fides; l'intervento sullo squilibrio avverrebbe, eccezionalmente, a mezzo dell'equità correttiva.

(69) Questo distinguo tra valutazione del comportamento - esercizio di iniziativa economica ma non sostanziati in un regolamento

contrattuale - e valutazione del contratto, risulta oggi confermato dal d. legisl. n. 221/07, che, in modifica dell'art. 2 cod. consumo, consente di enucleare una bipartizione entro il catalogo dei diritti del consumatore: da un lato un diritto verso il quomodo dell'altrui condotta (la nuova lett. c bis dell'art. 2: esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà), dall'altro lato un diritto operante all'interno della regola negoziale (art. 2 e: correttezza, trasparenza, equità nei rapporti contrattuali).

(70) Il solo fatto che sussista un regolamento eccessivamente squilibrato imposto a chi non aveva alternative è manifestazione di abuso (v. OSTI, L'abuso di dipendenza economica, in Mercato, concorrenza, regole, 1999, p. 47 ss.: l'eccessivo squilibrio è l'indice dell'abuso di dipendenza economica; secondo l'A. la valutazione dell'abuso va poi compiuta alla stregua del canone di buona fede; D'ANGELO, op. cit., p. 279: la condotta abusiva tende ad identificarsi con l'ottenimento di condizioni sproporzionatamente vantaggiose in virtù della dipendenza; però poi l'A. - p. 282 - ritiene meramente " retorico " il richiamo alla clausola di buona fede; v. anche POLIDORI, Discipline della nullità e interessi protetti, Napoli 2001, p. 236, secondo cui il cuore della patologia non sta nella condotta abusiva, che è un presupposto della fattispecie più che la causa di nullità, bensì nella distribuzione irragionevole dei vantaggi e degli svantaggi derivanti dal contratto; per BARBA, L'abuso di dipendenza economica: profili generali, in CUFFARO (a cura di), La subfornitura nelle attività produttive, Napoli 1998, p. 341, l'abuso di dipendenza economica è " esternalizzato " nello squilibrio di diritti ed obblighi); la buona fede opera in sede di accertamento dell'eccessività dello squilibrio, anziché essere autonomo criterio d'indagine nella valutazione della condotta (contra GIOIA, La subfornitura nelle attività produttive, in Corr. giur., 1998, p. 887; v. anche SACCO-DE NOVA, Il contratto, I, cit., p. 612, dove si parla di vessazione del contraente).

(71) Assai simile è la fattispecie dell'abuso di posizione dominante (v. in giurisprudenza Trib. Milano 13 marzo 1985, in Dir. com. scambi int., 1987, p. 439 ss.; Trib. Milano 4 agosto 2000, in Contratti, 2001, p. 127 ss.; Trib. Alba 12 gennaio 1995, in Giur. it., 1996, I, 2, p. 212 ss.): anche qui l'abuso può estrinsecarsi in meri comportamenti o sostanziarsi in un contratto squilibrato. In questo secondo caso deve operare una valutazione di buona fede che consideri i termini oggettivi della regola pattizia. L'intento approfittatorio ai danni della controparte, se eventualmente esistente, resta irrilevante (v. GUIZZI, Mercato concorrenziale, cit., p. 108, secondo cui l'imprenditore tende sempre a imporre le proprie condizioni per ottenere un maggior profitto personale, ma in un mercato non concorrenziale l'altra parte non ha possibilità di scelta). Questa prospettiva respinge la soluzione in termini di nullità per asserita illiceità, segnatamente per contrarietà all'ordine pubblico economico (in termini di nullità di protezione, v. LIBERTINI, Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano, in R. d. comm., 2002, I, p. 456 ss.). Sarebbe una soluzione con esito meramente demolitorio. Ma l'obiettivo di un mercato improntato a piena concorrenza risulta meglio perseguibile a mezzo di una tutela correttiva, la quale, proprio a mezzo della buona fede, dichiarata nulla la regola pattizia squilibrata (pars destruens della buona fede), la riequilibri in conformità a quella che sarebbe stata la clausola negoziabile in un regime concorrenziale (pars costruens della buona fede)(v. la terminologia di CASTRONOVO, Un contratto per l'Europa, in Principi di diritto europeo dei contratti, Milano 2001, XXXVI, seguita da NAVARRETTA, Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto comunitario, cit., nonché 524 per la vocazione correttiva della buona fede verso un riequilibrio del contratto); secondo SACCO-DE NOVA, Il contratto, I, cit., p. 610, si sarebbe in presenza di un vizio del volere; il rimedio sarebbe quello risarcitorio, attuato in forma specifica, ossia a mezzo della rettifica, riequilibrando i termini del contratto secondo quanto si sarebbe pattuito in un mercato funzionante (non dissimile la soluzione rimediale di OPPO, Costituzione e diritto privato nella " tutela della concorrenza ", in questa Rivista, 1993, II, p. 553). È lo stesso risultato qui sostenuto a mezzo del ricorso alla buona fede; senonché questa tesi parte dal presupposto discutibile (v. infra) che la tutela risarcitoria, se attuata in forma specifica, possa avere funzione correttiva del contratto.

(72) BIGLIAZZI-GERI, Note in tema di interpretazione secondo buona fede, Pisa 1970, passim; ID., L'interpretazione del contratto, in Comm. Schlesinger, Milano 1991, p. 13 ss., p. 208 ss.; ID., L'interpretazione, Milano 1994, passim; v. anche ID., voce Buona fede nel diritto civile, in Dig. disc. priv. - sez. civ., II, Torino 1988, p. 172, ove l'assunto che la buona fede è criterio di valutazione " di un fatto (dunque, anche di un contratto, in quanto fatto giuridico) e/o di un comportamento ", p. 179 ss.

(73)

(74) V. BIGLIAZZI-GERI, Note in tema di interpretazione, cit., p. 54: il significato del contratto secondo " ius strictum " è adeguato a posteriori.

(75) BIGLIAZZI-GERI, L'interpretazione, cit., p. 164.

(76) BIGLIAZZI-GERI, Note in tema di interpretazione, cit., p. 115; ID., voce Buona fede, cit., p. 180; ID., sub art. 1469 bis, in Commentario a cura di Bianca-Busnelli e Bigliazzi Geri, cit., pp. 801-802.

(77) Così DI MAJO, La nullità, cit., p. 73.

(78) Analogamente a quanto accade per l'art. 1419, comma 2o, dove la sostituzione di diritto avviene a mezzo di norma imperativa già in essere al tempo del contratto; v. BIGLIAZZI-GERI, Note in tema di interpretazione, cit., p. 54, secondo cui la modificazione del contenuto del contratto ad opera dell'art.
BIGLIAZZI-GERI, L'interpretazione, cit., 73, p. 160. Secondo l'A. (BIGLIAZZI-GERI, Note in tema, cit., p. 55) la buona fede non crea una nuova regola negoziale, ma adegua la regola " trovata " ai principi generali; v. anche CASTRONOVO, L'avventura delle clausole generali, in R. crit. d. priv., 1986, p. 29, che rispetto all'intervento della buona fede parla di " eteronomia non autoritaria ", filtrando essa valori sociali.
1339 opera in fase " statica "; in giurisprudenza, per l'idea che l'effetto sostitutivo ex art. 1419, comma 2o vale in quanto le norme proibitive violate preesistono al contratto, v. Cass. 30 ottobre 1957, n. 4220;per la differente tecnica operativa dell'art. 1419, comma 2o rispetto all'art. 7, d. legisl. n. 231/02, v. VENUTI, op. cit., p. 94 ss., p. 99 ss.

(79) Massimamente quelli espressi dalla Costituzione; in questo senso, sull'art. 36, cod. consumo, v. VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo, in Studium iuris, 2006, p. 136: l'A. evidenzia come l'idea tradizionale di nullità non si presti ad un

giudizio di bilanciamento tra le varie clausole (o tra quelle di contratti collegati); " una clausola nulla è infatti nulla in sé e per sé e non perché risulta squilibrata ad esito di una ponderazione con le altre "; rispetto all'inefficacia del vecchio art. 1469 quinquies, v. BUSNELLI, Una possibile traccia, cit., pp. 768-769, che parla di accertamento di vessatorietà non in base ad un'operazione di formale sussunzione della clausola concreta in una fattispecie astratta di clausola abusiva, bensì secondo un procedimento a sequenza " circolare ", che ha il suo nucleo centrale nella verifica in concreto dello squilibrio, per poi vagliarne la significatività alla stregua della buona fede; VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Padova 2004, cit., 411, p. 430 ss.

(80) V. VALLE, op. ult. cit., p. 136: la nuova terminologia dell'art. 36 dimostra che l'istituto della nullità non rimanda più ad una disciplina ben definita, ma ad una disciplina variabile; SCALISI, Il contratto e le invalidità, in questa Rivista, 2006, p. 246, nota 28.

(81) In particolare, un modello improntato alla sussunzione della fattispecie concreta entro quella astratta, disciplinata a priori; efficacemente SCALISI, Contratto e regolamento, cit., pp. 479-480: " anche la nullità annuncia di voler fare la propria parte nella costruzione di regolamenti contrattuali improntati a maggiore equilibrio e giustizia ", esprimendo forza conformativa con finalità di riequilibrio del profilo prescrittivo dell'accordo.

(82) È proprio questa capacità conformativa della buona fede che consente di prendere le distanze dalle tesi volte ad escludere il richiamo all'art. 1366, per affidare al buon costume o all'ordine pubblico economico il compito di spiegare la nullità del contratto. Secondo una prima opinione il contratto ingiusto dovrebbe dirsi in ipotesi nullo per contrarietà al buon costume, senz'alcuna necessità di evocare la buona fede (SACCO-DE NOVA, Il contratto, II, Torino 2004, p. 116: la buona fede non può devalidare il testo del contratto e alterarlo). Si tratterebbe allora di un contratto illecito. Senonché, all'illiceità non si lega risposta diversa da quella sanzionatoria, con conseguente caducazione mera del negozio. Il contratto illecito, riprovato dal diritto, non produce alcun effetto; nemmeno quei limitati effetti che si riconnettono al contratto illegale nullo (v. artt. 1972, 2126, v. DI MAJO, La nullità, in Tratt. Bessone, cit., VII, 2002, p. 75: " La nullità da illiceità sembra veramente scacciare ogni altro effetto giuridico "; p. 79: se " si intende evitare che il contratto possa sortire qualche effetto minimo o minorato, il richiamo alla illiceità della causa è un passaggio obbligato "). All'illiceità rimane perciò estranea quell'idea di riequilibrio invece tipicamente propria della clausola di buona fede (v. anche BARCELLONA, Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici, Milano 1969, p. 209; contra però SACCO-DE NOVA, Il contratto, II, cit., p. 65, secondo cui la nullità per illiceità può anche significare che l'atto produce un effetto diverso da quello voluto dalle parti; sanzione appropriata " quando la disapprovazione legale colpisce un contratto perché esoso "; ma v. RUSSO, Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva, in questa Rivista, 2001, I, pp. 585, 587, 594, secondo cui fenomeni di correzione giudiziale o di sostituzione ex art. 1419, comma 2o mai suppongono un contratto illecito; suppongono una norma cogente e però non imperativa, dove l'imperatività della norma è correlata all'illiceità). Ad analoghi rilievi si espone l'idea che intende la nullità dell'art. 36, cod. consumo come nullità per contrarietà all'ordine pubblico economico (v. D'AMICO, L'abuso di autonomia contrattuale nei contratti dei consumatori, in questa Rivista, 2005, I, p. 640; v. anche DI MARZIO, Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore, in R. d. priv., 2005, pp. 853, 856; contro l'idea che l'ordine pubblico economico possa veicolare un sindacato sulla giustizia materiale del contratto, PERFETTI, op. cit., p. 291 ss., p. 309 ss.). Se per un verso è di dubbia configurabilità una nozione unitaria di ordine pubblico economico diversa da quella di ordine pubblico e da giustapporre ad esso (v. BARCELLONA, Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici, cit., p. 224; soprattutto FERRI, voce Ordine pubblico (dir. priv.), in Enc. dir., XXX, Milano 1980, p. 1056; ID., L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione), in R. d. comm., 1963, I, p. 463, ove si rileva l'improprietà del riferimento all'ordine pubblico economico rispetto al mancato allineamento a prezzi imposti, trattandosi invece di nullità per contrarietà a norma imperativa), rimane il fatto che l'ordine pubblico economico dovrebbe fondare un giudizio di nullità per illiceità, secondo lo schema degli artt. 1343 e 1418, comma 2o, e dunque puramente demolitorio. Senonché, l'ordinamento comunitario (di cui sono derivazione le ipotesi normative in esame), nel momento in cui prescrive un certo assetto del mercato e, così facendo, esprime principi sussumibili nella formula ordine pubblico economico (es. libertà di concorrenza, riduzione delle asimmetrie informative, etc.), intende tale assetto non come già in essere, bensì quale obiettivo da raggiungere (sul punto JANNARELLI, La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, in Tratt. Lipari, III, Padova 2003, p. 3 ss., p. 44 ss., p. 55 ss., p. 110 ss.: l'A. parla di politica di diritto orientata in termini costruttivistici di un mercato unico). Ebbene, è proprio con l'uso della clausola di buona fede, a mezzo della sua forza conformativa del contratto, che potrà meglio perseguirsi l'obiettivo comunitario (mostra preferenza per i rimedi correttivi su quelli meramente estintivi in situazioni di abuso, MACARIO, L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori, in SIRENA(a cura di), Il diritto europeo dei contratti d'impresa, Milano 2006, p. 303 ss.). Non dunque nullità per contrarietà ad un ordine pubblico economico, mancando ancor'oggi un insieme di regole già consolidato a livello comunitario capace di dirigere il tipico giudizio di sussunzione per contrarietà della fattispecie concreta ad un modello astratto che esprima principi già positi - e si è visto che tale carattere ha il giudizio di nullità per contrarietà all'ordine pubblico (v. invece D'AMICO, L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori, in SIRENA (a cura di), op. cit., p. 363, per la dubitabile conclusione di una " nuova illiceità " da violazione dell'ordine pubblico economico la quale non suppone più un contrasto i cui termini siano predeterminati a priori) -; piuttosto, uso della buona fede per dirigere le contrattazioni verso quell'obiettivo finale che può denominarsi ordine pubblico economico secondo il diritto comunitario.

(83) Sui loro reciproci rapporti, in via generale, v. ZUCCHETTI, op. cit., p. 591.

(84) Essendo l'equità del regolamento contrattuale il risultato della vis correttiva propria della buona fede (sulla buona fede come criterio a mezzo del quale pervenire alla rimozione dello squilibrio della regola pattizia, e quindi ad una equità dei rapporti contrattuali, v. BUSNELLI, Note in tema di buona fede ed equità, in questa Rivista, 2001, I, p. 552; FRANZONI, Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto, in Contratto e impr., 1999, p. 92; diversamente POLIDORI, op. cit., 2001, p. 235 ss., il quale pur preferendo alla tecnica dell'art. 1419 quella di riconduzione giudiziale del regolamento ad equità, indica nella ragionevolezza il canone da seguire; v. criticamente BUSNELLI, Note in tema di buona fede, cit., p. 555, sull'idea di ragionevolezza). È questa una prospettiva che apre ad una possibile soluzione interpretativa dell'art. 2 e), cod. consumo, laddove menziona, accanto alla correttezza e alla trasparenza, un diritto all'equità nei rapporti contrattuali: si può cioè collegare la menzione dell'equità alla correttezza, nella denominazione legislativa dell'art. 2

e), (pur sempre sinonimo di buona fede), e dire che nei contratti ove partecipa una parte istituzionalmente debole come il consumatore, e quindi emerge un'asimmetria di potere negoziale, il diritto ad un regolamento equilibrato (equo) sussiste proprio come esito del procedimento valutativo condotto sull'operazione contrattuale in ragione della buona fede. Soluzione, questa, corroborata dalla già vista introduzione della lett. c bis), dove ritorna invece la correttezza (buona fede) in accezione valutativa della condotta.

(85) Né dovrebbe suscitare troppa preoccupazione l'idea che, in tal modo, si aprirebbe ad un'affermazione di iniquità della disciplina di legge (AMADIO, Nullità anomale, cit., p. 302). Il giudizio di buona fede muove dalle peculiarità del caso concreto; non pare allora inverosimile che, in quella data fattispecie, la regola legale (non imperativa) non raggiunga la miglior composizione dei contrapposti interessi. Ciò non equivale ad introdurre un sindacato giudiziale secondo buona fede della normativa legale che le parti abbiano richiamo in contratto; sindacato da ritenersi escluso (arg. pure dall'art. 34, comma 3o, cod. consumo sull'esclusione di vessatorietà della clausola riproduttiva di norme di legge). Altro infatti è affermare che la norma di legge richiamata dalle parti sia capace di realizzare uno squilibrio contrario a buona fede (non qualsiasi squilibrio, anche minimo); altro è che, in sede di rimedio correttivo - quando l'an della contrarietà a buona fede risulti già accertato - si debba cercare la miglior composizione del conflitto, e quindi eventualmente rifuggere dalla normativa legale se tale più alto livello essa non sia in grado di assicurare.

(86) Oltre ad individuare il regime di tutela per l'abuso di posizione dominante estrinsecatosi in un contratto ingiustificatamente squilibrato.

(87) L'intervento correttivo potrà far riferimento al diritto dispositivo (v. sul punto VALLE, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Padova 2004, cit., p. 192 ss.), ma potrà anche prescinderne ove il giudice ritenga che, nel caso specifico, non garantisca la miglior rispondenza a buona fede del regolamento. L'idea che la conseguenza di nullità ex art. 36, cod. consumo non debba necessariamente esaurirsi nell'effetto caducatorio, trova conferma nel diritto comparato (v. §306, Abs.2 BGB; art. 10 bis LGDCU spagnola del 1984); e non è estranea al diritto straniero nemmeno l'idea che resti inapplicata la norma dispositiva ove non raggiunga il giusto equilibrio dei contrapposti interessi: v. VON WESTPHALEN, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, München 2001, p. 305 ss.; SCHMIDT, in ULMER-BRANDNER-HENEN, AGB-Gesetz Kommentar, Köln 2001, p. 461; LIAÑO, Disposición adicional 1a. Tres: Art. 10 bis 2 LGDCU, in Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, a cura di BERCOVITZ RODRÌGUEZ- CANO, Elcano 1999, p. 789 ss.

(88) Un problema assai delicato (in generale, v. SOMMA, Giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, in R. crit. d. priv., 2005, p. 75 ss.; ID., La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto, in Europ. d. priv., 2006, p. 501 ss.) è quello relativo all'individuazione dei principi veicolati dalla buona fede nel contratto; i quali costituiscono la direttiva ermeneutica primaria da seguire nella fase costruens del giudizio di buona fede, facendo sì che questo non si risolva in puro giudizio equitativo. Rispetto ai contratti col consumatore, ma anche ai contratti tra imprese, il dibattito conosce sostanzialmente due visioni assiologiche: da un lato chi individua il valore ultimo da perseguire nel mercato, rectius, nella creazione di un mercato libero e privo di asimmetrie (l'" essenza " della buona fede si ritrova nella logica del mercato, secondo SIRENA, La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede, in questa Rivista, 2006, II, p. 419); in questo senso l'utilità sociale - limite alla liberà d'iniziativa economica ex *art. 41 Cost.* - starebbe a significare il raggiungimento di tale obiettivo, fonte di maggiore ricchezza e benessere per la collettività (v. ad es. OPPO, Costituzione e diritto privato, cit., p. 543 ss.; MENGONI, Autonomia privata e costituzione, cit., p. 14, p. 20 dove si parla di mercato come istituzione di utilità sociale; LIBERTINI, Autonomia privata e concorrenza, cit., p. 441; SIRENA, op. ult. cit., p. 421). Dall'altro lato sta chi (v. BUSNELLI, in SIRENA (a cura di), Il diritto europeo dei contratti d'impresa, cit., p. 161 ss.; NAVARRETTA, Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto comunitario, cit., p. 529 ss.; v. anche SCALISI, Contratto e regolamento, cit., p. 482 ss.) individua nella solidarietà, nella dignità della persona e nell'uguaglianza (specie sostanziale) i valori finali (da qui la lettura *dell'art. 41 Cost.* imperniata sull'utilità sociale, come principio riassuntivo di tali istanze). Il tema non può ovviamente svolgersi in questa sede. Ci può limitare a dire che: a) la seconda tesi non nega la rilevanza del mercato, ma prospetta una determinata idea di mercato; usando una formula di sintesi, un mercato improntato a correttezza, che non consideri il perseguimento del massimo profitto come valore ultimo e unico. Mercato corretto significa non solo
eliminare le asimmetrie e le distorsioni (soprattutto NAVARRETTA, op. ult. cit., p. 514 ss.; v. invece MONATERI, I contratti di impresa e il diritto comunitario, in questa Rivista, 2005, I, p. 496; SIRENA, L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto, ivi, 2004, I, p. 792 ss.; ID., La categoria dei contratti d'impresa, cit., p. 420, nota 19: secondo l'A. sarebbe " puramente ideologico " tentare una " moralizzazione " del mercato a mezzo della buona fede), ma, ad esempio, considerare la presenza di contratti (es. contratto di lavoro) che hanno l'intrinseca attitudine a rendere sensibili i diritti della persona; ancora, considerare il consumatore oltre che come parte debole dal punto di vista economico, come portatore di diritti fondamentali (v. oggi l'art. 2, cod. consumo e il riferimento al diritto alla salute); b) il divario tra le due impostazioni non ha troppo rilievo ogni qual volta si tratti (es. abuso di dipendenza economica) di intervenire su uno squilibrio meramente economico: si farà riferimento al prezzo/corrispettivo che si sarebbe pattuito in condizioni di mercato libero e concorrenziale (esito che corrisponde anche alle esigenze della parte c.d. debole: la sua tutela non passa per l'attribuzione di privilegi economici; v. NAVARRETTA, op. ult. cit., pp. 532-534, ove la specificazione che il rinvio al prezzo concorrenziale opera in seguito all'intervento di buona fede nella conformazione di un mercato corretto). Il divario dovrebbe invece produrre effetti più concreti quando si tratta di rimediare allo squilibrio normativo, essendo richiesta l'individuazione della regola. L'impostazione attenta al mercato tenderà ad un riequilibrio delle contrapposte posizioni conforme a quanto si sarebbe potuto produrre in assenza di fallimenti del mercato. L'altra concezione tenderà invece a ricostruire la regola secondo gli *artt. 2 e 3, comma 2o, Cost.*, e quindi prestando riguardo, oltre all'assetto ipoteticamente conforme al mercato (libero ed efficiente), ad ulteriori esigenze che da tale assetto possono eventualmente deviare (es. il fatto che l'oggetto del contratto faccia emergere diritti primari della persona, magari non appieno salvaguardati da certe clausole regolamentari diffuse nel mercato); c) soprattutto però il divario tra le due impostazioni emerge fuori dall'ambito dei contratti il cui squilibrio sia riguardabile dal punto di vista macroeconomico; fuori cioè dai contratti che suppongano un fallimento del mercato. Secondo la prima impostazione qui non potrebbe darsi alcun intervento correttivo. La seconda tesi non rinuncia invece ad un sindacato di buona fede: a fronte di squilibri che contrastino col principio di parità sostanziale (*art. 3, comma 2o, Cost.*) e comunque con la direttiva fondamentale *dell'art. 2 Cost.*, si dovrebbe rispondere all'esigenza di " socialità reale ", correggendo lo ius strictum (diversa l'impostazione di SACCO, L'abuso della libertà contrattuale, in Diritto privato, III, L'abuso del diritto, Padova 1997,

p. 232, secondo cui l'ordinamento tutela la " socialità " nell'attività contrattuale mediante il mercato). Il problema riguarda, ad esempio, la lesione infra dimidium nell'art. 1448 (v. BIGLIAZZI-GERI, Note in tema di interpretazione, cit., p. 107 ss.; v. anche infra); oppure il caso affrontato dalla Corte Costituzionale tedesca nella già citata sentenza del 19 ottobre 1993 (v. anche App. Roma 12 settembre 2001, in Nuovo dir., 2001, p. 1048 ss.). Ancora, riguarda il sindacato sulle clausole vessatorie quando il contratto sia stato oggetto di trattativa: la prima impostazione escluderà qualsiasi sindacato sulla clausola motivando proprio sull'assenza di un market failure; la seconda rileverà invece che l'esistenza di una parte debole e la
possibilità che essa accetti un contratto squilibrato sussiste nonostante lo svolgimento di trattativa (v. BIGLIAZZI-GERI, sub art. 1469 bis, cit., p. 799; v. anche NAVARRETTA, op. ult. cit., p. 516). In questa seconda direzione stanno alcuni dati: il considerando n. 12, dir. n. 13/93, facoltizza gli stati membri ad adottare norme più protettive per il consumatore, le quali si estendano alla contrattazione individuale. Secondo il legislatore comunitario la direttiva - limitata ai contratti non negoziati - consente solo un'armonizzazione parziale dei diritti nazionali. Emerge una visione comunitaria che intende la protezione del consumatore come esigenza fondamentale (ciò non esclude che la tutela del consumatore miri a garantire al contempo un mercato pienamente concorrenziale: v. ad es. considerando nn. 6 e 8, dir. n. 29/05, sulle pratiche commerciali sleali). Si spiega così la c.d. lista nera delle clausole nulle per abusività, nonostante la trattativa individuale; si spiega la normativa francese, che prescinde dalla trattativa individuale ai fini dell'abusività della clausola (art. l. 123-1 code de la consommation); e si spiega anche la consonanza col diritto comunitario di una norma come l'art. 2 cod. consumo, che declina i diritti del consumatore in quanto tale.

(89) È condivisa l'idea che i vizi del volere possano far emergere la rilevanza di un'attività (scorretta); lo è anche da chi tiene a distinguere l'obbligo di correttezza ex art. 1337 dalla regola di invalidità (annullabilità). La distinzione implica che il principio di tipicità dei vizi del volere non possa essere scardinato a mezzo della regola di condotta, ma non vale a negare che " alla base di alcune ipotesi di invalidità vi siano dei comportamenti che rappresentano... delle violazioni della regola di condotta (basti pensare alle fattispecie della violenza morale o del dolo) ": così D'AMICO, " Regole di validità " e principio di correttezza, cit., p. 11; PERFETTI, op. cit., p. 255; D'ANGELO, La buona fede, cit., p. 313.

(90) V. soprattutto SACCO-DE NOVA, Il contratto, II, cit., p. 527 ss.; POLIDORI, Discipline della nullità e interessi protetti, Napoli 2001, p. 39 ss., circa la portata relativa degli indici normativi codicistici sui quali si vorrebbe poggiare la partizione dogmatica delle due species di invalidità; v. anche IUDICA, Impugnative contrattuali e pluralità di interessati, Milano 1973, p. 85 ss.

(91) Già s'è detto della nullità relativa ex art. 67 septies decies, cod. consumo addotta a presidio della libera formazione del volere, in sostituzione dell'annullabilità; contra però MAJELLO, La patologia discreta del contratto annullabile, in questa Rivista, 2003, I, pp. 345-7, p. 353: la nullità relativa parteciperebbe sempre della natura della nullità, ovvero violazione di un limite legale all'autonomia privata, ma il limite sarebbe qui violato solo da una parte - quella dotata di maggior potere negoziale, che contravviene al dovere di correttezza in sede preliminare o contestuale alla contrattazione - con conseguente legittimazione spettante solo alla parte prevaricata. La tesi ripropone la discutibile idea di una nullità legata alla condotta di una delle parti (anziché alla valutazione sulla regola negoziale), e non tiene conto che la buona fede, se guardata dal punto di vista della correttezza della condotta precontrattuale di una delle due parti, si lega alla tutela della libertà
contrattuale dell'altro contraente (tutela risarcitoria ex art. 1337 ma eventualmente anche tutela invalidante sub specie di annullabilità), più che all'idea di sanzione (nullità) della condotta contraria a buona fede; per POLIDORI, op. cit., p. 138, nullità (relativa) e annullabilità sono tecniche idonee a proteggere il contraente debole: l'ordinamento sceglie la prima allorquando l'interesse personale della parte presenta un nesso più stretto con l'interesse pubblico (corretto funzionamento del mercato, controllo dell'attività creditizia, etc.); sulla problematica nel suo complesso, v. appena oltre.

(92) V. TOMMASINI, voce Nullità (dir. priv.), in Enc. dir., XXVIII, Milano 1978, p. 870; ROPPO, Il contratto, cit., p. 728. Ma da più parti si mette in evidenza la compenetrazione dei due profili: ROPPO, op. ult. cit., p. 754: la protezione di certe categorie sociali è anche il mezzo per perseguire interessi generali: es. il corretto funzionamento del mercato; POLIDORI, op. cit., p. 15 ss., p. 33 ss.; PASSAGNOLI, op. cit., 17, 122-123, 169-170; SCALISI, Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione, in questa Rivista, 2005, I, pp. 466-467; sulla problematica v. anche SACCO-DE NOVA, Il contratto, II, cit., p. 522 ss.

(93) V. MAJELLO, op. cit., p. 339; SCALISI, Il contratto e le invalidità, cit., p. 249: l'annullabilità risponde quasi sempre e soltanto a una esigenza di tutela della libertà decisionale dei contraenti; CASTRONOVO, Un contratto per l'Europa, cit., XVLI: l'annullabilità può dirsi diretta proiezione dell'autonomia privata sul terreno della qualificazione di invalidità.

(94) Come noto, si discute se abbia rilevanza costituzionale: v. sul punto ALPA, Libertà contrattuale e tutela costituzionale, in R. crit. d. priv., 1995, p. 35 ss.; ALBANESE, Violazione di norme imperative, cit., p. 307 ss.; BIANCA, Diritto civile, 3, Il contratto, Milano 2000, p. 30 ss.; LISERRE, Tutele costituzionali della autonomia contrattuale, Milano 1971, passim; MORBIDELLI, voce Iniziativa economica privata, in Enc. giur., XVII, Roma 1989, p. 1 ss.; PERLINGIERI, Profili del diritto civile, Napoli 1994, 24-25, p. 239 ss.; G. BENEDETTI, Negozio giuridico e iniziativa economica privata, in questa Rivista, 1990, II, p. 582 ss.; PERFETTI, op. cit., p. 294 ss., nota 138.

(95) Non l'ordinamento come potere " altro " da quello dei privati (v. DI MAJO, La nullità, cit., p. 58; CASTRONOVO, loc. ult. cit.). Si può anche dire che, a mezzo dell'annullamento, il legislatore lascia intendere che quel contratto è visto nella sua individualità: come " affare " inerente le sole parti; dunque a loro è rimessa la scelta se caducarlo o meno (in particolare al contraente leso nell'autodeterminazione, il quale deciderà secondo convenienza personale: MAJELLO, op. cit., 340, 350); e ciò anche se la scelta delle parti possa eventualmente costituire la via per traguardare la realizzazione di interessi generali (v. infra).

(96) La buona fede precontrattuale tutela anche altri interessi: non subire un ritardo ingiustificato nella conclusione del contratto (v. *Cass. 16 ottobre 1998, n. 10249,* in Danno e resp., 1999, p. 421 ss.); salvaguardia della propria
integrità personale e patrimoniale durante la trattativa (custodia dei beni, tutela del segreto, etc.); non essere coinvolti in una trattativa a

priori infruttuosa.

(97) Né il giudice avrebbe strumenti conoscitivi per valutare della convenienza personale al mantenimento o meno del negozio.

(98) Se tale fosse l'unica esigenza rilevante, si dovrebbe allargare il discorso alla caducazione di un contratto non voluto (concluso solo per effetto della scorrettezza altrui), sebbene non squilibrato.

(99)

(100) Non pare dubbio che anche il contratto concluso con abuso di dipendenza economica sottenda una rilevanza di sistema trascendente il singolo accordo: vi è pur sempre una limitazione dell'accesso al mercato (v. BENUCCI, in VETTORI (a cura di), Squilibrio e usura nei contratti, cit., pp. 222-3, secondo cui l'assenza di alternative idonee è elemento costitutivo della fattispecie) di cui s'avvantaggia indebitamente altra impresa. La dottrina discute se l'*art. 9, l. 192/98* sia da intendere come norma collocabile nella dinamica del mercato (BENUCCI, in VETTORI (a cura di), loc. ult. cit.; PAGLIANTINI, ivi, pp. 496-7; QUADRI, " Nullità " e tutela del " contraente debole, cit., p. 1183; SCALISI, Contratto e regolamento, cit., p. 467; BARBA, op. cit., p. 297 ss., nonché p. 323, dove è detto che il divieto ex art. 9 mira a preservare la capacità competitiva dell'impresa vittima di abuso; CASO-PARDOLESI, La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale); scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?, in R. d. priv., 1998, p. 733; PINTO, L'abuso di dipendenza economica " fuori dal contratto " tra diritto civile e diritto antitrust, in questa Rivista, 2000, II, p. 389 ss.; v. anche NAVARRETTA, Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto comunitario, cit., p. 519; VETTORI, Squilibrio e usura nei contratti, cit., p. 1 ss.) o come norma inserita in un'ottica meramente endocontrattuale, dove rileverebbe la sola esigenza di tutelare la parte debole (v. VOLPE, op. cit., p. 146-8; PROSPERI, Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica, cit., 274, 281); rispetto all'art. 7, d. legisl. 231/02 v. VENUTI, op. cit., p. 94: il legislatore persegue un obiettivo di riequilibrio in vantaggio del contraente debole, ma anche in direzione del mercato, al fine di far consolidare prassi uniformi sui termini di pagamento, improntate a maggior sicurezza e celerità.

(101) V. BONFIGLIO, La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, in R. d. priv., 2004, p. 893; GENTILI, Le invalidità, cit., p. 1538, con riguardo all'art. 36, cod. consumo; VENUTI, op. cit., p. 112, rispetto all'art. 7, d. legisl. n. 231/02; v. anche ALBANESE, Violazione di norme imperative, cit., p. 44, secondo cui, prescindendo dalla rilevabilità d'ufficio, si finisce per negare ogni differenza tra
La scorrettezza nelle trattative vale per qualsiasi contratto, senza considerarlo come momento di esplicazione del mercato. Detto altrimenti: l'autodeterminazione negoziale si lega alla persona del contraente non concepito come operatore economico; v. anche SIRENA, La categoria dei contratti d'impresa, cit., p. 417: il diritto contrattuale, prima degli anni '80, era " pre- capitalistico " ovvero indipendente dalla regolazione del mercato.
contratto nullo e annullabile; p. 63: la rilevabilità d'ufficio mantiene l'autonomia della nullità relativa rispetto all'annullabilità; ugualmente MONTICELLI, Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale, in questa Rivista, 1990, I, p. 703.

(102) Già s'è detto che l'ordinamento comunitario considera il consumatore come parte debole (più che come mera espressione soggettiva di un fallimento di mercato), sicché la tutela del consumatore in tale sua veste risponde anche allo scopo di conformazione del mercato verso l'assetto prefigurato dall'UE. Secondo la Corte di Giustizia (sent. 27 giugno 2000, in Contratti, 2000, p. 943 ss.) l'intervento ufficioso sulle clausole vessatorie deve svolgersi nell'esclusivo vantaggio del consumatore, supplendo ai casi in cui egli non si accorga dello squilibrio. Ora, se la tutela del consumatore è esigenza fatta propria dal diritto comunitario, il giudice che dichiara la nullità in favore del consumatore opera al contempo a livello (di realizzazione) dell'ordine giuridico del mercato comunitario. Ciò che rimane escluso è un intervento giudiziale che consideri lo squilibrio astraendo dalle specifiche posizioni delle parti (sul piano processuale vi ovvia peraltro *l'art. 183, comma 4o, c.p.c.*: il giudice sottoporrà la questione di nullità al contraddittorio; dalle allegazioni difensive del consumatore trarrà elementi per valutare se quella clausola, nonostante l'apparente squilibrio, non sia a lui pregiudizievole), in linea peraltro con la valutazione di buona fede: giudizio condotto in concreto e a posteriori, come dimostrato dalla flessibilità dei criteri posti nell'art. 34, comma 1o, cod. consumo (contra DI MAJO, La nullità, cit., p. 91-2; ID., La buona fede correttiva di regole contrattuali, in Corr. giur., 2000, p. 1487, secondo cui il riferimento dell'art. 34, comma 1o alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto sarebbe l'indizio più diretto di una buona fede come regola di comportamento e non di validità).

(103) Si apre a questo punto una questione cui si può dedicare solo un accenno: se il rilievo ufficioso sia compatibile con la c.d. nullità di protezione, ossia con una declaratoria d'invalidità volta a tutelare l'interesse della parte debole. La conseguenza pratica sta nell'ammettere o meno la declaratoria ufficiosa per quelle nullità relative ove manca un'espressa previsione legislativa in tal senso (diversamente dall'art. 36, cod. consumo) (v. MANTOVANI, Le nullità e il contratto nullo, in Tratt. Roppo, IV, Milano 2006, p. 155 ss.; Pret. Bologna 4 gennaio 1999, in Corr. giur., 1999, p. 600 ss., nonché GIOIA, Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato, in nota a tale sentenza, p. 602 ss.; POLIDORI, op. cit., pp. 98-102; PASSAGNOLI, op. cit., pp. 188-189). L'unico punto fermo che si può qui introdurre è l'esistenza di un discrimen tra nullità relativa posta o meno a presidio dell'autonomia privata della parte (debole). In caso affermativo, la nullità relativa si sostituisce (impropriamente) all'annullabilità e, come questa, non può ammettere alcun intervento giudiziale. Si noti che ciò vale anche in presenza di norme strumentali al raggiungimento di un certo assetto di mercato, e quindi strettamente connesse ad un interesse generale. Il legislatore in questo caso sceglie di perseguire quell'esigenza superindividuale non muovendo dallo squilibrio del contratto con asimmetria, bensì veicolandola all'interno della scelta di parte sulla propria (turbata) autonomia negoziale. Così
è nell'art. 67 septies decies, comma 4o e 5o, cod. consumo, posto all'interno di una normativa che certo riflette l'interesse generale verso un mercato dei servizi finanziari improntato a correttezza (v. considerando nn. 2, 3, dir. 65/02; JANNARELLI, op. cit., pp. 33-34); e tuttavia, in caso di violazione dell'obbligo di informativa precontrattuale, il raggiungimento di questo scopo passa per la tutela dell'altrui volontà negoziale (sul se del contratto prima ancora che sul suo contenuto). L'esclusione del rilievo ufficioso accanto a quello di parte appare invece dubitabile nelle ipotesi di nullità relativa legate non già ad un dovere di correttezza nella condotta precontrattuale (riconducibile all'art. 1337), ma al contenuto del negozio (contenuto imposto - art. 30, 7, T.U.F.; combinato disposto degli artt. 117, comma 4o, 6, 7, 124, comma 3o, 127, T.U.B. - oppure contenuto pattiziamente stabilito in contrasto con disposizioni di legge - art. 24,

comma 2o, T.U.F. -), ritornando qui l'idea di contrarietà a norme imperative (eventualmente qualificabili come espressione di un ordine pubblico di protezione: v. GIOIA, op. ult. cit., pp. 607-8; v. anche SCALISI, Contratto e regolamento, cit., p. 463).

(104) V. CASTRONOVO, Un contratto per l'Europa, cit., XXXIV. (105) Così DI MAJO, La nullità, cit., pp. 93-94.

(106) Es.: la riconoscibilità e l'essenzialità nell'errore; l'ipotesi solo dolosa della condotta integrante l'art. 1439.

(107) Per tutti D'AMICO, " Regole di validità ", cit., p. 17 ss., p. 56 ss., secondo cui la buona fede non può incidere sul numerus clausus dei vizi del consenso creando ipotesi atipiche, ma nemmeno veicolando un'interpretazione estensiva dei caratteri costituenti ogni singola figura.

(108) Di contro, emblematica della tenuta del carattere spiccatamente formale delle fattispecie di annullabilità è la vicenda del dolo omissivo: in una sua sentenza, la Cassazione (n. 11896/02, per la motivazione in www.italgiure.giustizia.it, e massimata con commento critico di DE POLI, Servono ancora i " raggiri " per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante, in questa Rivista, 2004, II, p. 911 ss.) aveva aperto all'idea di un dolo omissivo basato su un contegno di pura reticenza; ma in seguito è tornata a confermare il suo tradizionale dictum di un dolo omissivo rilevante solo in termini di mendacio (Cass. 5549/05, in Giust. civ., 2006, I, p. 647 ss.; Cass. 9253/06, ivi, 2007, I, p. 1454 ss.). Ci si deve tuttavia interrogare sull'opportunità di mantenere questa rigidità all'indomani della dir. 29/05 sulle pratiche commerciali scorrette, che indica (art. 7, comma 1o) nella reticenza un comportamento idoneo ad alterare l'autodeterminazione negoziale del consumatore.

(109) V. gli artt. 3.10 dei Principi Unidroit e 4:109 dei PECL ove il riferimento a situazioni di ignoranza, mancanza di esperienza; ma v. anche la dir. n. 29/05, nel suo riferimento all'ingenuità del consumatore (art. 5) e, più in generale, alla sua capacità di valutazione (art. 9, lett. c); v. già il § 138, Abs. 2 BGB; peraltro,
secondo MENGONI, Autonomia privata e Costituzione, cit., p. 14, le ipotesi ivi previste potrebbero farsi rientrare nella fattispecie - definita " a maglie larghe " - dell'art. 428; ma v. Cass. 5 ottobre 1978, n. 4456, in R. not., 1978, II, p. 1363 ss.

(110) SACCO-DE NOVA, Il contratto, I, cit., p. 620-621; sulla comunanza tra l'art. 2058 e l'annullamento, v. anche VISINTINI, La reticenza nella formazione dei contratti, Padova 1972, p. 115 ss.; diversamente TURCO, Interesse negativo e responsabilità precontrattuale, Milano 1990, p. 579 ss., che intende il danno, oggetto di reintegrazione in forma specifica a mezzo dell'annullamento, come lesione della liberà negoziale, indipendentemente dalla presenza di un concreto pregiudizio (in termini di regolamento economicamente sfavorevole).

(111) V. SACCO, Considerazioni conclusive, in BESSONE-BUSNELLI (a cura di), La vendita " porta a porta " di valori mobiliari, Milano 1992, pp. 181-2, dove è detto che l'art. 1337 consentirebbe di eliminare tutti gli articoli su errore, violenza, dolo, stato di pericolo e di necessità, nonché di eliminare l'art. 428.

(112) La scorrettezza precontrattuale ha causato l'evento dannoso consistente nel contratto pregiudizievole; la risposta di responsabilità è quella di riportare la situazione nello status quo ante l'illecito, a mezzo della tecnica dell'art. 2058, che rimuove l'evento dannoso. Ma il contratto ha forza di legge tra le parti finché non venga annullato. Solo se i presupposti dell'annullamento si ritrovassero in quelli della fattispecie di responsabilità ex art. 1337 (violazione della buona fede), l'assunto terrebbe dal punto di vista sistematico; in difetto si deve invece dire che l'art. 2058 verrebbe surrettiziamente a svuotare l'operatività delle norme di invalidità.

(113) L'art. 1434 è l'esempio più evidente di come i vizi del volere prescindano dalla scorrettezza nelle trattative: a rilevare è la mancanza di un consenso integro (non l'abuso di un contraente in danno dell'altro, secondo la tesi di CORSARO, L'abuso del contraente nella formazione del contratto (studio preliminare), Perugia 1979, passim; v. in critica SCARSO, Il contraente " debole ", Torino 2006, p. 67 ss.; PERRECA, op. cit., p. 90). È altresì discusso se il requisito di riconoscibilità dell'errore debba leggersi come indice di rilevanza del dovere di buona fede - obbligo di comunicare alla controparte l'errore in cui è incorsa - anziché come espressione normativa del principio di affidamento. Il problema concerne notoriamente il rapporto tra gli artt. 1431 e 1338: v. P. BARCELLONA, Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico, Milano 1962, p. 195 ss.; PIETROBON, op. cit., p. 204 ss.; BENATTI, La responsabilità precontrattuale, cit., p. 65-66. I principi Unidroit e i PECL vanno nel senso che la conoscibilità del vizio implichi obbligo di comunicazione (secondo il modello dell'art. 1338) onde impedire che l'altra parte arrivi alla conclusione di un contratto inutile: la sola conoscibilità legittima la richiesta di risarcimento del danno (artt. 4:117 PECL e 3.18 principi Unidroit); dunque la conoscibilità viene assunta nel quadro della buona fede precontrattuale, più che inerire al principio di affidamento: la conoscibilità fa scattare l'obbligo di salvaguardia della posizione dell'altra parte, anziché rappresentare semplicemente un elemento
costitutivo necessario alla fattispecie dell'errore.

(114) La dottrina prevalente rifugge dall'idea dell'annullamento come forma di risarcimento in forma specifica: v. SCOGNAMIGLIO, Il risarcimento del danno in forma specifica, in R. trim. d. priv., 1957, p. 220 ss.: le norme di validità tengono conto dei vizi in cui può incorrere l'attività negoziale; non della eventuale dannosità del negozio; P. BARCELLONA, op. ult. cit., p. 222-223; MENGONI, Autonomia privata e Costituzione, cit., p. 18, nota 39.

(115) Concreto pregiudizio può spesso mancare nel caso di errore sulle qualità essenziali altrui: v. il caso americano Fuller v. De Paul University, in 12 NE 2d 213 (Illinois 1938): un'università cattolica assume come insegnante Fuller, che però non rivelò di essere un prete apostata (aveva abbandonato l'abito talare, era fuggito in Europa con una compagna e poi l'aveva abbandonata). Ebbene, non può escludersi che egli avesse capacità d'insegnamento analoghe a quelle di un sacerdote cattolico.

(116) MANTOVANI, " Vizi incompleti " del contratto e rimedio risarcitorio, Torino 1995, passim; la felice terminologia di vizio incompleto rende evidente come la regola di annullamento muova ancor'oggi da una fattispecie rigidamente assunta nei suoi elementi costitutivi.

(117) V. MANTOVANI, op. cit., p. 162. (118) MANTOVANI, op. cit., 160, p. 186.

(119) Seguendo la terminologia di D'AMICO, op. ult. cit., 100 è problema come intendere " l'autonomia " del giudizio di correttezza rispetto a quello di validità.

(120) Assorbendo l'annullamento entro l'art. 2058.

(121) Così anche D'AMICO, op. ult. cit., p. 253.

(122) Il caso più problematico è quello dell'errore sui motivi, irrilevante ai fini dell'annullamento; rispetto all'incapacità naturale, v. MANTOVANI, op. cit., p. 272.

(123) Limpidamente MENGONI, Autonomia privata e Costituzione, cit., p. 18: ove in assenza di scorrettezza il contratto non sarebbe stato concluso, " la condanna al risarcimento del danno rimuove praticamente, mediante il meccanismo della compensazione, gli effetti del contratto "; secondo l'A. il giudice italiano - nel già citato caso della sentenza tedesca (BverfG, 19 ottobre 1993) - operando a mezzo del risarcimento ex art. 1337, avrebbe attribuito al garante un controcredito di importo pari alla fideiussione, giungendo ad un risultato pratico non lontano da quello del §138 BGB.

(124) V. sempre MENGONI, op. ult. cit., p. 19: il risarcimento ha sostanzialmente una funzione correttiva del contratto ove si accerti che il contratto sarebbe stato
concluso a condizioni meno svantaggiose (in Germania, per il richiamo alla buona fede (§242 BGB) in funzione adeguatrice del regolamento contrattuale, così raggiungendo in modo più coerente lo stesso effetto di rettifica del contratto che si otterrebbe mediante il risarcimento, v. STOLL, Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, pp. 466-7). Si pensi ancora al seguente caso: per effetto dell'altrui scorrettezza, il compratore è indotto ad accettare una clausola che preveda la consegna della merce in luogo più favorevole per il venditore (perché vicino alla sua sede) e invece assai svantaggioso per sé (perché difficilmente accessibile). Se si dice che il contratto è valido, ma si riconosce un danno ex art. 1337 pari alle spese sostenute dall'acquirente per andare a recuperare la merce nel luogo convenuto, si afferma un risarcimento con funzione " demolitoria " di una clausola formalmente vincolante ex art. 1372, comma 1o. La differenza rispetto al dolo incidente relativo al prezzo è che si interviene ora sull'equilibrio non economico-commutativo ma normativo del contratto. Nella sostanza, il risarcimento raggiunge il risultato ottenibile con un intervento correttivo del regolamento negoziale che, ex fide bona, rendesse inefficace la clausola pattuita e vi sostituisse l'obbligo del venditore di consegnare nel diverso luogo più favorevole al compratore; su quest'ultima soluzione, fondata sul combinato disposto degli artt. 1337 e 1366, v. infra.

(125) Siccome incoerente dal punto di vista sistematico: è contraddittorio ribadire formalmente la distinzione della regola di responsabilità da quella di validità, e fare però in modo che nella sostanza, tramite la prima, si raggiunga lo stesso risultato derivabile dalla seconda (v. D'AMICO, loc. ult. cit., che parla di sostanziale elusione delle norme sulla validità, nonché pp. 248-9: correggere a mezzo del risarcimento il profilo economico-monetario dell'affare non significa altro che modificare il regolamento di interessi stabilito dalle parti). Se poi si considera che i termini di prescrizione delle azioni di annullamento e di responsabilità non collimano, si consentirebbe di eludere i (più brevi) termini dell'impugnativa d'annullamento: prescritta l'azione quinquennale, ci si giova comunque della tutela risarcitoria per raggiungere analoghi fini. Emblematico in questo senso l'art. 3.18 dei principi Unidroit: " A prescindere dall'essere stato il contratto annullato o meno, la parte che conosceva o avrebbe dovuto conoscere il motivo di annullamento dovrà risarcire i danni così da mettere l'altra parte nelle stesse condizioni in cui si sarebbe trovata se non avesse concluso il contratto ". Qui è chiaro che annullamento e risarcimento divengono rimedi perfettamente fungibili. Pur non avendo operato la regola di validità, la regola di responsabilità raggiunge gli stessi effetti: il contratto è valido, eppure il risarcimento riporta il danneggiato ad una situazione (patrimoniale) di contratto annullato. Ma l'assetto è giustificato dal fatto che la disciplina dei vizi è improntata sul rispetto del dovere di buona fede (v. infra); ciò che invece non è per il diritto interno.

(126) V. SACCO-DE NOVA, Il contratto, I, cit., p. 573: il dolo incidentale conduce a un risarcimento che ha tutti i caratteri della rettifica.

(127) In questo senso argomenta D'AMICO, " Regole di validità ", cit., 100, 137.

(128) Il problema dello " svecchiamento " dei tradizionali vizi del volere è colto soprattutto da SACCO-DE NOVA, Il contratto, I, cit., p. 464 ss.; v. anche NAVARRETTA, Causa e giustizia contrattuale, cit., p. 423.

(129) V. ancora BIGLIAZZI-GERI, Note in margine alla rilevanza *dell'art. 1337 c.c.*, cit., p. 141 ss.; v. anche BRECCIA, Prospettive nel diritto dei contratti, in R. crit. d. priv., 2001, p. 193; per il richiamo all'art. 1366 in funzione adeguatrice della regola contrattuale frutto di una scorrettezza precontrattuale, v. pure COSTANZA, Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede, Milano 1989, p. 85 ss.; ma l'A. (pp. 34-5) nega che l'art. 1366 possa correggere le storture del contratto, trattandosi di intervento giudiziale interpretativo integrativo.

(130) BIGLIAZZI-GERI, op. ult. cit., p. 144. Ai presenti fini è importante
evidenziare come l'A. (145) correli poi il risultato di " irrilevanza " ad un'azione improntata alla disciplina dell'annullamento, in particolare per quanto concerne l'esclusiva legittimazione di parte, e la soggezione ad un termine di prescrizione (indicato però in decennale).

(131) L'individuazione di quali ipotesi (inesperienza, eccesso di fiducia, etc.) possano rilevare nel giudizio ex fide bona deve ovviamente considerare le peculiarità del caso concreto, in relazione al tipo di contratto, al suo oggetto, ai bisogni che esso andrebbe a soddisfare, alla qualità personale delle parti, al flusso informativo intercorso in sede precontrattuale.

(132) Se il giudizio di buona fede, condotto a posteriori e improntato a flessibilità, ad oggi può dirsi operare dall'interno della regola di nullità, non è così per l'annullabilità. Rimanendo questa improntata allo schema logico di conformità/difformità del caso concreto ad una fattispecie astratta, declinata secondo rigorosi elementi costitutivi, qui la buona fede conserva ancora la sua tradizionale vocazione ad incidere " dall'esterno " sulla (rigidità della) regola di validità.

(133) Secondo la terminologia di D'AMICO, op. ult. cit., 349; ID., Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, in questa Rivista, 2002, I, pp. 40-41, ove è detto che il " nucleo forte " del principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento è che il sistema delle invalidità non può essere " (più o meno liberamente) "integrato" " da invalidità desunte dalla violazione della regola di buona fede.

(134) Si apre ad un'ottica relazionale, ove emergono gli interessi coinvolti nel caso concreto, tra cui, oltre all'(unico) interesse considerato dalla norma, un diverso ed opposto interesse, magari riconducibile ad un principio generale.

(135) Per vero, soluzione del tutto netta in questo senso non è propria dell'art. 3.10, vista la lettera b) del comma 1o: il problema è se i due parametri lì previsti rimandino ad un'esigenza oggettiva di equilibrio contrattuale oppure sottendano ipotesi in cui " lo sleale sfruttamento di una parte è presunto " (v. PERRECA, op. cit., p. 265).

(136) Peraltro, i PECL e i principi Unidroit hanno il merito di assumere un impianto dei vizi del volere legato al dovere di buona fede in fase precontrattuale, e non più alla sola tutela della posizione unilaterale della parte (libertà di autodeterminazione negoziale). Lo si desume dal fatto che: a) la riconoscibilità del vizio fa scattare l'obbligo risarcitorio (v. supra); b) la violenza proveniente dal terzo rileva ai fini dell'annullamento (e del risarcimento) solo se l'altro contraente ne poteva avere conoscenza (artt. 3.11, comma 2o principi Unidroit, 4:111, comma 2o PECL); il che significa contemperamento delle due posizioni (secondo il tipo giudizio relazionale di buona fede) di contro all'ottica unilaterale propria dell'art. 1434. Ora, è chiaro che una volta che la disciplina dei vizi del volere sia improntata al dovere correttezza precontrattuale, regola di validità e regola di responsabilità non devono più seguire percorsi necessariamente indipendenti. In un tale sistema la disciplina di annullamento - ma anche quella correttiva del contratto ex fide bona - condivide una medesimezza di scopo con la disciplina di responsabilità. Sono allora giustificabili aspetti di fungibilità tra rimedio risarcitorio e rimedio correttivo della regola negoziale a mezzo della buona fede; è cioè giustificabile che, tramite la tutela risarcitoria, si arrivi a correggere l'equilibrio negoziale come si farebbe a mezzo della pars costruens del giudizio ex fide bona (v. artt. 4:116, comma 2o e 4:109, comma 2o PECL: riportare i termini della pattuizione a quelli concordabili secondo " buona fede " significa eliminare il pregiudizio subito dal contraente " debole " a causa dell'altrui scorrettezza; significa arrivare al medesimo risultato pratico che la prima disposizione ottiene col medio della tutela risarcitoria), proprio perché si assume una regola di validità rispondente non più a presupposti propri, svincolati dal portato di buona fede.
A questo punto si può anche avanzare una considerazione de iure condendo circa l'opportunità di introdurre nel diritto interno un regime dei vizi della volontà imperniato sulla clausola di buona fede; il quale consideri entrambi gli interessi in gioco, anziché incentrarsi precipuamente sulla posizione della parte incorsa in vizio; un regime che, non mirando più a tutelare la libertà contrattuale in sé sola, dovrà guardare anche al dato sostanziale del pregiudizio (es. esclusione dell'impugnativa d'annullamento in caso di acquisto, per inesperienza, di un bene a prezzo di mercato che risulti altresì indispensabile ai bisogni della parte), con la dovuta precisazione per cui il pregiudizio non va inteso come danno economico: v'è pregiudizio sebbene il contratto non generi alcuna perdita patrimoniale (es. si acquistò a prezzo congruo), e però risulti inutile al contraente in ragione delle sue esigenze (es. vendita a prezzo di mercato di un computer a persona molto anziana, che mai ne avrà bisogno). Una volta improntato il sistema dei vizi del volere alla regola di buona fede, si otterrebbero effetti di semplificazione e di maggior flessibilità di disciplina; in particolare: a) il venir meno di una rigida separazione tra regola di annullamento e regola risarcitoria, e la conseguente possibilità che con la seconda si raggiungano esiti correttivi del contratto senza che ciò valga come surrettizio aggiramento delle norme formali di validità; b) l'introduzione di una tipologia di vizi assai più flessibile e adeguabile a nuove tecniche di contrattazione e a nuove occasioni di perturbamento del volere, operando il giudizio di buona fede sul caso concreto ed ex post, senza essere costretto entro rigidi elementi di una fattispecie (v. NAVARRETTA, Causa e giustizia contrattuale, cit., p. 424, che condivide il richiamo alla buona fede oggettiva quale canone flessibile di chiusura all'interno di un nuovo sistema di tipizzazione delle asimmetrie a livello microeconomico).

(137) Detto altrimenti, si rimane entro l'ambito dei rimedi contrattuali anziché risarcitori. Né in contrario assume rilevanza decisiva l'art. 1440, nel suo apparente rinvio alla disciplina di responsabilità in funzione correttiva del contratto. La norma può essere letta anche in senso diverso, escludendo cioè che il risarcimento lì previsto sia tecnicamente qualificabile come effetto di responsabilità (precontrattuale). Lo si può intendere come rimedio alternativo all'annullamento, il quale, come l'annullamento, trova il suo presupposto in un vizio del volere (più che nella scorrettezza precontrattuale). Il dolo incidente suppone pur sempre un consenso viziato, sicché - ove non fosse prevista la tutela risarcitoria - sarebbe rimasta l'alternativa ordinaria dell'annullamento. Ma, data la possibilità che tale tecnica rimediale travalichi l'interesse effettivo del contraente ingannato (a mantenere il contratto), si è reputato più opportuno sostituire all'annullamento il risarcimento del danno (v. D'AMICO, " Regole di validità ", cit., p. 119, secondo cui il risarcimento ha funzione " sostitutiva " dell'annullamento). In quest'ottica l'art. 1440 si allinea agli artt. 1432, 1450 e 1468.
Va anche notata la diversità tra l'art. 1440 e l'art. 4:117, comma 2o PECL, il quale prevede, a fronte di un contratto valido perché non annullato, il diritto al risarcimento del danno " limitatamente alla perdita subita a causa dell'errore, del dolo, della violenza o dell'ingiusto profitto o vantaggio iniquo ", oppure della inesatta informativa precontrattuale. Qui la tutela risarcitoria non è inserita in una norma sul vizio incidente come l'art. 1440 (per un caso di danno cagionato da dolo, e però al di fuori della logica dolo determinante/dolo incidente, non essendovi stata alcuna indagine circa l'ipotetica scelta tra annullamento del contratto o suo mantenimento ove si fosse avuta reale conoscenza delle caratteristiche del bene acquistato, v. App. Venezia 31 maggio 2001, in Corr. giur., 2001, p. 1199 ss., preceduta da Cass. 29 marzo 1999, n. 2956, in G. it., 2000, c. 1192 ss.), ma è davvero espressione di responsabilità precontrattuale. Il che dipende da quanto si è notato circa la diversa concezione accolta dai PECL, sul rapporto tra vizi del volere e figure di responsabilità precontrattuale.

(138) Debolezza strutturale che, nel senso qui accolto, è propria anche del creditore-imprenditore ex art. 7, d. legisl. n. 231/00, trattandosi di debolezza da riguardarsi comunque in un'ottica sistemica di mercato, anziché semplicemente all'interno di una negoziazione isolata; v.

VENUTI, op. cit., p. 161, che parla di " minorità strutturale ". Negli USA per l'annullamento di contratti squilibrati nello scambio, dove la procedural unfairness poggiava sulla mera disparità di potere economico delle parti, più che sulla ricerca di un'effettiva condotta abusiva del contraente forte, v. Williams v. Walzer-Thomas Forniture Co., 11 agosto 1965, 121 App. DC315 (Corte d'appello del Columbia district); Frostifresh Corp. v. Renoso, 15 novembre 1996, district court of Nassau County, 274, N.Y.S. 2d 757; Leasing Service Corp. v. Broetje, del 1982, 545 F.Supp. 362.

(139) V. retro, nn. 4, 5.

(140) All'asimmetria spesso di accompagnerà l'abuso della parte forte, la quale viene a sfruttare a proprio vantaggio la situazione di disparità. Ciò però non significa rilevanza di una scorrettezza precontrattuale nei termini in cui essa rileva ai fini dell'annullabilità, ossia come causa perturbatrice dell'altrui consenso negoziale.

(141) La dottrina ha messo bene in evidenza come il codice parta anzi dall'opposta idea di una fisiologica parità di condizioni dei contraenti e, più in generale, di una fisiologica capacità di funzionamento del mercato: v. JANNARELLI, op. cit., p. 45, con riguardo soprattutto all'asimmetria informativa.

(142) V. JANNARELLI, op. cit., 84, secondo cui se l'asimmetria concerne il singolo contratto, rimane adeguata la risposta in termini di vizi della volontà.

(143) È il caso della rescissione, ma è anche il caso degli artt. 3.10 principi Unidroit e 4:109 PECL; sul rilievo che i Principles ed i principi Unidroit non siano deputati alla strutturazione di un assetto di mercato, a differenza del diritto comunitario, v. JANNARELLI, op. cit., p. 110 ss.

(144) V. LANZILLO, La proporzione fra le prestazioni contrattuali, Padova 2003, p. 78: le azioni di annullamento proteggono l'interesse a scegliere liberamente se concludere o non il contratto; non l'interesse a concludere a condizioni eque.

(145) Come già detto, in un sistema dei vizi del volere improntato a buona fede il pregiudizio deve dirsi elemento imprescindibile; esso però, da un lato, sempre suppone un consenso non dato in modo libero e/o cosciente; dall'altro lato, non necessariamente si esplica nelle forme dello squilibrio negoziale, potendo bensì sussistere sub specie di contratto non voluto. Ciò non significa che detto sistema non possa ricomprendere in sé la rescissione codicistica, la quale cesserebbe così di rimanere autonoma, e sistematicamente collocata " in bilico " tra vizi genetici del contratto e vizi funzionali. Vero è che la rescissione suppone un'asimmetria di posizione soggettiva delle parti - non strutturale ma occasionale, patologica - la quale incide sulla libera determinazione negoziale; peraltro, asimmetria rientrante, per tipologia, nel novero di quelle considerate agli artt. 3.10 principi Unidroit e 4:109 PECL, che pertengono al campo dell'annullabilità per vizi del consenso e non a quello di nullità per disfunzione del profilo causale (v. però M. BARCELLONA, La buona fede e il controllo giudiziale del contratto, in MAZZAMUTO (a cura di), Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, Torino 2002, p. 311, secondo cui le due norme si collocano nella prospettiva dei rimedi a tutela della congruità dello scambio e non della libertà di autodeterminazione negoziale); e vero è, altresì, che il disequilibrio imposto dall'art. 1448 ben può leggersi come species del genus contratto pregiudizievole (insieme al contratto non voluto, inutile e dannoso) conseguenza (patologica) di un'anomalia del volere e dello scorretto sfruttamento di essa da parte dell'altro contraente.

(146) A differenza di quanto accade per la nullità, l'operatività della buona fede sullo ius strictum (annullabilità) può quindi scattare non ex officio, ma solo su iniziativa di parte (v. infatti gli artt. 3.10 principi Unidroit e 4:109 PECL; BIGLIAZZI-GERI, Note in margine alla rilevanza *dell'art. 1337 c.c.*, cit., 145, nonché quanto già detto retro, n. 5), essendo rimesso a lei sola decidere sulla concreta convenienza a far valere la lesione dell'autonomia privata.

(147) In genere il consumatore; ma potrebbe trattarsi anche dell'investitore nel campo dei contratti d'investimento e bancari.

(148) Il problema è stato sottolineato soprattutto da ROPPO, L'informazione precontrattuale, in SIRENA (a cura di), op. cit., pp. 146-7; v. ad es. art. 52, comma 1o, cod. consumo, lett. a), b) c), d), e), h), i), l): casi in cui non opera la proroga del termine di recesso (v. art. 65); art. 70 cod. consumo rispetto a quei contenuti la cui omissione non è " sanzionata " con l'allungamento del termine di recesso ex art. 73; art. 87, comma 1o, cod. consumo.

(149) V. JANNARELLI, op. cit., p. 25 ss.; v. anche GRUNDMANN, L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento, in Europ. d. priv., 2001, p. 264 ss.; CAMARDI, Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza, in Europ. d. priv., 2001, p. 718 ss.; dal canto suo, la dottrina si è mostrata assai attenta nell'osservare la peculiarità degli obblighi informativi introdotti per via comunitaria, rispetto all'oggetto dell'informazione rilevante entro l'ottica microeconomica del singolo contratto. I primi sono obblighi informativi inerenti le caratteristiche del bene oggetto del contratto, i dati (di affidabilità) del professionista, l'apparato di clausole che accede alla contrattazione, i diritti riconosciuti alla parte (es. diritto recesso), più che obblighi diretti a garantire la razionalità ed efficienza del singolo affare: v. JANNARELLI, op. cit., p. 37 ss.; GENTILI, Informazione contrattuale e regole dello scambio, in R. d. priv., 2004, p. 574 ss.; v. anche D'AMICO, Regole di validità e regole di comportamento, cit., p. 45 ss.

(150) Elevando a modello generale la soluzione di nullità dell'art. 52, comma 3o cod. consumo.

(151) Di contro, è la tecnica dell'annullamento che pone in primo piano il contratto come fatto privato, esplicazione dell'autonomia di una parte (lesa da omessa o cattiva informazione).

(152)

(153) Specie la tutela inibitoria.
Es. art. 88, comma 2o, cod. consumo; v. GRISI, Gli obblighi di informazione, in MAZZAMUTO (a cura di), op. cit., p. 152 ss.

(154) Per la distinzione tra disciplina dell'atto e dell'attività, v. JANNARELLI, op. cit., 64 ss.

(155) V. JANNARELLI, op. cit., p. 41 ss., p. 48 ss., che pone l'accento proprio sulla strumentalità del neoformalismo alla strutturazione e conservazione del mercato; sul tema in generale, v. anche VALENTINO, Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale, Napoli 1999, passim.

(156) Si è già visto come l'annullabilità sia a protezione della libertà del consenso negoziale. Rispetto alla dir. n. 29/05, per esempio, deve dirsi che la salvezza delle norme interne in tema di validità del contratto (art. 2), implica richiamo al regime di annullabilità (e non di nullità) del contratto concluso dal consumatore per effetto di pratica commerciale ingannevole sotto forma di omessa informazione. La direttiva persegue la costruzione di un mercato in libera concorrenza, dunque un obiettivo trascendente il singolo contratto; tuttavia è la lesione della libertà contrattuale a venire in luce quando si debba decidere del rimedio contrattuale.

(157) Si tratterà dunque di una tutela necessariamente rimessa all'iniziativa di parte, e non azionabile ex officio (secondo lo schema esaminato retro, al n. 5).

(158) Così ad esempio, nel caso in cui non vi sia stata informativa al consumatore circa le spese di consegna (art. 52 d cod. consumo) è da escludere la nullità del contratto per violazione di norma imperativa (soluzione spesso eccedente l'interesse del consumatore); d'altro canto, è anche difficile sostenere che la scorrettezza precontrattuale si sostanzi in un errore essenziale causa di annullamento; il combinato disposto degli artt. 1337 e 1366 porterà allora alla correzione del regolamento negoziale (sotto forma di exceptio), nel senso che le spese non previamente comunicate e che il consumatore non poteva ragionevolmente attendersi come legate alla consegna, non saranno dovute.

(159) V. ad es. la dir. n. 39/04 sui mercati degli strumenti finanziari, ed in particolare l'art. 19 sugli obblighi di informazione al cliente.

(160) V. ad es. le sanzioni amministrative, le azioni delle associazioni di categoria (artt. 51, 52, dir. n. 39/04).

(161)

Copyright 2008 Wolters Kluwer Italia Srl. All rights reserved.

Ruolo capace di andare oltre i rigidi confini delle fattispecie di annullamento, e tanto più importante se si ritiene che l'errore sul grado di affidabilità del titolo - causato dal vizio d'informazione - non integri il requisito dell'essenzialità (v. Trib. Roma 13 giugno 2005, cit.).

**REGOLE DI CONDOTTA E REGOLE DI VALIDITÀ NELL'ATTIVITÀ D'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA: QUALE TUTELA PER GLI INVESTITORI DELUSI?**
di Antonio Albanese

D.Lgs. 24-02-1998, n. 58

**FONTE**
Corriere Giur., 2008, 1, 107
*Contratti finanziari*
L'articolo esamina i rimedi civilistici esperibili dall'investitore pregiudicato dalla violazione di norme che regolano l'attività di collocamento e di negoziazione svolta dagli intermediari finanziari. In particolare sono individuati i presupposti su cui rispettivamente si fondano la tutela restitutoria, che consegue, nei diversi casi considerati, alla nullità, all'annullamento o alla risoluzione del contratto d'investimento, e la tutela risarcitoria contro i danni cagionati dalla condotta scorretta dell'intermediario. Da questa prospettiva l'Autore verifica il significato attuale della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, tenendo conto delle due sentenze "gemelle", recentemente pronunciate dalle

Sezioni Unite della Cassazione proprio in materia di servizi di investimento (*).
Sommario: Nullità del contratto d'investimento e limiti della tutela restitutoria - Il «contratto » contrario a norme imperative - Attualità e significato della distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità - Rilevanza dei vizi della volontà e annullamento del contratto d'investimento - La tutela civile contro il conflitto di interessi - Violazione degli obblighi di condotta dell'intermediario e rimedi sinallagmatici - Il risarcimento del danno conseguente alla condotta scorretta dell'intermediario

## Nullità del contratto d'investimento e limiti della tutela restitutoria

Nelle ipotesi in cui la violazione degli obblighi di comportamento che la legge pone a carico degli intermediari finanziari non abbia consentito al risparmiatore di ottenere una corretta informazione circa la natura, le implicazioni e il grado di sicurezza dell'operazione e lo abbia indotto a compiere scelte d'investimento non consapevoli o comunque inadeguate rispetto al suo profilo di rischio, si pone la questione dei rimedi da questo esperibili a tutela dei propri interessi economici.
Tali vicende assumono peraltro rilevanza, oltre che dal punto di vista del singolo risparmiatore danneggiato, su un piano più generale come eventi che compromettono la funzionalità del mercato e la fiducia che in esso ripongono i potenziali investitori. Gli obblighi d'informazione sono infatti intesi a realizzare la trasparenza *inter partes* sul presupposto che questa concorra a determinare condizioni ottimali di efficienza allocativa del risparmio, non solo dal punto di vista dell'interesse del singolo investitore, ma anche nell'ottica dell'intero sistema complessivamente considerato (1).
Da questa prospettiva è comprensibile l'orientamento di una parte della giurisprudenza di merito, che, proprio al fine di ripristinare la fiducia nei mercati finanziari, apprestando nel contempo agli investitori danneggiati una efficace tutela, ha ritenuto nulli i contratti da questi stipulati per contrarietà alle norme imperative che impongono agli intermediari gli obblighi violati (2). La pronuncia di nullità apre infatti la strada alle azioni restitutorie, che consentono al risparmiatore di recuperare facilmente tutte le somme investite, dispensandolo dall'onere di provare tanto l'ammontare del danno subito (3) quanto la riconducibilità causale dello stesso alla condotta omissiva dell'intermediario, escludendo altresì l'eventuale rilevanza del fatto colposo dello stesso investitore danneggiato (4).
Ma proprio la semplicità del meccanismo restitutorio finisce in qualche modo per limitarne l'ambito soggettivo di applicazione alle sole parti del contratto che sia in ipotesi affetto dalla nullità. L'intermediario pertanto sarà tenuto alla restituzione delle somme investite soltanto qualora le abbia incassate come corrispettivo dovutogli per la cessione di titoli che erano già nel suo portafoglio ovvero come mezzi somministratigli dal cliente ai sensi *dell'art. 1719 c.c.* per l'esecuzione di un mandato senza rappresentanza, avente per oggetto l'acquisto degli strumenti finanziari. Anche in quest'ultimo caso, infatti, l'investitore, pur acquistando la proprietà dei titoli direttamente dal precedente titolare, senza la necessità di un successivo atto di trasferimento, adempie la propria obbligazione pecuniaria in attuazione di un contratto stipulato con l'intermediario.
Diversamente, ove il risparmiatore acquisti i titoli direttamente dalla società emittente, aderendo a un'offerta pubblica, l'intermediario rimane comunque terzo rispetto al rapporto contrattuale, che si costituisce per suo tramite (5), e di conseguenza è comunque tenuto alla ripetizione delle prestazioni che ne costituiscono adempimento, ancorché questo risulti oggettivamente indebito per effetto della successiva declaratoria di nullità (6). L'unico rimedio esperibile nei confronti dell'intermediario, che abbia eventualmente sollecitato l'investimento, è quindi l'azione per il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione degli obblighi di condotta relativi all'attività svolta, mentre non potrebbe farsi discendere dalla pronuncia di nullità del contratto di investimento l'obbligo di restituire somme che non erano destinate a lui, ma alla società

che ha emesso i titoli [(7)].
Tale invalidità, peraltro, proprio in considerazione dell'estraneità dell'intermediario al contratto concluso dal risparmiatore, potrebbe farsi derivare non già dal suo comportamento scorretto, ma semmai dalla violazione delle diverse norme che regolano l'attività dell'emittente.
Trova così riscontro, anche sul piano della nullità e della conseguente tutela restitutoria, la distinzione, già puntualizzata dalla dottrina in tema di responsabilità [(8)], tra le diverse norme del *decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58* (T.U.F.), che riguardano rispettivamente i servizi di investimento prestati dall'intermediario a favore del cliente (art. 18 s.) e i rapporti che si instaurano tra emittente e investitore in conseguenza della sollecitazione del pubblico risparmio (art. 94 s.) e più in generale dell'informazione societaria dal primo offerta al mercato (art. 113 s.).
Da questa prospettiva è peraltro chiaro che la tutela restitutoria, se pure rappresenta la via più breve e più facile per giungere al risultato auspicato, non sempre è concretamente percorribile in considerazione delle caratteristiche specifiche dei singoli casi e delle modalità concrete di contrattazione [(9)].
L'individuazione dei rimedi esperibili non può del resto dipendere soltanto da valutazioni di convenienza e di opportunità, ma deve necessariamente trovare fondamento nelle regole dell'ordinamento giuridico. L'argomentazione orientata alle conseguenze incontra, infatti, un vincolo nella necessità di verificare la congruenza sistematica dei significati attribuiti al testo normativo secondo un giudizio di preferibilità, che deve potersi universalizzare come regola applicabile ad altri casi uguali o simili, in base ad un principio irrinunciabile di giustizia e coerenza del sistema [(10)].

## Il «contratto » contrario a norme imperative

Proprio dalla prospettiva del diritto positivo si tratta allora di verificare se sia tecnicamente corretto affermare che la violazione degli obblighi che la legge pone a carico dell'intermediario al fine di orientare il risparmiatore nelle sue scelte d'investimento possa rendere nullo il contratto nel quale tali scelte si sono concretizzate.
A tal fine non si potrebbe invero invocare la regola dell'art. 1418, co. 1, c.c., la quale postula che contrario alla norma imperativa sia il contratto come atto di autonomia e non già la condotta scorretta di uno dei contraenti.
È del resto evidente che il comportamento antigiuridico di una parte, pur quando abbia influenzato in modo determinate la decisione della controparte, non si traduce di per sé nell'adozione di un assetto d'interessi vietato dalla legge, la quale non disapprova il contenuto dell'accordo, ma soltanto le modalità con le quali questo si è formato [(11)]. A maggior ragione la violazione degli obblighi legali di condotta, ove si risolva in una mera omissione, non può in alcun modo rendere illecito il regolamento negoziale voluto dai contraenti [(12)].
Dal punto di vista della disciplina degli scambi nel mercato, gli obblighi legali di condotta imposti agli intermediari hanno principalmente la funzione di ridurre le asimmetrie informative tra i contraenti e comunque di garantire una maggiore trasparenza e consapevolezza nel compimento delle scelte d'investimento. In tali casi, quindi, la legge muove dal presupposto che le parti, ove siano state adeguatamente informate, siano in grado di determinare liberamente e autonomamente il contenuto del contratto. Non si giustifica pertanto una limitazione della loro autonomia secondo una logica paternalistica, che invece ispira le norme che tutelano il contraente debole impedendogli di vincolarsi a un determinato regolamento contrattuale, che in ipotesi l'ordinamento reputa per lui vantaggioso. Là dove, infatti, l'ordinamento prescinda da una valutazione di adeguatezza del contratto rispetto all'interesse dell'investitore, la regola di condotta violata dall'intermediario non vieta né impone un determinato contenuto negoziale, ma soltanto esige che la volontà di una delle parti, quale che essa sia, venga orientata da una corretta informazione circa gli aspetti rilevanti del rapporto contrattuale.
Proprio con riguardo a tali ipotesi del resto le Sezioni Unite della Cassazione hanno recentemente affermato che la contrarietà a norme imperative rilevante ai fini dell'applicazione *dell'art. 1418, comma 1, c.c.* è soltanto quella che riguarda elementi intrinseci alla fattispecie negoziale e non già fatti a essa estranei quali i comportamenti tenuti dalle parti nella fase precontrattuale, la cui eventuale illegittimità non può dar luogo alla nullità del contratto, se non nei casi espressamente previsti dalla singola disposizione violata [(13)].
Escludere che al di fuori di queste ipotesi possa operare la regola generale dell'art. 1418, co. 1, c.c. non significa tuttavia limitarne l'applicazione ai casi d'illiceità della causa, dell'oggetto o dei motivi per contrarietà (anche) a norme imperative già contemplati nel secondo comma, privandola quindi di un concreto significato normativo [(14)]. L'art. 1418, co. 1, c.c., infatti, è comunque in grado di assolvere la funzione, a esso storicamente assegnata dai suoi compilatori, di norma generale di chiusura volta a disciplinare le conseguenze della violazione di divieti legali privi di un'espressa comminatoria circa la sorte del contratto vietato, attraverso la previsione di una «ragione autonoma » di nullità, diversa da quelle già riconducibili ai concetti di illiceità della causa e/o dell'oggetto [(15)]. Il contrasto con norme imperative, infatti, può riguardare altri elementi del regolamento contrattuale [(16)] come ad esempio avviene nel caso in cui le parti abbiano violato un divieto soggettivo di

contrarre che proibisca un determinato assetto negoziale non in termini assoluti, ma solo in quanto ad esso prendano parte soggetti privi di determinati requisiti ed abilitazioni o che si trovano in una situazione personale ritenuta dalla legge incompatibile con quel particolare rapporto contrattuale. Così ad esempio, per rimanere nell'ambito degli investimenti finanziari, la Cassazione ha ritenuto nulli i contratti stipulati con intermediari non autorizzati ai sensi degli artt. 18 e 19 T.U.F. (17).

Ma in questo caso, a differenza di quanto avviene per la violazione degli obblighi d'informazione e più in generale di condotta, la legge non impone a uno dei contraenti un determinato comportamento materiale, bensì vieta la sua stessa partecipazione al contratto e la conseguente produzione nei suoi confronti dei corrispondenti effetti giuridici. La diversa soluzione al riguardo adottata dalla Suprema Corte non si basa quindi su un'interpretazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. difforme rispetto a quella con la quale essa stessa ha escluso la nullità per contrarietà a norme imperative nel caso di violazione degli obblighi precontrattuali di condotta, ma dipende dalle significative differenze esistenti tra le disposizioni con riguardo alle quali si è pronunciata.

A rigore di logica non può quindi configurarsi quel contrasto giurisprudenziale (18) ipotizzato dalla prima sezione della Cassazione nell'ordinanza con la quale ha rimesso gli atti del procedimento al primo Presidente, al fine di sottoporre alle Sezioni unite la questione se la violazione degli obblighi d'informazione da parte dell'intermediario dia luogo oppure no alla nullità del contratto d'investimento (19). Le diverse conclusioni alle quali è giunta la Suprema Corte nei due casi menzionati si fondano infatti su ragioni di ordine diverso, che però non si contraddicono, nella misura in cui entrambe sono riconducibili al principio secondo il quale il contratto è nullo quando contrario alla norma è il regolamento negoziale in esso contenuto.

Da questo punto di vista è evidente che la partecipazione al contratto di soggetti diversi da quelli autorizzati dalla legge vale a individuare non solo gli autori che dall'esterno attraverso il proprio comportamento ne determinano la conclusione, ma anche le parti che vincolandosi a esso divengono destinatari dei relativi effetti giuridici (20). Oggetto di divieto è quindi proprio il regolamento contrattuale e non soltanto il modo in cui questo si forma. In senso analogo si sono anche espresse le Sezioni Unite della Cassazione nelle due sentenze citate nn.26724 e 26725 del 19 dicembre 2007.

Diversamente, le norme che impongono a uno dei contraenti una determinata condotta non possono in alcun modo tradursi nel divieto soggettivo di contrarre, di tal che sarebbe illogico equiparare le due fattispecie, riconducendole entrambe *all'art. 1418 comma 1, c.c.*

Né d'altra parte sembra corretta l'opinione della dottrina che esclude la nullità del contratto che viola divieti soggettivi di contrarre applicando il criterio della c.d. «direzione del divieto », in base al quale un effettivo contrasto del contratto con la norma violata sussiste solo nelle ipotesi in cui questa vieta il comportamento di entrambe le parti nella conclusione dell'accordo (21).

Questa ricostruzione, infatti, è smentita dalla testuale previsione della nullità come conseguenza della violazione di norme che dispongono a carico *di uno solo* dei contraenti divieti speciali di comprare (art. 1471, nn. 1 e 2, c.c.) ovvero di rendersi cessionari di posizioni giuridiche ritenute incompatibili con le funzioni esercitate (*art. 1261 c.c.*), secondo una logica che appare saldamente radicata nel sistema.

L'esame del dato normativo, quindi, mette in evidenza che ai fini della contrarietà del contratto a norme imperative non rileva chi o quanti siano i destinatari del divieto, ma unicamente il fatto che questo riguardi il regolamento convenuto dalle parti, in quanto elemento costitutivo della fattispecie vietata, che, eventualmente in concorso con altri requisiti, ne giustifica la disapprovazione legale (22).

Tale conclusione trova inoltre conferma anche in altre fattispecie, nelle quali i comportamenti scorretti di una parte ai danni dell'altra integrano ipotesi di reato (*art. 644 c.p.* e 1815, comma 1, c.c.) o di abuso normativamente rilevante nei rapporti privati e determinano la nullità del contratto (*art. 9 l. n. 192 del 1998*) o di una sua clausola (art. 36 cod. cons.) soltanto in quanto incidano sul regolamento contrattuale, alterandone l'equilibrio oltre il limite consentito dalla legge.

L'omissione di una condotta obbligatoria per legge non genera invece alcun contrasto tra il contratto e la norma che pone l'obbligo, la quale, come già si è detto, da un lato impone un comportamento puramente materiale, dall'altro prescinde da qualsiasi considerazione relativa alla concreta pattuizione.

Perché possa ritenersi nullo il contratto, in assenza di un'espressa previsione in tal senso nella specifica norma violata, è invece necessario che il contenuto programmatico dell'atto, eventualmente in concorso con altri elementi, esprima il disvalore che ne giustifica la proibizione, rendendo coerente dal punto di vista logico la negazione degli effetti negoziali con il divieto previsto dalla legge.

È del resto innegabile che il termine «contratto », se pure assume significati diversi a seconda del contesto normativo nel quale è utilizzato (23), nondimeno va inteso in una accezione appropriata alla regola *dell'art. 1418, comma 1, c.c.*, che a esso fa riferimento in senso univoco come oggetto della proibizione legale e al tempo stesso come regolamento negoziale al quale la nullità impedisce di produrre effetti disapprovati dall'ordinamento giuridico.

Ne deriva che contrario alla norma non può che essere il «contratto » come regolamento, in quanto soltanto di questo si

potrebbe ragionevolmente negare la validità e l'efficacia, mentre non avrebbe alcun senso predicare la nullità dei comportamenti e delle omissioni nella fase che precede la formazione del consenso, nonostante questi assumano rilevanza come violazione di precisi obblighi di condotta.
Da questo punto di vista non merita accoglimento il contrario orientamento espresso dalla giurisprudenza che ritiene nullo il contratto la cui conclusione integra il reato di circonvenzione d'incapace (24). È infatti evidente che la condotta, sia pur penalmente rilevante, di una parte durante le trattative non necessariamente si traduce in un «contratto » vietato dalla legge (25). La stessa giurisprudenza del resto proprio in base ad un argomento analogo ha escluso la nullità del contratto concluso per effetto di truffa realizzata da una parte ai danni dell'altra (26).

### Attualità e significato della distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità

Alla luce di tali considerazioni, la distinzione tra regole di validità e di condotta deve essere correttamente intesa come criterio che definisce l'ambito di applicazione dell'art. 1418, co. 1, c.c., impedendo di considerare nullo il contratto in ragione della mera violazione di divieti o obblighi legali, ancorché imperativi, che riguardano però la condotta delle parti in fase precontrattuale o esecutiva. In queste ipotesi peraltro l'esclusione della nullità non dipende da una previsione normativa riconducibile a una delle possibili eccezioni prefigurate dall'art. 1418, co. 1, c.c. nella parte in cui fa salva una diversa disposizione di legge, ma discende dal difetto della stessa contrarietà del contratto rispetto al divieto legale che è il presupposto necessario perché possano operare tanto la regola generale, quanto le eventuali deroghe alla stessa.
Non sembra pertanto condivisibile l'opinione che, ravvisando nella responsabilità precontrattuale ex *art. 1337 c.c.* la diversa «sanzione » disposta dalla legge per colpire un *contratto*, che si suppone comunque contrario alla norma violata, ritiene che, «tutte le volte che un divieto o un obbligo di comportamento, riconducibili al principio di buona fede *in contrahendo*, siano violati *senza che il legislatore abbia esplicitamente previsto come sanzione di tale violazione l'invalidità dell'atto*, unico rimedio (sul piano civilistico) non potrà che essere quello della responsabilità (precontrattuale) » (27). È tuttavia evidente che in tal modo si giunge a una conclusione in contraddizione con la premessa, in quanto si finisce per applicare un criterio opposto rispetto a quello previsto dall'art. 1418, co. 1, c.c., secondo il quale la nullità è la regola mentre l'eccezione è la previsione di un diverso rimedio.
A un risultato diverso è invece possibile giungere ove si collochino fuori dall'ambito di applicazione della regola in esame (e delle eccezioni ad essa previste) le ipotesi in cui oggetto di divieto sia il comportamento scorretto di una parte e non il contenuto del negozio. In tal caso, infatti, la nullità del contratto prescinde da una regola di chiusura e deve essere espressamente prevista dalla singola norma violata, che a tal fine potrà attribuire rilevanza anche a comportamenti scorretti, tipizzati dalla legge o individuati dal giudice, secondo il meccanismo delle clausole generali, come elementi costitutivi di specifiche fattispecie, riconducibili non al primo ma al terzo comma *dell'art. 1418 c.c.* Così A. Albanese, *Violazione di norme operative e nullità del contratto*, cit., 323. L'opinione è condivisa da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 cit.
Tale previsione, del resto, lungi dal risolversi in un mero rinvio ad altre norme di legge, assume un autonomo significato precettivo proprio nella misura in cui riserva al legislatore il compito di stabilire altri casi di nullità, diversi dalla contrarietà a norme imperative e da quelli contemplati nei commi precedenti del medesimo articolo.
In quest'ottica la distinzione tra regole di validità e di condotta non è un principio assoluto che trova costante riconoscimento nel sistema né rappresenta una caratteristica che accomuna senza deroghe tutte le fattispecie d'invalidità. Essa vale piuttosto come criterio per decidere la sorte del contratto in quelle ipotesi in cui la norma violata non prevede alcuna conseguenza invalidante.
In mancanza di una specifica previsione in tal senso, infatti, si potrebbe razionalmente negare la validità ed efficacia del contratto, soltanto ove questo sia vietato come regolamento diretto a produrre effetti giuridici disapprovati dalla legge (28). Il ricorso a tale criterio non è invece necessario nelle ipotesi in cui la stessa nullità, specificamente prevista dalla norma violata, esprima la disapprovazione dell'ordinamento.
In questi casi, peraltro, la violazione della regola di condotta non sempre costituisce la ragione da sola sufficiente a invalidare il contratto, ma il più delle volte assume rilevanza soltanto in presenza di altri elementi, che nelle diverse ipotesi attengono all'equilibrio contrattuale (29) e/o alla regolare formazione della volontà negoziale. Si realizza in tal modo una commistione tra regole di validità e regole di comportamento, che non è comunque estranea alla tradizione del nostro ordinamento come dimostrano le fattispecie del dolo e della violenza, nelle quali i raggiri o le minacce poste in essere da una delle parti rendono annullabile il contratto soltanto quando abbiano avuto una efficacia determinante del consenso manifestato dall'altro contraente.
L'autonomia funzionale tra le due tipologie di regole quindi, se per un verso esclude che la violazione di una norma, che vieti la mera condotta di uno o di entrambi i contraenti senza disapprovare (anche) l'atto di autonomia, possa renderlo nullo, per altro verso non impedisce di configurare il comportamento scorretto come elemento costitutivo di specifiche fattispecie di annullabilità, rescindibilità ovvero nullità del contratto.

Ne costituisce un esempio la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari prevista dal *Decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190*, che all'art. 16, comma 4, dispone la nullità del contratto di fornitura di tali servizi nel caso in cui il fornitore abbia violato «gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche » [(30)]. La norma configura quindi uno specifico vizio della volontà sostanzialmente assimilabile al dolo omissivo, che tuttavia per espressa previsione legislativa determina non l'annullabilità del contratto, ma addirittura la sua nullità.
Questa invalidità si spiega pertanto non già in ragione di una contrarietà a un determinato divieto normativo del regolamento contrattuale, ma in termini di mancanza dei requisiti minimi del consenso necessari a integrare l'accordo quale elemento essenziale del contratto ai sensi *dell'art. 1325 n. 1), c.c.*. Da questo punto di vista la modalità stessa della contrattazione, che avviene a distanza senza alcun contatto fisico tra i contraenti, e la complessità tecnica dei servizi negoziati consentono di attribuire speciale rilevanza alla mancanza di determinate informazioni specificamente previste dalla legge, come causa che priva di effettività il consenso formalmente manifestato dal consumatore, allorché la rappresentazione dei servizi prestati sia alterata in un modo che possa ritenersi significativo, secondo una valutazione di adeguatezza del rimedio rispetto al difetto che affligge il contratto.
Tale norma, proprio in considerazione della specificità della fattispecie disciplinata, non potrebbe essere tuttavia intesa come espressione di un principio generale valido in tutti i casi in cui la violazione di obblighi legali d'informazione impedisca all'altra parte un'adeguata conoscenza delle caratteristiche del contratto. Questa conclusione, che sembra trovare credito in giurisprudenza [(31)], finirebbe, infatti, per equiparare arbitrariamente, dal punto di vista della nullità, la mancanza di «consenso informato » al difetto di «accordo » contemplato *dall'art. 1325, n. 1), c.c.* come requisito essenziale del contratto, secondo un ragionamento che però è inaccettabile in un sistema nel quale l'ignoranza o la falsa rappresentazione della realtà assumono rilevanza come vizi della volontà che possono determinare soltanto l'annullabilità del contratto.
In altre ipotesi peraltro la legge eccezionalmente stabilisce la nullità del contratto come conseguenza della mera violazione di una regola di condotta, a prescindere dai riflessi che questa produce sul contenuto concreto dell'atto di autonomia e dall'eventuale presenza di vizi del consenso. Così ad esempio l'art. 100 *bis* T.U.F. (così come modificato dall'art. 3, d. lgs. 29.12.2006, n. 303 e poi dall'art. 3, d. lgs. 28.3.2007, n. 51) dispone che, qualora i prodotti finanziari, che abbiano costituito oggetto in Italia e all'estero di collocamento riservato ad investitori professionali, siano stati sistematicamente rivenduti a soggetti diversi nei dodici mesi successivi, senza che sia stato pubblicato il richiesto prospetto informativo, l'acquirente, che agisce per scopi estranei alla propria all'attività imprenditoriale o professionale, può far valere la nullità del contratto di acquisto.
In tal caso la nullità, prescindendo da qualsiasi valutazione legale o giudiziale del contenuto concreto del contratto, non esprime una riprovazione del regolamento al quale le parti si sono concretamente vincolate, ma opera come «sanzione civile indiretta » [(32)] che mira a prevenire e a disincentivare determinati comportamenti scorretti, attraverso il diniego degli effetti contrattuali, che, pur quando non siano di per sé in contrasto con interessi imperativamente tutelati dalla legge, rappresentano la naturale conseguenza di una condotta antigiuridica.
La riprovazione dell'ordinamento non riguarda quindi il contratto, che di per sé potrebbe non presentare connotati d'illiceità, bensì l'attività che ne precede la conclusione, rispetto alla quale la nullità si pone come ulteriore deterrente che si aggiunge ai tradizionali rimedi risarcitori e alle altre sanzioni eventualmente previste dalla legge.
Ma in questo caso, posto che la disposizione legale non ha per oggetto il regolamento negoziale d'interessi bensì una condotta omissiva ovvero un comportamento puramente materiale, la negazione degli effetti contrattuali può trovare un fondamento logico-giuridico soltanto nella specifica comminatoria della nullità con la quale la norma, sanzionando la violazione del precetto in essa contenuto, indirettamente esprime la disapprovazione del comportamento vietato.
Solo in questi termini è del resto possibile riconoscere razionalità a un sistema che altrimenti risulterebbe intrinsecamente contraddittorio, nella misura in cui ammette che la violazione di regole di condotta rende nullo il contratto nei casi specificamente previsti dalla legge, escludendo invece che ad una corrispondente soluzione si possa coerentemente giungere secondo la norma generale *dell'art. 1418, comma 1, c.c.*
Da questo punto di vista non sembra condivisibile il ragionamento in base al quale la Cassazione, nella citata ordinanza di rimessione al Primo Presidente, ha sostenuto che, una volta superato in via legislativa il principio di non interferenza tra regole di condotta e regole di validità, il comportamento illegittimo in sede di formazione del contratto possa determinarne la nullità anche secondo la regola generale dettata per i casi in cui tale conseguenza non sia prevista dalla specifica norma violata [(33)].
Proprio la specifica e testuale previsione legislativa della nullità conferma invece che al di fuori di tali casi non è sufficiente la generica violazione di una regola di condotta perché sia nullo il contratto che ne costituisce in qualche misura la conseguenza [(34)]. In tal senso depone peraltro un'esigenza di coerenza dell'intero sistema delle cause d'invalidità negoziale, che non consente di dare ingresso alla nullità sul presupposto di una mera condotta scorretta di una parte, seppure espressamente proibita dalla legge, che di per sé non sarebbe sufficiente a dar luogo neppure al rimedio meno grave dell'annullabilità, in mancanza di ulteriori elementi essenziali della fattispecie normativa.

## Rilevanza dei vizi della volontà e annullamento del contratto d'investimento

La violazione degli obblighi precontrattuali d'informazione del resto può determinare l'annullamento del contratto soltanto ove si possano configurare, per effetto di tali omissioni, specifici vizi della volontà normativamente rilevanti.
Il silenzio consente infatti di annullare il contratto soltanto quando si inserisca in un comportamento più complesso, adeguatamente preordinato con malizia o astuzia ad indurre in errore, mentre non costituisce causa invalidante la semplice inerzia della parte che si limiti a non contrastare la percezione che l'altro contraente abbia della realtà, sia pure con riguardo ad elementi salienti dell'accordo [(35)]. Viceversa, il tentativo, compiuto da una parte della dottrina, di accreditare il dolo omissivo, come causa di annullamento del contratto d'investimento [(36)], appare in contrasto con le scelte del nostro ordinamento, che attribuisce rilevanza invalidante alla reticenza soltanto in casi specifici espressamente previsti dalla legge. Così ad esempio *l'art. 1892 c. c.* prevede l'annullabilità del contratto di assicurazione nel caso in cui l'assicurato, con dolo o colpa grave, abbia omesso di riferire «circostanze tali che l'assicuratore non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni se avesse conosciuto il vero stato delle cose ».
La conclusione trova poi conferma nel secondo comma dello stesso *art. 1439, comma 2, c.c.*, che, nell'ipotesi in cui i raggiri siano stati usati da un terzo, dispone che anche in questo caso il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che se ne è avvantaggiato. È evidente però che tale norma sarebbe inutile se si riconoscesse in via generale la rilevanza dell'omissione come causa di annullamento del contratto, che in tal caso potrebbe essere comunque annullato per il solo fatto che uno dei contraenti, conoscendo l'errore in cui l'altro è stato indotto dal terzo, non gliene abbia dato notizia.
Un ulteriore argomento contro la generale rilevanza del dolo omissivo nel nostro ordinamento può essere inoltre desunto dalla disciplina dell'affiliazione commerciale, prevista dalla *l. 6 maggio 2004, n. 129* e in particolare dall'art. 8, secondo cui «se una parte ha fornito *false* informazioni, l'altra parte può chiedere l'annullamento del contratto ai sensi *dell'art. 1439 c.c.* ». La previsione in esame, non contemplando l'ipotesi in cui l'informazione sia semplicemente mancata, sarebbe difficilmente spiegabile in un contesto normativo nel quale la mera reticenza fosse invece causa di annullamento del contratto, dato che in tal caso finirebbe per configurare una inspiegabile restrizione della tutela riconosciuta all'affiliato rispetto alla generalità dei contraenti, in contrasto con le stesse finalità di trasparenza e di protezione che essa persegue.
Viceversa, la previsione di una fattispecie autonoma di annullamento per false informazioni assume un preciso significato normativo nel segno della maggiore tutela del contraente debole, nella misura in cui attribuisce al mendacio una rilevanza più ampia, non limitata alle ipotesi in cui tale condotta sia ulteriormente connotata dalla volontà e intenzione di trarre in inganno.
Secondo l'opinione tradizionale, infatti, il raggiro determina l'annullabilità del contratto solo se intenzionale, se cioè è sostenuto da coscienza e volontà di ingannare la controparte per indurla a concludere il contratto, mentre non sarebbe rilevante l'inganno involontario e puramente colposo [(37)]. La medesima idea è peraltro implicita nella tesi che richiede per il raggiro civile gli stessi elementi costitutivi della fattispecie penale della truffa [(38)].
Non sembra invece condivisibile l'opinione contraria affermatasi in dottrina secondo cui il raggiro, oltre che vizio della volontà, è anche illecito civile, come tale rilevante ai sensi *dell'art. 2043 c.c.* indistintamente nei casi di dolo e di colpa [(39)]. Al di là infatti della inaccettabile qualificazione del raggiro come illecito extracontrattuale [(40)], questa ricostruzione appare problematica in quanto fondata su un argomento che pretende di provare troppo. La colpa del *decipiens*, infatti, se pure è sufficiente, come mera violazione dell'obbligo di buona fede, a renderlo responsabile per i danni cagionati, non per questo determina anche la più grave conseguenza dell'annullamento del contratto, per la quale, fin dalle origini dell'istituto nel diritto romano, si è ritenuta necessaria una condotta più riprovevole, connotata dall'intenzionalità [(41)].
Alla luce di tali considerazioni è quindi pienamente condivisibile l'orientamento espresso in alcune sentenze di merito che, proprio nella materia dei servizi finanziari, hanno escluso che la mera violazione degli obblighi d'informazione da parte dell'intermediario renda annullabile il contratto ove manchi la prova specifica di artifici e/o raggiri che abbiano ingenerato nell'investitore una rappresentazione alterata della realtà [(42)]. Questi tuttavia potrà comunque ottenere l'annullamento del contratto, se prova d'essere incorso in un errore essenziale e riconoscibile dall'intermediario [(43)], anche a prescindere dall'efficacia determinante che in tal senso possa aver avuto la condotta di quest'ultimo [(44)]. Al riguardo si potrebbe ad esempio ipotizzare, a seconda dei casi, un errore sulla natura o sull'oggetto del contratto [(45)] ovvero sull'identità dell'oggetto della prestazione [(46)], vizi di per sé essenziali a prescindere dall'influenza che abbiano concretamente esercitato sulla volontà dell'investitore. Diversamente l'errore, che cada su una qualità dell'oggetto della prestazione, sarà rilevante solo in quanto debba ritenersi, secondo il comune apprezzamento, determinante del consenso [(47)].
In presenza di tali vizi, l'investitore potrà quindi ottenere l'annullamento del mandato stipulato con l'intermediario e la

restituzione delle somme versate in esecuzione di tale contratto, mentre gli strumenti finanziari, venuto meno il titolo che ne giustificava il trasferimento al cliente, saranno acquisiti dal mandatario.
A tal fine peraltro non rileva che questi fossero già nel suo portafoglio o che invece siano stati successivamente comprati sul mercato in esecuzione dell'ordine ricevuto dal cliente. Non sembra infatti che l'annullamento possa estendersi anche al contratto con il quale l'intermediario ha acquistato i titoli dal terzo alienante. Quand'anche, infatti, si ritenga applicabile al mandato senza rappresentanza la norma *dell'art. 1390 c.c.* nella parte in cui attribuisce rilevanza al vizio della volontà del rappresentato, che riguardi elementi del contratto da esso predeterminati, non si potrebbe comunque prescindere dal requisito della riconoscibilità dell'errore. Ne deriva che in questi casi il rimedio in esame è reso di fatto inoperante dalle concrete modalità di contrattazione e dalle caratteristiche intrinseche dei titoli alienati, circostanze in relazione alle quali è estremamente improbabile che l'alienante al momento della conclusione del contratto possa conoscere non solo eventuali vizi della volontà, ma anche soltanto l'identità dell'acquirente.
Analoghe ragioni portano inoltre a escludere la concreta possibilità di annullare il contratto nelle ipotesi in cui il risparmiatore abbia acquistato i titoli direttamente dalla società emittente mediante sottoscrizione di una offerta pubblica, avvenuta secondo modalità che prescindono da un contatto personale tra i contraenti e quindi non consentono di ipotizzare realisticamente che eventuali vizi della volontà dell'acquirente possano essere riconosciuti dall'altra parte. È evidente peraltro che in questi casi la tutela restitutoria conseguente all'annullamento potrebbe risultare comunque priva di effettiva utilità pratica, nella misura in cui appresta un rimedio esperibile soltanto nei confronti di un soggetto diverso dall'intermediario che, proprio in ragione della situazione finanziaria in cui in ipotesi si trova, non offre una adeguata garanzia patrimoniale.
Viceversa, l'azione di restituzione può essere proficuamente esercitata contro l'intermediario allorché questi sia parte del contratto di investimento annullato per vizi del consenso.

### La tutela civile contro il conflitto di interessi

Qualora, peraltro, l'acquisto degli strumenti finanziari sia avvenuta attraverso l'attività di negoziazione svolta dall'intermediario finanziario, un'ulteriore ragione di annullamento potrebbe trovare origine nella presenza di un interesse di questi confliggente con quello dell'investitore. Questa del resto è la soluzione astrattamente ammessa dalla giurisprudenza che ha affrontato la questione dei rimedi applicabili nei casi di violazione della normativa speciale, che nel testo previgente imponeva all'intermediario l'obbligo di organizzarsi in modo tale da ridurre al minimo il rischio di conflitti di interesse e, ove ciò non fosse possibile, di agire in modo da assicurare ai clienti trasparenza ed equo trattamento [art. 21, lett. c), T.U.F.], preavvertendoli e acquisendone preventivamente il consenso scritto (art. 27, comma 2, Reg. Consob n. 11522/1998) (48). In particolare la Cassazione, dopo aver escluso che l'omissione degli adempimenti prescritti determini la nullità del contratto per difetto di forma, ha affermato che questa può assumere rilievo alla stregua della disciplina generale, prevista dagli *artt. 1394 e 1395 c.c.*, che però, in difetto di una domanda di parte non aveva potuto trovare applicazione nella controversia concretamente decisa (49).
Secondo l'opinione espressa dalla Suprema Corte, sia pure in *obiter dictum*, l'annullamento del contratto rappresenta il rimedio tipico previsto dal sistema a tutela della parte potenzialmente pregiudicata dal conflitto d'interessi, conformemente alla soluzione già proposta da autorevole dottrina (50).
Tale conclusione non può essere tuttavia accolta senza aver prima verificato l'applicabilità in via analogica della disciplina in questione a contratti che normalmente gli intermediari concludono senza spendere il nome del cliente, in esecuzione di un mandato senza rappresentanza (51).
La soluzione della questione non sembra peraltro poter prescindere dalla ricostruzione che si ritiene di dare alla fattispecie che determina l'annullamento del contratto per conflitto d'interessi, come inadempimento qualificato delle obbligazioni nascenti dal rapporto di gestione, opponibile al terzo se da questi conosciuto o conoscibile (52), ovvero come mera violazione del rapporto instauratosi mediante la procura (53). È infatti evidente che secondo quest'ultima prospettazione il rimedio in esame non potrebbe trovare applicazione rispetto a contratti nei quali l'attività gestoria si realizza senza l'esercizio di un potere di rappresentanza.
In contrasto con tale ricostruzione sembra tuttavia che l'interesse del mandante non possa essere adeguatamente evidenziato, indipendentemente da ogni riferimento al rapporto sottostante, avendo riguardo esclusivamente alla procura, che per definizione regola soltanto i rapporti esterni con i terzi e quindi non consente di rilevare la mancata soddisfazione delle ragioni che ne hanno determinato il conferimento. Il conflitto d'interessi deve invece necessariamente accertarsi con riguardo al rapporto interno, dal quale non si può prescindere per stabilire se il rappresentante ha fedelmente adempiuto l'incarico ricevuto.
Né si potrebbe attribuire rilevanza alla mera esistenza di un interesse potenzialmente incompatibile con quello del rappresentato, prescindendo quindi da ogni valutazione relativa al modo in cui il rappresentante ha concretamente gestito l'affare (54). Dalla disciplina generale della rappresentanza si ricava infatti che ai fini dell'annullamento del

contratto non è sufficiente una contrapposizione formale e astratta tra le posizioni del rappresentante e del rappresentato (55), ma è altresì necessario l'effettivo sacrificio dell'interesse che a quest'ultimo fa capo. In tal senso *l'art. 1395 c.c.* dimostra che la conclusione di un contratto con se stesso da parte del rappresentante non necessariamente si traduce in un conflitto d'interessi, in quanto questo può essere concretamente escluso ad esempio mediante la predeterminazione del contenuto negoziale da parte del rappresentato (56). In presenza di tale ulteriore elemento, infatti, non solo è esclusa l'esistenza di un pericolo astratto per il rappresentato (57), ma è altresì garantita in concreto la conformità del contratto al suo interesse.

Se, peraltro, la convergenza in capo alla stessa persona della qualità di entrambe le parti non vale ad integrare una ipotesi concreta di conflitto di interessi, a maggior ragione non si può ritenere a tal fine sufficiente il mero pericolo che il rappresentante, in considerazione dei rapporti che intrattiene nella situazione concreta con un terzo, possa far prevalere un interesse di quest'ultimo che sia contrario a quello del rappresentato. Sarebbe del resto paradossale se proprio nell'ipotesi che presenta meno rischi per il rappresentato, l'ordinamento accogliesse una nozione diversa e meno ampia di conflitto d'interessi. Ne deriva vhe si deve ragionevolmente ritenere necessaria in entrambi i casi la prova che il rappresentante non ha fedelmente eseguito l'incarico ricevuto.

Parimente, anche là dove il rappresentate non sia contrattualmente vincolato al compimento di atti gestori, ma sia investito di un mero potere di rappresentanza, il conflitto d'interessi è configurabile soltanto in termini di effettiva violazione di un obbligo (di protezione) che non nasce dalla stipula di un contratto, bensì dall'affidamento che il rappresentato ha riposto nel suo operato. Il conferimento della procura presuppone infatti una particolare fiducia che il rappresentato esprime riconoscendo al rappresentante il potere di vincolarlo nei confronti di terzi (58), i quali a loro volta, pur essendo estranei al rapporto sottostante, sanno che il rappresentato ha legittimamente ragione di attendersi un comportamento leale (59).

In questo senso il richiamo all'interesse del rappresentato nella fattispecie tipo di rappresentanza descritta *dall'art. 1388 c.c.*, assume un preciso significato di riconoscimento della rilevanza dei rapporti interni anche nei confronti di terzi, sia pure limitatamente alle situazioni di conflitto da questi conosciute o conoscibili.

Ciò tuttavia non equivale ad ammettere limiti al potere di rappresentanza che non risultano dalla procura, in quanto la violazione degli obblighi di gestione non priva automaticamente di effetti il contratto concluso dal rappresentante, ma soltanto ne consente l'annullamento a certe condizioni.

Il conflitto d'interessi da questa prospettiva si configura come una fattispecie di inadempimento degli obblighi di corretta gestione specificamente riconducibile alla preferenza accordata dal rappresentante ad un interesse (proprio o altrui) in contrasto con quello del rappresentato. Ai fini dell'annullamento del contratto non è infatti sufficiente l'uso malaccorto del potere di rappresentanza, ma è necessario che il rappresentante persegua interessi suoi o di altri soggetti inconciliabili con quelli del rappresentato, in modo che l'utilità conseguita o conseguibile per sé medesimo o per i terzi determini o possa determinare un danno per il rappresentato (60).

Tale condotta scorretta non assume tuttavia una rilevanza limitata al piano dei rimedi risarcitori, ma rende annullabile il contratto che ne è il risultato, proprio in considerazione del rilievo specifico che essa direttamente assume nei rapporti tra il rappresentato e il terzo, che se n'è avvantaggiato interferendo consapevolmente o colposamente nell'attività gestoria del rappresentante e rendendosi complice del suo inadempimento (61).

Diversamente da quanto accade in altre ipotesi, infatti, la complicità del terzo non si realizza attraverso la creazione di un rapporto autonomo e distinto rispetto a quello rimasto inadempiuto, ma connota intrinsecamente il compimento stesso dell'atto di gestione. Questo giustifica dal punto di vista razionale la previsione legale di un rimedio specifico quale l'annullamento, che non opera solo tra le parti del rapporto gestorio, ma estende i suoi effetti anche nei confronti del terzo, eliminando i vantaggi a esso abusivamente concessi, contestualmente al ripristino dell'interesse leso.

A tal fine non è però sufficiente il rischio meramente potenziale che il rappresentante possa far eventualmente prevalere un interesse proprio o altrui contrario a quello del rappresentato, ma, coerentemente con la ricostruzione data all'istituto, occorre dimostrare che tale situazione di pericolo si è effettivamente concretizzata in una esecuzione infedele dell'incarico ricevuto (62).

La rilevanza del conflitto ai sensi *dell'art. 1394 c.c.* prescinde invece dall'accertamento di un pregiudizio attuale subito dal rappresentato, il quale potrà ottenere l'annullamento del contratto dal quale possa derivargli, anche in un momento successivo, un danno non ancora verificatosi al momento della sua conclusione (63).

Se, peraltro dal comportamento scorretto del rappresentante sia effettivamente derivato un danno al rappresentato, questi può chiederne il risarcimento non soltanto nel caso in cui non sussistano gli estremi dell'annullamento, in quanto ad esempio il conflitto non era noto né riconoscibile (64), ma anche quando l'annullamento non abbia potuto rimuovere tutti gli effetti pregiudizievoli del contratto (65). Si pensi ad esempio al lucro cessante derivante dal non aver potuto impiegare in altri e

più redditizi investimenti le somme pagate in esecuzione del contratto annullato. In queste ipotesi, peraltro, obbligato al risarcimento sarà anche il terzo che, conoscendo o dovendo conoscere la situazione di conflitto, abbia concorso all'inadempimento del rapporto gestorio.
Una volta ricostruito il conflitto d'interessi come ipotesi speciale di *mala gestio*, ne deriva inoltre che tale situazione potrà configurarsi, anche a prescindere dall'esercizio di un potere di rappresentanza, tutte le volte che il negozio posto in essere dal mandatario, avendo ad oggetto l'acquisto di beni mobili, sia comunque produttivo di effetti nei confronti del mandante, secondo quella che del resto è la modalità con la quale tipicamente gli intermediari finanziari acquistano i titoli per conto dei loro clienti.
Non sembra tuttavia che tali situazioni di conflitto tra l'intermediario e l'investitore possano concretamente determinare l'annullamento del contratto che sia stato eventualmente concluso con un terzo: quest'ultimo, non essendo stato speso il nome del *dominus*, verosimilmente potrebbe anche non sapere che la propria controparte agisce per conto di un altro soggetto portatore di un interesse inconciliabile con il proprio.
Ma al di là delle difficoltà di fatto connesse all'applicazione concreta della norma, non sembra possibile in termini puramente giuridici riconoscere al mandante la legittimazione ad agire per l'annullamento di un contratto, del quale non è parte neppure in senso sostanziale. Egli, infatti, pur potendo esercitare i diritti acquistati per suo conto dal mandatario, diversamente dal soggetto direttamente rappresentato mediante spendita del nome, resta comunque estraneo agli altri rapporti attivi e passivi che intercorrono con l'altrocontraente (66), e quindi si trova in una posizione assimilabile a quella di un terzo beneficiario di una stipulazione ai sensi *dell'art. 1411 c.c.*, che in quanto tale non può esercitare le impugnative riservate alle parti.
Considerazioni diverse portano inoltre a escludere la nullità del contratto d'investimento per contrarietà alla norma che vieta all'intermediario di compiere operazioni in conflitto d'interessi, senza il consenso manifestato dal cliente nelle forme in essa previste. Tale normativa disciplina infatti le modalità di esecuzione di un mandato che è già stato concluso e che pertanto non può ritenersi contrario al divieto regolamentare e quindi nullo per tale ragione (67).
Né del resto potrebbe ritenersi nullo il diverso contratto che l'intermediario ha concluso con il terzo, nei confronti del quale l'esistenza del conflitto di interessi con il mandante è del tutto irrilevante in mancanza dei requisiti e dei presupposti specificamente previsti dalla legge. Finisce invece per provare troppo l'argomento in base al quale Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit. hanno escluso la nullità di tali contratti, rilevando che essi costituiscono attuazione di obblighi già assunti dall'intermediario. In base a siffatto ragionamento bisognerebbe, infatti, escludere in ogni caso anche la nullità del contratto definitivo stipulato in adempimento di un preliminare valido.
La validità di tale contratto non impedisce tuttavia al mandante di confinarne gli effetti nell'ambito dei rapporti tra mandatario e alienante, invocando proprio l'inadempimento del rapporto gestorio come causa di risoluzione del mandato.
Tale rimedio rappresenta quindi la tutela apprestata dall'ordinamento a favore dell'investitore che non può ottenere l'annullamento del contratto d'investimento ai sensi *dell'art. 1394 c.c.*, in quanto la *mala gestio* si realizza senza l'esercizio di un potere di rappresentanza, né può negare il proprio consenso al trasferimento della proprietà, che, riguardando cose mobili, si verifica senza la necessità di un successivo atto del mandante. Questi pertanto, ove ritenga l'acquisto contrario al proprio interesse, può rimuoverne gli effetti solo attraverso la risoluzione del mandato, per effetto della quale il mandatario, che risulta essere l'effettivo proprietario dei beni acquistati (68), è tenuto a restituire le somme che in esecuzione del medesimo contratto gli sono state anticipate dal mandante per l'adempimento delle obbligazioni contratte con il terzo alienante, salvo comunque il risarcimento del danno residuo conseguente all'inadempimento.
La medesima disciplina trova peraltro applicazione, allorquando l'intermediario, in esecuzione dell'ordine di acquisto ricevuto dal cliente trasferisca ad esso strumenti finanziari già presenti nel suo portafoglio, mediante un atto (di individuazione) che egli necessariamente compie nelle duplice veste di proprietario alienante da un lato e di mandatario dell'acquirente dall'altro lato. L'effetto traslativo discende infatti da un *mero comportamento* esecutivo, la cui natura non contrattuale per un verso esclude il ricorso all'annullamento previsto *dall'art. 1395 c.c.* con riguardo all'ipotesi di *contratto* con se stesso, per altro verso attribuisce rilevanza al conflitto di interessi come inadempimento del rapporto gestorio, giustificandone la risoluzione.
Da questa prospettiva, che pure attribuisce rilevanza al modo in cui l'intermediario ha concretamente gestito l'interesse del cliente, non sembra tuttavia condivisibile l'orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la negoziazione in contropartita diretta non è di per sé sufficiente a far ritenere la sussistenza di un conflitto d'interessi là dove la compravendita si sia perfezionata in attuazione di un ordine conferito spontaneamente dal cliente, indipendentemente da ogni suggerimento o sollecitazione dell'intermediario (69). Al riguardo la dottrina ha infatti rilevato che «la banca, nel rapporto con il cliente, non «*vende* », bensì *agisce nell'interesse*, in forza di un contratto di investimento - es. negoziazione, gestione - che è *sempre riconducibile al genere dei contratti di cooperazione* », onde non si è mai in presenza di una *causa vendendi* dominata dalla visione antagonista propria dei contratti di scambio (70). Solamente in quest'ottica si può del resto razionalmente spiegare la previsione nell'art. 21 T.U.F. di pregnanti obblighi, che proprio nella logica della collaborazione tra le parti, impongono agli intermediari di agire nell'interesse dei clienti,

rendendo così rilevanti in termini di non corretta gestione dell'interesse ad essi affidato anche comportamenti consistenti nella pedissequa esecuzione delle istruzioni ricevute.
In questo senso sarebbe altresì riduttivo escludere la sussistenza del conflitto in base ad una valutazione della convenienza dell'investimento commisurata esclusivamente alla differenza tra il prezzo pagato dall'investitore per l'acquisto degli strumenti finanziari e quello praticato da altri operatori sul mercato (71). Si deve invece tenere conto anche di altre possibili circostanze che abbiano indotto a compiere l'operazione per soddisfare un interesse in contrasto con quello dell'investitore, come ad esempio accade nel caso in cui la banca abbia assunto l'incarico di collocare determinati prodotti finanziari presso i risparmiatori, acquistandone in proprio un certo quantitativo o impegnandosi ad acquistarlo in caso di mancato collocamento (72). È evidente infatti che essa, avendo assunto il rischio relativo al risultato dell'investimento, ha un interesse specifico a trasferirlo sui clienti là dove non lo ritenga conveniente (73). Va peraltro osservato che la nuova regolamentazione dei conflitti di interessi, emanata e da emanarsi in attuazione del diritto comunitario (74), non sembra destinata a incidere sul ricorso ai rimedi sinallagmatici che, secondo la ricostruzione finora prospettata, trovano fondamento non nella violazione di norme legali o regolamentari, bensì nell'inadempimento degli obblighi nascenti dal contratto di mandato.
Per la medesima ragione, inoltre, l'autorizzazione data per iscritto dal risparmiatore ai sensi dell'art. 27 reg. Consob n. 11522/1998 non vale a precludere l'esperibilità dei rimedi in questione, ma può tutt'al più costituire un possibile indice con riguardo al quale valutare, nelle circostanze concrete, la scarsa importanza dell'inadempimento dell'obbligazione gestoria in relazione all'interesse manifestato dal cliente alla corretta esecuzione dell'incarico, tale da escludere semmai la risoluzione del contratto, ma non certo il risarcimento del danno concretamente sofferto (75). Sempre a tale riguardo perde infine rilevanza la questione, dibattuta in dottrina, se in tutti i casi di conflitto d'interessi possa trovare applicazione la previsione, dettata *dall'art. 1395 c.c.* con specifico riguardo al contratto con se stesso, che ne esclude l'annullabilità, ove questo sia stato specificamente autorizzato dal rappresentato (76).

### Violazione degli obblighi di condotta dell'intermediario e rimedi sinallagmatici

La risoluzione del contratto d'investimento non potrebbe invece trovare fondamento nella violazione degli obblighi d'informazione che ne precedono la conclusione (77). Tale condotta, infatti, verificandosi in una fase in cui il vincolo sinallagmatico non si è ancora instaurato, non può in alcun modo alterare l'equilibrio tra obblighi che vincoleranno le parti solo in un momento successivo, ma può soltanto impedire che esse ne abbiano una rappresentazione corretta e puntuale.
In base ad argomenti analoghi del resto anche la giurisprudenza ha avuto modo di stabilire, sia pure con riguardo a fattispecie diverse, che la violazione dell'obbligo precontrattuale di buona fede, consistente nella mancata comunicazione di circostanze significative rispetto all'economia del contratto, non può essere dedotto a fondamento della domanda di risoluzione ai sensi *dell'art. 1453 c.c.*, essendo a tal fine necessaria la violazione di una specifica obbligazione nascente dal contratto (78).
La giurisprudenza, invece, ha riconosciuto che la violazione degli obblighi di buona fede, qualora si verifichi nella fase di esecuzione del contratto, può giustificare l'applicazione dei rimedi sinallagmatici e in particolare la risoluzione del contratto (79). In tal senso si era peraltro inizialmente espressa la dottrina (80), che ha successivamente precisato i fondamenti teorici sui quali si basa tale conclusione, evidenziando come il *sinallagma* è un vincolo che lega non soltanto le prestazioni oggetto del contratto, ma anche gli ulteriori obblighi di protezione compresi nella struttura complessa del rapporto obbligatorio, la cui mancata attuazione è pertanto in grado di alterare l'equilibrio negoziale, giustificando il ricorso ai rimedi sinallagmatici (81), ove configuri un inadempimento di «non scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte », come tale in grado di incidere in modo significativo sull'economia generale del rapporto contrattuale (82).
Opportunamente è stato inoltre rilevato che proprio in questa materia il codice riconosce alla buona fede un ruolo guida del controllo giudiziale sul legittimo esercizio dell'azione di risoluzione e dell'eccezione d'inadempimento, di tal che non sarebbe ragionevole pensare che il medesimo criterio non debba essere utilizzato dal giudice per valutare l'esistenza di una condotta rispetto alla quale sia possibile esperire i rimedi in questione (83). In quest'ottica deve quindi ritenersi ammissibile il ricorso ai rimedi sinallagmatici anche nel caso in cui siano stati violati obblighi d'informazione desumibili dall'art. 21, comma 1, lett. b), t.u.f., che impone agli intermediari di operare in modo che gli investitori siano adeguatamente informati (84).
La condotta scorretta dell'intermediario finanziario inoltre potrebbe astrattamente configurare un «inadempimento » del contratto «quadro » o «cornice », che regola le differenti fasi negoziali anche successive all'esecuzione dei singoli ordini (85). Trattandosi però di un rapporto avente a oggetto esclusivamente obblighi (di protezione) a carico di una sola parte

(86), non avrebbe alcun significato ammetterne la risoluzione (87), presupponendo invece tale rimedio un contratto con prestazioni o comunque obblighi corrispettivi di entrambi i contraenti (88). Né del resto l'inosservanza degli obblighi previsti dal contratto cornice, ove preceda l'esecuzione dell'ordine di acquisto, potrebbe costituirne inadempimento idoneo a determinarne la risoluzione.
Pertanto, al di fuori delle ipotesi in cui l'operazione sia stata concretamente compiuta in conflitto d'interessi o comunque configuri una *mala gestio* nell' «esecuzione » dell'incarico, le violazioni e le omissioni degli intermediari generano soltanto una responsabilità per i danni subiti dagli investitori, i quali a causa di tale condotta omissiva o reticente hanno concluso un contratto pregiudizievole, che resta però valido ed efficace.

### Il risarcimento del danno conseguente alla condotta scorretta dell'intermediario

Si tratta in definitiva di una situazione simile a quella contemplata *dall'art. 1440 c.c.* con riguardo al dolo incidente, che non dà luogo ad annullamento, ma soltanto al risarcimento del danno conseguente alla conclusione (ed esecuzione) di un contratto diverso e meno vantaggioso di quello che sarebbe stato altrimenti concluso. Il mantenimento degli effetti negoziali consente così di salvaguardare gli interessi di terzi che siano titolari di situazioni soggettive derivate dal contratto, limitando alle parti gli effetti del risarcimento.
Analogamente il risparmiatore potrà ottenere il risarcimento del pregiudizio derivato dall'investimento rivelatosi inopportuno, dimostrando che, ove fosse stato correttamente informato, non avrebbe compiuto quell'operazione finanziaria e avrebbe eventualmente impiegato le somme investite in modo più proficuo (89). Gli obblighi violati dall'intermediario, infatti, non sono funzionali ad annullare o ridurre il rischio dell'investimento, ma «a rendere l'investitore consapevole della scelta compiuta, che rimane pur sempre risultato e frutto della sua decisione » (90), onde la derivazione causale del danno da questi subito deve essere valutata con riguardo alla possibile scelta diversa che avrebbe effettuato se fosse stato adeguatamente informato (91).
Il danno risarcibile non è pertanto quello originato dalla mancata esecuzione del contratto (c.d. interesse positivo) né quello che deriva dall'essere stati coinvolti in trattative inutili (c.d. interesse negativo), posto che in questo caso il contratto è stato validamente concluso, bensì proprio il danno riconducibile alla stipula di un contratto sconveniente. In tal senso la Cassazione ha precisato che il risarcimento «deve essere ragguagliato al "minore vantaggio o al maggiore aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti" » (92), accogliendo così l'opinione dottrinale che, anche al di fuori delle ipotesi di dolo incidente, ammette il risarcimento del danno cagionato da un contratto validamente concluso (93). Tale conclusione appare senz'altro condivisibile, posto che oggetto di disapprovazione legale è soltanto il modo in cui si è giunti alla conclusione del contratto, non il contenuto di quest'ultimo, che nonostante gli effetti dannosi che ne derivano sul piano economico, non si traduce in un regolamento contrario alla norma.
Si configura quindi una responsabilità che, pur con diverse connotazioni nelle varie ipotesi, trova sempre fondamento nella violazione di obblighi preesistenti al verificarsi del danno e assume pertanto natura contrattuale (94). Là dove, infatti, parti del contratto d'investimento siano il risparmiatore e l'intermediario, quest'ultimo è responsabile sia dei danni conseguenti alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione dovuta (95) sia di quelli che derivano dalla violazione di obblighi di protezione che nascono con l'instaurarsi di un rapporto tra intermediario e cliente, a prescindere dall'eventuale conclusione dei contratti relativi alle singole operazioni che l'intermediario di volta in volta si impegni a compiere per conto del cliente (96).
Ma, anche quando l'intermediario si sia limitato a sollecitare l'investimento nell'ambito di un'attività di collocamento svolta a favore della società che ha emesso i titoli sottoscritti, l'affidamento che la sua competenza professionale suscita nel risparmiatore si pone come fonte di obblighi autonomi di protezione nei suoi confronti, la cui violazione genera una responsabilità contrattuale (97). La qualità di terzo che lo caratterizza rispetto al contratto che per suo tramite è stato concluso tra emittente e risparmiatore non è infatti sufficiente a qualificare come aquiliana la responsabilità dell'intermediario (98). Tale conclusione, infatti, sarebbe innanzitutto incompatibile con il carattere meramente patrimoniale del danno subito dall'investitore, che si connota come mera perdita economica priva del requisito dell'ingiustizia, necessario a renderlo rilevante in via extracontrattuale (99).
Affermare al riguardo «una responsabilità aquiliana dell'intermediario per danni derivanti dall'esercizio dell'attività professionale significherebbe, inoltre, contro ogni buon senso, equiparare al passante colui al quale il possibile investitore si rivolge per ottenere assistenza e lumi » (100). È al contrario evidente che la forma giuridica più adatta a qualificare la realtà dei fatti è anche in questo caso quella della responsabilità contrattuale, pur non potendo questa ascriversi né

all'inadempimento di un contratto, che non c'è, né ad una *culpa in contrahendo* (101), che non avrebbe senso rispetto a soggetti che non sono destinati neppure eventualmente a divenire parti del futuro contratto attraverso cui si realizza l'investimento (102). ----------

(1) Rileva in tal senso V. Scalisi, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 168 s., che gli obblighi posti nell'interesse di una determinata categoria di soggetti soddisfano indirettamente una indissociabile esigenza di buon funzionamento del mercato.

(2) Ma sul possibile utilizzo della responsabilità civile come strumento di regolazione del mercato finanziario, in funzione deterrente rispetto a condotte gravemente negligenti dei professionisti «prestatori di servizi » vedi G. Ponzanelli, *Responsabilità civile e mercato. Introduzione*, in *Danno e resp.*, 2002, 98 s.

(3) V. Roppo - G. Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale,* in *Danno e resp*., 2006, 31.

(4) Così A. Perrone, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 1015 s., secondo il quale la ripetizione dell'indebito consentirebbe all'investitore di recuperare integralmente le somme investite anche quando la perdita sia in parte riconducibile a fattori causali diversi. Viceversa, nell'ottica della responsabilità civile trova applicazione la norma *dell'art. 1227, comma 1, c.c.*, sul concorso di colpa del risparmiatore: cfr. in tal senso Scalisi, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, cit., 194. In questa logica *Cass. 3 marzo 2001, n. 3132,* in *Giust. civ.*, 2001, I, 907 s. ha ritenuto che nella determinazione del danno risarcibile il giudice di merito debba prendere in considerazione anche l'eventuale condotta imprudente degli investitori che, ad esempio, avrebbero dovuto essere indotti ad una maggiore cautela da informazioni poco rassicuranti relative a determinati titoli, diffuse dai mezzi di comunicazione. In senso contrario tuttavia opportunamente F. Gigliotti, *Illeciti da informazione e responsabilità omissiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 938, fa rilevare che non può essere considerato colpevole l'affidamento di colui che preferisce dare credito ad un soggetto professionalmente tenuto a valutare il rischio di determinati investimenti piuttosto che a notizie la cui attendibilità da solo non è in grado di verificare.

(5) Il rapporto che viene così ad istaurarsi tra l'intermediario e l'investitore sarebbe in qualche misura assimilabile a quello che intercorre tra il mediatore e le parti del contratto concluso grazie alla sua attività di mediazione: sul punto cfr. C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*[3], Milano, 2006, 531.

(6) Da questo punto di vista appare priva di fondamento, nel caso deciso da Trib. Catania, 23 gennaio 2007, in *www.ilcaso.it*, la pretesa del risparmiatore di far discendere dalla violazione delle norme, che regolano la sollecitazione del pubblico risparmio, l'obbligo dell'intermediario di restituire le somme investite. Parimente, si rivela frutto del medesimo errore di prospettiva l'affermazione contenuta nella motivazione della sentenza, secondo la quale graverebbe sulla banca l'onere di provare che la fattispecie dedotta in giudizio non integra una sollecitazione all'investimento, bensì un'operazione di negoziazione, come peraltro era risultato essere concretamente avvenuto nell'ipotesi esaminata. È infatti evidente che nessun interesse avrebbe l'intermediario a fornire la prova di un fatto dal quale dovrebbe in ipotesi discendere una conseguenza ad esso sfavorevole.

(7) In tal senso anche A. di Majo, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in questa *Rivista*. 2005, 9, 1283.

(8) Al riguardo vedi le opinioni riportate da A. Perrone, *Informazioni al mercato e tutele dell'investitore*, Milano, 2003, 55 s., spec. note 4 e 5.

(9) Così di Majo, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, cit., 1282 s. Sulla correlazione tra efficienza del mercato e protezione dell'investitore vedi altresì A. Perrone, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 2006, 375 s.

(10) In tal senso L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 105 s. evidenzia «la pluridimensionalità del metodo giuridico, nel quale il momento ermeneutico e il momento dogmatico-sistematico sono compresenti in un rapporto di interazione ».

(11) Vedi in tal senso gli argometi già esposti in A.Albanese, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, in *Contratti*, 2004, 1002 s.

(12) In tal senso può essere correttamente inteso il principio di diritto affermato da Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610, secondo la quale «la disposizione *dell'art. 1337 c.c.* - che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ... è norma meramente precettiva o imperativa *positiva*, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra "le norme imperative", aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal primo comma *dell'art. 1418 c.c.*, la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata ».

(13) In questo senso vedi le sentenze nn.26724 e 26725 del 19 dicembre 2007, al momento inedite, con le quali le Sezioni unite hanno accolto l'orientamento espresso da *Cass. 29 settembre 2005, n. 19024,* in *Danno e resp.*, 2006, 25 s. che a sua volta richiama ulteriori precedenti sia pure pronunciati con riguardo a fattispecie diverse: *Cass. 9 gennaio 2004, n. 111* e *Cass. 25 settembre 2003, n. 14234*. In altre occasioni tuttavia la stessa Cassazione aveva seguito un orientamento diverso, riconoscendo la nullità nel caso di violazione di norme imperative che non vietano il contratto in sé, ma soltanto la condotta scorretta con la quale una delle parti ha indotto l'altra alla sua conclusione. Costituiscono in tal senso un esempio significativo le sentenze che hanno ritenuto nullo per contrarietà a norma imperativa il

contratto che integra gli estremi del reato di circonvenzione di incapace, citate alla successiva nota 24. Le Sezioni Unite hanno tuttavia escluso nel loro ultimo intervento l'esistenza di un contrasto in senso proprio tra le difformi decisioni pronunciate dalle sezioni semplici, con riguardo a situazioni specifiche diverse, pur essendo a esse sottesi opposti principi di diritto.

(14) Così invece A. Grasso, *Illiceità penale e invalidità del contratto*, Milano, 2002, 76 s. Dalla medesima prospettiva Roppo - Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 31-32 rilevano il rischio che la regola di giudizio enunciata dalla Cassazione nella sentenza n. 19024 del 2005 finisca per privare di qualsiasi significato la norma dell'art. 1418, co. 1, c.c., rendendola lettera morta.

(15) In tal senso vedi quanto espressamente stabilisce la *Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile*, Roma, 1942 n. 649 cpv.

(16) Rileva, infatti, V. Mariconda, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite,* in questa *Rivista,* 2007, 5, 636 «che il contenuto del contratto è categoria ordinante che, almeno a livello di utilizzazione normativa, non coincide con nessuno dei requisiti di cui *all'art. 1325 c.c.* e, in specie, con l'oggetto; e, quindi, l'esistenza di cause di nullità per contrarietà del contenuto del contratto a norma imperativa, vale sicuramente ad ampliare il raggio di azione del primo comma *dell'art. 1418 c.c.* rispetto al secondo comma ».

(17) In tal senso può condividersi la conclusione alla quale pervengono *Cass. 6 aprile 2001, n. 5114,* in *Foro it.*, 2001, I, 2185 e *Cass. 15 marzo 2001, n. 3753,* in *Contratti*, 2001, 688 le quali hanno ritenuto nulli i contratti di *domestic indexed swap* stipulati da una società di intermediazione mobiliare non iscritta all'Albo istituito ai sensi della *legge 2 gennaio 1991, n. 1*

(18) In tal senso vedi anche le considerazioni critiche svolte da Mariconda, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle sezioni unite*, cit., 637-638, anche con riferimento ad altri precedenti che l'ordinanza di rimessione erroneamente ha ritenuto contrastanti con la sentenza della Cassazione del 2005. Analogamente U. Salanitro, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ.,comm.*, 2007, I, 1006, rileva che in materia di nullità dei contratti di investimento per violazione delle regole di condotta degli intermediari, un contrasto sussiste solo nella giurisprudenza di merito.

(19) *Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683,* in questa *Rivista*, 2007, 5, 631 s.

(20) Mi permetto al riguardo di richiamare quanto affermato in A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 151. In senso sostanzialmente conforme vedi ora Salanitro, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori*, cit., 1006, il quale ravvisa in tali ipotesi un contrasto con la norma imperativa che non attiene al «comportamento » dei contraenti ma alla «struttura » del contratto. L'opinione è condivisa anche da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn.26724 e 26725 cit.

(21) Così G. *Oppo, Formazione e nullità dell'assegno bancario, in Riv*. dir. comm., 1963, I, 178 e G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative,* in *Riv. crit. dir. priv*., 1985, 448.

(22) In tal senso sia consentito rinviare alle argomentazioni già esposte in Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 140 s., in base alle quali la nullità del contratto, in generale perfettamente lecito, dipende dalla violazione di norme che ne vietano la conclusione a una sola delle parti.

(23) Per un'esemplificazione vedi P. Schlesinger, *Formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1964, 1345 s.

(24) In tal senso esprimono un orientamento ormai consolidato, nonostante le critiche ripetutamente avanzate dalla dottrina, i precedenti di Cass. 20 settembre 1979, n. 4824, in *Giust. civ.*, 1980, I, 943, con nota di E. Raganelli, *Circonvenzione di incapace e nullità o annullabilità del contratto*; *Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948,* in questa *Rivista*, 1995, 2, 217 s., con nota di V. Mariconda, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di incapace?*; *Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427,* ne *I contratti*, 2004, 997 s., con nota di A. Albanese, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione* e da ultima *Cass. 23 maggio 2006, n. 12126,* ne *Le società*, 2006, 1105. Le ultime tre sentenza sono state inoltre richiamate da *Cass. 16.2.2007, n. 3683,* cit., nell'ordinanza di rimessione al primo presidente della Cassazione come espressione di una interpretazione dell'art. 1418, co. 1, c.c. contraria a quella offerta da *Cass. 29 settembre 2005, n. 19024,* cit. in materia di violazione degli obblighi di condotta degli intermediari finanziari.

(25)

(26) Così *Cass. 10 dicembre 1986, n. 7322,* in questa *Rivista* 1987, 2, 208 con nota di V. Mariconda, *Truffa e contrarietà del contratto a norme imperative*. In senso contrario vedi tuttavia App. Roma, 19 gennaio 1983, in *Vita not.*, 1984, 441.

(27) In questo senso G. D'Amico, *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.,* 2002, 56-57.

(28) Da questa prospettiva si rivela priva di fondamento l'obiezione in base alla quale *Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683,* cit., 634, nega rilevanza alla distinzione tra regole di validità e di responsabilità, ritenendo che il comportamento illegittimo in sede di formazione del contratto possa determinare la nullità del contratto per violazione di norme imperative anche al di fuori dei casi in cui tale conseguenza sia espressamente prevista dalla norma violata.
Mi sia al riguardo consentito il rinvio ad Albanese, *La tutela civile dell'incapace vittima di circonvenzione*, cit., 1002, dove si ribadisce la necessità di intendere il riferimento al «contratto » secondo una accezione univoca, che ne spieghi la duplice rilevanza come elemento della fattispecie regolata *dall'art. 1418, comma 1, c.c.* e come atto qualificato dalla nullità ivi prevista.

(29) In tal modo rimane estraneo al giudizio secondo buona fede il bilanciamento tra gli interessi contrapposti dei contraenti, che è invece

affidato all'equità. Rileva, infatti, L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 9 che nel nostro ordinamento, diversamente da quello tedesco, buona fede ed equità restano distinte. Tale aspetto è stato puntualizzato anche dalla prospettiva dell'integrazione del contratto da A. Nicolussi, *Presupposizione e risoluzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 856-857.

(30) Sottolinea l'anomalia insita nella scelta del legislatore di sanzionare con la nullità del negozio la condotta scorretta del professionista che abbia alterato in misura rilevante la rappresentazione che il consumatore abbia del contenuto e delle caratteristiche dell'affare G. De Cristofaro ~ *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari » stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190 di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 274.

(31) Vedi in tal senso *Cass. 29 settembre 2005, n. 19024,* cit., 28, secondo la quale la mancata informazione prescritta dalla legge, ove non riguardi la natura e l'oggetto del contratto, ma soltanto elementi utili per valutarne la convenienza economica, non impedisce all'investitore di esprimere un consenso «libero e consapevole » e pertanto non rende nullo il contratto per mancanza di uno dei requisiti essenziali previsti dall'at. 1325 c.c. Rilevano al riguardo Roppo - Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 32, che tale affermazione, letta *a contrario*, si traduce nel riconoscimento di una regola discutibile che consentirebbe di attribuire rilevanza al difetto di informazione, che invece abbia ad oggetto fatti rilevanti, come causa di nullità del contratto per mancanza di accordo, trasferendo così «al dominio della nullità (per mancanza di accordo) fattispecie che, secondo il sistema, oggi abitano nel territorio dell'annullabilità (per errore) ». In senso contrario alla nullità per difetto di accordo si sono invece espresse Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn.26724 e 26725, cit., secondo le quali, pur quando il comportamento dell'intermediario abbia indebitamente influenzato il consenso dell'altra parte, questa ha pur sempre manifestato una volontà che esiste e che può tutt'al più ritenersi inficiata da vizi che rendono il contratto annullabile.

(32) Viene così ancora una volta disattesa dal diritto positivo l'incompatibilità logica tra sanzione e nullità sostenuta da H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. it. di M. Cattaneo, Torino, 1965, 43. Ammette invece il ricorso alla nullità come sanzione che colpisce il contratto per dissuadere una o entrambe le parti dal tenere comportamenti illeciti F. Galgano, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contratto e impresa*, 1987, 542.

(33) *Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683,* cit., 634.

(34) Cfr. in tal senso anche Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn.26724 e 26725, cit., secondo le quali persino «nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria ... non è dato assolutamente rinvenire indici univoci dell'intenzione
del legislatore, di trattare sempre e comunque le regole di comportamento ... alla stregua di regole di validità ».

(35) Vedi in tal senso tra le sentenze più recenti *Cass. 15 marzo 2005, n. 5549,* in *Foro it.* on line; *Cass. 20 aprile 2006, n. 9253,* in *Foro it.* on line, nella quale però l'affermazione di tale principio costituisce un mero *obiter dictum*.

(36) In tal senso cfr. Scalisi, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare,* cit., 190-191 e successivamente D. Maffeis, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 598 s.

(37) A. Trabucchi, voce *Dolo*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 150.

(38) Proprio in quest'ottica la giurisprudenza identifica i raggiri che determinano l'annullamento del contratto con la fattispecie penale della truffa: cfr. Cass. pen., 31 gennaio 1990, in *Giust. pen.,* 1991, II, 18 e *Cass. 10 dicembre 1986, n. 7322,* in questa *Rivista*, 1987, 2, 208 s. con nota di V. Mariconda, *Truffa e contrarietà del contratto a norme imperative*, il quale pure ritiene necessari ai fini dell'annullamento del contratto gli stessi elementi che il reato di cui *all'art. 640 c.p.*

(39) R. Sacco, *Il consenso*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. Rescigno, X, Torino, 1997, 198 e A. Gentili, voce *Dolo*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 3.

(40) Il dolo, infatti, ove provenga dall'altro contraente costituisce senza dubbio una violazione dell'obbligo precontrattuale di buona fede, che, a sua volta, secondo l'autorevole insegnamento di L. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956 II, 360 s., è fonte di responsabilità riconducibile alla disciplina prevista *dall'art. 1218 c.c.* per l'inadempimento di obblighi preesistenti al verificarsi del danno.

(41) È significativa in tal senso, secondo quanto riferisce Ulpiano, la definizione di Labeone del dolo come «*omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita* » (D. 4, 3, I, 2). Assume quindi rilevanza, a prescindere da qualsiasi tipizzazione, ogni comportamento astuto, ingannevole o capzioso che sia *finalizzato* a indurre in errore.

(42) Trib. Palermo, 17 gennaio 2005 e Trib. Mantova, 24 marzo 2005, in *www.ilcaso.it*.

(43) Così F. Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari*, Milano, 2004, 238. Prescinde invece dal concreto riferimento al dato normativo in esame l'opinione espressa da R. Lener, *Forma contrattuale e tutela del contraente non qualificato nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 15, che ritiene l'annullamento per errore incompatibile con «il bisogno di oggettività » che caratterizza «l'economia moderna ».

(44) L'investitore, invece, deve in ogni caso provare l'esistenza di un errore essenziale e riconoscibile, non potendo al riguardo operare l'inversione dell'onere probatorio prevista dall'art. 23, T.U.F. per i giudizi di risarcimento del danno: in tal senso vedi espressamente Trib. Vicenza, 16 novembre 2006, in *www.ilcaso.it*.

(45) Così ad esempio ricade nella previsione *dell'art. 1429, n. 1), c.c.* l'ipotesi in cui l'investitore, convinto di sottoscrivere un piano d'investimento da attuare mediante versamenti mensili, era ignaro di avere in realtà sottoscritto un mutuo finalizzato all'acquisto di altri

strumenti finanziari e che le somme da lui pagate mensilmente rappresentavano le rate di rimborso del prestito. Al riguardo vedi Trib. Parma, 6 dicembre 2006, n. 1442, in *www.ilcaso.it*, che, con argomenti in parte diversi, ha ritenuto il contratto annullabile per errore su una qualità dell'oggetto della prestazione ai sensi *dell'art. 1429, n. 2) c.c.*

(46) Questa è ad esempio la situazione verificatasi in alcuni casi in cui il risparmiatore aveva sottoscritto ordini di acquisto recanti la dicitura «Parmalat », credendo erroneamente di acquistare titoli emessi dalla società quotata nella borsa italiana e non, come invece era in realtà avvenuto, da un'omonima società veicolo quotata all'estero, le cui obbligazioni erano garantite «dalla sola società industriale, priva di *rating*, Parmalat s.p.a e non anche dalla *holding* finanziaria, avente il *rating* tripla B meno. Al riguardo non sembra tuttavia condivisibile l'argomentazione in base alla quale Trib. Milano, 24 novembre 2005, n. 12704 ha escluso l'annullabilità del contratto, ritenendo a tal fine necessario che «il consenso ci sia stato, seppur viziato » e ipotizzando invece una causa di risoluzione del contratto per inadempimento, consistente in una sua esecuzione «difforme dal contenuto dell'accordo ». In realtà nel caso di specie la divergenza rispetto all'effettiva volontà delle parti riguardava non soltanto l'esecuzione del contratto, ma ancor prima le dichiarazioni attraverso le quali questo si era perfezionato. Si configura quindi un errore ostativo, che, diversamente da quanto stabilito nel codice previgente, rende annullabile il contratto secondo quanto espressamente previsto *dall'art. 1429, n. 2), c.c.* Tale norma peraltro, contrariamente a quanto afferma in un altro caso Trib. Milano, 30 giugno 2006, n. 7950, non richiede che l'errore sull'identità dell'oggetto della prestazione, diversamente da quello che riguarda una qualità dello stesso, debba ritenersi, secondo il comune apprezzamento, determinante del consenso. Una fattispecie simile è stata inoltre esaminata da Trib. Lodi, 12 gennaio 2007, n. 54, in *www.ilcaso.it*, in una controversia nella quale però l'errore non era stato dedotto come causa di annullabilità del contratto, di tal che sul punto non si era formato alcun giudicato.

(47) In tal senso Trib. Lanciano, 30 aprile 2007, n. 156, in *www.ilcaso.it* ha ravvisato un errore su una qualità essenziale dell'oggetto della prestazione nell'ipotesi in cui l'investitore, credendo di effettuare una normale scelta di investimento, fosse ignaro di compiere in realtà una operazione speculativa con rischio medio-alto di perdita integrale del capitale. Analogamente Trib Ancona, 12 aprile 2007, in *www.ilcaso.it*, ha ritenuto costituisse errore essenziale, causa di annullamento del contratto, la mancanza d'informazioni sull'oggetto del negozio che aveva impedito una scelta consapevole d'investimento.

(48) Rispetto a tale disciplina la regolamentazione dei conflitti d'interessi introdotta dalla direttiva MiFID rappresenta un netto mutamento di strategia normativa, non più fondata su regole di trasparenza che limitano l'autonomia dei contraenti consentendo di compiere l'operazione solo quando questa sia stata preventivamente autorizzata per iscritto dall'investitore, ma incentrata principalmente su regole di organizzazione interne, individuate in relazione all'obiettivo da conseguire, che, coerentemente con la scelta comunitaria a favore di un modello di banca polifunzionale, è quello prevenire non il conflitto d'interessi, ma le conseguenze negative che questo potrebbe avere sugli interessi dei clienti. In tal senso vedi le considerazioni sulla nuova disciplina di S. Scotti Camuzzi, *I conflitti d'interessi fra intermediari finanziari e clienti nella direttiva MiFID*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, I, 121 s.

(49) *Cass. 29 settembre 2005 n. 19024,* cit. Nel senso dell'annullabilità del contratto vedi altresì App. Brescia, 10 gennaio 2007, n. 20, in *www.ilcaso.it*, secondo la quale spetta all'investitore provare che l'intermediario ha operato in contrasto con il suo interesse, non trovando applicazione nel giudizio di annullamento l'inversione dell'onere della prova prevista dall'art. 23 T.U.F. con riguardo all'azione di risarcimento del danno. Alla medesima conclusione giunge pure Trib. Novara, 16 marzo 2006, in *Giur. mer.*, 2006, 1402 s. Viceversa si sono pronunciati per la nullità Trib. Torino, 7 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 521, con nota di G. Cottino e Trib. Venezia, 22 novembre 2004, n. 2654, in *Contratti*, 2005, 5 s., secondo il quale la violazione dello specifico obbligo di informazione relativo alla situazione di conflitto d'interessi determina la nullità del contratto.

(50) In tal senso vedi G. Gabrielli, *Il conflitto d'interessi autorizzato*, in *Contratto e impresa*, 2007, 98.

(51) Così i rilievi di Roppo - Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 30.

(52) Così si esprime la dottrina che spiega l'incidenza del conflitto d'interessi sulla validità del contratto concluso dal rappresentante come eccezione al principio d'irrilevanza del rapporto di gestione nei confronti dei terzi: C. Angelici, *Amministratori di società, conflitto d'interessi e art. 1394 c.c.*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 138 s. In senso sostanzialmente conforme M. Zana, *Buona fede e contratto con se stesso*, in *Foro pad.*, 1972, I, 759-760, che ravvisa nella disciplina del conflitto d'interessi una limitazione all'autonomia della procura, in conformità con l'opinione espressa da S. Pugliatti in diversi saggi ora raccolti in *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965.

(53) Secondo G. Minervini, *Il conflitto d'interessi fra rappresentante e rappresentato nella recente codificazione*, in *Arch. giur.*, 1946, 141 l'interesse del *dominus* assume un autonomo rilievo nella rappresentanza a prescindere da ogni riferimento al rapporto sottostante. La tesi è ripresa e approfondita da E. Perego, *Spunti sul conflitto d'interessi nella rappresentanza volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, I, 1439 s.

(54) A tale espediente è invece costretto chi ritiene che l'esistenza del conflitto d'interessi prescinde da ogni riferimento al rapporto interno tra rappresentante e rappresentato: cfr. in tal senso Perego, *Spunti sul conflitto d'interessi*, cit., 150.

(55) Afferma al riguardo *Cass. 26 settembre 2005, n. 18792,* in *Foro it.* on line, che l'esistenza di un conflitto deve essere accertata in relazione al contenuto e alle modalità concrete dell'operazione, prescindendo dalla formale contrapposizione di posizioni, che può valere come semplice elemento presuntivo.

(56) Così Angelici, *Amministratori di società, conflitto d'interessi e art. 1394 c.c.*, cit., 147.

(57) In tal senso invece la lettura riduttiva di Perego, *Spunti sul conflitto d'interessi*, cit., 1453.

(58) Conforme l'opinione di G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 198, secondo il quale «il potere di rappresentanza è

dato nella fiducia che il rappresentante se ne valga nel solo interesse del *dominus* ».

(59) Ravvisa nel conflitto d'interessi la violazione di un obbligo di correttezza e buona fede nell'esercizio del potere rappresentativo Zana, *Buona fede e contratto con se stesso*, cit., 762.

(60) Così *Cass. 10 aprile 2000, n. 4505,* in *Giur. it.*, 2001, 417. In senso analogo vedi in dottrina V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, 284.

(61) Sulla complicità nell'inadempimento come fattispecie distinta rispetto alla lesione aquiliana del credito vedi Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 116 s. e ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali. Tale figura è stata utilizzata anche dalla giurisprudenza, con riguardo alle ipotesi di doppia alienazione immobiliare, per dare fondamento alla responsabilità del secondo acquirente in mala fede, che trascriva per primo il suo acquisto: Cass. 8 gennaio 1982, n. 76, in *Foro it*, 1982, I, 394 s.

(62) Secondo *Cass. 19 settembre 1992, n. 10749,* in *Giust. civ.*, 1993, I, 3055, il conflitto d'interessi che rende annullabile il contratto ai sensi *dell'art. 1394 c.c.* ricorre quando il rappresentante, anziché tendere alla tutela degli interessi del rappresentato, persegua concretamente interessi propri o di terzi incompatibili con quelli del rappresentato. Diversamente Perego, *Spunti sul conflitto d'interessi*, cit., 1450 s., secondo il quale è sufficiente per l'annullamento del contratto la sussistenza di una mera situazione di pericolo,
anche quando il rappresentante abbia concretamente agito per il meglio nell'interesse del rappresentato.

(63) Cfr. al riguardo *Cass. 25 gennaio 1992, n. 813,* in *Foro it.* on line e Cass. 25 giugno 1985, n. 3836, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 886.

(64) Così Perego, *Spunti sul conflitto d'interessi*, cit., 1459.

(65) Ammette il cumulo tra le due azioni Roppo, *Il contratto*, cit., 286.

(66) In quest'ottica la giurisprudenza considera eccezionale la regola *dell'art. 1705, comma 2, c.c.*, che consente al mandante di esercitare i diritti acquistati dal mandatario in nome proprio, e ne limita l'ambito alle sole azioni dirette al soddisfacimento di tali crediti, ad esclusione quindi delle altre azioni contrattuali: così, tra le sentenze più recenti, *Cass. 21 gennaio 2005, n. 1312* e *Cass. 27 luglio 2006, n. 17145,* entrambe in *Foro it.* on line.

(67) Così, invece, D. Maffeis, *Conflitto d'interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, 490 s. Alla medesima conclusione giungono anche Trib. Torino, 7 novembre 2005, cit., 521 e Trib. Venezia, 22 novembre 2004, n. 2654, cit., 5 s. In contrasto con l'orientamento espresso in queste sentenze di merito *Cass. 29 settembre 2005, n. 19024,* cit. ha tuttavia escluso la nullità del contratto concluso in conflitto d'interessi senza preventiva autorizzazione scritta del cliente.

(68) Tale conseguenza non può però spiegarsi in termini di mera retroattività della risoluzione in quanto questa non può far diventare il mandatario proprietario di beni che non ha mai acquistato, essendo la proprietà passata direttamente al mandante ai sensi *dell'art. 1706, comma 1, c.c.* È, invece, necessaria una riformulazione del rapporto contrattuale proprio in ragione della sua mancata attuazione, in conformità con la ricostruzione degli effetti della risoluzione proposta dalla dottrina, che colloca il regime al riguardo previsto dal nostro codice a metà strada tra il modello francese, che assimila tale rimedio *quoad effectum* alla nullità, e il sistema tedesco, che diversamente fa discendere dalla vicenda risolutiva un rapporto di liquidazione, che si sostituisce a quello originario: in tal senso vedi C. Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Europa e dir. priv.*, 1999, 798 s.

(69) In questo senso vedi Trib. Catania, 23 gennaio 2007, cit. e gli altri precedenti di merito ivi citati.

(70)

(71) Così invece Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Banca, borsa tit. cred.,* 2004, II, 442, con nota di D. Maffeis, *Conflitto d'interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni*
D. Maffeis, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento* ~ in *Riv. dir. priv.,* 2005, 587-588. *argentine.*

(72)

(73) Su argomentazioni analoghe si basa la decisione di Trib. Venezia, 22 novembre 2004, n. 2654, cit., che però conclude nel senso della nullità del contratto di investimento per contrarietà alle norme imperative che regolano il comportamento dell'intermediario nell'ipotesi di conflitto d'interessi.

(74) Cfr. *supra* la nota 48.

(75)
Cfr. al riguardo la Comunicazione Consob 28 agosto 1992, n. BOR/RM/92006158, in *www.consob.it* avente ad oggetto «Chiarimenti in materia di conflitto d'interessi nell'attività di collocamento di valori mobiliari ».
Diversamente Maffeis, *Forme informative, cura dell'interesse ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento* ~ cit., 589 s. ritiene che in questi casi l'autorizzazione specificamente data dal cliente non escluda l'invalidità del contratto. In senso contrario vedi tuttavia l'opinione autorevolmente espressa da Gabrielli, *Il conflitto d'interessi autorizzato*, cit., 113 s., secondo il quale non comporta «invalidità, una volta che la stipulazione sia stata idoneamente autorizzata, la violazione del dovere di equo trattamento, alla quale consegue, secondo le regole dell'ordinamento generale, soltanto la responsabilità dell'intermediario per il danno cagionato ».

(76)

(77) In senso analogo vedi, sia pure con riguardo a una fattispecie diversa da quelle riguardanti le omissioni imputabili ad intermediari finanziari, l'opinione espressa dal Giudice di pace Civitanova Marche, 26 marzo 2003, in *Arch. civ.*, 2003, 781.

(78) Così *Cass. 19 novembre 1994, n. 9802,* in *Rass. loc.*, 65, che però, a differenza di quanto sostenuto nel testo sembra attribuire

rilevanza decisiva al fatto che l'inadempimento nel caso deciso avesse ad oggetto un obbligo diverso da quello di prestazione. In merito vedi però quanto si dirà a breve.

(79) *Cass. 29 maggio 2006, n. 12801,* in *Foro it.* on line.

(80) F. Benatti, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Studi in onore di B.* Biondi, IV, Milano, 1964, 484 e con riguardo all'eccezione d'inadempimento F. Realmonte, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 223 s.

(81) C. Castronovo, voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur.*, 1980, 6. (82) In tal senso vedi ora *Cass. 29 maggio 2006, n. 12801,* cit..
In senso favorevole all'estensione Gabrielli, *Il conflitto d'interessi autorizzato* ~ cit., 97 s. con puntuali riferimenti a dottrina e giurisprudenza. Di avviso contrario invece Maffeis, *Conflitto d'interessi nel contratto e rimedi* ~ 191 s. e 246 s.

(83) Così Castronovo, *Obblighi di protezione*, cit., 6.

(84)

(85) A tale conclusione sembrano ora giungere Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn.26724 e 26725, cit.

(86) Per maggiori dettagli sul punto mi permetto di rinviare ad A. Albanese, *Il contratto normativo*, ne *I rapporti giuridici preparatori* a cura di F. Realmonte, Milano, 1996, 181 s.

(87)

(88) Rileva in tal senso Realmonte, *Eccezione di inadempimento*, cit., 223 che l'esperibilità dei rimedi sinallagmatici anche in caso di violazione di obblighi diversi da quelli che hanno per oggetto le prestazioni principali non esclude la necessità che questi abbiano comunque la loro fonte in un contratto connotato dal vincolo della corrispettività. Al riguardo vedi anche le considerazioni di M.
Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, ne *I contratti in generale*[2] a cura di E. Gabrielli ~ II, Torino, 2006, 1709 s.

(89) In tal senso si è ripetutamente espresso il Tribunale di Milano nelle seguenti sentenze: 24 novembre 2005, n. 12704; 6 febbraio 2006, n. 1302; 27 maggio 2006, n. 6253; 5 giugno 2006, n. 6618; 30 giugno 2006, n. 7950; 23 ottobre 2006, n. 11534; 27 ottobre 2006, n. 11767; 6 dicembre 2006, n. 13363.

(90) Riconosce in questi termini rilevanza causale alla mancata informazione di Majo*, Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, cit., 1284 s.

(91) Con riguardo alla violazione degli obblighi precontrattuali d'informazione sembra pertanto ipotizzabile una valutazione in termini di causalità della relazione che intercorre sul piano logico tra la condotta omissiva e l'evento dannoso, come dati d'esperienza autonomi e distinti. Diversamente è discusso in dottrina se sussista un vero e proprio nesso causale tra l'inadempimento e le conseguenze dannose dello stesso: sul punto cfr. F. Realmonte, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1967, 19, 86, 92, 163 s. e C. Castronovo, *Il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 86 s.

(92) Vedi al riguardo Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn.26724 e 26725 cit. che ribadiscono quanto in precedenza aveva affermato *Cass. 29 settembre 2005, n. 19024,* cit., 28. Per un esame di altri possibili criteri alternativi di
Ammette la risoluzione del contratto per violazione degli obblighi d'informazione nella fase successiva di attuazione del rapporto V. Scalisi, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, cit., 191, secondo il quale tale inadempimento riguarda una prestazione che non ha natura meramente accessoria, ma connota e qualifica l'intera attività dell'intermediario.
Ammette invece il ricorso a tale rimedio V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond Tango bond),* in *Danno e resp*., 2005, 628.
quantificazione del danno vedi Roppo - Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, cit., 34 s.

(93) Così tra gli altri M. Mantovani, «*Vizi incompleti » del contratto e rimedio*
*risarcitorio*, Torino, 1995, 135 s.; R. Sacco, *Il contratto*[3], in *Tratt. dir. civ.* a cura di R. Sacco, I, Torino, 2004, 625. Critico rispetto a quest'opinione D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., 137 s.

(94)

(95) Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 536.

(96)

(97)

(98) L'opinione contraria a quella da noi accolta trova tuttavia diversi sostenitori in dottrina, tra i quali cfr. G. Alpa, *Circolazione di valori mobiliari e responsabilità civile degli intermediari*, in questa *Rivista,* 1987,11, 1200 s. e F. D. Busnelli, *Itinerari europei nella «terra di nessuno tra contratto e fatto illecito »: la responsabilità da informazioni inesatte*, in *Contratto e impresa*, 1991, 570 s. Propongono invece una soluzione differenziata G. B. Portale, *Informazione societaria e responsabilità degli intermediari,* in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1982, I, 21 s. e G. Ferrarini, *La responsabilità da prospetto delle banche*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1987, I, 437 s., i quali riconducono nell'ambito dell'illecito aquiliano soltanto alcune fattispecie residuali di responsabilità.

(99) Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 526.

(100) Castronovo, *Il diritto civile della legislazione nuova*, cit., 328.

(101) Questa è invece la soluzione formalmente adottata dalla giurisprudenza con riguardo alla responsabilità da prospetto

dell'intermediario: così Trib. Milano, 11 gennaio 1988, in *Giur. comm.*, 1988, II, 585 s. confermata in secondo grado da App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Dir. banca e mercato fin.,* 1992, 85 s. Al riguardo tuttavia Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit.,
Tale è, infatti, la responsabilità che deriva dall'inadempimento di un'obbligazione, quale che ne sia la fonte: vedi in tal senso l'autorevole insegnamento di Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., 360 s. La rilevanza della distinzione tra le due forme di responsabilità è stata del resto recentemente ribadita proprio con riguardo alle ipotesi di violazione degli obblighi di condotta del professionista da A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 801 s. e 812 s.
Castronovo*, Il diritto civile della legislazione nuova*, cit., 319 e F. Realmonte, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit. cred*. ~ 1994, I, 617 s.
P. Abbadessa, *Diffusione dell'informazione e doveri di informazione dell'intermediario,* in *Banca, borsa e tit. cred*. ~1982, I, 307.
528 nota 177 rileva come l'affermazione di una *culpa in contrahendo* nelle riferite decisioni passi in secondo piano alla luce dell'effettiva *ratio decidendi*, in base alla quale i giudici hanno desunto la natura contrattuale della responsabilità dalla qualifica professionale dell'intermediario.
(102) Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., 528.

**L'INSEGNAMENTO DELLE SEZIONI UNITE SULLA RILEVANZA DELLA DISTINZIONE TRA NORME DI COMPORTAMENTO E NORME DI VALIDITÀ**

di Vincenzo Mariconda

Cass. civ. Sez. Unite Sent., 19 dicembre 2007, n. 26724

**FONTE** Corriere Giur., 2008, 2, 223

Sommario: 1. Premessa - 2. L'inesistenza del contrasto giurisprudenziale denunciato dall'ordinanza di rimessione - 3. Le norme di comportamento fondate sulla buona fede e sulla correttezza hanno carattere imperativo ma la relativa violazione non determina la nullità dei contratti - 4. Con la sola eccezione dell'orientamento formatosi in materia di circonvenzione di incapace, le nullità virtuali riconosciute dalla Cassazione non si estendono alla violazione delle norme di comportamento - 5. La tendenza emergente nella moderna legislazione non è sufficiente a sovvertire la tradizionale distinzione tra norme di validità e norme di comportamento - 6. Nel settore dell'intermediazione finanziaria non sono riscontrabili principi diversi da quelli del codice civile - 7. La conferma delle conclusioni della sentenza 19024/2005 anche con riferimento alla estensione della responsabilità precontrattuale

## 1. Premessa

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con due sentenze pubblicate entrambe in data 19 dicembre 2007 (le nn. 26724 e 26725/07, identiche per la parte che risolve il contrasto giurisprudenziale ad esse rimesso) hanno affrontato la questione oggetto della ordinanza di rimessione n. 3683 in data 16 febbraio 2007 [(1)].

Si tratta della importante e nota questione se la violazione degli obblighi gravanti sulle parti nel corso delle trattative contrattuali, ed in specie la violazione degli specifici obblighi di informazione che la legge pone a carico degli intermediari finanziari nei confronti dei propri clienti, determini la nullità dei contratti per violazione di norma imperativa ai sensi *dell'art. 1418, comma 1, c.c.*. Il contenuto delle due decisioni delle Sezioni Unite e, ancor più, il livello delle argomentazioni che sorreggono le relative conclusioni, valgono a collocare le stesse su un piano estremamente elevato nell'ambito di un dibattito giuridico che non ha brillato sempre per rigore e chiarezza nella applicazione di alcuni tra i più importanti istituti del diritto civile [(2)].

Nel dedicare alcune osservazioni pienamente adesive rispetto alle motivazioni che si leggono nella prima delle due decisioni, ora pubblicata, e nel riprendere il contenuto delle argomentazioni critiche svolte in relazione alla ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite, mi pare utile isolare i più significativi passaggi della decisione, in modo da sottolinearne meglio il significato, spesso esemplare, che essi propongono.

## 2. L'inesistenza del contrasto giurisprudenziale denunciato dall'ordinanza di rimessione

*«Nel caso in esame non si ravvisa la necessità di comporre un contrasto giurisprudenziale derivante dalla presenza di precedenti difformi decisioni delle Sezioni semplici sulla questione di diritto appena riferita ».*

Trattasi della questione [(3)] sollecitata dal primo motivo di ricorso fatto da alcuni investitori, che avevano operato attraverso un istituto di credito quale intermediario finanziario e che lamentavano che la Corte d'Appello avesse respinto la domanda di nullità dei contratti di investimento, proposta ai sensi *dell'art. 1418, comma 1, c.c.*, con la motivazione che l'ipotizzata violazione delle norme contenute nell'*art. 6 della L. 2 gennaio 1991 n. 1*, avrebbe potuto determinare una responsabilità risarcitoria o essere causa di risoluzione dei contratti ma non di nullità, ai sensi del citato *art. 1418, comma 1, c.c.*.

Le Sezioni Unite hanno anzitutto premesso che un contrasto di giurisprudenza tra i precedenti della Corte di Cassazione è ravvisabile solo allorché il contrasto abbia investito la specifica questione controversa. Nella specie, come chiarito, si trattava di stabilire se la violazione dei doveri di informazione previsti a carico degli intermediari finanziari, potesse determinare la nullità dei contratti di investimento stipulati dai clienti tramite l'intermediario inadempiente.

Sulla questione esisteva un solo precedente specifico, costituito dalla nota sentenza 29 settembre 2005, n. 19024, alla quale, e ad altre due decisioni di analogo contenuto, l'ordinanza di rimessione aveva contrapposto molteplici sentenze della stessa Cassazione, nessuna delle quali pertinente al tema specifico, ma tutte relative a casi riconosciuti di nullità virtuale di contratti.

La menzionata ordinanza, proveniente dalla stessa Prima Sezione che aveva emesso la pronuncia n. 19024/2005, aveva, in altri termini, costruito un contrasto di giurisprudenza in realtà non esistente effettivamente, e lo aveva fatto in un modo che mi era parso estremamente criticabile e ciò dal momento che le sentenze contrapposte a quella n. 19024/2005, nella quasi totalità, non solo non avevano affrontato la questione specifica oggetto di quest'ultima pronuncia ma, addirittura, neppure si erano poste in contrasto con la premessa di ordine generale da cui essa era partita, costituita dalla non estensione *dell'art. 1418, comma 1, c.c.*, a disciplinare il comportamento tenuto da ciascuna delle parti nel corso della trattativa contrattuale.

Mi era conseguentemente parso che l'ordinanza non avesse sollevato correttamente il contrasto, ai sensi del novellato *art. 374 c.p.c.*, neppure a voler aver riguardo ad un significato più ampio di contrasto tra decisioni, da intendersi riferito non alla questione specifica ma alla problematica generale nella quale la questione specifica andava a collocarsi: se si voleva presentare correttamente il contrasto di giurisprudenza destinato ad essere risolto dalle Sezioni Unite, si doveva procedere, a

mio avviso, non alla citazione di eterogenei precedenti in materia di nullità virtuale ma focalizzare la questione con esclusivo riferimento ai precedenti che si erano occupati della violazione delle regole di comportamento che devono essere osservate da una parte nei confronti dell'altra parte della trattativa: regole che non sono solo quelle di corretta informazione, la cui violazione dà luogo alla responsabilità precontrattuale di cui *all'art. 1337 e 1338 c.c.*, ma sono anche quelle la cui violazione determina l'annullabilità del contratto per violenza morale o per dolo (artt. 1434 s.s., 1439 c.c.) o l'obbligazione risarcitoria conseguente al dolo incidente (*art. 1440 c.c.*) o, ancora, la rescindibilità del contratto per lesione enorme.
Sicché le sentenze che l'ordinanza avrebbe dovuto richiamare al fine di far emergere l'effettiva portata del contrasto dovevano considerarsi, a mio avviso, da un lato, *Cass. 29 settembre 2005, n. 19024* (e le altre due che l'ordinanza citava come espressione dello stesso orientamento), *Cass. 10 dicembre 1986, n. 7322* (in materia di truffa), Cass. 10 agosto 1969, n. 2355 (in materia di estorsione) e quelle tra le sentenze in materia di rescissione, che hanno affermato la rescindibilità del contratto usurario (così, Cass. 26 gennaio 1980, n. 642); e, dall'altro lato, le sentenze in materia di circonvenzione di incapace, tutte orientate nel senso della nullità dei contratti con cui si è consumato il delitto, e quelle tra le sentenze in materia di contratto usurario, che ne hanno affermato la nullità e non la semplice rescindibilità [(4)] (così Cass. 20 novembre 1957, n. 447).
Mi era parso in definitiva che l'ordinanza di remissione non avesse sottoposto in modo corretto alle Sezioni Unite neppure il contrasto giurisprudenziale relativo alle conseguenze della violazione delle regole di condotta cui il contraente è tenuto ad uniformarsi nel corso della trattativa e ciò dal momento che i molti precedenti giurisprudenziali citati in contrapposizione a Cass. n. 19024/2005 non avevano perlopiù alcuna attinenza con la distinzione tra norme di comportamento e norme di validità.
Le Sezioni Unite hanno confermato la fondatezza di questi rilievi critici: dopo avere escluso la necessità di comporre un contrasto giurisprudenziale sulla questione specifica, la decisione in commento puntualizza che «nel prosieguo della presente sentenza non ci si soffermerà perciò tanto sull'esame dei singoli precedenti di questa corte in cui l'ordinanza di rimessione ha ravvisato il preteso contrasto di giurisprudenza, ma si affronterà direttamente la questione controversa, muovendo dall'ultimo precedente in termini già prima ricordato ». E ciò fermo restando che l'intera problematica da essa affrontata è stata ritenuta «di massima e particolare importanza, appunto perché chiama in causa profili di principio ».

## 3. Le norme di comportamento fondate sulla buona fede e sulla correttezza hanno carattere imperativo ma la relativa violazione non determina la nullità dei contratti

*«Le norme dettate dal citato art. 6 della L. 1/1991 (al pari di quelle che le hanno poi sostituite) hanno carattere imperativo ... questo rilievo, tuttavia, non è da solo sufficiente a dimostrare che la violazione di una o più tra dette norme comporta la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario con il cliente. È ovvio che la loro violazione non può essere, sul piano giuridico, priva di conseguenze ma non è detto che la conseguenza sia necessariamente la nullità del contratto ».*
*«Dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede il codice civile fa(ccia) discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile) ».* [(5)]
I due passaggi argomentativi ora isolati sono strettamente connessi e valgono a saldare la problematica generale dei doveri fondati sulle regole della correttezza e buona fede con quella specifica degli obblighi di comportamento gravanti sugli intermediari finanziari, in relazione ai quali le Sezioni Unite escludono anzitutto l'esistenza di espresse previsioni di nullità, non avendo il legislatore «espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni interferisce con la fase genetica del contratto »: non vengono pertanto in considerazione fattispecie di nullità testuali, così dette perché riconducibili al disposto *dell'art. 1418, comma 3, c.c.* ( «il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge »).
In secondo luogo, la decisione esclude che la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario possa originare una nullità riconducibile al secondo comma *dell'art. 1418 c.c.*, che, com'è noto, costituisce il riflesso negativo dei requisiti essenziali del contratto, la cui mancanza ovvero, quanto alla causa o all'oggetto, la cui illiceità determina a sua volta la nullità del contratto: la sentenza prende in esame specificamente l'influenza che la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario può avere sulla formazione del consenso del cliente ed esclude che si possa affermare la mancanza del consenso ( «appare arduo sostenere che solo per questo il consenso manca del tutto »); potendosi prospettare al più l'esistenza di vizi del consenso che però determinano non la nullità ma la annullabilità del contratto [(6)].
Poste queste premesse, le Sezioni Unite enunciano il problema se la nullità possa dipendere dall'applicazione della disposizione dettata dal primo comma del citato *art. 1418 c.c.* e si possa quindi riscontrare una nullità virtuale, così detta non perché espressamente comminata dalla legge ma perché ricavabile dalla contrarietà del contratto a norma imperativa; e danno immediato rilievo alle conclusioni cui è pervenuta la sentenza n. 19024/05, e cioè il solo precedente specifico della Cassazione, che ha fatto leva sulla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto al fine di escludere che l'illegittimità della condotta tenuta dall'intermediario possa essere causa di nullità dei contratti stipulati con i clienti, a meno che vi sia una previsione espressa in tal senso.
Le Sezioni Unite condividono senza incertezze l'orientamento espresso dal citato precedente e svolgono, in tale prospettiva,

un duplice ordine di argomentazioni, legato, il primo, alla applicazione dei principi generali del codice civile e diretto, il secondo, allo specifico settore del diritto dei mercati finanziari.
Sotto il primo profilo, si richiamano i principi del codice civile, dai quali emerge che il rilievo generale dei doveri fondati dalle regole della correttezza e della buona fede è costituito dalla responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale) conseguente alla loro eventuale violazione e, a determinate condizioni, anche dal venir meno della «sopravvivenza dell'atto » (nei casi di annullamento, rescissione o risoluzione) ma mai «(dal)la nullità radicale del contratto ». E ciò ancorché «l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo ». Ne deriva che, per quanto estesa possa essere l'area delle nullità virtuali, la stessa non si presta a ricomprendere la mera violazione degli inderogabili doveri di correttezza e buona fede e ciò anche in ragione del fatto che gli stessi sono tanto inerenti al caso concreto da non poter «assurgere, in via di principio, a requisiti di validità, che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite ». Con questo specifico passaggio argomentativo, la Suprema Corte mostra di avere perfettamente colto il valore che deve essere attribuito alla certezza dei rapporti giuridici, certezza che risulta inevitabilmente scardinata dalla proliferazione di ipotesi di nullità dei contratti imponderabili dai terzi.

## 4. Con la sola eccezione dell'orientamento formatosi in materia di circonvenzione di incapace, le nullità virtuali riconosciute dalla Cassazione non si estendono alla violazione delle norme di comportamento

*«Tralasciando la circonvenzione di incapace, con riferimento alla quale occorrerebbe forse rimeditare se e entro a quali limiti la illiceità penale della condotta basti a giustificare l'ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile ... l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art 1418, comma 1, c.c., è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto. Neppure in tali casi, tuttavia, si tratta di norme di comportamento afferenti alla concreta modalità delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti, bensì del fatto che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire ».*

Il brano su riportato è evidentemente diretto a, per così dire, aggiustare il tiro, in relazione al raggio di azione delle nullità virtuali, rispetto a quanto affermato dalla sentenza n. 19024/2005 in ordine alla estensione delle stesse nullità. Ed infatti, nel menzionato precedente, si legge che *l'art. 1418, comma 1, c.c.*, riguarderebbe i soli casi di violazione che attengano «ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (*art. 1418, 2 comma, c.c.*) ». Con questa espressione, che era stata autorevolmente criticata, al punto di scrivere che in base ad essa «per la nullità virtuale *dell'art. 1418, comma primo, c.c.*, non residua alcun margine di autonoma esistenza » [(7)], la sentenza n. 19024/2005 aveva inteso contrapporre ai c.d. elementi "intrinseci" della fattispecie, i comportamenti tenuti da ciascuno dei contraenti, e ciò nel senso che gli stessi «rimangono estranei alla fattispecie negoziale e si intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto » [(8)].
Saggiamente, le Sezioni Unite confermano questa conclusione della sentenza 19024/2005, anche se danno atto che una serie di nullità virtuali richiamate nella ordinanza di rimessione, conseguono alla «violazione di norme che invece riguardano elementi estranei a quel contenuto o a quella struttura »: vi sono infatti i casi dei contratti conclusi in assenza delle necessarie autorizzazioni amministrative (quelle, ad esempio, richieste in passato nella materia valutaria) ovvero in mancanza della iscrizione di uno dei contraenti ad appositi albi o registri [(9)]. In questi casi, è la stessa esistenza del contratto «a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio - aggiunge la sentenza - che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo ».
E, però, le Sezioni Unite hanno cura di sottolineare che in nessuno di tali casi è stato dato rilievo alla violazione della norma di comportamento gravante su una delle parti, bensì al fatto «che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire »; e conclude che, qualora vi siano clausole del contratto che autorizzino comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, «non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista ».
La puntualizzazione delle Sezioni Unite pare al tempo stesso importante ed ovvia: non v'è chi non veda la differenza esistente tra il caso del semplice comportamento tenuto da una parte in violazione della norma imperativa e il caso in cui i contraenti abbiano previsto una clausola del contratto che autorizzi uno di essi a violare la norma imperativa. In questo secondo caso non v'è dubbio che la clausola contrattuale è nulla proprio perché contrasta con la norma imperativa. Nel primo caso, invece, la norma imperativa si applica direttamente al comportamento del contraente, senza che vi sia l'esigenza di dichiarare la nullità del contratto, che non contiene alcuna previsione ad essa contraria. Ma ciò che conta, ai fini della rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità, è che il contratto non è inficiato per il solo fatto che il contraente sia stato inadempiente ad un obbligo legale che gli imponeva di tenere una certa condotta positiva od omissiva nella fase precedente o contestuale alla stipulazione [(10)]: le Sezioni Unite confermano quindi
la netta distinzione tra le norme sulla validità, che riguardano la fattispecie del contratto e le norme di comportamento, che sono esterne a detta fattispecie e la cui violazione non è ricompresa nella previsione *dell'art. 1418, primo comma, c.c.*.
Resta l'anomalia dell'orientamento della Cassazione in materia di circonvenzione di persone incapaci, una anomalia che non

è passata inosservata nella decisione in commento, che, come emerge dal brano su riportato, è oggetto di una auspicabile riserva di rimeditazione.

## 5. La tendenza emergente nella moderna legislazione non è sufficiente a sovvertire la tradizionale distinzione tra norme di validità e norme di comportamento

*«L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile ».*

Le puntualizzazioni che seguono alla affermazione ora riportata paiono estremamente importanti e valgono quale monito nei confronti dei disinvolti interventi giurisprudenziali che, prendendo spunto da specifiche previsioni legislative, le considerino sufficienti a «sradicare » principi coerenti con la nostra tradizione.

È opportuno ricordare che l'ordinanza di rimessone aveva elencato una serie di indici normativi al fine di affermare «un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto ». Veniva fatta, in particolare, menzione della previsione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura (*L. 18 giugno 1998, n. 192*, che, nel vietare l'abuso di dipendenza economica, prevede testualmente che «il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo »; b) della disciplina dei contratti a distanza contenuta nel d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, il cui art. 53, terzo comma, stabilisce a pena di nullità, che devono essere dichiarati all'inizio della telefonata l'identità del fornitore e lo scopo della telefonata; c) della rilevanza della trattativa specifica al fine di escludere la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti dei consumatori; d) della previsione dell'art. 7 d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; e) ed infine, della fattispecie relativa all'abuso di posizione dominante, di cui all'*art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287*. [(11)]

Le Sezioni Unite, pur dando atto della possibilità «che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale », ha cura di sottolineare la necessità di valutare ciascuna delle innovazioni legislative con «molta cautela », anche in considerazione del «carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione »: la cautela è tanto più necessaria allorché si intenda «ricavare da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni ». L'esistenza di specifiche previsioni che diano rilievo a comportamenti scorretti di una parte, elevando la relativa proibizione al rango di norme di validità dell'atto, vale a collocarle non nel novero delle nullità virtuali di cui al primo comma *dell'art. 1418 c.c.*, ma nell'ambito delle nullità testuali contemplate nel terzo comma, costituenti,pur sempre, «disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle così dette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sé si pongono come speciali ».

Questa parte della motivazione delle Sezioni Unite costituisce un raro ed encomiabile esempio di rigore giuridico, pur nella piena consapevolezza della complessità della attuale legislazione.

Nel criticare il metodo con cui l'ordinanza di rimessione aveva mescolato le disparate previsioni normative riportate in precedenza, al fine di ricavarne il sovvertimento della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, mi era parso di dover sottolineare che ben difficilmente il sistema delineato dal codice civile avrebbe potuto reggere alla tensione cui sarebbe stato sottoposto qualora le S.U. avessero prestato adesione alle conclusioni auspicate nella ordinanza di rimessione.

Si sarebbe appannato il raccordo tra gli *artt. 1337 e 1338 c.c.*, e ciò dal momento che il difetto di informazioni relativo a fatti rilevanti, diversi dalla esistenza di una causa di nullità del contratto, sarebbe divenuto un difetto di informazione avente ad oggetto pur sempre l'omessa comunicazione di una causa di nullità (quale sarebbe stata quella conseguente alla violazione della regola comportamentale). Inoltre sarebbe stata difficilmente spiegabile l'obbligazione risarcitoria nel caso di dolo incidente, di cui *all'art. 1440 c.c.*, e ciò dal momento che questa obbligazione presuppone che il contratto sia valido ed efficace. Addirittura la disciplina del dolo sarebbe divenuta tanto abnorme da non poter essere valutata se non aberrante: i raggiri senza i quali l'altra parte non avrebbe contrattato, avrebbero causato la annullabilità del contratto, ai sensi *dell'art. 1339 c.c.* e, per contro, i raggiri non determinanti, integrando quantomeno un comportamento posto in essere in violazione dei doveri di corretta informazione, avrebbero dato luogo a nullità ai sensi *dell'art. 1418 comma primo, c.c.* e ciò pur a fronte della chiara formula *dell'art 1440 c.c.* ( «se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido… »). E, peraltro, avevo espresso il timore che le S.U. potessero sottovalutare la portata dei richiamati istituti codicistici, soffermandosi esclusivamente sulle disposizioni normative riguardanti gli intermediari finanziari. Devo, per contro, constatare che il livello delle argomentazioni che si leggono nella sentenza in commento, ha smentito ogni pur legittima preoccupazione, tanto da collocare le stesse argomentazioni come esempio di metodo da seguire ogni qual volta emergano tensioni tra specifiche innovazioni legislative e principi di ordine generale.

## 6. Nel settore dell'intermediazione finanziaria non sono riscontrabili principi diversi da quelli del codice civile

*«In detto settore non è dato assolutamente rinvenire indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e*

*comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri di informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti ».*
Non meno interessanti, rispetto alle puntualizzazioni che le S.U. hanno riferito al sistema codicistico, paiono le specifiche argomentazioni che la sentenza dedica al diritto dei mercati finanziari.
Viene anzitutto fatta chiarezza sulla distinzione tra il "contratto quadro" stipulato dall'intermediario con il cliente e le successive operazioni che il primo compie nell'interesse del secondo.
Questi chiarimenti paiono quantomai opportuni sol che si consideri che gli obblighi di comportamento contemplati nell'*art. 6 della L. n. 1/1991*, e poi nell'*art. 21 del d.lgs. n. 58/1998*, si collocano in parte nella fase che precede la stipulazione del "contratto quadro" (che la sentenza definisce contratto di intermediazione finanziaria e accosta alla figura del mandato) e in parte nella fase esecutiva di esso: attengono alla fase precontrattuale l'obbligo di consegna del documento informativo e l'obbligo di informarsi sulla situazione finanziaria del cliente; obbligo che persiste anche dopo la stipulazione del contratto di intermediazione ed è finalizzato alla sua corretta esecuzione. Così come al medesimo fine sono preordinati gli obblighi di porre il cliente in condizione di valutare la natura, i rischi delle singole operazioni di investimento o di disinvestimento e di fornire ogni altra informazione necessaria a rendere consapevole il cliente della portata e degli effetti delle singole operazioni, nonché quello di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto di interesse.
Sempre alla fase esecutiva del "contratto quadro" attengono i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: in particolare quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni non giustificate dalla situazione finanziaria del cliente.
Questi chiarimenti di ordine preliminare sono tanto più utili sol che si considerino le frequenti sovrapposizioni che la giurisprudenza ha fatto tra i problemi che investono il contratto quadro e quelli relativi alle singole operazioni, che possono avere a loro volta natura contrattuale, nei rapporti tra intermediario e cliente, o possono consistere in atti che l'intermediario compie con terzi, e dai quali il cliente resta estraneo.
La questione della rilevanza della violazione delle norme di comportamento, è stata spesso riferita in modo equivoco sia ai contratti quadro sia ai singoli contratti di investimento.
Per contro, la sentenza in esame trae spunto dalla richiamata distinzione, al fine di enunciare il principio di diritto che emerge dalla massima ufficiale: la violazione dei doveri di informazione del cliente e degli altri obblighi inerenti alla fase che precede e che accompagna la stipulazione del contratto di intermediazione, origina responsabilità precontrattuale dell'intermediario; possono invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione per inadempimento del menzionato contratto quadro, le violazioni riguardanti le singole operazioni di investimento o di disinvestimento compiute in (non corretta) esecuzione dello stesso contratto.
In nessun caso, in difetto di specifiche previsioni normative, la violazione dei menzionati doveri di comportamento può determinare la nullità, ai sensi *dell'art. 1418, comma 1, c.c.*, sia del contratto quadro sia dei singoli atti negoziali conseguenti.
Questo principio di diritto è stato riferito non solo agli obblighi a contenuto positivo ma anche ai doveri di astensione, ai quali i ricorrenti avevano dato particolare enfasi, al fine di costruirli quali veri e propri doveri di non fare, la cui violazione si sarebbe tradotta nella stipulazione di contratti vietati da norma imperativa. La constatazione che anche i divieti costituiscono attuazione degli obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione del contratto quadro con il cliente e sono pur sempre riconducibili alla fase esecutiva di detto contratto, conferma che il legislatore ha «qui sempre voluto contemplare obblighi di comportamento precontrattuale e contrattuale, non già regole di validità del contratto » essendo del tutto irrilevante che l'operazione compiuta dall'intermediario sia consistita nel procurarsi da terzi i valori o gli strumenti finanziari ordinatigli dal cliente oppure nel fornirli egli stesso, «trattandosi di varianti esecutive che non incidono sull'obbligo di diligenza cui l'intermediario è tenuto e che, ai fini del presente discorso, lasciano intatta la natura esecutiva dell'operazione da lui compiuta ».
A queste conclusioni, che si uniformano ai principi di ordine generale ricavabili dal codice, la sentenza perviene dopo avere evidenziato l'inesistenza, nel settore dei mercati finanziari, di norme idonee a far emergere una linea di tendenza di contenuto opposto rispetto ai menzionati principi.
Avendo la parte ricorrente dato rilievo alla previsione dell'*art. 16, quarto comma, d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190*, [(12)], le Sezioni Unite, in coerenza con l'invito ad usare «molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi », ritiene «sistematicamente isolata » e con «evidenti caratteri di specialità » la menzionata disposizione, inidonea pertanto ad elevare la previsione di nullità in essa contenuta in conseguenza della violazione di vari obblighi di comportamento, a principio del settore del diritto dei mercati finanziari.
Ciò tanto più che nessuna delle previsioni di nullità contemplate espressamente nella disciplina dell'attività della intermediazione mobiliare, appare riconducibile alla medesima *ratio* del citato *art. 16, comma 4, d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190* e, per contro, l'impianto complessivo della menzionata normativa di settore è nel senso di ricondurre gli inadempimenti dell'intermediario finanziario alla duplice categoria della responsabilità precontrattuale e contrattuale.
Meritano di essere adeguatamente sottolineate altre due puntualizzazioni fatte dalle Sezioni Unite:
*a*) in primo luogo la difficoltà di coniugare e coordinare positivamente la disciplina delle nullità contenuta sia nel *d.lgs. n. 58/1998* sia nel *d.lgs. n. 190/2005* con la «figura generale della nullità configurata dal primo comma *dell'art. 1418 c.c.* ». Le fattispecie di nullità relativa contemplate nei menzionati testi normativi, e la loro conseguente qualificazione in termini di nullità di protezione, sono inevitabilmente legate a specifiche previsioni normative, con la conseguenza che presuppongono

l'esistenza di nullità testuali; ed è significativo, aggiunge la Cassazione, che nonostante la materia sia stata più volte rivisitata dal legislatore, sino alla recente ricezione della *direttiva 2004/39/Ce* ad opera del *d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164*, il legislatore si è astenuto dalla introduzione di una espressa previsione di nullità in relazione alla violazione delle regole di comportamento contrattuale o precontrattuale. Queste argomentazioni impongono di escludere il rilievo dato dalla parte ricorrente alla valenza generale che presenta l'osservanza dei doveri degli intermediari finanziari e ciò per i riflessi che il relativo operato ha sul buon funzionamento del mercato: l'ordinamento sezionale nel quale si inserisce l'operato degli intermediari, con i controlli che fanno capo alle autorità di vigilanza e con il regime delle sanzioni che ad esso accede, vale a dar rilievo all'interesse generale sicuramente connesso alla correttezza dei comportamenti degli intermediari, senza che, a tal fine, si possano configurare ipotesi di nullità, che non sarebbero coerenti con la tutela degli interessi generali, proprio perché la nullità «dovrebbe pur sempre logicamente essere concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa »;

*b*) Lo strumento di tutela assicurato dal nostro legislatore, sia nella dimensione codicistica sia in quella speciale del diritto dei mercati finanziari, è lo strumento della responsabilità e non quello della nullità radicale del contratto. Di fronte a questa scelta, le Sezioni Unite ribadiscono la necessità di non operare sradicamenti: «si possono ovviamente avere opinioni diverse sul grado di efficacia della tutela in tal modo assicurata dal legislatore al risparmio dei cittadini, che negli ultimi anni sempre più ampiamente viene affidato alle cure degli intermediari finanziari. Ma non si può negare che gli strumenti di tutela esistono anche sul piano del diritto civile, essendo poi la loro specifica conformazione giuridica compito del medesimo legislatore la cui scelta l'interprete non è autorizzato a sovvertire … ».

## 7. La conferma delle conclusioni della sentenza 19024/2005 anche con riferimento alla estensione della responsabilità precontrattuale

*«La violazione dell'obbligo di comportasi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora si stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto ».*

Nell'enunciare questo principio, le Sezioni Unite dichiarano espressamente di voler confermare il proprio precedente costituito dalla sentenza n. 19024/2005 «alla quale si intende su questo punto dare continuità » e ciò «per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina ».

Resta così definitivamente confermato che la fattispecie del cd. recesso ingiustificato dalla trattativa non esaurisce affatto l'area della responsabilità a carico della parte della trattativa che nel corso di essa violi le regole della buona fede.

Accanto al caso in cui la violazione di dette regole sia consistita nella interruzione della trattativa, vi è anche quello di avvenuta conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole per la parte che ha sofferto il comportamento scorretto: la fattispecie di responsabilità precontrattuale che si verifica in tale eventualità, si salda con quella del dolo incidente di cui *all'art. 1440 c.c.* e comporta l'obbligo di risarcimento del danno da liquidarsi secondo i criteri già indicati nella sentenza n. 19024/2005, integralmente richiamati dalle Sezioni Unite [(13)].

---

[(1)] L'ordinanza è pubblicata in questa *Rivista*, 2007, 5, 631 ss., con mio commento*: Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite.* Al contenuto di questo commento farò in seguito riferimento al fine di far emergere la differente impostazione, sulla totalità delle questioni affrontate, della ordinanza e delle attuali decisioni delle Sezioni Unite, che hanno confermato il solo precedente della Corte di Cassazione che si era occupato della problematica e cioè la nota sentenza *Cass. 29 settembre 2005, n. 19024,* in questa *Rivista*, 2006, 5, 669 ss., con commento di Genovesi *(Limiti della nullità virtuale e contratti su strumenti finanziari)* ed in *Danno e resp*. 2006, 25 ss., con commento di Roppo e Afferni .

[(2)] Poiché la letteratura formatasi sull'argomento è ormai sterminata, ritengo di limitare i riferimenti ad alcuni degli interventi più recenti, dai quali si trae una più completa informazione. In particolare, in questa *Rivista,* (2008, 1, 107 ss ) sono pubblicati il saggio di Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, che approfondisce l'argomento sia con riferimento ai profili inerenti al diritto dei mercati finanziari sia nella prospettiva della verifica del significato attuale della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento; e di Pepe, *La giurisprudenza sulla responsabilità degli intermediari finanziari*, che esamina il contenuto dei principali obblighi gravanti sugli intermediari e l'ambito del danno risarcibile. Cfr. altresì il commento di Sangiovanni a Trib. Monza 12 dicembre 2006 n. 3556, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario tra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva Mifid*, in *I Contratti*, 2007, 243 s.s.. Da questi interventi si trae adeguata informazione sulla ampiezza del dibattito dottrinario e sui precedenti giurisprudenziali di merito (per i quali cfr. altresì Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione*, in *Danno e Resp.*, 2005, 625 ss.. Cfr. altresì App. Milano 19 dicembre 2006 in *Giur. it.* 2007, 650 ss.).

[(3)] L'ordinanza di rimessione, proveniente dalla stessa Prima Sezione alla quale si deve la sentenza 29 settembre 2005 n. 19024, propone una contrapposizione tra questa sentenza ed altre due pronunce di analogo contenuto (*Cass. 9 gennaio 2004, n. 111* e Cass. 18 ottobre 1980, n. 5619) e una serie di pronunce della Cassazione, nessuna delle quali relative al tema specifico dei comportamenti degli intermediari finanziari e neppure a quello genericamente riconducibile alla lamentata violazione di norme di comportamento; ma accomunate per il solo fatto di avere valutato l'esistenza di una nullità per contrarietà a norma imperativa con riferimento a casi nei quali

l'esistenza di un divieto ovvero di prescrizioni relative alla necessità di provvedimenti autorizzativi o di requisiti soggettivi di iscrizione ad appositi albi, non è accompagnata dalla espressa previsione di nullità. Proprio la eterogeneità di questi precedenti rispetto a quelli che hanno escluso la rilevanza invalidante della violazione di norme di comportamento a carico delle parti della trattativa, giustifica la conclusione che nessun contrasto tra le pronunce della Cassazione, se si eccettua la chiara predisposizione dell'ordinanza di rimessione ad aderire all'orientamento contrario a quello delle sole pronunce in termini, si è sino ad ora verificato. E di ciò le Sezioni Unite hanno dato atto nel riportato passaggio argomentativo.

(4) Con specifico riferimento alla circonvenzione di incapace, il solo filone giurisprudenziale correttamente richiamato dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, al fine di contrapporlo alla sentenza 19024/2005, mi è parso quello che ha affermato in varie epoche e a più riprese, la nullità del contratto con cui è stato consumato il reato. Questo orientamento, con specifico riguardo a *Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948,* in questa *Rivista*, 1995, 2, 217 ss., è stato oggetto di una mia valutazione critica, coerente con quanto esposto più in generale in relazione al tema delle nullità virtuali, in *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, IV, Torino, 1991, 368 e ss.. Le Sezioni Unite, pur senza entrare nel merito dell'argomento, hanno però mostrato di comprendere la necessità di isolare l'orientamento della Cassazione, che «*occorrerebbe forse rimeditare* ».

(5) Su tutta la problematica della nullità per contrarietà a norma imperativa, cfr., tra gli interventi più recenti, Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; spunti anche in Grasso, *Illiceità penale ed invalidità del contratto*, Milano, 2002, e in Rabitti, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000.

Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento cfr. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, Napoli, 1196; cfr. inoltre Benatti, commento ad *art. 1175 c.c.* in *Commentario al codice civile*, diretto da Cendon, Torino, 1191, 15, che, ricorda testualmente che «appena entrato in vigore il codice civile del 1942, Francesco Messineo scriveva: "vi sono altre norme della medesima efficacia (ossia norme imperative anch'esse), che il codice detta in conformità anche ai principi di ordine pubblico e al buon costume e che hanno qui sempre carattere proibitivo. La violazione di esse importa invalidità. Le principali fra queste norme concernono: … c) il dovere di osservanza della buona fede (in senso oggettivo) nelle trattative, nella formazione, nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1337, 1366, 1375 e 1460 cc.)" ». Il citato autore aggiunge che «questo spunto non è stato raccolto dalla dottrina successiva e se ne possono spiegare le ragioni. La prima è nota e riguarda l'indifferenza manifestata all'epoca per le clausole generali. La seconda si collega all'opinione che - prendendo le mosse dalla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento (o di buona fede) - concepiva le due serie di disposizioni in posizione di reciproca e compiuta autonomia, obbedienti a scopi distinti: le prime alla certezza dei traffici, la seconda alla giustizia sostanziale. Perciò le norme di validità riguardano la fattispecie del negozio, mentre quelle di buona fede vi apportano un temperamento, con la conseguenza che la loro violazione dà luogo soltanto al risarcimento del danno. I sistemi adottati nei vigenti ordinamenti per attuare certezza e giustizia possono essere i più svariati: il nostro legislatore ha optato per l'accoglimento dei due gruppi di regole, sicché ne consegue che la buona fede non è mai norma che dispone dell'invalidità del negozio, (Pietrobon, 1959, 55 ss.) ».

(6) Già *Cass. 29 settembre 2005 n. 19024,* aveva affermato che «non determina nullità del contratto per difetto di accordo, in forza del combinato disposto degli *artt. 1418 comma 2 e 1325, n. 1, c.c.*, la mancanza di informazioni che non riguardino direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma solo elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione ». Questa massima, così riprodotta in *Danno e resp*., 2006 cit., 25, è parsa giustamente criticabile a Roppo e Afferni nel citato commento, i quali, a pagina 32, evidenziano testualmente che «letta *a contrariis*, determina nullità del contratto per difetto di accordo, in forza del combinato disposto degli *artt. 1418, comma 2 e 1325, n. 1, c.c.*, la mancanza di informazioni che riguardino direttamente la natura e l'oggetto del contratto, e non solo elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione ». Conclusione che porterebbe ad affermare che «elemento essenziale del contratto sarebbe non già il mero accordo tra le parti bensì il loro accordo informato ». Giustamente gli autori, nel respingere una tale prospettiva, si chiedono «chissà, in definitiva, perché - volendo respingere, come era assolutamente giusto, la domanda di nullità per mancanza di accordo - la Corte non si è limitata a dire che il difetto di informazione del contraente può giocare sul terreno dell'annullabilità per errore, ma non ha nulla a che fare con la nullità per mancanza del requisito dell'accordo; anziché elucubrare la regola tradotta nella massima n. 2 ».

(7) Questa conclusione è stata esposta da Roppo e Afferni in *Danno e resp.* cit., 31, i quali aggiungono che, stando al giudizio enunciato nella decisione, il primo comma dell'art. 1418 sarebbe «completamente eroso o schiacciato dalle nullità dei commi due e tre, che finiscono per assorbire da soli tutto lo spazio della nullità, rendendo il comma primo lettera morta ». Con la conseguenza che l'interprete si troverebbe di fronte ad un «bel rompicapo »: «come ridimensionare la nullità virtuale entro confini più stretti e capaci di concentrarla su applicazioni non troppo esuberanti, senza però cancellarla del tutto? O all'inverso: come riconoscerle uno spazio adeguato, evitando però di aprire la strada a suoi usi impropri e smodati? ». Il fondo di verità insito nei menzionati interrogativi, non toglie, però, che l'affermazione fatta nella sentenza n. 19024/2005, con riferimento alla necessità, ai fini dell'applicazione *dell'art. 1418, comma primo, c.c.*, che la violazione attenga alla struttura o al contenuto del contratto, lascia comunque un ampio margine di applicazione residuale alle nullità virtuali, e ciò dal momento che il contenuto del contratto è una categoria ordinante che, almeno a livello di utilizzazione normativa, non coincide con nessuno dei requisiti di cui *all'art. 1325 c.c.* e, in specie, con l'oggetto; e, quindi, l'esistenza di cause di nullità per contrarietà del contenuto del contratto a norma imperativa, vale ad assegnare al primo comma *dell'art. 1418 c.c.*, uno spazio ulteriore rispetto alla previsione delle nullità di cui ai commi successivi dello stesso articolo. È piuttosto vero che la sentenza n. 19024/2005 non aveva alcuna esigenza di definire in positivo i confini delle nullità virtuali, essendo sufficiente la puntualizzazione che dal relativo ambito restano fuori, perché estranei all'area della nullità, i comportamenti individualmente tenuti da ciascuno dei contraenti.

(8) Che sia questo il punto che sorregge la motivazione della sentenza n. 19024/2005 è stato perfettamente colto dalle Sezioni Unite, che, pur procedendo a integrare la categoria delle nullità virtuali, rispetto a quella prospettata nella menzionata sentenza, tengono ferma la conclusione già in essa esposta in ordine alla estraneità dei comportamenti delle parti dal giudizio di validità *ex art. 1418, comma 1, c.c.*, e la arricchiscono degli ulteriori importanti argomenti ai quali mi riferisco nei punti successivi del commento.

(9) Peraltro, in relazione alla mancata iscrizione negli appositi albi, cfr. quanto recentemente da me puntualizzato (in questa *Rivista*, 2007,5, 628, a commento di *Cass. 19 febbraio 2007 n. 3740,* in ordine alla varietà di situazioni, conseguenti anche alle decisioni della Corte di giustizia della Unione Europea in materia di contratto di agenzia: «a) vi sono i casi, come quello che emerge dalla disciplina della mediazione, di nullità testuali dei contratti stipulati da chi non è abilitato; b) vi sono i casi, come quello che si ricava dalla disciplina degli

intermediari finanziari, in cui si è affermata la nullità dei contratti per effetto del divieto ritenuto implicito nel requisito di necessaria iscrizione per lo svolgimento dell'attività; c) per le professioni intellettuali protette la Cassazione non si accontenta del requisito abilitante conseguente alla necessità di iscrizione all'albo ma ricava il divieto *dall'art. 2231 c.c.*; d) infine vi è la situazione del tutto peculiare degli agenti, conseguente alla disapplicazione della norma interna da parte della Cassazione ».

(10) Cfr., nello stesso senso, Sangiovanni, *Operazione inadeguata* cit., 248; e Perrone, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc*., 2005, 1020 ss..

(11) A proposito del menzionato elenco, avevo osservato, nel commento alla ordinanza, che ciascuna delle fattispecie elencate avrebbe meritato «una analisi ben più diffusa di quella che si legge nell'ordinanza, all'esito della quale emergerebbe con tutta probabilità, da un lato, la specificità delle norme (e, per alcune di esse, addirittura la eccezionalità) e, dall'altro, la improprietà dei richiami ». Le S.U. non hanno ritenuto di esaminare l'elenco contenuto nella ordinanza di remissione e, quindi, non vi è stata una verifica su quanto da me argomentato con specifico riferimento alla disciplina dei contratti dei consumatori che, come noto, esclude la vessatorietà delle clausole che siano state oggetto di trattativa individuale indipendentemente dal fatto che le parti, professionista e consumatore, che hanno svolto la trattativa, si siano comportate in modo corretto o non corretto. Inoltre, avevo osservato che proprio da detta disciplina emerge la chiara finalità conservativa del contratto, tant'è che la nullità relativa della clausola vessatoria non si estende all'intero contratto, la cui validità non è intaccata dalla vessatorietà della singola clausola. Con la conseguenza che, se si fosse seguito sino in fondo il percorso argomentativo della ordinanza, si sarebbe pervenuti al paradosso che, mentre il contratto col consumatore contenente la clausola vessatoria resterebbe valido, con la sola eccezione della clausola nulla, invece lo stesso contratto, allorché vi sia stata trattativa individuale con violazione delle regole comportamentali da parte del professionista, dovrebbe essere considerato nullo ai sensi *dell'art. 1418, comma primo, c.c.*! Sta di fatto che le S.U. hanno svolto argomenti che varrebbero anche nella eventualità che tutte le ipotesi elencate nella ordinanza dovessero essere considerate espressive della medesima «*tendenza evolutiva* ».

(12) «Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche ».

(13) Sulla problematica relativa ai rapporti tra responsabilità precontrattuale dell'intermediario e sua responsabilità per violazione degli obblighi di informazione nella fase successiva alla stipulazione del contratto quadro, cfr. Panzini, *Violazione dei doveri di informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contratto e impresa*, 2007, 982 ss.. La sentenza delle Sezioni Unite, contiene una ulteriore parte volta ad esaminare i motivi di ricorso che hanno investito specificamente il rigetto delle domande risarcitorie. Questa parte non pare particolarmente rilevante se si eccettua la conferma che gli inadempimenti dell'intermediario ai propri doveri, nella fase successiva alla stipulazione del contratto quadro, originano responsabilità contrattuale il cui risarcimento è svincolato dal limite dell'interesse negativo ( «neppure è poi esatto, con riferimento alla seconda ed autonoma ratio decidendi formulata a questo riguardo dalla corte d'appello, che quel danno si identifichi con il mero interesse negativo da responsabilità precontrattuale (di cui non è stata fornita la prova). Non è infatti precontrattuale la responsabilità in cui incorre l'intermediario che compia operazioni in conflitto d'interesse, quando dovrebbe astenersene, ma si tratta invece - come già dinanzi chiarito - di una vera e propria responsabilità da non corretto adempimento di obblighi legali facenti parte integrante del rapporto contrattuale di intermediazione finanziaria in essere con il cliente: quindi di una responsabilità contrattuale, con riferimento alla quale il richiamo alla nozione di interesse negativo appare fuor di luogo ».)

**LE SEZIONI UNITE SULLA RILEVANZA DELLA DISTINZIONE TRA REGOLE DI VALIDITÀ E REGOLE DI COMPORTAMENTO (A PROPOSITO DEGLI OBBLIGHI INFORMATIVI GRAVANTI SUGLI INTERMEDIARI FINANZIARI)**

**Cass. civ. Sez. Unite Sent., 19-12-2007, n. 26724**
Fin.Com. Valori s.r.l. in liquidazione c. San Paolo Imi S.p.A.

**DANNI IN MATERIA CIV. E PEN.**
Liquidazione e valutazione
in genere
**VALORI MOBILIARI**
Intermediazione finanziaria
La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma *dell'art. 1418, comma 1, c.c.*.
**FONTI** Corriere Giur., 2008, 2, 223 nota di MARICONDA Contratti, 2008, 3, 229 nota di SANGIOVANNI Società, 2008, 4, 449 nota di SCOGNAMIGLIO Contratti, 2008, 5, 488 Società, 2008, 5, 571

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente
Dott. VITTORIA Paolo - Presidente di sezione
Dott. MENSITIERI Alfredo - Consigliere
Dott. DI NANNI Luigi Francesco - Consigliere
Dott. MORELLI Mario Rosario - Consigliere
Dott. RORDORF Renato - rel. Consigliere
Dott. MALPICA Emilio - Consigliere
Dott. TOFFOLI Saverio - Consigliere
Dott. AMOROSO Giovanni - Consigliere
ha pronunciato la seguente:
sentenza
sul ricorso proposto da:
FIN.COM. VALORI S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, EDILCENTRO IMMOBILIARE S.R.L., in persona rispettivamente del Liquidatore e dell'Amministratore unico pro tempore, nonchè G.L., tutti elettivamente domiciliati in ROMA, VIA GUIDO D'AREZZO 32, presso lo studio dell'avvocato CAVALIERE Alberto, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati DENOZZA Francesco, VITTORIO ALLAVENA, giuste procure speciali, in atti;
- ricorrenti -
contro
SAN PAOLO IMI S.P.A., in persona dell'Amministratore delegato pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA PUCCINI 10, presso lo studio dell'avvocato FERRI Giancarlo, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato GINO CAVALLI, giusta delega in calce al controricorso;
- controricorrente -
avverso la sentenza n. 1476/01 della Corte d'Appello di TORINO, depositata il 10/11/01;
udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 23/10/07 dal Consigliere Dott. Renato RORDORF;
uditi gli avvocati Francesco DENOZZA, Gino CAVALLI;
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. NARDI Vincenzo, che ha concluso per la risoluzione della questione nel senso che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dalla L. n. 191, art. 6, non è causa di nullità dei contratti di compravendita di valori mobiliari.
**Svolgimento del processo**
Il 21 agosto 1995 il presidente del Tribunale di Torino, accogliendo un ricorso proposto dall'Istituto Bancario San Paolo (cui

è poi succeduta la San Paolo IMI s.p.a., e che in prosieguo sarà comunque indicato solo come San Paolo), ingiunse con decreto alla Fin., Com.
Valori s.r.l. (in prosieguo Fincom) di pagare all'istituto ricorrente la somma di L. 4.371.350.619, costituente il saldo debitorio di un conto corrente al quale accedeva una linea di credito per operazioni in valuta e per operazioni su titoli derivati. Col medesimo decreto fu altresì ingiunto alla Edilcentro Immobiliare s.r.l. (in prosieguo Edilcentro) il pagamento di L. 1.500.000.000 ed al Sig. G. L. il pagamento di L. 2.500.000.000, in forza delle garanzie da costoro a suo tempo prestate.
Gli ingiunti proposero separate opposizioni, poi riunite. Oltre a sollevare contestazioni sulla ritualità del procedimento monitorio, sull'addebito della commissione di massimo scoperto, sulla decorrenza e sulla misura degli interessi convenzionali applicati, essi eccepirono l'invalidità dei contratti stipulati, in quanto estranei all'oggetto sociale della Fincom, e negarono che ai crediti della banca derivanti dall'esecuzione di detti contratti competesse azione per il pagamento, trattandosi di negozi assimilabili al gioco o alla scommessa e perciò rientranti nella previsione *dell'art. 1933 c.c.*.
Sostennero poi che il passivo accumulato sul conto era frutto di operazioni finanziarie nel compimento delle quali l'istituto di credito era venuto meno ai doveri impostigli dall'art. 6 dell'allora vigente *L. n. 1 del 1991*, perchè aveva suggerito investimenti estremamente rischiosi senza adeguata informazione per il cliente ed in eccesso rispetto alle disponibilità finanziarie del medesimo e perchè aveva agito in conflitto d'interessi con il cliente medesimo.
La Fincom chiese perciò anche, in via riconvenzionale, la condanna in proprio favore del San Paolo al risarcimento dei danni. La sola Edilcentro eccepì inoltre l'invalidità della concessa fideiussione, sia perchè estranea al proprio oggetto sociale, sia perchè rilasciata da un amministratore, il già menzionato Sig. G., che versava in conflitto d'interessi essendo al tempo stesso anche amministratore della Fincom.
In corso di causa gli opponenti eccepirono altresì la nullità dei contratti dai quali le perdite erano scaturite, per violazione delle norme imperative contenute nella citata *L. n. 1, art. 6*, ed anche il sig. G. formulò domanda di risarcimento dei danni.
L'opposizione fu accolta dal tribunale, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo, solo per i profili attinenti alla commissione di massimo scoperto ed alla decorrenza degli interessi. Le ulteriori ragioni addotte dagli opponenti non furono invece ritenute fondate ed i medesimi opponenti furono perciò condannati al pagamento del debito capitale indicato nel ricorso monitorio, oltre agli interessi al tasso convenzionale richiesto.
I gravami proposti contro tale decisione dalla Fim.com, dalla Edilcentro e dal Sig. G. furono riuniti e rigettati dalla Corte d'appello di Torino con sentenza depositata il 10 novembre 2001.
La corte piemontese ritenne infondata l'eccezione di nullità dei contratti aventi ad oggetto le operazioni finanziarie in questione osservando che le violazioni dedotte in causa riguardavano la condotta prenegoziale dell'istituto di credito, oppure obblighi legali accessori afferenti all'adempimento dei contratti già conclusi, ma non potevano riflettersi sulla validità di detti contratti. Escluse che alle menzionate operazioni potesse applicarsi la previsione *dell'art. 1933 c.c.*, rientrando esse tra quelle che la *L. n. 1 del 1991, art. 23*, espressamente sottrae alla citata previsione del codice. Stimò inammissibili, perchè generiche, le doglianze riguardanti la ritualità del procedimento monitorio e la misura degli interessi debitori. Negò che le più volte richiamate operazioni finanziarie potessero dirsi estranee all'oggetto sociale della Fincom e considerò che, comunque, non vi era prova dell'ipotizzata mala fede dell'istituto di credito in ordine all'asserita estraneità di dette operazioni all'oggetto sociale. Per analoghe ragioni la corte giudicò infondata anche l'eccezione di estraneità della fideiussione prestata della Edilcentro all'oggetto sociale di quest'ultima società, ed escluse la configurabilità della situazione di conflitto di interessi in cui l'amministratore si sarebbe trovato nel rilasciare fideiussione per debiti di altra società appartenente al medesimo gruppo. Quanto, infine, alle domande di risarcimento dei danni, la corte d'appello dichiarò inammissibile quella proposta tardivamente, solo in corso di causa, dal Sig. G.; reputò invece ammissibile, nei soli limiti dell'originaria formulazione, quella proposta dalla Fincom, ma non fondata, per difetto di prova del nesso causale tra il danno sofferto da detta società e l'asserita situazione di conflitto d'interessi in cui l'istituto di credito avrebbe agito e per essere rimasto indimostrato che i funzionari di detto istituto avevano istigato il cliente a compiere operazioni eccessivamente rischiose. Seguì la condanna in solido degli appellanti alle spese del grado, comprensive di compensi professionali liquidati però non secondo i dettami della tariffa forense, ritenuta inapplicabile alla stregua dei principi desumibili dal Trattato dell'Unione europea, bensì sulla base dei parametri posti *dall'art. 2233 c.c.*, comma 2.
Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per Cassazione, articolato in otto motivi ed illustrato con memoria, la Fincom, la Edilcentro ed il Sig. G..
Ha resistito con controricorso e memoria il San Paolo.
Con ordinanza n. 3683 del 16 febbraio 2007, la prima sezione civile di questa corte ha rilevato che, nella sentenza della stessa prima sezione del 29 settembre 2005, n. 19024, èò stato escluso che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dalla *L. n. 1 del 1991, art. 6*, possa cagionare la nullità del negozio, poichè quegli obblighi informativi riguardano elementi utili per la valutazione della convenienza dell'operazione e la loro violazione non da luogo a mancanza del consenso, e perchè la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula una violazione attinente ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e non invece all'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative ovvero in fase di esecuzione, a meno che questa sanzione non sìa espressamente prevista anche in riferimento a dette ipotesi. Nella citata ordinanza della prima sezione è stato però manifestato il dubbio che il principio dianzi ricordato, quantunque corrispondente ad un tradizionale filone giurisprudenziale, non sia coerente con i presupposti

da cui muovono molteplici altre decisioni di questa corte: la quale ha ravvisato ipotesi di nullità c.d. virtuale del contratto in caso di mancanza di autorizzazione a contrarre o di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti, in caso di contratti concepiti in modo da sottrarre una delle parti agli obblighi di controllo su di essa gravanti o da consentire l'aggiramento di divieti a contrarre, ed in caso di circonvenzione d'incapace. Situazioni, queste, nelle quali è appunto la violazione di norme imperative concernenti la fase precontrattuale o le modalità esecutive del rapporto contrattuale a venire in evidenza.
D'altronde - ha osservato ancora l'ordinanza - il tradizionale principio di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio, cui la citata sentenza n. 19024/05 si ispira, appare incrinato da molteplici recenti interventi del legislatore, che assegnano rilievo al comportamento contrattuale delle parti anche ai fini della validità del contratto: tali la *L. n. 192 del 1998, art. 9*, in tema di abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura di attività produttive, l'art. 52, comma 3, del codice del consumo (*D.Lgs. n. 206 del 2005*), in tema di contratti stipulati telefonicamente, l'art. 34 del citato codice, in tema di clausole vessatorie, il *D.Lgs. n. 231 del 2002, art. 7*, in tema di clausola di dilazione dei termini di pagamento, e la *L. n. 287 del 1990, art. 3*, in tema di clausole imposte con abuso di posizione dominante.
Il ricorso è stato perciò rimesso alle sezioni unite, sia per dirimere il ravvisato contrasto di giurisprudenza sull'interferenza tra regole di comportamento e regole di validità del contratto, sia comunque perchè si tratta di questione di massima e di particolare importanza.

**Motivi della decisione**

1. Il primo motivo del ricorso tocca la questione di diritto per la cui risoluzione sono state investite le sezioni unite.
I ricorrenti, lamentando la violazione *dell'art. 1418 c.c.*, e della *L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 6*, nonchè vizi di motivazione dell'impugnata sentenza, criticano la corte d'appello per aver affermato che la violazione delle prescrizioni con cui il citato art. 6, impone determinati comportamenti agli intermediari finanziari nei riguardi dei propri clienti, incidendo tali prescrizioni sul momento prenegoziale o su quello esecutivo ma non sul contenuto del contratto, non potrebbe determinarne la nullità. Altrimenti - argomentano i ricorrenti - non sarebbe mai possibile far discendere la nullità del contratto dalla violazione di norme imperative che pongono limiti alla libertà delle parti con riferimento a situazioni esterne al negozio, come ad esempio quelle concernenti la qualità dei contraenti o i presupposti e le procedure del contrarre; ma, viceversa, vi sono molteplici casi (per esempio: mancanza di autorizzazione allo svolgimento dell'attività d'intermediazione mobiliare, difetto di adempimenti preliminari in materia valutaria, e simili) in cui la violazione di norme non attinenti al contenuto del negozio è stata ritenuta sufficiente a provocare la nullità.
La sentenza impugnata è poi anche censurata per avere erroneamente ritenuto che le violazioni contestate alla banca riguardassero soltanto attività prenegoziali o esecutive di contratti già conclusi. Quelle violazioni invece - a parere dei ricorrenti - concernevano comportamenti incidenti sulla formazione del consenso delle parti, e quindi sul contenuto dell'accordo che del contratto è uno degli elementi essenziali.
1.1. Prima di affrontare la questione controversa, giova premettere che, nell'ambito del giudizio di merito, è stato accertato come le operazioni finanziarie dalle quali trae origine il credito azionato in causa, poste in essere dal San Paolo su disposizione della Fincom e corredate dalle garanzie fideiussorie della Edilcentro e del Sig. G., rientrino, per il loro oggetto e per le loro modalità negoziali ed attuative, tra quelle cui si applicava, al tempo dei fatti di causa, la disciplina della *L. 2 gennaio 1991, n. 1* (in seguito abrogata e sostituita prima dal *D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415*, e poi dal *D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*, con successive modificazioni). Tale premessa, che appunto deriva essenzialmente da un accertamento in punto di fatto circa le caratteristiche di dette operazioni, è ovviamente destinata a restare ferma anche nel presente giudizio di legittimità. 1.2. Ciò posto, è utile brevemente ricordare che la citata *L. n. 1 del 1991, art. 6*, detta "principi generali e regole di comportamento" cui l'intermediario deve uniformarsi nei rapporti con il cliente. La norma, dopo aver enunciato il dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi di quest'ultimo (lett. a) e dopo aver posto ai carico dell'intermediario il preliminare obbligo di pubblicare e trasmettere un documento contenente informazioni circa le proprie attività e la relativa regolamentazione, nonchè circa il proprio eventuale gruppo di appartenenza (lett. b), stabilisce che i diversi servizi alla cui prestazione l'intermediario si obbliga verso il cliente debbono essere disciplinati da un contratto scritto (perciò destinato ad assolvere alla funzione c.d. di "contratto quadro" rispetto alle singole successive attività negoziali in cui l'espletamento di quei servizi si esplicherà), contratto di cui la stessa norma indica il contenuto minimo necessario ed una copia del quale deve essere trasmessa al cliente (lett. c). Segue poi una serie di regole legali, per la gran parte volte a disciplinare la prestazione dei servizi ipotizzati nel contratto: l'intermediario deve preventivamente acquisire, sulla situazione finanziaria del cliente, le informazioni rilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività (know your customer rule) (lett. d);
deve tenere costantemente informato il cliente sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni e su qualsiasi altro fatto necessario per il compimento di scelte consapevoli (lett. e);
non deve consigliare nè effettuare operazioni con frequenza non necessaria o di dimensioni inadeguate alla situazione finanziaria del cliente (suitability rule) (lett. f); non può, salvo espressa autorizzazione scritta, effettuare con il cliente o per suo conto operazioni nelle quali egli abbia, direttamente o indirettamente, un interesse conflittuale (lett. g); deve dotarsi di adeguate procedure di controllo interno (lett. h). Siffatte regole di comportamento, in esecuzione di quanto previsto dalla disposizione della lettera a) sopra citata, sono state poi ulteriormente precisate dalla Consob con proprio regolamento (reg. n. 5386 del 1991).

Dal "contratto quadro", cui può darsi il nome di contratto d'intermediazione finanziaria e che per alcuni aspetti può essere accostato alla figura del mandato, derivano dunque obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente. Le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benchè possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto d'intermediazione. Gli obblighi di comportamento cui alludono le citate disposizioni della *L. n. 1 del 1991, art. 6* (non diversamente, del resto, da quelli previsti dall'art. 21 del più recente *D.Lgs. n. 58 del 1998*), tutti in qualche modo finalizzati al rispetto della clausola generale consistente nel dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, si collocano in parte nella fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria ed in altra parte nella fase esecutiva di esso. Attiene evidentemente alla fase prenegoziale l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo menzionato nella lett. b) della citata disposizione dell'art. 6, ed attiene sempre a tale fase preliminare il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente, come prescritto dalla successiva lett. d), così da poter poi adeguare ad essa la successiva operatività. Ma doveri d'informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto d'intermediazione, e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione: tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o di disinvestimento, nonchè di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza dette operazioni (art. cit., lett. e), e tale è il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse, come condizione per poter eseguire ugualmente l'operazione se autorizzata (lett. g). Nè può seriamente dubitarsi che anche l'obbligo dell'intermediario di tenersi informato sulla situazione del cliente, in quanto funzionale al dovere di curarne diligentemente e professionalmente gli interessi, permanga attuale durante l'intera fase esecutiva del rapporto e si rinnovi ogni qual volta la natura o l'entità della singola operazione lo richieda, per l'ovvia considerazione che la situazione del cliente non è statica bensì suscettibile di evolversi nel tempo. Attengono poi del pari al momento esecutivo del contratto i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni di frequenza o dimensione eccessive rispetto alla situazione finanziaria del cliente (lett. f).

1.3. I ricorrenti sostengono che, nella specie, il San Paolo ha violato alcune delle disposizioni sopra ricordate. L'istituto bancario, infatti, avrebbe suggerito, e poi direttamente eseguito in veste di controparte, operazioni nelle quali aveva un interesse conflittuale con quello della cliente Fincom (con violazione, dunque, della lett. g del citato art. 6), ed avrebbe consigliato ed eseguito operazioni eccessivamente rischiose, se rapportate alla situazione patrimoniale della medesima Fincom (con violazione, dunque, della lett. f del medesimo articolo).

Su tale presupposto i ricorrenti affermano che i contratti mediante i quali il San Paolo ha, di volta in volta, compiuto dette operazioni sono da ritenere nulli, in quanto contrari a norme imperative, non potendosi condividere l'assunto della corte d'appello secondo cui la violazione delle norme sopra richiamate potrebbe generare, eventualmente, una responsabilità risarcitoria o esser causa di risoluzione dei contratti in questione, ma non anche determinarne la nullità ai sensi *dell'art. 1418 c.c.*.

E' specificamente su questo punto, come già accennato, che è stato sollecitato l'intervento in chiave nomofilattica delle sezioni unite.

Giova però preliminarmente chiarire, a tal proposito, che nel caso in esame non si ravvisa la necessità di comporre un contrasto giurisprudenziale derivante dalla presenza di precedenti difformi decisioni delle sezioni semplici sulla questione di diritto appena riferita, perchè le diverse decisioni menzionate nell'ordinanza di rimessione hanno ad oggetto questioni diverse, nessuna della quali (ad eccezione di quella trattata nella sentenza del 29 settembre 2005, n. 19024, di cui si dirà) investe specificamente il tema della presente causa. La circostanza che tutte o alcune tra tali precedenti sentenze possano, per certi aspetti, risultare più o meno coerenti con principi di diritto sottesi ad altre pronunce non è sufficiente ad identificare un contrasto di giurisprudenza in senso proprio. Essa è però certamente sintomo del fatto che ci si trova in presenza di una questione di massima e particolare importanza, appunto perchè chiama in causa profili di principio: ciò che, d'altronde, è confermato anche dall'incertezza affiorata sul punto nella giurisprudenza di merito.

Nel prosieguo della presente sentenza non ci si soffermerà perciò tanto sull'esame dei singoli precedenti di questa corte in cui l'ordinanza di rimessione ha ravvisato il preteso contrasto di giurisprudenza, ma si affronterà direttamente la questione controversa, muovendo dall'unico precedente in termini già prima ricordato. Va da sè che le conclusioni cui si perverrà, nella misura in cui risulteranno idonee a fornire chiarimenti su questioni di principio suscettibili altresì di riflettersi su decisioni aventi oggetto ed ambiti diversi, potranno giovare a meglio definire la giurisprudenza di questa corte in termini anche più generali.

1.4. Si deve certamente convenire - ed anche l'impugnata sentenza d'altronde ne conviene - sul fatto che le norme dettate dalla citata *L. n. 1 del 1991, art. 6* (al pari di quelle che le hanno poi sostituite) hanno carattere imperativo: nel senso che esse, essendo dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari (come è ora reso esplicito dalla formulazione del D.Lgs n. 58 del 1998, art. 21, lett. a, ma poteva ben ricavarsi in via d'interpretazione sistematica già nel vigore della legislazione precedente), si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti.

Questo rilievo, tuttavìa, non è da solo sufficiente a dimostrare che la violazione di una o più tra dette norme comporta la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario col cliente. E' ovvio che la loro violazione non può essere, sul piano giuridico, priva di conseguenze - e se ne dirà - ma non è detto che la conseguenza sia necessariamente la nullità del

contratto.
Innanzitutto, è evidente che il legislatore - il quale certo avrebbe potuto farlo e che, nella medesima legge, non ha esitato ad altro proposito a farlo - non ha espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni interferisce con la fase genetica del contratto e produce l'effetto radicale della nullità invocata dai ricorrenti. Non si tratta quindi certamente di uno di quei casi di nullità stabiliti dalla legge ai quali allude *l'art. 1418 c.c.*, comma 3.
Neppure i casi di nullità contemplati dal comma 2, dell'articolo da ultimo citato, però, sono invocabili nella situazione in esame. E' vero che tra questi casi figura anche quello della mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, e che il primo di tali requisiti è l'accordo delle parti. Ma, ove pure si voglia ammettere che nella fase prenegoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sopra ricordati siano idonei ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandolo, appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto; ed i vizi del consenso - se pur di essi sì possa parlare - non determinano la nullità del contratto, bensì solo la sua annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste *dall'art. 1427 c.c.* e segg..
Resta però da considerare l'ipotesi che, in casi come quello di cui qui si discute, la nullità possa dipendere dall'applicazione della disposizione dettata dal comma 1 del citato art. 1418: che si possa, cioè, predicare la nullità (c.d. virtuale) del contratto perchè contrario a norme imperative, tali essendo appunto le norme dettate dalla *L. n. 1 del 1991, art. 6*. 1.5. La domanda che si è appena formulata ha ricevuto già una motivata risposta negativa nella menzionata sentenza n. 19024 del 2005, pronunciata dalla prima sezione di questa corte, la quale, dopo aver affermato che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, ha escluso che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative prenegoziali ovvero nella fase dell'esecuzione del contratto stesso possa esser causa di nullità, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali siffatta condotta contrasti, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista. Donde la conclusione che nè l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dalla *L. n. 1 del 1991, art. 6*, nè la violazione da parte dell'intermediario del divieto di effettuare operazioni con o per conto del cliente qualora abbia un interesse conflittuale (a meno che non abbia comunicato per iscritto la natura e l'estensione del suo interesse nell'operazione ed il cliente abbia preventivamente ed espressamente acconsentito per iscritto all'operazione) sono idonee a cagionare nullità.
L'ordinanza di rimessione chiama ora le sezioni unite a valutare se tali affermazioni, e l'impianto argomentativo ad esse sotteso, debbano o meno esser tenute ferme, anche alla luce di un esame sistematico che tenga conto di orientamenti giurisprudenziali manifestati da questa stessa corte in campi diversi, nonchè delle tendenze legislative emerse in questo ed in altri settori, dai quali potrebbero eventualmente scaturire indicazioni di segno contrario a quelle espresse in subjecta materia dalla sentenza n. 19024 del 2005. 1.6. Il cardine intorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità.
Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato *sull'art. 2 Cost.*, e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorchè l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perchè il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite.
L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile.
E' possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma - a parte la considerazione che molte delle disposizioni invocate a sostegno di questo assunto sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell'epoca il legislatore avesse abbandonato la tradizionale distinzione cui s'è fatto cenno - un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione. E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. D'altronde, non si è mai dubitato

che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella già ricordata previsione del terzo (non già del comma 1) del citato art. 1418. Si tratta pur sempre, in altri termini, di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sè si pongono come speciali.
1.7. Quanto appena osservato, naturalmente, non esaurisce affatto il tema, perchè occorre ancora chiedersi se una regola diversa non viga proprio nello specifico settore del diritto dei mercati finanziari.
Prima di rispondere a questo quesito, e restando per un momento ancora sul piano dei principi generali, giova però aggiungere che tanto l'impugnata sentenza della corte d'appello di Torino, quanto la più volte menzionata sentenza di questa Corte n. 19024 del 2005, sembrano individuare le norme imperative la cui violazione determina la nullità del contratto essenzialmente in quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti. Ma - si obietta - la giurisprudenza ha in passato spesse volte individuato ipotesi di nullità nella violazione di norme che invece riguardano elementi estranei a quel contenuto o a quella struttura: per esempio, in caso di mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre o di clausole concepite in modo da consentire l'aggiramento di divieti a contrarre (cfr., tra le altre, Cass. 19 settembre 2006, n. 20261; Cass. 10 maggio 2005, n. 9767;
Cass. 16 luglio 2003, n. 11131) o di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti (cfr., tra le altre, Cass. 3 agosto 2005, n 16281; Cass. 18 luglio 2003, n. 11247; Cass. 5 aprile 2001, n. 5052; Cass. 15 marzo 2001, n, 3753; e Cass. 7 marzo 2001, n. 3272) oppure in caso di contratti le cui clausole siano tali da sottrarre una delle parti agli obblighi di controllo su di essa gravanti (cfr.
Cass. 8 luglio 1983, n. 4605), ed inoltre in caso di circonvenzione d'incapace (cfr. Cass. 23 maggio 2006, n, 12126; ; Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427; e Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948).
Tralasciando la circonvenzione d'incapace, con riferimento alla quale occorrerebbe forse rimeditare se ed entro quali limiti l'illiceità penale della condotta basti a giustificare l'ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile, tali esempi (ed altri analoghi che si potrebbero fare) stanno certamente a dimostrare che l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto *dell'art. 1418 c.c.*, comma 1, è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalle legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo.
Neppure in tali casi, tuttavia, si tratta di norme di comportamento afferenti alla concreta modalità delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti, bensì del fatto che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire. E conviene anche osservare che, pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista.
1.8. Tanto chiarito, sul piano generale, è tempo di tornare alla domanda se, nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria, sia eventualmente riscontrabile un principio di segno diverso, tale cioè da derogare al criterio di distinzione sopra tracciato tra norme di comportamento e norme di validità degli atti negoziali e da condurre ad una differente conclusione.
La risposta dev'essere negativa.
In detto settore non è dato assolutamente rinvenire indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri d'informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti.
La difesa di parte ricorrente ha inteso trarre argomento dalla previsione di nullità dei contratti di prestazione a distanza dei servizi finanziari, contemplata dal *D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 190, art. 16, comma 4*, per il caso in cui il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsi le somme da questi eventualmente pagate, oppure violi gli obblighi informativi precontrattuali in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del servizio. Ma, oltre ad essere di molto successiva ai fatti di causa, detta previsione resta sistematicamente isolata nel nostro ordinamento e presenta evidenti caratteri di specialità, che non consentono di fondare su di essa nessuna affermazione di principio.
Se si ha poi riguardo, in modo particolare, al tenore letterale delle norme dettate per disciplinare l'attività ed i contratti delle società d'intermediazione mobiliare, si constata immediatamente come il legislatore abbia espressamente ipotizzato alcune ipotesi di nullità, afferenti alla forma ed al contenuto pattizio dell'atto (*L. n. 1 del 1991, art. 8*, u.c., ed ora al *D.Lgs. n. 58 del*

*1998, art. 23, commi 1, 2 e 3*, ed art. 24, u.c.), nessuna delle quali appare tuttavia riconducibile alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente medesimo. Situazioni, queste ultime, che il legislatore ha invece evidentemente tenuto in considerazione per i loro eventuali risvolti in tema di responsabilità, laddove ha espressamente posto a carico dell'intermediario l'onere della prova di aver agito con la necessaria diligenza (*L. n. 1 del 1991, art. 13*, u.c., ora sostituito dal *D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23*, u.c.).

Nè giova appellarsi alla valenza generale dell'interesse alla correttezza del comportamento degli intermediari finanziari, per i riflessi che ne possono derivare sul buon funzionamento dell'intero mercato.

Alla tutela di siffatto interesse sono preordinati il sistema dei controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, ma nulla se ne può dedurre in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile, tanto più che questa dovrebbe pur sempre logicamente esser concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa (come infatti indicano le citate disposizioni del *D.Lgs. n. 58* e del *D.Lgs. n. 190*, con riguardo ai casi in cui la nullità è effettivamente contemplata), e già questo, in difetto di qualsiasi norma che espressamente lo preveda, rende problematico ogni ancoraggio alla figura generale della nullità configurata dall'art. 1418 c.c., comma 1.

E' significativo, d'altronde, che al descritto quadro normativo, per lo specifico profilo ora considerato, il legislatore non abbia mai avvertito la necessità di apportare modifiche di rilievo da quando fu emanata la *L. n. 1 del 1991*, nonostante le ripetute rivisitazioni di tale normativa sino al recentissimo del *D.Lgs. 17 settembre 2007, n. 164*, che ha recepito la *direttiva n. 2004/39/Ce* e che del pari si è astenuto dall'estendere l'esplicita previsione di nullità alla violazione delle regole di comportamento contrattuale e precontrattuale di cui si sta discutendo.

1.9. Così stando le cose, la tesi secondo cui il mancato rispetto dei surriferiti doveri comportamentali dell'intermediario nella fase prenegoziale o in quella attuativa del rapporto sarebbe idoneo a riflettersi sulla validità genetica del contratto stipulato con il cliente, priva com'è di base testuale e di supporti sistematici, potrebbe nondimeno conservare una qualche plausibilità solo ove risultasse l'unica in grado di rispondere all'esigenza - sicuramente presente nella normativa in questione e coerente con la previsione *dell'art. 47 Cost.*, comma 1 - di incoraggiare il risparmio e garantirne la tutela. Ma è evidente che così non è, perchè non può ragionevolmente sostenersi che la suaccennata esigenza implichi necessariamente la scelta, da parte del legislatore, del mezzo di tutela consistente proprio nel prevedere la nullità dei contratti nelle situazioni in discorso, così travolgendo sia il discrimine tra regole di comportamento e regole di validità sia quello tra vizi genetici e vizi funzionali del contratto.

Richiamando la distinzione già prima tracciata tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva, può subito rilevarsi come la violazione dei primi (ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità - mai comunque la nullità - del contratto per vizi del consenso) è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. Non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti, per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina e puntualmente riprese dalla citata sentenza di questa corte n. 19024 del 2005 - alla quale si intende su questo punto dare continuità - la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

La violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacchè quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati *dall'art. 1455 c.c.*, condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso.

Si possono ovviamente avere opinioni diverse sul grado di efficacia della tutela in tal modo assicurata dal legislatore al risparmio dei cittadini, che negli ultimi anni sempre più ampiamente viene affidato alle cure degli intermediari finanziari. Ma non si può negare che gli strumenti di tutela esistono anche sul piano del diritto civile, essendo poi la loro specifica conformazione giuridica compito del medesimo legislatore le cui scelte l'interprete non è autorizzato a sovvertire, sicchè il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per violazione di norme di comportamento gravanti sull'intermediario nella fase prenegoziale ed in quella esecutiva, in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o di regole sistematiche che lo prevedano, non è giustificato.

1.10. Da ultimo, va preso in considerazione un ulteriore rilievo, su cui insistono particolarmente i ricorrenti, i quali sostengono che gli obblighi per l'intermediario di non effettuare (oltre che di non consigliare) operazioni inadeguate alla situazione patrimoniale del cliente e di non effettuare operazioni in conflitto di interessi col cliente medesimo, rispettivamente contemplati dalle lettere f) e g) del citato art. 6, integrano veri e propri doveri di non fare, la cui violazione si traduce nella stipulazione di altrettanti contratti vietati da norma imperativa: il che, per quanto sopra detto, dovrebbe

colpire alla radice gli atti vietati, rendendoli illeciti e perciò nulli.
A siffatto rilievo si deve però opporre che, come già in precedenza chiarito, il compimento delle operazioni di cui si tratta, ancorchè queste possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale (ma è significativo che la norma le definisca col generico termine di "operazioni"), si pone pur sempre come momento attuativo di obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione col cliente del "contratto quadro". Il divieto di compiere operazioni inadeguate o in conflitto d'interessi attiene, perciò, anch'esso - lo si è già notato - alla fase esecutiva di detto contratto, costituendo, al pari del dovere d'informazione, una specificazione del primario dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi del cliente. Il modo stesso in cui la norma è formulata e l'esplicito accostamento dei suaccennati doveri di informazione e di cu-ra dell'interesse del cliente, nel compimento delle singole operazioni, denota come il legislatore abbia qui sempre voluto contemplare obblighi di comportamento precontrattuali e contrattuali, non già regole di validità del contratto (sia esso il contratto d'intermediazione finanziaria o i singoli negozi con cui a quello vien data esecuzione); ed è appena il caso di osservare che, sotto tal profilo, è del tutto irrilevante la circostanza che l'operazione compiuta dall'intermediario sia consistita nel procurarsi da terzi i valori o gli strumenti finanziari ordinatigli dal cliente oppure nel fornirli egli stesso, trattandosi di varianti esecutive che non incidono sull'obbligo di diligenza cui l'intermediario è tenuto e che, ai fini del presente discorso, lasciano intatta la natura esecutiva dell'operazione da lui compiuta.
1.11. In conclusione, va perciò enunciato il principio per cui la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d' investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma *dell'art. 1418 c.c.*, comma 1.
L'impugnata sentenza della corte d'appello non si è discostata da siffatto principio ed il primo motivo di ricorso non può perciò trovare accoglimento.
2. Sul tema del risarcimento del danno derivante dalla violazione delle menzionate regole di comportamento dell'intermediario occorrerà poi ritornare, quando si esamineranno il sesto ed il settimo motivo del ricorso (infra, punto 3). Prima, però, è necessario sgomberare il campo dalle questioni sollevate con i motivi dal secondo al quinto, che appaiono logicamente preliminari ma nessuno dei quali - può anticiparsi - risulta fondato.
2.1. Col secondo motivo i ricorrenti denunciano la violazione *dell'art. 1933 c.c.*, nonchè vizi di omessa pronuncia e difetti di motivazione. Affermano che la disposizione dettata dal citato art. 1933, in forza di quando stabilito dalla L. n. 2 del 1991, art. 23, risulta inapplicabile ai soli contratti uniformi a termine stipulati nei mercati regolamentati. Essa, quindi, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte d'appello, avrebbe dovuto trovare applicazione nel caso di specie, in cui si trattava di contratti non corrispondenti ad alcuno dei tipi previsti dalla normativa secondaria di settore, stipulati al di fuori del mercato di borsa.
2.1.1. La doglianza non è meritevole di accoglimento.
E' assorbente rilevare, in proposito, anzitutto che la mera presenza in un contratto di un intento speculativo o di un certo grado di alea non vale a renderlo assimilabile ad un giuoco o ad una scommessa, cui sia applicabile il regime giuridico dettato dal citato *art. 1933 c.c.*; inoltre che, quando pure di vero e proprio gioco o scommessa si tratti, l'anzidetta norma è invocabile solo a condizione che vi sia stata partecipazione consapevole al gioco o alla scommessa di tutte le parti del rapporto (cfr., in argomento, Cass. 2 settembre 2004, n. 17689).
Ciò premesso, occorre subito osservare che l'acquisto e la vendita a termine di valuta e le altre operazioni finanziarie di cui nel presente caso si discute, pur comportando sicuramente un certo grado di alea e pur potendo essere anche ispirati da intenti speculativi da parte di chi quelle operazioni abbia disposto, non sono di per sè necessariamente riducibili ad una scommessa sul futuro andamento dei tassi di cambio, potendo altrettanto ragionevolmente fungere da strumenti di stabilizzazione del rischio. In punto di fatto, sulla base di un accertamento di merito che in questa sede non è consentito rivedere, la corte d'appello ha considerato non inverosimile che l'istituto di credito fosse persuaso che "le operazioni intraprese potessero costituire semplice ricopertura di partite contrapposte intrattenute con altro operatore, e dunque non con finalità di pura sorte" (sentenza impugnata, pagg. 20-21).
Questo accertamento, già da solo, vale ad escludere che il San Paolo fosse consapevole di essere entrato con la Fincom in un rapporto di gioco o scommessa, o almeno esclude che secondo l'apprezzamento del giudice di merito di ciò sia stata raggiunta la prova; e tanto basta a rendere non applicabile nella fattispecie in esame della previsione del citato *art. 1933 c.c.*.
2.2. Il terzo motivo di ricorso è volto a denunciare la violazione degli *artt. 633 e 125 c.p.c.*, oltre che vizi di motivazione dell'impugnata pronuncia. Negano infatti i ricorrenti che le censure da loro formulate nell'atto d'appello in ordine alla ritualità dell'ingiunzione ed al difetto di valida pattuizione di interessi convenzionali fossero generiche, in rapporto alle apodittiche affermazioni contenute su tali punti nella sentenza di primo grado.
2.2.1. Neppure tale doglianza è meritevole di accoglimento.
Va premesso che i rilievi riguardanti la ritualità del procedimento monitorio sono superati dall'intervenuta revoca del

decreto ingiuntivo e dal fatto che la condanna al pagamento di una somma di denaro è stata pronunciata all'esito di un giudizio di opposizione da considerarsi, per questo profilo, del tutto equivalente ad un ordinario giudizio di cognizione.
Quanto agli altri rilievi, va detto che l'inammissibilità di motivi d'appello che si sostanzino nel generico richiamo alle difese di primo grado non è sanata dall' asserita insufficienza della motivazione in base alla quale quelle difese siano state rigettate dal giudice a quo. Vi osta pur sempre il principio della specificità dei motivi di gravame: principio che assolve alla duplice funzione di delimitare l'estensione del riesame domandato e di indicarne le ragioni concrete, e perciò postula la specificazione, sia pure in forma succinta, degli errori attribuiti alla sentenza di primo grado, ivi compreso eventualmente quello consistente proprio nell'insufficienza della motivazione posta a sostegno della decisione di rigetto.
2.3. L'asserita estraneità all'oggetto sociale della Fincom delle operazioni in compiute dal suo amministratore forma oggetto del quarto motivo di ricorso, con cui nuovamente si denunciano vizi di motivazione della sentenza impugnata e la violazione dell'art. 2384 bis c.c. (ancora vigente all'epoca dei fatti di causa).
Sostengono in particolare i ricorrenti che male ha fatto la Corte d'appello a stimare comprese dette operazioni nella previsione formale dell'oggetto sociale, quale indicato nell'atto costitutivo della Fincom, senza tener conto delle caratteristiche concrete delle operazioni medesime, aventi finalità meramente speculative, e della loro abnorme dimensione. Avrebbe dovuto inoltre la corte territoriale valutare l'eccepita nullità del suaccennato oggetto sociale, in quanto esso comprendeva attività di collocamento di valori mobiliari riservate esclusivamente alle società d'intermediazione o agli altri soggetti a tal fine abilitati.
Denunciano poi ancora i ricorrenti l'errore in cui la sentenza impugnata sarebbe incorsa nel porre a loro carico l'onere della prova della mala fede del terzo, a termini del citato art. 2384 bis c.c., e nel non considerare gli elementi dai quali, in concreto, la buona fede del San Paolo risultava esclusa, tenuto anche conto dello specifico obbligo d'informazione circa le condizioni economiche del cliente posto a carico dell'intermediario dall'art. 6 dell'allora vigente *L. n. 1 del 1991*. 2.3.1. Neanche queste censure colgono nel segno.
L'asserita nullità, totale o parziale, dell'oggetto sociale di una società può eventualmente riflettersi, a vario titolo, sulla legittimità o sulla liceità degli atti compiuti dall'amministratore per darvi attuazione, ma in nessun modo comporta che quegli atti siano ultra vires e ricadano perciò nella previsione del citato art. 2384 bis c.c., giacchè tale norma unicamente postula il confronto tra gli atti compiuti e la sfera di operatività desumibile dall'oggetto sociale, indipendentemente dalla liceità di questo.
L'accertamento compiuto dalla corte d'appello, - laddove ha escluso che le operazioni di cui si discute avessero il carattere esteriore di operazioni di pura sorte, ha perciò stesso anche negato la loro intrinseca estraneità all'oggetto sociale, che quella tipologia di azioni espressamente prevedeva. E si tratta di una valutazione di merito non suscettibile di essere censurata in questa sede, perchè congruamente motivata.
A quest'ultimo riguardo giova solo ancora osservare che la necessità di operare il confronto con l'oggetto sociale tenendo conto della concreta configurazione dell'attività svolta impedisce che attività comprese nella previsione dell'oggetto sociale medesimo, quale risultante dall'atto costitutivo della società, possano esser considerate eccedenti solo per profili di ordine quantitativo.
L'ovvia necessità di affidamento dei terzi, ai quali non è di regola certo possibile compiere siffatte delicate ed opinabili valutazioni di tipo quantitativo, è sufficiente ad escludere che un profilo di tal genere possa integrare il giudizio di estraneità postulato dalla citata disposizione del codice civile. Aggiungasi poi - e sarebbe forse già da solo argomento decisivo - che l'onere della prova dell'assenza di buona fede del terzo, ipotizzata dal citato art. 2384 bis c.c., è a carico della società, come si evince dal chiaro disposto dell'art. 9 della prima direttiva europea in materia societaria (direttiva n. 68/151 del 9 marzo 1968), in attuazione della quale detto articolo del codice fu emanato. Anche l'accertamento del mancato raggiungimento di tale prova, motivatamente compiuto dalla corte di merito, non è in questa sede censurabile.
2.4. Doglianze in parte analoghe alle precedenti, ma riferite all'eccepita estraneità della fideiussione all'oggetto sociale della garante Edilcentro, sono alla base del quinto motivo di ricorso, nel quale si fa però anche questione della violazione degli *artt. 1394 e 2391 c.c.*, insistendosi nel sostenere che l'amministratore di detta società, in quanto altresì amministratore della debitrice principale Fincom, si trovava in situazione di conflitto d'interessi.
2.4.1. Richiamate preliminarmente le considerazioni svolte a proposito del precedente motivo di ricorso, è al profilo dell'eccepito conflitto d'interessi che occorre ora aver riguardo.
Le doglianze della ricorrente sono condivisibili nella parte in cui sottolineano come, per escludere il dedotto conflitto d'interessi dell'amministratore, gli eventuali benefici compensativi che una società appartenente ad un gruppo possa ricavare da atti compiuti a vantaggio della capogruppo, ove questi appaiano (almeno in prima istanza) svantaggiosi per la controllata, debbono essere provati da chi quei benefici compensativi allega e non da chi denuncia la situazione di conflitto (cfr. Cass. 11 dicembre 2006, n. 26325; e Cass. 24 agosto 2004, n. 16707).
Resta, però, che la corte d'appello ha affermato la non conoscibilità della situazione di conflitto d'interessi da parte del San Paolo, e si tratta di una valutazione di merito che la ricorrente non censura in modo adeguato, limitandosi a contrapporre ad essa il proprio opposto convincimento. Il che non è sufficiente ad evidenziare vizi di motivazione che giustifichino la cassazione dell'impugnata sentenza, dovendo tali vizi consistere non già nella mera asserita opinabilità della valutazione espressa dal giudice, bensì nell'evidenziazione di ben individuati difetti logici insiti nella valutazione medesima.
3. Sgombrato così il campo dalle censure volte a mettere in discussione la validità del rapporto negoziale dedotto in lite e

delle garanzie fideiussorie che vi accedono, è tempo di tornare al tema della violazione delle più volte richiamate regole di condotta dettate dalla *L. n. 1 del 1991, art. 6* - ma questa vola per gli eventuali profili risarcitori che ne possano conseguire - addebitati dai ricorrenti al San Paolo nell'instaurazione e nell'esecuzione di tale rapporto. E' appunto su questo tema che si soffermano il sesto ed il settimo motivo di ricorso.
3.1. In particolare, col settimo motivo - che ragioni di ordine logico suggeriscono di anteporre al sesto - vien messa in discussione la declaratoria d'inammissibilità totale della domanda di risarcimento dei danni proposta dal Sig. G. e quella d'inammissibilità parziale dell'analoga domanda risarcitoria formulata dalla Fincom.
Secondo i ricorrenti, che denunciano la violazione degli *artt. 183 e 189 c.p.c.*, nonchè vizi di motivazione della sentenza impugnata, entrambi tali decisioni sono errate, perchè la corte d'appello non ha considerato che i fatti posti a base della pretesa risarcitoria puntualizzata in corso di causa dalla Fincom erano già contenuti nella prospettazione originaria, e quindi non integravano un'inammissibile mutatio libelli, e che - anche con riferimento alla domanda del Sig. G. - la tacita accettazione del contraddittorio ad opera della controparte avrebbe dovuto precludere la declaratoria d'inammissibilità di dette domande.
3.2. Il sesto motivo riguarda, invece, il mancato accoglimento di quella parte della domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla Fincom che la corte d'appello ha stimato ammissibile, siccome proposta sin da principio in via riconvenzionale nell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo.
La domanda era fondata su due addebiti rivolti al San Paolo: l'aver suggerito operazioni poi eseguite direttamente in qualità di controparte versando in conflitto d'interessi, e l'aver suggerito operazioni eccessivamente rischiose. La corte territoriale ne ha escluso l'accoglibilità sotto il primo profilo in base a due distinte ed autonome argomentazioni: perchè non era stata raggiunta la prova (ed appariva anzi inverosimile) che il danno del cliente non si sarebbe prodotto se l'operazione fosse stata eseguita tramite altro intermediario, anzichè direttamente in proprio dal San Paolo, e perchè l'operare in conflitto d'interessi nella fase prenegoziale può generare un obbligo di risarcimento del danno in capo all'istituto di credito, ma solo entro i limiti del cosiddetto interesse negativo (id quod interest contractus non fuisset), che però non era stato nella specie provato. Quanto al secondo addebito, la corte torinese ha ritenuto non dimostrato che le operazioni rivelatesi poi svantaggiose per il cliente fossero conseguenza di suggerimenti formulati dai funzionari del San Paolo.
Siffatta pronuncia - secondo i ricorrenti - è frutto di errata applicazione della *L. n. 1 del 1991, artt. 6 e 13*, oltre ad esser motivata in modo insufficiente e contraddittorio. La corte d'appello non avrebbe infatti compreso che il conflitto d'interessi non risiedeva nel modo e nei termini in cui le operazioni di cui si discute erano state compiute dal San Paolo, bensì nella decisione stessa di compierle. Il San Paolo, infatti, in forza dei doveri impostigli dalla sua qualità d'intermediario finanziario, avrebbe dovuto sconsigliare in proposito il cliente, anzichè incoraggiarlo, ed i guadagni lucrati dall'intermediario già di per sè dimostrano l'esistenza del contestato nesso di causalità tra l'operare del San Paolo in conflitto d'interessi ed il danno del cliente. Lamentano poi ancora i ricorrenti che la corte d'appello non abbia tenuto conto, a questo riguardo, dell'inversione A dell'onere della prova posta dalla citata *L. n. 1 del 1991, art. 13*, u.c., nè del fatto che le concrete modalità con cui le operazioni in valuta sono state attuate denotano come, nel porle in essere, il San Paolo non si sia attenuto all'obbligo di ricercare le migliori condizioni per il cliente. Viene infine contestata l'attendibilità delle deposizioni testimoniali rese dai funzionar dell'istituto di credito e la loro stessa capacità a deporre.
3.3. I due riferiti motivi di ricorso appaiono fondati, per alcuni profili, ed infondati per altri.
3.3.1. Quanto ai profili processuali, conviene subito chiarire che non possono trovare autonomo spazio censure concernenti pretesi vizi della motivazione del provvedimento impugnato, giacchè, con riferimento a detti profili, questa corte è anche giudice del fatto.
Venendo poi all'esame dei denunciati errores in procedendo, occorre ribadire il principio secondo cui il regime di preclusioni, introdotto nel codice di rito dalla *L. n. 353 del 1990*, è inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte al riguardo (cfr. tra le altre, Cass., 27 luglio 2006, n. 17152; e Cass. 11 maggio 2005, n. 9875).
Questo rilievo è sufficiente a far considerare prive di ogni fondamento le censure riguardanti, in modo specifico, la pronuncia d'inammissibilità della domanda di risarcimento dei danni tardivamente proposta dal Sig. G.. Non può infatti da alcun punto di vista ritenersi che detta domanda fosse, sia pur solo implicitamente, già contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, giacchè in quell'atto - diversamente da quello di opposizione a decreto ingiuntivo spiccato dalla Fincom - nessuna domanda riconvenzionale appare esser stata avanzata e non si vede davvero come le argomentazioni ivi formulate possano esser poste al servizio di un petitum risarcitorio del tutto inespresso.
Non altrettanto è invece a dirsi per la Fincom, che una domanda riconvenzionale di risarcimento dei danni ebbe sin da principio a formulare, sicchè, per quel che la riguarda, gli aspetti di novità riscontrati dalla corte d'appello attengono unicamente alla causa petendi, che in corso di giudizio sarebbe stata inammissibilmente ampliata in quanto all'addebito mosso al San Paolo di aver consigliato operazioni in conflitto d'interesse ed eccessivamente rischiose si è aggiunto quello di avere eseguito siffatte operazioni, non adeguate alle risorse finanziarie del cliente.
Sennonchè, premesso che il divieto di mutatio libelli è essenzialmente funzionale al rispetto dell'altrui diritto di difesa ed all'esigenza di ordinato e celere svolgimento del processo, onde la novità della domanda va apprezzata non tanto in relazione al tenore letterale delle espressioni adoperate dalla parte quanto alla diversità dei temi eventualmente introdotti in

causa, all'effetto di sorpresa che per la controparte possa derivarne ed alla necessità di un ampliamento del thema probandum che nel giudizio possa prodursi, il raffronto tra l'impostazione difensiva presente nell'atto introduttivo e la formulazione finale della domanda risarcitoria avanzata dalla Fincom dimostra come non di una domanda nuova si sia trattato, bensì di una semplice e consentita migliore enunciazione della stessa domanda.
Certamente nessuna novità di rilievo è ravvisabile nell'aver qualificato le operazioni di cui si discute come sproporzionate, anzichè eccessivamente rischiose, trattandosi soltanto di una più puntuale definizione di un concetto già implicito nella precedente espressione. Quanto, poi, all'aver fatto riferimento all'attività svolta dal San Paolo in esecuzione di tali operazioni, e non solo all'averle suggerite, non può trascurarsi che sin dal primo atto difensivo della Fincom la fase esecutiva è stata espressamente richiamata nell'ambito di un comportamento del San Paolo complessivamente descritto come non conforme ai precetti legali già più volte sopra ricordati: ragione per la quale lo scarto tra la prima e la successiva formulazione di detta domanda, identico essendo il petitum risarcitorio, non ha comportato l'enunciazione di ragioni di pretesa diverse e tali da richiedere indagini e difese che già non fossero sin da principio comprese nell'orizzonte della causa.
Sotto il profilo da ultimo considerato, dunque, la doglianza contenuta nel ricorso merita accoglimento, e ciò conduce ad individuare una prima ragione di cassazione dell'impugnata sentenza, rendendosi necessario procedere, in sede di rinvio, all'esame del profilo di domanda risarcitoria della Fincom infondatamente dichiarato inammissibile: quello concernente, cioè, l'asserito compimento da parte del San Paolo di operazioni sproporzionate per frequenza e dimensioni alla situazione patrimoniale della cliente Fincom.
Dovrà perciò valutare il giudice di rinvio: se le operazioni di cui si tratta avessero quelle negative caratteristiche d'inadeguatezza di cui i ricorrenti si lagnano; se, in conseguenza delle anzidette caratteristiche e tenuto conto di quanto disponeva l'art. 6 del regolamento Consob n. 8850 del 1994 a quel tempo in vigore, il San Paolo avrebbe dovuto astenersi dal porle in essere; se e quali danni, ove l'indicato obbligo di astensione fosse ravvisabile, la Fincon abbia sofferto a causa della violazione di esso.
3.3.2. La statuizione del giudice d'appello deve invece restare ferma - e si entra così nell'esame del sesto motivo di ricorso - nella parte in cui ha dichiarato non fondato il profilo della pretesa risarcitoria che si basava sul presupposto secondo cui il San Paolo avrebbe anche suggerito alla Fincom di compiere le sproporzionate operazioni di cui si è prima parlato.
La corte d'appello ha escluso, in punto di fatto, che quei suggerimenti vi siano stati o che abbiano avuto un qualche significativo rilievo, e le doglianze formulate dai ricorrenti a questo riguardo non colgono nel segno. Esse si risolvono in una denuncia dell'inattendibilità dei testi escussi in istruttoria e nell'assunto secondo cui tali testi (o almeno alcuni di loro) avrebbero dovuto esser dichiarati incapaci a deporre a norma *dell'art. 246 c.p.c.*. Sotto il primo aspetto appare però evidente come un siffatto tipo di doglianza sconfini nel giudizio di merito e non possa, di conseguenza, trovare ingresso in cassazione; sotto il secondo aspetto è sufficiente osservare che la veste di dipendenti o funzionari del San Paolo, i quali hanno materialmente mantenuto col cliente i rapporti da cui sono scaturite le pretese risarcitorie discusse in causa, non basta a rendere i testi titolari di un interesse che ne giustificherebbe la personale partecipazione al giudizio, e quindi non determina la loro l'incapacità a deporre.
3.3.3. Sono viceversa condivisibili ulteriori profili di doglianza contenuti nel sesto motivo di ricorso, che attengono al rigetto della domanda di risarcimento dei danni per operazioni compiute dall'intermediario in situazione di asserito conflitto d'interessi.
La corte d'appello, come si è ricordato, non si è soffermata a valutare se sussistesse o meno la situazione di conflitto d'interessi denunciata dalla difesa degli odierni ricorrenti, poichè ha escluso che, comunque, vi fosse la prova della dannosità dell'eventuale conflitto. E lo ha escluso sulla base della considerazione che le operazioni in questione, se anche compiute con un diverso intermediario, non avrebbero dato risultati differenti.
Un tale ragionamento non considera però che, in presenza di una situazione di conflitto di interessi non rivelata al cliente, o comunque in difetto di autorizzazione espressa del cliente medesimo, la disposizione contenuta nella lett. g) dell'art. 6 della dell'allora vigente *L. n. 1 del 1991* (diversamente da quanto ora prevede il *D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1* bis, lett. a e b) faceva espresso ed assoluto divieto all'intermediario di dar corso all'operazione. Perciò, alla stregua di quella norma, o si sarebbe dovuto ritenere che il tipo di operazione era tale da escludere in radice il lamentato conflitto d'interessi - ma la corte d'appello non ha formulato un accertamento in tal senso - o non si sarebbe potuto altrimenti far leva su dette modalità operative al solo fine di negare ogni possibile nesso causale tra l'operazione eventualmente implicante un conflitto di interessi ed i danni sofferti dal cliente.
Infatti, se la situazione di conflitto fosse configurabile, non sarebbero le concrete e specifiche modalità esecutive a venire in questione, ma il compimento stesso dell'operazione che non avrebbe dovuto affatto aver luogo. Ai fini dell'individuazione di un eventuale danno risarcibile subito dal cliente e del nesso di causalità tra detto danno e l'illegittimo comportamento imputabile all'intermediario, assumono rilievo le conseguenze del fatto che l'intermediario medesimo non si sia astenuto dal compiere un'operazione dalla quale, in quelle circostanze, avrebbe dovuto astenersi (sempre che, s'intende, risulti provato che nel caso in esame aveva l'obbligo di astenersene), non quelle derivanti dalle modalità con cui l'operazione è stata in concreto realizzata o avrebbe potuto esserlo ipoteticamente da altro intermediario.
Neppure è poi esatto, con riferimento alla seconda ed autonoma ratio decidendi formulata a questo riguardo dalla corte d'appello, che quel danno s'identifichi con il mero interesse negativo da responsabilità precontrattuale (di cui non è stata fornita la prova). Non è infatti precontrattuale la responsabilità in cui incorre l'intermediario che compia operazioni in

conflitto d'interesse, quando dovrebbe astenersene, ma si tratta invece - come già dianzi chiarito - di una vera e propria responsabilità da non corretto adempimento di obblighi legali facenti parte integrante del rapporto contrattuale d'intermediazione finanziaria in essere con il cliente:
quindi di una responsabilità contrattuale, con riferimento alla quale il richiamo alla nozione di interesse negativo appare fuor di luogo.
Anche sotto questo ulteriore profilo l'impugnata sentenza deve essere perciò cassata ed occorre dare corso ad un giudizio di rinvio volto, innanzitutto, ad accertare: se nelle operazioni in questione fosse o meno davvero ravvisabile un interesse del San Paolo configgente con quello della Fincom (tenendo peraltro conto che siffatto interesse non potrebbe in nessun caso identificarsi con quello alla percezione del compenso per l'opera prestata dall'intermediario, che è fisiologicamente presente in qualsiasi operazione d'intermediazione finanziaria non gratuita); se, in caso di risposta positiva al precedente quesito, il San Paolo abbia omesso di informare del conflitto la Fincom e di farsi eventualmente autorizzare al compimento delle descritte operazioni; se, in conseguenza di quanto sopra, fosse configurabile un obbligo del San Paolo di astenersi dal compimento di dette operazioni; se e quali danni la Fincom abbia risentito per il fatto che il suindicato obbligo di astensione, ove sussistente, sia stato violato dall'intermediario.
4. La cassazione dell'impugnata sentenza per le ragioni sopra illustrate sub 3.3.1. e 3.3.3. (assorbenti rispetto ad ogni altro rilievo) interessa anche i fideiussori Edilcentro e Sig. G., per gli eventuali riflessi che ne possano derivare sulla loro posizione debitoria nei confronti della banca creditrice, dovendosi nel giudizio di rinvio anche riesaminare se, alla luce della diversa ampiezza riconosciuta alla domanda risarcitoria proposta in via riconvenzionale dalla Fincom, restino pur sempre valide le considerazioni di tipo processuale in base alle quali la corte d'appello ha escluso che l'ipotetico accoglimento di detta domanda riconvenzionale possa giovare ai fideiussori in virtù del meccanismo di compensazione eventualmente innescato dalla contrapposizione di reciproche ragioni creditorie della stessa Fincom e del San Paolo.
5. Resta assorbito l'esame dell'ultimo motivo di ricorso, concernente la statuizione dell'impugnata sentenza in tema di spese processuali.
6. Il giudice di rinvio, identificato nella stessa Corte d'appello di Torino, ma in diversa composizione, provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

**P.Q.M.**

La corte, pronunciando a sezioni unite, accoglie il sesto ed il settimo motivo di ricorso, nei termini di cui in motivazione, dichiara assorbito l'ottavo motivo e rigetta i restanti, cassa l'impugnata sentenza in relazione alle censure accolte e rinvia la causa alla Corte d'appello di Torino, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche in ordine alle spese del giudizio di legittimità.
Così deciso in Roma, il 23 ottobre 2007.
Depositato in Cancelleria il 19 dicembre 2007

# IL CONTRATTO PRELIMINARE "AD EFFETTI ANTICIPATI": INQUADRAMENTO GIURIDICO E DISCIPLINA

Pittella Domenico
D.Lgs. 20-06-2005, n. 122
c.c. art. 1351
c.c. art. 2932

**FONTE** Notariato, 2013, 1, 59 *Contratto preliminare*
Il contributo, dopo aver rintracciato le origini della formula "contratto preliminare ad effetti anticipati", si sofferma sugli interessi che i contraenti soddisfano attraverso il ricorso a tale schema contrattuale, che riscuote grande successo nella prassi delle contrattazioni immobiliari. Al richiamo delle funzioni assolte, segue l'analisi dei vari tentativi dottrinali di inquadramento giuridico della figura, anche con riferimento alla contrattazione preliminare "pura". Particolare attenzione viene data a due questioni, oggetto di ampio dibattito in dottrina e in giurisprudenza, riguardanti la qualificazione del promissario acquirente immesso nel godimento anticipato della res e lo strumentario di rimedi a disposizione per il caso in cui la cosa promessa presenti vizi. Vengono, infine, segnalate talune questioni problematiche sollevate dal D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122.

Sommario: 1. Introduzione - 2. Origine della formula - 3. Funzioni pratiche - 4. Dottrina - 5. La qualificazione del promissario acquirente immesso nel godimento della res e l'intervento delle Sezioni Unite - 6. La tutela del promissario acquirente immesso nella disponibilità della res - 7. Legislazione - 8. Considerazioni conclusive

## 1. Introduzione

L'osservazione delle contrattazioni immobiliari consegna all'interprete un quadro all'interno del quale l'utilizzazione del modello contrattuale della compravendita cede il passo ad un procedimento più duttile e funzionale alla programmazione delle modalità e dei tempi dello scambio.
In particolare, le parti fanno ricorso con una certa frequenza alla sequenza contratto preliminare - contratto definitivo, che sovente è arricchita di pattuizioni accessorie: le obbligazioni derivanti dal contratto preparatorio hanno ad oggetto non solo la stipula del contratto definitivo ma anche la previa immissione del promissario acquirente nella disponibilità della *res* e/o la previa consegna di una somma di denaro, talvolta corrispondente all'intero prezzo della compravendita, al promittente alienante.
La particolare idoneità di tale schema a soddisfare le esigenze dei contraenti richiede un'opera di sistemazione, volta ad inquadrare la figura del contratto preliminare "ad effetti anticipati", a chiarire le funzioni assolte e a individuare la disciplina applicabile [(1)].

## 2. Origine della formula

Si impone un chiarimento terminologico sulla locuzione preliminare "ad effetti anticipati" o "ad esecuzione anticipata".
L'origine della formula si deve a quell'orientamento giurisprudenziale che considera le obbligazioni di pagare una somma di denaro e di consegnare la *res* derivanti direttamente dal contratto definitivo e spiega l'esecuzione delle stesse prima della produzione dell'effetto traslativo in termini di anticipazione degli effetti definitivi [(2)].
La formula non è giuridicamente corretta dal momento che effetti attuali (le obbligazioni c.d. anticipate) non possono trovare giustificazione in una fonte (il contratto definitivo) non ancora in essere [(3)]. Se così fosse, colui che ha eseguito la prestazione potrebbe ripeterla, perché indebita, prima della stipula del definitivo.
L'utilizzo di tale definizione si spiega in quanto la giurisprudenza prevalente si mostra in un primo momento contraria al riconoscimento del contratto preliminare "ad effetti anticipati", qualificando la fattispecie talvolta in termini di vendita definitiva [(4)] ovvero di precario [(5)], talaltra in termini di locazione [(6)].
In altre pronunce, invece, le Corti escludono la qualificazione in termini di vendita definitiva di quelle fattispecie in cui, pur sussistendo la pattuizione di prestazioni analoghe a quelle riconducibili alla vendita definitiva, risulta mancante l'effetto traslativo. Si legge, ad esempio: "la promessa di vendita non diventa vendita sol perché vi sia stata la semplice trasmissione del possesso ed un parziale pagamento del prezzo, poiché questi fatti compatibili con la semplice promessa, debbono essere considerati non una conseguenza del trasferimento del dominio, ma una non influente anticipazione su questo" [(7)].
Concentrate sulla configurabilità di tale figura, le Corti non si soffermano sulla fonte degli obblighi accessori a quello di concludere il futuro contratto, venendo a giustificare le suddette prestazioni in termini di anticipazione degli effetti definitivi.
Quando tale inquadramento viene superato, la locuzione contratto preliminare "ad effetti anticipati" continua nondimeno ad essere utilizzata. Ciò si spiega sia perché essa è entrata nell'uso comune, sia perché riesce con facilità ad indicare, sia pure da un punto di vista meramente descrittivo, l'analogia tra le prestazioni derivanti dal primo contratto e quelle finali, che trovano la propria fonte nel definitivo [(8)].
Sono state anche proposte, proprio per superare la contraddizione insita nella suddetta formula, le locuzioni "preliminare complesso" [(9)] e "preliminare misto" [(10)].

In tale lavoro si userà anche la prima locuzione indicata, sia pure con l'avvertenza di farvi ricorso per le suindicate ragioni e non in adesione alla superata ricostruzione giuridica.

## 3. Funzioni pratiche

Il successo del preliminare "ad effetti anticipati" nella prassi delle contrattazioni immobiliari, prima ancora che nelle aule dei Tribunali e nella manualistica, deve attribuirsi alla sua capacità di dare forma giuridica alla esigenza di programmare la produzione dell'effetto traslativo in un momento successivo ad una vicenda obbligatoria che vede le parti provvisoriamente immesse in una situazione economicamente simmetrica a quella finale.
Se con riguardo al preliminare c.d. puro il ricorso alla sequenza preliminare - definitivo viene spiegato col fatto che la parte può effettuare un controllo sull'affare che le consenta di rifiutare il definitivo ed essere, se del caso, legittimata passiva di una azione di adempimento piuttosto che legittimata attiva di una azione di annullamento o risoluzione del contratto di vendita [(11)], tale possibilità di controllo e di eventuale autotutela è avvalorata nel caso di "effetti anticipati". Infatti, la disponibilità del bene consente al promissario acquirente di accertarne la conformità alla promessa prima del trasferimento e di (eventualmente) rifiutare la stipulazione del contratto finale o di ricorrere *ex articolo 2932 c.c.* con contestuale pretesa all'eliminazione dei vizi o alla riduzione del prezzo. Il pagamento anticipato del prezzo garantisce il venditore dal rischio di inadempimento della controparte [(12)].
Le esigenze sottese all'utilizzo di tale strumento contrattuale, la cui struttura ne determina una preferenza rispetto ad altre figure parimenti capaci di creare una frattura tra vicenda obbligatoria ed effetto reale [(13)], si sono moltiplicate nel corso del tempo proprio in ragione della particolare "flessibilità" [(14)] di tale strumento.
Il ricorso a tale forma di contrattazione è assai frequente con riguardo alla vendita di immobili "sulla carta" (da costruire, in corso di costruzione o in fase di ristrutturazione) per la sua capacità di creare una correlazione tra l'avanzamento dei lavori e il pagamento del prezzo. In tal caso, tale strumento viene preferito alla compravendita di cosa futura, laddove l'effetto traslativo si verifica automaticamente al momento della venuta ad esistenza della cosa. Invece, attraverso il preliminare di vendita (di cosa futura) [(15)], la venuta ad esistenza della cosa non produce l'effetto traslativo ma è il presupposto dell'attualità dell'obbligo di contrarre il definitivo. Le parti possono così riservarsi di verificare l'esattezza dell'attuazione intervenuta *medio tempore*. A conferma di tale funzione di verifica e controllo può notarsi come la consegna del bene è normalmente fissata per una data precedente quella stabilita per la conclusione del definitivo, in modo tale da consentire al promissario acquirente i controlli necessari.
Una utilizzazione frequente del preliminare ad effetti anticipati si ha con l'apposizione della clausola per sé o per persona da nominare. In tal modo, il promissario acquirente può lucrare sulla differenza tra il prezzo pagato anticipatamente e quello che consegue attraverso l'*electio amici*. Il promittente venditore, soddisfatto dal pagamento anticipato del prezzo, è indifferente alla persona del futuro acquirente [(16)].
La circolazione della posizione giuridica del promissario acquirente viene realizzata anche attraverso la stipula di una promessa di vendita (di cosa altrui), di una ulteriore promessa di vendita (di cosa propria) e, infine, di una vendita tra promissario acquirente nel primo contratto preliminare e promittente alienante nel secondo: l'operazione, oltre a consentire all'intermediario di speculare sull'affare, ha evidenti vantaggi fiscali attuando un unico trapasso di proprietà [(17)].
Dall'analisi dei casi giurisprudenziali possono ricavarsi le seguenti fattispecie di preliminare ad effetti anticipati, le quali sono indicative dell'ampio utilizzo dello strumento [(18)]:
- Preliminare di vendita con consegna anticipata del bene e pagamento rateale del prezzo [(19)];
- Preliminare di vendita con riserva d'usufrutto con pagamento anticipato del prezzo [(20)];
- Preliminare di vendita di cosa futura con pagamento anticipato del prezzo ed eventuale consegna anticipata dell'immobile;
- Preliminare di permuta di area edificabile con appartamento da costruirsi sulla stessa, con consegna anticipata dei beni da permutare [(21)];
- Preliminare di vendita con clausola per sé o per persona da nominare, con pagamento anticipato del prezzo.

## 4. Dottrina

A dispetto dell'atteggiamento iniziale della dottrina, carente di approfondimento e limitato per lo più ad una mera descrizione del fenomeno [(22)], il panorama attuale dei contributi sulla contrattazione preliminare ad effetti anticipati è tanto variegato da rendere necessaria una sistemazione.
Un primo orientamento riconduce sia il preliminare cd. "puro" che quello "ad esecuzione anticipata" al medesimo tipo negoziale [(23)]. Si ritiene che dal contratto preliminare non derivi il mero impegno alla stipula del futuro contratto, bensì già l'impegno alla prestazione finale principale di trasferimento del diritto e di pagamento del prezzo [(24)]. Ciò perché la funzione del preliminare non è solo preparatoria ma coincide in parte con quella del definitivo. Allora il promittente, assumendo l'obbligo di assoggettarsi ad un vincolo negoziale, assume simmetricamente quello di dare esecuzione al contenuto che ne è oggetto [(25)]. Tale conclusione è giustificata "in base a quel principio di coerenza che nel comune intendimento pone a carico del promittente gli obblighi inerenti alla sua promessa" [(26)]. Se questa è la ricostruzione del preliminare puro, l'anticipata esecuzione delle prestazioni definitive "non contrasta con l'intendimento di tale contratto come impegno alla futura conclusione della vendita" [(27)], dal momento che tali prestazioni sono in ogni caso destinate a rappresentare l'attuazione del definitivo.

L'unico limite del contratto preliminare è rinvenuto nella incompatibilità di tale negozio con l'immediata produzione dell'effetto traslativo [(28)]: trattasi, infatti, di finalità per la quale il legislatore ha predisposto un altro tipo contrattuale, la vendita (1470 s.). Per il resto, è indifferente, ai fini della qualificazione della fattispecie come preliminare, che l'esecuzione del programma negoziale sia precedente o successiva alla assunzione del vincolo definitivo.
Tale ricostruzione è confortata da quelle sentenze che concedono al promissario acquirente, in sede di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, la riduzione del prezzo originariamente pattuito in presenza di vizi della cosa promessa e ciò a prescindere dalla esecuzione anticipata delle prestazioni [(29)].
Secondo altra linea di tendenza, che fa leva sulla idoneità del contratto preliminare ad esecuzione anticipata del definitivo a realizzare direttamente l'assetto di interessi proprio di una vendita, esso integra una vendita definitiva, seppure ad efficacia parzialmente differita [(30)]. Si è scritto che "se il contratto definitivo è la condizione o lo strumento per produrre non tutti ma solo alcuni (e siano pure i "finali" o "principali", oppure tutti salvo uno) degli effetti obbligatori o reali propri del suo tipo legale, lo stesso preliminare non si può distinguere da un definitivo ad effetti più o meno parzialmente differiti" [(31)].
Tale opinione distingue tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti. Mentre il primo viene inteso come il negozio da cui sorge la mera obbligazione di concludere il definitivo, il secondo è l'accordo che ha ad oggetto il trasferimento della *res* contro il corrispettivo del prezzo. Diverso è l'effetto finale perseguito dalle parti: nella prima figura è la conclusione di un futuro contratto, nella seconda è il trasferimento della proprietà e del prezzo. Di conseguenza, nel preliminare puro il trasferimento non si attua perché è effetto estraneo al programma intercorso tra le parti; nel definitivo ad effetti differiti tale effetto è proprio dell'accordo ma subordinato ad un ulteriore evento. Tale successivo fattore causale è rinvenuto nella ripetizione del contratto, vale a dire nell'atto con cui le parti iterano il negozio adempiendo alla obbligazione assunta precedentemente [(32)].
Nel caso di anticipata esecuzione del definitivo si rientra nell'ambito del definitivo ad efficacia parzialmente differita, in quanto il negozio produce effetti estranei a quelli riconducibili al preliminare puro. Con la ripetizione del contratto le parti fanno decorrere la produzione degli ulteriori effetti del negozio, i quali trovano pur sempre la loro fonte nell'accordo iniziale. Dunque, in caso di preliminare di vendita ad effetti anticipati, l'effetto traslativo, pur riconducibile all'accordo iniziale, si produce a decorrere dalla ripetizione del contratto.
Secondo un ulteriore indirizzo, le clausole che prevedono la consegna della cosa e il pagamento del prezzo incidono sullo schema del contratto preliminare in modo tale da scardinare la tipicità della fattispecie: il negozio sarebbe, perciò, atipico [(33)]. In particolare, si ritiene che le prestazioni c.d. anticipate trovino la loro fonte nella promessa di vendita, da considerarsi figura differente dal contratto preliminare, dal momento che "il contratto preliminare non può produrre un effetto diverso e maggiore dell'obbligo formale di concludere un futuro contratto" [(34)].
Ciò sarebbe dimostrato *dall'art. 2932 c.c.*, che regola esclusivamente l'ipotesi di mancata prestazione del consenso e, quindi, di inadempimento dell'obbligo di contrarre [(35)]. Stando a tale disposizione, la presenza di obblighi ulteriori rispetto a quello di concludere il futuro contratto, determinerebbe l'uscita della fattispecie da quella tipica [(36)].
Un'altra linea ricostruttiva ritiene che il preliminare di vendita configuri una ipotesi di vendita obbligatoria assimilabile a quella di tipo germanico, vale a dire di contratto dal quale sorge l'obbligazione di fare acquistare la proprietà mediante un successivo atto ad effetti reali [(37)].
Per quanto riguarda l'operazione ermeneutica sottesa all'ingresso di tale figura nel nostro ordinamento, un Autore [(38)] sostiene che essa rientra in via non già diretta ma estensiva nella previsione *dell'art. 1476, n. 2, c.c.*
Alla medesima Voce dottrinaria [(39)] deve attribuirsi la ricostruzione del preliminare ad effetti anticipati alla quale si sono ispirate le Sezioni Unite della Cassazione nella sentenza n. 7938 del 2008 [(40)]. L'A. ritiene che, in caso di preliminare ad effetti anticipati, accanto all'obbligo di procurare l'acquisto della proprietà, le parti possano anticipare, da un punto di vista meramente economico, le prestazioni oggetto del definitivo. In particolare, "in assenza del titolo traslativo, costituito dal contratto definitivo, le attribuzioni poste in essere dai promittenti sono provvisorie e quindi giustificabili in termini obbligatori, nel senso che essi si impegnano per un verso a non ripetere la somma e per altro verso a non pretendere la restituzione della cosa, in entrambi i casi fino a quando e se il definitivo non sarà concluso" [(41)]. Al momento della stipula del definitivo opera la compensazione tra credito nascente in virtù dell'effetto traslativo e debito derivante dalla ricezione della somma avvenuta precedentemente; con riguardo alla immissione nella disponibilità della cosa, invece, la consegna, esecutiva della vendita, si intende già avvenuta, con modificazione dell'originario titolo, che non può che essere obbligatorio [(42)].
In punto di qualificazione degli accordi che regolano la fase intermedia tra preliminare e definitivo, "è come se i promittenti ponessero in essere, da un lato, un mutuo gratuito e, dall'altro, un comodato, al fine di permettere, alla controparte, di disporre della somma e di lucrare gli interessi o di godere gratuitamente della cosa, salvo, in entrambi i casi, restituzione, in caso di mancata esecuzione del preliminare" [(43)].
Secondo un'ulteriore proposta ricostruttiva [(44)], dagli *artt. 1351 c.c.* e 2932 c.c. emergerebbero tre varianti tipologiche di contratto preliminare: un preliminare non eseguibile in forma specifica, riconosciuto *dall'art. 2932 c.c.* nella parte in cui fa salva una diversa regolamentazione del titolo, che consente alle parti di valutare nuovamente la convenienza della operazione economica a fronte di un risarcimento del danno; un preliminare eseguibile in forma specifica mediante il quale le parti si tutelano dalle eventuali sopravvenienze riservandosi la possibilità di rifiutare la stipula del definitivo; un accordo iniziale di un procedimento traslativo che predispone quasi integralmente l'assetto di interessi perseguito dalle parti, salvo il

rinvio dell'effetto traslativo ad un successivo atto.
Il riconoscimento legislativo di tale ultima tipologia viene individuato nell'art. 2932, II comma, c.c.: nella parte in cui l'ammissibilità della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre è subordinata all'offerta o all'esecuzione della propria prestazione, la disposizione presuppone che tale obbligazione sia stata precedente assunta e che, dunque, trovi fonte nel preliminare già stipulato (45).
Con tale accordo il promittente-venditore si obbliga a trasferire il diritto sul bene mediante un atto traslativo compiuto *vendendi causa* (46), mentre il promissario-acquirente si impegna al pagamento del prezzo pattuito come corrispettivo del bene.

## 5. La qualificazione del promissario acquirente immesso nel godimento della res e l'intervento delle Sezioni Unite

La natura giuridica del contratto preliminare ad effetti anticipati si presenta propedeutica all'individuazione della qualificazione giuridica del promissario acquirente immesso nel godimento anticipato della *res* (47).
Con riguardo alle opinioni espresse in dottrina su tale questione, qualificano il promissario acquirente come detentore tutti coloro che, come visto sopra, riconducono preliminare puro e ad effetti anticipati al medesimo tipo negoziale. L'ostacolo alla individuazione del possesso è individuato da tali Autori nel fatto che, non essendosi verificato l'effetto reale, l'esistenza di un titolo, che implica il riconoscimento della altruità del bene, impedisce di ravvisare nel promissario acquirente l'*animus possidendi*.
Per un altro orientamento dottrinale, pur producendo il contratto effetti obbligatori, il promissario acquirente, che abbia pagato integralmente il prezzo, è nondimeno qualificabile come possessore, accompagnandosi alla immissione nel godimento della *res* un diritto all'acquisto, suscettibile di tutela *ex* art. 2932 e, dunque, di rilievo diverso rispetto ai normali diritti personali di godimento (48). Il promissario acquirente, si è scritto, da un punto di vista economico-sostanziale "è legittimato a godere *ad modum domini* della cosa" (49) e "il godimento da lui conseguito ha un significato ben diverso dal godimento di un inquilino o di un affittuario" (50).
Alla qualificazione in termini di detenzione giunge, inoltre, sia chi ricostruisce la fattispecie in termini di contratto misto con tipo prevalente (51), sia chi vi rinviene una ipotesi di collegamento negoziale (52): i primi per l'affermata applicabilità della disciplina della locazione, i secondi ravvisando la stipula di un comodato accanto al preliminare.
In giurisprudenza, la qualificazione come detentore del promissario acquirente non è stata pacifica, tanto che si è resa necessaria una pronuncia delle Sezioni Unite per fare luce sulla questione.
In particolare, secondo un primo orientamento, la natura obbligatoria delle pattuizioni regolanti la fase intermedia tra preliminare e definitivo impedisce la trasmissibilità del possesso in capo al promissario acquirente. Ciò sia perché la presenza del titolo obbligatorio impedisce di configurare l'animus *res sibi habendi* in capo all'acquirente, sia per la estraneità al nostro ordinamento della trasmissibilità del possesso indipendentemente dal diritto reale di cui costituisce esercizio (53).
Altre pronunce, invece, ritengono che le parti contraenti di convenzione preliminare ad effetti obbligatori, attraverso la pattuizione della immissione anticipata nel godimento della *res*, trasferiscano il possesso della cosa e non già la mera detenzione. Ciò perché, mirando la volontà delle parti all'effetto traslativo, è a ciò coerente il trasferimento anticipato della situazione possessoria. Secondo tale orientamento, dunque, la consegna, essendo il possesso un fenomeno che prescinde dal fondamento giustificativo, è atto neutro, o negozio astratto, per il quale non si richiede affatto il requisito del fondamento causale (54).
Le Sezioni Unite della Cassazione intervengono su tale questione nel 2008 (55) a seguito del contrasto giurisprudenziale sulla qualificazione, in termini di possesso piuttosto che di detenzione, della disponibilità del bene conseguita dal promissario di una vendita immobiliare in forza di clausola del contratto preliminare che anticipa gli effetti del definitivo.
Nell'affrontare la questione sollevata, le Sezioni Unite si soffermano innanzitutto sulla natura giuridica del preliminare ad effetti anticipati, per poi inferire da ciò la qualificazione della posizione del promissario acquirente immesso nel godimento anticipato della *res*.
Esclusa la qualificazione in termini di contratto atipico (56), la Corte ricorre alla figura del collegamento negoziale per inquadrare il rapporto tra la contratto preliminare puro e le pattuizioni accessorie: sussistono, in tal caso, negozi funzionalmente collegati al preliminare e quindi ad esso connessi che, stipulati o meno contestualmente, restano autonomi tra loro rispondendo ciascuno ad una precisa funzione economico - sociale. Ne segue, in punto di disciplina, che ciascuno troverà la propria normativa nello specifico modello predisposto dal legislatore. Sulla scia di quanto già sostenuto da parte della dottrina (57), i giudici ravvisano, quanto alla concessione dell'utilizzazione della *res* da parte del promittente venditore al promissario acquirente, un comodato e, quanto alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore, un mutuo gratuito.
Con riguardo alla situazione del promissario acquirente, dunque, non è rinvenibile un esercizio di una attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale, bensì, configurandosi un contratto di comodato, essa ha natura di detenzione qualificata, esercitata nel proprio interesse ma alieno nomine. È ammessa invece la possibilità di invertire la detenzione in possesso nei modi previsti *dall'art. 1141 c.c.*, vale a dire attraverso il compimento di atti aventi valenza esterna e che consentano di desumere, anche al possessore, che il detentore ha iniziato a esercitare il potere di fatto sulla cosa nomine proprio.
La costruzione adottata dalle Sezioni Unite pare esorbitante rispetto al fine: anziché scomodare le figure del comodato e del

mutuo, la cui disciplina prevede la restituzione della cosa e della somma di denaro, la Corte avrebbe potuto individuare la fonte delle obbligazioni in clausole accessorie e aggiuntive a quella che prevede la stipula del definitivo [(58)].
Gli sviluppi giurisprudenziali successivi, pur confermando il *dictum* delle sezioni unite, non mancano di giustificare diversamente la soluzione [(59)].

## 6. La tutela del promissario acquirente immesso nella disponibilità della res

La giurisprudenza è inizialmente indirizzata nel senso meno favorevole al promissario acquirente negando al medesimo, in presenza di difformità della res rispetto a quanto promesso nel contratto, la tutela assicurata all'acquirente in caso di contratto definitivo di vendita [(60)].
Tale orientamento si basa su due argomenti:
- la garanzia per vizi è attivabile solo dopo la stipula del definitivo, conformemente alla dizione letterale *dell'art. 1492 c.c.* che si riferisce alla "garanzia per i vizi della cosa venduta" e non anche, quindi, della cosa promessa in vendita;
- non è possibile ottenere una correzione del contenuto del contratto preliminare (ai fini della riduzione del prezzo) alla luce del principio di intangibilità del contenuto del medesimo da parte del giudice adito per l'esecuzione in forma specifica.

In presenza di vizi della cosa promessa, dunque, il promittente acquirente è posto dinanzi alla rigida alternativa tra risoluzione del contratto preliminare ed esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre alle condizioni originariamente concordate. In talune pronunce, poi, la posizione del promissario acquirente è ulteriormente indebolita negandosi l'azione estimatoria anche ad effetto reale verificatosi, sul presupposto che, avvenuta la previa immissione nel godimento della *res*, i vizi non possono più considerarsi occulti [(61)].
A tale sistema rigido e sfavorevole per il promissario acquirente, monco di un rimedio nel caso in cui, nonostante la presenza di difformità, sussiste comunque l'interesse a concludere l'affare, fa seguito un *revirement* giurisprudenziale. Viene, infatti, progressivamente superato dalla giurisprudenza "il dogma della identità di contenuto tra preliminare e sentenza *ex* art. 2932" [(62)] attraverso una serie di pronunce della Cassazione che consentono, prima, di agire per l'esatto adempimento della promessa di consegna anticipata di un bene [(63)], poi, di ottenere la condanna alla eliminazione delle difformità o alla riduzione del prezzo pattuito [(64)].
La pronuncia che inaugura il nuovo corso giurisprudenziale riguarda un contratto preliminare ad effetti anticipati [(65)]. Con tale sentenza la Corte riconosce al promissario acquirente immesso nel godimento anticipato del bene la possibilità di agire con l'azione di esatto adempimento (della obbligazione di consegnare la cosa), al fine di ottenere l'eliminazione a spese del venditore dei vizi della cosa. La Corte rinviene l'elemento legittimante una tutela più ampia del promissario acquirente rispetto a quanto ritenuto dalla precedente giurisprudenza non già nell'obbligo di trasferire una *res* conforme a quanto promesso nel preliminare, ma nella obbligazione, avente titolo accessorio rispetto a quella di stipulare il definitivo, di consegnare la cosa promessa anticipatamente rispetto alla conclusione del definitivo. La Corte distingue chiaramente tra la garanzia per vizi della cosa venduta, il cui ambito di applicazione non comprende il caso in esame, e la tutela ordinaria cui il promissario acquirente immesso nel godimento anticipato della res ha diritto, per "la differenza ontologica tra l'obbligo di adempiere esattamente la consegna anticipata prevista come vincolo che concorre a formare il contenuto del preliminare, e l'obbligo della garanzia per vizi, che invece attiene alla vendita definitiva" [(66)]. In pratica, i giudici scindono la fonte delle obbligazioni che trovano fonte nel preliminare ad effetti anticipati in modo tale da fondare sul titolo da cui deriva il trasferimento in godimento una tutela diversa e concorrente rispetto a quella che deriva dalla fonte della obbligazione di prestare il consenso per addivenire alla stipula definitiva.
La condanna all'esatto adempimento della suddetta obbligazione comporta, in difetto di esecuzione da parte del condannato, l'esecuzione forzata di cui agli *artt. 612-614 c.c.* e quindi, in definitiva, un credito in denaro del promissario nei confronti del promittente. In tal modo, se è ancora dovuto il prezzo, opera la compensazione tra le rispettive posizioni creditorie, giungendosi "indirettamente ad un risultato corrispondente ad una riduzione del prezzo" [(67)].
Dunque, pur riconoscendosi maggiore tutela al promissario acquirente, viene da un lato negata l'applicabilità della garanzia per vizi occulti, dall'altro prospettata una tutela differenziata per l'acquirente immesso nel godimento anticipato del bene e per quello che ha pattuito la mera conclusione del definitivo.
La successiva giurisprudenza prescinde dalla distinzione tra preliminare ad effetti anticipati e preliminare ordinario, individuando la prestazione, cui si obbliga il promittente, nel trasferimento di una cosa fisicamente e giuridicamente conforme a quanto stabilito nel preliminare [(68)].
In particolare, con la pronuncia delle Sezioni Unite del 1985 [(69)] viene definitivamente superato il principio della intangibilità del preliminare ad opera della sentenza costitutiva *ex art. 2932 c.c.*: viene, infatti, affermato che la corrispondenza tra preliminare e sentenza *ex art. 2932 c.c.* implica, in caso di difformità o vizi della cosa, che il giudice intervenga a ripristinare l'equilibrio contrattuale in modo tale da rendere i termini dell'esecuzione conformi all'impegno. Si violerebbe, altrimenti, il rispetto della volontà delle parti quale risultante dal programma tra le stesse intercorso e, d'altro canto, riconoscendosi la sola risoluzione del contratto quale alternativa alla accettazione della cosa viziata, uscirebbe pregiudicato il principio di conservazione dei contratti (oltre che in parte tacitamente abrogata la previsione *dell'art. 2932 c.c.*) [(70)].
Oltre a tali rilievi, i giudici giustificano la concessione della azione per la riduzione del prezzo sulla base del carattere generale della stessa, come si desume anche dalla disposizione di cui *all'art. 1464 c.c.* la quale, in caso di impossibilità

parziale della prestazione, prevede la proporzionale riduzione della controprestazione. Essa è finalizzata alla tutela del sinallagma contrattuale, in quanto permette la realizzazione della operazione economica nonostante l'intervento di fattori perturbativi esterni.
L'unico limite per il giudice, pur sempre ricollegato dalla pronuncia al rispetto dell'equilibrio voluto dalle parti, è quello emergente dalla presenza di difformità o vizi tali da rendere il bene oggettivamente diverso per struttura e funzione da quello promesso o da incidere sulla destinazione del bene all'uso pattuito: in tal caso, una pronuncia costitutiva del trasferimento verrebbe sostanzialmente a stravolgere i termini contrattuali. In questa ipotesi, l'esecuzione specifica del contratto avrebbe come risultato non già l'adattamento dell'originario contenuto del contratto alla situazione reale, bensì un sostanziale stravolgimento della volontà delle parti. Perciò, al promissario acquirente non resta che il rimedio della risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il risarcimento del danno.
Per il resto, il veicolo predisposto *dall'art. 2932 c.c.* non osta, ma, come detto, impone la riformulazione dei termini di scambio ad opera del giudice, di modo che la stessa nozione di tutela costitutiva, intesa come accertamento delle condizioni necessarie per la produzione degli effetti di un diritto potestativo [(71)], ne esce bisognosa di ripensamento. Infatti, il riconoscimento di tutele sostanziali quali la riduzione del prezzo o l'eliminazione dei vizi diviene incompatibile con una funzione giudiziale limitata alla mera riproduzione del preliminare: intanto può darsi produzione degli effetti stabiliti dalle parti, in quanto "essi, ridefiniti e riformulati dal giudice, soddisfino la domanda del promissario-acquirente" [(72)].
La pronuncia citata, dunque, afferma che il risultato di riequilibrare le prestazioni può ottenersi per il tramite, oltre che della riduzione del prezzo, della condanna alla eliminazione dei vizi. Tale riconoscimento suscita perplessità in quella parte della giurisprudenza che, affermando l'applicabilità al promissario acquirente *dell'art. 1492 c.c.*, esclude la possibilità di esercitare una azione negata persino all'acquirente definitivo, per la incompatibilità tra una condanna ad una prestazione di fare, l'eliminazione dei vizi, e il contenuto dell'impegno assunto dal venditore o dal promittente venditore, consistente in un dare [(73)].
Prevale l'orientamento per cui, nel caso in cui la cosa sia affetta da vizi o difformità, il promissario acquirente che non opti per la risoluzione del contratto può chiedere, contestualmente o disgiuntamente rispetto all'azione prevista *dall'art. 2932 c.c.*, alternativamente la riduzione del prezzo oppure l'eliminazione dei vizi [(74)]. Il riconoscimento di entrambi tali rimedi passa per la differenziazione tra la situazione del promissario acquirente e quella dell'acquirente definitivo: nel primo caso, il soggetto ha diritto di ottenere il trasferimento del bene con le caratteristiche fissate nel preliminare; nel secondo, invece, consistendo l'obbligazione principale del venditore in un dare, costui, una volta adempiutovi con la consegna della cosa, non può essere costretto ad un *facere* per eliminare gli eventuali vizi esistenti, ma può soggiacere soltanto alla risoluzione del contratto o, alternativamente, alla riduzione del prezzo, in applicazione della garanzia derivante dal contratto di compravendita.
Il diritto alla riduzione del prezzo ha, dunque, diverso fondamento nell'una e nell'altra fattispecie: nella prima esso è ricollegato al fatto che in sede di esecuzione specifica il promissario ha diritto di ottenere proprio quello cui aveva diritto in virtù del contratto preliminare; nella seconda, a ciò che dalla compravendita deriva un obbligo di garanzia ex *art. 1492 c.c.*
Con tale pronuncia cala una fitta nebbia sulla concezione per cui l'obbligazione derivante dal preliminare ha ad oggetto la prestazione di acconsentire: non potrebbe in tal modo spiegarsi la disponibilità e della condanna all'esatto adempimento e della riduzione del prezzo. L'obbligo derivante dal preliminare viene inteso in senso sostanzialmente traslativo e il preliminare inquadrato quale "comune contratto obbligatorio, con cui le parti si promettono "prestazioni", più che "consensi" [(75)].
Il bisogno di tutela del promissario acquirente viene soddisfatto attraverso la concessione di un rimedio, quello della riduzione del prezzo, che consente di riequilibrare il sinallagma contrattuale e di soddisfare l'interesse del promissario al mantenimento della operazione economica.
Lungo la medesima direzione, può inquadrarsi la concessione del rimedio della riduzione del prezzo anche a prescindere dall'esercizio della azione per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto: a tale risultato perviene la giurisprudenza più recente sul rilievo che, ridotto il prezzo, le parti possono addivenire liberamente al contratto definitivo [(76)]. Tale ultima spiaggia della descritta evoluzione giurisprudenziale evidenzia la funzionalizzazione della stessa alla soddisfazione del bisogno di tutela del promissario acquirente.
Non è necessario, in tale ultima prospettiva, né la conclusione del contratto definitivo, né la instaurazione del giudizio *ex art. 2932 c.c.* per ripristinare l'equilibrio contrattuale: è sufficiente adire il giudice perché il contenuto del contratto preliminare venga corretto.
Va detto, però, che sul rapporto tra azione tesa a ottenere l'eliminazione dei vizi e quella volta alla riduzione del prezzo, da un lato, e la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre, dall'altro, non si registra sintonia nel panorama giurisprudenziale. Infatti, mentre per talune pronunce le prime azioni sono dirette ad assicurare l'effettiva soddisfazione della pretesa creditoria pur sempre all'interno del procedimento per l'esecuzione specifica *ex art. 2932 c.c.*, per altre, come si è appena visto, deve riconoscersi anche la possibilità di prescindere dalla domanda di esecuzione specifica, in modo tale da concludere il contratto definitivo successivamente all'ottenimento del riequilibrio delle prestazioni, in via consensuale o coattiva [(77)].
I poteri del giudice non si esauriscono in quelli predetti [(78)], venendo in rilievo quelli integrativi e specificativi nel caso in cui si renda necessario riempire lacune regolamentari *ex art. 1374 c.c.* [(79)], nonché quelli riequilibrativi "nella situazione in

cui siano intervenute modificazioni oggettive che, senza determinare la impossibilità prevista dall'art. 2932 come ragione impeditiva dell'esecuzione specifica, lasciano presumere che la riproduzione letterale nella sentenza di tutte le clausole previste per il contratto da concludere, non realizzi più gli interessi delle parti, così come essi erano stati apprezzati al momento dell'assunzione dell'obbligo a contrarre" [(80)].
In particolare, si sostiene che il rimedio in esame "consente di riconoscere al giudice, nella prospettiva di conformare il contenuto della decisione al risultato cui mira il precetto negoziale predisposto dalla volontà privata col contratto preliminare, poteri che sono non solo di integrazione (*ex art. 1374 e 1349 c.c.*) e di adeguamento, in applicazione dei principi dell'impossibilità parziale sopravvenuta, di cui agli *artt. 1258 e 1464 c.c.*, ma anche di specificazione, analoghi a quelli previsti per l'esecuzione forzata degli obblighi di fare *dall'art. 612 c.p.c.*" [(81)].

## 7. Legislazione

Sono numerose le disposizioni legislative riguardanti specificamente il preliminare ad effetti anticipati.
Fondamentalmente, il legislatore muove dalla preoccupazione di tutelare il promissario acquirente che, pagata una somma di denaro prima della acquisizione della titolarità del diritto, è esposto al rischio di non recuperare la stessa in caso di interruzione della fattispecie acquisitiva.
Così, ricorrendo i presupposti richiesti dall'art. 2775 *bis*, i crediti per mancata esecuzione del preliminare sono assistiti da privilegio speciale sull'immobile oggetto del preliminare [(82)].
Con riferimento ai contratti preliminari aventi ad oggetto un immobile da costruire, l'*art. 2 del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122* prevede l'obbligo di rilasciare fideiussione a garanzia della restituzione delle somme riscosse dal promittente prima del trasferimento della proprietà, per il caso in cui sopravvenga una delle situazioni di crisi previste dal successivo art. 3.
Tale tutela è più che dimezzata per via della posizione attribuita all'autorizzazione amministrativa [(83)] nel contesto della disciplina. La giurisprudenza di legittimità subordina l'applicazione della tutela alla richiesta del permesso di costruire, in tal modo sottraendo alla disciplina protettiva del promissario acquirenti tutti i contratti per i quali manchi tale autorizzazione [(84)]. La normativa pare peccare di irragionevolezza e suscita, perciò, dubbi di illegittimità costituzionale *ex art. 3 Cost.* in quanto lascia il promissario privo di tutela "proprio là dove il rischio per l'acquirente è ancora più accentuato, potendo l'immobile da costruire essere destinato a rimanere tale solo nelle intenzioni del costruttore" [(85)].
Alla prescrizione sulla forma del contratto preliminare (*art. 1350 c.c.*), si aggiunge ora la predeterminazione legale del contenuto dei contratti preliminari rientranti nell'ambito di applicazione del *D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*.
L'art. 6 di detto decreto, prevedendo le indicazioni che i contratti "devono contenere", consente al promissario di compiere una scelta più consapevole, colmando l'asimmetria informativa tipica dei rapporti tra promittente e promissario. Si tratta di una tecnica ben nota alla legislazione comunitaria. In pratica, la possibilità del contrante informato di tramutare le informazioni in suo possesso in vantaggi a discapito di controparte, è assunta dal legislatore come elemento da correggere, mediante la imposizione dell'obbligo di condividere le informazioni.
Si tratta della tutela di un interesse non solo privato (facente capo al contraente privo di informazioni) ma anche pubblico: quello allo svolgimento delle contrattazioni in un mercato concorrenziale, ove la circolazione della ricchezza segue a scelte consapevoli e ponderate degli attori [(86)].
L'assenza di una espressa sanzione per la mancata conformazione del contratto al contenuto di cui all'art. 6 non pare allora di ostacolo alla comminazione della nullità c.d. di protezione, già in altri settori chiamata a rimediare ad una scelta non sorretta dalle informazioni richieste, a tutela di un interesse insieme pubblico e privato [(87)].
Il rimedio sarebbe così nella disponibilità del promissario acquirente, che può valutare la convenienza della operazione economica, nonostante l'assenza delle informazioni prescritte.
Una tutela speciale è apprestata al promissario acquirente qualificato dal bisogno dell'abitazione o della sede ove esercitare l'attività economica: il curatore fallimentare non può sciogliere il "contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-*bis* del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente" (art. 72, comma VIII, *l. fall.*).
La disposizione è applicabile anche al preliminare avente ad oggetto immobili da costruire, ove sussista la funzionalizzazione dello stesso alla soddisfazione del predetto bisogno abitativo. Dubbi in proposito potrebbero sorgere per via del successivo art. 72 *bis* che, riferendosi ai contratti di cui all'*art. 5 D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, prevede il potere del curatore di sciogliere il contratto o di darvi esecuzione. Le perplessità si sciolgono ove si consideri che l'art. 72 *bis* si preoccupa solamente di regolare i rapporti tra escussione della fideiussione e potere di scioglimento del contratto, mentre è indifferente alla esigenza di sottrarre al curatore determinati contratti per gli interessi che questi mirano a soddisfare [(88)].
Al contratto preliminare che prevede l'immissione nella disponibilità nell'immobile, fa riferimento l'*art. 9 del D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, ove il legislatore, onde tutelare l'affidamento nella disponibilità dell'abitazione, adibita dal promissario ad abitazione principale per sé o per un proprio parente di primo grado, costituisce un diritto di prelazione per il caso di espropriazione forzata del bene.
Nella normativa a tutela del promissario acquirente qualificato dal bisogno di abitazione rientrano, inoltre, l'*art. 10 D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122* e l'art. 67, comma III, lett. c, *l. fall.*, ove si prevede l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare, rispettivamente, dei preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro

dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado e dei preliminari trascritti e aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo, destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado.
In entrambi i casi si richiede che i contratti siano conclusi a giusto prezzo. Pare, allora, acquisito al dato legislativo che la veste di *pactum de contraendo* di covelliana memoria è ormai inadeguata al contratto preliminare, il quale si posiziona all'interno di una fattispecie acquisitiva del diritto, programmando l'intera operazione economica.

## 8. Considerazioni conclusive

L'esame del contratto preliminare ad effetti anticipati mostra come il processo di "normalizzazione" [(89)] del contratto preliminare sia giunto a conclusione.
La figura di covelliana memoria, fonte del mero obbligo di concludere un futuro contratto già delineato nei suoi elementi essenziali, mostra la sua inadeguatezza a spiegare un procedimento di realizzazione dell'affare che si articola in un primo atto che programma l'intera operazione economica con la produzione di taluni effetti tipici della vendita e in un secondo atto che, oltre ad eseguire il programma intercorso tra le parti tramite la produzione dell'effetto traslativo, consente di valutare ulteriormente l'affare rifiutandolo o portandolo a termine solo a seguito di una adeguata correzione.
Il contratto preliminare ha i caratteri di un comune contratto obbligatorio, fonte di promesse di prestazioni oltre che di consensi.
L'idoneità del preliminare a programmare lo scambio è riconosciuta dalla L. 31 dicembre 1996, n. 669 che, conferendo effetti prenotativi alla trascrizione del preliminare, prende atto che la posizione giuridica del promissario è proiettata alla titolarità del diritto [(90)].
Le regole elaborate dalla giurisprudenza, come si è visto, sono capaci di tutelare adeguatamente l'interesse alla definizione e alla conservazione della operazione economica.
Può dirsi allora che la storica riluttanza a configurare un tipo di vendita sottratto alle maglie del principio consensualisto e comunque sottoposto alla disciplina predisposta dagli artt. 1470 s. c.c. non sia stata di ostacolo a trarre i necessari corollari da una figura che programma uno scambio di cosa contro prezzo. Il riconoscimento al promissario acquirente dell'azione per l'eliminazione dei vizi va addirittura oltre i risultati ottenibili tramite l'applicazione della disciplina della vendita.
Può ipotizzarsi che, se il nostro ordinamento contemplasse un tipo di vendita obbligatoria, il contratto preliminare sarebbe sconosciuto alla prassi delle contrattazioni, al pari del Vorvertrag [(91)] nella contrattazione tedesca. In presenza di una disciplina della vendita in cui l'effetto traslativo è legato immediatamente o mediatamente al consenso delle parti, l'esigenza di frammentare lo scambio in due fasi continua a trovare adeguata sistemazione nelle soluzioni giurisprudenziali e legislative sul contratto preliminare [(92)].
Gli sviluppi successivi potranno dire se la proiezione del diritto del promissario acquirente alla realità, riconosciuta tanto *dall'art. 2932 c.c.* quanto dall'art. 2645 *bis* c.c., consenta di apprestare una tutela più vicina a quella del possessore che a quella dell'inquilino, rispetto al quale il promissario vanta una situazione in divenire.

---

(1) Tale opera di sistemazione, che rientra nelle funzioni proprie del giurista, pare necessaria anche nella prospettiva europea. Il dibattito sui procedimenti di vendita nel diritto privato europeo, rivitalizzato dal *Draft Common Frame of Reference*, impone all'interprete di rintracciare gli strumenti utilizzati a livello nazionale e di iscriverli all'interno di un genotipo sovranazionale. V. Principles, *Definitions, Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, full edition, a cura di Von Bar e di Clive, München, 2009. Per una lettura della scelta effettuata in punto di modelli per il trasferimento della proprietà v. G. Donadio, *Il trasferimento della proprietà nel modello del Draft Common Frame of Reference*, ne *I contratti*, 2011, 3, 303 s.
(2) La pronuncia che per prima utilizza la formula "consegna anticipata" con riferimento alla dazione del bene al futuro acquirente è Cass. 10 luglio 1929, n. 2681, in *Rep. Foro it*., 1929, Vendita, 69. Successivamente App. Bari 20 febbraio 1936, in *Corti Bari*, 1936, 176, ove si fa riferimento alla "anticipazione di un fatto che doveva conseguire alla attuazione della scambiatasi promessa di vendita". V. inoltre Cass. 30 dicembre 1968, n. 4090, in *Giur. it*., 1969, I, 166, ove si legge "il versamento effettuato a titolo di acconto sul prezzo, in occasione della stipula di un preliminare, costituisce anticipata parziale esecuzione di una delle obbligazioni nascenti dal futuro contratto".
(3) V. per tutti G.B. Portale, *Principio consensualistico e conferimento di beni in proprietà*, in *Riv. soc*., 1970, 941, nota 63. In giurisprudenza, per l'inquadramento in termini di obbligazioni caratterizzate da un proprio titolo diverso dalla vendita: Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, in *Foro it*., 1977, I, 669, con nota di A. Lener, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*; Cass. 5 agosto 1977, n. 3560, in *Foro it*., 1977, I, 1, 2465, con nota senza titolo di A. Lener; Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, in *Foro it*., 1981, I, 177; Cass. 11 agosto 1982, n. 4562, in *Rep. Foro it*., 1982, Vendita, 16.
(4) Cass., sez. un. 8 ottobre 1925, in *Monit. Trib*., 1926, 455; Cass. 3 agosto 1933, in *Monit. Trib*., 1933, 819.
(5) App. Catanzaro 11 maggio 1936, in *Riv. Dir. Comm*., 1946, 247.
(6) Cass. 16 gennaio 1942, n. 131, in *Rep. Foro it*., 1942, Vendita, 10-29.
(7) App. Genova 4 marzo 1940, in *Temi gen.,* 1940, 709.
(8) D. Cenni, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contratto e Impresa*, 1994, 1119.
(9) Cenni, *Il contratto* cit., 1119.
(10) P.E. Corrias, *La nuova disciplina del contratto preliminare e le attuali prospettive di inquadramento del c.d. preliminare ad effetti anticipati*, in *Riv. dir. proc. civ*., 1998, 1031.
(11) Individuano la convenienza della contrattazione preliminare nella possibilità di effettuare un controllo ed una verifica dei presupposti

ritenuti essenziali in modo tale da rifiutare, se del caso, la stipula del definitivo esponendosi all'azione della controparte (cosa più vantaggiosa dall'essere legittimati attivi nell'azione di annullamento o risoluzione di un contratto di vendita) tra gli altri G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, 152 s.; A. Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it*., 1987, I, 1, 697.

(12) Gabrielli, *Il contratto* cit., 152 s.; P. Mazzamuto, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2007, 32. Quella appena esplorata è la funzione della sequenza preliminare - definitivo, che parte della dottrina mantiene distinta dalla causa sia del preliminare che del definitivo, sul rilievo che la scissione non è un atto di disposizione e manca, perciò, di una causa in senso tecnico. Si osserva, infatti, che mentre l'articolazione della operazione in due fasi negoziali consente un miglior controllo dell'affare o, comunque, di realizzare quanto ancora necessario per pervenire al definitivo assetto di interessi, la promessa di vendita ha causa preparatoria (e per alcuni studiosi già di vendita) e il contratto definitivo entra in gioco quando la funzione di controllo è già conclusa. In altre parole, il controllo realizzato dalle parti attraverso l'articolazione in due fasi della sequenza è considerato in tale prospettiva quale "*res facti*, come un vantaggio che consegue in modo naturale alla dilazione, specie alla postergazione del definitivo rispetto alla consegna". In tal senso R. Sacco-G. De Nova, *Il Contratto*, in *Tratt. dir. civ*., 3, II, Torino, 2004, 271. Per l'opinione contraria, che considera tale funzione "causa in senso propriamente giuridico del preliminare" v. G. Gabrielli, *Sintesi di informazione. Contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ*., 1987, II, 416.

(13) Il riferimento è alla vendita con riserva di proprietà laddove, pur sussistendo l'anticipazione del pagamento del prezzo e della immissione nel godimento della *res*, l'effetto traslativo viene semplicemente differito al pagamento dell'ultima rata di prezzo, producendosi automaticamente a tale momento. In caso di preliminare ad effetti anticipati, invece, l'effetto traslativo è rinviato ad un atto contrattuale che consente di svolgere una funzione di controllo sull'esecuzione di quanto programmato dalle parti attraverso il preliminare.

(14) Mazzamuto, *L'acquisto di immobili* cit., 32.

(15) Nelle pronunce giurisprudenziali è ricorrente l'espressione "preliminare di vendita di cosa futura" (v. per tutte Cass. 17 novembre 1977, n. 5028, in *Foro it*., 1978, I, 2017) la cui improprietà emerge dal fatto che il definitivo avrà ad oggetto un bene non futuro ma presente al momento della stipula. Così G. Furgiuele, *Vendita di "cosa futura" e aspetti di teoria del contratto*, Milano, 1974, 120.

(16) Sulla compatibilità della clausola per persona da nominare con il preliminare ad effetti anticipati v. De Matteis, *La contrattazione preliminare* cit., 119; R. Braccini, *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur*., IX, Roma, 1988, 2; Aa.Vv., *Circolazione del contratto preliminare*, Milano, 2011, 70 s.

(17) V. D. Falconio, *Preliminare di vendita di cosa altrui o parzialmente altrui ovvero un'aquila che si crede un pollo*, in *I quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2009, 94 s.

(18) Mazzamuto, *L'acquisto di immobili* cit., 33; De Matteis, *La contrattazione preliminare* cit., 56 s.

(19) Tale modello è particolarmente utilizzato nel caso in cui, pur non disponendosi della somma necessaria per l'acquisto, sussiste comunque l'esigenza di utilizzare il bene. Si pensi all'urgenza abitativa in assenza della somma richiesta per l'acquisto della abitazione. Attraverso la contrattazione preliminare ad effetti anticipati il promissario acquirente soddisfa immediatamente il bisogno abitativo mentre il promittente venditore resta proprietario del bene. In genere si ricollega a tale pattuizione un contratto di mutuo con cui, nel lasso di tempo intercorrente tra preliminare e definitivo, il promissario acquirente si procura la somma di denaro necessaria a concludere l'operazione interamente considerata. Per i riferimenti giurisprudenziali e per la problematica attinente agli interessi compensativi sul prezzo di vendita v. De Matteis, *La contrattazione preliminare* cit., 56 s.

(20) Il modello è particolarmente utilizzato per soddisfare l'esigenza di persone anziane che vogliono continuare ad abitare la casa di abitazione e nel contempo realizzare il prezzo della stessa. Dunque, accanto all'obbligo di stipulare una vendita definitiva con riserva d'usufrutto, si situa quello di pagare integralmente il prezzo; si prevede, inoltre, di stipulare il definitivo a semplice richiesta del promissario acquirente. V. in giur. *Cass. 10 dicembre 1993, n. 12155,* in *Riv. giur. edilizia*, 1994, I, 493.

(21) V. su tale modello De Matteis, *La contrattazione preliminare* cit., 61 s.

(22) Tra gli ani "50 e "70 l'interesse degli Autori è talmente concentrato sulla sistemazione dogmatica delle figure del preliminare e del definitivo che i contributi in materia di "anticipazione degli effetti" sono rari e carenti di specifica analisi. Emblematica è l'attenzione prestata da D. Rubino, *La Compravendita,* in *Trattato dir. civ. e comm.*, II, XXIII, Milano, 1962, 32, nota 10 dove l'Autore si limita a riportare l'orientamento giurisprudenziale per cui "sebbene la consegna della cosa e il pagamento del prezzo costituiscano normalmente atti esecutivi di una vendita definitiva già conclusa, tuttavia essi, se già avvenuti, non importano sempre e necessariamente che il contratto stipulato sia già una vendita definitiva, e non escludono che invece possa trattarsi di una semplice promessa di vendita, in quanto quegli adempimenti rappresentino solo una esecuzione anticipata della futura vendita definitiva, qualora la volontà delle parti vada interpretata in tal senso" e non menziona il contratto preliminare ad effetti anticipati nell'indice alfabetico analitico. Neanche una nota monografia degli anni "70 (Gabrielli, *Il contratto* cit.) si sofferma sul preliminare ad effetti anticipati se non per confermare la funzione generalmente assegnata alla contrattazione preliminare (171 s.).

(23) V. Guglielmo, *Contratto preliminare ad effetti anticipati e garanzia per i vizi*, in *Riv. Not*., 1988, 676 s.; A. Di Majo, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur*., XII, Roma, 1990, 4 s.; C.M. Bianca, *Il contratto*, Diritto Civile, II, III, Milano, 2000, 186. Tale orientamento può essere inquadrato come lo sviluppo delle considerazioni effettuate già nei primi anni 70 da Bianca (C.M. Bianca, *Osservazioni sul contratto preliminare di vendita*, Studi in onore di G. Scaduto, I, Padova, 1970, 139 s.).

(24) Bianca, *Osservazioni sul contratto preliminare* cit., 153.

(25) Bianca, *Osservazioni sul contratto preliminare* cit., 152.

(26) Bianca, *Osservazioni sul contratto preliminare* cit., 152.

(27) Bianca, *Osservazioni sul contratto preliminare* cit., 154.

(28) Bianca, *Osservazioni sul contratto preliminare* cit., 154.

(29) V. in particolare Cass. 13 maggio 1982, n. 3001, in *Giust. civ*., 1982, I, 2697 s.; *Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720,* in *Giust. civ*., 1985, I, 1631 s.

(30) L. Montesano, *Obbligo a contrarre*, in *Enc. Dir*., XXIX, Milano, 1979, 511; L. Montesano, *La sentenza ex art. 2932 c.c. come accertamento costitutivo dell'equipollenza tra contratto preliminare e contratto definitivo ad effetti differiti*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, 239 s. Nello stesso ordine di idee di Montesano, A. Proto Pisani, *Spunti per una rilettura del contratto preliminare di compravendita con consegna anticipata*, in *Giust. civ*., I, 1997, 1985 s.

[31] Montesano, *La sentenza ex art. 2932 c.c.* cit., 241.
[32] Proto Pisani, *Spunti per una rilettura del contratto preliminare* cit., 1900. Diversamente ritiene N. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 41 s.: "il nesso tra contratto preliminare e definitivo non integra un fenomeno di ripetizione. L'effetto del contratto preliminare consiste nell'obbligo di concludere un contratto futuro (art. 2932, I comma, c.c.); l'effetto del contratto definitivo consiste nella vicenda di rapporto giuridico, che la norma ricollega al tipo di negozio scelto dalle parti. Gli effetti non sono identici; né l'un negozio è equivalente dell'altro. È poi agevole rilevare che, nella figura studiata (*la ripetizione*), l'effetto, perseguito dalle parti, nasce dal primo, e non dal secondo negozio; mentre, in caso di preliminare, esso nasce dalla combinazione dei due negozi.". Per l'Autore la figura preliminare - definitivo integra, invece, una ipotesi di negozi continuativi, sulla quale v. la definizione di F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 352 (richiamato da Irti) "il momento unificatore non è fisico ma teleologico ossia tanto gli eventi quanto le azioni sono molteplici e distinti, ma li unifica la identità del fine, onde la formula della continuazione dell'atto è data dalla unità del fine con pluralità di eventi e di azioni".
[33] Portale, *Principio consensualistico* cit., 938; A. Lener, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo" e rapporto intermedio*, in *Foro it*., 1977, I, 669.
[34] Messineo, *Il contratto in genere*, in *Trattato* Cicu-Messineo, I, Milano, 1968, 577, citato dal Portale.
[35] Corrias, *La nuova disciplina del contratto preliminare* cit., 1014.
[36] Corrias, *La nuova disciplina del contratto preliminare* cit., 1005 s., il quale, prima della introduzione dell'art. 3 del D.L. 31 dicembre 1996, n. 699, ritiene che tale modello configura un negozio a struttura complessa, vale a dire una situazione unitaria atipica la cui base regolamentare è composta dalla combinazione di singole parti di schemi tipici . La disciplina di tale figura andrebbe perciò ricavata, oltre che da quella del preliminare, da parte della disciplina sulla vendita e sulla locazione . In particolare, vengono richiamati gli *artt. 1351 e 2932 c.c.* in punto di forma, di esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo di contrarre, e di tecnica di controllo delle sopravvenienze giuridicamente rilevanti; gli artt. 1470 s. c.c. in quanto compatibili, in particolare con riguardo al pagamento del prezzo; gli *artt. 1585 e 1586 c.c.* sulla tutela concessa al conduttore per reagire alle molestie di fatto e di diritto, in ragione della analogia tra la situazione del promissario acquirente immesso nel godimento del bene e quella del conduttore. Successivamente al suddetto intervento legislativo l'A. ritiene che il preliminare ad effetti interamente anticipati rinvenga il proprio riconoscimento tipologico nell'art. 2645 *bis* e sia perciò da considerare un contratto tipico misto con tipo prevalente.
[37] Chianale, *Il preliminare di vendita* cit., 699; F.M. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 885. V. inoltre C. Castronovo, *La contrattazione immobiliare abitativa*, *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, IV, Milano, 1987, 98, nota 18 il quale riferisce l'opinione avanzata dal Prof. Mengoni in un conversare: "Per sostenere che il c.d. definitivo (ché non più tale esso sarebbe) sia un negozio con causa esterna bisognerebbe giungere alla soluzione radicale (avanzata dal Prof. Mengoni in un conversare) di considerare ormai il c.d. preliminare quale vero contratto di vendita ma con effetti obbligatori sicché come nella vendita, romana, da esso nasca un'obbligazione di dare in senso tecnico, di cui il c.d. definitivo quale atto traslativo con causa esterna costituirebbe adempimento".
[38] Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 885.
[39] F.M. Gazzoni, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?* nota a *Cass. 28 giugno 2000, n. 8796* e *Cass. 3 novembre 2000, n. 14358,* in *Riv. not.*, 2001, 719 s.
[40] *Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930,* in *Notariato*, 2008, 4, 384, con commento di G. Giuliano.
[41] Gazzoni, *Deve essere autorizzato* cit., 731.
[42] Gazzoni, *Deve essere autorizzato* cit., ibidem.
[43] Gazzoni, *Deve essere autorizzato* cit., ibidem.
[44] De Matteis, *La contrattazione preliminare* cit., 146 s. Alla Autrice va tributato il riconoscimento di aver offerto alla comunità scientifica una approfondita indagine sulla contrattazione preliminare ad effetti anticipati.
[45] V. in tal senso M. Giorgianni, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 69 s.
[46] Per la validità del contratto traslativo di adempimento sarebbe necessaria, oltre all'esistenza di un valido rapporto sottostante, anche l'*expressio causae*, vale a dire il riferimento alla *causa vendendi*. Così, De Matteis, *La contrattazione preliminare* cit., 175.
[47] La questione ha indubbi riflessi pratici vista la diversa disciplina applicabile in caso di possesso e di detenzione: si pensi all'acquisto per usucapione, al trattamento di favore riservato per il possessore di buona fede dagli artt. 1148 s. c.c., alla tutela estrinsecantesi nell'azione di manutenzione (*art. 1170 c.c.*) e nelle azioni di nunciazione (*artt. 1171, 1172 c.c.*), alla applicabilità *dell'art. 2051 c.c.* sull'obbligo di custodia.
[48] G. Lener, *Immissioni intollerabili e azione inibitoria ex art. 844 c.c.: natura, legittimazione attiva e rapporti con l'*actio negatoria. *La tutela del promissario acquirente nel preliminare c.d. "ad effetti anticipati'*, in *Foro it*., 1994, I, 219; propende per il possesso, inoltre, L. Loche, *Contratto preliminare con consegna anticipata e questioni in tema di possesso*, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 831.
[49] A. Lener, *Contratto preliminare* cit., 670; nello stesso senso G. Lener, *Immissioni intollerabili* cit., 219.
[50] Ibidem
[51] Corrias, *La nuova disciplina del contratto preliminare* cit., 1022.
[52] Gazzoni, *Deve essere autorizzato* cit., 719 s.
[53] V. per tutte *Cass. 30 maggio 2000, n. 7142,* in *Nuova giur. comm.*, 2001, I, 698.
[54] V. per tutte *Cass. 13 luglio 1993, n. 7690,* in *Rass. Dir. civ.*, 1994, 626; Cass. 3 novembre 2000, n. 1435 e *Cass. 22 luglio 2003, n. 11415,* in *Notariato*, 2005, 169.
[55] *Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930,* cit.
[56] Esso "non è un contratto atipico, almeno se con tale termine s'intende definire un contratto caratterizzato da una funzione economico-sociale non riconducibile agli schemi normativamente predeterminati e tuttavia suscettibile di riconoscimento e di tutela, sul presupposto dell'autonomia contrattuale che l'ordinamento riconosce ai privati, in ragione della sua liceità e della sua meritevolezza".
[57] Gazzoni, *Deve essere autorizzato* cit.
[58] In senso critico v. S. Patti, *Consegna del bene al momento del preliminare e acquisto della detenzione*, in *Nuova giur. comm.*, 2008, 284 s.

[59] *Cass. 1 marzo 2010, n. 4863,* in *DeJure*, ove i giudici fanno riferimento ad un preliminare con clausola atipica.
[60] Cass. 1 dicembre 1962, n. 3250, in *Foro it*., 1963, I, 1475; Cass. 30 dicembre 1968, n. 4081, in *Foro it*., 1969, I, 1203; Cass. 24 dicembre 1973, n. 222, in *Giust. civ*., 1973, I, 1781; Cass. 20 luglio 1979, n. 4338, in *Rep. Foro it*., 1979, Vendita, 18; Cass. 9 giugno 1981, n. 3722, in *Rep. Foro it*., 1981, Vendita, 31.
[61] In tal senso, tra le altre, Cass. 1 dicembre 1962, n. 3250, cit.
[62] S. Mazzamuto, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt. dir. priv*. diretto da P. Rescigno, 20, Torino, 1985, 320.
[63] La pronuncia che ha inaugurato questo nuovo orientamento è Cass. 28 novembre 1976, n. 4478 cit. seguita da Cass. 5 agosto 1977, n. 3560 cit. e da Cass. 9 aprile 1980, n. 2268, in *Rep. Foro it*., 1980, Vendita, 13.
[64] Da Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, cit.
[65] Cass. 28 novembre 1976, n. 4478, cit.
[66] La garanzia per vizi "vuole tutelare il compratore rispetto al caso in cui la valutazione della cosa al momento del consenso non riveli, indipendentemente dalla interferenza di comportamenti devianti delle parti, elementi la cui conoscenza agirebbe senz'altro sulla formazione dell'equilibrio economico delle prestazioni corrispettive; la consegna anticipata della cosa nel preliminare, soprattutto quando è ben delineata la descrizione delle caratteristiche della cosa stessa, resta un'obbligazione ordinaria non collegata al trasferimento di proprietà né all'esigenza che sopra si è sottolineata, e come tale non suscettibile della tutela speciale".
[67] Lener, *Contratto "preliminare", esecuzione anticipata del "definitivo"* cit., 670.
[68] Cass. 23 aprile 1980, n. 2679, cit.; Cass. 16 dicembre 1981, n. 6671, in *Foro Pad*., 1982, I, 33; Cass. 14 luglio 1983, n. 3318, in *Foro it*., 1983, I, 2468; Cass. 11 maggio 1983, n. 3263, in *Giur. it*., 1983, 1366; *Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720,* in *Giust. civ*., 1985, 1630, con nota di A. Di Majo, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita: la riduzione del prezzo quale rimedio specifico*.
[69] *Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720,* cit.
[70] Sul nesso tra la soluzione delle S.U. e il principio di conservazione della operazione economica si sofferma in particolare F. Macario, commento a *Cass., sez. un., 27 febbraio 1985, n. 1720,* in *Foro it*., 1697 s.
[71] In tal senso L. Montesano, *Le tutele giurisdizionali*, Bari, 1981, 92 s.
[72] Di Majo, *La tutela del promissario acquirente* cit., 1631 s.
[73] V. tra le altre *Cass. 24 novembre 1994, n. 9991,* in *Foro it*., 1995, I, 3263; *Cass. 5 febbraio 2000, n. 1296,* in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, I, 148; per la critica v. F. Macario, *Esigenze di tutela specifica e (veri o falsi) dogmi giuridici. Preliminare di vendita immobiliare e azione di esatto adempimento*, *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, a cura di Barbieri, Macario e Trisorio Liuzzi, Milano, 2004, 405 s.
[74] V. tra le altre *Cass. 26 gennaio 2010, n. 1562,* in *Guida al diritto*, 2010, 13, 67; *Cass. 15 febbraio 2007, n. 3383,* in *Obbl. e Contr.*, 2007, 6, 550; *Cass. 15 dicembre 2006, n. 26943,* in *Mass. Giust. civ*., 2006, 12; *Cass. 16 luglio 2001, n. 9636,* cit.; *Cass. 8 ottobre 2001, n. 12323,* in *Dir. e Giust*., 2001, 37, 70.
[75] Di Majo, *La tutela del promissario acquirente* cit., 1639.
[76] Così *Cass. 18 giugno 1996, n. 5615,* in *Corr. giur*., 1997, 1, 48 s., con nota di S. Palmieri, *Preliminare, vizi della cosa e tecniche di tutela*.
[77] Registra tale divergenza tra le pronunce sul punto Macario, *Esigenze di tutela specifica* cit., 415, 416.
[78] La questione a questa connessa, riguardante l'applicabilità dei termini di prescrizione e di decadenza di cui *all'art. 1495 c.c.* in caso di contratto preliminare (ad effetti anticipati), è risolta in senso negativo dalla prevalente giurisprudenza sostenendosi che l'onere della tempestiva denuncia presuppone il trasferimento del diritto, ciò che appunto avviene solo con la stipula del definitivo o con la sentenza *ex art. 2932 c.c.* In tal senso, *Cass. 14 gennaio 2010, n. 477,* per la cui massima v. R. Giovagnoli, *Codice civile - Ultime annotazioni giurisprudenziali*, Milano, 2010, 704.
[79] Cfr. Cass. 5 giugno 1979, n. 3179, in *Giust. civ.*, 1980, I, 183.
[80] Cass. 26 novembre 1971, n. 3445, in *Giust. civ.*, 1972, I, 899. In tal caso i giudici di legittimità stabiliscono che la clausola di pagamento del prezzo in più soluzioni può essere, in sede di esecuzione, modificata in quella di pagamento in un unico versamento, considerato il lungo lasso di tempo intercorso tra la stipula del preliminare e la sentenza *ex art. 2932 c.c.*
[81] *Cass. 16 luglio 2001, n. 9636,* cit.
[82] Per il conflitto tra tale privilegio e le ipoteche iscritte sull'immobile precedentemente alla trascrizione del preliminare v. *Cass., sez. un., 1 ottobre 2009, n. 21045,* in *Vita Not*., 2009, 3, 1321 s.
[83] L'art. 5 parifica il permesso di costruire ad "altra denuncia o provvedimento abilitativo". Il riferimento è ad ogni autorizzazione amministrativa richiesta per la realizzazione dell'immobile. Così A. Ferrucci, C. Ferrentino e A. Amoresano, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire ed istituti collegati*, Milano, 2008, 121.
[84] V. *Cass. 10 marzo 2011, n. 5749,* in *Dir. e Giur*., 2012, 2, 19 s.
[85] Ibidem. La Cass., pur effettuando tali considerazioni, non propone la questione di illegittimità costituzionale escludendo la rilevanza della stessa nel caso di specie. Per la critica v. E. Poccia, *Commento* a *Cass. 10 marzo 2011, n. 5749,* in *Dir. e Giur.*, 2012, 2, 22 s. Sul regime dei contratti in assenza della richiesta del permesso di costruire, la dottrina è divisa. Secondo un Autore, l'esclusione della applicazione della disciplina di tutela in caso di mancata presentazione del permesso di costruire, è indice della volontà del legislatore di contrastare l'abusivismo edilizio. La reazione dell'ordinamento è, perciò, la nullità del contratto per illiceità dell'oggetto, perché in contrasto con l'interesse pubblico alla regolarità urbanistica dei beni immobili. Di conseguenza, il promissario acquirente può chiedere la ripetizione delle somme indebitamente versate al "costruttore" (G. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, 27). Per un altro orientamento, la sanzione è l'inapplicabilità della disciplina ma mentre per taluni ciò risponde all'intenzione del legislatore di combattere l'abusivismo edilizio (A. Luminoso, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 716, 3), per altri tale scelta è del tutto irragionevole (A. Busani, *Vecchi permessi, niente copertura*, ne *Il Sole 24 Ore*, 11 giugno 2005).
[86] Sugli interventi volti ad evitare i fallimenti del mercato v. S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. e dir.*

*priv.*, 2010, 601 s. Per la dimostrazione che la nullità di protezione è volta a tutelare un interesse insieme privato e pubblico A. Gentili, *La nullità di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 77 s.; per una recente lettura del sistema delle invalidità G. Spoto, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012.

(87) Va detto che la dottrina è divisa sulle conseguenze della mancata conformazione del contratto al contenuto di cui all'art. 6. Per la nullità relativa per violazione di una norma di carattere imperativo Petrelli, *Gli acquisti* cit., 181 s.; per un differente orientamento, che fa riferimento alle regole generali in punto di nullità, annullabilità, responsabilità contrattuale e precontrattuale A. Luminoso, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 714 s.; per una lettura alla luce della clausola della buona fede G. Rizzi, Studio n. 5814/C *Il d.lgs. n. 122 del 2005: il contenuto del contratto preliminare* Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 20 luglio 2005.

(88) Sospetti di illegittimità costituzionale per irragionevolezza ex *art. 3 della Cost.* sorgono a proposito della esclusione della vendita di immobili da costruire e di cosa altrui. Così R. De Matteis, *La contrattazione preliminare tra prassi e normazione: gli acquisti di immobili da costruire e di case d'abitazione*, in *Contr. e impr.*, 2012, 478, nota 29.

(89) Il termine è preso in prestito da A. Di Majo, *La "Normalizzazione" del contratto preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, 131 s.

(90) Si veda quanto scrive Chianale, *Il preliminare di vendita* cit., 686, 687, ben dieci anni prima della introduzione della possibilità di trascrivere il preliminare: "Una maggior protezione del promittente compratore, che giungesse a rendere opponibile ad ogni terzo il preliminare di vendita, dovrebbe passare attraverso le regole di pubblicità immobiliare. Soltanto così il cammino verso la realità giungerebbe al suo massimo grado. Sarebbe però indispensabile una novella legislativa che permettesse la trascrizione del preliminare di vendita di immobili: è infatti opinione pacifica che esso, producendo effetti obbligatori e non reali, sia escluso dal novero degli atti soggetti a trascrizione".

(91) Sul contratto preliminare nell'ordinamento Tedesco v. D. Henrich, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 2, 691 s.

(92) È proprio la inscindibilità dal tipo vendita (artt. 1470 s. c.c.) dell'effetto traslativo che provoca un ricorso alla contrattazione preliminare sconosciuto in altri ordinamenti. Per una analisi in chiave comparata v. Chianale, *Il preliminare di vendita* cit.

**PRELIMINARE DI PRELIMINARE**
**Cass. civ. Sez. Unite, 06-03-2015, n. 4628 (rv. 634761)**

**Melchionna e altri c. Freda e altri**
**OBBLIGAZIONI E CONTRATTI**
Contratto preliminare

CONTRATTI IN GENERE - Contratto preliminare (compromesso) - In genere (nozione, caratteri, distinzione) - Preliminare di preliminare - Ammissibilità - Interesse delle parti alla formazione progressiva del contratto - Condizioni - Contenuti - Violazione dell'accordo - Responsabilità - Natura
CONTRATTI IN GENERE - Requisiti (elementi del contratto) - Causa - In genere (nozione, distinzioni) - In genere
La stipulazione di un contratto preliminare di preliminare (nella specie, relativo ad una compravendita immobiliare), ossia di un accordo in virtù del quale le parti si obblighino a concludere un successivo contratto che preveda anche solamente effetti obbligatori (e con l'esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento) è valido ed efficace, e dunque non è nullo per difetto di causa, ove sia configurabile un interesse delle parti, meritevole di tutela, ad una formazione progressiva del contratto, fondata su una differenziazione dei contenuti negoziali, e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, è idonea a fondare, per la mancata conclusione del contratto stipulando, una responsabilità contrattuale da inadempimento di una obbligazione specifica sorta nella fase precontrattuale. (Cassa con rinvio, App. Napoli, 25/05/2007).

2) Preliminarmente, con riferimento alla costituzione tardiva della intimata, va rilevato che la parte contro la quale il ricorso è diretto, se intende contraddirvi, deve farlo mediante controricorso contenente, ai sensi *dell'art. 366 c.p.c.* , (richiamato *dall'art. 370 c.p.c.* , comma 2), l'esposizione delle ragioni atte a dimostrare l'infondatezza delle censure mosse alla sentenza impugnata dal ricorrente. In mancanza di tale atto, essa non può presentare memoria, ma solamente partecipare alla discussione orale (Cass. 6222/12; 1737/05).
3) Con unico complesso motivo di ricorso i promittenti venditori denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1322, 1324, 1351, 1362 ss., 1374, 2697 e 2932 c.c..
Invocano le opinioni dottrinali e giurisprudenziali che, contrapponendosi alla corrente di pensiero accolta dai giudici di merito, ha riconosciuto "del tutto ammissibile e lecita la figura del preliminare di preliminare".
Sostengono che non può essere negato che sussista un interesse delle parti a creare un "impegno provvisorio", scindendo la contrattazione preparatoria del contratto definitivo di vendita dell'immobile in due fasi.
Affermano che la Corte di appello si è erroneamente allineata alle tesi che ritengono nullo per mancanza di causa il c.d. preliminare di preliminare, le quali ignorano il concreto svolgersi delle negoziazioni immobiliari e le esigenze della pratica.
Ricordano che il contratto per cui è causa, intitolato "dichiarazione preliminare d'obbligo" conteneva gli elementi essenziali del negozio e prevedeva la stipula di un "regolare preliminare di vendita", qualora il Banco di Napoli avesse dato assenso alla liberazione dall'ipoteca.
Parte ricorrente deduce che per "regolare preliminare" doveva intendersi "formale preliminare", espressione che assume oggi maggior significato in relazione alla possibilità di trascrivere i preliminari redatti "in base alla *L. 28 febbraio 1997, n. 30* ".
Evidenzia la apprezzabilità dell'interesse che le parti avevano a conoscere, nel percorso negoziale di progressivo avvicinamento, le decisioni dell'istituto bancario che vantava l'ipoteca.
Il ricorso, che è concluso da congruo e concreto quesito, redatto ex art. 366 bis c.p.c., e completato da altra censura per contraddittorietà della motivazione, è fondato.
3) La Seconda Sezione ha ritenuto opportuno interpellare le Sezioni Unite, svolgendo le seguenti considerazioni:
"Il collegio non ignora che questa S.C. ha già avuto occasione di affermare che il contratto in virtù del quale le parti si obblighino a stipulare un successivo contratto ad effetti obbligatori (ovvero un contratto preliminare di preliminare) è nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione (sent.
2 aprile 2009 n. 8038, seguita, senza ulteriori approfondimenti da Cass. 10 settembre 2009) (n. 19557).
Ritiene, tuttavia, che tale orientamento, nella sua assolutezza, potrebbe essere meritevole di precisazioni, con riferimento alle ipotesi che in concreto possono presentarsi.
In primo luogo, potrebbe dubitarsi della nullità del contratto preliminare il quale si limitasse a prevedere un obbligo di riproduzione del suo contenuto al verificarsi di determinate circostanze, come nel caso di specie, in cui la stipulazione di un "regolare contratto preliminare" era subordinata al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione dell'ipoteca gravante (anche) sulla porzione immobiliare promessa in vendita.
Ma quello che più conta è che il contratto preliminare di contratto preliminare non esaurisce il suo contenuto precettivo nell'obbligarsi ad obbligarsi, ma contiene - come nel caso di specie - anche l'obbligo ad addivenire alla conclusione del contratto definitivo.
Ora, appare difficile, in considerazione del principio generale di cui *all'art. 1419 c.c.* , comma 1, ritenere che la nullità dell'obbligo di concludere un contratto preliminare riproduttivo di un contratto preliminare già perfetto possa travolgere anche l'obbligo, che si potrebbe definire finale, di concludere il contratto definitivo".
3.1) La sentenza 8038/09, alla quale l'ordinanza di rimessione fa riferimento, aveva così argomentato: "L' *art. 2932 c.c.* ,

instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti.
Riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi... ad obbligarsi a ottenere quell'effetto, darebbe luogo a una inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anzichè prometterlo subito.
Nè sono pertinenti i contrari argomenti esposti dai ricorrenti: in parte non attengono al reciproco rapporto tra le parti del futuro contratto definitivo, ma a quelli tra ognuna di loro e l'intermediario che le ha messe in relazione, sicchè non riguardano il tema in discussione; per il resto prospettano l'ipotesi di un preliminare già riferentesi al definitivo e da rinnovare poi con un altro analogo negozio formale, il che rappresenta una fattispecie diversa da quella del prepreliminare, di cui si è ritenuta in sede di merito l'avvenuta realizzazione nella specie. Correttamente, quindi, nella sentenza impugnata, esclusa la validità dell'accordo raggiunto dalle parti, ha ritenuto che esse si trovassero, in relazione al futuro contratto preliminare, nella fase delle trattative, sia pure nello stato avanzato della puntuazione, destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio".
3.2) Il confronto tra i provvedimenti sopraripportati costituisce già eloquente documentazione delle incertezze che da qualche decennio agitano la dottrina e la giurisprudenza in ordine all'ammissibilità del c.d. contratto preliminare di preliminare.
Si contrappongono infatti un orientamento che si può definire tradizionale, rispecchiato da Cass. 8038/09, che diffida (di "una certa diffidenza" discute per prima Pret. Bologna 9 aprile 1996, Giur. it., 1997, I, 2, 539) della configurabilità di un momento contrattuale anteriore al preliminare e un orientamento più possibilista, che considera benevolmente le ipotesi di c.d.
"preliminare aperto" e ritiene possibile una tripartizione delle fasi che conducono alla stipula del definitivo.
Un'analisi più approfondita della esperienza giurisprudenziale e dell'evolversi del dibattito dottrinale può consentire di svelare contrasti solo apparenti, di riavvicinare le posizioni e di delineare senza schematismi i limiti in cui può espandersi l'autonomia privata.
3.3) In giurisprudenza viene affermato che:
"In tema di minuta o di puntuazione del contratto, qualora l'intesa raggiunta dalle parti abbia ad oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto non è configurabile un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, dovendo ritenersi formata la volontà attuale di un accordo contrattuale; per tale valutazione, ben può il giudice far ricorso ai criteri interpretativi dettati *dall'art. 1362 c.c.* e segg., i quali mirano a consentire la ricostruzione della volontà' delle parti, operazione che non assume carattere diverso quando sia questione, invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d'interessi giuridicamente vincolante, dovendo il giudice accertare, al di là del nomen iuris e della lettera dell'atto, la volontà negoziale con riferimento sia al comportamento, anche successivo, comune delle parti, sia alla disciplina complessiva dettata dalle stesse, interpretando le clausole le une per mezzo delle altre". (Cass. 2720/09).
Stabilire se la formazione di un accordo che riguardi solo i punti essenziali del contratto di compravendita (Cass. 23949/08; 2473/13;
8810/03; 3856/83) sia sufficiente a costituire un contratto preliminare suscettibile di esecuzione coattiva ex *art. 2932 c.c.* , è questione di fatto che può risultare di difficile discernimento.
Si rinvengono infatti non poche massime secondo le quali ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale, è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosene ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorchè riportati in apposito documento, risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori. (Cass. 14267/06; 11371/10).
Questo secondo filone giunge ad affermare che anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto (910/05; 20701/07).
4) La questione rimessa oggi alla Corte non riguarda il rilievo della volontà nella conclusione del contratto e se essa sia la sola via per stabilire quando il preliminare venga definitivamente formato: è chiesto invece di indagare sulla dinamica degli accordi contrattuali in tema di compravendita immobiliare. E' infatti evidente già da questa prima ricognizione quale sia l'incertezza del confine tra atto preparatorio e contratto preliminare, incertezza alimentata da una accentuata polarizzazione tra contratto preliminare (vincolante) da un lato e diniego di rilevanza negoziale, per difetto della causa, di accordi prodromici al preliminare, i quali al più vengono qualificati semplice "puntuazione". Occorre pertanto stabilire se e in quali limiti sia riconosciuto nell'ordinamento un accordo negoziale che rimandi o obblighi i contraenti a un contratto preliminare propriamente detto.
4.1) La problematica risulta affrontata più volte nella giurisprudenza di merito. Trib. Salerno 23 luglio 1948 (Dir. Giur., 1949, 101) ebbe ad affermare che la legge, nel fissare i due tipi fondamentali di contratti (preliminare e definitivo), esclude l'esistenza di un contratto preliminare relativo ad altro preliminare, il quale dovrebbe comunque rispettare il requisito di forma di cui *all'art. 1351 c.c.* Il tribunale di Napoli (23.11.1982 in Giustciv. 1983, 1, 283; 21.2.1985 n. 1480 Dir Giur. 1985, 725) ha aggiunto che il contratto con cui le parti si impegnano a stipulare un futuro contratto preliminare di analogo contenuto è nullo per mancanza di causa, "difettando di ogni funzione economica meritevole di tutela". La trattatistica censisce vari altri casi (tra i quali:
App Genova 21.2.2006, Obbl e contr., 2006, 648; App. Napoli 1.10.2003, Giur. mer. 2004, 63) che riecheggiano queste convinzioni.

4.1.1) Altre volte la giurisprudenza partenopea si è orientata in senso opposto.
App. Napoli 11 ottobre 1967, (Dir. Giur. 1968, 550) ha ritenuto che "in virtù del principio dell'autonomia negoziale" sia ammissibile un regolamento contrattuale che preveda, dopo la prima intesa scritta, un'ulteriore scansione temporale, con la stipulazione del contratto preliminare, legata al versamento di una caparra. Trib. Napoli 28 febbraio 1995 (Dir. Giur. 1995, 163) muovendo dallo stesso presupposto ha considerato meritevole di tutela "il contratto preliminare del preliminare qualora lo stesso costituisca un momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento di interessi".
In altri casi i giudici di merito hanno espressamente ritenuto di non avventurarsi nella analisi, poichè hanno ravvisato già nel primo contratto gli elementi sufficienti a qualificare come preliminare ex *art. 1351 c.c.* , l'accordo documentato (Pret. Firenze 19. 12. 1989 Giur. merito, 1990, 466) ovvero, all'opposto, la configurabilità di una condizione sospensiva, il cui mancato avveramento impedisce il perfezionamento della fattispecie negoziale (Trib. Firenze 10 luglio 1999, Nuovo dir., 2000, 487).
4.2) Queste oscillazioni mettono capo, come la giurisprudenza citata sub 3.3, al tema dell'identificazione del contratto preliminare e preannunciano il diffondersi di problematiche relative alla contrattazione in materia di vendita immobiliare, settore che ha segnato la fortuna del contratto preliminare nel nostro ordinamento.
Prima di esaminare le valutazioni dottrinali in questa materia è quindi opportuno stabilire che solo questo è il campo di indagine, restando esclusi - e da salvaguardare - altri istituti di confine.
Intorno al 1970, nel fissare le fondamenta concettuali del contratto preliminare, la dottrina ha avuto cura di distinguerli e di segnalare che il contratto preliminare non è "un recipiente di comodo" in cui inserire gli istituti dagli incerti confini.
Va pertanto esemplificativamente ricordato che: la figura dell'opzione di contratto preliminare, di origine dottrinale (ma v. Cass. 1071/67), è un'ipotesi di "possibile allargamento della sfera di applicazione del patto di opzione" (per la distinzione, cfr Cass. 8564/12).
Il patto di prelazione ha lo scopo essenziale di impedire che il promittente concluda un contratto con un terzo anzichè con il beneficiario del patto: non sembra quindi una figura diretta alla conclusione del contratto, come il preliminare, ma alla scelta del contraente, ancorchè in giurisprudenza venga qualificato come preliminare unilaterale (Cass. 3127/12).
Anche il patto di contrarre con il terzo non può essere confuso con le ipotesi che ci occupano di pattuizione anteriore al preliminare, categoria al quale è estraneo, per il motivo determinante che non vi è ancora - con questo patto - una manifestazione di consenso intorno a un regolamento di interessi, ma una volontà manifestata a un soggetto diverso dal terzo con cui si dovrà in futuro contrarre.
4.3) Il vero insorgere della problematica è stato determinato dall'evoluzione della contrattazione immobiliare e dell'attività di mediazione professionalmente gestita.
La complessità dei contatti, delle verifiche da effettuare, da un lato per saggiare la serietà dei proponenti, dall'altro per accertarsi della consistenza del bene e dell'affidabilità dei contraenti, hanno di fatto portato a una frequente tripartizione delle fasi contrattuali.
Una prima fase in cui, a volte con la formula, almeno dichiarata, della proposta irrevocabile, l'aspirante acquirente offre un certo corrispettivo per l'acquisto del bene, atto che viene riscontrato dalla accettazione o dal rifiuto del proprietario.
Una seconda, espressamente prevista, di stipula del contratto preliminare propriamente detto. La terza, costituita dall'indispensabile rogito notarile con il saldo del prezzo.
La pratica degli affari ci consegna una incalcolabile serie di varianti: inseguirle, è stato spiegato, sarebbe ozioso impegno di un giurista da tavolino.
Alla variabilità della modulistica dei mediatori si aggiunge infatti la inesauribile creatività dei contraenti, assistiti o meno da consulenti legali.
Il quesito che occorre risolvere concerne la configurabilità di due fasi anteriori al rogito o comunque all'atto traslativo, giustificabili l'una rispetto all'altra allo stesso modo in cui venne a suo tempo giustificata la "scissione" del contratto preliminare rispetto al definitivo.
Si vuoi dire che la "scissione", in alcuni casi, dimostra che le parti sono incerte e intendono meglio orientarsi, cosicchè essa risponde all'esigenza di "fermare l'affare", ossia di dare vincoli giuridici all'operazione economica condivisa negli elementi essenziali, restando però, per una delle parti (di regola il compratore) l'esigenza di verificare con certezza la praticabilità dell'operazione, prima ancora che di definirla in termini più precisi e articolati.
Ciò può avvenire sovente sui seguenti punti: a) assumere elementi di conoscenza sulla persona della controparte (es., se è imprenditore o comunque persona solvibile; escludere vicinanze "mafiose", etc.). Si tratta di elementi che non potrebbero, ove conosciuti come negativi, essere addotti a motivo di risoluzione di un contratto già concluso o forse neppure essere portati a conoscenza della controparte stessa, ragione per cui è necessario non dare carattere di assolutezza al vincolo.
b) verificare con precisione lo stato della cosa;
c) verificare la situazione urbanistica e svolgere le altre visure e ricerche necessarie.
5) Il ragionamento al quale si è rifatta Cass. 8038/09, e che nega la validità di un accordo ripetitivo, ha pregio se si ipotizza (come sembra sia stato comunque fatto anche in quel caso) che tra il primo e il secondo preliminare vi sia identità (bis in idem).
In tal caso, mancando un contenuto nuovo in grado di dar conto dell'interesse delle parti e dell'utilità del contratto, si è parlato di mancanza di causa. La parte di dottrina che è tendenzialmente contraria ad ammettere queste pattuizioni riconosce che nelle trattative complesse il contratto si può formare progressivamente, ma nega che si possa parlare di obbligo a contrarre, preferendo l'aspetto descrittivo dell'obbligazione di contrattare. Nega anche rilievo alla differenziazione basata sulla ricorribilità al rimedio di cui *all'art. 2932 c.c.* , solo in relazione al secondo contratto.

Si pretende infatti che il rapporto tra i preliminari venga "valutato in termini di contenuto dispositivo e non già di sanzioni". E' già questa una significativa apertura, ancorchè sia stata limitata a quelle fattispecie in cui le parti, impegnatesi in sede di primo accordo sui punti essenziali della futura compravendita, abbiano solo voluto rinviare la definizione di punti secondari.
5.1 Le Sezioni Unite della Corte intendono cogliere gli aspetti costruttivi di quel moderno orientamento che vuole riconoscere la libertà delle parti di determinarsi e di fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali.
Viene in primo luogo in risalto, come evidenziato dal più recente dibattito dottrinale, la tematica della causa concreta.
Una definizione di questa Corte (Cass. 10490/06) la qualifica come "scopo pratico del negozio...sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato".
Sono molti i casi in cui la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare.
L'indagine relativa alla causa concreta, - è stato evidenziato - giova sia come criterio d'interpretazione del contratto sia come criterio di qualificazione dello stesso: "La rispondenza del contratto ad un determinato tipo legale o sociale richiede infatti di accertare quale sia l'interesse che il contratto è volto a realizzare".
Questa chiave di lettura conduce a riconsiderare gli approdi schematici ai quali sono pervenute in passato dottrina e giurisprudenza.
E' singolare, ma non casuale, che il profilo causale del contratto sia stato inteso in dottrina e giurisprudenza come ricerca della utilità del contratto, cioè della sua "complessiva razionalità" ed idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale.
E' questo in fondo che la stessa Cass. 8038/09 richiede allorquando rileva che, in caso contrario, l'obbligo di obbligarsi ad ottenere un certo effetto è "una inconcludente superfetazione" priva di "senso pratico".
5.2 Le opinioni, pur partendo da prospettive diverse, coincidono dunque nel definire nulla l'intesa che si risolva in un mero obbligo di obbligarsi a produrre un vincolo che non abbia nè possa avere contenuto ulteriore o differenziato. Un secondo punto di convergenza si rinviene allorquando l'analisi del primo accordo conduce a ravvisare in esso i tratti del contratto preliminare, in quanto contenente gli elementi necessari per configurare tale contratto, quali, si osserva, l'indicazione delle parti, del bene promesso in vendita, del prezzo. La presenza della previsione di una ulteriore attività contrattuale può rimanere irrilevante, ma va esaminata alla luce delle pattuizioni e dei concreti interessi che sorreggono questa seconda fase negoziale.
Giovano alcune esemplificazioni: a) Può darsi il caso che nell'accordo raggiunto sia stata semplicemente esclusa l'applicabilità *dell'art. 2932 c.c.* : si tratta, è stato osservato, di una esclusione convenzionalmente ammessa. La conseguenza sarà che, pur ravvisandosi un contratto "preliminare" in questa scrittura che ipotizzava un successivo accordo, si potrà far luogo, in caso di inadempimento, solo al risarcimento del danno.
b) Può presentarsi l'ipotesi in cui la pattuizione della doppia fase risponda all'esigenza di una delle parti di godere del diritto di recesso, facoltà che può essere convenzionalmente prevista nel contratto preliminare e che può anche accompagnarsi alla prevista perdita di una modesta caparra penitenziale versata dal proponente l'acquisto; si tratta è stato detto, del costo del recesso da un contratto preliminare già concluso.
c) E' ipotizzabile, ed è quanto andrà vagliato con particolare attenzione dai giudici di merito nel giudizio odierno, che le parti abbiano raggiunto un'intesa completa, subordinandola però a una condizione.
Tutte queste ipotesi, e le altre che sono immaginabili, sono apparentate da una conclusione che può regolare buona parte della casistica: va escluso che sia nullo il contratto che contenga la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare, allorquando il primo accordo già contenga gli estremi del preliminare. L'assenza di causa che è stata rilevata quando si è discusso di "preliminare di preliminare" potrebbe in tali casi riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto.
6) Dietro la stipulazione contenente la denominazione di "preliminare del preliminare" (nel senso che la conclusione dell'accordo precede la stipula del contratto preliminare) si possono dare situazioni fra loro differenti, che delineano sia figure contrattuali atipiche (quali quelle prima indicate), ma alle quali corrisponde una "causa concreta" meritevole di tutela; sia stadi prenegoziali molto avanzati, cui corrisponde un vincolo obbligatorio di carattere ancora prenegoziale (almeno fra le parti del contratto in relazione al quale si assuma un impegno volto alla successiva stipula di un contratto preliminare) che vede intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui *all'art. 1337 c.c.*.
Certo è però, che, in linea di massima, la previsione di dover dar vita, in futuro, all'assunzione dell'obbligo contrattuale nascente dal contratto preliminare, può essere sintomatica del fatto che le parti hanno consapevolezza che la situazione non è matura per l'assunzione del vincolo contrattuale vero e proprio. Ciò può dipendere segnatamente in relazione al grado di conoscenza di tutti gli elementi di fatto che occorre aver presenti per manifestare la volontà il cui incontro da vita all'accordo vincolante consacrato nel contratto preliminare.
Posto, come si è detto prima, che non si può assegnare utilità al "bis in idem" in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto ad identici contenuti, se e quando le parti sono disposte al mutamento del contenuto del contratto, al cambiamento di esso, l'obbligazione assunta sembra avere per oggetto non il contrarre, ma il contrattare.
6.1) Anche la dottrina più rigorosa riconosce che da gran tempo è stata discussa la formazione progressiva del contratto e sembra ammettere che essa potrebbe atteggiarsi configurando una tripartizione del procedimento di compravendita immobiliare.

Secondo le Sezioni Unite si deve immaginare la pattuizione di un vincolo contrattuale che sia finalizzato ad ulteriori accordi e che il rifiuto di contrattare opposto nella seconda fase, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto e non propriamente ex contractu.
E' stato però osservato che si tratterebbe di ipotesi diversa da quella del preliminare di preliminare, che dovrebbe riguardare l'obbligo, assunto nella prima fase, di contrarre e non di contrattare, come invece avverrebbe quando siano state scandite solo tappe di una trattativa complessa.
Si è quindi manifestata contrarietà all'ipotesi di un "preliminare aperto" - sottoscritto per lo più da parti che ancora non si conoscono o hanno deliberatamente lasciato alla seconda fase la regolazione di alcuni profili contrattuali - seguito da un preliminare chiuso.
Questa ritrosia può essere giustificata in alcuni casi, ma non in tutti.
E' stato in precedenza sottolineato che va dato peso alla difficoltà di configurare come preliminare propriamente detto un rapporto obbligatorio in cui le parti non si conoscano e non siano in grado quindi di valutare le qualità soggettive dell'altro contraente.
Rispetto a questa frequente ipotesi, non sembra corrispondere alle reali esigenze del traffico giuridico qualificare la prima intesa, che pur contenga gli altri elementi essenziali, come contratto preliminare.
Vi sono esigenze, in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminosi, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali "minori", ma non per questo meno incisive negozialmente, di riservare il consenso vincolante, sottomesso all'esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente.
In altri casi il contraente resta libero da vincoli stringenti e assoggettato solo alle conseguenze risarcitorie che ha deliberamente assunto e contrattualmente delimitato, concordando espressamente la necessità di un vero e proprio preliminare e l'esclusione del disposto di cui *all'art. 2932 c.c.*.
Una più esauriente determinazione del contenuto contrattuale può essere prevista per meglio realizzare l'interesse delle parti. Se si dovesse invece ricorrere sempre all'opzione preliminare/definitivo si dovrebbero riempire i contenuti rimasti in sospeso con il meccanismo di cui all'art. 1374, integratore rispetto al primo accordo incompleto.
6.2) E' stato autorevolmente sostenuto che se mancano violazioni di una legge imperativa, non v'è motivo per giudicare inammissibili procedimenti contrattuali graduali, la cui utilità sia riscontrata dalle parti con pattuizioni che lasciano trasparire l'interesse perseguito, in sè meritevole di tutela, a una negoziazione consapevole e informata.
Le posizioni di coloro che pongono l'alternativa "preliminare o definitivo" amputano le forme dell'autonomia privata, sia quando vogliono rintracciare ad ogni costo il contratto preliminare in qualunque accordo iniziale, sia quando ravvisano nel c.d. preliminare chiuso il contratto definitivo, passibile soltanto di riproduzione notarile.
La procedimentalizzazione della fasi contrattuali non può di per sè essere connotata da disvalore, se corrisponde a "un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale".
E' vero che occorre guardarsi da un uso "poco sorvegliato" dell'espressione preliminare di preliminare", perchè l'argomento nominalistico non è neutro. Tuttavia, se ci si libera dell'ipotesi in cui appare che il primo contratto è già il contratto preliminare e che il secondo è, al più, solo la sua formalizzazione per la trascrizione, restano due "sequenze" variabili che si avvicinano:
A) quella delle mere puntuazioni in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative. In questa ipotesi, quanto maggiore e specifico è il contenuto, tanto più ci si avvicina al preliminare.
B) Quella in cui il contratto non è ancora un vero preliminare, ma una puntuazione vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti.
Si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perchè mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere. In questa ipotesi man mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto.
b1) Occorre qui ulteriormente ricordare la distinzione con l'ipotesi in cui la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che la situazione conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l'accordo consapevole, ma si vuole tuttavia "bloccare l'affare", anche a rischio del risarcimento del danno negativo in caso di sopravvenuto disaccordo.
Ciò che conta chiarire è che, all'interno di una gamma di situazioni che ricevono risposte diverse, quelle contrassegnate sotto la lettera b sono riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento. La violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva rimettendo in discussione questi obblighi in itinere che erano già determinati, da luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate *nell'art. 1173 c.c.* , cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.
6.2.1) E' evidente come questa linea interpretativa impone di vagliare caso per caso l'emergere dell'interesse delle parti, di questa loro volontà di rinviare il momento in cui operano sia l'integrazione suppletiva ex *art. 1374 c.c.* sia la cogenza del meccanismo proprio del preliminare ex *art. 1351 e 2932 c.c.*.
Nella compravendita immobiliare l'ausilio giunge dal formalismo che contraddistingue la materia, sì da potersi di volta in volta cogliere i profili oggettivi non solo di una trattativa e della successiva stipula di un preliminare, ma di una sequenza di atti caratterizzati da un contenuto differenziato e aventi portata contrattuale con le connesse conseguenze.
7) Alla luce di questi principi il ricorso è da accogliere.
I giudici di merito hanno infatti in primo luogo omesso di valutare se il contratto in esame, sebbene prevedesse la stipula di

un successivo contratto preliminare, avesse già le caratteristiche di un contratto preliminare completo, soltanto subordinato ad una condizione, cioè al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione parziale dell'ipoteca, ipotesi da loro stessi contemplata (pag. 7 sentenza) ma scartata a causa della previsione dell'impegno a sottoscrivere un futuro preliminare.
Hanno poi omesso di interrogarsi sulla validità del primo contratto, in ipotesi munito di tutti gli elementi essenziali del preliminare, e sulla possibile invalidità, in questo contesto, del secondo accordo, se meramente riproduttivo del primo. In quest'ottica hanno rovesciato la prospettiva che le Sezioni unite ritengono giuridicamente corretta.
Hanno infine aderito all'orientamento che sanziona come nullo per difetto di causa un contratto che sia propedeutico al "successivo stipulando preliminare" senza verificare la sussistenza di una causa concreta dell'accordo dichiarato nullo tale da renderlo meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto inserito in una sequenza procedimentale differenziata, secondo un programma di interessi realizzato gradualmente.
Discende da quanto sposto l'accoglimento del ricorso.
La sentenza impugnata va cassata e la cognizione rimessa ad altra sezione della Corte di appello di Napoli per nuovo esame dell'appello e la liquidazione delle spese di questo giudizio.
Il giudice di rinvio si atterrà al seguente principio di diritto:
In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex *art. 1351 e 2932 c.c.* , ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.
Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obblighino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.
La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.
P.Q.M.
La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Napoli, che provvederà anche sulla liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 7 ottobre 2014.
Depositato in Cancelleria il 6 marzo 2015

**IL " PRELIMINARE DI PRELIMINARE " E LE INTESE PRECONTRATTUALI NELLA CONTRATTAZIONE IMMOBILIARE**

Umberto Stefini

c.c. art. 1322
c.c. art. 1337
c.c. art. 2932

La recente sentenza delle Sezioni unite del 6 marzo 2015, n. 4628, riporta l'attenzione su di un tema « classico » nella trattazione dottrinale e giurisprudenziale del contratto preliminare, ovvero quello della validità ed efficacia di un contratto con cui ci si obblighi a stipulare in un secondo tempo non il contratto definitivo, bensì un nuovo preliminare. In una prospettiva più ampia, il problema si inserisce in quello dei contratti, o più in generale delle intese, che possono precedere la conclusione del contratto finale, attraverso le quali i contraenti « procedimentalizzano » in più fasi il percorso che condurrà alla stipulazione, per soddisfare interessi di vario genere, all'interno di quella che viene definita la « formazione progressiva » del contratto.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il " preliminare di preliminare " nella giurisprudenza. - 3. Il problema causale. - 4. I contratti che precedono il preliminare nella contrattazione immobiliare. - 5. *Segue*: le possibili qualificazioni delle intese che precedono il preliminare " formale ".

1. - La recente sentenza delle Sezioni unite del 6 marzo 2015, n. 4628[(1)], riporta l'attenzione su di un tema " classico " nella trattazione dottrinale e giurisprudenziale del contratto preliminare, ovvero quello della validità ed efficacia di un contratto con cui ci si obblighi a stipulare in un secondo tempo non il contratto definitivo, bensì un nuovo preliminare. In una prospettiva più ampia, il problema si inserisce in quello dei contratti, o più in generale delle intese, che possono precedere la conclusione del contratto finale, attraverso le quali i contraenti " procedimentalizzano " in più fasi il percorso che condurrà alla stipulazione, per soddisfare interessi di vario genere, all'interno di quella che viene definita la " formazione progressiva " del contratto[(2)].

È infatti un dato ormai acquisito dalla riflessione civilistica (e ribadito dalla sentenza citata) che l'autonomia privata non esaurisca la sua sfera di operatività nella scelta se contrattare o meno, e nella determinazione del contenuto del contratto - all'interno o al di fuori dei contratti tipici -, ma comporti sia la possibilità di articolare in vario modo la struttura negoziale, sia quella di scandire e disciplinare la stessa attività di contrattazione[(3)]: si va dalle semplici minute, puntuazioni e lettere d'intenti (che non fanno che documentare lo stato delle trattative), ai negozi normativi, fino ad arrivare ai " negozi preparatori " in senso stretto (quelli cioè che attribuiscono un vero e proprio " diritto al contratto ", potestativo o di credito a seconda dei casi[(4)]). E questo segmentare in più fasi la formazione del contratto, dando vita ad un " procedimento " articolato in più atti (negoziali o meno) che progressivamente avvicinano alla conclusione, trova tanto più la sua ragion d'essere quanto più la contrattazione si fa complessa e " avanzata ", postulando la soluzione di innumerevoli problemi parziali, oltre che accordi intermedi e anticipi d'esecuzione delle prestazioni contrattuali, prima di addivenire al perfezionamento del negozio finale: si pensi alla costituzione o fusione di società di capitali, ad appalti per la costruzione di grossi complessi industriali, e via dicendo[(5)].

Nella contrattazione immobiliare, per l'appunto, è invalsa non soltanto la prassi di far precedere il contratto traslativo da un preliminare, magari ad effetti anticipati, ma anche quella, da parte del mediatore, di far firmare al soggetto interessato all'immobile una proposta irrevocabile di " compromesso ", contenente tutti gli elementi essenziali del contratto da concludere (*in primis* l'identificazione del bene venduto e il prezzo), con contestuale versamento di una somma di denaro per " bloccare l'affare "[(6)]: una volta perfezionato l'accordo con l'accettazione del venditore, le parti sembrano obbligate a ritrovarsi in un secondo tempo per la stipulazione del vero e proprio preliminare, e per questo si è parlato spesso di " preliminare di preliminare ". Secondo la ricostruzione tradizionale di questa prassi, l'acquisto viene strutturato in tre fasi distinte: un primo preliminare c.d. " aperto " (la proposta irrevocabile accettata), spesso contenente solo gli elementi essenziali, in cui la somma consegnata funge da caparra penitenziale per il recesso, e del quale si tende ad escludere l'eseguibilità in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.; un secondo preliminare " chiuso " o " formale ", contenente anche la disciplina di dettaglio del contratto definitivo che si vuole concludere, e che può essere redatto in una forma idonea alla trascrizione (quest'ultimo è senz'altro assoggettato alla disciplina dell'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre di cui all'art. 2932 c.c.)[(7)]; infine il contratto definitivo, che realizza il trasferimento della proprietà[(8)].

Tutto questo naturalmente fa sorgere il problema della corretta qualificazione del primo accordo: e, nel caso vi si ravvisi un vero e proprio preliminare di preliminare, si pone il problema della sua validità ed efficacia.

Se già una parte della dottrina tradizionale negava la configurabilità di un contratto preliminare di contratto ad effetti obbligatori - ritenendo la contrattazione preliminare limitata ai contratti ad effetti reali dalla disciplina dell'art. 2932 c.c., non ravvisandosi un interesse meritevole della parti ad " obbligarsi ad obbligarsi "[(9)] - a maggior ragione si è posto il problema del sostegno causale di una contrattazione che, come unico effetto, obblighi le parti a concludere un nuovo contratto preliminare. Le implicazioni sono notevoli: se il primo accordo è invalido come contratto preliminare, e vale al più come puntuazione, le parti non sono affatto vincolate a concludere il preliminare vero e proprio (con l'unico limite del recesso ingiustificato dalle trattative), e la somma corrisposta al mediatore non può configurarsi come caparra, ma al più come deposito fiduciario, da restituire nel caso in cui non si arrivi al preliminare, ovvero da imputare a caparra o acconto sul prezzo (esecuzione anticipata di prestazioni che scaturiranno dal definitivo) solo nel caso in cui si addivenga alla conclusione del preliminare; pure il diritto alla provvigione dell'intermediario non nascerebbe dalla conclusione di simili

intese non contrattuali, ma solo in un secondo momento, alla conclusione del preliminare vero e proprio.
Ecco quindi perché la recente pronuncia delle Sezioni unite, che sembra aprire alla validità del c.d. preliminare di preliminare - ma con una serie di cautele che saranno meglio precisate nel corso della trattazione - si inserisce in un dibattito giurisprudenziale e dottrinale che merita d'essere adeguatamente delineato ed approfondito.

2. - Se si esclude una pronuncia risalente agli anni '50, la Corte di Cassazione non si era mai pronunciata sul tema fino al 2009. Viceversa, il problema della validità o meno di un " preliminare di preliminare " è stato affrontato più volte dalla giurisprudenza di merito.
Va subito detto che la giurisprudenza di gran lunga prevalente è sempre stata nel senso della nullità per difetto di causa: se la funzione del contratto preliminare consiste nel dilazionare la conclusione del contratto definitivo, pur impegnandosi a concluderlo, per dare modo alle parti di sincerarsi delle caratteristiche fattuali e giuridiche dell'oggetto del contratto, o delle condizioni dell'altro contraente, e più in generale per consentire un " controllo delle sopravvenienze " *ex ante*, evitando se del caso la stipulazione del definitivo, senza dover per forza esperire i rimedi previsti dall'ordinamento contro un contratto ormai concluso(10), sembra in effetti che un preliminare di preliminare serva a ben poco, bastando a tutto ciò una semplice scomposizione della " formazione progressiva " del contratto nelle due fasi preliminare-definitivo(11).
Solo sporadicamente la giurisprudenza di merito ha ammesso la validità del preliminare di preliminare nella contrattazione immobiliare.
In alcuni casi la proposta fatta firmare dal mediatore all'acquirente e accettata del venditore venne in realtà riqualificata come vero e proprio contratto preliminare, contenendo essa tutti gli elementi essenziali del contratto che ci si impegnava a concludere(12): secondo una sentenza della Pretura di Bologna del 1996, non si sarebbe trattato di un preliminare di preliminare, ma di un normale preliminare privo di forma notarile, nel quale le parti si obbligavano ad una ripetizione negoziale di fronte al notaio, con funzione meramente riproduttiva di un accordo già concluso(13).
Nelle altre pronunce favorevoli al " preliminare di preliminare ", invece, valorizzando l'autonomia privata " procedimentale ", si sottolineò come le parti fossero in sostanza libere di articolare come meglio credevano la progressione verso il contratto definitivo, prevedendo, se del caso, anche più preliminari, ai quali ricollegare una sempre maggiore specificazione dei contenuti del contratto, oltre che l'esecuzione anticipata di diverse *tranches* delle prestazioni scaturenti dal definitivo(14).
Della questione venne investita la Suprema Corte nel 2009(15): adeguandosi al prevalente indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, la Cassazione affermò che il preliminare di preliminare, ovvero il contratto con cui ci si obbliga a concludere un secondo preliminare di vendita immobiliare, sarebbe sempre nullo per mancanza di causa, un'" inutile superfetazione ", vista la carenza di interesse che le parti avrebbero ad " obbligarsi ad obbligarsi ". Seguendo l'impostazione moderna della causa quale funzione economico-individuale(16), il contratto deve perseguire un assetto d'interessi utile per i contraenti (superata la nozione della causa come indirizzamento dell'autonomia privata a fini di utilità sociale), e per questo idoneo ad essere giuridicizzato, prima ed indipendentemente da una qualsiasi valutazione di liceità, escludendosi l'ammissibilità di contrattazioni atipiche futili o capricciose(17).
Le predette intese che precedono la stipulazione del c.d. " preliminare formale ", date dall'accettazione della proposta irrevocabile da parte del proprietario dell'immobile, sarebbero pertanto nulle come pattuizioni atte a creare vincoli a contrarre, e andrebbero interpretate piuttosto (ma forse è meglio parlare di conversione negoziale) come mere " puntuazioni ": atterrebbero ad una fase ancora precontrattuale, e servirebbero a sancire l'inizio della trattativa e a concretizzare il dovere di buona fede di cui all'art. 1337 c.c., ma certo non vincolerebbero l'autore della proposta irrevocabile né a concludere un secondo preliminare, né tantomeno il contratto definitivo di vendita.
La decisione del 2009 ha peraltro influito sulla prassi delle contrattazioni, tanto è vero che sovente, nei formulari contenenti i modelli di proposta irrevocabile usati dai mediatori immobiliari e depositati presso le Camere di Commercio, non si fa più riferimento ad un obbligo di stipulare successivamente una " promessa di vendita ", ma si evidenzia come, con l'accettazione della proposta, si vada a concludere direttamente un contratto preliminare che obbliga a concludere il definitivo, eliminando così il percorso " trifasico " sopra richiamato; la somma versata al mediatore viene qualificata " deposito fiduciario " o " cauzionale ", che diverrà caparra confirmatoria con l'accettazione della proposta da parte dell'alienante(18).
Proprio contro questo atteggiamento di totale, e direi " dogmatica ", chiusura nei confronti della validità di tutte quelle fattispecie negoziali che precedono la stipulazione del preliminare vero e proprio - relegate a mere puntuazioni non vincolanti - ha inteso reagire la recente pronuncia delle Sezioni unite sopra citata.
Già l'ordinanza di rimessione(19) aveva attirato l'attenzione del mondo giuridico, non tanto per le riflessioni di merito, giustamente criticate(20), quanto perché, a fronte delle sentenze di primo e secondo grado - che si erano uniformate all'indirizzo prevalente dell'invalidità per mancanza di causa -, mostrava una maggiore apertura, ritenendo tali fattispecie valide e già vincolanti.
La pronuncia del marzo 2015 ribadisce l'importanza di una corretta qualificazione delle intese precontrattuali, per verificare se il primo accordo non sia esso stesso il vero preliminare, e sottolinea che la validità o meno di tali accordi non può affermarsi in astratto, ma discende da una corretta valutazione della " causa concreta " del negozio: se le parti intendono segmentare in più fasi la progressione verso il definitivo, obbligandosi a concludere accordi successivi dai contenuti via via più specifici, possono farlo, ma non saremo di fronte a mere puntuazioni, bensì a negozi dotati di una loro causa, come tali vincolanti e forieri di responsabilità contrattuale in caso di inadempimento.
Certo la sentenza appare per certi versi poco chiara nel paventare intese che siano fonti di obbligazioni, senza però essere riconducibili alla categoria del contratto (sarebbero riconducibili agli " altri atti o fatti " idonei a produrre obbligazioni in conformità all'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1173 c.c.)(21): come si dirà, non può essere che un'indagine da

svolgersi caso per caso, a svelarci se siamo di fronte a semplici puntuazioni, a veri preliminari, a " contratti " normativi, o a accordi procedimentali di altro genere, e a ben vedere è la stessa pronuncia a ribadirlo, quando fa riferimento alla causa concreta del negozio posto in essere. Ma sicuramente da apprezzare è il tentativo di recuperare alla disciplina del contratto e della responsabilità contrattuale quella fase delle trattative, anteriore alla conclusione del preliminare di vendita, in cui, se prevalesse l'impostazione rigorosa del 2009 (nullità di tutti i contratti che precedono il preliminare, che si convertirebbero in semplici puntuazioni), le parti sarebbero assai poco tutelate dai reciproci comportamenti scorretti (si pensi al difficile onere della prova, per chi ritenga che la responsabilità precontrattuale sia riconducibile a quella aquiliana; o, ancora, alla limitazione del risarcimento al solo " interesse negativo ", pur quando le trattative si sono spinte ad un livello ormai assai prossimo alla conclusione del contratto finale[22]): con tali intese antecedenti al preliminare, al contrario, le parti sarebbero di fatto contrattualmente obbligate, ove non a concludere il contratto definitivo, per lo meno a proseguire nelle trattative (puntuazione) o a seguire la disciplina procedimentale che esse stesse si sono date (nella specie, concludendo un preliminare più dettagliato)[23].
Si tratta di un'esigenza avvertita ormai da decenni dalla più attenta dottrina, che cerca di riportare la responsabilità precontrattuale nell'alveo di quella contrattuale[24]: esigenza comune a tutti gli ordinamenti, sia di *common law* che di *civil law*, che, ove non ravvisino nello stesso affidamento creato nel corso delle trattative una vera e propria fonte di obbligazioni[25], tendono a valorizzare l'autonomia privata per vincolare le parti ad un comportamento corretto nella formazione progressiva del contratto (si pensi ai *preliminary agreements* del diritto anglosassone, o ai *Vorfeldverträge* del diritto tedesco)[26].
Come è stato rilevato, la complessità delle relazioni economiche, spesso intercorrenti tra un professionista e un consumatore, ha acuito " l'esigenza di disciplinare la fase precontrattuale ed in genere una serie di rapporti che si situano al confine tra questa e il contratto, in funzione della tutela del contraente più debole "[27]. E la giurisprudenza più recente della Corte di Cassazione sembra aver inteso applicare queste indicazioni alla fase che precede la conclusione di un preliminare di vendita immobiliare.

3. - Anche la dottrina maggioritaria ha da sempre osteggiato la validità di un contratto preliminare di altro preliminare, per lo più incentrandosi sui problemi del requisito causale: se si esclude un'isolata posizione che sembra ravvisarvi addirittura una causa illecita[28], la critica mossa è quella, fatta propria come detto anche dalla giurisprudenza, del difetto di causa[29].
Il problema della causa del contratto preliminare è in realtà strettamente connesso alla ricostruzione della sua natura giuridica. Quest'ultima, a sua volta, ha risentito, dopo l'introduzione della fattispecie nel codice del '42, degli influssi ora della tradizione francese - ove, ai sensi dell'art. 1589 del *Code Napoleon*, " *la promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a le consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix* " -, ora di quella tedesca, improntata alla scissione romanistica tra *titulus* e *modus adquirendi*, ovvero alla sequenza, nel trasferimento di beni, tra un contratto fondamentale obbligatorio e un atto traslativo astratto (sequenza che di fatto rende pressoché inutile, in quell'ordinamento, il ricorso ad un *Vorvertrag* che preceda il negozio obbligatorio)[30].
Con qualche approssimazione, imposta dal tenore sintetico del presente lavoro, si può dire che sono riconducibili alla tradizione francese quelle ricostruzioni che vedono il fulcro della sequenza preliminare-definitivo nel primo dei due termini, ritenendo che il regolamento negoziale sia tutto già nel preliminare, mentre il contratto definitivo rappresenterebbe un momento squisitamente esecutivo, o riproduttivo a fini pubblicitari, o addirittura quasi un evento condizionante gli effetti del negozio[31]; viceversa, risentono dell'influsso del sistema tedesco di trasferimento dei diritti quelle impostazioni che vedono nel preliminare un modo per derogare al principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c., introducendo anche nel nostro ordinamento un procedimento, o addirittura un'unica fattispecie a formazione progressiva, che solo alla fine conduce all'acquisto in capo all'avente causa (per lo più si tende a vedere nel preliminare la fonte di un'" obbligazione di dare " in senso tecnico, e nel definitivo un negozio traslativo a causa esterna)[32].
Ragionando secondo la prima impostazione, la causa del preliminare - ove non venga ridotta allo scambio tra le promesse a contrarre - è la stessa del contratto definitivo, o meglio risiede nella funzione di vincolare le parti dilazionando però nel tempo gli effetti del contratto: ma, a ben vedere, a ciò basterebbe la conclusione di un contratto soggetto a termine iniziale o a condizione sospensiva[33].
Seguendo l'impostazione invece della scissione consensuale (frutto cioè dell'autonomia privata, e non di un principio generale come in Germania) tra contratto obbligatorio e negozio di adempimento traslativo, si rischia di ritenere applicabile la contrattazione preliminare solo ai contratti ad effetti reali, e oltretutto resta il problema di fondare causalmente il contratto preliminare stesso (restando il definitivo sorretto dalla causa sua propria o da quella solutoria): la causa del preliminare viene ravvisata ora nella funzione di rinviare il titolo formale del trasferimento, ora in una funzione di completamento e specificazione progressiva dei contenuti del contratto traslativo[34].
Non potendosi certo ritenere sufficiente nemmeno la funzione genericamente preparatoria e strumentale rispetto al definitivo[35] - che pure ben descrive il collegamento negoziale tra i due contratti e permette di risolvere diversi problemi circa il propagarsi di vizi e rimedi tra i due termini della sequenza -, la dottrina oggi prevalente e più consolidata ritiene che la funzione del contratto preliminare risieda nel vincolare i contraenti alla stipulazione del contratto definitivo, riservandosi la possibilità di verificare la sussistenza dei presupposti essenziali della contrattazione (condizioni e caratteristiche dell'oggetto, condizioni e caratteristiche della controparte contrattuale), oltre che di controllare eventuali sopravvenienze che possano indurre a non concludere il contratto finale: è vero che in questo modo il contraente si espone all'azione di adempimento di controparte, ma è più conveniente essere legittimato passivo di quest'azione, domandando in quella sede l'annullamento o la risoluzione del preliminare, che dover agire per l'annullamento o la risoluzione di un contratto definitivo ormai concluso[36]. Il preliminare consentirebbe insomma un " controllo delle sopravvenienze " anticipato rispetto

all'assunzione del vincolo contrattuale finale.
Se questa dunque è la causa della contrattazione preliminare, essa sembra sorreggere l'articolazione della formazione progressiva del contratto in due fasi, quella del preliminare e quella del definitivo: ad assicurare questo controllo delle sopravvenienze sembra, invece, del tutto inutile l'articolare la sequenza in tre fasi, concludendo cioè un contratto preliminare che obblighi a concludere un altro contratto preliminare identico al precedente. Si ricorda che, per la dottrina più consolidata, deve esserci perfetta rispondenza tra il contratto preliminare e il contratto stipulato in esecuzione dell'obbligo a contrarre, altrimenti saremmo di fronte a un negozio integrativo o modificativo del precedente, ma non concluso in adempimento di un obbligo a contrarre(37).
Sulla scorta di queste riflessioni, dunque, la dottrina più consolidata, come accennato all'inizio di questo paragrafo, ravvisa nel preliminare di preliminare un contratto nullo per mancanza di causa, che al più può convertirsi in una puntuazione, in una documentazione probatoria delle trattative in corso: posizione condivisa dalla sentenza della Cass. n. 8038/2009.
Altra parte della dottrina, al contrario, mossa da una nozione assolutamente liberale di contrattazione atipica, che tende a sminuire il ruolo della causa come elemento essenziale del contratto, similmente a quanto accade nei sistemi anglosassoni e nei progetti di diritto europeo dei contratti, ritiene che il controllo di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2°, c.c. si traduca in un mero controllo di non illiceità, e non possa andare a sindacare la causa di quanto voluto dai contraenti: il fatto stesso che vi sia un accordo dimostra che un interesse a stipulare il contratto c'è, mentre viene esclusa qualsiasi ingerenza di tipo dirigistico-paternalistico dell'ordinamento nell'indirizzare l'autonomia privata verso finalità socialmente utili, o comunque nel selezionare gli interessi meritevoli di cui parla la norma(38).
Seguendo questa linea di pensiero, è facile allora ammettere anche un preliminare di preliminare come sopra definito, che obbliga cioè a concludere un nuovo preliminare identico al precedente: non essendoci la disapprovazione ordinamentale propria dell'illiceità, ma solo una (opinabile) valutazione di inutilità della fattispecie, il preliminare di preliminare sarebbe sempre valido e vincolante(39).
In questo modo, tuttavia, viene di fatto escluso l'argomento dell'assenza di causa per sindacare della validità o meno di un contratto atipico, ponendosi solo il problema di verificare se la causa (per definizione esistente nel momento in cui ci sia un accordo), incorra o meno nella riprovazione ordinamentale della illiceità.
Si tratta di un problema assai delicato, che in realtà non può essere analizzato a fondo in questa sede, visto che riguarda in generale la causa nella contrattazione atipica: qui basti solo ricordare che la dottrina ha spesso cercato di ritagliare uno spazio all'art. 1322 c.c. che andasse oltre la non illiceità, pur senza ricadere nel dirigismo proprio dell'ordinamento fascista(40).
Le parti debbono perseguire un assetto di interessi che l'ordinamento reputi idoneo ad essere giuridicizzato in astratto, non futile o capriccioso: il contratto atipico deve " servire a qualcosa ", deve avere una causa, da rilevarsi attraverso un giudizio circolare che passi in continuazione dal programma negoziale alla funzione che il negozio mira a perseguire(41), risultando altrimenti non giustificata la tutela fornita dall'ordinamento giuridico alle situazioni soggettive scaturenti dal negozio.
In questo senso la struttura (ovvero il regolamento programmato) deve essere rispondente alla funzione, all'interesse che si vuole perseguire, e solo allora si può dire che il contratto atipico abbia una sua causa: ed è invece immeritevole il contratto non congruente con il giudizio stesso delle parti sui loro interessi, non adatto a realizzare gli interessi che esprime(42).
Se questo è vero, è difficile negare che il preliminare di preliminare " in senso stretto " (che cioè obbliga a concludere un successivo preliminare dall'identico contenuto) sia un qualcosa di completamente inutile, e come tale nullo per mancanza di causa: l'ordinamento non può dare tutela giuridica a interessi futili o capricciosi, e quindi nemmeno all'interesse a complicare senza un valido fondamento giustificativo la progressione verso il contratto finale(43). Del resto, anche la dottrina più liberale sopra richiamata (così come la recente sentenza delle Sezioni unite di marzo 2015), non esita a reputare nullo questo preliminare di preliminare " in senso stretto "(44).
E qui, a mio parere, risiede il cuore del problema: questo preliminare di preliminare " in senso stretto ", che obbliga a concludere un preliminare dal contenuto identico al precedente, non esiste nella prassi delle contrattazioni immobiliari, ma è solo un esercizio teorico, banco di prova per le teorie sopra richiamate circa il requisito della causa nella contrattazione atipica.
Gli accordi conclusi prima del preliminare di vendita di un immobile sono invece qualcosa di completamente diverso, e rispondono sicuramente ad apprezzabili interessi dei contraenti: si accompagnano infatti solitamente ad un'esecuzione anticipata e frazionata dell'obbligazione di pagare il prezzo al venditore, attraverso la previsione di *tranches* che conducano gradualmente al pagamento del saldo, che avverrà alla conclusione del contratto definitivo; ma soprattutto, quanto all'obbligo a contrarre, o vincolano già a concludere il contratto definitivo (per cui il secondo preliminare si riduce a mera ripetizione negoziale), ovvero obbligano sì a concludere un nuovo preliminare, ma per nulla identico al precedente (dal contenuto più specifico, arricchito da pattuizioni accessorie o secondarie o di dettaglio), quale fase interinale di un procedimento che è comunque mirato alla conclusione del contratto finale di compravendita.
Per questo tipo di contratti (qualora assumano tale veste, dal momento che potrebbe trattarsi di semplici dichiarazioni d'intenti, minute, puntuazioni) non si pone un problema di mancanza di causa, perché perseguono sicuramente interessi meritevoli nell'ambito della formazione progressiva del contratto, funzionali come sono ad addivenire al definitivo attraverso gradi successivi di progressiva definizione dei contenuti ed esecuzione delle prestazioni(45); e per questi contratti, effettivamente, può essere giustificata l'accusa di eccessivo dogmatismo rivolta dalla dottrina più moderna alla linea giurisprudenziale tradizionale, che ne predicava sempre la nullità per difetto di causa(46).

4. - È quindi improprio, trattando degli accordi che precedono la conclusione del preliminare di compravendita immobiliare, parlare di " preliminare di preliminare ": è più opportuno parlare di contratti atipici che possono precedere la

conclusione del preliminare in senso formale, e che altro non sono se non l'espressione dell'autonomia privata nella disciplina e nell'articolazione dell'attività stessa di contrattazione, vista la complessità del contratto finale cui si vuole pervenire[47].
In effetti, le fattispecie prese in considerazione dalla giurisprudenza, non hanno nulla a che vedere con il preliminare di preliminare in senso stretto: ora si prendono in considerazione accordi volti a creare un " obbligo a trattare " più che un " obbligo a contrarre ", volti cioè a contrattualizzare il dovere di buona fede nelle trattative, senza vincolare alla conclusione di alcun contratto successivo, ma soltanto a proseguire le trattative per una più completa definizione del contenuto del negozio[48]; ora si tratta invece di preliminari già conclusi, ma privi di forma notarile, nei quali le parti si obbligano ad una ripetizione negoziale dell'accordo già perfezionato[49].
L'errore è quello di partire dalla nozione tradizionale di contratto preliminare, fonte di obbligazioni che hanno ad oggetto un *facere* giuridico già completamente definito (l'attività negoziale consistente nella conclusione del definitivo), per leggere una prassi immobiliaristica che con l'obbligo di contrarre in senso formale non ha nulla a che vedere, ma attiene invece alla tendenza, come detto, a segmentare la fattispecie traslativa in diverse fasi di un procedimento a formazione progressiva[50].
Già nel semplice preliminare di vendita immobiliare la fattispecie traslativa, invece che essere ispirata, come normalmente accade, al principio consensualistico (con immediato trasferimento della proprietà, e tutele per il venditore ridotte all'ipoteca legale, all'eventuale riserva di proprietà o all'apposizione di una condizione sospensiva di adempimento), viene frazionata in più segmenti di una sequenza, che, grazie all'operare dell'autonomia privata, riproduce nel nostro ordinamento la scissione tra *titulus* e *modus adquirendi*: con il preliminare nasce insomma un'obbligazione di dare in senso tecnico, che viene adempiuta con l'atto traslativo, né più né meno di quanto accade nelle fattispecie di " vendita obbligatoria "[51].
Ora, nulla impedisce all'autonomia privata di frammentare ulteriormente la sequenza procedimentale, individuando altri momenti di intesa (di natura sicuramente negoziale) che conducano al trasferimento finale attraverso una sempre maggiore definizione dei termini della contrattazione, partendo da un iniziale " negozio di configurazione "[52], che ben potrebbe essere rappresentato dall'incontro tra proposta irrevocabile d'acquisto e accettazione del promittente venditore, precedentemente alla stipula del preliminare vero e proprio: questo negozio di configurazione avrebbe la funzione di definire e colorare causalmente tutti i successivi momenti della sequenza procedimentale, obbligando, per esempio, alla conclusione di un successivo preliminare più specifico (quanto a modalità di pagamento del prezzo, tempo e luogo di esecuzione delle prestazioni, pattuizioni accessorie, e via dicendo).
Il fatto è che dal 1942 la dottrina italiana ha cercato di " tipizzare " il contratto preliminare partendo dalla scarna disciplina offerta dagli artt. 1351 c.c. e 2932 c.c., ritenendo che esso sia necessariamente un contratto che obbliga a concludere un nuovo contratto dal contenuto già completamente definito, per rendere possibile l'esecuzione specifica di cui all'art. 2932 c.c. (norma peraltro derogabile e applicabile solo " se possibile ")[53]. Ma non vi è ragione di escludere che l'autonomia privata possa creare preliminari per così dire " atipici ", che, per esempio, obblighino a concludere successivi accordi più dettagliati e completi nell'ambito di un procedimento negoziale, e per i quali la disciplina " tipica " dovrà essere necessariamente adattata (ad esempio, il negozio di adempimento non potrà essere surrogato da una sentenza costitutiva: v. *infra*, n. 5)[54].
Pur condividendo senz'altro questa impostazione, volta a valorizzare l'autonomia procedimentale dei contraenti, bisogna però evitare il rischio di cadere in un dogmatismo opposto a quello della Cassazione del 2009, ritenendo di individuare sempre, nella contrattazione immobiliare, lo stesso schema procedimentale: proprio perché questo è il frutto, si diceva, del libero estrinsecarsi dell'autonomia privata, occorrerà vedere che tipo di vincolo le parti abbiano inteso stringere nella prima fase, analizzando e interpretando correttamente i moduli sottoscritti e le clausole aggiunte a penna, per cogliere l'assetto di interessi che con quelle scritture le parti intendevano perseguire. Questa è, a mio avviso, la parte meritoria del più recente orientamento giurisprudenziale, che giustamente pone l'accento sull'esigenza di analizzare la causa concreta di tutti questi accordi che precedono la stipulazione del contratto traslativo finale.
Mi sembra cioè che si scada in un dogmatismo uguale ed opposto a quello della Cassazione del 2009 (che riteneva le intese precedenti al preliminare delle semplici puntuazioni, senza effetto vincolante, con la funzione essenzialmente di documentare le trattative in corso), dicendo che la sequenza preliminare-definitivo sia in realtà una vendita obbligatoria seguita dall'atto traslativo della proprietà, per cui l'accordo che precede il preliminare formale sarebbe un vero e proprio preliminare di vendita obbligatoria[55]; o che la prima intesa sia già il preliminare vero e proprio, mentre il secondo non sia che una ripetizione del primo accordo, che serve ad avere un titolo per trascrivere il preliminare stesso, o a giustificare l'esborso di una parte maggiore del prezzo[56]; o, ancora, che la prima intesa sia il vero preliminare (una volta determinati anche solo gli elementi essenziali, il rimanente contenuto negoziale può essere determinato ricorrendo alle fonti d'integrazione di cui all'art. 1374 c.c.), mentre il c.d. preliminare formale sarebbe in realtà il contratto definitivo, e il c.d. definitivo sarebbe solo una ripetizione formale del precedente, utile per la trascrizione dell'acquisto[57].
Le Sezioni unite della Cassazione, nel loro ultimo intervento, invitano invece ad esaminare l'effettiva volontà della parti, quale si traduce nella " causa concreta " di tali negozi.
5. - La prima difficoltà interpretativa è quella di appurare se le parti abbiano effettivamente voluto concludere un contratto preparatorio - che faccia sorgere dei diritti soggettivi alla conclusione del contratto finale o di un preliminare più dettagliato - o se invece l'intesa adombri una semplice puntuazione o minuta.
La puntuazione non vincola a concludere il contratto, ma, fissandone gli elementi essenziali (identificazione del bene, prezzo e modalità di pagamento), le parti intendono chiarire che la trattativa non può essere abbandonata senza perdere la somma corrisposta al mediatore, e che comunque qualsiasi deviazione da quanto fissato nell'intesa ingenererà responsabilità precontrattuale, tendenzialmente commisurata all'interesse negativo[58].
La puntuazione poi può essere più o meno vincolante, a seconda del dettaglio dei suoi contenuti e della circostanza di

maggiore o minore vicinanza alla " fine " delle trattative.
Normalmente, infatti, si ritiene che essa abbia per lo più una valenza documentale, di prova dello stato delle trattative: serve cioè a provare il fatto stesso di essere in trattativa, a concretizzare e " contrattualizzare " il dovere di buona fede di cui all'art. 1337 c.c.[59], ed eventualmente a fissare alcuni punti su cui l'accordo può considerarsi sostanzialmente raggiunto, per quanto ancora suscettibili di modificazioni[60].
Tuttavia, proprio nella contrattazione immobiliare, le minute di contratto antecedenti al preliminare si traducono sovente in veri e propri negozi ad effetti obbligatori (produttivi non dell'obbligazione di concludere il contratto definitivo, ma, per esempio, di proseguire nella trattativa con certe modalità; ovvero di effettuare il pagamento con certe scadenze o di inserire certi contenuti se e quando si deciderà di addivenire al contratto finale, o anche solo al contratto preliminare).
In questi casi è difficile non ravvisarvi dei negozi strumentali e preparatori rispetto al contratto definitivo (o anche solo al " preliminare formale ", da stipularsi in un secondo momento nella più volte ricordata " struttura trifasica " del trasferimento), rientranti probabilmente nella categoria dei c.d. " contratti normativi ". Si tratta cioè di " contratti "[61] con cui le parti si obbligano ad inserire certi contenuti nel contratto finale, rimanendo però sostanzialmente libere di concluderlo o meno (di qui la netta differenza rispetto al contratto preliminare): la modifica delle clausole pattuite dovrà essere necessariamente consensuale, perché l'eventuale rifiuto di una delle parti di firmare il contratto finale alle condizioni già pattuite dovrà considerarsi inadempimento del vincolo assunto[62].
Questa mi sembra debba essere, a livello interpretativo, la vera distinzione da fare, tra puntuazioni " deboli " e puntuazioni " forti ", che in realtà sottendono accordi normativi; non quella, tradizionalmente riproposta in giurisprudenza, ma dalla valenza eminentemente descrittiva, tra " semplice puntuazione di clausole " (in cui l'intesa è solo parziale) e " puntuazione completa di clausole " (in cui c'è un'intesa completa nei contenuti, ma sempre in funzione preparatoria e non vincolante rispetto al contratto finale)[63].
Se pertanto la volontà delle parti è quella di " bloccare l'affare " in questo modo - diciamo - " attenuato ", senza obbligarsi a concludere un successivo contratto, è bene chiarire con apposita clausola che la scrittura produrrà gli effetti di una semplice minuta o puntuazione, e che la somma di denaro eventualmente corrisposta al mediatore funge da deposito fiduciario, e diverrà caparra o acconto solo se verrà concluso il successivo contratto preliminare.
D'altra parte, tuttavia, può accadere che le parti intendano già vincolarsi a concludere il contratto finale, riservandosi di meglio definirne in seguito i contenuti (magari sotto condizione sospensiva, come nel caso all'attenzione delle Sezioni unite del 2015, in cui si intendeva condizionare il vincolo all'assenso del Banco di Napoli alla cancellazione di un'ipoteca che gravava l'immobile): la prima scrittura è già un contratto preliminare (basta che contenga gli elementi essenziali del contratto che si vuole concludere[64]), e sarà allora possibile l'esecuzione forzata *ex* art. 2932 c.c., ricorrendo eventualmente all'integrazione *ex* art. 1374 c.c., salvo che le parti abbiano escluso espressamente il ricorso alla sentenza costitutiva, per iscritto (in quanto preliminare di contratto immobiliare, le pattuizioni richiedono la forma scritta *ad substantiam*)[65].
Oppure, ancora, si può optare per il sopra descritto preliminare " atipico " - che obbliga solo a concludere in un secondo tempo il preliminare vero e proprio (più specifico e definito nei contenuti) - sorretto dalla più volte ricordata funzione " procedimentale ", dettata dalla complessità della contrattazione da condurre " per gradi ": in questo caso mi sembra di poter dire che l'inadempimento di tale contratto, dalla vincolatività " meno forte " nei riguardi del contratto finale, dia luogo alla generica tutela risarcitoria, senza possibilità di ricorrere all'esecuzione specifica di cui all'art. 2932 c.c.[66].
Le somme corrisposte al mediatore, in entrambi questi ultimi casi, possono sicuramente essere qualificate come caparra (confirmatoria o penitenziale), o quale esecuzione anticipata dell'obbligazione di pagare il prezzo (usuale nella contrattazione immobiliare), mentre il problema è quello di qualificare il secondo preliminare, che sarà nella prima ipotesi una semplice scrittura riproduttiva di un accordo già raggiunto, nella seconda un nuovo preliminare, integrativo o modificativo del precedente preliminare " atipico ", che funge da " negozio di configurazione " del procedimento.
Distinguere tra le due fattispecie di contratti preparatori (preliminare vero e proprio o preliminare " atipico " che obbliga a concludere il preliminare dettagliato) può essere arduo a livello interpretativo (per quanto la maggiore completezza del regolamento possa indirizzare l'interprete nel senso del preliminare formale già concluso): ma non c'è ragione di impedire ai privati di " procedimentalizzare " il contratto traslativo in entrambi i modi, come detto tutti fondati causalmente e produttivi di effetti obbligatori diversi (il preliminare " atipico ", dotato di una vincolatività inferiore, essendo più " lontano " dal contratto definitivo e non eseguibile in forma specifica, si lascia preferire quando le parti necessitano di un tempo maggiore per effettuare il c.d. controllo delle sopravvenienze).
La questione fondamentale, in questa prima fase della formazione progressiva della compravendita immobiliare, è però capire quando siamo di fronte a una semplice puntuazione, e quando invece ad un contratto già perfezionato, essendosi ormai superata la fase propriamente " precontrattuale "[67].
La giurisprudenza storicamente appariva divisa tra pronunce in cui si affermava che l'accordo sugli elementi essenziali bastava a ritenere il contratto concluso[68], e sentenze che invece richiedevano un consenso su tutti gli elementi contrattuali, compresi quelli secondari o accessori[69].
La seconda linea di pensiero, corroborata dalla più attenta dottrina, ha finito col prevalere: la distinzione tra elementi essenziali e accidentali ha un senso *dopo* che il contratto è stato concluso, per saggiarne la validità o per qualificarlo correttamente, ma non per valutare se il contratto sia stato o meno concluso. In questa fase non si può aver riguardo agli elementi " essenziali in astratto ", richiesti dal legislatore nella disciplina di un certo tipo contrattuale, per la ragione che tutti gli elementi del contratto devono essere coperti dal consenso contrattuale, sono cioè " essenziali in concreto ", in quanto tutti presi in considerazione dai contraenti nella loro attività di contrattazione[70]: a meno che, naturalmente, le parti non abbiano chiarito di volersi immediatamente vincolare sui punti su cui l'accordo è stato raggiunto, consapevoli che, nel caso in cui la successiva negoziazione non andasse a buon fine, essi saranno comunque vincolati da un regolamento

contrattuale che andrebbe integrato, per quanto non previsto, secondo il disposto dell'art. 1374 c.c.[71].
In questo contesto, quello che rileva è l'effettiva volontà dei contraenti[72], e la maggiore o minore completezza dell'intesa precontrattuale, secondo l'ormai costante giurisprudenza, può solo far presumere che la volontà dei contraenti vada in una direzione piuttosto che nell'altra.
Se cioè il regolamento contrattuale è completo in tutti gli elementi, essenziali e accidentali o secondari, si deve presumere che il contratto sia stato concluso, e che ci sia quindi un preliminare vincolante (sempre che dalle dichiarazioni o dai comportamenti delle parti non risulti una chiara volontà di non considerare vincolante l'accordo, da reputarsi allora una puntuazione completa, o un contratto normativo che obbliga a riprodurre quanto concordato nel successivo eventuale contratto preliminare)[73]. Se viceversa l'accordo è limitato ai soli elementi essenziali a livello normativo (nella vendita, l'identificazione del bene venduto e la determinazione del prezzo), mentre altri aspetti sono ancora in discussione (ad esempio modalità di pagamento, luogo e tempo dell'adempimento), si deve presumere che si tratti di una mera puntuazione (salvo, anche in questo caso, che si provi la volontà di vincolarsi con un vero e proprio preliminare, i cui contenuti saranno eventualmente completati attraverso l'integrazione)[74].
Quello che preme rilevare, a conclusione di questa breve rassegna delle possibili qualificazioni di queste intese, è che non è possibile operare ricostruzioni apodittiche, che ricostruiscano sempre allo stesso modo la formazione progressiva del contratto, imbrigliando l'autonomia privata negli schemi delle ricostruzioni teoriche. È invece fondamentale l'opera dell'interprete nel capire l'assetto d'interessi concreto perseguito dalle parti, partendo innanzitutto dall'analisi delle clausole comprese nei moduli o aggiunte a penna.
Può aiutare, nello spingere verso l'interpretazione come contratto preliminare già concluso, una maggiore completezza nella definizione dei contenuti del contratto (non solo la definizione dell'oggetto, ma magari l'indicazione delle garanzie prestate dal promittente venditore circa la provenienza o la libertà da pesi e vincoli, l'analitica definizione delle modalità di corresponsione del prezzo, le menzioni urbanistiche già presenti, e via dicendo), tenendo presente, tuttavia, che anche un regolamento contrattuale estremamente completo e minuzioso non esclude, come detto, una qualificazione in termini di puntuazione o contratto normativo, se emerga una chiara volontà in tal senso. Così come potrebbe indurre a ravvisare un preliminare già concluso l'espressa qualificazione delle somme versate al mediatore professionale come acconti o caparre, che non possono che accedere ad un contratto già perfezionato.

(1) V. Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *R. not.*, 2015, 1, p. 192 ss.; in *F. it.*, 2015, I, c. 2016 ss.; in *Contratti*, 2015, 545 ss., con nota di Brizzolari; in *Corr. giuridico*, 2015, 609 ss., con note di Carbone e Festi; in *Nuova g. civ. comm.*, 2015, p. 601 ss., con nota di Buset; in *G. it.*, 2015, p. 1064 ss., con nota di Di Majo; consultabile altresì in *D. civ. cont.*, 2015, con note di Plaia e A.M. Benedetti.
(2) Per una sintesi sulla formazione progressiva del contratto e sulle possibili intese precontrattuali, si rimanda a Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, 2ª ed., Milano 2006, p. 177 ss., e a Natucci, *Vicende preclusive, preparatorie, condizionanti*, in *Formazione*, a cura di Granelli, in *Tratt. Roppo*, I, Milano 2006, spec. p. 441 ss.
(3) Si vedano già Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano 1961, p. 81 ss., e G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano 1969, p. 34 ss. Per un'approfondita trattazione della possibilità dei privati di semplificare o aggravare l'accordo contrattuale, v. A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale - La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino 2002, *passim*.
(4) Per questa nozione di negozio preparatorio, meno vaga di quella che si fonda sul semplice collegamento negoziale con un successivo contratto, cui l'attività preparatoria sia teleologicamente orientata, si veda, come noto, G. Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano 1974, p. 47.
(5) V. Natucci, *Vicende preclusive*, cit., p. 442.
(6) Per un'analisi della fattispecie, quanto all'inversione del ruolo tra proponente e accettante, alla peculiarità delle dichiarazioni prenegoziali indirizzate all'intermediario e non alla controparte contrattuale, nonché alla natura e alla disciplina del versamento della somma al mediatore, v. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, in questa *Rivista*, 2010, II, p. 81 ss.
(7) Per questa terminologia, v. Tassinari, Dalle proposte di acquisto al preliminare: analisi di una prassi immobiliare, in R. not., 1994, I, p. 49 ss.; Mazzù, La funzione del " preliminare aperto " ed il suo regime giuridico, in Aa.Vv., La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive, Milano 2007, p. 32 ss.
(8) Il tema fu oggetto di un convegno organizzato dal notariato a Bologna a inizio anni '90, con interventi pubblicati sulla *Rivista del notariato* (v. in particolare G. Gabrielli, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *R. not.*, 1994, I, p. 23 ss.; Ravazzoni, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, *ivi*, p. 35 ss.), oltre che in un volume *ad hoc* (Aa.Vv., *Dalle proposte di acquisto al preliminare notarile. Analisi di una prassi immobiliare*, Milano 1995), e di un successivo convegno a Roma nel 2007 (Aa.Vv., *La prassi della contrattazione immobiliare tra attualità e prospettive*, cit.). Su questa contrattazione " trifasica ", cfr. altresì Chianale, *Il preliminare di preliminare:* intentio certa sese obligandi*?*, nota a Cass. 2 aprile 2009, n. 8038, in *Notariato*, 2010, p. 42 ss.; e, in una prospettiva comparatistica, Morello, Culpa in contrahendo, *accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in Aa.Vv., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, Milano 1986, p. 75 ss., spec. pp. 125 ss., 131 ss.
(9) V. Satta, L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, in F. it., 1950, IV, c. 73 ss. Cfr. pure Giorgianni, Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica, e forma del mandato, nota a Cass. 3 agosto 1960, n. 2271, in Giust. civ., 1961, I, p. 64 ss., il quale proprio dalla disciplina dell'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre ricava che ormai, nel nostro ordinamento, il preliminare conferisce un diritto al bene più che un diritto al contratto.
(10) V. in questo senso G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 152 ss.; G. Gabrielli-Franceschelli, voce *Contratto preliminare. I) Diritto Civile*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, p. 3. Per una sintesi delle posizioni dottrinali circa la causa del preliminare, si rinvia al paragrafo successivo.
(11) Nel senso della nullità del preliminare di preliminare, si vedano: Trib. Salerno 23 luglio 1948, in *D. e giur.*, 1949, p. 101 ss. (che tuttavia fa leva, più che sul difetto di causa, sulla mancanza della forma prevista per il definitivo); Cass. 18 dicembre 1956, n. 4452, in *F. it.*, 1957, I, c. 11 ss.; Trib. Napoli 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 283 ss.; Trib. Napoli 21 febbraio 1985, in *D. e giur.*, 1986,

p. 725 ss.; Pret. Firenze 19 dicembre 1989, in *G. mer.*, 1990, p. 468 ss.; App. Napoli 1° ottobre 2003, in *G. mer.*, 2004, p. 62 ss.; App. Genova 21 febbraio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 648 ss.

(12) V. Pret. Bologna 9 aprile 1996, in *G. it.*, 1997, I, 2, p. 540 ss., con nota di Magni; Trib. Napoli 28 aprile 2003, in *G. napoletana*, 2003, p. 265 ss.

(13) Ovviamente l'accordo che obbliga alla ripetizione avrebbe ad oggetto un contratto perfettamente valido, dotato della forma richiesta *ad substantiam* dall'art. 1351 c.c., e gli effetti obbligatori propri del preliminare sarebbero quindi riconducibili all'originaria proposta d'acquisto accettata: cfr. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano 1970, p. 155 ss.

(14) V. App. Napoli 11 ottobre 1967, in *G. it.*, 1969, I, 2, c. 279 ss., che parla di " contratto atipico a contenuto ed effetti obbligatori, diretto alla successiva stipulazione del contratto preliminare di compravendita immobiliare [...] avente una sua autonoma funzione economico-sociale " (in realtà la conclusione lascia perplessi, visto che nel caso di specie mancava l'indicazione di tutti gli elementi essenziali del contratto da concludere, in quanto non era esattamente indicato " il cespite oggetto della convenzione "); Trib. Genova 7 settembre 1993, in *G. it.*, 1995, I, 2, p. 530 ss., con nota di Tiby; Trib. Napoli 11 gennaio 1994, in *D. e giur.*, 1996, p. 501 ss.; Trib. Napoli 28 febbraio 1995, n. 2039, in *D. e giur.*, 1995, p. 463 ss., con nota di Carbone.

(15) V. Cass. 2 aprile 2009, n. 8038, in *Contratti*, 2009, p. 986 ss., con nota di Toschi Vespasiani; in *Nuova g. civ. comm.*, 2009, I, p. 998 ss., con nota di Salvadori; in *Notariato*, 2010, p. 40 ss., con note di Chianale e La Porta. Le conclusioni della sentenza sono state poi riprese anche da Cass. 10 settembre 2009, n. 19557, inedita, consultabile su *DeJure*.

(16) V. G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, p. 247 ss.; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova g. civ. comm.*, 2007, p. 299 ss.

(17) Così La Porta, La (salutare) nullità del contratto inutile, in Notariato, 2010, p. 48 ss.; e cfr. Gazzoni, Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi, in questa Rivista, 1978, I, p. 52 ss., spec. 99.

(18) V., per un caso di questo tipo, App. Firenze 12 maggio 2009, in *Contratti*, 2009, p. 988 ss.; nonché Cass. 9 dicembre 2009, n. 25780, inedita, consultabile su *DeJure*.

(19) V. Cass. 12 marzo 2014, n. 5779 (ord.), in *G. it.*, 2014, p. 2419 ss., con nota di Tamburini, e in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 735 ss., con nota di Mazzariol.

(20) Per confutare la tesi dell'invalidità del " preliminare di preliminare ", la Cassazione prima pone un diverso problema di qualificazione della fattispecie (rilevando l'ovvia validità di un vero e proprio preliminare che contenga semplicemente un obbligo di riproduzione del suo contenuto in una diversa scrittura), e poi - in modo a dire il vero equivoco - sottolinea come il preliminare di preliminare non obblighi semplicemente a concludere un altro preliminare, ma contenga in sé anche l'obbligo di concludere il definitivo (onde la nullità della prima parte non potrebbe inficiare la validità della seconda, ai sensi dell'art. 1419, comma 1°, c.c.). Per i rilievi critici che è possibile sollevare verso questa ordinanza, v. Restivo, *Le Sezioni unite chiamate a pronunciarsi sulla validità del " preliminare di preliminare "*, in *D. civ. cont.*, 2 settembre 2014; Tamburini, *Una inesauribile fonte di dubbi: il contratto preliminare di preliminare*, in *G. it.*, 2014, p. 2419 ss.; cfr. pure Mazzariol, *Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle sezioni unite*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 736 ss.

(21) Cfr. Plaia, Da " inconcludente superfetazione " a quasi contratto: la parabola ascendente del " preliminare di preliminare ", in D. civ. cont., 14 maggio 2015. Per un tentativo di ricostruire la natura giuridica di tali intese, v. infra n. 5.

(22) V. Caruso, *La "* culpa in contrahendo *". L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano 1993, p. 85 ss.

(23) Cfr. A.M. Benedetti, Autonomia di procedimenti formativi? La vicenda del " preliminare di preliminare ", in D. civ. cont., 11 maggio 2015.

(24) Per una ricostruzione teorica, v. Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *R. d. comm.*, 1956, II, p. 361 ss.; e cfr. Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano 1963, p. 115 ss., e Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano 2006, p. 443 ss., spec. p. 469 ss.

(25) Si pensi al § 311, comma 2° e 3°, BGB, come modificato dalla riforma del diritto delle obbligazioni, in vigore dal 1° gennaio 2002.

(26) V. Morello, Culpa in contrahendo, cit., p. 94 ss.; Speciale, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano 1990, pp. 145 ss., 219 ss.; Realmonte, *Introduzione*, in Aa.Vv., *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di Realmonte, Milano 1996, p. XIX.

(27) Così Realmonte, *loc. cit.*

(28) V. Speciale, *op. cit.*, p. 110, che però subito dopo parla, più propriamente, di assenza di una giustificazione causale.

(29) V. Rascio, *Il contratto preliminare*, Napoli 1967, p. 174, nt. 11; Perego, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano 1974, p. 125; Gazzoni, *Il contratto preliminare*, 3ª ed., Torino 2010, p. 50 ss.; La Porta, *La (salutare) nullità del contratto inutile*, cit., p. 48 ss.

(30) V. Speciale, Il " Vorvertrag " nell'ambito delle nuove tendenze in materia di formazione progressiva del contratto, in questa Rivista, 1986, I, p. 45 ss.; Id., Contratti preliminari e intese precontrattuali, cit., p. 1 ss.; Chianale, voce Contratto preliminare in diritto comparato, in Dig. disc. priv. - sez. civ., IV, Torino 1989, p. 290 ss.; De Matteis, La contrattazione preliminare ad effetti anticipati, Padova 1991, p. 12 ss.; Gazzoni, Il contratto preliminare, cit., p. 1 ss.

(31) Cfr. Montesano, *Contratto preliminare e sentenza costitutiva*, Napoli 1953, p. 84 ss.; Id., voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano 1979, p. 508 ss., spec. p. 510 s.; Perego, *I vincoli preliminari*, cit., p. 89 ss.

(32) V. per tutti Giorgianni, Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato, cit., p. 69 ss.; Chianale, voce Contratto preliminare, in Dig. disc. priv. - sez. civ., IV, Torino 1989, p. 278; Id., Il preliminare di preliminare, cit., p. 44 s.; Gazzoni, Il contratto preliminare, cit., p. 11 ss.; e alla natura " procedimentale " della sequenza preliminare-definitivo fanno riferimento pure Rascio, Il contratto preliminare, cit., p. 176 ss. (il quale parla di fattispecie a formazione progressiva, in cui il contratto definitivo realizzerebbe tuttavia una novazione del rapporto contrattuale), e soprattutto Palermo, Contratto preliminare, Padova 1991, pp. 31 ss., 101 ss. (il preliminare fungerebbe da " negozio di configurazione ", capace di attribuire una causa a tutti i successivi atti della sequenza procedimentale che conduce al trasferimento del diritto).

(33) Così G. Gabrielli-Franceschelli, voce *Contratto preliminare*, cit., p. 1.

(34) V. per riferimenti G. Gabrielli-Franceschelli, *op. cit.*, p. 2.

(35) Così Forchielli, voce *Contratto preliminare*, in *Nov. D.*, IV, Torino 1959, p. 683.

(36) V. G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano 1970, p. 152 ss.; Chianale, voce *Contratto preliminare*, cit., p. 279.

(37) Così Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., p. 51. Il regolamento deve essere completo almeno negli elementi essenziali, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale (v. G. Gabrielli-Franceschelli, *op. cit.*, p. 2 s.): in realtà, come meglio si dirà in seguito, non ha senso nella formazione del contratto distinguere elementi essenziali e accidentali o secondari o accessori, perché tutti sono essenziali in concreto per realizzare l'assetto d'interessi voluto dai contraenti. Solo se ci sia stata un'espressa riserva di ulteriore negoziazione su alcuni punti, questi potranno essere disciplinati in un modo non previsto nel preliminare (ma la natura delle clausole relative sarà appunto

integrativa, non esecutiva di obblighi assunti in sede di contrattazione preliminare); in caso contrario, il regolamento contenuto nel preliminare deve ritenersi completo, e si farà luogo semmai agli ordinari criteri di integrazione del contratto. Per questi problemi, v. *infra*, n. 5.

(38) V. per tutti Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, 2ª ed., Milano 2011, p. 345 s.; Girolami, *L'artificio della* causa contractus, Padova 2012, *passim*, spec. pp. 141 ss., 209 ss. Ma per una posizione critica, nel senso della valorizzazione della causa concreta del negozio, v. C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in questa *Rivista*, 2014, I, p. 251 ss.

(39) Così Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 2, Torino 1993, p. 268 s.; nello stesso senso Roppo, *Il contratto*, cit., p. 616; A.M. Benedetti, *Autonomia di procedimenti formativi?*, cit.

(40) V. Gazzoni, *Atipicità del contratto*, cit., p. 99, il quale ritiene che nella contrattazione atipica, prima del giudizio di liceità, occorra compiere una valutazione di " giuridicizzabilità in astratto " degli interessi perseguiti dai contraenti, analoga a quella già compiuta dal legislatore nel disciplinare i contratti tipici; Breccia, *Causa*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, t. 3, Torino 1999, p. 90 ss., che invece riconduce la meritevolezza dell'interesse alla tematica del giusto contratto, ritenendo che essa si traduca nell'equilibrio tra controprestazioni; C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 253 ss., che, attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1322, considera immeritevoli gli interessi che contrastino con l'utilità sociale, con gli interessi generali della comunità e dei terzi maggiormente meritevoli di tutela. Per la posizione sostenuta nel testo, invece, sia consentito rinviare a Stefini, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645* ter *c.c.*, Padova 2010, p. 62 ss.

(41) V. Checchini, Regolamento contrattuale e interesse delle parti (Intorno alla nozione di causa), in questa Rivista, 1991, I, p. 229 ss., spec. p. 240 s.

(42) Così Gentili, Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto " atipico ", in R. d. comm., 1989, I, p. 221 ss.

(43) V. La Porta, La (salutare) nullità del contratto inutile, cit., p. 48 ss.

(44) V. A.M. Benedetti, *Autonomia di procedimenti formativi?*, cit. Allo stesso modo l'Autore, sempre identificando il giudizio di meritevolezza con quello di non illiceità, valorizza al massimo l'autonomia negoziale procedimentale, ritenendo che le parti possano semplificare o aggravare l'accordo contrattuale (Id., *Autonomia privata procedimentale*, cit., *passim*), salvo però escludere pattuizioni mancanti del requisito della *serietà*, " in relazione alle quali non possa ragionevolmente individuarsi un effettivo e concreto interesse sotteso alla loro stipula " (Id., *Autonomia privata procedimentale*, cit., p. 426): clausole sull'accettazione stravaganti, eccentrici patti sulla lingua da utilizzare, e via dicendo. A me sembra che, più che di mancanza di serietà (come tradizionalmente si dice delle dichiarazioni non sorrette da un'effettiva volontà negoziale), si debba parlare di mancanza di causa, nel senso precisato nel testo: si tratta di pattuizioni, analogamente al preliminare di preliminare in senso stretto, che non servono a nulla, che non perseguono interessi meritevoli secondo l'ordinamento giuridico (in questo riconoscendosi il filtro, minimo ma pur sempre distinto da quello della liceità, portato dall'art. 1322, comma 2°, c.c.).

(45) V. *supra*, n. 2.

(46) V. Toschi Vespasiani, Il " preliminare di preliminare " e la " proposta di acquisto accettata ", commento a Cass. 2 aprile 2009, n. 8038, in Contratti, 2009, p. 996; Chianale, Il preliminare di preliminare, cit., p. 42.

(47) In questo senso v. App. Napoli 11 ottobre 1967, cit.; Trib. Napoli 28 febbraio 1995, cit., con nota di Carbone. Su questa linea si colloca Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit.

(48) V. ad esempio Trib. Napoli 28 febbraio 1995, cit.; per la distinzione tra obbligo a contrattare (o meglio a trattare) e obbligo a contrarre, v. Gazzoni, *op. cit.*, p. 51; Carbone, *Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, in *D. e giur.*, 1995, p. 471 s. Si tratta cioè di minute o puntuazioni, la cui funzione viene a volte intesa in senso assai " debole ", di natura cioè probatorio-documentale del corso delle trattative, altre volte nel senso di vincolare a riprodurne il contenuto nel contratto definitivo, se e quando verrà concluso (in questi casi sono più spesso ravvisabili dei " contratti normativi ": v. *infra*, n. 5).

(49) Si veda nuovamente Pret. Bologna 9 aprile 1996, cit.

(50) Si rimanda nuovamente a Salv. Romano, Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato, cit., p. 80 ss., e a G. Benedetti, Dal contratto al negozio unilaterale, cit., p. 27 ss.

(51) Per questa ricostruzione, v. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., p. 1 ss.; Chianale, *op. cit.*, p. 42 ss., spec. p. 44 s., anche per riferimenti.

(52) V. Palermo, Contratto preliminare, cit., p. 74; La Porta, Accordi sulla forma, preliminare e tecniche di formazione del contratto. A proposito di un recente libro, in Rass. dir. civ., 1993, p. 529 ss.

(53) Per una critica alla concezione unitaria del contratto preliminare fondata sugli artt. 1351 c.c. e 2932 c.c., v. Speciale, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 199 ss.

(54) È l'analisi della realtà a spingere verso questa apertura: basti pensare a cosa resti del preliminare " tipico " nei preliminari immobiliari ad effetti anticipati, dove l'adesione alla tesi " classica " del preliminare porta a configurare improbabili collegamenti negoziali con comodati o mutui infruttiferi, pur di non riconoscere che ci possa essere un preliminare che obbliga già a pagare il prezzo o a immettere nel godimento del bene, ancor prima della stipulazione del definitivo, sempre in un'ottica di contrattazione atipica procedimentale.

(55) Così Chianale, *Il preliminare di preliminare*, cit., p. 45 ss.

(56) Cfr. Toschi Vespasiani, *op. cit.*, p. 996 ss.

(57) V. G. Gabrielli, Prassi della compravendita immobiliare, cit., p. 28 ss.

(58) In questo senso ancora la giurisprudenza: v. Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, cit. In realtà la dottrina più moderna ha abbandonato la rigida limitazione all'interesse negativo della quantificazione del danno determinato da un comportamento scorretto nelle trattative: si devono piuttosto valutare in concreto i danni causalmente riconducibili alla violazione del dovere di buona fede nella fase precontrattuale, e va da sé che, quanto più la trattativa è avanzata ed il contenuto del futuro contratto definito, tanto più il *quantum* del risarcimento si avvicinerà all'interesse positivo. V. Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impr.*, 1988, p. 794 ss.; Speciale, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., p. 266; Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 191.

(59) Si tenga presente che in questi casi il dovere di buona fede, e quindi anche l'obbligo di proseguire nelle trattative una volta creato l'affidamento nella conclusione del contratto, nasce *ex lege* dalla trattativa, non dalla puntuazione: essa serve, al più, come prova dell'affidamento creato nella controparte, e quindi della violazione dell'art. 1337 c.c.

(60) V. Ricciuto, *op. cit.*, p. 192 ss.; Natucci, *Vicende preclusive*, cit., p. 450 ss.

(61) A dire il vero la natura contrattuale di simili intese, non sorgendo un vincolo immediato, se non di natura " procedimentale ", è

tutt'altro che pacifica: v. Ricciuto, *op. cit.*, p. 183.
(62) V. ancora Ricciuto, *op. cit.*, p. 201 ss.; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli 2013, p. 900. *Contra*, nel senso che non nascerebbe alcuna obbligazione, rimanendo le parti libere di non concludere il contratto finale, Albanese, *Il contratto normativo. Nozione e problematiche generali*, in Aa.Vv., *I rapporti giuridici preparatori*, a cura di Realmonte, cit., p. 183. L'esempio classico di " contratti normativi " così intesi è quello dei contratti collettivi di lavoro (per quanto dotati di " efficacia reale ", in quanto il loro contenuto entra automaticamente nel contratto di lavoro individuale, senza passare per un'obbligazione a carico dei contraenti), o dei contratti tipo predisposti dalle associazioni di categoria.
(63) Così, tra le molte, Cass. 22 agosto 1997, n. 7857, in *Contratti*, 1998, p. 116 ss., con nota di Braccio.
(64) È questa l'opinione della giurisprudenza più tradizionale: v. per tutte Cass. 29 ottobre 1975, n. 3672, in *Rep. Giust. civ.*, 1975, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 138; Cass. 8 agosto 1979, n. 4628, in *Rep. F. it.*, 1979, voce *Contratto in genere*, n. 161; Cass. 6 giugno 1983, n. 3856, in *Mass. Giust. civ.*, 1983, p. 1370; Cass. 23 agosto 1997, n. 7935, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, p. 1492. È tuttavia rappresentato anche l'orientamento che, per la conclusione del preliminare, richiede il consenso anche sugli elementi secondari e accidentali: v. Cass. 24 maggio 1995, n. 5691, in *Corr. giur.*, 1996, p. 79 ss., con nota di Emiliozzi. Cfr. Chianale, voce *Contratto preliminare*, cit., p. 280; G. Gabrielli-Franceschelli, voce *Contratto preliminare*, cit., p. 2 s.
(65) È opinione diffusa che, nella contrattazione " trifasica " di cui ci stiamo occupando, il primo preliminare " aperto " non soltanto preveda una facoltà di recesso con caparra penitenziale (ma il più delle volte la tesi deriva dalla confusione con fattispecie riconducibili a mere puntuazioni), ma non sia nemmeno eseguibile in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.: questo perché, ragionando in termini di preliminare di preliminare in senso stretto, non sembra possibile una sentenza che tenga luogo del secondo preliminare, mentre, qualora si ammettesse la sentenza sostitutiva del contratto definitivo, verrebbe meno la procedimentalizzazione voluta dai contraenti (v. Carbone, *Il diritto vivente dei contratti preliminari*, nota a Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, in *Corr. giur.*, 2015, p. 622; Magni, *Puntuazione di contratto, preliminare e preliminare di preliminare*, nota a Pret. Bologna 9 aprile 1996, cit., p. 541 s.). In realtà, se le parti hanno inteso stipulare già un vero e proprio preliminare volto alla conclusione del contratto finale, bisogna ritenere che esse possano avvalersi del rimedio dell'art. 2932, essendo presenti tutti gli elementi essenziali del contratto da concludere, e potendo il giudice ricorrere, eventualmente, alle fonti d'integrazione del contratto *ex* art. 1374 c.c., salvo che l'operatività del rimedio non sia stata esclusa convenzionalmente per iscritto: così G. Gabrielli, *Prassi della compravendita immobiliare*, cit., p. 32, e, nello stesso senso, Chianale, *Il preliminare di preliminare*, cit., p. 46.
(66) Un simile contratto si distingue dalla puntuazione, perché non fa sorgere un generico " obbligo di trattare ", ma uno specifico obbligo di contrarre (concludere il preliminare " formale " o " chiuso " nei termini previsti): si tratta tuttavia di un contratto atipico diverso dal preliminare in senso stretto, in quanto manca la disciplina di dettaglio, e non è quindi possibile una sentenza che tenga luogo del successivo preliminare non concluso. L'inadempimento farà scattare la responsabilità contrattuale, e l'obbligazione risarcitoria dovrebbe parametrarsi all'interesse positivo, essendo ormai terminata la fase delle trattative sui punti essenziali del contratto da concludere.
(67) Sul punto, v. G.B. Ferri, In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale " per relationem ", nota a Cass. 27 novembre 1963, n. 3044, in R. d. comm., 1964, II, p. 192 ss.; Emiliozzi, Il confine tra la c.d. puntuazione e il contratto preliminare, commento a Cass. 24 maggio 1995, n. 5691, in Corr. giur., 1996, p. 80 ss.; Eroli, Considerazioni sulla formazione progressiva del contratto, in R. d. comm., 1997, I, p. 67 ss.; Ricciuto, op. cit., p. 192 ss.
(68) V. in luogo di molte Cass. 18 febbraio 1967, n. 408, in *F. pad.*, 1967, I, c. 481 ss., con nota di Vitucci; Cass. 28 marzo 1980, n. 2051, in *Rep. G. it.*, 1980, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 254; Cass. 17 ottobre 1992, n. 11429, in *Mass. Giust. civ.*, 1992 (oltre all'accordo sugli elementi essenziali, occorre che, anche dal loro comportamento successivo, si evinca la volontà delle parti di ritenere concluso il contratto). Ancora, nel senso che serva aver riguardo all'" essenzialità in astratto " degli elementi costitutivi della fattispecie, Cass. 13 maggio 1998, n. 4815, in *Corr. giur.*, 1999, con nota di Nasti. Si ricorda che l'accordo sui soli elementi essenziali è da alcuni ritenuto sufficiente a perfezionare un contratto preliminare: v. *supra*, nt. 64. In generale, per questa impostazione, v. già Carnelutti, *Formazione progressiva del contratto*, in *R. d. comm.*, 1916, II, p. 310 ss., secondo il quale il contratto è sorto quando l'accordo è raggiunto sul contenuto minimo del contratto come determinato dalla legge, dipendendo dalle parti la scelta se accontentarsi di ciò, rinviando, per il regolamento del rapporto su tutti gli altri punti, alla legge, agli usi o all'equità, ovvero intervenire in un secondo momento per completare l'accordo con un " supplemento di convenzione ".
(69) V. per tutte Cass. 27 novembre 1967, n. 3044, in *R. d. comm.*, 1964, II, p. 192 ss., con nota di G.B. Ferri; Cass. 8 aprile 1983, n. 2500, in *Mass. Giust. civ.*, 1983. Ormai la giurisprudenza è orientata in questo senso: v. Cass. 24 ottobre 2003, n. 16016, in *Contratti*, 2004, p. 221 ss., con nota di A.M. Benedetti; Cass. 12 settembre 2013, n. 20893, in *D. giust. online*, 2013, 13 settembre, con nota di Vazzana.
(70) V. già V. Scialoja, *Sull'art. 37 del codice di commercio*, in *R. d. comm.*, 1909, I, p. 479; e ancora: G.B. Ferri, *In tema di formazione progressiva del contratto*, cit., p. 193 s.; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966, p. 192 ss.; Emiliozzi, *op. cit.*, p. 83; Eroli, *op. cit.*, p. 68 ss.; Natucci, *op. cit.*, p. 443 ss.; Ricciuto, *op. cit.*, p. 195 s. Finché cioè non si raggiunge l'accordo sull'intero regolamento negoziale, il contratto non è concluso, e non possono quindi operare le fonti di integrazione del contenuto del contratto previste dall'art. 1374 c.c.
(71) Nonostante le apparenze, quindi, non è in gioco la *vexata quaestio* della natura, imperativa o meno, dell'art. 1374 c.c.: se cioè si tratti di una norma cogente (così Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1964, p. 67 ss.; Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano 1970, p. 230 ss.), anche se poi occorre di volta in volta aver riguardo alla natura imperativa o dispositiva della fonte d'integrazione richiamata, o se si tratti invece di una norma derogabile dall'autonomia privata (cfr. C. Scognamiglio, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Torino 1999, p. 1030; C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano 2000, p. 519). Se il contratto ancora non è concluso, e le parti quindi sono ancora nella fase delle trattative, non ci può essere spazio per l'integrazione. Se invece dalle dichiarazioni e dai comportamenti delle parti si evince che un contratto è stato già concluso, bisognerà interpretare correttamente la volontà dei contraenti: può darsi che abbiano solo deciso di vincolarsi a comprendere nel contratto finale certi contenuti, subordinatamente alla condizione che tale contratto finale venga poi concluso (si tratta di un " contratto normativo ", come detto nel testo, e l'integrazione entrerà in gioco nel contratto finale, se e quando verrà concluso); può darsi, invece, che le parti abbiano inteso vincolarsi immediatamente sui punti sui quali hanno raggiunto l'accordo, indipendentemente dalla successiva attività di negoziazione integrativa o modificativa (e in questo caso sarà possibile l'integrazione del regolamento contrattuale già adottato).
(72) È questa ormai l'opinione della giurisprudenza, che ritiene che la ricostruzione dell'effettiva volontà delle parti sia questione di merito, insindacabile in Cassazione ove adeguatamente motivata, e debba essere effettuata utilizzando comunque i criteri interpretativi

degli articoli 1362 ss. c.c., ancorché non si tratti di interpretare un regolamento già concluso, ma piuttosto " la volontà di impegnarsi o non impegnarsi attualmente, a prescindere dal completarsi del regolamento stesso " (così Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 884; e v. Natucci, *op. cit.*, p. 449 s.). V., tra le sentenze più recenti, Cass. 18 gennaio 2012, n. 667, in *Mass. Giust. civ.*, 2012; Cass. 14 maggio 2013, n. 11539, in *Guida al dir.*, 2013, 33, p. 53 (s.m.).

(73) V. Cass. 22 agosto 1997, n. 7857, in *Contratti*, 1998, p. 113 ss., con nota di Braccio, e in *Notariato*, 1998, p. 422 ss., con nota di Ventoruzzo; Cass. 16 luglio 2002, n. 10276, in *Mass. Giust. civ.*, 2002; Cass. 18 gennaio 2005, n. 910, in *Mass. Giust. civ.*, 2005; Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Guida al diritto*, 2009, 12, p. 51 (s.m.).

(74) V. tra le altre Cass. 17 ottobre 1992, n. 11429, cit.; Cass. 13 maggio 1998, n. 4815, cit.; Cass. 22 settembre 2008, n. 23949, in *Giust. civ.*, 2009, I, 1, p. 75.

**IL RICONOSCIMENTO GIURISPRUDENZIALE DEL CONTRATTO PRELIMINARE DEL PRELIMINARE**
Gaetano Edoardo Napoli

c.c. art. 1322
c.c. art. 1325
c.c. art. 1418
c.c. art. 2932

L'*iter* seguito nella motivazione della sentenza resa dalle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione del 6 marzo 2015, n. 4628, muove dall'analisi della figura del contratto preliminare del preliminare e degli orientamenti in materia. Si tratta di una fattispecie che compare con frequenza nella prassi della compravendita immobiliare, soprattutto nei casi in cui l'affare si conclude tramite l'intervento di un mediatore. Infatti, accade comunemente che il mediatore « blocchi » un affare nei confronti del potenziale acquirente di un immobile facendogli sottoscrivere un documento, spesso denominato « proposta irrevocabile di acquisto ». L'atto viene poi sottoposto alla firma del potenziale venditore (i cui ripensamenti sulla convenienza dell'affare restano ammessi, in quanto può ben optare per non sottoscrivere il documento), cioè del soggetto che ha conferito l'incarico di intermediazione per la vendita del bene. Quanto al contenuto, viene indicato l'immobile e ne viene determinato il prezzo; quasi sempre si fa menzione del versamento, da parte del potenziale acquirente, di una somma a titolo di caparra. La peculiarità dell'atto consiste nella clausola che rinvia a un successivo contratto preliminare tra le stesse parti, quale successiva fase nella procedimentalizzazione del percorso che porta al trasferimento del diritto. Viene al riguardo previsto, in genere, anche il vincolo alla stipulazione del contratto definitivo, quale conclusivo passo per la stabilizzazione degli assetti giuridico-economici tra le parti. Le Sezioni unite, con la sentenza del marzo del 2015, riconoscono che la problematica relativa all'ammissibilità del contratto preliminare del preliminare è sorta proprio con l'evoluzione della contrattazione immobiliare, connessa all'attività di mediazione professionalmente gestita. La ripartizione dell'*iter* volto al trasferimento del diritto in tre fasi negoziali viene configurata come una conseguenza della complessità dei contatti e delle verifiche da effettuare per saggiare la serietà dei soggetti coinvolti e per accertarsi della convenienza economica dell'affare: 1. la prima fase corrisponde con la sottoscrizione del contratto preliminare del preliminare per « bloccare » l'affare; 2. la seconda è quella della stipula del successivo contratto preliminare; 3. la terza fase si svolge, di solito, davanti al notaio e comporta il trasferimento definitivo.
Sommario: 1. Una peculiare fattispecie di contrattazione preliminare all'esame Sezioni unite. - 2. La figura del contratto preliminare del preliminare. - 3. Le ragioni indicate nell'ordinanza di rimessione degli atti per il giudizio delle Sezioni unite. - 4. I contrapposti orientamenti giurisprudenziali. - 5. Contratto e puntuazione. - 6. Individuazione della problematica riguardante l'autonomia del contratto preliminare del preliminare. - 7. La causa del contratto preliminare del preliminare. - 8. Qualificazione del contratto. - 9. Un nuovo principio di diritto.

1. - La controversia da cui prende le mosse una recente sentenza delle Sezioni unite, del 6 marzo 2015, n. 4628[(1)], riguarda un accordo - denominato " dichiarazione preliminare d'obbligo " - concluso tra soggetti intenzionati a pervenire alla compravendita di un immobile e recante l'obbligo di stipula di un previo contratto preliminare.
Nella specie, il mancato adempimento spontaneo di tale obbligo da parte dei potenziali compratori condusse gli aspiranti venditori a richiederne, in via giudiziale, l'esecuzione in forma specifica.
Il Tribunale qualificò tale atto come " contratto preliminare di preliminare " e lo dichiarò nullo per mancanza di causa.
In seguito all'impugnazione della sentenza di primo grado, la corte d'appello affermò che al contratto preliminare può riconoscersi funzione giuridicamente apprezzabile solo quando è idoneo a produrre effetti diversi da quelli del contratto preparatorio e ritenne che, nella specie, il secondo contratto previsto, ma non stipulato, avrebbe prodotto gli stessi effetti dell'accordo iniziale, impegnando le parti a stipulare alle medesime condizioni sul medesimo bene: dichiarò così nullo l'accordo sottoscritto dalle parti, per difetto di causa autonoma rispetto al contratto preliminare da stipulare.
I potenziali venditori decisero così di ricorrere per la cassazione della sentenza d'appello, invocando le opinioni dottrinali e giurisprudenziali che hanno riconosciuto la piena ammissibilità della figura del preliminare di preliminare. In particolare venne messo in rilievo che con l'accordo è stato sì previsto l'obbligo della stipula del successivo contratto preliminare di vendita ma sotto la condizione dell'assenso, da parte di un determinato istituto bancario, alla liberazione dall'ipoteca gravante sul bene.

2. - L'*iter* seguito nella motivazione della citata sentenza resa dalle Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione muove dall'analisi della figura del contratto preliminare del preliminare[(2)] e degli orientamenti in materia.
Si tratta di una fattispecie che compare con frequenza nella prassi della compravendita immobiliare, soprattutto nei casi in cui l'affare si conclude tramite l'intervento di un mediatore[(3)]. Infatti, accade comunemente che il mediatore " blocchi " un affare nei confronti del potenziale acquirente di un immobile facendogli sottoscrivere un documento, spesso denominato " proposta irrevocabile di acquisto ". L'atto viene poi sottoposto alla firma del potenziale venditore (i cui ripensamenti sulla convenienza dell'affare restano ammessi, in quanto può ben optare per non sottoscrivere il documento), cioè del soggetto che ha conferito l'incarico di intermediazione per la vendita del bene. Quanto al contenuto, viene indicato l'immobile e ne viene determinato il prezzo; quasi sempre si fa menzione del versamento, da parte del potenziale acquirente, di una somma a titolo di caparra[(4)]. La peculiarità dell'atto consiste nella clausola che rinvia a un successivo contratto preliminare tra le stesse parti, quale successiva fase nella procedimentalizzazione del percorso che porta al trasferimento del diritto. Viene al riguardo previsto, in genere, anche il vincolo alla stipulazione del contratto definitivo, quale conclusivo passo per la

stabilizzazione degli assetti giuridico-economici tra le parti.
Le Sezioni unite, con la sentenza del marzo del 2015, riconoscono che la problematica relativa all'ammissibilità del contratto preliminare del preliminare è sorta proprio con l'evoluzione della contrattazione immobiliare, connessa all'attività di mediazione professionalmente gestita. La ripartizione dell'*iter* volto al trasferimento del diritto in tre fasi negoziali viene configurata come una conseguenza della complessità dei contatti e delle verifiche da effettuare per saggiare la serietà dei soggetti coinvolti e per accertarsi della convenienza economica dell'affare:
1. la prima fase corrisponde con la sottoscrizione del contratto preliminare del preliminare per " bloccare " l'affare;
2. la seconda è quella della stipula del successivo contratto preliminare;
3. la terza fase si svolge, di solito, davanti al notaio e comporta il trasferimento definitivo.
Ciò si realizza anche in assenza di mediazione immobiliare: lo stesso contenuto, rispetto a quello sopra indicato, assume, generalmente, il contratto preliminare del preliminare utilizzato da chi provvede, senza intermediazione, alla vendita in via diretta (ad esempio, come imprenditore) di proprie unità immobiliari.
Dall'analisi della struttura dell'atto, viene in risalto una peculiarità che caratterizza il percorso economico diretto al trasferimento della proprietà immobiliare[(5)]: il soggetto che vuole comprare appare qualificato come " proponente ", mentre il venditore assume la veste di " oblato ", nonostante sia quest'ultimo ad aver avviato l'offerta del bene nel mercato, al fine della compravendita[(6)].
Ciò consegue all'invito a proporre rivolto al potenziale compratore: se non vengono oltrepassati i limiti inderogabili posti dal nostro ordinamento in materia negoziale, un tale modo di atteggiarsi dell'*iter* di contrattazione è certamente ammissibile, non potendo essere negata l'autonomia privata dei soggetti che intendano così operare.
Nel documento in analisi, come anticipato, risulta poi l'obbligo delle parti alla stipula di un successivo contratto preliminare. Tale clausola avvicina l'esperienza italiana al sistema tedesco ove, in caso di contrattazione preliminare a cui segua l'inadempimento di una delle parti, si deve agire per la conclusione del definitivo e, solo successivamente, per l'adempimento di quest'ultimo (infatti, nel richiamato ordinamento, dalla vendita non scaturisce direttamente il trasferimento del diritto, come invece avviene in Italia *ex* art. 1376 c.c., ma nasce una pretesa verso l'alienante al conseguimento del diritto di proprietà)[(7)].
È proprio questa clausola che qualifica l'atto come " contratto preliminare di un preliminare ".

3. - La seconda sezione della Corte di cassazione[(8)], al cui esame è stata sottoposta la fattispecie sinteticamente delineata nel primo paragrafo, ha inteso interpellare le Sezioni unite, ritenendo che l'unica statuizione della giurisprudenza di legittimità in materia non potesse costituire un orientamento applicabile in senso assoluto.
Si è inteso far riferimento a Cass. 2 aprile 2009, n. 8038, con cui si è affermato che un contratto in virtù del quale le parti si obblighino a stipulare un successivo contratto a effetti obbligatori, ovvero un contratto preliminare di preliminare, sarebbe nullo per difetto di causa, non essendo meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi a obbligarsi, in quanto produttivo di una inutile complicazione[(9)].
La sentenza del 2009 ha fatto seguito a un giudizio di rinvio, nel cui corso, la corte di appello aveva affermato la nullità del contratto preliminare del preliminare per mancanza di causa: la fattispecie esaminata (si trattava di una proposta irrevocabile di acquisto accettata dal potenziale venditore, rientrante nel modello sopra descritto) veniva qualificata quale redazione di una semplice puntuazione[(10)], non vincolante.
All'esito del ricorso per la cassazione, il Supremo Collegio ha confermato la tesi del giudice di rinvio, negando ogni effetto al contratto preliminare di preliminare, visto come " inconcludente superfetazione, non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico ". Si è affermato così che non avrebbe senso un'attuale promessa di promettere una prestazione in futuro, potendo questa essere invece promessa immediatamente un'unica volta.
L'argomentazione ha fatto leva su una norma, quella contenuta nell'art. 2932 c.c., che instaurerebbe, secondo la decisione citata, un nesso strumentale necessario tra preliminare e definitivo, il quale ultimo, stando alla lettera della sentenza, deve poter produrre il risultato avuto di mira dalle parti, non potendo questo effetto ottenersi obbligandosi a obbligarsi di raggiungerlo, pena la mancanza di meritevolezza.
Come detto, tuttavia, tale orientamento, nella sua assolutezza, è stato messo in discussione: nel marzo del 2014, la seconda sezione della Corte di cassazione ha ritenuto che la statuizione del 2009 meritasse alcune precisazioni con riferimento alle ipotesi realizzabili in concreto.
Si è così innanzitutto posta in dubbio la nullità del contratto preliminare che si limiti a prevedere un obbligo di riproduzione del suo contenuto al verificarsi di determinate circostanze: nella fattispecie concretamente sottoposta all'esame del Supremo Collegio (descritta nel primo paragrafo), la stipulazione di un " regolare contratto preliminare " era risultata, appunto, subordinata al consenso dell'Istituto bancario alla cancellazione dell'ipoteca gravante (anche) sulla porzione immobiliare promessa in vendita.
Nell'ordinanza di rimessione degli atti al Primo Presidente della Suprema Corte (che ha poi ritenuto di rimettere il ricorso alle Sezioni unite) si è rilevato, ai fini qualificatori, che il contratto preliminare del preliminare non esaurisce il suo contenuto precettivo nell'obbligarsi a obbligarsi, ma contempla (come nella fattispecie concreta sottoposta al giudizio di cassazione) anche l'obbligo alla conclusione del contratto definitivo.
Con l'indicata ordinanza si è effettuata la comparazione, in termini di essenzialità per le parti (*ex* art. 1419, comma 1°, c.c.), tra la clausola di rinvio al successivo preliminare e quella contenente l'obbligo di stipula del definitivo: l'eventuale nullità dell'obbligo di concludere un contratto preliminare, riproduttivo del contratto preliminare già perfetto, non è stata ritenuta in grado di travolgere anche l'obbligo di concludere il contratto definitivo.

4. - La sentenza delle Sezioni unite del marzo 2015 esamina i diversi orientamenti succedutisi in giurisprudenza sull'ammissibilità del contratto preliminare del preliminare, quale autonoma figura negoziale con propri, peculiari, effetti giuridici.
L'analisi prende le mosse dalla prima sentenza della Corte di cassazione su questa fattispecie: Cass. 2 aprile 2009, n. 8038. Si è già rilevato come questa sentenza abbia fondato la propria statuizione, in termini di nullità, sull'impossibilità di applicazione dell'art. 2932 c.c.: ne è scaturita la qualificazione, come mera puntuazione, della scrittura privata sottoscritta delle parti, " destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio ".
Viene notato dalle Sezioni unite come questo orientamento trovi origine in una diffidenza in ordine alla configurabilità di un momento contrattuale anteriore al contratto preliminare: viene citata, in questo senso, una sentenza di merito, Pret. Bologna 9 aprile 1996(11).
Di segno opposto appare invece un altro orientamento, più aperto all'ammissibilità di una maggiore precedimentalizzazione in sede di negoziazione indirizzata alla compravendita immobiliare, che, in particolare, ritiene possibile la sopra esposta tripartizione delle fasi che conducono alla stipula del definitivo(12).
Le Sezioni unite intuiscono che i contrasti potrebbero essere solo apparenti, quindi optano per una approfondita disamina delle esperienze e delle argomentazioni giurisprudenziali, allo scopo di riavvicinare le posizioni sostanzialmente simili e di delineare - senza schematismi né apriorismi - gli effettivi limiti entro cui può spingersi l'autonomia negoziale nel settore della contrattazione immobiliare.
Viene allora preso in considerazione, nella motivazione della sentenza del 6 marzo 2015 quanto affermato dalla stessa Suprema Corte in tema di minuta o puntuazione, poiché proprio sulla tale fattispecie ha fondato la propria decisione la sentenza del 2009, sopra ricordata, per sancire la mancanza di autonomia causale del contratto preliminare del preliminare.
Così, si nota che, secondo l'orientamento giurisprudenziale più accreditato, qualora l'intesa raggiunta dalle parti contempli un regolamento definitivo del rapporto giuridico-patrimoniale, non si ha una mera funzione preparatoria di un futuro negozio, bensì la volontà attuale di un accordo contrattuale. Per effettuare tale verifica, cioè per accertare se si tratti di minuta o puntuazione o di un contratto già concluso, il giudice deve utilizzare i canoni ermeneutici contenuti negli artt. 1362 ss. c.c. Deve emergere, al di là del *nomen iuris* e dei meri elementi letterali, la sostanziale volontà delle parti. Applicando le regole sull'interpretazione dei contratti, si deve, generalmente, far riferimento al comportamento delle parti e alla disciplina complessiva da queste predisposta, e le eventuali contraddizioni devono essere sanate mediante l'interpretazione sistematica delle clausole, da leggere le une per mezzo delle altre(13).
Le Sezioni unite del marzo 2015 hanno ben presente come sia difficile, in alcune ipotesi, comprendere se la fissazione dei soli punti essenziali del contratto di compravendita sia sufficiente a costituire un contratto preliminare suscettibile di esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c. Al riguardo viene ricordato l'orientamento della Suprema Corte per il quale, ai fini della configurabilità del definitivo vincolo contrattuale, sarebbe necessario che tra le parti si sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo; secondo questa tesi, non sorgerebbe alcun contratto qualora, raggiunta l'intesa per iscritto solamente sugli elementi essenziali, risulti rinviata a una successiva fase la determinazione degli elementi accessori(14). Si ricorda come sia stato affermato che anche il completo ordinamento di un determinato assetto negoziale potrebbe configurare atto meramente preparatorio di un futuro contratto, quindi non sarebbe vincolante tra le parti in mancanza dell'effettiva volontà, in capo a queste ultime, di considerare concluso l'affare(15).
Il problema, per le valutazioni di fatto a cui si ricollega, appare maggiormente trattato nei giudizi di merito. Secondo un'impostazione giurisprudenziale, la procedimentalizzazione negoziale si esaurirebbe nella previsione del contratto preliminare e di quello definitivo: sarebbe così esclusa l'autonomia di un contratto preliminare che faccia rinvio ad altro preliminare(16). Su questa stessa linea argomentativa, si è affermato che il contratto con cui le parti si impegnano a stipulare un futuro contratto preliminare di analogo contenuto sarebbe nullo per mancanza di causa, " difettando di ogni funzione economica meritevole di tutela "(17).
Una tesi di segno opposto, sempre nella giurisprudenza di merito, ha invece valorizzato il principio dell'autonomia negoziale, considerando ammissibile il regolamento contrattuale che preveda, dopo la prima intesa scritta, un'ulteriore scansione temporale, con la stipulazione del contratto preliminare(18). È così stato considerato meritevole di tutela il contratto preliminare del preliminare, quale " momento ben caratterizzato dell'iter progressivo per il raggiungimento del compiuto regolamento di interessi "(19).
In senso più radicale, viene in rilievo la tesi che ha qualificato la scrittura privata in discorso non già quale " contratto preliminare di preliminare " bensì quale " contratto preliminare " a tutti gli effetti(20).

5. - Il nodo che le Sezioni unite del marzo 2015 intendono sciogliere riguarda la demarcazione di una linea di confine tra gli atti meramente preparatori, che non vincolano alla stipula, e l'atto negoziale che, nell'*iter* volto alla compravendita, assurge a vincolo contrattuale, quale contratto preliminare.
La necessità di individuare gli argini tra i due tipi di fattispecie assume primaria rilevanza a causa del differente atteggiarsi degli effetti: il contratto preliminare è infatti vincolante, mentre nessun vincolo sorge in caso di accordi prodromici che confluiscono in una puntuazione.
La puntuazione (o " puntualizzazione "(21)) rivela uno stadio avanzato delle trattative precontrattuali, che si realizza con la fissazione di alcune clausole (non di tutte le clausole(22)) del contratto da perfezionare, con esclusione di ogni vincolo tra le parti, nonostante la sussistenza di condizioni già stabilite(23).
Durante le trattative le parti possono ben stendere delle *minute*. Se i punti fissati per iscritto dalle parti richiedono successive integrazioni, la scrittura privata non può considerarsi, di per sé, vincolante(24): si ha, in tal caso, ove non risulti oggettivizzata alcuna volontà in capo alle parti di vincolarsi tra loro, un mero avanzamento delle fasi del procedimento

volto al perfezionamento di un contratto a cosiddetta " formazione progressiva "[25].
Al contrario, se vengono fissati i punti essenziali per il sorgere del vincolo contrattuale e risulti il relativo accordo, seppur diretto alla successiva stipula di altro contratto, gli effetti negoziali si producono[26].
Comprendere se si ricada nella prima o nella seconda ipotesi è compito dell'interprete, che di certo non può prendere in considerazione gli intenti psicologici soggettivi delle parti, ma solo ciò che dalle stesse risulta oggettivamente esteriorizzato. L'eventuale intento soggettivo di non vincolarsi e di precostituire un documento con mera funzione preparatoria non esclude che la scrittura privata venga qualificata come contratto già perfezionato, quindi vincolante tra le parti[27]. Si noti infatti che l'accordo sui punti essenziali dell'affare è, in teoria, da solo sufficiente perché possa sorgere il rapporto contrattuale[28].
Tornando allora alla fattispecie delineata nel secondo paragrafo, attorno alla quale si è sviluppata la problematica civilistica qui in esame, emerge che una scrittura privata denominata espressamente " proposta irrevocabile di acquisto ", contenente gli elementi essenziali dell'oggetto del contratto di compravendita e accettata dal potenziale venditore, già dovrebbe essere soggetta alla qualificazione in termini di " contratto ", quindi in grado di realizzare i relativi effetti vincolanti. Il contratto può infatti considerarsi perfezionato anche quando contempla delle determinazioni minime, da cui emergano tuttavia la causa del negozio e il tipo di prestazioni che ne configurano l'oggetto[29].
Le Sezioni unite, con la sentenza del 6 marzo 2015, intendono dirimere il dubbio se una tale qualificazione possa essere mantenuta anche in presenza della clausola che opera il rinvio a un successivo contratto preliminare.

6. - Per realizzare questo intento, insieme a quello di " sistemazione nomofilattica della materia ", le Sezioni unite del marzo 2015, in seguito alla ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali e all'analisi sui caratteri della puntuazione, concentrano il fuoco dell'indagine sulla ricerca degli interessi che possono giustificare il contratto preliminare del preliminare.
La Suprema Corte si domanda in particolare se sia giuridicamente ammissibile la tripartizione delle fasi dell'*iter* volto alla compravendita immobiliare: specificamente, il problema riguarda l'argomentazione dell'autonomia funzionale delle prime due fasi, quelle anteriori all'atto traslativo, l'una rispetto all'altra.
Sotto il profilo economico la risposta appare semplice. Dopo l'esame del concreto atteggiarsi della prassi negoziale in materia, le ragioni per le quali queste due fasi potrebbero ritenersi economicamente distinte risultano infatti ben chiare ai giudici di legittimità.
Così, in alcuni casi, ciò può dimostrare che le parti sono incerte e intendono meglio orientarsi, ma vogliono, tuttavia, " fermare l'affare ". Vi possono essere peculiari interessi in grado di rilevare al riguardo, come, ad esempio, quello di creare un vincolo giuridico riguardante la fissazione degli elementi essenziali del contratto, durante il periodo da impiegare per la verifica della praticabilità dell'operazione.
Motivando secondo le linee tracciate, le Sezioni unite entrano nel vivo dell'esame, scrutando gli interessi concreti che vengono effettivamente in rilievo.
Precisamente, la Suprema Corte si cimenta nell'elencazione delle comuni giustificazioni della scissione in due fasi del percorso che precede la stipula dell'atto traslativo. Si nota allora che, da un lato, potrebbe essere necessario per il contraente assumere elementi di conoscenza sulla persona della controparte (ad esempio, potrebbe essere rilevante conoscerne l'eventuale qualifica di " imprenditore ", soggetto a cui si applica una peculiare normativa, o comunque sapere se si tratta di persona solvibile, oppure potrebbe essere opportuno avere notizie in ordine alla provenienza lecita dell'oggetto della prestazione); d'altro canto, si rileva che il potenziale compratore potrebbe aver interesse a verificare con esattezza lo stato della cosa e la relativa situazione urbanistica, e a svolgere visure e indagini per evitare futuri pregiudizi.
Dall'analisi pratica bisogna risalire a una sistemazione giuridica. In questo senso, l'autonomia di un contratto che risulta preliminare, rispetto a un secondo contratto che obbliga le parti a incontrarsi nuovamente per dar vita finalmente al contratto definitivo, dipende dall'individuazione di interessi meritevoli di tutela esteriorizzati nell'operazione negoziale.

7. - L'osservazione da parte delle Sezioni unite del marzo 2015, in questo modo, si sposta sul problema della sussistenza, in capo al preliminare di preliminare, di una causa adeguata.
Sappiamo che la generale funzione del contratto preliminare è quella di " fermare " un affare. Col preliminare, di solito, non si intende disciplinare in maniera esauriente l'attuazione del rapporto: si rinvia ad altro momento, tendenzialmente all'atto della stipula del definitivo, l'accordo sulle concrete modalità esecutive[30].
Ai fini del giudizio, le Sezioni unite ritengono necessario comprendere i risvolti giuridici dell'inserimento, nelle fasi della negoziazione, tra le trattative e il trasferimento del diritto, del c.d. contratto preliminare del preliminare. Specificamente, l'interrogativo è se il preliminare del preliminare aggiunga giuridicamente qualcosa in più rispetto alla tipica sequenza preliminare-definitivo.
In ordine alla causa del contratto preliminare del preliminare si registrano sostanzialmente due divergenti posizioni. Da un lato vi è chi ne denuncia l'inutilità per mancanza di una giustificazione causale meritevole di tutela[31]. Depone in senso contrario l'altro orientamento, di chi invece ne apprezza la corrispondenza ai concreti interessi delle parti che intendano procedimentalizzare l'*iter* diretto all'atto traslativo[32].
Per cogliere l'effettiva valenza giuridica del contratto preliminare del preliminare, la sentenza del 6 marzo 2015, n. 4628, sottopone ad analisi critica, il precedente del 2009. Secondo le Sezioni unite, la motivazione data in quella precedente occasione dai giudici di legittimità, volta a negare validità all'accordo che sia meramente ripetitivo, può essere apprezzata solo in caso di effettiva identità tra il contratto preliminare del preliminare e il successivo contratto preliminare. Se manca infatti un contenuto diverso, che esteriorizzi un autonomo e meritevole interesse delle parti, risulta assente il requisito della

causa.
La causa del contratto non viene definita dal nostro codice civile: il legislatore ne considera acquisita la nozione nella nostra tradizione giuridica. Le indicazioni che, in materia di causa, ci vengono fornite dalla legge non sono tuttavia di scarsa importanza. Viene in considerazione, ai nostri fini, il combinato disposto dell'art. 1418 c.c. e dell'art. 1325 c.c.: la causa, nelle nostre norme, è un elemento necessario la cui mancanza produce nullità.
Prendendo le mosse da questo dato normativo e ponendolo in relazione al contenuto delle altre norme in materia di causa del contratto, possiamo effettuare una peculiare ricostruzione del significato codicistico della causa stessa, operando una mediazione tra la vetusta teoria che valuta tale elemento essenziale del contratto in senso astratto e le nuove interpretazioni che la considerano nel suo senso concreto.
La causa, vista come astratta funzione economica, giustificativa del contratto, sostanzialmente non manca mai: non può infatti seriamente ipotizzarsi un contratto privo di qualsiasi ragion d'essere. Ciò porta a dare un peculiare significato alla prescritta " sussistenza " della causa contrattuale: una ragione giustificatrice deve allora (non già meramente sussistere, bensì) " emergere " dal contenuto dell'accordo negoziale, cioè deve essere esteriorizzata nelle forme previste per il contratto che viene in questione, pena la nullità[33]. In sostanza, la causa sussiste qualora emerga dal contratto.
Attraverso l'indagine che coinvolge, in primo luogo, la causa del contratto, le Sezioni unite del marzo 2015 colgono gli aspetti costruttivi dell'orientamento che valorizza l'autonomia contrattuale: le parti, secondo la ricostruzione operata dalla sentenza, risultano, in linea di principio, libere di fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali.
L'analisi, in motivazione, sfocia verso le moderne teorizzazioni in materia di giustificazione causale del negozio giuridico: in particolare, la Suprema Corte si rivolge al tema della causa concreta, posto in luce da autorevole dottrina[34].
La concretezza a cui si fa riferimento in relazione alla ragione che giustifica il contratto discende dalla necessità di dar riscontro ad alcune sovrapposizioni normative che riguardano la causa e l'oggetto, conseguenti alle operazioni di sistemazione delle categorie giuridiche all'atto della redazione delle norme codicistiche.
Considerato che l'oggetto si identifica con il contenuto del contratto[35], il quale comprende ciò che le parti (concretamente) stabiliscono, anche in ordine agli effetti[36], una visione concreta della causa porta a confondere i due elementi, nonostante essi appaiano distinti nell'elenco di cui all'art. 1325 c.c. e alle loro caratteristiche precipue siano dedicate due diverse Sezioni (la II, " Della causa del contratto ", e la III, " Dell'oggetto del contratto ") del Capo II (" Dei requisiti del contratto ") del Titolo II del Libro IV del nostro codice.
Ma la predetta concretezza della causa è necessaria proprio per dar contenuto precettivo alle disposizioni della citata sezione del codice civile, che si occupa di tale requisito del contratto: la causa infatti deve poter essere illecita. E su una causa astratta (di scambio, di liberalità, di solidarietà sociale o morale), mentre può ben essere effettuato il controllo riguardante la sua " mancanza " (cioè la " mancanza di sua esteriorizzazione ") - essa potrebbe infatti non emergere dal contratto (si pensi al classico esempio del trasferimento, con atto scritto, del diritto di proprietà su un determinato immobile senza indicazione di alcun corrispettivo né di alcun'altra ragione che giustifichi il trasferimento stesso) - certamente non può essere effettuato il controllo di liceità. Solo una causa in concreto può infatti essere contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 c.c.), e può far qualificare il negozio come " contratto in frode alla legge " (art. 1344 c.c.).
Ciò vale anche con riferimento al controllo di meritevolezza[37] (art. 1322, comma 2°, c.c.), a cui può soggiacere la causa solo se vista nel suo concreto atteggiarsi, non certo una causa astratta.
Quindi, si può giungere alla seguente conclusione: mentre la causa è in grado di rilevare in senso astratto quando si tratta di valutare se sussiste (*rectius*: se emerge) una giustificazione, essa va considerata in concreto quando si tratta di valutare la liceità e la meritevolezza (a differenza di quanto avviene con riferimento all'oggetto, che rileva solo in concreto, tanto che, nonostante testualmente si preveda la necessità di un oggetto a pena di nullità - combinato disposto dell'art. 1325, n. 3 e dell'art. 1418, comma 2°, c.c. - è impossibile ipotizzare un contratto di cui non emerga alcun oggetto).
Si ricorda, al riguardo, che il controllo di meritevolezza previsto dall'art. 1322, comma 2°, c.c. non ha una disciplina propria. La mancanza di meritevolezza, cioè la mancanza di una ragione pratica meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, deve essere allora trattata, in via analogica, alla stregua di una mancanza di causa[38] - su cui si veda quanto detto sopra con riferimento all'astrattezza - con applicazione della sanzione della nullità prevista dal comma 2° dell'art. 1418 c.c.[39], pur presupponendo un esame che riguarda il concreto atteggiarsi degli interessi contrattuali.
Passando all'applicazione di questa peculiare ricostruzione esegetica alla nostra fattispecie, si può affermare che in ogni contratto preliminare del preliminare si potrebbe evincere una causa in astratto qualora venisse esteriorizzato lo scambio (infatti, col negozio in questione ciascuna parte si obbliga in cambio dell'obbligo di controparte, economicamente corrispettivo e opposto)[40].
Ma i rilievi sopra svolti rendono necessaria la considerazione in concreto dell'elemento causale.
Così, anche per dar adeguato riscontro alle argomentazioni fornite nel precedente del 2009, il controllo effettuato dalle Sezioni unite del marzo 2015 riguarda non già la presenza di una causa in astratto bensì la sussistenza di una causa meritevole, con riguardo alle prime due fasi dell'indicato *iter* - tripartito - che conduce al trasferimento del diritto. Necessariamente, quindi, si fa rinvio alla nozione di causa in concreto[41] e alla definizione fornita dalla stessa Corte di cassazione, nel 2006, in termini di " scopo pratico del negozio ... sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato "[42].
Nella sentenza del 6 marzo 2015 viene notato, così, come nella ricerca dell'elemento causale si debba dar rilievo agli elementi che attribuiscono una qualche utilità al contratto[43].
Al riguardo abbiamo già rilevato, in altra sede, come la sussistenza della causa debba essere riconosciuta come " presenza di un interesse ", " che deve essere utile secondo una obiettiva e ragionevole visione dei traffici commerciali "[44]. Se ne è

anche dedotto - spostando l'attenzione dalla locuzione attributiva " meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico " al termine " interessi " - che la mancanza di utilità esclude la stessa configurabilità di un effettivo concreto " interesse "[(45)].
Avendo organizzato così le basi per la propria decisione, le Sezioni unite del marzo 2015 analizzano quindi le fattispecie prospettabili in concreto, secondo parametri di oggettiva utilità: va ritenuto nullo, perché certamente inutile, solo il contratto che si risolva in un mero obbligo a produrre un contratto preliminare che non abbia, né possa avere, autonomo e differente contenuto. Non ha infatti alcun senso stipulare due " identici " contratti preliminari, uno dopo l'altro, e precisamente uno - quale preliminare del preliminare - che scandisce la prima delle tre fasi dell'*iter* di contrattazione sopra menzionate, l'altro - quale contratto preliminare - che scandisce la seconda delle tre fasi in questione.
A diversa conclusione deve approdarsi nel caso di contratti diversi tra loro. Deve infatti ritenersi sussistente l'utilità, quindi la causa, quando le parti scandiscono in più fasi contrattuali, con contratti diversi tra loro, il procedimento diretto al trasferimento del diritto.
Questo metodo argomentativo attribuisce il giusto rilievo all'autonomia privata che si manifesti con una peculiare procedimentalizzazione delle fasi contrattuali che portano all'atto traslativo[(46)]: non può infatti negarsi, in termini generali, la facoltà delle parti di specificare in via successiva alcune modalità di adempimento. Solo operando in tal modo possono trovare piena applicazione i principi costituzionali in materia di iniziativa economica privata.
Si apre così la strada al riconoscimento della figura del contratto preliminare del preliminare.
Va constatato, al riguardo, che nel nostro panorama dottrinale e giurisprudenziale non è stata esclusa, in linea di principio, un'autonoma valenza delle fattispecie negoziali con cui le parti si obbligano a obbligarsi[(47)]. Anzi, sono generalmente considerati validi i contratti preliminari di contratti obbligatori, come il preliminare di vendita di cosa futura o di cosa altrui[(48)].
Se, nel caso specifico, risulta, per altro, che l'interesse contrattualizzato nel preliminare di preliminare è quello di vincolare alla futura stipula di un contratto col quale si dovranno finalmente stabilire alcune peculiari modalità esecutive, non si può di certo affermare che manca la causa.
Le Sezioni unite del marzo 2015, così orientandosi, provano a delineare alcune ipotesi di concreta utilità della fattispecie in analisi.
Si ipotizza, in primo luogo, che nel primo accordo raggiunto, quello della prima fase del procedimento di contrattazione, sia stata semplicemente esclusa l'applicabilità dell'art. 2932 c.c., diversamente da quanto avviene per il secondo contratto, quello della seconda fase[(49)].
La Suprema Corte rileva che è stato osservato come l'esclusione dell'applicazione dell'art. 2932 c.c. sia convenzionalmente ammessa. Possiamo ricordare che una tale osservazione è stata da noi effettuata, in sede di commento al precedente del 2009 che ha fondato la propria argomentazione sulla impossibilità di applicare al preliminare del preliminare la norma in questione. Nell'occasione abbiamo criticato l'impostazione seguita dal Supremo Collegio nel 2009, precisando che non si può fondare alcuna forte argomentazione su una prescrizione normativa, qual è quella dell'art. 2932 c.c., che può essere concordemente disapplicata (l'inciso iniziale della disposizione prevede infatti che possa essere il titolo stesso a escludere l'applicazione dell'esecuzione in forma specifica)[(50)].
Altra ipotesi, in chiave di utilità, formulata dalle Sezioni unite del marzo 2015 è quella in cui la pattuizione della doppia fase risponde all'esigenza di una delle parti di godere del diritto di recesso. Tale facoltà può infatti essere convenzionalmente prevista nella fase preliminare; può anche prevedersi, in connessione col recesso, la perdita della eventuale caparra penitenziale versata dal potenziale acquirente.
Facendo espresso riferimento alla fattispecie oggetto di giudizio, le Sezioni unite del marzo 2015 menzionano anche l'ipotesi in cui le parti hanno raggiunto un'intesa completa, subordinandola però a una condizione.
La stipula del successivo contratto, nello specifico caso che ha dato origine alla sentenza delle Sezioni unite, è risultata infatti subordinata a una condizione, quella dell'assenso, da parte di un istituto bancario, alla liberazione dall'ipoteca gravante sul bene. Al riguardo, ha giocato un ruolo decisivo l'apprezzabilità dell'interesse delle parti a conoscere, nel percorso negoziale di progressivo avvicinamento reciproco, le decisioni dell'istituto bancario titolare del diritto reale di garanzia.
Riteniamo che a queste ipotesi, elencate dalla Suprema Corte, possano aggiungersene altre, che rivelino pur sempre un'utilità della distinzione tra le prime due fasi dell'*iter* di contrattazione. È sufficiente, ad esempio, per riscontrare tale utilità e salvare la validità degli atti, che il primo contratto, quello preliminare del preliminare, che si stipula nella prima fase, non indichi la data del definitivo, e che questa risulti invece indicata nel secondo contratto, quello meramente preliminare, che dà corpo alla seconda fase.
Segnaliamo, a conclusione di questa parte di analisi, che la sentenza del 6 marzo 2015, n. 4628, per corroborare le menzionate osservazioni, riprende un'autorevole insegnamento dottrinale in ordine alla procedimentalizzazione della fasi contrattuali, che non può di per sé essere connotata da disvalore se corrisponde a " un complesso di interessi che stanno realmente alla base dell'operazione negoziale "[(51)].

8. - Le Sezioni unite del marzo 2015, nella ricerca della soluzione da dare alla problematica del contratto preliminare del preliminare, mettono in atto una peculiare operazione di qualificazione dei negozi esaminati[(52)], che fa seguito all'interpretazione raggiunta nei precedenti stadi di giudizio[(53)], restando intimamente collegata ai risultati dell'indagine relativa alla causa concreta[(54)].
All'esito della menzionata qualificazione, la Suprema Corte indica come si possa ravvisare nel primo accordo, cioè in quello della prima delle tre fasi su indicate, un perfetto contratto preliminare[(55)]. Gli elementi al riguardo necessari possono ben risultare, infatti, tutti presenti: l'indicazione delle parti, del bene promesso in vendita, del prezzo[(56)].

Ciò consente di focalizzare l'attenzione sul primo contratto, quello definito " contratto preliminare del preliminare " ridimensionando gli effetti delle clausole, in esso presenti, che rinviano a una ulteriore attività contrattuale. Queste clausole devono essere esaminate alla luce dei concreti interessi in grado di dar giustificazione causale alla seconda delle tre fasi su menzionate.
Secondo le Sezioni unite, in linea con quanto qui esposto, va esclusa la nullità del contratto che contiene la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare se nel primo accordo già si rinvengono gli estremi di un autonomo preliminare. I giudici giungono a una conclusione: " l'assenza di causa che è stata rilevata quando si è discusso di "preliminare di preliminare" potrebbe in tali casi riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto ".
Se ne ricava che il primo contratto, quello denominato " preliminare del preliminare " può considerarsi autonomo e vincolante, valido quale effettivo contratto preliminare(57), salvo il caso in cui le parti abbiano concordato espressamente la necessità di spostare in avanti nel tempo la produzione del primo contratto preliminare, escludendo anche l'applicazione, nella prima fase, dell'art. 2932 c.c.(58).
Il secondo contratto, quello della seconda fase, stando alla motivazione della sentenza del 6 marzo 2015, perde allora quella importanza che aveva assunto nelle precedenti ricostruzioni giurisprudenziali, dirette a dar valore alla qualificazione, effettuata espressamente dalle parti, come vero contratto preliminare, cioè in grado di vincolare direttamente alla stipula del definitivo. Se questo secondo contratto riproduce meramente il primo, è nullo per mancanza di causa: il primo contratto può, come detto, valere come effettivo preliminare.
Il primo accordo, quello della prima fase, viene tendenzialmente strutturato in vista di una determinazione futura di alcuni termini contrattuali (ad esempio, l'esatta data del definitivo, o alcune modalità di pagamento). Se tuttavia non si addiviene alla seconda fase, ciò non priva di effetti il primo contratto: chi si tira indietro soggiace alle sanzioni previste per l'inadempimento contrattuale(59), salva restando l'esecuzione in forma specifica *ex* art. 2932 c.c.(60) (se non risulta esclusa dalle parti).
A tale ultimo riguardo, quando manca la determinazione di clausole accessorie si attua l'integrazione contrattuale suppletiva *ex* art. 1374 c.c., che colma ogni lacuna del programma negoziale(61). Si ricorda che in sede di pronuncia *ex* art. 2932 c.c. si possono apportare modifiche al contenuto del preliminare, quando l'integrazione rientri nelle facoltà concesse alla parte processuale o nei poteri del giudice(62).
Le Sezioni unite del marzo 2015, aprendo le porte all'ammissibilità del contratto preliminare del preliminare, dimostrano tuttavia una certa cautela. Di volta in volta, infatti, si deve verificare:
*a*) se le parti non hanno inteso determinare alcun vincolo tra di loro, restando allo stadio delle mere puntuazioni;
*b*) se hanno effettuato una puntuazione vincolante su determinati profili, senza giungere allo stadio del contratto preliminare;
*c*) se la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che si vuole " bloccare " l'affare anche se la situazione conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l'accordo consapevole;
*d*) se invece le parti hanno inteso vincolarsi, con un contratto che può qualificarsi come preliminare, in ordine alla stipula di un successivo differente contratto preliminare, la cui mancata stipulazione, per colpa di un contraente, non esclude, in astratto, la permanenza del vincolo iniziale e l'esecuzione in forma specifica.
Nella sentenza n. 4628 del 2015 si precisa che diverse sono le risposte da dare in questi differenti casi. Nella prima ipotesi nessun effetto giuridico potrebbe sorgere, mentre nella seconda la violazione dell'accordo, secondo la Suprema Corte, darebbe origine a una responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c. Nella terza ipotesi le parti si esporrebbero al rischio del risarcimento del danno per il caso di sopravvenuto disaccordo. Solo nella quarta ipotesi le parti risulterebbero pienamente vincolate nel procedimento verso il trasferimento del diritto.
Facendo proprie le indicazioni fornite in dottrina(63), le Sezioni unite specificano come sia necessario vagliare l'interesse che emerge in capo alle parti in relazione alla loro eventuale volontà di rinviare il momento in cui operano sia l'integrazione suppletiva *ex* art. 1374 c.c. sia il meccanismo dell'art. 2932 c.c.
In un precedente scritto, avevamo infatti notato che, nella loro autonomia privata, le parti che stipulano un contratto preliminare di preliminare, intenzionate a vincolarsi tra di loro, possono decidere di voler inserire solo in un tempo successivo rispetto alla (prima) stipulazione già avvenuta, le clausole accessorie mancanti (relative al tempo dell'adempimento, alle modalità del pagamento, ecc.): così operando, rinviano l'applicazione dell'art. 1374 c.c., spostando in avanti nel tempo l'operatività delle norme suppletive, le quali opereranno per il caso di mancanza di una successiva stipulazione, quindi ove perduri l'assenza delle clausole che specificano le modalità accessorie volte a regolare il rapporto(64).

9. - All'esito della disamina i cui tratti sono stati qui delineati, le Sezioni unite del 6 marzo 2015 accolgono il ricorso.
Si afferma che i giudici di merito non hanno innanzitutto valutato se il contratto in esame, che ha previsto un successivo contratto preliminare, potesse essere qualificato come contratto preliminare autonomo, anche se subordinato alla menzionata condizione del consenso dell'istituto bancario alla cancellazione dell'ipoteca sul bene oggetto del negozio.
Le censure vanno oltre: le Sezioni unite ritengono che i giudici di merito hanno omesso di interrogarsi sulla validità del primo contratto e sulla possibile invalidità del secondo accordo, se meramente riproduttivo del primo, capovolgendo la prospettiva che deve essere osservata secondo quanto è stato esposto sopra.
Altra critica riguarda l'omesso esame della causa in concreto: i giudici dei precedenti gradi, secondo le Sezioni unite, hanno infatti aderito all'orientamento per il quale sarebbe nullo per difetto di causa un contratto che sia propedeutico al " successivo stipulando preliminare " ma non hanno effettuato alcuna verifica in merito all'effettiva sussistenza di una causa

concreta dell'accordo, tale da renderlo meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, in quanto inserito in una sequenza procedimentale differenziata, secondo un programma di interessi realizzato gradualmente.
Viene affidato al giudice di rinvio un nuovo principio di diritto. Cambia, in sostanza, l'orientamento della Suprema Corte di cassazione in materia di preliminare di preliminare. Precisamente, quando si scandisce in due fasi la contrattazione preliminare volta a una compravendita immobiliare, e si prevede un contratto preliminare successivo ad altro contratto preliminare, si deve innanzitutto verificare se il primo accordo costituisca già esso stesso un valido contratto preliminare suscettibile di conseguire gli effetti previsti dalla legge, tra cui quello indicato dall'art. 2932 c.c., ovvero suscettibile di conseguire solo effetti obbligatori per l'avvenuta esclusione dell'operare dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento(65).
Il c.d. preliminare del preliminare può, infine, secondo le Sezioni unite, considerarsi valido e produttivo di effetti quando emerga l'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto con differenziazione dei contenuti negoziali nelle relative fasi e sia così autonomamente identificabile una più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo contratto. La violazione di tale accordo, secondo la Suprema Corte, può comportare una responsabilità per mancata conclusione del contratto previsto, e tale responsabilità deve qualificarsi come contrattuale(66).

(1) Per i primi commenti, v. De Matteis, Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre, in Nuova g. civ. comm., 2015, II, p. 389; Buset, Le sezioni unite sul preliminare di preliminare di vendita immobiliare, ivi, I, p. 609; Pittella, Il contratto preliminare di preliminare, in Studi in onore di Giancarlo Laurini, Napoli 2015, p. 1613 ss.; Tarantino, È ammissibile il preliminare del preliminare solo se conforme all'interesse delle parti, in D. e giur., 2015, fasc. 8, p. 45 ss.
(2) Su tale figura, oltre ai contributi indicati nella nota precedente, cfr. Alamanni, Il c.d. contratto preliminare di preliminare, in Corti fior., 2014, p. 150; Mazzariol, Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle sezioni unite, in Nuova g. civ. comm., 2014, I, p. 736; Tamburrini, Una inesauribile fonte di dubbi: il contratto preliminare di preliminare, nota a Cass., ord., 12 marzo 2014, n. 5779, in G. it., 2014, p. 2419; G.E. Napoli, Il contratto preliminare del preliminare, in questa Rivista, 2010, II, p. 81 ss.; Bellante, Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediate da agenzia, in Rass. d. civ., 2010, p. 954; Chianale, Il preliminare di preliminare: intentio certa sese obligandi?, in Notariato, 2010, p. 42; Ferorelli, Compravendita immobiliare, validità ed effetti del c.d. " preliminare di preliminare ", in G. it., 2009, p. 2660; Toschi Vespasiani, Il " preliminare di preliminare " e la " proposta di acquisto accettata ", in Contratti, 2009, p. 986; Salvadori, La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta, in Nuova g. civ. comm., 2009, I, p. 1001; Toschi Vespasiani, Il " preliminare di preliminare " stipulato nelle agenzie immobiliari, in Contratti, 2005, p. 927; Follieri, Il preliminare di preliminare, in Immobili & proprietà, 2012, p. 75; Criscuoli, Il preliminare di cosa altrui, in Immobili & proprietà, 2011, p. 551; Conte, Appunti sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di minuta di puntuazione e " preliminare di preliminare ", nota a Trib. Monza-Desio 31 gennaio 2004, in Corr. giur., 2004, p. 1070; De Casamassimi, Contrattazione immobiliare e " preliminare di preliminare ", in D. e giur., 2004, p. 692 s.; P. Carbone, Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?, in D. e giur., 1995, p. 464; Giammaria, Opzione di preliminare o preliminare di preliminare? Una soluzione poco condivisibile dalla corte di cassazione, in Giust. civ., 1993, I, p. 2813.
(3) Si fa rinvio a G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 81 ss.
(4) Cfr. G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 84, ove si precisa che, in caso di versamento di una caparra, non può " escludersi un effetto giuridico in chiave di responsabilità in capo a chi faccia firmare una proposta irrevocabile di acquisto (al prezzo indicato dal venditore) ... e poi decida di mantenere il bene sul mercato offrendolo a prezzo più alto. È vero che in tal caso il contratto volto all'acquisto del bene non è già concluso, ma chi ha firmato è titolare di una legittima aspettativa in ordine al perfezionamento della fattispecie traslativa del diritto ".
Facendo riferimento alla prassi immobiliare di far firmare al potenziale acquirente una " proposta irrevocabile " di acquisto si nota che " se già la Relazione al Re (n. 607) manifesta i dubbi sulla giustificazione causale della valenza data dal codice alla proposta irrevocabile (l'art. 1329 afferma che l'eventuale revoca "è senza effetto"), è da considerare privo di una causa nel nostro ordinamento un esborso di denaro che abbia carattere confirmatorio di tale proposta: il versamento della somma di denaro può essere contestuale al contratto o, al limite, può essere correlato al contratto, ma non può riguardare esclusivamente la proposta ... L'unica via per recuperare l'essenziale caratteristica della corrispettività delle responsabilità, la quale sostiene e giustifica non solo l'affidamento di colui che ha già firmato ma anche la stessa dazione della somma di denaro, consiste nell'argomentare *ex* art. 1386 c.c., in via analogica, l'obbligo di restituzione a favore del "proponente acquirente" del doppio della caparra versata in caso di comportamento che di fatto sia sostanzialmente equiparabile a un ripensamento in ordine alla convenienza dell'affare ", nonostante ciò si manifesti con la mancata apposizione della sottoscrizione da parte del potenziale venditore, che sceglie di non accettare la " proposta irrevocabile " (*ivi*, p. 85).
Applicando invece la normativa posta a tutela del consumatore, si giunge alla simmetrica conclusione, in chiave di corrispettività e di giustificazione causale: si può infatti considerare " nulla, *ex* art. 36 Codice del consumo, la clausola che consente di trattenere la somma di denaro versata a titolo di caparra se è il promissario acquirente a non concludere il contratto, senza prevedere il diritto di chi l'ha versata di esigere il doppio della somma corrisposta se è invece l'altra parte a non concludere il contratto (arg. *ex* art. 333, comma 2°, lett. *e*), codice del consumo) " (*ivi*, p. 85. Cfr. anche *ivi*, p. 86 ss. per l'individuazione di alcune precise responsabilità facenti capo al mediatore).
(5) Sul tema, cfr. P.M. Dottore, *In tema di revoca della proposta contrattuale*, in questa *Rivista*, 1972, I, p. 402 ss.
(6) Cfr. G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 83, ove si nota come tale prassi possa essere utile al venditore, posto così in condizione di valutare eventuali altre offerte di acquisto, ma anche al mediatore, che assume un più agevole controllo sull'affare (e quindi sul suo diritto di percepire la provvigione). Il mediatore potrebbe lasciare trascorrere un lasso temporale prima di sottoporre il documento al potenziale venditore, o prima di comunicarne l'accettazione al potenziale acquirente: in tal modo può provare a ottenere, nel frattempo, qualche " offerta " più vantaggiosa sul mercato (cioè una successiva " proposta di acquisto " per un prezzo più alto), essendo tenuto, nei confronti di chi ha sottoscritto il citato preliminare di preliminare alla mera restituzione dell'eventuale somma data a titolo di caparra.
Nello scritto citato si nota come ciò apra la strada a eventuali abusi ad opera del mediatore, la cui attività si porrebbe così in contrasto con i principi espressi negli artt. 2, comma 2°, lett. *e*), e 5, comma 3°, codice del consumo, nonché, in senso lato, nell'art. 33, comma 2°, lett. *d*), *e*), *f*) del medesimo codice.
(7) Cfr. Henrich, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, in questa *Rivista*, 2000, II, p. 701. Sul punto, cfr. Larenz,

*Lehrbuch des Schuldrechts*, II, 1, 13ª ed., München 1986, 156: " A verpflichtet sich vertraglich dem B gegenüber, mit diesem auf sein Verlangen einen Kaufvertrag über einen bestimmten Gegenstand abzuschließen oder ihm ein Kaufangebot zu machen. Es handelt sich dann um einen Vorvertrag zu einen Kaufvertrag (Bd. I § 7 I). Der Inhalt des abzuschließenden Kaufvertrags wird durch den Vorvertrag regelmäßig nur erst in seinen Grundzügen festgelegt; er bedarf noch der näheren Bestimmung durch die Vertragschließenden. Gerade der Wunsch, Einzelheiten des Vertrages vorerst noch offen zu lassen, wird die Parteien veranlassen, zunächst nur erst einen Vorvertrag zu schließen, statt die dritte oder vierte Möglichkeit zu wählen. Im Falle eines Grundstückskaufs bedürfen sowohl der Vorvertrag wie der Hauptvertrag der Form des § 313. Ein Kaufverhältnis und damit ein Anspruch auf Übereignung der Kaufsache entsteht erst aus dem Hauptvertrag; der künftige Anspruch kann aber bereits, wenn es sich um ein Grundstück handelt, durch eine Vormerkung gesichert werden. Aus dem Vorvertrag entsteht ein klagbarer Anspruch auf Abschluß eines entsprechenden Hauptvertrages oder Abgabe einer Offerte dazu. Die Klage auf den den Abschluß des Hauptvertrages und die auf Herausgabe und Übereignung der Kaufsache können miteinander verbunden werden. Durch den Vorvertrag wird der zum Verkauf Verpflichtete ferner dazu verpflichtet, den Gegenstand im Interesse des zum Kauf Berechtigten schon jetzt sorgsam zu behandeln und sich die Erfüllung seiner künftigen Leistungspflicht nicht unmöglich zu machen ".

(8) Si tratta di Cass., ord., 12 marzo 2014, n. 5779, commentata da Mazzariol, Il contratto preliminare di preliminare: la parola passa alle sezioni unite, cit., p. 736; Tamburrini, Una inesauribile fonte di dubbi: il contratto preliminare di preliminare, cit., p. 2419.

(9) Si veda anche Cass. 10 settembre 2009, n. 19557. In senso diverso, Cass. 9 dicembre 2009, n. 25780, secondo cui l'accettazione della denominata " proposta di acquisto " dà vita ad un vero e proprio contratto preliminare di vendita dell'immobile, e non è priva di causa la dazione della caparra.

Numerosi sono stati i commenti alla sentenza citata nel testo: Ferorelli, *Compravendita immobiliare, validità ed effetti del c.d. " preliminare di preliminare "*, cit., p. 2660; Salvadori, *La validità del c.d. preliminare di preliminare: una questione (non ancora) risolta*, cit., p. 1001; G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 81 ss.; Bellante, *Il c.d. preliminare di preliminare concluso nelle compravendite immobiliari mediate da agenzia*, cit., p. 954; Chianale, *Il preliminare di preliminare:* intentio certa sese obligandi*?*, cit., p. 42; Ferorelli, *Compravendita immobiliare, validità ed effetti del c.d. " preliminare di preliminare "*, cit., p. 2660; Toschi Vespasiani, *Il " preliminare di preliminare " e la " proposta di acquisto accettata "*, cit., p. 986.

(10) Si segnala, al riguardo, Cass. 30 maggio 2015, n. 12302, nella cui motivazione si rinviene una sostanziale equiparazione del preliminare di preliminare con la puntuazione: " il giudice ha, dunque, dedotto che T. non aveva formulato alla controparte una proposta che valesse, a seguito d'accettazione, quale contratto preliminare, bensì una proposta a stipulare un nuovo preliminare. In altri termini, si trattava di un preliminare di preliminare, al più un negozio di puntazione delle intese sino ad allora raggiunte, che avrebbero richiesto la formalizzazione in un preliminare prima ed in un definitivo poi ".

(11) In *G. it.*, 1997, I, 2, p. 539.

(12) Cfr. De Matteis, *op. cit.*, p. 389, che fa riferimento a diverse tipologie di accordi preliminari accomunati dal fatto di essere tutti espressione della medesima esigenza di procedere a una articolazione della vicenda traslativa attraverso una fase tripartita.

(13) In questi termini, Cass. 4 febbraio 2009, n. 2720.

Cfr., per i risvolti relativi al diritto del mediatore alla provvigione, Cass. 14 maggio 2013, n. 11539: " In tema di mediazione, il diritto del mediatore alla provvigione sorge tutte le volte in cui, tra le parti avvalsesi della sua opera, si sia validamente costituito un vincolo giuridico che consenta a ciascuna di esse di agire per l'esecuzione del contratto, con la conseguenza che mentre un contratto preliminare di compravendita deve considerarsi atto conclusivo dell'affare idoneo, per l'effetto, a far sorgere in capo al mediatore il diritto alla provvigione, non così avviene per la puntuazione. L'accertamento relativo alla natura dell'accordo stipulato, che si traduce nella interpretazione della volontà negoziale delle parti secondo i criteri di cui agli artt. 1362 ss. c.c., implica un apprezzamento demandato al giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità se sorretto da adeguata motivazione immune da vizi logici (Cass. 14 luglio 2004, n. 13067). Nella specie il suddetto vincolo risulta essersi costituito tra le parti per effetto dell'attività della società attrice che ha messo in contatto F. e B., con la sottoscrizione da parte della prima della proposta di acquisto del ..., l'accettazione da parte del secondo e la conoscenza di tale accettazione da parte della F. L'*iter* negoziale si è dunque perfezionato ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 1326 c.c. ".

(14) Cfr. Cass. 11 maggio 2010, n. 11371; Cass. 20 giugno 2006, n. 14267.

(15) Cfr. Cass. 2 ottobre 2007, n. 20701; Cass. 18 gennaio 2005, n. 910.

(16) Cfr. Trib. Salerno 23 luglio 1948, in *D. e giur.*, 1949, p. 101.

(17) Cfr. Trib. Napoli 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, 1, p. 283; Trib. Napoli 21 febbraio 1985, n. 1480, in *D. e giur.*, 1985, p. 725.

Sulla stessa orma, cfr. App. Genova 21 febbraio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 648; App. Napoli 1 ottobre 2003, in *G. mer.*, 2004, p. 63.

(18) Cfr. App. Napoli 11 ottobre 1967, in *D. e giur.*, 1968, p. 550.

(19) Così, Trib. Napoli 28 febbraio 1995, in *D. e giur.*, 1995, p. 163, secondo cui, nonostante sia ammissibile il contratto preliminare del preliminare qualora costituisca il punto di arrivo di una specifica fase, dotata di autonomia di caratteri, all'interno del procedimento di formazione progressiva del complessivo regolamento negoziale, esso non farebbe però sorgere a favore del mediatore il diritto alla provvigione qualora il pagamento di quest'ultima sia stato pattiziamente correlato alla stipula del successivo contratto preliminare.

Cfr. anche Trib. Napoli 22 marzo 2003, in *D. e giur.*, 2004, p. 681, con nota di De Casamassimi, che ha affermato che dal contratto preliminare del preliminare non potrebbe nascere il diritto alla provvigione di cui all'art. 1755 c.c., in quanto mancherebbe la prescritta " conclusione dell'affare " non essendovi alcun contratto la cui esecuzione sia azionabile. Nella stessa direzione, cfr. Trib. Firenze 10 luglio 1999, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 487, con nota di Santarsiere.

(20) Si veda, in tal senso, Pret. Firenze 19 dicembre 1989, in *G. mer.*, 1990, p. 466.

Si veda anche Trib. Firenze 10 luglio 1999, in *Nuovo dir.*, 2000, p. 487, per la configurabilità di una condizione sospensiva, il cui mancato avveramento impedirebbe il perfezionamento della fattispecie negoziale.

(21) Cfr. Cass. 24 febbraio 1965, n. 721.

(22) In giurisprudenza, ciò non sempre è ben messo in evidenza. La Suprema Corte distingue, al riguardo, tra la semplice puntuazione di clausole e la puntazione completa delle clausole contrattuali: cfr. Cass. 22 agosto 1997, n. 7857, in *Contratti*, 1998, p. 116, con nota di Braccio, secondo cui la distinzione riguarderebbe il piano probatorio, in quanto alla seconda fattispecie si ricollegherebbe una presunzione semplice in ordine alla conclusione del contratto (*ivi*, p. 117).

(23) Si veda, in tal senso, in motivazione, Cass. 2 aprile 2009, n. 8038, cit.: " Correttamente, quindi, nella sentenza impugnata, esclusa la validità dell'accordo raggiunto dalle parti, [si aggiunga: la Corte di merito] ha ritenuto che esse si trovassero, in relazione al futuro

contratto preliminare, nella fase delle trattative, sia pure nello stato avanzato della "puntazione", destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio ".

(24) Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano 2000, p. 230.

(25) Sull'argomento, cfr. Carnelutti, Formazione progressiva del contratto, in R. d. comm., 1916, II, p. 308; Ricciuto, La formazione progressiva del contratto, in I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, in Tratt. Rescigno, Torino 1999, I.

(26) Per la differenza tra contratto preliminare e puntuazione, cfr. Cass. 5 aprile 1982, n. 2092, in *Rep. F. it.*, 1982, *Contratto in genere*, 124.

(27) Cfr. Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 155: " La formulazione di un accordo, sia pure "solo" su alcuni punti del complessivo contenuto del regolamento contrattuale, espone inevitabilmente i soggetti alla possibilità che quello stesso accordo, ancorché originariamente inteso, anche da loro stessi, come *preparatorio alla regola finale*, possa, in realtà, configurare già esso stesso una definitiva fattispecie contrattuale, produttiva degli effetti determinativi dell'assetto di interessi perseguito ".

(28) Cfr. Ricciuto, La formazione progressiva del contratto, cit., p. 168.

(29) Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 228.

(30) Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 182; Gabrielli G., *Contratto preliminare*, in questa *Rivista*, 1987, II, p. 416.

(31) È di questo tenore l'argomento fatto proprio da Cass. 2 aprile 2009, n. 8038; Trib. Napoli 23 novembre 1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 283, in *Arch. civ.*, 1983, p. 533; Trib. Napoli 21 febbraio 1985, in *D. e giur.*, 1985, p. 725; App. Genova 21 febbraio 2006, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 648; App. Napoli 1 ottobre 2003, cit., p. 63.

(32) Cfr., per questa linea argomentativa, G. Gabrielli, voce *Contratto preliminare (Diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1997, p. 5 s., ove si riconosce che il definitivo possa anche avere efficacia obbligatoria; Chianale, voce *Contratto preliminare*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, IV, Torino 1989, p. 285; D'Ambrosio, *Contratto preliminare e contratto definitivo, contratto preparatorio e preliminare del preliminare*, in *R. not.*, 1980, p. 1555, ove si afferma che sono ipotizzabili sequenze successive di più preliminari, purché la fattispecie successiva non sia identica a quella precedente; De Casamassimi, *Contrattazione immobiliare e " preliminare di preliminare "*, cit., p. 692 s.; P. Carbone, *Contratto preliminare di preliminare: un contratto inutile?*, cit., p. 464.

Questo orientamento è stato seguito, in giurisprudenza, da App. Napoli 11 ottobre 1967, in *D. e giur.*, 1968, p. 550; Trib. Napoli 28 febbraio 1995, in *D. e giur.*, 1995, p. 463, con nota di Carbone; Trib. Napoli 11 gennaio 1994, in *D. e giur.*, 1996, p. 501.

In termini più generali, sull'ammissibilità della procedimentalizzazione delle fasi di formazione del contratto, cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 198, che ammette la configurabilità del preliminare che impegni alla stipulazione di un contratto di opzione (e, viceversa, l'opzione che abbia a oggetto un preliminare, anche unilaterale). Cfr. anche G. Gabrielli, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, pp. 294, 308, e, in giurisprudenza, Cass. 30 luglio 1947, n. 1284, in *G. it.*, 1948, I, 1, c. 110, con nota di Forchielli.

(33) Potrebbe ben emergere una ragione (fittizia), ma non un'altra, concretamente essenziale per le parti. Ciò si evince dalla norma sul motivo illecito, contenuta - si badi - nella sezione dedicata alla causa del contratto, la quale taccia di illiceità il contratto quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe. Il motivo è, al contrario della causa, un interesse che non emerge dal contratto, ma se esso è comune ad entrambe le parti, e queste hanno deciso di contrattare solo per questo interesse, la sua illiceità coinvolge il profilo della causa (vista in senso sostanziale). Quanto detto consente di affermare che la necessità di emersione della causa, nel nostro ordinamento, è legata all'intento di scongiurare la contrattazione illecita, più che all'intento di rendere manifeste le reali ragioni del negozio. Si noti, al riguardo, che il nostro ordinamento non sanziona, in sé, la simulazione in ambito contrattuale.

(34) Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 453, il quale nota che " Tenendo conto della causa concreta che il contratto è diretto a realizzare è possibile anzitutto valutare la meritevolezza sociale dell'interesse perseguito. Tale valutazione presuppone infatti che si sia accertato quale interesse o complesso di interessi stanno realmente alla base dell'operazione negoziale ".

L'indicata impostazione dottrinale è stata seguita, in giurisprudenza, da Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, sulla quale si veda Besozzi, *La causa in concreto del contratto: un vero* revirement*?*, *Contratti*, 2007, p. 1007 ss. Cfr. anche Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, p. 2481; Cass. 7 maggio 1998, n. 4612; Cass. 6 agosto 1997, n. 7266; Cass. 15 maggio 1996, n. 4503, in *Corr. giur.*, 1996, p. 1265.

(35) Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 320: " Il contenuto del contratto in senso sostanziale si identifica nell'*oggetto* del contratto "; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta* [2], in *Tratt. Vassalli*, Torino 1993, p. 4, ove si identifica l'oggetto come " l'insieme dei fatti, delle modifiche materiali e degli effetti giuridici che costituiscono il programma contrattuale, o, in altri termini, l'ordine dei risultati finali che il contratto tende a realizzare ".

Sul tema, cfr. Gabrielli E., *L'oggetto del contratto*, Milano 2001; Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano 1966; Id., *I contratti. Parte generale* [2], Torino 2000, p. 27 s.; Irti, voce *Oggetto del negozio giuridico*, in *Nov. D.*, XI, p. 799 ss.; Alpa-Martini, voce *Oggetto del negozio*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, XIII.

(36) Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 317: " Il contenuto del contratto comprende ciò che le parti stabiliscono sia in ordine ai risultati materiali sia in ordine agli effetti giuridici ".

(37) Sul tema, cfr. M. Bianca, Alcune riflessioni sul concetto di meritevolezza degli interessi, in questa Rivista, 2011, I, p. 789 ss.; Guarnieri, Questioni sull'art. 1322 cod. civ., in R. d. comm., 1976, II, p. 276.

(38) Sul tema, cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 459 s., secondo il quale la meritevolezza ha un ruolo autonomo rispetto alla liceità: la meritevolezza deve essere posta in stretta relazione all'art. 41, comma 2°, Cost., in materia di autonomia privata, quindi " la causa dev'essere quanto meno compatibile con l'utile sociale. La causa, cioè, non può reputarsi meritevole di tutela quando l'interesse perseguito non risulta conforme alle esigenze della comunità rilevanti secondo i parametri costituzionali e secondo la concezione sociale e solidaristica dell'ordinamento ... Si ha mancanza di causa quando manca una ragione pratica giustificativa del contratto o quando questo persegue un interesse non meritevole di tutela. Secondo le diverse concezioni, come si è visto, la non meritevolezza può essere ridotta ad un ristretto giudizio di illiceità o giungere invece ad un apprezzamento della causa sul piano dell'utilità sociale " (*ivi*, p. 616 s.).

Cfr. anche Giorgianni, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 567; Betti, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *R. d. comm.*, 1940, I, p. 222, per il quale l'autonomia privata è tutelata solo se persegue " funzioni utili socialmente ", nei limiti del rispetto della " *dignità morale* che al singolo deriva immediatamente dal suo stesso essere uomo ". Al riguardo, la Relazione al codice civile depone per la necessità di ravvisare nel contratto un'utilità sociale (nn. 603, 613).

(39) La mancanza di indipendenza, quanto alle sanzioni, della categoria dell'interesse non meritevole è stata messa in luce in G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 93 s.

(40) Cfr., sul tema della causa, Giorgianni, *Causa*, cit., p. 564, il quale afferma che nei contratti obbligatori le obbligazioni trovano giustificazione appunto nel loro rispettivo intrecciarsi; N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano* [4], *Parte generale*, Milano 1929, p.

411.
Nel sistema francese, la causa corrisponde, tradizionalmente, all'obbligazione della controparte: cfr. Pothier, *Trattato delle obbligazioni* (trad. it.), I, Milano 1805, p. 65.
Sulla *consideration* del diritto anglosassone, che equivale alla nostra causa quale " giustificazione corrispettiva ", cfr. Pollock, *Principles of contract* [10], London 1936, p. 164; Mancini, *La " consideration " nel diritto nord-americano dei contratti*, in *R. d. proc. civ.*, 1953, p. 1041 ss.
(41) Cfr. De Matteis, *op. cit.*, p. 389, che segnala come sia stata effettuata una ricerca svolta attraverso le diverse esemplificazioni casistiche rivisitate all'insegna della " causa concreta ".
(42) Si tratta di Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, cit., secondo cui, in un contratto d'opera tra una società e l'amministratore di una società collegata - il quale già esercita gli stessi compiti contemplati nel contratto d'opera proprio in virtù dell'incarico di amministrazione - emergerebbe la funzione economico sociale, mentre mancherebbe la causa solo se vista in modo concreto. Riteniamo, al contrario, che in una contrattazione di tal genere difetti già in astratto la giustificazione causale (di scambio): già il soggetto svolgeva i compiti indicati essendo amministratore, quindi l'attribuzione di un ulteriore compenso per il contratto d'opera risulta, sostanzialmente, privo di una giustificazione in termini di corrispettività. Si tratta di una prestazione gratuita, non sorretta da alcun elemento tra quelli idonei a sorreggere gli atti a titolo gratuito.
(43) Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 459 s.; Betti, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, cit., p. 222.
(44) Cfr. G.E. Napoli, Il contratto preliminare del preliminare, cit., p. 94.
(45) G.E. Napoli, Il contratto preliminare del preliminare, cit., p. 94.
(46) Cfr., al riguardo, De Matteis, *op. cit.*, p. p. 389, che dà rilievo all'avvenuto " riconoscimento ... della libertà delle parti "di vincolarsi in modo solo promissorio" che conduce, nei casi in cui le parti intendono procedere in modo graduale all'assunzione del vincolo a contrarre, alla configurazione di un "preliminare di preliminare", non nullo, ma sorretto da una causa concreta ".
(47) Cfr. G. Gabrielli-Franceschelli, voce Contratto preliminare (Diritto civile), in Enc. giur. Treccani, IX, Roma 1988, p. 2; Messineo, Contratto preliminare, contratto preparatorio e contratto di coordinamento, in Enc. dir., X, Milano 1962, p. 190 s.; Ricciuto, La formazione progressiva del contratto, cit., p. 248; Chianale, Contratto preliminare, cit., p. 285; Rascio, Il contratto preliminare, Napoli 1967, p. 174.
(48) Cfr. Trib. Lanciano 29 luglio 1979, in *G. it.*, 1980, I, 2, c. 484, con nota di D'Amico, che ritiene configurabile il preliminare di vendita di cosa altrui. Nello stesso senso, Cass. 15 ottobre 1976, n. 3479. Secondo un orientamento, non se ne può tuttavia ottenere l'esecuzione in forma specifica: cfr. Cass. 30 ottobre 1991, n. 11637, in *F. it.*, 1992, I, c. 1819; Trib. Monza 26 maggio 1987, in *F. pad.*, 1989, I, c. 119. Cass. 30 ottobre 1958, n. 3561, in *F. pad.*, 1959, I, p. 796, considera però ammissibile l'esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di vendita di una cosa che risulta altrui *pro quota*. Secondo una tesi, la proprietà della cosa dovrebbe essere procurata col definitivo: Cass. 21 febbraio 1986, n. 1052 e Cass. 7 aprile 1986, n. 2398, entrambe in *G. it.*, 1987, I, 1, c. 674.
Per l'ammissibilità del preliminare di vendita di cosa futura, cfr. Cass. 11 gennaio 1958, n. 66, in *Mass. F. it.*, 1958, p. 14 s.
In dottrina, cfr. Sacco, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Torino 1993, p. 268; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, 2ª ed., Torino 1993, p. 770 ss.; Forchielli, voce *Contratto preliminare*, in *Nov. D.*, IV, Torino 1959, p. 687. In senso contrario, De Martini, *Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio*, Milano 1950, p. 37; Rubino, *La compravendita*, cit., p. 338 ss.
Non risulta coerente, con un tale sistema applicativo e dottrinale, un'aprioristica censura, sotto il profilo causale, del contratto preliminare del preliminare: cfr. G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 92 s.
(49) Si è già rilevato che, nei casi in cui interviene un mediatore, stipulare al suo cospetto un esauriente contratto preliminare che sia in grado di far conseguire, *ex* art. 2932 c.c., il trasferimento del diritto, costituisce un rischio troppo elevato per le parti, che invece preferiscono una maggiore procedimentalizzazione: G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 100.
(50) G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 95, ove si è rilevato, per altro, che, essendo " l'applicazione dell'art. 2932 c.c. derogabile dalle parti, non può fondarsi sulla norma in esso contenuta alcuna *necessarietà* in ordine ad un qualche collegamento strumentale tra le figure del preliminare e del definitivo ".
(51) Si tratta di C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 453: " Tenendo conto della causa concreta che il contratto è diretto a realizzare è possibile anzitutto valutare la meritevolezza sociale dell'interesse perseguito. Tale valutazione presuppone infatti che si sia accertato quale interesse o complesso di interessi stanno realmente alla base dell'operazione negoziale ".
(52) Cfr., in materia, Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 155, che attribuisce centrale valenza alla qualificazione in relazione alle fasi di formazione progressiva del contratto; Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova 2000, p. 251 ss.
In altra sede abbiamo notato che il problema della ricostruzione giuridica, in chiave di qualificazione, dei negozi in esame consegue all'utilizzazione, nella prassi dell'intermediazione immobiliare, di formule che si contraddicono tra loro, rendendo quindi necessario l'intervento dell'interprete, che deve sanare i contrasti letterali rinvenibili nei documenti di cui si discute: G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 98. Abbiamo così proposto una lettura conservativa del documento (*ivi*, p. 99), ispirata ai principi ermeneutici volti alla conservazione del negozio, che dal diritto romano sono stati tramandati all'esperienza normativa degli ordinamenti continentali e di *common law*, trovando riscontro anche nel progetto del Codice europeo dei contratti, formulato dall'Accademia dei Giusprivatisti Europei, coordinata da Gandolfi: cfr. Stein, *Norme fondamentali: in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel " Codice europeo dei contratti "*, in questa *Rivista*, 2007, I, p. 235.
(53) Sul tema, cfr. Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 170, che nota come la verifica in ordine alla completezza ovvero al perfezionamento dell'accordo vada effettuata sulla base degli artt. 1362 ss. c.c., in modo da comprendere se le parti si siano impegnate o meno; Grassetti, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova 1938, p. 103; Rizzo, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli 1985, p. 163. Per la dottrina tedesca, cfr. Ennecerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1888, p. 13, il quale nota come possa mancare la consapevolezza della parte in merito alla qualificazione del negozio.
In giurisprudenza, cfr. Cass. 15 maggio 1996, n. 4503, cit., p. 1265: mentre l'individuazione della volontà delle parti è riservata al giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità (se non per vizio di motivazione in relazione all'applicazione degli artt. 1362 ss. c.c.), l'individuazione dello schema legale entro il quale inserire la volontà contrattuale delle parti riguarda invece l'applicazione di norme giuridiche ed è quindi soggetta al pieno sindacato di legittimità da parte della Corte di cassazione. Nello stesso senso, Cass. 26 giugno 1996, n. 5893. Per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Monza-Desio 31 gennaio 2004, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1067 s., che fa riferimento sia all'art. 1362, sia all'art. 1363 c.c. La sentenza è stata commentata da Conte, *Appunti sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di minuta di puntuazione e " preliminare di preliminare "*, cit., p. 1070 ss.

L'interpretazione dell'accordo contrattuale non deve confondersi con la qualificazione: la prima riguarda l'enucleazione di ciò che è inserito nel contratto, la seconda l'attribuzione dell'appropriato rilievo giuridico all'atto così come risulta a seguito dell'attività di esegesi dello stesso: cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 410 s.

(54) C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., pp. 454, 472, indica la causa concreta come criterio di qualificazione del contratto.

(55) Cfr., al riguardo, Cass. 17 marzo 2015, n. 5205: " ... La M. srl citò in giudizio l'Azienda Agricola C srl chiedendo il trasferimento, *ex* art. 2932 c.c., di alcuni lotti di terreno che la convenuta s'era impegnata a venderle attraverso il preliminare del ... . Costituitasi la convenuta (che sosteneva trattarsi di una convenzione con la quale s'era soltanto impegnata a stipulare dei preliminari di vendita) il Tribunale ha attribuito al patto stesso la natura di preliminare di compravendita ed ha trasferito la proprietà di due lotti alla M. La sentenza è stata confermata dalla Corte d'appello. [...] In particolare, occorre ricordare che l'interpretazione dei contratti è compito esclusivo del giudice del merito, censurabile per cassazione nei ristretti ambiti della violazione dei canoni ermeneutici legali e del vizio della motivazione. [...] entrambi i giudici del merito hanno attribuito alla convenzione in questione la natura di vero e proprio preliminare di compravendita immobiliare, escludendo, dunque, in radice il problema dell'eventuale nullità del preliminare del preliminare ".

Sostanzialmente nello stesso senso, Cass. 12 marzo 2012, n. 3886: " Nel confermare la decisione di primo grado, i Giudici di appello ritenevano che fra le parti si fosse perfezionato il contratto preliminare avente a oggetto la vendita dell'immobile, per il quale la convenuta aveva dato all'agenzia immobiliare il relativo incarico per tutto il febbraio ...: la proposta irrevocabile di acquisto in data 25 febbraio sottoscritta dal S. conteneva le specifiche e dettagliate pattuizioni del contratto da stipulare, fra le quali era stato anche previsto che il vincolo contrattuale si sarebbe perfezionato quando il proponente avrebbe avuto conoscenza dell'accettazione della proposta da parte della venditrice; quest'ultima - alla quale il giorno prima era stata trasmessa dallo stesso rappresentante legale dell'agenzia la proposta del S. - ebbe ad accettarla con la dichiarazione del 29 febbraio 2000, con cui la medesima confermava la proposta di acquisto e le relative condizioni, fra cui anche gli estremi del conto corrente sul quale versare la caparra e la data per la stipula del definitivo davanti al notaio. Nel ritenere che fra le parti si fosse già perfezionato il contratto preliminare, la sentenza chiariva che il riferimento alla data stabilita per la conclusione del contratto preliminare aveva la finalità della riproduzione dell'accordo che doveva ritenersi già concluso. [...] Essendosi, secondo gli accertamenti di cui si è detto, già formato il contratto preliminare, sono inconferenti i principi invocati dalla ricorrente in merito alla figura del preliminare del preliminare, posto che - per quel che si è detto - tale ipotesi non si è realizzata nella specie ".

(56) Come già avevamo notato in precedenza, la scrittura privata di cui alla prima fase può essere qualificata come contratto perfezionato: le parti risultano validamente vincolate in ordine alla futura compravendita: G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 100, ove si è affermato che, di conseguenza, " si applica sia la normativa in tema di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto sia quella sulla responsabilità per il risarcimento del danno in caso di inadempimento ".

Si segnala un orientamento giurisprudenziale volto a escludere rilievo vincolante a un'intesa che non contempli tutti gli elementi dell'accordo, bensì solo quelli essenziali: cfr. Cass. 18 gennaio 2005, n. 910, in *Contratti*, 2006, p. 22 ss., con nota critica di Selvini. Il contratto, nella specie, era però una transazione, le cui peculiari regole di disciplina (in relazione agli effetti) potrebbero aver influito sulla decisione.

Per la giurisprudenza tedesca deve essere raggiunto un livello di completezza, determinatezza o determinabilità tale da permettere l'accertamento del contenuto negoziale da parte del giudice: cfr. *BGH* in *NJW*, 1990, p. 1234.

(57) Cfr. G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 104: " se il primo contratto contempla tutti gli elementi del definitivo, non possiamo considerarlo alla stregua di un preliminare di preliminare, ma dobbiamo ritenere che si tratti di un contratto preliminare a tutti gli effetti ".

In giurisprudenza, cfr. Pret. Firenze 19 dicembre 1989, in *G. mer.*, p. 468: " è certo però che la dichiarazione scritta con cui le parti si accordano sull'oggetto e sul prezzo di una compravendita immobiliare costituisce accordo preliminare e non accordo provvisorio o di puntazione, non essendo ostacolo al perfezionamento del contratto preliminare il fatto che si sia rimandata la determinazione di elementi accidentali del negozio ".

(58) Il primo contratto soggiacerebbe, per altro, alla conversione, ove se ne ravvisasse la nullità in quanto " preliminare di preliminare ", e sarebbe convertito, in contratto preliminare ordinario: cfr. G. Gabrielli, *Contratto preliminare*, cit., p. 422.

(59) Cfr., sul tema, Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 164, il quale ritiene che la parte che intende rinegoziare gli aspetti già fissati incorre in responsabilità *in contrahendo*, anche in caso di violazione riguardante gli obblighi assunti in sede di mera puntuazione.

(60) Si mostra contrario all'applicazione, in questi casi, dell'art. 2932 c.c., G.B. Ferri, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale " per relationem "*, in *R. d. comm.*, 1964, II, p. 199.

(61) Cfr., Gazzoni, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. Bessone*, 2ª ed., Torino 2002, pp. 40, 52.

Se non risulta fissata la data del definitivo trova, ad esempio, applicazione l'art. 1183 c.c., trattandosi di prestazione che in virtù degli usi e per sua natura deve essere sottoposta a un termine: cfr. G. Gabrielli-Franceschelli, *Contratto preliminare*, cit., p. 8; Ricciuto, *La formazione progressiva del contratto*, cit., p. 270; Carrara, *La formazione dei contratti*, Milano 1915, p. 47, il quale, scrivendo nel periodo in cui era in vigore il codice cel 1865, ha fatto riferimento all'art. 1173 di quest'ultimo. Sul tema, cfr. Gazzoni, *Il contratto preliminare*, cit., p. 40. Per l'ordinamento tedesco, cfr. Henrich, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, cit., p. 706, ove si nota la rilevanza delle concrete circostanze del caso, che permettono di considerare scaduto il termine quando non vi è alcuna legittima ragione per rinviare la conclusione del definitivo.

(62) Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 190; G. Gabrielli-Franceschelli, cit., p. 12; Henrich, *Il contratto preliminare nella prassi giuridica tedesca*, cit., p. 695. In giurisprudenza, cfr. Cass. 29 marzo 1982, n. 1932.

(63) Precisamente, da G.E. Napoli, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., p. 102.

(64) Così, G.E. Napoli, Il contratto preliminare del preliminare, cit., p. 102.

(65) Cfr., al riguardo, De Matteis, *Accordi preliminari e modularità del vincolo a contrarre*, cit., p. 390: " l'apposizione di una riserva di gradimento della controparte o la previsione di un fatto al quale subordinare, non gli effetti del primo preliminare (né condizione sospensiva né condizione risolutiva), bensì la stipulazione del secondo preliminare, trovano una loro ragion d'essere solo se apposti ad un preliminare debole contribuendo al delinearsi di una causa concreta che sorregge la sequenza preliminare di preliminare; altrimenti se apposti ad un preliminare forte, eseguibile in forma specifica, costituirebbero una contraddizione in termini posto che il rifiuto a contrarre, rimesso al mero apprezzamento soggettivo del contraente se non alla condotta della controparte, che si deve attivare per l'attuazione del fatto al quale è subordinata la stipulazione del definitivo, non sarebbero sindacabili dal giudice sotto il profilo della loro legittimità ". L'Autrice spiega che " il preliminare, non eseguibile in forma specifica, ai più sconosciuto, cominciò a differenziarsi dal preliminare "tradizionale", non solo nei rimedi posti a tutela dell'obbligo a contrarre da esso scaturente, ma anche nei contenuti stessi

dell'accordo: in questa direzione si esaltò la funzione integrativa e specificativa svolta dal secondo contratto preliminare a fronte di un primo preliminare che riservava alle parti la libertà di sottrarsi al vincolo assunto al più perdendo la caparra data. Un preliminare dunque "debole", passibile del solo rimedio del risarcimento del danno, che si distingue dal preliminare tradizionale (in contrapposizione, c.d. "forte"), perché con esso le parti acquistano la possibilità di una ulteriore e rinnovata valutazione dell'operazione negoziale, in esso già definita nei suoi elementi essenziali, prima di addivenire alla stipulazione preliminare vera e propria " (*ivi*, p. 393). Cfr. ancora sul tema, De Matteis, *La contrattazione preliminare e la modularità del vincolo a contrarre*, in Liber Amicorum *per A. Luminoso*, Milano 2014, p. 619 ss.

Riteniamo, a tal proposito, che tuttavia la forza causale del vincolo negoziale non possa dipendere dalla non eseguibilità in forma specifica.

(66) In seguito alla sentenza qui commentata, Cass. 19 maggio 2015, n. 10211, ha così motivato: " Il Collegio, pur prendendo atto che le Sezioni unite con sentenza n. 4628 del 2015 hanno ritenuto valido il preliminare del preliminare, sia pure con opportune precisazioni, osserva che la questione decisa dalle Sezioni unite non rileva nel caso di specie, perché con il mezzo di impugnazione non si è inteso sostenere la validità di un negozio di tal genere (di un negozio diretto alla tutela di un interesse delle parti ad una formazione progressiva del contratto fondata su una differenziazione di contenuti negoziali), ma si sostiene che il contratto di cui si dice fosse un contratto preliminare completo, e sotto tale profilo la sentenza è concretamente motivata. Come ha avuto modo di chiarire la Corte distrettuale "(...) va rilevato il fatto che dalle stesse letterali espressioni usate si desume che le parti avessero voluto una mera puntuazione delle trattative in corso che esse avevano definito accordo preliminare, dichiarandosi disposti a sottoscrivere, ma in seguito, un contratto preliminare di compravendita. Pertanto, il documento in questione è solo accordo prodromico, privo di valenza di un preliminare obbligatorio, laddove, infatti, né il [potenziale venditore] risulta avere dichiarato di promettere la vendita di alcunché, né il [potenziale acquirente], a sua volta risulta, di avere promesso di acquistare un certo bene". E di più, la Corte distrettuale precisa, altresì, che "(...) le parti avevano indicato taluni elementi del futuro negozio atti all'identificazione del terreno da compravendere, che, per altro, nemmeno era stato identificato con i dati catastali e con l'esatta superficie ed avevano espressamente dichiarato l'una che era suo semplice intento vendere tra l'altro solo dopo eseguita la divisione con il fratello, quindi, non in quel momento e l'altra che offriva un certo prezzo" ".

**CONTRATTO PRELIMINARE**

**CASS. CIV. SEZ. UNITE SENT., 27-03-2008, N. 7930 (RV. 602815)**
ICE SNEI S.p.A. c. O.E.

**OBBLIGAZIONI E CONTRATTI**
Contratto
preliminare

CONTRATTI IN GENERE - CONTRATTO PRELIMINARE (COMPROMESSO) - IN GENERE (NOZIONE, CARATTERI, DISTINZIONE) - Preliminare di vendita - Consegna della cosa prima del contratto definitivo - Anticipazione dell' effetto traslativo - Esclusione - Contratto di comodato collegato al preliminare - Configurabilità - Conseguenze - Posizione del promissario acquirente - Possessore "ad usucapionem" - Esclusione - Detentore qualificato - Sussistenza.

Nella promessa di vendita, quando viene convenuta la consegna del bene prima della stipula del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità conseguita dal promissario acquirente si fonda sull'esistenza di un contratto di comodato funzionalmente collegato al contratto preliminare, produttivo di effetti meramente obbligatori. Pertanto la relazione con la cosa, da parte del promissario acquirente, è qualificabile esclusivamente come detenzione qualificata e non come possesso utile "ad usucapionem", salvo la dimostrazione di un'intervenuta "interversio possessionis" nei modi previsti *dall'art. 1141 cod. civ.*. (Rigetta, App. Napoli, 27 Gennaio 2003)

**FONTI** Mass. Giur. It., 2008 CED Cassazione, 2008 Notariato, 2008, 4, 384 nota di GIULIANO Corriere Giur., 2008, 8, 1085 nota di PUCE Nuova Giur. Civ., 2008, 9, 1, 1039 nota di SCALITI Vita Notar., 2008, 2, 964

Preliminarmente, devesi confermare che i due ricorsi, proposti avverso la medesima sentenza e tra loro connessi, vanno riuniti ex *art. 335 c.p.c.*.
Va, inoltre, del pari preliminarmente rilevato come i ricorsi rubricati sub nn. R.G. 13911/03 ( O. c/ ICE-SNEI) e R.G. 13686/03 (ICE-SNEI c/ O.), proposti contestualmente ai rispettivi controricorsi e con i quali, tra l'altro, le parti riprospettano le medesime questioni fatte valere con i loro ricorsi originari, siano da considerare inammissibili.
E', infatti, principio acquisito che la parte, dalla quale siasi già proposto ricorso per cassazione (sia esso principale od incidentale) contro alcune delle statuizioni della sentenza di merito, nel rapporto con un determinato avversario, non possa successivamente presentare un nuovo ricorso, nell'ambito dello stesso rapporto, nemmeno se nel frattempo abbia ricevuto notificazione del ricorso di detto avversario, ed a prescindere dal fatto che quest'ultimo possa suggerire un'estensione della contesa anche con riguardo ad altre pronunzie relative a quel rapporto, atteso che l'ordinamento non consente il reiterarsi o frazionarsi dell'iniziativa impugnatoria in atti separati (secondo il principio della cosiddetta consumazione dell'impugnazione) e che il relativo divieto non trova deroga nelle disposizioni di cui *all'art. 334 c.p.c.*, le quali operano soltanto in favore della parte che, prima dell'iniziativa dell'altro contendente, abbia fatto una scelta di acquiescenza alla sentenza impugnata (da ultimo, Cass. 2.2.07 n. 2309, 14.11.06 n. 24219, 27.10.05 n. 20912, 26.9.05 n. 18756, 10.2.05 n. 2704, 24.12.04 n. 23976).
Si può, quindi procedere all'esame dei due ricorsi originar, dei quali quello previamente proposto (R.G. n. 10084/03 ICE-SNEI c/ O.) va considerato principale e quello successivo (R.G. 10431/03 O. c/ ICE-SNEI) incidentale.
1. - RICORSO PRINCIPALE. Con il primo motivo, ex *art. 360 c.p.c.*, n. 3, la ricorrente, denunziando violazione del principio della domanda con riferimento agli *artt. 99 e 112 c.p.c.*, sotto il profilo della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e del principio dell'onere della prova con riferimento *all'art. 2697 c.c.*, si duole, rispettivamente: che il giudice a quo non abbia tenuto conto della domanda di risoluzione del preliminare, siccome formulata per inadempimento della controparte non all'obbligazione di stipulare il definitivo, unica presa in considerazione nell'impugnata sentenza pur senza domanda in tal senso, bensì alla diversa obbligazione di pagamento del prezzo, posta con l'art. 4 del contratto, laddove le parti avevano espressamente previsto che il ritardo nel pagamento o il mancato pagamento anche di una sola rata di mutuo avrebbe comportato la facoltà per la venditrice di risolvere il contratto, obbligazione della quale nella sentenza stessa non è stato tenuto alcun conto;
che il giudice a quo abbia escluso l'inadempimento della controparte in relazione al pagamento del prezzo convenuto nonostante questa non a-vesse fornito dimostrazione alcuna di tale pagamento.
Con il secondo motivo, ex *art. 360 c.p.c.*, n. 5, la ricorrente denunzia vizi di motivazione sulle questioni sollevate con il motivo precedente.
Le riportate censure - che, per connessione, possono essere trattate congiuntamente - non meritano accoglimento sotto alcuno dei prospettati profili d'omessa pronunzia e d'extrapetizione.
Quanto al primo profilo, per inammissibilità: dacchè, come ripetutamente evidenziato da questa Corte, l'omessa pronunzia, quale vizio della sentenza, dev'essere, anzi tutto, fatta valere dal ricorrente per cassazione esclusivamente attraverso la deduzione del relativo error in procedendo e della violazione *dell'art. 112 c.p.c.* in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, n. 4 e non già in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, nn. 3 e 5.
Ciò che la ricorrente non ha fatto.
Può aggiungersi che, onde possa utilmente dedursi il detto vizio, è necessario, da un lato, che al giudice del merito fossero

state rivolte una domanda od un'eccezione autonomamente apprezzabili, ritualmente ed inequivocabilmente formulate, per le quali quella pronunzia si rendesse necessaria ed ineludibile, e, dall'altro, che tali domanda od eccezione siano riportate puntualmente, nei loro esatti termini e non genericamente e/o per riassunto del loro contenuto, nel ricorso per cassazione, con l'indicazione specifica, altresì, dell'atto difensivo del giudizio di secondo grado nel quale l'una o l'altra erano state proposte o riproposte, onde consentire al giudice di legittimità di verificarne, in primis, la ritualità e la tempestività della proposizione nel giudizio a quo ed, in secondo luogo, la decisività delle questioni prospettatevi; ove, infatti, si deduca la violazione, nel giudizio di merito, *dell'art. 112 c.p.c.*, ciò che configura un'ipotesi di error in procedendo per il quale questa Corte è giudice anche del "fatto processuale", detto vizio, non essendo rilevabile d'ufficio, comporta pur sempre che il potere- dovere del giudice di legittimità d'esaminare direttamente gli atti processuali sia condizionato all'adempimento da parte del ricorrente, per il principio d'autosufficienza del ricorso per cassazione che non consente, tra l'altro, il rinvio per relationem agli atti della fase di merito, dell'onere d'indicarli compiutamente, non essendo consentita al giudice stesso una loro autonoma ricerca ma solo una loro verifica (Cass. 19.3.07 n. 6361, 28.7.05 n. 15781 SS.UU., 23.9.02 n. 13833, 11.1.02 n. 317, 10.5.01 n. 6502).
Anche rispetto a tali oneri la ricorrente risulta inadempiente, donde un'ulteriore ragione d'inammissibilità della censura.
Quanto al secondo profilo, per infondatezza, dacchè, almeno nei termini in cui sono state prospettate, le censure d'extrapetizione e di connesso vizio di motivazione non trovano rispondenza all'esame della sentenza impugnata.
Con la quale la causa petendi della riconvenzionale in risoluzione proposta dall'odierna ricorrente è stata correttamente individuata, nel fatto che " O.E. con detto preliminare si era impegnato al pagamento della complessiva somma di L. 8.337.360, ma non aveva provveduto al pagamento delle rate in cui era stato dilazionato il prezzo nè al pagamento delle rate del mutuo accollato", ma ne è stato escluso il fondamento, in quanto vi si è ritenuto che, risultando contrattualmente pattuita la stipulazione del definitivo nei dieci giorni dall'invito rivolto per lettera raccomandata dalla promittente venditrice al promissario acquirente e la prima non avendo mai provveduto al riguardo, nessun inadempimento fosse imputabile al secondo "neanche in relazione al pagamento del prezzo convenuto".
In siffatto se pur sintetico iter logico-argomentativo - evidentemente ispirato al principio per cui un inadempimento del promissario acquirente all'obbligazione di pagamento del prezzo non può ravvisarsi ove non siano stati contrattualmente stabiliti versamenti a scadenze determinate anteriori alla stipulazione del definitivo - sarebbero stati eventualmente ravvisabili e denunziabili errori d'interpretazione del contratto preliminare e/o d'inappropriata applicazione del richiamato principio al caso di specie, peraltro neppure accennati con i motivi in esame, ma non sono ravvisabili i dedotti vizi d'extrapetizione e di connesso difetto di motivazione.
D'altra parte, la censura neppure presenta il requisito dell'autosufficienza, ed è pertanto inammissibile, dacchè non vi è riportato il testo del contratto o, quanto meno, delle clausole tutte pertinenti alla prospettata questione, di guisa che il giudice di legittimità, cui non è consentito l'esame diretto dell'incarto processuale se non nelle ipotesi di denunziati errores in procedendo, non è posto in condizione di valutare la dedotta erronea applicazione del regolamento pattizio.
2. - RICORSO INCIDENTALE. L' O. - denunziando con il primo motivo del ricorso n. 10431/03 la violazione *dell'art. 1158 c.c.* e *art. 116 c.p.c.*, nonchè omessa o insufficiente e contraddittoria motivazione - oltre a dolersi dell'inadeguatezza delle argomentazioni svolte dalla corte territoriale, laddove ha escluso l'interversione della sua detenzione sull'immobile de quo in un possesso utile all'usucapione, contesta, anzi tutto, la stessa qualificazione come detenzione, anzichè come possesso, data da quel giudice alla materiale disponibilità del bene quale da lui conseguita in esecuzione di specifica clausola del contratto preliminare; assume, al riguardo, che, tale pattuizione avendo avuto la funzione di anticipare gli effetti del trasferimento del diritto di proprietà, oggetto del contratto cui era intesa la volontà delle parti, e, quindi, anche l'effetto dell'immissione nel possesso e non nella detenzione dell'immobile, non fosse conseguentemente necessario alcun atto d'interversione perchè ne avesse luogo l'usucapione con il decorso del termine ventennale di prescrizione acquisitiva dall'immissione nel godimento dello stesso.
In tal senso svolgendo le proprie tesi, l' O. contrappone alla soluzione adottata dal giudice a quo - che, come ricordato nell'ordinanza di rimessione, si è conformato alla giurisprudenza di legittimità prevalente - la difforme soluzione adottata da un indirizzo giurisprudenziale minoritario e, tuttavia, a tratti riemergente in alcune pronunzie, anche relativamente recenti, di questa Corte.
La motivazione della maggior parte delle quali si traduce in affermazioni apodittiche, riproduttive di massime tralaticie, mentre, nelle poche obiettivamente argomentate, l'iter logico dell'adottata soluzione prende le mosse dalla considerazione per cui il possesso non è escluso dalla conoscenza del diritto altrui, nè è subordinato all'esistenza della correlativa situazione giuridica, dacchè esso è ricollegato, sia sotto il profilo materiale (corpus) sia sotto quello psicologico (animus), ad una situazione di fatto, che si concretizza nell'esercizio di un potere oggettivo sulla cosa manifestantesi in un'attività corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà o di altro diritto reale e distinguentesi dalla detenzione solo per l'atteggiamento psicologico del soggetto che lo esercita, caratterizzato, nel possesso, dal cd. animus rem sibi habendi (ossia, l'intenzione o il volere di esercitare la signoria che è propria del proprietario o del titolare del diritto reale) e, nella detenzione, dal cd. animus detinendi (che implica il riconoscimento della signoria altrui).
Soggiungendosi, poi, che tale principio di carattere generale non soffre deroga nei casi in cui il soggetto che assume d'essere possessore abbia ricevuto il godimento dell'immobile per effetto d'una convenzione negoziale, con la precisazione che, se la convenzione ha effetti obbligatori, perchè diretta ad assicurare il mero godimento della cosa, senza alcun trasferimento immediato o differito del bene, colui che, avendo ricevuto la consegna per questo solo scopo, si è immesso, nomine alieno, nel godimento del bene, necessariamente stabilisce con la cosa un rapporto di mera detenzione che gli consente di mutare il titolo originario di questo rapporto con la cosa solo attraverso un atto di interversione del possesso, ai sensi *dell'art. 1141 c.c.*, comma 2.

Vi si evidenzia, quindi, che ciò spiega la ragione del principio, ripetutamente affermato da questa Corte, secondo il quale "per stabilire se in conseguenza di una convenzione con la quale un soggetto riceve da un altro il godimento di un immobile si abbia un possesso idoneo alla usucapione o una mera detenzione, occorre fare riferimento all'elemento psicologico del soggetto stesso ed a tal fine stabilire se la convenzione sia un contratto ad effetti reali o un contratto ad effetti obbligatori, dato che solo nel primo caso il contratto è idoneo a determinare nel predetto soggetto l'animus possidendi (sent. n. 4819 del 1981; sent. n. 4698 del 1987; sent. n. 741 del 1983)"; che, tuttavia, proprio la ragione del principio di diritto ora enunciato ne fissa anche il limite, escludendone l'applicazione alle convenzioni con le quali, per quanto con effetti solo obbligatori, le parti tendano a realizzare il trasferimento della proprietà del bene o di un diritto reale su di esso quando ad esse si aggiunga un patto accessorio d'immediato effetto traslativo del possesso, sostanzialmente anticipatore degli effetti traslativi del diritto che, con la convenzione, le parti stesse si sono ripromesse di realizzare.
Vi si perviene, così, alla conclusione per cui nelle ipotesi predette, tra le quali rientra quella più diffusa del contratto preliminare di compravendita, la convenzione non tende solo ad attribuire il godimento del bene (che si realizza, appunto, attraverso il trasferimento della mera detenzione, caratterizzando coerentemen-te la consegna della cosa) ma è in funzione di un comune proposito di trasferimento della proprietà o di un diritto reale, alla quale è coerente il passaggio immediato del possesso, che costituisce solo un'anticipazione dell'effetto giuridico finale perseguito; onde il patto di immediato trasferimento del possesso che eventualmente acceda a queste convenzioni, con le quali è perfettamente compatibile, caratterizza, dunque, anche la consegna che ad esso faccia seguito, conferendole effetti attributivi della disponibilità possessoria e non della mera detenzione, anche in mancanza dell'immediato effetto reale del contratto cui il patto accede, tenuto anche conto che la consegna, essendo il possesso un fenomeno che prescinde dal fondamento giustificativo, è atto neutro, o negozio astratto, per il quale non si richiede affatto il requisito del fondamento causale.
Tali essendo le ragioni giustificative delle esaminate decisioni, devesi considerare che, sfrondate dei superflui richiami ai principi generali, che si dichiarano condivisi, esse si riducono, in buona sostanza, alla sola affermazione per cui, nonostante la natura esclusivamente obbligatoria del preliminare, con il prevedervi anche l'immediata consegna del bene verso la contestuale corresponsione, in tutto od in parte, del prezzo, i contraenti intendono anticipare "l'effetto traslativo del diritto" proprio del definitivo.
Tesi siffatta non può trovare adesione, sia che della fattispecie in esame si consideri l'aspetto possessorio, in quanto il possesso non è suscettibile di trasferimento disgiuntamente dal diritto reale del quale costituisce l'esercizio, sia che se ne consideri quello contrattuale, in quanto la disponibilità della res conseguita dal promissario acquirente deriva da un contratto di comodato collegato al preliminare per il quale al comodatario è attribuita la detenzione e non il possesso; ciò per le ragioni che di seguito si espongono.
In primis, è lo stesso invocato intento delle parti ad esservi erroneamente individuato e/o travisato, in quanto, con lo stipulare un preliminare, sono per l'appunto gli effetti reali traslativi, propri del definitivo, che le parti non vogliono si verifichino per effetto immediato e diretto della conclusa convenzione.
La situazione giuridica in esame, come evidenziato anche in dottrina, è, in vero, il portato d'una prassi contrattuale sviluppatasi, essenzialmente nel settore immobiliare, in ragione della sua attitudine a fornire uno strumento idoneo a soddisfare sollecitamente determinate esigenze delle parti, principalmente la disponibilità del bene per l'una e del denaro per l'altra ma ulteriori se ne possono agevolmente ipotizzare, pur contestualmente garantendone i rispettivi diritti sui beni oggetto delle reciproche attribuzioni, indipendentemente dalla sorte della convenzione, per il tempo necessario a che si realizzino quelle condizioni oggettive e/o soggettive, agevolmente ipotizzabili anch'esse nella loro molteplicità, in ragione delle quali - tanto che siano rimaste del tutto estranee alla convenzione, eppertanto giuridicamente irrilevati anche a solo livello di presupposizione, quanto che, invece, sianvi espressamente previste come condizioni sospensive o risolutive - le parti stesse non hanno voluto o potuto addivenire ad un contratto definitivo.
Sono usuali, al riguardo, particolarmente nella materia delle compravendite immobiliari - che è quella più interessata dal fenomeno - le ipotesi in cui il promittente venditore debba portare a termine procedimenti amministrativi di regolarizzazione dell'edificio od opere di completamento dell'edificio stesso o delle infrastrut- ture accessorie od estinguere ipoteche o mutui, in difetto di che non sussiste l'interesse e conseguentemente la volontà di perfezionare l'acquisto da parte del promissario acquirente; o quelle in cui quest'ultimo debba, a sua volta, procurarsi, anche in più riprese, le disponibilità necessarie alla corresponsione integrale del prezzo, il conseguimento del quale condiziona parimenti interesse e volontà del promittente venditore alla realizzazione della vendita.
Dottrina e giurisprudenza, quando - sulla considerazione per cui la terminologia "promette di vendere o di acquistare" non è automaticamente indicativa d'una semplice promessa e la cosiddetta anticipazione degli effetti della vendita può essere indice dell'intento di porre in essere un contratto definitivo se il differimento della manifestazione di volontà non risulti chiaramente dal contratto - affermano che, al fine di attribuire ad una stipulazione il contenuto del contratto di compravendita o piuttosto quello del preliminare di compravendita, è determinante l'identificazione del comune intento delle parti - diretto, nel primo caso, al trasferimento della proprietà della res verso la corresponsione di un certo prezzo, conformemente alla causa negoziale *dell'art. 1470 c.c.*, e, nel secondo caso, all'insorgenza di un particolare rapporto obbligatorio che impegni ad un'ulteriore manifestazione di volontà, alla quale sono rimessi il trasferimento del diritto dominicale sulla res e l'adempimento dell'obbligazione del pagamento del prezzo - onde il giudice del merito deve esaminare la stipulazione nel suo complesso al fine di accertare la comune volontà delle parti nell'un senso piuttosto che nell'altro, compiono, in verità, solo un primo approccio alla questione in esame, che, evidentemente, più non si porrebbe ove l'accertamento demandato al giudice si risolvesse nel senso del contratto ad effetti reali, dacchè, in tal caso, non vi sarebbe, evidentemente, luogo a parlare di preliminare, dacchè le prestazioni rese avrebbero già realizzato gli effetti del definitivo.

Viceversa, se l'accertamento compiuto dal giudice dovesse approdare al preliminare, è da escludere in re ipsa, come si è già sottolineato, che le parti intendessero realizzare qualsiasi effetto del definitivo, eppertanto, ai fini della soluzione della questione in esame, si rende necessaria un'indagine ulteriore e diversa in ordine alla volontà delle parti, onde identificare quali effetti, differenti da quelli propri del definitivo ma aggiuntivi rispetto a quelli ordinari del preliminare, le parti stesse avessero inteso far derivare dalla convenzione, in attuazione della quale ed in particolare delle pattuizioni aggiuntive hanno, di seguito, operato alcune prestazioni corrispondenti a quelle proprie del definitivo.
Al fine della qual ulteriore indagine, devesi preliminarmente considerare come la previsione e l'esecuzione della traditio della res e/o del pagamento, anche totale, del prezzo non siano affatto, di per se stessi, incompatibili con l'intento di stipulare un contratto solo preliminare di compravendita, dacchè, in tal guisa operando, le parti manifestano e concretamente realizzano esclusivamente l'intento d'anticipare non gli effetti del contratto di compravendita - l'impegno alla cui futura stipulazione costituisce l'oggetto delle obbligazioni assunte con la convenzione stipulata nella prescelta forma del preliminare, mentre tali effetti rappresentano, per contro, proprio quel risultato cui le parti stesse non hanno inteso, al momento, pervenire - ma solo quelle prestazioni che delle obbligazioni nascenti dalla compravendita costituiscono l'oggetto, id est la consegna della res ed il pagamento del prezzo, quali, ex artt. 1476 e 1498 c.c., sono poste a carico, rispettivamente, del venditore e del compratore (nel tempo, Cass. 19.4.00 n. 5132, 7.4.90 n. 2916, 3.11.88 n. 5962, ma già 1.12.62 n. 3250).
Escluso che con la stipulazione del preliminare, sia pure con previsione, ed esecuzione, della consegna della res e/o del pagamento del prezzo, le parti debbano avere necessariamente inteso che si verificassero gli effetti della compravendita - nel qual caso, d'altronde, come si è già evidenziato, si sarebbe in presenza d'un definitivo e non d'un preliminare - devesi anche escludere che, in virtù di tale esecuzione, possa essersi trasmesso dal promittente venditore al promissario acquirente il possesso della res.
In vero, come questa Corte ha già avuto occasione d'evidenziare - richiamando anche accreditata dottrina, per la quale "ciò che si trasferisce è solo l'oggetto del possesso, il quale, invece, non si compra e non si vende, non si cede e non si riceve per l'effetto di un negozio", e, perciò, "l'acquisto a titolo derivativo del possesso è un'espressione da usarsi solo in senso empirico e traslato" - dalla stessa nozione del possesso, definito *dall'art. 1140 cod. civ.* come "il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale", si evince ch'esso non può essere trasferito per contratto separatamente dal diritto del quale esso costituisca l'esercizio, considerato che un'attività non è mai trasmissibile, ma può solo essere intrapresa, e l'intrasmissibilità è maggiormente evidente in ordine al possesso, in quanto l'attività che lo contraddistingue deve essere accompagnata dall'animus possidendi (volontà di esercitare sulla cosa una signoria corrispondente alla proprietà o ad altro diritto reale), cioè da un elemento che, per la sua soggettività, può essere proprio soltanto di colui che attualmente possiede e non di chi ha posseduto in precedenza. (Cass. 27.9.96 n. 8528).
Quindi esattamente si è affermato in dottrina che, essendo il possesso uno stato di fatto, l'acquisto ne è in ogni caso originario, sì che anche chi propende per la tesi contraria riconosce che di acquisto derivativo possa parlarsi "soltanto per sottolineare che l'acquisto del possesso ha luogo con l'assenso e la partecipazione del precedente possessore e non con il solo contegno di colui che acquista il possesso, come accade nell'apprensione".
L'unica eccezione a questa regola si ha nella successione universale, ma è un'eccezione espressamente prevista e regolata dal legislatore che, in forza dell'elaborata fictio legis, ha consentito la continuazione nell'erede del possesso esercitato dal de cuius, con effetto dall'apertura della successione, indipendentemente dalla verificazione dei suoi presupposti di fatto, ma, appunto perchè di diritto singolare ed eccezionale, l'istituto non può essere utilizzato onde pervenire ad una soluzione diversa da quella indicata con la richiamata regola generale.
Nè, a sostegno della tesi della possibilità d'una trasmissione contrattuale del possesso, può richiamarsi *l'art. 1146 c.c.*, comma 2, perchè per tale norma l'accessio possessionis, da essa prevista, ha, per presupposto indispensabile, l'esistenza di un titolo, anche viziato, idoneo in astratto, alla cessione del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) del bene formante oggetto del possesso (Cass. 6552/81, 3876/76, 3369/72, 936/70, 1378/64, 1044/62); inoltre, la norma non prevede affatto la trasmissione del possesso da un soggetto all'altro, ma soltanto la possibilità per il successore a titolo particolare (acquirente o legatario) di unire al proprio possesso quello distinto e diverso del dante causa per goderne gli effetti sostanziali e processuali.
Per altro verso, devesi considerare che il preliminare di compravendita con il quale siano contestualmente pattuite anche la consegna anticipata della res e la corresponsione del pari anticipata del prezzo in una o più soluzioni non è un contratto atipico, almeno se con tale termine s'intende definire un contratto caratterizzato da una funzione economico-sociale non riconducibile agli schemi normativamente predeterminati e tuttavia suscettibile di riconoscimento e di tutela, sul presupposto dell'autonomia contrattuale che l'ordinamento riconosce ai privati, in ragione della sua liceità e della sua meritevolezza.
Nella fattispecie in esame va ravvisata, infatti, la convergenza, in un'unica convenzione, degli elementi costitutivi di più contratti tipici, nel qual caso resta escluso che la convenzione stessa possa essere qualificata come atipica, dal momento che, sia pure considerata nelle sue plurime articolazioni, non è intesa a realizzare una funzione economico-sociale nuova e diversa rispetto a quelle dei singoli contratti tipici che in essa sono confluiti.
Pertanto, considerato che le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in un unico contesto, dar vita a più negozi tra loro del tutto distinti ed indipendenti, come pure a più negozi variamente interconnessi, la qualificazione della fattispecie va, piuttosto, effettuata con riguardo alla sua riconducibilità nell'ambito d'una delle categorie, elaborate da dottrina e giurisprudenza nell'esame delle fattispecie congeneri, dei contratti misti o complessi, o dei contratti collegati.
I contratti misti o complessi sono quelli maggiormente assimilabili al contratto atipico, se pur se ne differenziano per non

essere intesi alla realizzazione d'una funzione economico-sociale nuova e diversa rispetto a quelle dei contratti tipici che vi confluiscono, dacchè in essi la pluralità degli schemi contrattuali tipici u- tilizzati si combina in guisa che, per la fusione delle cause, gli elementi costitutivi di ciascun negozio vengono assunti quali elementi costitutivi di un negozio rispetto a ciascun d'essi autonomo e distinto caratterizzato dall'unicità della causa; con la precisazione, evidenziata da alcuna parte della dottrina, per cui, nei contratti misti, si ha un solo schema negoziale, al quale vengono apportate alcune variazioni mediante l'inserimento di clausole assunte da uno o più diversi schemi, mentre, in quelli complessi, si ha la convergenza di tutti gli elementi costitutivi tratti da più schemi negoziali tipici nella regolamentazione dell'unico negozio risultantene.
Nell'una ipotesi come nell'altra, la disciplina del contratto è unitaria, come unitaria ne è la causa, e va ravvisata in quella del negozio di maggior rilievo, questo da individuarsi, quanto al contratto misto, nell'unico contratto cui sono stati aggiunti singoli elementi tratti da altri e che in esso si fondono (teoria dell'assorbimento), e, quanto al contratto complesso, in quello, tra i più contratti integralmente confluiti nell'unica convenzione, cui, all'esame della volontà quale in concreto manifestata dalle parti, risulti essere stato conferito rispetto agli altri il maggior rilievo in considerazione della finalità perseguita (teoria della prevalenza).
Minor seguito ha, in dottrina, la tesi per cui, nell'ipotesi del contratto complesso, i vari profili della convenzione andrebbero singolarmente disciplinati con riferimento allo schema contrattuale corrispondente (teoria della combinazione); ed, in effetti, tesi siffatta non consente, poi, a differenza dalla teoria della prevalenza, un'adeguata differenziazione di disciplina tra la fattispecie del contratto complesso e quella dei contratti collegati.
La quale ricorre ove più contratti autonomi, ciascuno caratterizzato dalla propria causa, formino oggetto di stipulazioni coordinate, nell'intenzione delle parti, alla realizzazione di uno scopo pratico unitario, costituito, di norma, dall'agevolare la realizzazione della funzione economico-sociale dell'un d'essi.
Il collegamento contrattuale, come è stato ripetutamente evidenziato dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti, nei suoi aspetti generali non da luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto, bensì attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi.
Ond'è che il criterio distintivo fra contratto unico, se pur misto o complesso, e contratto collegato non va ravvisato in elementi formali - quali l'unità o la pluralità dei documenti contrattuali (un contratto può essere unico anche se ricavabile da più testi, mentre un unico testo può riunire più contratti) o la mera contestualità delle stipulazioni (i contratti posso essere stipulati anche in momenti diversi in relazione ad esigenze sopravvenute) - ma nell'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità degli interessi perseguiti, dacchè il "contratto collegato" non è un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamentazione degli interessi economici delle parti caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione, ecc.) possono ripercuotersi sull'altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco (ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all'altro, e non anche viceversa) e non necessariamente in rapporto di principale ad accessorio.
Pertanto, affinchè possa configurarsi un collegamento negoziale in senso tecnico, che impone la considerazione unitaria della fattispecie, è necessario che ricorrano sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi, volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell'ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale.
Tanto considerato, risulta evidente come la fattispecie in discussione debba essere ricondotta alla categoria dei contratti collegati.
In essa, infatti, le parti, onde agevolare, per le plurime ragioni quali in precedenza accennate, la realizzazione delle finalità perseguite con la stipulazione del preliminare di compravendita, stipulano altresì - e, come del pari si è già evidenziato, ciò può aver luogo contemporaneamente e contestualmente al preliminare ma anche in tempi e con atti diversi, a seconda che le circostanze lo richiedano - dei contratti accessori, al preliminare necessariamente perchè funzionalmente connessi e, tuttavia, autonomi rispetto ad esso, rispondendo ciascuno ad una precisa tipica funzione economico- sociale eppertanto disciplinati ciascuno dalla pertinente normativa sostanziale.
Contratti con i quali le parti pervengono ad una regolamentazione, se pur provvisoria tuttavia ben definita, dei rapporti accessori funzionalmente collegati al principale e nei quali, secondo un'autorevole opinione dottrinaria meritevole d'esser condivisa, vanno ravvisati, quanto alla concessione dell'utilizzazione della res da parte del promittente venditore al promissario acquirente, un comodato e, quanto alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore, un mutuo gratuito.
Ne consegue, con riferimento al primo dei considerati contratti, che la materiale disponibilità della res nella quale il promissario acquirente viene immesso, in esecuzione del contratto di comodato, ha natura di detenzione qualificata esercitata nel proprio interesse ma alieno nomine e non di possesso.
Possesso che il promissario acquirente può, dunque, opporre al promittente venditore solo nei modi previsti *dall'art. 1141 c.c.*, in particolare assumendo e dimostrando un'intervenuta interversio possessionis.
Questa, come ha correttamente ricordato il giudice a quo, non può aver luogo mediante un semplice atto di volizione interna, ma deve estrinsecarsi in una manifestazione esteriore, dalla quale sia consentito desumere che il detentore ha cessato d'esercitare il potere di fatto sulla cosa nomine alieno ed ha iniziato ad esercitarlo esclusivamente nomine proprio ed, inoltre, manifestazione siffatta dev'essere non solo tale da palesare inequivocabilmente l'intenzione del soggetto di sostituire al precedente animus detinendi un nuovo animus rem sibi habendi, ma anche essere specificamente rivolta contro

il possessore, in guisa che questi sia posto in condizione di rendersi conto dell'avvenuto mutamento, quindi tradursi in atti ai quali possa riconoscersi il carattere della concreta opposizione all'esercizio del possesso da parte del possessore stesso; tra tali atti, ove non accompagnati da altra manifestazione dotata degli indicati connotati dell'opposizione, non possono ricomprendersi nè quelli che si traducano in una inottemperanza alle pattuizioni in forza delle quali la detenzione era stata costituita, verificandosi in tal caso un'ordinaria ipotesi d'inadempimento contrattuale, nè quelli che si traducano in ordinari atti d'esercizio del possesso, verificandosi in tal caso una mera ipotesi di abuso della situazione di vantaggio determinata dalla materiale disponibilità del bene.
Al qual riguardo l' O. addebita al giudice a quo, denunziando vizi di motivazione, di non aver desunto dalle emergenze istruttorie quegli evidenti elementi costitutivi della fattispecie ch'egli ritiene vi fossero adeguatamente rappresentati.
La censura non merita accoglimento.
Per costante insegnamento di questa Corte, in vero, il motivo di ricorso per Cassazione con il quale alla sentenza impugnata venga mossa censura per vizi di motivazione ex *art. 360 c.p.c.*, n. 5 dev'essere inteso a far valere, a pena d'inammissibilità ex *art. 366 c.p.c.*, n. 4, in difetto di loro specifica indicazione, carenze o lacune nelle argomentazioni, ovvero illogicità nell'attribuire agli elementi di giudizio un significato fuori dal senso comune, od ancora mancanza di coerenza tra le varie ragioni esposte per assoluta incompatibilità razionale degli argomenti ed insanabile contrasto tra gli stessi; non può, invece, essere inteso a far valere la non rispondenza della ricostruzione dei fatti operata dal giudice del merito al diverso convincimento soggettivo della parte ed, in particolare, non vi si può proporre un preteso migliore e più appagante coordinamento dei molteplici dati acquisiti, atteso che tali aspetti del giudizio, interni all'ambito della discrezionalità di valutazione degli e-lementi di prova e dell'apprezzamento dei fatti, attengono al libero convincimento del giudice e non ai possibili vizi dell'iter formativo di tale convincimento rilevanti ai sensi della norma in esame; diversamente, il motivo di ricorso per cassazione si risolverebbe - com'è, appunto, per quello di cui trattasi - in un'inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e dei convincimenti del giudice del merito, id est di nuova pronunzia sul fatto, estranea alla natura ed alle finalità del giudizio di legittimità.
Nè, com'è del pari da tralaticio insegnamento di questa Corte, può imputarsi al detto giudice d'aver omesse l'esplicita confutazione delle tesi non accolte e/o la particolareggiata disamina degli elementi di giudizio non ritenuti significativi, giacchè nè l'una nè l'altra gli sono richieste, rientrando nel suo potere discrezionale, a norma *dell'art. 116 c.p.c.*, individuare le fonti del proprio convincimento, mentre soddisfa all'esigenza d'adeguata motivazione che questo, una volta raggiunto, risulti da un esame logico e coerente di quelle, tra le prospettazioni delle parti e le emergenze istruttorie, che siano state ritenute di per sè sole idonee e sufficienti a giustificarlo; in altri termini, perchè sia rispettata la prescrizione desumibile dal combinato disposto *dell'art. 132 c.p.c.*, n. 4 e degli *artt. 115 e 116 c.p.c.*, non si richiede al giudice del merito di dar conto dell'esito dell'avvenuto esame di tutte le prove prodotte o comunque acquisite e di tutte le tesi prospettategli, ma di fornire una motivazione logica ed adeguata dell'adottata decisione evidenziando le prove ritenute idonee e sufficienti a suffragarla ovvero la carenza di esse.
Nella specie, non solo il motivo, già non inteso a censurare la rado decidendi ma a prospettare una diversa interpretazione degli accertamenti in fatto, estranea alle valutazioni consentite al giudice di legittimità, è per ciò solo inammissibile, ma la motivazione fornita dal giudice a quo all'assunta decisione risulta logica e sufficiente, basata com'è su argomentazioni adeguate in ordine alla valenza oggettiva dei plurimi e pertinenti elementi di giudizio presi in considerazione e su razionali valutazioni di essi;
un giudizio operato, pertanto, nell'ambito dei poteri discrezionali del giudice del merito a fronte del quale, in quanto obiettivamente immune dalle censure ipotizzabili in forza *dell'art. 360 c.p.c.*, n. 5 la diversa opinione soggettiva di parte ricorrente è inidonea a determinare le conseguenze previste dalla norma stessa.
Con il secondo motivo, il ricorrente - denunziando violazione *dell'art. 102 c.p.c.* - si duole che il giudizio di merito promosso dalla controparte per la risoluzione del preliminare si sia svolto a contraddittorio non integro, in quanto il contratto in discussione era stato stipulato anche da suo fratello Ettore, rimasto estraneo al giudizio, e che tale nullità non sia stata rilevata d'ufficio dal giudice a quo.
La doglianza va disattesa, in quanto l' O., totalmente vittorioso sul punto essendo stata respinta l'avversa domanda di risoluzione tanto in primo grado quanto in appello, difetta d'interesse ad impugnare per cassazione al riguardo se non condizionatamente all'accoglimento del ricorso di controparte, condizione che, come da reiezione del ricorso principale, non si è avverata.
3. - CONCLUSIONI. Nessuno degli esaminati motivi meritando accoglimento, entrambi i ricorsi vanno, dunque, respinti.
Tale esito del giudizio di legittimità giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio stesso.

**P.Q.M.**

LA CORTE Decidendo a Sezioni Unite, dichiara inammissibili i ricorsi iscritti al R.G. con i numeri 13911/03 e 13686/03; respinge i ricorsi iscritti al R.G. 10084/03 e 10431/03; compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio di legittimità.
Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 8 maggio 2007.
Depositato in Cancelleria il 27 marzo 2008

**PRELIMINARE DI IMMOBILI "SULLA CARTA"**

**Cass. civ. Sez. II, 10-03-2011, n. 5749**

Il regime di tutela previsto dal *D.Lgs. n. 122/2005* non si applica ai contratti preliminari relativi ad immobili esistenti solo sulla carta, per i quali cioè non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire, fermo restando che detti contratti sono pienamente validi, non potendo considerarsi nulli per illiceità dell'oggetto.

Nel denunciare violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione al *D.Lgs. n. 122 del 2005, artt. 1, 2 e 6* (Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della *L. 2 agosto 2004, n. 210*), nonchè motivazione insufficiente su un punto decisivo, in relazione *all'art. 360 c.p.c.*, nn. 3 e 5, la società ricorrente, con l'unico mezzo, si duole che l'art. 6 del citato D.Lgs. sia stato applicato oltre il suo ambito di operatività. Si sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte d'appello, la speciale normativa di tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire in tanto opera, in quanto sia stato almeno richiesto il permesso di costruire. La Corte territoriale avrebbe trascurato di considerare la peculiarità della fattispecie in esame, caratterizzata dal fatto che la società costruttrice, promittente la cessione dei due appartamenti, non era proprietaria dell'area edificabile, essendo questa, a sua volta, oggetto della promessa di cessione sancita dal preliminare. Ad avviso della ricorrente, la speciale previsione normativa sarebbe applicabile solo al costruttore che, proprietario dell'area da edificare, abbia già progettato la costruzione e, essendovi legittimato, abbia chiesto il permesso di costruire, sostenendo i relativi oneri e ricercando gli eventuali acquirenti. Non sarebbe, invece, applicabile al futuro acquirente dell'area da edificare che debba ancora acquisirla e raggiungere l'accordo con i cedenti sulle condizioni di contratto, in vista della quale non sarebbe ipotizzabile che egli possa o debba attivarsi chiedendo il permesso di costruire.
2. - Il motivo è fondato.
2.1. - Il *D.Lgs. n. 122 del 2005* si propone di assicurare protezione alla persona fisica che, in qualità di acquirente o promissaria acquirente, stipula contratti aventi ad oggetto immobili da costruire o in costruzione, e introduce nuovi strumenti di tutela in un settore ove è statisticamente elevato sia il rischio di abusi o di gravi inadempienze da parte chi aliena, sia il pericolo che per il costruttore sopravvenga una situazione di crisi, che comporti la sua sottoposizione ad esecuzione immobiliare o ad una procedura concorsuale.
A tal fine, il legislatore delegato, tra l'altro: (a) mette a disposizione (artt. 2, 3 e 4) gli strumenti negoziali accessori della garanzia fideiussoria e dell'assicurazione, resi obbligatori per preservare le ragioni dell'acquirente nei casi, rispettivamente, di crisi dell'imprenditore e di danni derivanti da rovina o da gravi difetti costruttivi dell'immobile; (b) prescrive (art. 6) una serie di contenuti necessari del contratto; (c) riconosce (art. 9), a favore dell'acquirente che sia già entrato nel possesso dell'immobile e lo abbia destinato ad abitazione principale propria o di un parente di primo grado, anche nel caso in cui abbia escusso la fideiussione, un diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile, in precedenza negoziato, che venga fatto oggetto di vendita forzata;
(d) limita (art. 10) l'ambito di esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare in relazione agli atti di alienazione di immobili da costruire nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dall'acquisto o dall'ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado.
2.2. - Il perimetro di applicazione della nuova disciplina di tutela introdotta dal *D.Lgs. n. 122 del 2005* si trova delineato nell'art. 1.
Per quello che qui rileva, gli acquisti protetti - ai quali si applicano le regole sopra indicate - sono quelli aventi ad oggetto immobili da costruire, per tali intendendosi (art. 1, comma 1, lett. d) gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità.
In base alla definizione fornita dal decreto legislativo, possono ritenersi immobili da costruire tutti quegli immobili che si trovano in uno stadio di costruzione che si colloca tra i seguenti due momenti temporali della fase progettuale - edificatoria: dal lato iniziale, dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire o (ricorrendo le condizioni di cui al *D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 22, comma 3*, recante il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) l'avvenuta presentazione della denuncia di inizio attività; dal lato finale, prima del completamento delle finiture e della conseguente richiesta del certificato di agibilità (il cui rilascio, ai sensi dell'art. 25 del citato testo unico, va domandato entro quindici giorni dall'ultimazione, appunto, dei lavori di finitura dell'intervento).
Il riferimento alla presentazione del permesso di costruire come elemento iniziale del predetto arco temporale esclude dall'ambito di applicazione della disciplina di tutela il contratto preliminare avente ad oggetto edifici esistenti soltanto "sulla carta", ossia già allo stato di progetto ma per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire o un titolo equipollente.
2.3. - Tale è, appunto, la situazione verificatasi nel caso di specie.
Come risulta dagli atti di causa, M.A., R.C. e S.R.A.M. hanno "promesso di vendere" all'impresa edile s.r.l. Rocchetti un terreno edificabile, con soprastante corpo accessorio, e la parte promissaria acquirente si è impegnata a realizzare e a cedere ai promittenti venditori, in permuta parziale, due appartamenti del progettato edificio da costruire (un bilocale composto da soggiorno - cottura, camera da letto, disimpegno e bagno posto a piano terra, con portici e giardino privato con accesso indipendente; altro bilocale composto da soggiorno - cottura, camera da letto, disimpegno e bagno posto a piano terra, con relativo sottotetto, cantina e box singolo di pertinenza posti a piano interrato, portici e giardino privato, ingresso indipendente tramite ampio portico privato).

E' altresì pacifico che, al momento della stipulazione, nessuna richiesta di titolo abilitativo per la progettata attività costruttiva era già stata avanzata, essendo soltanto previsti l'obbligo della società promissaria acquirente di "presentare, a propria cura e spese, al Comune di Roncello i progetti edilizi per l'ottenimento dei necessari permessi relativi a tutti gli immobili realizzabili sul terreno oggetto di compravendita, il tutto nel rispetto delle normative urbanistiche vigenti", nonchè l'impegno di entrambe le parti di procedere alla stipulazione dell'atto pubblico definitivo "entro e non oltre quindici giorni dal rilascio del primo permesso di costruire o denuncia di inizio attività relativi al progetto, in modo che alla parte promissaria acquirente sia consentito subentrare alla parte promittente venditrice negli obblighi nei confronti del Comune prima del rilascio del permesso di costruire medesimo, o dell'efficacia della denuncia di inizio attività". 2.4. - La sentenza impugnata, nel giungere alla censurata soluzione, sottolinea l'esigenza di pervenire ad una "tutela forte e completa", che ponga il promissario, destinatario della vicenda traslativa non immediata di un diritto reale su un immobile da costruire, "al riparo da ogni sorpresa".
La sentenza impugnata evidenzia, in effetti, un profilo di criticità del decreto delegato.
L'edificio esistente soltanto "sulla carta", ossia già allo stato di progetto ma per il quale non sia stato ancora richiesto il titolo abilitativo, è anch'esso un immobile da considerare in una prospettiva dinamica, ossia rispetto al quale è prevista una successiva attività edificatoria ad opera del venditore.
Ed anche in una contrattazione "sulla carta" di un immobile da costruire per il quale non sia stato neppure richiesto il permesso di costruire o presentata la denuncia di inizio di attività, si pongono esigenze di tutela dell'acquirente, del tutto analoghe a quelle che, a salvaguardia della sicurezza dell'acquisto dell'immobile in costruzione, ricorrono allorchè la negoziazione si sviluppi in una vicenda nella quale l'iter urbanistico è già iniziato.
L'esclusione del promissario acquirente di immobili "sulla carta" dal raggio di applicazione del decreto delegato per un verso comporta che le misure di protezione da esso previste sono destinate a non operare proprio là dove il rischio per l'acquirente è ancora più accentuato, potendo l'immobile da costruire essere destinato a rimanere tale solo nelle intenzioni del costruttore; per l'altro, offre a quest'ultimo un facile strumento di elusione per sottrarsi agli oneri, anche economici, che vengono posti a suo carico dal decreto delegato, potendo questi essere indotto a preferire la stipulazione del preliminare prima di richiedere il provvedimento abilitativo, così evitando di dover offrire la fideiussione e l'assicurazione fideiussoria.
2.5. - A tale riguardo, il Collegio non conviene con la tesi, prospettata da una parte della dottrina, secondo cui dalla regola che limita l'applicazione della nuova normativa di tutela ai soli immobili per i quali sia già stato richiesto il permesso di costruire, si dovrebbe desumere, a contrario, l'illiceità del contratto preliminare che programmi il trasferimento di un immobile esistente soltanto "sulla carta".
Questa soluzione è stata avanzata sul rilievo che la delimitazione dell'ambito di applicazione della nuova normativa ai soli casi in cui è stato richiesto il provvedimento abilitativo troverebbe giustificazione nell'intento legislativo di contrastare l'abusivismo edilizio: ratio pubblicistica, quest'ultima, dalla quale dovrebbe desumersi, per ragioni attinenti al regolare funzionamento del mercato immobiliare, la nullità - non già relativa, ma assoluta per illiceità dell'oggetto - del contratto preliminare riguardante un'immobile da costruire, nel caso in cui il relativo permesso non sia stato ancora domandato.
Questa Corte osserva, in senso contrario, come il *D.Lgs. n. 122 del 2005* non giustifica affatto l'interpretazione secondo cui una norma, qual è l'art. 1, comma 1, lett. d), dettata con valenza puramente definitoria al fine di delimitare l'ambito di applicazione delle nuove misure, possa costituire un limite di siffatta portata all'autonomia contrattuale nei rapporti tra costruttore e promissario acquirente.
E' poi da escludere - come la dottrina più avvertita non ha mancato di sottolineare - che la ratio della nuova normativa protettiva dell'acquirente sia quella di contrastare l'abusivismo edilizio. Se l'intento primario del decreto delegato fosse stato quello di predisporre un ulteriore strumento civilistico per la repressione dell'abusivismo edilizio, da affiancare a quello discendente dal *D.P.R. n. 380 del 2001, art. 46* (che sanziona con la previsione della nullità gli atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali su edifici la cui costruzione sia iniziata dopo il 17 marzo 1985, ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria), allora il legislatore avrebbe dovuto, per coerenza sistematica, esigere, come presupposto dell'applicabilità della disciplina, non già la presentazione della richiesta del permesso di costruire, ma l'ottenimento del titolo edilizio.
D'altra parte, la circostanza che il titolo abilitativo non sia stato ancora protocollato agli atti del Comune al momento della stipula del preliminare avente ad oggetto un edificio progettato "sulla carta", ma la cui costruzione non sia ancora iniziata, non significa che le parti vogliano poi trasferire un bene abusivo: in quel momento, se la costruzione del fabbricato non è stata ancora iniziata, non è stato commesso alcun abuso e non è stata violata alcuna disposizione urbanistico - edilizia.
La tesi della incommerciabilità degli edifici da costruire prima della richiesta del permesso non è priva , infine, di inconvenienti.
Essa, infatti, comporterebbe la nullità di un contratto preliminare di permuta del suolo in cambio di un edificio che il costruttore si obbliga a costruire sul terreno che lo vede destinatario della promessa di acquisto (costruttore al quale, tra l'altro, prima della stipulazione, non potrebbe essere rilasciato il permesso di costruire, giacchè questo, ai sensi del *D.P.R. n. 380 del 2001, art. 11* può essere dato esclusivamente al proprietario del suolo o a chi abbia titolo per richiederlo: cfr. Cons. Stato, Sez. 4^, 18 gennaio 2010, n. 144); e la comporterebbe anche in caso, come quello di specie, nel quale le parti non hanno inteso programmare la costruzione e l'acquisto di un immobile abusivo, ma hanno soltanto inteso differire ad un momento successivo l'attivazione delle pratiche per l'ottenimento del titolo edilizio e per la realizzazione di un edificio "nel rispetto delle normative urbanistiche vigenti". 2.6. - Escluso, dunque, che dal *D.Lgs. n. 122 del 2005* discenda, in mancanza di una previsione espressa di divieto, l'impossibilità di stipulare contratti - con effetti meramente obbligatori - aventi ad oggetto edifici "sulla carta", per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire, il Collegio ritiene, peraltro, che non vi siano spazi per un'interpretazione estensiva che, in nome dei principi costituzionali, ricomprenda nell'ambito

definitorio, e quindi applicativo, del citato decreto legislativo il preliminare di vendita di edifici soltanto progettati.
La chiarezza testuale della formula adoperata del *D.Lgs. n. 122 del 2005*, dall'art. 1, comma 1, lett. d), tra l'altro corrispondente alle indicazioni contenute nella *L. 2 agosto 2004, n. 210*, il cui art. 1, comma 1, delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti norme per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità - preclude la possibilità di un'interpretazione adeguatrice.
L'univoco tenore letterale di una norma segna, infatti , il confine in presenza del quale il tentativo di ermeneusi costituzionalmente orientata deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale (cfr. Corte cost., sentenze n. 219 del 2008 e n. 26 del 2010).
2.7. - Sennonchè, un dubbio di legittimità costituzionale che - in relazione alla omogeneità delle fattispecie poste a raffronto e alla ratio complessiva dell'intervento legislativo - mirasse a denunciare, sotto il profilo del principio di ragionevolezza (*art. 3 Cost.*), l'ingiustificato riferimento limitante alla richiesta del permesso di costruire come presupposto per l'attivazione della tutela, non sarebbe nella specie rilevante.
Invero, ciò di cui si controverte è quali siano le conseguenze derivanti dall'inosservanza della prescrizione (di cui al cit.
D.Lgs., art. 6, comma 1, lett. i) che impone - a fini di chiarezza, completezza e precisione del contenuto contrattuale - l'indicazione degli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta o di ogni altro titolo abilitativo.
E' evidente che una tale prescrizione ha un senso in quanto il preliminare abbia ad oggetto un edificio per il quale, nel momento in cui viene stipulato il contratto, sia già stato richiesto il permesso di costruire, mentre sarebbe priva di ratio là dove, appunto, l'edificio oggetto della contrattazione sia soltanto progettato "sulla carta", prima della richiesta del permesso.
2.8. - Sussiste, in conclusione, l'error in iudicando denunciato dalla ricorrente.
Poichè, infatti, al momento della stipulazione del preliminare l'immobile da costruire era esistente soltanto "sulla carta", ma non era ancora stato neppure richiesto il permesso di costruire o presentata la denuncia di inizio di attività, l'immobile negoziato non rientra tra quelli oggetto del presente decreto (per usare l'espressione contenuta nell'incipit dell'art. 6, comma 1), perchè non ricade nell'intervallo temporale che consente di intenderlo "da costruire" ai fini dell'applicazione della normativa introdotta dal *D.Lgs. n. 122 del 2005*.
Alla Corte d'appello era pertanto precluso, versandosi al di fuori dell'ambito oggettivo di operatività del decreto legislativo, interrogarsi sulle conseguenze derivanti dall'inosservanza della norma (art. 6, comma 1, lett. i) che, con riguardo al contenuto minimo del contratto avente ad oggetto un immobile da costruire, prescrive che esso "deve contenere ...gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonchè di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione". 3. - La sentenza impugnata è cassata.
La causa deve essere rinviata ad altra sezione della Corte d'appello di Milano.
Il giudice del rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

**P.Q.M.**

LA CORTE accoglie il ricorso, cassa, la sentenza impugnata e rinvia la causa, anche per le spese del giudizio di cassazione, ad altra sezione della Corte d'appello di Milano.
Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Sezione seconda civile della Corte suprema di Cassazione, il 24 febbraio 2011.

**L'APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA DI TUTELA DEGLI ACQUIRENTI DI IMMOBILI DA COSTRUIRE, E IL PROBLEMA DEGLI IMMOBILI PER I QUALI NON SIA STATO ANCORA RICHIESTO IL PERMESSO DI COSTRUIRE**

Umberto Stefini

cost. art. 3
c.c. art. 1351
c.c. art. 2932
D.Lgs. 20-06-2005, n. 122, art. 1
D.Lgs. 20-06-2005, n. 122, art. 2
D.Lgs. 20-06-2005, n. 122, art. 6
Cass. civ. Sez. II, 10 marzo 2011, n. 5749

**FONTE**

Nuova Giur. Civ., 2011, 10, 955

I. Il caso

Nel 2006, tre privati e una società di costruzioni stipulano un contratto preliminare di permuta tra il terreno edificabile dei privati ed alcune unità immobiliari, da costruire sullo stesso terreno da parte della società, per i quali tuttavia non era stato ancora richiesto al Comune il permesso di costruire. Di fronte al rifiuto dei proprietari del terreno di addivenire alla conclusione del contratto definitivo, la società agisce in giudizio ex *art. 2932 cod. civ.* per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, ma il Tribunale rigetta la domanda di pronuncia costitutiva, e dichiara invece la nullità del predetto preliminare, per il mancato rilascio della fideiussione a favore dell'acquirente dell'immobile da costruire, ai sensi dell'art. 2 del d. legis. 20.6.2005, n. 122 (Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della *L. 2 agosto 2004, n. 210*). La Corte d'Appello conferma la nullità del preliminare, anche se per una ragione diversa, ritenuta pregiudiziale rispetto alla mancanza della fideiussione: non essendo ancora stato chiesto il permesso di costruire, nel contratto mancava l'indicazione degli estremi del titolo abilitativo alla costruzione o della richiesta dello stesso, come previsto espressamente dall'art. 6, comma 1°, lett. i), del d. legis. n. 122/2005.

La Supr. Corte, nella sentenza in commento, cassa la decisione della Corte d'Appello, ritenendo che la disciplina di tutela dell'acquirente di un immobile da costruire, di cui al d. legis. 20.6.2005, n. 122, non si applichi al caso in cui sia venduto o promesso in vendita un immobile "sulla carta", prima della richiesta del permesso di costruire, stante il tenore letterale della definizione di "immobile da costruire" contenuta nell'art. 1, lett. d), del decreto cit.

II. Le questioni

1. Finalità e contenuti della normativa di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Il d. legis. 20.6.2005, n. 122, di attuazione della *legge delega 2.8.2004, n. 210* (Delega al Governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire) ha introdotto una disciplina di tutela per il privato, persona fisica, che concluda con un'impresa edile [il "costruttore", definito all'art. 1, lett. b), del decreto citato] un contratto finalizzato all'acquisto non immediato della proprietà di un immobile da costruire o ancora in corso di costruzione, o di un altro diritto reale sull'immobile medesimo: esigenza di tutela che nasce non soltanto dalla situazione di "asimmetria contrattuale" che vede il privato come parte debole del contratto concluso con l'impresa edile (v. Roppo, 25 ss., 53, infra, sez. IV; in generale, per le citazioni di dottrina, si rimanda alla sez. IV), ma anche dal fatto che questi si sobbarca prestazioni contrattuali, anche gravose, ben prima di acquistare la proprietà dell'immobile (o altro diritto reale sullo stesso), correndo quindi il rischio, in caso di sottoposizione dell'impresa a procedura concorsuale o ad esecuzione forzata sull'immobile da parte dei creditori, per un verso di non conseguire l'acquisto sperato, e per un altro di non riuscire a recuperare quanto già pagato.

Il legislatore ha cioè cercato di offrire una tutela più organica all'acquirente in tutte quelle "operazioni contrattuali" (v. infra, n. 3) che creano un intervallo temporale tra il momento obbligatorio e quello traslativo (cfr. Vettori, 107 s.; D'Arrigo, 917; Palermo, 321 s., tutti infra, sez. IV) dovuto al particolare oggetto della contrattazione [l'"immobile da costruire", come definito all'art. 1, lett. d): "gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità"]; in tali operazioni spesso la causa di finanziamento dell'impresa edilizia – attraverso il denaro corrisposto anticipatamente dall'acquirente – si sovrappone a quella di scambio (v. D'Arrigo, 912, 917; Toschi Vespasiani, 809, infra, sez. IV).

La nuova normativa si inserisce quindi innanzitutto in un trend legislativo – in molti casi di derivazione comunitaria – di tutela della parte debole del contratto (il consumatore ma non solo), che negli ultimi decenni ha trovato espressione, ad esempio, nella disciplina dei contratti del consumatore (*l. 6.2.1996, n. 52*, Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – legge comunitaria 1994), dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali (d. legis. 15.1.1992, n. 50, Attuazione della *direttiva 85/577/CEE* in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali), dei contratti turistici (d. legis. 17.3.1995, n. 111, Attuazione della *direttiva n. 90/314/CEE* concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"), della subfornitura e della multiproprietà (rispettivamente *l. 18.6.1998, n. 192*, Disciplina della subfornitura nelle attività produttive, e d. legis. 9.11.1998, n. 427, Attuazione della *direttiva 94/47/CE* concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili), per arrivare alla disciplina della garanzia per i vizi nella vendita di beni di consumo (d. legis. 2.2.2002, n. 24, Attuazione della *direttiva 1999/44/CE* su taluni aspetti della vendita e delle garanzie di

consumo), dei ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali (d. legis. 9.10.2002, n. 231), del contratto di affiliazione commerciale-franchising (*l. 6.5.2004, n. 129*, Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale), dei contratti di credito ai consumatori [d. legis. 13.8.2010, n. 141, Attuazione della *direttiva 2008/48/CE* relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché modifiche del titolo VI del testo unico bancario (*decreto legislativo n. 385 del 1993*) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi]. Pertanto, il d. legis. n. 122/2005 non dovrebbe forse considerarsi un intervento eccezionale – né per le finalità, né per gli strumenti di tutela adottati –, ma piuttosto il naturale sviluppo dell'idea del riequilibrio delle posizioni contrattuali, in un settore molto delicato come è quello degli acquisti immobiliari (v. Petrelli, Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire, 287, infra, sez. IV; e cfr. infra, n. 4).
D'altra parte, nello specifico settore di riferimento, il decreto vuole completare la tutela offerta all'acquirente di immobili che si obblighi a pagare parti consistenti del prezzo senza ancora aver conseguito la proprietà, ponendosi nel solco già tracciato dalla legge sulla trascrizione del contratto preliminare (*l. 28.2.1997, n. 30*, Conversione in legge, con modificazioni, del *decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669*, recante disposizioni urgenti in materia tributaria, finanziaria e contabile a completamento della manovra di finanza pubblica per l'anno 1997).
Al tempo dell'introduzione della normativa di tutela che si commenta, la trascrizione del preliminare nei contratti di alienazione di immobili (anche da costruire: art. 2645 bis, commi 4°, 5° 6°, cod. civ.), con la sua efficacia "prenotativa", metteva al riparo il promissario acquirente da eventuali atti di disposizione incompatibili dello stesso immobile da parte del promittente alienante, e dagli atti di pignoramento eseguiti dai creditori; tuttavia sicuramente non lo metteva al riparo dai rischi del fallimento del promittente venditore, per la facoltà di recesso dal preliminare riconosciuta al curatore fallimentare dall'*art. 72 l. fall.* Pure il privilegio speciale sull'immobile, riconosciuto al promissario acquirente dall'art. 2775 bis cod. civ. (introdotto dalla *l. n. 30/1997*), a garanzia del credito alla restituzione del corrispettivo già versato, in caso di risoluzione del preliminare o di scioglimento per fallimento del promittente venditore, offriva una garanzia assai labile, per la lunghezza delle procedure fallimentari ed esecutive, per l'incertezza nell'esito degli incanti fallimentari, per il fatto che a ben poco poteva servire il privilegio sull'immobile allorché questo, a causa del fallimento dell'impresa costruttrice, non fosse stato completato [v. Luminoso, voce "Immobili da costruire (tutela degli acquirenti di)", 1; per l'evoluzione della legislazione italiana sul punto, v. Costola, Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la *legge delega 2 agosto 2004, n. 210* (prima parte), 1490 ss., entrambi infra, sez. IV].
Senza contare che la trascrizione del preliminare ha avuto nella prassi una diffusione inferiore alle aspettative, sia per la frequente volontà delle parti di non rendere pubblico, per ragioni fiscali, il prezzo reale del trasferimento, sia per i costi derivanti dall'intervento notarile e dal pagamento delle imposte di registro e di trascrizione (v. ancora Costola, Verso nuove forme di tutela, 1494).
Sulla linea quindi anche di esperienze straniere quale quella francese (dove il Code de la construction et de l'habitation del 1967, agli artt. da 261-1 a 261-22, disciplina espressamente la vendita di immobili da costruire, con ben altro rigore ed efficacia della tutela offerta all'acquirente: v. Vella, 621; Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, 7 ss.; Aricò, 160 ss., infra, sez. IV), il legislatore italiano è giunto a dettare una disciplina che tuttavia appare ancora piuttosto parziale, e fallisce l'obiettivo – che pure risulta dall'art. 3, comma 1°, lett. a) della legge delega – di assicurare una "equa ed adeguata tutela dei diritti dell'acquirente" (v. Toschi Vespasiani, 821 s.).
Senza scendere nel dettaglio, e rinviando agli studi specifici sul tema (v. infra, sez. IV), si prevede innanzitutto (artt. 2 e 3) l'obbligo per il costruttore di mettere a disposizione dell'acquirente, all'atto della stipulazione del contratto o precedentemente, una fideiussione bancaria o assicurativa, a prima richiesta, e senza possibilità di prevedere il beneficio della preventiva escussione, volta a garantire all'acquirente la restituzione di tutte le somme e corrispettivi di qualsiasi genere da questi versati fino al momento del trasferimento della proprietà dell'immobile, con possibilità di escutere la garanzia al verificarsi di una "situazione di crisi" del costruttore come definita all'art. 1, comma 1°, lett. c) del decreto (procedure concorsuali, esecuzione forzata sull'immobile oggetto del contratto); in mancanza, è prevista espressamente la sanzione della nullità relativa, da farsi valere esclusivamente dall'acquirente, dell'intero contratto d'acquisto (v. Zoppini, 118 ss.; Zabban, 126 ss.; Rizzi, 438 ss.; D'Ambrosio, 605 ss., infra, sez. IV).
Si prevedono poi: l'obbligo per l'alienante, al momento del successivo trasferimento della proprietà, di contrarre una polizza assicurativa indennitaria a beneficio dell'acquirente, a copertura dei danni (da rovina e gravi difetti) all'immobile e ai terzi, al cui risarcimento possa essere tenuto il costruttore ai sensi dell'*art. 1669 cod. civ.* (c.d. "decennale postuma"), e di consegnarla all'acquirente stesso (art. 4); il diritto, a favore dell'acquirente, di prelazione all'acquisto dell'immobile, purché destinato ad abitazione, in caso di vendita forzata, nell'esecuzione individuale o concorsuale sullo stesso (art. 9); limiti all'operatività della revocatoria fallimentare, sempre in relazione ad atti di alienazione di immobili destinati a casa d'abitazione (art. 10); in caso di mutuo fondiario ipotecario contratto dal costruttore, l'obbligo per l'alienante di procedere al frazionamento del finanziamento in quote, e alla predisposizione di un titolo per la cancellazione o il frazionamento della relativa ipoteca, a seconda che l'acquirente si accolli o meno una quota del mutuo (artt. 7, 8).
Infine, all'art. 6 (forse la norma più discussa del decreto), si prevede una serie di contenuti e di allegazioni obbligatorie del contratto volto al trasferimento dell'immobile da costruire, utili alla miglior determinazione dell'oggetto del contratto, in specie delle obbligazioni assunte dal costruttore; ma la norma prevede anche l'inserimento di menzioni utili per la trascrizione, nonché la menzione degli estremi dei titoli abilitativi alla costruzione (con finalità però diverse rispetto alla prevenzione dell'abusivismo edilizio, che sorregge l'obbligo delle menzioni urbanistiche di cui all'art. 46 del t.u. dell'edilizia; in questo caso la finalità è sempre quella di protezione dell'acquirente e di verifica del programma edificatorio: v. Petrelli, Il contenuto minimo, 325 s.; Rizzi, 451). Il tutto però senza la minima indicazione della sanzione che consegue all'inosservanza di tali prescrizioni contenutistiche (a differenza della nullità per mancanza della fideiussione,

espressamente prevista all'art. 2).
Sotto quest'ultimo aspetto, la dottrina si è sbizzarrita nel ricostruire le possibili conseguenze della mancanza delle menzioni previste come obbligatorie (i contratti oggetto della disciplina "devono contenere", dice il primo comma dell'art. 6): e la decisione in commento è molto interessante per il richiamo all'impugnata sentenza della Corte d'Appello di Milano del 17.12.2009 (ined.), che è la prima a pronunciarsi sul tema, optando per la nullità del contratto.
La tesi peraltro della nullità "di protezione" (virtuale ex art. 1418, comma 1°, cod. civ., ancorché relativa) del contratto mancante di uno dei contenuti previsti, in quanto in contrasto con una norma imperativa che, nel tutelare l'acquirente, risponderebbe all'interesse generale al buon andamento del mercato immobiliare (v. Petrelli, Il contenuto minimo, 307 ss., peraltro in modo articolato; possibilista è pure D'Ambrosio, 611) è stata contestata dalla dottrina prevalente, che ritiene invalido il contratto solo quando la mancanza delle menzioni renda indeterminato l'oggetto, o induca in errore essenziale l'acquirente, considerando tra l'altro che molte delle menzioni previste hanno carattere formale ed accessorio, e che la nullità finirebbe col penalizzare l'acquirente (v. Luminoso, Sulla predeterminazione legale, 724 ss., infra, sez. IV; Rizzi, 450; De Cristofaro-Costola, 1012, infra, sez. IV; Toschi Vespasiani, 818 ss.; Palermo, 325). Le soluzioni proposte sono state quindi quelle di configurare una responsabilità precontrattuale del costruttore per violazione dell'obbligo di informazione (soprattutto Rizzi, 450 s.) o contrattuale per inadempimento (Luminoso, Sulla predeterminazione legale, 728), o addirittura di individuare un obbligo di integrazione del contratto incompleto o di rinegoziazione, che trarrebbe la sua fonte nella legge ai sensi degli artt. 1374 e 1375, e che legittimerebbe l'acquirente a chiedere, in mancanza, la risoluzione del contratto e il risarcimento dei danni (v. ancora Luminoso, Sulla predeterminazione legale, 729; Toschi Vespasiani, 819; D'Ambrosio, 614).

2. Finalità del decreto e ambito soggettivo di applicazione. L'art. 6 è in effetti sintomatico di quelli che sono i vizi più profondi dell'intera disciplina: non soltanto sono opinabili gli strumenti di tutela prescelti (non si impone la forma dell'atto pubblico, al contrario di quanto avviene nella legislazione francese; la fideiussione che l'alienante deve procurarsi si traduce inevitabilmente in un aggravio dei costi d'acquisto addossati all'acquirente; le disposizioni si prestano a interpretazioni formalistiche o letterali, che possono portare a declaratorie di nullità che possono pregiudicare, anziché favorire, la parte debole del contratto: v. Toschi Vespasiani, 822; Luminoso, Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire, 717), ma le infelici scelte redazionali sollevano anche più di un dubbio interpretativo, con riguardo tra l'altro alla vera ratio della normativa.
A prescindere dal fatto che il contenuto vincolato risponda ad un'esigenza di informazione del contraente debole, utile a superare l'asimmetria informativa tra il costruttore (che è un imprenditore che agisce nell'esercizio della sua attività di impresa) e l'acquirente, che è un privato persona fisica, come tale poco esperto (in questo senso, tra gli altri, De Cristofaro-Costola, Le misure di protezione degli acquirenti degli edifici da costruire, 1111), o che, piuttosto, la finalità sia quella di assicurare la maggiore completezza, precisione e determinatezza del contenuto del contratto – in particolare della prestazione del costruttore – vietandone la determinabilità per relationem ed evitando di rimettere l'esecuzione del contratto stesso a clausole generali come quella di buona fede (così Petrelli, Il contenuto minimo, 291 ss., spec. 294; Luminoso, Sulla predeterminazione legale, 719 s.), resta il dubbio più generale di quale sia la finalità sottesa all'intera disciplina, e conseguentemente l'ambito soggettivo di applicazione del decreto.
Se infatti si ritiene che il legislatore abbia voluto offrire una tutela in ogni caso in cui ci si induca a concludere un'operazione negoziale avente ad oggetto un immobile da costruire o in corso di costruzione, e che abbia come effetto un trasferimento del diritto differito rispetto al momento della stipulazione e del prodursi degli effetti obbligatori, l'esigenza di tutela si deve ricavare dal tipo di effetti prodotti, non dalla qualificazione soggettiva dell'acquirente: non a caso, si dice, l'art. 1, lett. a), nel definire l'acquirente parla genericamente di "persona fisica", senza specificare che essa debba agire "per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale eventualmente svolta" (così l'art. 3, comma 1°, lett. a) del codice del consumo). La tutela sarebbe offerta, in sostanza, anche all'imprenditore o al professionista che si trovino a stipulare negozi rientranti nell'ambito oggettivo di applicazione del decreto (v. infra, n. 3), e che per ciò stesso vengono a trovarsi nella condizione di "parte debole" del contratto – esposta al rischio di abusi, inadempienze e situazioni di crisi del costruttore – pur non essendo "consumatori" (cfr. Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, 40 ss.; D'Arrigo, 915 ss.; Vettori, 105 s.; Palermo, 319 ss.). L'acquisto del bene-casa sarebbe tutelato in via esclusiva solo dove detto espressamente, ovvero in materia di diritto di prelazione nell'acquisto e di limiti alla revocatoria fallimentare (artt. 9, 10 del decreto).
Viceversa, altra parte della dottrina (oggi maggioritaria) ritiene di dover interpolare la definizione di acquirente in via interpretativa, dando insomma un'interpretazione restrittiva ("in senso forte", in quanto comunque contra litteram: v. infra, n. 4) della disciplina, che si dovrebbe applicare solo all'acquirente che agisca al di fuori di un'attività imprenditoriale o professionale: la ratio sarebbe quella di tutelare il consumatore in un settore particolarmente a rischio quale è quello degli acquisti immobiliari con effetto reale differito, in cui il privato pur di acquistare un bene primario come la casa si potrebbe indurre a stipulare contratti molto rischiosi, con obblighi a carico del costruttore tratteggiati in modo approssimativo ed evanescente, e con la previsione di forti anticipi sul prezzo, che lo lasciano indifeso in caso di fallimento dell'alienante. La normativa tutelerebbe insomma l'acquirente come consumatore, favorendo l'accesso del risparmio alla proprietà dell'abitazione, come previsto dalla Costituzione all'art. 47; né potrebbe spiegarsi la discriminazione che, a voler ritenere altrimenti, si creerebbe tra l'impresa individuale – cui sarebbe consentito avvalersi delle tutele – e l'impresa collettiva, che non avrebbe diritto alla tutela in quanto non "persona fisica" (v. Rizzi, 434; De Cristofaro-Costola, 1009 s., che però non ritengono indispensabile la destinazione ad uso abitativo, ma prevedono che l'acquirente-consumatore possa acquistare l'immobile per concederlo in godimento a terzi o per adibirlo ad un uso diverso, comunque estraneo alla sua attività

professionale o imprenditoriale; Luminoso, Sulla predeterminazione legale, 715 s.; Id., voce "Immobili da costruire", 3, ove la finalità della normativa viene individuata nella protezione del risparmio della famiglia, che viene investito nell'operazione immobiliare).
Forse, visto il tipo di tutela offerto, che consiste anche negli accennati vincoli contenutistici, e non solo nella garanzia della restituzione delle tranches di prezzo già versate in caso di "crisi" del costruttore, appare preferibile la lettura restrittiva: il contraente debole merita di essere difeso in modo così penetrante proprio perché è un soggetto che investe i propri risparmi in un acquisto molto oneroso, che è spesso poco esperto di contrattazione immobiliare, e che per questa sua condizione può trovarsi in balia del potere contrattuale del costruttore (cosa che non accade in genere al professionista o all'imprenditore). Il d. legis. n. 122/2005 può quindi a buon diritto essere ricompreso tra le norme che il nostro ordinamento detta a tutela del consumatore.

3. L'ambito oggettivo di applicazione. Discusso è altresì l'ambito oggettivo di applicazione del decreto, anche per una serie di ulteriori imprecisioni redazionali che sollevano più di un dubbio circa la reale area di operatività della normativa (oltre alla definizione di immobile da costruire, su cui si pronuncia la sentenza in commento, si veda, a tacer d'altro, la rubrica dell'art. 6, che parla di Contenuto del contratto preliminare, in contrasto con il corpo dell'articolo medesimo, dove si parla di "contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi dell'art. 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto").
Sembra che l'intento del legislatore sia stato quello di individuare non singoli tipi contrattuali cui si applichi la nuova disciplina, ma un'intera tipologia di negozi, ad essa assoggettati in ragione dell'effetto che essi producono (la dilazione dell'effetto traslativo della proprietà o del diritto reale di godimento, e la contestuale immediata assunzione di obbligazioni a carico del costruttore e del privato) e dei caratteri del bene dedotto in contratto (l'immobile da costruire): sembra insomma che il decreto prenda in considerazione qualsiasi "operazione negoziale" atta a produrre quel tipo di effetto [come chiariscono gli artt. 1, lett. a) e b), e 5], e la voluta indeterminatezza – unita ad alcuni riferimenti specifici di natura esemplificativa e chiarificatrice (l'assegnazione di immobili da costruire da parte delle cooperative edilizie, il leasing immobiliare) – non può che condurre ad un'interpretazione estensiva orientata teleologicamente al rispetto della ratio di tutela che sorregge l'intervento, per non frustrarne gli obiettivi attraverso interpretazioni letterali e formalistiche (v. D'Ambrosio, 605; Toschi Vespasiani, 809 s.; D'Arrigo, 917 ss.; Vettori, 107 s.; Luminoso, voce "Immobili da costruire", 2 s.; v. anche infra, n. 4, con riguardo alla nozione di "immobile da costruire"). Del resto, è lo stesso art. 2 del decreto, in materia di fideiussione, ad usare una formula molto generica, che tradisce la volontà di agevolare un'interpretazione quanto più possibile estensiva (si parla di un "contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire, o di un atto avente le medesime finalità"); con la precisazione che il bene oggetto dell'operazione negoziale deve essere sempre un immobile da costruire o in corso di costruzione, e quindi deve esserci da parte del costruttore l'assunzione di un obbligo di edificare ex novo o di completare la costruzione (ma l'attività edificatoria viene estesa interpretativamente fino a ricomprendere anche quelle ristrutturazioni che incidono profondamente sull'identità degli immobili, portandone ad una vera trasformazione, totale o parziale: v. Rizzi, 442): solo l'assunzione di quest'obbligo, con la considerazione dell'immobile in chiave per così dire "dinamica", e con i rischi che tutto ciò comporta, rende infatti deteriore la posizione dell'acquirente, al punto da giustificare la normativa di tutela.
Rientrano quindi sicuramente nell'ambito di applicazione delle tutele sopra descritte i contratti preliminari di vendita (o di ogni altro atto dispositivo) aventi ad oggetto immobili da costruire, così come gli atti dispositivi aventi ad oggetto l'edificio futuro: insomma tutti quei contratti, ad effetti obbligatori o ad effetti reali differiti, comunque finalizzati all'acquisto dell'immobile da costruire (va ricompreso anche il caso del patto di opzione con cui l'acquirente si sia riservato il diritto potestativo di concludere il contratto traslativo dell'immobile da costruire, mentre il costruttore ha già prestato il suo consenso definitivo; o il caso dell'atto dispositivo in cui l'effetto reale è soggetto a termine o condizione).
Vi rientrano, per espressa previsione di legge, il leasing immobiliare (dove le tutele vengono naturalmente concesse all'utilizzatore del bene, non certo alla società di leasing) e l'assegnazione di alloggi da parte delle cooperative edilizie, sempre aventi ad oggetto immobili da costruire.
Vi rientrano, naturalmente, i contratti di permuta del suolo contro appartamenti da costruire (v. Caccavale, 57 ss., infra, sez. IV); le alienazioni di immobili "al rustico" ma considerati in prospettiva "dinamica", cioè con assunzione da parte del costruttore alienante dell'obbligazione di completare o ristrutturare, e la previsione del trasferimento all'acquirente solo dell'immobile completato o ristrutturato; l'appalto c.d. "traslativo", avente ad oggetto la costruzione di un edificio su suolo dell'appaltatore, con trasferimento della proprietà al momento dell'accettazione dell'opera, sia che in esso si veda un collegamento negoziale tra un appalto e una vendita, sia che – come sembra ritenere la più moderna dottrina – vi si veda un unico contratto d'appalto, cui l'autonomia privata riconduce, in deroga al suo contenuto tipico, il prodursi di effetti reali (v., per la stessa impostazione in materia di mandato senza rappresentanza ad alienare, Luminoso, Mandato, commissione, spedizione, 247 ss., infra, sez. IV).
La normativa è altresì applicabile, visto il generico riferimento ad ogni altro "atto avente le medesime finalità", agli atti traslativi a struttura unilaterale, ove se ne ammetta l'ammissibilità, magari sorretti da una "causa esterna", aventi ad oggetto comunque immobili da costruire (così Vettori, 108; D'Arrigo, 920).
Dubbia è invece l'applicazione del decreto a quei contratti finalizzati all'acquisto di un immobile da costruire, ma in cui medio tempore viene comunque riconosciuto qualche diritto all'acquirente: si pensi all'alienazione al costruttore di un suolo edificabile con riserva del diritto di superficie relativo ad uno o più piani, e obbligo del costruttore di realizzare le relative unità immobiliari; all'alienazione di una quota indivisa del suolo edificabile, con precostituzione del condominio sull'edificio che il costruttore si impegna a costruire; alla vendita di immobile da costruire con clausola di acquisto

progressivo dell'unità immobiliare; e via dicendo. Dalla disciplina della fideiussione dettata dagli artt. 2 e 3 del decreto, si vede che la garanzia cessa quando si realizza il trasferimento della proprietà (o del diverso diritto reale oggetto del contratto), e da ciò si evince che la tutela viene riconosciuta se ed in quanto l'acquirente abbia già pagato parte del corrispettivo, senza che si sia ancora verificato il trasferimento dell'immobile in suo favore. Al contrario, nelle ipotesi appena viste, l'acquirente acquista la proprietà (o la proprietà superficiaria, o la proprietà pro quota) sull'immobile a mano a mano che questo viene ad esistenza: sembra dunque che si sia al di fuori dell'ambito di applicazione del d. legis. n. 122/2005 (v. Luminoso, voce "Immobili da costruire", 2 s.; nel senso invece dell'applicabilità della normativa anche a queste ipotesi: D'Arrigo, 920; Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, 72 ss.).
Infine, sono sicuramente da escludere dall'applicazione della disciplina, gli atti dispositivi aventi ad oggetto immobili "al rustico" considerati in una prospettiva per così dire "statica", con immediato trasferimento della proprietà: non sorgono le ricordate esigenze di tutela perché l'effetto reale è immediato, e questo sia nell'ipotesi in cui il costruttore si assuma l'obbligo di completare o ristrutturare l'immobile a sue spese (per le ragioni viste sopra: v. Luminoso, voce "Immobili da costruire", 2), sia, a maggior ragione, se l'immobile è da completare a cura e spese dell'acquirente (v. pure Ticozzi, 117 ss.).
Non sono sicuramente sottoposti alla normativa, inoltre, i contratti non finalizzati all'acquisto della proprietà dell'immobile da costruire, ma ad effetti esclusivamente obbligatori: si pensi all'appalto avente ad oggetto la costruzione dell'immobile su suolo dell'acquirente, immobile che viene acquistato progressivamente a titolo originario, e che proprio per questo non fa sorgere le più volte ricordate esigenze di tutela (v. per tutti Luminoso, voce "Immobili da costruire", 3). Né, naturalmente, ricadono sotto la disciplina in esame gli atti di liberalità, sia per il divieto di donazione di beni futuri (nei limiti in cui possa essere considerato tale l'immobile da costruire), sia perché l'acquirente, non dovendo anticipare alcunché, non necessita della tutela approntata dal decreto (v. Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, 55 ss.; D'Arrigo, 921).

4. L'interpretazione della definizione di "immobili da costruire": il problema degli immobili per i quali non è stato ancora chiesto il permesso di costruire. Come detto, l'ambito oggettivo di applicazione della normativa non è delimitato solo in ragione degli effetti prodotti dal negozio, ma anche del particolare bene che forma l'oggetto c.d. "mediato" del negozio medesimo: l'immobile da costruire, come definito all'art. 1, lett. d) ("gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità").
La contrattazione sull'immobile da costruire è insomma contrattazione su bene futuro, genericamente ammessa dall'*art. 1348 cod. civ.*, con la particolarità però che è lo stesso legislatore a prevedere quale sia il momento della venuta ad esistenza del bene (e quindi del trasferimento della proprietà o di altro diritto, con cessazione dell'efficacia della fideiussione rilasciata, ai sensi dell'art. 3 d. legis.): questo momento coincide con quello in cui l'immobile si viene a trovare in uno stato tale da consentire il rilascio del certificato di agibilità (che, secondo gli *artt. 24 e 25 del d.p.r. 6.6.2001, n. 380*, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, richiede il completamento dell'edificio).
Fino ad oggi quest'ultima era la disposizione che aveva creato maggiori problemi agli interpreti, vuoi per l'incertezza del criterio scelto, che può rendere opportuno procedere ad una perizia da parte di un tecnico, da allegare all'atto, o ad una dichiarazione dello stesso costruttore, magari nella forma dell'atto sostitutivo dell'atto notorio (v. Rizzi, 438), vuoi soprattutto perché il criterio adottato sovente in giurisprudenza, in materia di vendita di cosa futura, e recepito dall'art. 2645 bis, comma 6°, cod. civ. sulla trascrizione del preliminare, è quello di reputare come venuta ad esistenza del bene la realizzazione del solo "rustico", comprensivo delle mura perimetrali delle singole unità, e della copertura. Quindi, se si dispone di un bene al rustico (considerato in prospettiva "dinamica": v. supra, n. 3), non ancora completato, la nuova disciplina sarà senz'altro applicabile, ed il momento del trasferimento della proprietà sarà differito a quello del completamento dell'edificio, che solo consente il rilascio del certificato di agibilità (v. Luminoso, voce "Immobili da costruire", 3 s.).
La sentenza in commento si occupa però di un altro problema, quello cioè della possibilità di intendere quale immobile da costruire anche quello esistente solo "sulla carta", a livello di progetto, ma per il quale, contrariamente a quanto previsto nella definizione dell'art. 1, non sia stato ancora richiesto il provvedimento abilitativo alla costruzione (o, come ritiene l'unanimità degli interpreti, per il quale non sia stata presentata la denuncia d'inizio attività, nei casi in cui questa è sufficiente ai fini della regolarità urbanistica, ai sensi dell'art. 22, comma 3°, del t.u. dell'edilizia).
Si tratta naturalmente di un problema di interpretazione della definizione: definizione che ha natura "stipulativa", entra cioè a pieno titolo nel discorso legislativo, dettando in questo caso norme sull'ambito di applicazione della disciplina (cfr. Belvedere, Il problema delle definizioni nel codice civile, 66 ss., 161 ss.; Dellacasa, Sulle definizioni legislative nel diritto privato, passim, e, con specifico riferimento alla "legislazione speciale", 119 ss.; Tarello, 153 ss.; Guastini, Teoria e dogmatica delle fonti, 3 ss., tutti infra, sez. IV).
Sul punto, prima ancora di questo caso giurisprudenziale, la dottrina si è divisa sostanzialmente su tre distinte posizioni.
La prima impostazione, fortemente rigoristica e limitativa dell'autonomia privata, ritiene che la contrattazione su immobili da costruire, prima della richiesta del permesso di costruire, sia nulla per illiceità dell'oggetto, il quale contrasterebbe con le norme imperative volte ad impedire l'abusivismo edilizio (contenute oggi nel t.u. dell'edilizia, nel caso di specie si ha riguardo all'art. 46), tra le quali dovrebbe farsi rientrare anche la suddetta definizione, che confermerebbe la sostanziale illiceità del trasferimento di un immobile in assenza del provvedimento abilitativo alla costruzione; tra l'altro questa tesi sarebbe confermata dal fatto che l'art. 6, nel fissare i contenuti obbligatori del contratto, richiede espressamente, alla lettera i) del comma 1°, l'indicazione degli "estremi del permesso di costruire o della sua richiesta se non ancora rilasciato, nonché di ogni altro titolo, denuncia o provvedimento abilitativo alla costruzione" (v. Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, 27; Vettori, 106 s.).

Questa tesi non convince, ed è infatti criticata dalla stessa sentenza in commento.
Innanzitutto, una norma così limitativa dell'autonomia privata, quale riconosciuta in via generale dall'*art. 1322 cod. civ.*, ed in deroga alla regola che vuole i beni futuri passibili di formare oggetto di un valido contratto, "salvi i particolari divieti della legge" (*art. 1348 cod. civ.*), dovrebbe essere espressa chiaramente; invece, dal punto di vista dello stretto rigore interpretativo, tale divieto non può in alcun modo ricavarsi dalla definizione suddetta. Si ricorda che l'argomento a contrario può condurre o ad una lacuna da colmare, o all'applicazione di una norma diversa, sotto la quale va a ricadere la fattispecie esclusa dal raggio di applicazione della norma interpretata, e che quindi previene il formarsi della lacuna: non può certo valere a creare una nuova norma, perché così si va oltre la semplice attività interpretativa (così Guastini, Teoria e dogmatica delle fonti, 263).
Anche ragionando sulla ratio del d. legis. n. 122/2005 (v. supra, nn. 1-2), non sembra affatto che tra le finalità avute di mira dal legislatore ci sia stata quella di reprimere l'abusivismo edilizio. Anzi, semmai il fatto che si richieda la semplice richiesta del permesso di costruire, e non il suo effettivo rilascio, depone in senso diametralmente opposto: per assurdo, sarebbe consentita la commercializzazione di un immobile da costruire difforme dagli strumenti urbanistici, solo per il fatto che è stato richiesto il permesso di costruire (anche se si ha la certezza che questo non sarà mai rilasciato).
Il decreto prende in considerazione espressamente solo gli immobili per i quali è stato richiesto il permesso, solo perché, nella prassi, è frequente che oggetto di contrattazione siano immobili per i quali sussiste un progetto edificatorio serio, già sottoposto al vaglio dei competenti uffici comunali: ma non si vuole affatto vietare la contrattazione "sulla carta" per reprimere l'abusivismo, visto peraltro che, anche se non è stato chiesto il provvedimento abilitativo, non è detto che le parti abbiano intenzione di realizzare un abuso; ed anzi possono semplicemente volere anticipare l'atto dispositivo sul bene futuro, proprio come accade qualora si permuti il suolo con l'edificio da costruire (il permesso, come nel caso sottoposto al vaglio del giudice di legittimità, sarà chiesto in un secondo tempo dall'impresa costruttrice, senza che questo sottintenda alcun illecito). Insomma, come giustamente sottolinea la Corte, quando si dispone di un immobile da costruire prima del rilascio del titolo abilitativo alla costruzione, non è stato ancora realizzato nessun abuso e non è stata violata alcuna norma urbanistica.
Infondato è poi l'ulteriore argomento utilizzato dal S.C., secondo cui, vietando la commercializzazione prima della richiesta di permesso, si vieterebbe di fatto ogni contratto di permuta del suolo con l'edificio da costruire, visto che il permesso può essere chiesto solo da colui che è proprietario del suolo, e prima dell'atto l'impresa costruttrice non è tale: in realtà il permesso, come spesso accade, potrebbe essere richiesto dal proprietario del terreno prima della stipula del contratto di permuta, per poi essere volturato all'impresa costruttrice, successivamente alla conclusione del contratto.
La seconda tesi, che trova ampio seguito in dottrina, e cui aderisce anche la sentenza in commento, è quindi che la contrattazione prima della richiesta del permesso sia perfettamente lecita, ma che, interpretando letteralmente l'art. 1, lett. d), del decreto, ad essa non si possa applicare la descritta disciplina di tutela dell'acquirente (v. Luminoso, voce "Immobili da costruire", 3 e Ticozzi, 114 ss., che non mancano di evidenziare l'irragionevolezza della soluzione adottata dal legislatore; D'Arrigo, 923 s.).
Ponendo l'accento sul disposto dell'art. 5 (la disciplina si applica agli immobili "per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto"), che in realtà è una norma sull'efficacia temporale della nuova disciplina (v. Relazione governativa, sub art. 5, che si trova pubblicata in La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, a cura di Sicchiero, 354 ss., infra, sez. IV) e valorizzando la lettera della definizione, si sostiene che l'argomento a contrario consente di ritenere esclusa dall'ambito di applicazione della disciplina la contrattazione "sulla carta", che quindi rimarrebbe assoggettata solo ai normali rimedi sinallagmatici e alle tutele dell'acquirente previste per la vendita in generale (garanzia per vizi ed evizione, tra l'altro estesa oggi dalla giurisprudenza al contratto preliminare), oltre che eventualmente alle norme sulla trascrizione del preliminare, o sul diverso contratto in concreto concluso (ad esempio, si pensi all'acquisto di un appartamento da costruire in multiproprietà, che resterà assoggettato alle tutele di cui al d. legis. 9.11.1998, n. 427).
L'argomento a contrario viene qui utilizzato per giustificare l'interpretazione letterale rispetto ad altre possibili, e quindi limitare l'applicazione della normativa: nel caso di contrattazione su immobili da costruire prima ancora della richiesta del permesso di costruire, non sarebbe possibile riconoscere all'acquirente le tutele del d. legis. n. 122/2005 (sui possibili utilizzi dell'argomento a contrario, cfr. Guastini, Teoria e dogmatica delle fonti, 265 ss.). Ciò sarebbe infatti il frutto di una precisa scelta del legislatore, che avrebbe inteso scoraggiare questo tipo di contrattazione, valorizzando l'autoresponsabilità dell'acquirente: escludendo cioè che questi possa valersi della tutela qualora si vada ad avventurare in un'operazione molto rischiosa, "assecondando un maggiore intento speculativo", o semplicemente qualora sappia di assumersi un rischio maggiore e le sue aspettative all'acquisto siano più flebili (così D'Arrigo, 923; cfr. Caccavale, 69 s., che giunge persino a distinguere il caso in cui ci sia "propensione ad accettare rischi di irrealizzabilità dei programmi" dell'acquirente, dal caso in cui, nonostante si contratti su un immobile per il quale non è stato ancora chiesto il permesso di costruire, una tale propensione al rischio non ci sia, perché per esempio il contratto sia condizionato risolutivamente al mancato rilascio del permesso stesso: ed in quest'ultima ipotesi la normativa di tutela dovrebbe, paradossalmente, applicarsi).
A me sembra che si tratti di tentativi vani di trovare una ratio ad una esclusione che resta in realtà inspiegabile (v. Luminoso, Sulla predeterminazione legale, 716 s.; Ticozzi, 115 s.): rimarrebbe priva di tutele proprio la contrattazione più rischiosa per l'acquirente, quella cioè in cui la serietà del progetto edificatorio non è ancora corroborata dalla richiesta del titolo abilitativo. La tesi di una precisa scelta legislativa mi sembra francamente insostenibile: un conto è accedere alla tesi (sopra confutata) dell'illiceità; ma dire che rendendo più rischiosa e priva di tutele l'operazione per colui che è già la parte debole del contratto, si disincentivi il ricorso alla stessa, mi sembra un assurdo logico, prima ancora che giuridico.
Si lascerebbe l'acquirente indifeso, proprio quando ha più bisogno della tutela offerta dalla normativa: quando cioè c'è un

maggior rischio di indeterminatezza negli obblighi assunti dal costruttore, e c'è un maggior rischio che l'intervento edilizio non vada a buon fine e non si verifichi quindi l'agognato acquisto immobiliare. Senza contare che l'acquirente rimarrebbe esposto agli abusi del costruttore, che potrebbe volutamente anticipare la stipulazione del contratto rispetto alla richiesta del permesso di costruire, ritardandone la richiesta, al fine di non far scattare le tutele previste dal d. legis. n. 122/2005 (v. ancora Luminoso, Sulla predeterminazione legale, 717; Toschi Vespasiani, 813; oltre che la sentenza di merito della Corte d'Appello di Milano del 17.12.2009, cassata dal S.C. nella decisione in commento).
La verità è che probabilmente il legislatore, come spesso accade, purtroppo, nella produzione legislativa degli ultimi anni, ha redatto la norma in modo superficiale, subendo l'eco inconscia della normativa urbanistica, e non pensando che si potesse dare il caso di contrattazione su immobili da costruire ancora nella fase del semplice progetto non depositato in Comune. Lo dimostra peraltro la dottrina quasi unanime che non manca di rilevare l'assoluta irragionevolezza della distinzione tra immobili per cui è stato richiesto il permesso di costruire ed immobili per i quali non è stato (ancora) richiesto.
Ecco perché mi sembra si debba aderire ad una terza opzione interpretativa, che fa leva sulla ratio che sorregge la normativa, per estenderne l'ambito oggettivo di applicazione alla contrattazione "sulla carta", andando oltre la lettera della definizione dell'art. 1 [cfr. Toschi Vespasiani, 813; naturalmente la normativa va estesa in quanto compatibile: è ovvio che non potrà richiedersi la menzione in atto degli estremi del permesso di costruire non ancora richiesto, come invece impone l'art. 6, comma 1°, lett. i), che viene sofisticamente richiamato dalla Corte per corroborare la sua tesi]. La prevalente dottrina non manca infatti di rilevare, in generale, come il decreto, che come detto presenta diverse incongruenze redazionali, debba interpretarsi teleologicamente, andando oltre l'interpretazione letterale, che condurrebbe ad un formalismo deteriore per la posizione dell'acquirente (v. Toschi Vespasiani, 812; D'Ambrosio, 605, spec. nt. 2).
Già peraltro all'art. 12, comma 1°, delle Preleggi, la "intenzione del legislatore" (ossia la ratio legis) viene posta in combinazione con la lettera della norma (il senso fatto palese "dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse"), come criterio per comprendere il significato della disposizione (v. Belvedere, Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni, 560 s.).
Così interpretando la definizione di immobili da costruire, e quindi la norma sull'ambito oggettivo di applicazione del decreto, si va forse oltre la comune interpretazione estensiva – che si traduce nella scelta di quello più comprensivo tra i molteplici significati di una disposizione, per ricomprendervi la fattispecie concreta oggetto di valutazione (v. Belvedere, Interpretazione estensiva e analogia, 561) – per sconfinare in qualcosa d'altro. O si ritiene che in questo modo, andando oltre il limite della compatibilità con il testo legislativo, si ecceda la comune attività interpretativa in senso stretto, e si faccia invece un'applicazione analogica della norma, applicandola a casi in essa non previsti, in base all'argomento a simili (v. Tarello, 350 ss.; Guastini, Teoria e dogmatica delle fonti, 267 ss., 299, che pone l'accento sulla sua natura di argomento "produttivo" di diritto, in quanto si crea una norma nuova, previa identificazione della ratio della norma stessa); oppure, forse più esattamente, si può parlare di un'interpretazione estensiva "forte", che va oltre il significato letterale della norma, ma che non è ancora propriamente analogia, visto che non si ha una lacuna dell'ordinamento da colmare (semplicemente i contratti immobiliari precedenti la richiesta di permesso di costruire rimarrebbero assoggettati alla disciplina contrattualistica ordinaria, anziché al regime di tutela del d. legis. n. 122/2005), e – più che all'argomento a simili – si fa ricorso al c.d. argomento teleologico, improntato cioè al rispetto delle finalità che la disposizione mira a realizzare (v. per questa elaborazione Belvedere, Interpretazione estensiva e analogia, 564 ss.; sull'argomento teleologico, Tarello, 370 s.).
Questa interpretazione estensiva "forte" sicuramente opera una correzione del tenore letterale della disposizione: ma, a ben vedere, si tratta della medesima correzione che la prevalente dottrina fa, con un'interpretazione questa volta "restrittiva forte", quando interpreta la definizione di "acquirente" persona fisica come riferibile esclusivamente alla persona fisica che non agisce nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale (limite che la norma letteralmente non pone: v. supra, n. 2).
In ogni caso, sia che si tratti di interpretazione analogica, sia che si tratti di interpretazione estensiva "forte", ci si deve porre il problema dei limiti dell'*art. 14 delle Preleggi*, e precisamente il problema della natura eccezionale della normativa (v. Belvedere, Interpretazione estensiva e analogia, 577): ma già si è detto che il decreto si inquadra in un ormai assai nutrito trend legislativo di tutela del contraente debole, che – sia quanto alle finalità, sia quanto agli strumenti utilizzati, tra cui quello della nullità "di protezione" – non consente a mio avviso di vedere nulla di eccezionale nella tutela approntata a favore di un contraente vittima di una "asimmetria di potere contrattuale" (v. supra, n. 1).
Infine, l'interpretazione estensiva (nel senso detto), attraverso il ricorso all'argomento teleologico, trova ulteriore supporto nell'interpretazione sistematica, e precisamente nell'interpretazione costituzionalmente orientata della norma: l'estensione della tutela alla contrattazione "sulla carta" è imposta dall'*art. 3 della Cost.*, pena una irragionevole disparità di trattamento che colliderebbe con i principi ricavabili dalla Carta costituzionale (così del resto si era espresso il giudice di merito, sulla scia della dottrina: v. Ticozzi, 117; Toschi Vespasiani, 813).
Nella decisione in commento, la Cassazione solleva il problema del tenore letterale della disposizione, che non consentirebbe un'interpretazione secondo Costituzione da parte del giudice ordinario, ma imporrebbe semmai una declaratoria di illegittimità costituzionale della normativa, per violazione del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 (o, deve aggiungersi, una sentenza interpretativa di rigetto, che la Consulta pronuncia sovente, al posto della sentenza di accoglimento).
In realtà il problema è molto spinoso e, dalle prime decisioni della Corte Costituzionale ad oggi, il rapporto tra giudice delle leggi e organo di nomofilachia, con riferimento alla c.d. "interpretazione adeguatrice", ha attraversato diverse fasi (cfr. Sorrenti, La Costituzione "sottintesa", 3 ss.; Perlingieri, Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione adeguatrice, 8 ss., entrambi infra, sez. IV). Certo, al di là di sporadici revirements, con cui la Corte costituzionale sembra

ritornare ad avocare a sé un simile potere interpretativo, un nuovo corso è stato aperto dalla famosa sentenza n. 356 del 22.10.1996, nella quale si afferma che "in linea di principio le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali": in sostanza, si introduce un nuovo requisito di ammissibilità della questione di legittimità costituzionale, che consiste nell'avere il giudice comune provato in tutti i modi a dare un'interpretazione della norma conforme a Costituzione (v. Sorrenti, 18 s., 26 ss.).
Aderendo poi alla tesi secondo cui non è più possibile distinguere nella Costituzione norme "programmatiche" e norme direttamente "precettive", ma tutte le norme sarebbero di diretta applicazione, ed imporrebbero un'interpretazione dell'intero ordinamento alla luce della legalità costituzionale (si pensi tra l'altro all'utilizzo della Costituzione che è stato fatto negli ultimi anni dalla Corte di Cassazione per definire i casi di risarcibilità del danno non patrimoniale), anche e soprattutto al giudice comune sarebbe dato di usare i principi costituzionali per interpretare disposizioni di legge in senso persino difforme dal loro significato letterale (v. Perlingieri, Giustizia secondo Costituzione, 27 ss.; contra Guastini, Il giudice e la legge. Questioni di interpretazione dell'*art. 101 cost.*, 842 ss.; Id., Teoria e dogmatica delle fonti, 99 s.; 415).
Non si nasconde che il rischio sotteso è quello di allentare pesantemente il vincolo del testo, incoraggiando un "teleologismo ampiamente discrezionale", che solleva a sua volta il problema – assai delicato – dei rapporti tra giudice e legislatore (v. Sorrenti, 84 ss.; e cfr. Giuliani, 420 ss.); ma nel caso di specie, per tutto quanto si è detto circa le finalità del decreto, quali si ricavano dai lavori preparatori e dalla relazione governativa, mi sembra piuttosto evidente che il legislatore non si sia posto il problema della contrattazione "sulla carta", né tantomeno abbia voluto risolverlo escludendo tale contrattazione dalle tutele da esso approntate.
Concludendo, tanto l'argomento teleologico quanto quello dell'interpretazione costituzionalmente orientata, spingono ad interpretare in senso estensivo "forte" l'ambito di applicazione della normativa, in contrasto con la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento. Se tuttavia l'indirizzo giurisprudenziale segnato con questa sentenza dovesse trovare conferma, e formarsi quindi un diritto vivente in contrasto con i più elementari principi di ragionevolezza, non vi è dubbio che dovrà essere sollevata la questione di legittimità costituzionale della norma risultante da una tale interpretazione della definizione di immobile da costruire, quale contenuta all'art. 1, lett. d), d. legis. n. 122/2005.

III. I precedenti
1. Finalità e contenuti della normativa di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Quella in commento è la prima sentenza della Corte di Cassazione ad occuparsi della tutela dell'acquirente di immobile da costruire. In materia, oltre alle decisioni dei precedenti due gradi di giudizio, inedite, si può citare soltanto Trib. Roma, 30.1.2008, in Dir. e prat. fall., 2008, 44, che si occupa dell'esercizio del diritto di prelazione dell'acquirente in caso di vendita forzata dell'immobile, previsto all'art. 9 del d. legis. n. 122/2005.
Sulla nullità virtuale "di protezione" si rimanda alla giurisprudenza in materia di intermediazione finanziaria, specialmente a Trib. Venezia, 27.3.2008, in questa Rivista, 2008, I, 1276, con nota di Maragno, e Trib. Rovereto, 18.1.2006, ivi, 2006, I, 1239, con nota di Muccioli; ma soprattutto alle famose *Cass., sez. un., 19.12.2007, n. 26724* e 26725, fondate sulla distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, pubblicate in vari luoghi, in particolare in questa Rivista, 2008, I, 432, con nota di Salanitro, ed in Danno e resp., 2008, 525, con nota di Roppo e Bonaccorsi.

2. Finalità del decreto e ambito soggettivo di applicazione.

3. L'ambito oggettivo di applicazione. Non risultano come detto precedenti sul tema.

4. L'interpretazione della definizione di "immobili da costruire": il problema degli immobili per i quali non è stato ancora chiesto il permesso di costruire. Sul momento della venuta ad esistenza dell'immobile da costruire, in caso di vendita di cosa futura, v. Cass., 17.2.1983, n. 1219, in Rep. Foro it., 2008, voce "Vendita", n. 35; *Cass., 5.9.1989, n. 3854,* in Giur. it., 1990, I, 1, 596, con nota di D'Aliberti; *Cass., 20.7.1991, n. 8118,* in Foro it., 1992, I, 783. Si richiede che si perfezioni il processo produttivo della cosa nelle sue componenti essenziali, essendo irrilevante che essa manchi di alcune rifiniture o di qualche accessorio non indispensabile per la sua utilizzazione. L'ultima sentenza fa riferimento al solo completamento delle opere murarie, chiarendo che basta la realizzazione del c.d. "rustico".
Sul confine tra la giurisdizione della Corte costituzionale e quella del giudice comune, v. Corte cost., 22.10.1996, n. 356, in Giur. cost., 1996, 3104. Da allora, sono ormai numerosissime le sentenze di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, in caso di "mancato esperimento del doveroso tentativo di ricercare un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme censurate".

IV. La dottrina
1. Finalità e contenuti della normativa di tutela dell'acquirente di immobile da costruire. Sulle asimmetrie di potere contrattuale, per tutti, si veda Roppo, Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma, in Roppo, Il contratto del duemila, Giappichelli, 2005, 25 ss.
Si occupano in generale della disciplina contenuta nel d. legis. n. 122/2005: Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente (D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122), Ipsoa, 2005; La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, a cura di Sicchiero, Cedam, 2005; Rizzi, La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire, in Notariato, 2005, 433 ss.; De Cristofaro-Costola, Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal d. legisl. 20 giugno 2005, n. 122: prime considerazioni, in Studium iuris,

2005, 1006 ss.; Aa.Vv., Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D. Lgs. 122/2005 e prospettive, in Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato, Il Sole24°re, 2006; D'Arrigo, La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire, in Riv. notar., 2006, 911 ss.; Luminoso, voce "Immobili da costruire (tutela degli acquirenti di)", in Enc. giur. Treccani, XV, Ed. Enc. it., 2008, 1 ss.; Palermo, La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, in Giust. civ., 2008, II, 319 ss.
Sulla ratio e l'ambito di applicazione, si vedano altresì Vettori, La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti, in Obbl. e contr., 2006, 105 ss.; Toschi Vespasiani, Il trasferimento non immediato di immobili da costruire ex *art. 6 D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in Contratti, 2006, 808 ss., spec. 821 s.
Delineano l'evoluzione normativa italiana che ha condotto alla disciplina di tutela Petrelli, Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire, in Riv. dir. civ., 2006, II, 287 ss.; e Costola, Verso nuove forme di tutela degli acquirenti di immobili da costruire: la *legge delega 2 agosto 2004, n. 210* (prima parte), in Studium iuris, 2004, 1489 ss.
Trattano invece della disciplina francese Vella, La tutela dell'acquirente di immobili da costruire nel diritto francese: spunti per il notariato italiano, in Vita not., 1998, 621; Aricò, La tutela degli acquirenti di immobili da costruire in Francia, in Aa.Vv., Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive, 160 ss.
Esaminano nello specifico l'obbligo del costruttore di prestare la fideiussione all'acquirente: Zoppini, La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi, in Aa.Vv., Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del d. lgs. 122/2005 e prospettive, cit., 118 ss.; Zabban, La garanzia fideiussoria vista dall'angolo visuale dell'acquirente: costi, rischi e problemi, ivi, 126 ss.; D'Ambrosio, Fideiussione e vincoli di contenuto negli immobili da costruire, in Contratti, 2006, 605 ss.
Sui vincoli contenutistici e la sanzione della loro violazione, si rimanda soprattutto a Luminoso, Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire, in Riv. dir. civ., 2005, II, 713 ss.; Petrelli, Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire, 289 ss.; D'Ambrosio, Fideiussione e vincoli di contenuto negli immobili da costruire, 609 ss.

2. Finalità del decreto e ambito soggettivo di applicazione. Si occupano della definizione di acquirente, in relazione alla figura del consumatore e alla finalità degli obblighi contenutistici previsti all'art. 6, tutte le trattazioni generali sopra richiamate, in particolar modo Petrelli, Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire, 289 ss.; Luminoso, Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire, 715 s.; Id., voce "Immobili da costruire (tutela degli acquirenti di)", 3; De Cristofaro-Costola, Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal d. legisl. 20 giugno 2005, n. 122: prime considerazioni, 1009 ss.; Vettori, La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti, 105 s.

3. L'ambito oggettivo di applicazione. L'intera dottrina che si è occupata del decreto ha naturalmente cercato di individuarne l'ambito oggettivo di applicazione, in ragione degli effetti del negozio. Si rimanda quindi agli scritti sopra citati, con particolare riferimento a: D'Arrigo, La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire, 917 ss.; De Cristofaro-Costola, Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire, cit., 1007 ss.; Vettori, La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti, 107 s.; Luminoso, voce "Immobili da costruire", 2 s.
Per la contrattazione su immobili cc.dd. "al rustico", con immediato trasferimento della proprietà e senza l'assunzione di obbligazioni edificatorie da parte dell'alienante, che viene esclusa dall'applicazione della disciplina, si veda altresì Ticozzi, Applicabilità della disciplina, in La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire, a cura di Sicchiero, 117 ss.
Si occupa invece espressamente di permuta del suolo contro trasferimento delle unità immobiliari che vi saranno costruite Caccavale, Problemi specifici della permuta di cosa presente con cosa futura alla luce del *D.lgs. 122/2005*, in Aa.Vv., Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D. Lgs. 122/2005 e prospettive, 57 ss.

4. L'interpretazione della definizione di "immobili da costruire": il problema degli immobili per i quali non è stato ancora chiesto il permesso di costruire. Il problema generale dell'interpretazione delle definizioni legislative è affrontato in: Belvedere, Il problema delle definizioni nel codice civile, Giuffrè, 1977; Dellacasa, Sulle definizioni legislative nel diritto privato – fra codice e nuove leggi civili, Giappichelli, 2004; Tarello, L'interpretazione della legge, nel Trattato CicuMessineo, I, 2, Giuffrè, 1980, 153 ss.; Guastini, Teoria e dogmatica delle fonti, ivi, I, 1, Giuffrè, 1998, 3 ss.
Sostengono la tesi della nullità della contrattazione "sulla carta": Petrelli, Gli acquisti di immobili da costruire, 27, e Vettori, La tutela dell'acquirente di immobili da costruire: soggetti, oggetto, atti, 106. Per la tesi della semplice esclusione dall'ambito di applicazione del decreto, si vedano D'Arrigo, La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire, 923 s. e Caccavale, La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire, 69 s. Criticano la ragionevolezza dell'esclusione, tra gli altri, Luminoso, Sulla predeterminazione legale, 716 s.; Ticozzi, Applicabilità della disciplina, 115 s.; Toschi Vespasiani, Il trasferimento non immediato di immobili da costruire ex *art. 6 D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, 813.
Sul rapporto tra interpretazione estensiva ed analogia, si rimanda a Belvedere, Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni, in Diritto Privato 2001-2002. VII-VIII L'interpretazione e il giurista, Cedam, 2003, 557 ss., dove si elabora tra l'altro il concetto di interpretazione estensiva "forte"; Guastini, Teoria e dogmatica delle fonti, 261 ss., 299 ss.; Pelliccioli-Velluzzi (a cura di), L'analogia e il diritto, Ets, Pisa, 2011 (spec. Gianformaggio, L'eguaglianza di fronte alla legge: principio logico, morale o giuridico?, ivi, 19 ss., e G. Zaccaria, L'analogia come ragionamento giuridico. Sul fondamento ermeneutico del procedimento analogico, ivi, 39 ss.).

Sull'interpretazione costituzionalmente orientata da parte del giudice comune, in relazione al ruolo della Corte costituzionale, si vedano Sorrenti, La Costituzione "sottintesa", in Aa.Vv., Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici – Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 6 novembre 2009, Giuffrè, 2010, 3 ss.; Perlingieri, Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice, in Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale, a cura di Femia, Esi, 2006, 1 ss.; Guastini, Il giudice e la legge. Questioni di interpretazione dell'*art. 101 cost.*, in Aa.Vv., Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso, I, Cedam, 1995, 844 ss.
Sull'attività interpretativa alla luce del rapporto tra legislazione e giurisdizione, si veda A. Giuliani, Le disposizioni sulla legge in generale. Gli articoli da 1 a 15, nel Trattato Rescigno, 1, Utet, 1999, 420 ss., 423 ss.

**VALIDI I PRELIMINARI DI IMMOBILI "SULLA CARTA" MA SENZA LE TUTELE DEL D.LGS. N. 122/2005**
Gianalberto Caradonna

Cass. civ. Sez. II, 10 marzo 2011, n. 5749

**FONTE**
Giur. It., 2011, 11
Sommario: 1. Il caso e i giudizi di merito: le conseguenze dovute all'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 6. - 2. La pronuncia della Corte e i limiti della tutela apprestata dal D.Lgs. n. 122/2005. - 3. Validità dei contratti preliminari di immobili sulla carta.

## 1. Il caso e i giudizi di merito: le conseguenze dovute all'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 6.

A distanza di qualche anno dall'emanazione del *D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, la suprema Corte ne chiarisce la portata applicativa e respinge il filone dottrinario che considera nulli per illiceità dell'oggetto i contratti preliminari relativi ad immobili esistenti solo "sulla carta".
Proposta azione *ex art. 2932 c.c.* per l'esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di vendita di terreno edificabile e di parziale permuta, per tale immobile promesso in vendita, di porzioni immobiliari a costruirsi sul medesimo terreno, il giudice di prime cure rigettava la domanda, ritenendo il preliminare nullo, non essendosi la società attrice procurata la fideiussione, il cui rilascio è obbligatorio ai sensi dell'*art. 2 D.Lgs. n. 122/2005*. Interposto appello dalla società soccombente, la Corte territoriale adita rigettava il gravame, dichiarando la nullità del preliminare a causa della mancata indicazione degli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta. A parere della Corte d'appello, la speciale normativa introdotta nel 2005 sarebbe applicabile anche ai contratti preliminari aventi ad oggetto immobili da costruire in relazione ai quali non sia stata ancora avanzata la richiesta del titolo abilitativo; conseguentemente, l'inosservanza della previsione di cui all'art. 6 del decreto, che impone al costruttore di allegare al preliminare gli estremi del permesso di costruire o della sua richiesta, comporta, pur nel silenzio della legge, la nullità del contratto.
In tal modo la pronuncia resa dalla Corte territoriale sembra accogliere l'orientamento dottrinale[(1)] che ricollega all'inosservanza delle prescrizioni di cui all'art. 6 la nullità, virtuale e relativa, dell'intero contratto. Tuttavia, una simile sanzione è parsa eccessiva e ultronea in tutti i casi in cui l'omissione attenga ad obbligazioni di natura accessoria e ad aspetti non centrali della prestazione dedotta in contratto.
A tale orientamento se ne contrappone un altro[(2)], che, in mancanza di un'espressa comminatoria e non ravvisando nella predetta norma un interesse di carattere generale da presidiare[(3)], sostiene che ove l'omissione non sia tanto grave da determinare la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto o l'annullabilità dello stesso per errore essenziale, al promissario acquirente spetterà il risarcimento dei danni subiti a titolo di responsabilità precontrattuale, per violazione di obblighi informativi attinenti a circostanze essenziali dell'operazione economica[(4)].
Non è questa la sede per svolgere una compiuta analisi del fervido dibattito[(5)] che da anni ormai impegna il formante dottrinale, essendo tuttavia sufficiente rilevare che l'analiticità e l'eterogeneità delle prescrizioni contenutistiche imposte dall'art. 6 non consentono di aderire ad alcuno degli orientamenti sopra citati, dovendosi la sanzione, nel silenzio della legge, ricercare e individuare di volta in volta, in considerazione della ratio posta a fondamento di ogni singola prescrizione omessa[(6)].

## 2. La pronuncia della Corte e i limiti della tutela apprestata dal D.Lgs. n. 122/2005.

Nel ricorso per cassazione, la società ricorrente ha sostenuto che la normativa *de qua* sarebbe stata applicata oltre il suo ambito di operatività, non essendo per contro riferibile ai contratti preliminari aventi ad oggetto immobili per i quali non sia stato ancora avviato l'*iter* progettuale-edificatorio, che ha quale momento iniziale l'avvenuta richiesta del permesso di costruire.
La Corte ha ritenuto fondato il ricorso, grazie all'interpretazione letterale dell'art. 1, comma 1, lett. d), del succitato decreto il quale, al fine di delimitare il proprio ambito applicativo, delinea la nozione di immobili da costruire[(7)] in cui non rientrano gli immobili ancora allo stadio di progetto, come quelli oggetto del giudizio, ossia gli immobili per i quali non sia stato ancora richiesto il permesso di costruire. Conseguentemente, il promissario acquirente di immobili "sulla carta" non può usufruire della tutela accordata dalla normativa speciale, benché in relazione a tali contratti si pongano le medesime esigenze di tutela e salvaguardia della sicurezza dell'acquisto del privato, che in tali situazioni, a guardar bene, è ancor più esposto ai rischi che il decreto delegato è volto a contenere e gestire. Tuttavia, sostiene la Corte, il chiaro e univoco tenore letterale della norma definitoria elide qualsiasi possibilità di compiere un'interpretazione estensiva o comunque costituzionalmente orientata della stessa, volta a ricomprendere nell'ambito applicativo della normativa anche tale tipo di contrattazione.
Il *D.Lgs. n. 122/2005*[(8)] tende ad apprestare una tutela forte, efficace e completa degli acquirenti[(9)] o dei promissari acquirenti di immobili da costruire, i quali, anteriormente all'intervento del legislatore del 2005, erano completamente esposti[(10)] a tutti i rischi connessi all'eventuale inadempimento del costruttore, dovuto al sopravvenire di situazioni di crisi dell'impresa comportanti la sottoposizione dell'alienante a procedure concorsuali o esecutive; accadeva spesso infatti che il promissario acquirente, dinanzi al fallimento del costruttore, che non provvedeva all'ultimazione dei lavori, non riusciva ad ottenere la restituzione del corrispettivo versato anteriormente alla stipula dell'atto pubblico a titolo di acconto. Il provvedimento, imponendo al costruttore-venditore, a pena di nullità, di prestare garanzia fideiussoria nonché contemplando norme dirette a predeterminare il contenuto minimo del contratto, è inquadrabile nell'ambito della recente

legislazione, che spesso ha origine comunitaria, tesa alla tutela del contraente debole e alla rimozione delle c.d. "asimmetrie informative" che generalmente caratterizzano i rapporti ove emerge uno squilibrio economico e giuridico tra i contraenti[(11)].
Nel caso sottoposto all'attenzione del supremo Collegio, l'immobile versava ancora allo stato di progetto, non potendo dunque godere della tutela apprestata dalla normativa speciale, la cui sfera di operatività è espressamente limitata agli immobili da costruire, con ciò intendendosi gli immobili in relazione ai quali sia stato già richiesto il permesso di costruire o presentata la denuncia di inizio attività, ma non ancora completate le finiture e quindi non ancora avanzata la richiesta per l'ottenimento del certificato di abitabilità[(12)]. Ai fini dell'applicabilità della normativa, il contratto deve avere ad oggetto immobili che si trovano in uno stadio edificatorio che si colloca tra due momenti temporali: dal lato iniziale, dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire o dopo la presentazione della denuncia di inizio attività, dal lato finale prima del completamento delle finiture e della conseguente richiesta del certificato di agibilità. La tutela apprestata dal legislatore mediante l'adozione della normativa in parola viene così espressamente limitata agli acquirenti di immobili in relazione ai quali sia prevista una attività edificatoria ad opera dell'alienante-costruttore successiva alla stipula del contratto: in altri termini, oggetto della contrattazione deve essere un fabbricato con caratteristiche non ancora esistenti al momento della conclusione del preliminare, ma delle quali i contraenti tengono conto ai fini della determinazione del prezzo.
Emergono per tale via i principali limiti della normativa, che, a causa della sua limitata sfera applicativa, non pone alcun rimedio a tutte le ipotesi di contrattazione sulla carta, in relazione alle quali, come rilevato dalla Corte territoriale, sussistono analoghe esigenze di tutela dell'acquirente, che in tali casi pare essere esposto a rischi ancor più accentuati, appunto perché l'immobile oggetto del contratto è ancora allo stadio progettuale. Sotto altro aspetto, l'esclusione di tali contratti dall'ambito applicativo del decreto delegato potrebbe consentire facili elusioni della normativa da questo dettata[(13)], inducendo i costruttori a preferire la conclusione di contratti aventi ad oggetto immobili in relazione ai quali non sia ancora stato richiesto il provvedimento abilitativo, al fine evidente di sottrarsi a tutti gli oneri, anche economici, imposti dal decreto legislativo, tra i quali particolare rilevanza assume la prestazione della fideiussione a garanzia delle somme riscosse dal venditore-costruttore anteriormente al trasferimento della proprietà o di altro diritto reale.
Il rilievo compiuto dalla Corte d'appello è condiviso dal giudice di legittimità, sebbene a parere di quest'ultimo non consenta di superare l'univoco e chiaro tenore letterale della norma, peraltro corrispondente alle indicazioni fornite dalla legge delega, dinanzi al quale non può trovare spazio un'ermeneusi estensiva, adeguatrice o comunque costituzionalmente orientata.
Viene in tal modo fugato dalla Corte ogni dubbio di legittimità costituzionale della norma definitoria, paventato dalla Corte territoriale sotto il profilo del principio di ragionevolezza, in quanto, l'univoco tenore letterale della norma «segna il confine in presenza del quale il tentativo di ermeneusi costituzionalmente orientata deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»[(14)].
Tuttavia, la conclusione cui giunge il Collegio, benché suffragata dal chiaro dato testuale, sembra condurre a conseguenze paradossali, in quanto l'acquirente risulta sfornito di qualsivoglia tutela proprio nelle ipotesi in cui il rischio di tracollo del costruttore-venditore è maggiore, versando l'immobile in uno stadio embrionale di progettazione cui non necessariamente seguirà la completa realizzazione ed effettiva edificazione dello stesso. Appare pertanto auspicabile, *de iure condendo*, un intervento correttivo e integrativo del nostro legislatore, mediante l'introduzione di strumenti giuridici atti a tutelare anche i promissari acquirenti di immobili "sulla carta", imponendo ad esempio in capo ai costruttori-venditori l'obbligatorio rilascio della fideiussione anche in tali ipotesi; infatti, se l'imposizione dell'obbligo di indicare gli estremi del titolo edilizio autorizzatorio sarebbe priva di *ratio* qualora oggetto della contrattazione sia un edificio progettato ma in relazione al quale non sia ancora stata avanzata la richiesta del permesso di costruire, gli ulteriori obblighi introdotti dalla normativa del 2005 e diretti ad assicurare al promissario acquirente una efficace tutela recuperatoria in vista del possibile inadempimento del costruttore-venditore ben potrebbero estendersi anche a tale tipo di contrattazione.

## 3. Validità dei contratti preliminari di immobili sulla carta.

La pronuncia in commento consente altresì di compiere qualche breve considerazione in merito alla validità dei preliminari di vendita di immobili sulla carta.
Autorevole dottrina, benché minoritaria[(15)], sostiene che l'entrata in vigore della nuova normativa abbia determinato la sopravvenuta incommerciabilità dei fabbricati ancora da edificare e in relazione ai quali non sia stata ancora avanzata la richiesta del titolo edilizio. Tale corrente di pensiero muove dalla considerazione per cui la scelta di delimitare, dal punto di vista oggettivo, il perimetro applicativo della normativa, è riconducibile non soltanto alla *ratio* privatistica — tutela dell'acquirente di immobili da costruire — posta a fondamento della disciplina, ma soprattutto alla *ratio* pubblicistica del decreto legislativo, che sarebbe in primo luogo diretto a contrastare l'abusivismo edilizio. Da tale primario obiettivo perseguito dalla normativa discenderebbe, secondo i sostenitori di tale tesi, la nullità assoluta per illiceità dell'oggetto del contratto preliminare relativo ad un immobile da costruire, nel caso in cui non sia stata ancora avanzata la richiesta del relativo permesso: il legislatore, chiamato a comporre il conflitto tra i due interessi, uno di natura privatistica e l'altro di natura pubblicistica, ha privilegiato il secondo, precludendo in tal modo ai privati la possibilità di concludere tali tipi di contratti[(16)].
Tale impostazione è osteggiata da quanti[(17)], attenendosi al dato testuale, non individuano nella nuova normativa alcun espresso divieto che comporti una tanto incisiva limitazione dell'autonomia contrattuale; né, la paventata possibilità che i costruttori assumano atteggiamenti opportunistici ed elusivi può giustificare un'interpretazione volta ad attribuire ad una norma meramente definitoria, quale l'art. 1, lett. d), valenza di norma vetativa riguardo tale tipo di contrattazione. A ciò si aggiunga che i sostenitori di tale orientamento maggioritario non ravvisano nella nuova disciplina alcun intento, di rilevanza pubblicistica, di reprimere e contrastare l'abusivismo edilizio, ritenendo per contro che unico interesse posto a

fondamento dell'intervento legislativo sia quello, privatistico, di tutela del contraente debole. A sostegno di tale considerazione si osserva altresì che se scopo della disciplina fosse stato realmente quello di introdurre un ulteriore strumento normativo diretto a contrastare l'abusivismo edilizio, da affiancare a quelli già previsti nel nostro ordinamento[(18)], il legislatore avrebbe dovuto richiedere, per coerenza sistematica, il rilascio del titolo edilizio abilitativo, non accontentandosi della sola richiesta[(19)].

La pronuncia in commento aderisce alla corrente di pensiero maggioritaria, riproponendo, in buona sostanza, tutte le argomentazioni giuridiche poste a fondamento di tale opzione dogmatica e sottolineando altresì i possibili effetti negativi che l'accoglimento della tesi minoritaria spiegherebbe sui traffici giuridici e sul corretto funzionamento del mercato, comportando la nullità di svariate operazioni contrattuali, molto frequenti nella prassi giuridica, come ad esempio la conclusione di un preliminare di permuta del suolo in cambio di edifici che il costruttore si obbliga a costruire sul medesimo terreno[(20)].

In definitiva, la lucida analisi compiuta dalla suprema Corte, per un verso, chiarisce definitivamente la portata applicativa della normativa introdotta nel 2005, ritenendola inapplicabile ai preliminari di vendita di immobili sulla carta, e, per altro verso, rifiuta la minoritaria tesi dottrinale che considera tale tipo di contrattazione nulla per illiceità dell'oggetto.

---

(1) Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente*, Milano, 2005, 181 e segg.

(2) Luminoso, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, II, 726; Ticozzi, *Applicabilità della disciplina*, in AA.VV., *La tutela degli acquirenti d'immobili da costruire: commento al D. lgs. n. 122 del 2005* a cura di Sicchiero, Padova, 2005, 135; Zaccaria, *La nuova disciplina sulla tutela degli acquirenti d'immobili da costruire: lineamenti e principali problematiche*, in *Studium iuris*, 2006, 936.

(3) Obiezione che in realtà non pare insuperabile, attesa la costante emersione nel nostro ordinamento di nullità relative e di protezione, generalmente di derivazione comunitaria, dirette alla tutela del contraente debole e per tale via alla corretta regolamentazione del mercato.

(4) In tal senso Rizzi, *La nuova disciplina di tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Notariato*, 2005, 4, 450.

(5) Occorre altresì dar conto all'opinione di chi attribuisce alle prescrizioni di cui all'art. 6 mero valore di *moral suasion*, prive di alcun valore precettivo, da intendersi dunque quale disciplina deontologica cui i costruttori devono attenersi nello svolgimento del proprio lavoro. In tal senso cfr. Busani, *Preliminare "blindato" contro i rischi*, in *Sole 24 Ore, Guida al diritto*, 2005, 30, 34 e segg.

(6) In tal senso cfr. Leo, *Le nuove norme a tutela degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Contratti*, 2005, 8-9, 746 e segg., nonché Petrelli, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, 3, 287 e segg., che tuttavia individua quale rimedio residuale, ove non sia individuabile una diversa sanzione, la nullità virtuale del contratto *ex art. 1418, comma 1, c.c.*

(7) Ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. d), «gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità».

(8) Tra i primi commentatori del *D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122* v. Luminoso, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire (D.lgs. 20 giugno 2005, n. 122)*, Torino, 2005, Appendice a *La compravendita*, 4ª ed., Torino, 2004; Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente*, cit.; Rizzi, *op. cit.*, 427 e segg.; AA.VV., *op. cit.*; Triola, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente. Dopo il d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122*, Milano, 2005. Più di recente, Mazzamuto, *L'acquisto di immobili da costruire*, Padova, 2007; Cardarelli, *L'acquisto di immobili da costruire o in corso di costruzione*, Milano, 2009.

(9) Purché relativamente a contratti privi di effetti traslativi immediati.

(10) In realtà, il nostro legislatore già in passato aveva cercato di predisporre una disciplina che tutelasse il promissario acquirente, tenendo conto delle innanzi citate esigenze. Tuttavia, l'adozione del *D.L. 31 dicembre 1996, n. 669*, convertito nella *L. 28 febbraio 1997, n. 30*, cui si deve l'introduzione della trascrizione del preliminare, non sortì gli effetti sperati, rendendo indispensabile l'emanazione di una nuova disciplina a tutela del contraente debole.

(11) Invero, le previsioni di cui agli artt. 2 (garanzia fideiussoria) e 6 (contenuto del contratto preliminare) paiono rispondere a diverse esigenze di tutela del contraente debole: la prima rappresenta un valido strumento in grado di assicurare all'acquirente una efficace tutela recuperatoria in relazione alle somme anticipate al costruttore anteriormente al definitivo trasferimento della proprietà. Per contro, le prescrizioni che fissano il contenuto minimo del contratto tendono a garantire la massima completezza del regolamento contrattuale e la più completa informazione dell'acquirente. La Relazione illustrativa, *sub* art. 6, precisa che scopo di siffatta prescrizione è quello «di rendere più trasparente l'operazione negoziale e consentire al promissario acquirente di acquisirne una completa rappresentazione, così da porsi al riparo dai possibili pregiudizi conseguenti ad una stesura approssimativa e lacunosa del testo contrattuale».

(12) Occorre evidenziare che il legislatore del 2005, in ragione delle finalità di tutela dell'acquirente perseguite mediante l'adozione della normativa, ha offerto una nozione di immobile da costruire diversa da quella contenuta in altre disposizioni di legge, (cfr. l'*art. 31, comma 2, L. 28 febbraio 1985 n. 47*, nonché l'ultimo comma dell'art. 2645 *bis* c.c.), che considerano ultimato il fabbricato non appena sia realizzato il rustico, e dunque in un momento ben anteriore rispetto a quanto prescritto dal *D.Lgs. n. 122/2005*. Sulle ragioni che hanno indotto il legislatore ad una simile scelta, cfr. Rizzi, *op. cit.*, 436.

(13) In tal senso cfr. Luminoso, *I contenuti necessari del preliminare*, Relazione al convegno del 28 giugno 2005, Milano; Leo, *op. cit.*, 747.

(14) Sul punto, la Corte richiama l'insegnamento di una recente giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 20 giugno 2008 n. 219 e Id., 28 gennaio 2010, n. 26).

(15) In tal senso, per tutti, cfr. Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente*, cit., 27 e segg.

(16) Aggiunge Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire. Le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente*, cit., 27, che «sarebbe assurdo ed irragionevole da un lato consentire la valida conclusione dei contratti in assenza della richiesta del provvedimento abilitativo, e dall'altro privare l'acquirente di ogni tutela [...] senza considerare che si appresterebbe, in tal modo, uno strumento atto a consentire facili elusioni della disciplina protettiva in esame».

[17] Cfr., per tutti, Rizzi, *op. cit*., 427 e segg.
[18] Ci si riferisce all'*art. 46 del D.P.R. n. 380/2001* (T.U. in materia edilizia) a norma del quale «gli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, sono nulli e non possono essere stipulati ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria».
[19] In tal senso cfr. Ticozzi, *op. cit*., 111 e segg.
[20] Costruttore al quale, rileva il supremo Collegio, non potrebbe neppure essere rilasciato il permesso di costruire prima della stipulazione, in quanto, *ex art. 11 D.P.R. n. 380/2001*, questo può essere dato esclusivamente al proprietario del suolo o a chi abbia titolo per richiederlo. In tal senso, cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 18 gennaio 2010, n. 144.

---

Sommario: 1. Il d.lg. 20.6.2005, n. 122 - 2. Gli immobili da costruire - 3. Gli immobili «sulla carta» - 4. La sentenza - 5. Considerazioni conclusive

## 1. Il d.lg. 20.6.2005, n. 122

Negli ultimi anni le ordinarie garanzie statuite dal codice civile a favore del contraente sono state ritenute insufficienti ai fini della sua effettiva tutela, nei casi in cui il medesimo si trovi in una situazione di concreto svantaggio nei confronti della controparte, per l'obiettivo squilibrio fra un contraente forte e un contraente debole[1]. Si tratta di situazioni dove una parte del rapporto giuridico può subire, a causa dell'inadempimento della controparte, un pregiudizio grave e non rimediabile attraverso gli ordinari rimedi codicistici e concorsuali. Sulla base di tali considerazioni è stata avvertita l'esigenza di porre in essere tutele speciali, rispetto a quelle disciplinate in sede codicistica. In questo filone di pensiero risultano collocabili la *legge delega 2.8.2004, n. 210* («Delega al governo per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire») ed il conseguente decreto attuativo 20.6.2005, n. 122 («Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della *legge 2 agosto 2004, n. 210*»).
Il legislatore ha inteso tutelare l'acquirente di immobile da costruire e, più precisamente, «quel tipico bene-rifugio che è rappresentato, appunto, dagli immobili... e in modo più pregnante... attraverso alcune disposizioni specifiche... la sicurezza dell'acquisto del bene casa»[2]; in altre parole, ci troviamo innanzi ad un tentativo di tutelare la parte acquirente dai pregiudizi derivanti dal mancato ottenimento del bene promesso e di favorire, attraverso specifiche disposizioni, l'accesso alla proprietà dell'abitazione, in conformità del primo capoverso *dell'art. 47 Cost.*[3].
La disciplina in esame si applica a quei negozi in virtù dei quali l'effetto traslativo di un diritto reale viene prodotto in un momento successivo a quello della stipulazione del relativo contratto. L'art. 1, 1° co., lett. a, d.lg. 22.6.2005, n. 122 definisce la figura dell'acquirente come «la persona fisica che sia promissaria acquirente o che acquisti un immobile da costruire, ovvero che abbia stipulato ogni altro contratto, compreso quello di leasing, che abbia o possa avere per effetto l'acquisto o comunque il trasferimento non immediato, a sé o ad un proprio parente in primo grado, della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire, ovvero colui il quale, ancorché non socio di una cooperativa edilizia, abbia assunto obbligazioni con la cooperativa medesima per ottenere l'assegnazione in proprietà o l'acquisto della titolarità di un diritto reale di godimento su di un immobile da costruire per iniziativa della stessa». La definizione del destinatario del bene, a prescindere dal riferimento alla qualità di persona fisica, è incentrata sulla tipizzazione di un'operazione economica (la stipulazione di un contratto ad effetti traslativi posticipati rispetto al suo perfezionamento), in linea con una tecnica di matrice comunitaria[4].
L'art. 5, d.lg. 20.6.2005, n. 122, dispone che «La disciplina prevista dagli artt. 2, 3 e 4 si applica ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto»[5]. L'art. 2, 1° co. del decreto medesimo, nel delineare i caratteri del negozio cui applicare la garanzia fideiussoria, parla di «contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità», mentre l'art 4, riguardo alla garanzia assicurativa decennale, fa riferimento, più generalmente, ad un «atto del trasferimento» e ad un «contratto definitivo di compravendita o di assegnazione», presupponendo, quindi, un effetto traslativo posteriore ad un altro negozio giuridico[6]. L'art. 6, d.lg. 20.6.2005, n. 122, quando delinea il contenuto necessario del contratto ad effetti traslativi non immediati, parla del negozio *de quo* come del «contratto preliminare ed ogni altro contratto che ai sensi dell'articolo 2 sia comunque diretto al successivo acquisto in capo ad una persona fisica della proprietà o di altro diritto reale su un immobile oggetto del presente decreto»[7]. Sulla base di tali disposizioni possiamo concludere che nella sfera applicativa del d.lg. 20.6.2005, n. 122 rientrano quei negozi che, a prescindere dal loro *nomen juris* e dallo schema contrattuale adottato[8], producono il trasferimento di un diritto reale su un immobile da costruire in un momento successivo a quello del loro perfezionamento[9].
Il provvedimento legislativo in argomento dispone una serie di garanzie a favore della parte acquirente.
Il d.lg. 20.6.2005, n. 122, infatti, grava il venditore-costruttore di un duplice obbligo. Tale soggetto, in primo luogo, è tenuto alla stipulazione, a pena di nullità del contratto a effetti traslativi differiti, di una fideiussione, che garantisca la controparte, al verificarsi della situazione di crisi (in capo al venditore-costruttore medesimo)[10], di quanto versato a titolo di corrispettivo fino al verificarsi dell'effetto reale (art. 2)[11]. In secondo luogo la parte venditrice è obbligata alla stipula di un contratto di assicurazione che copra, nei dieci anni successivi alla realizzazione dell'opera, «i danni materiali e diretti all'immobile, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai sensi *dell'articolo 1669 del codice civile*, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, e comunque

manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione» (art. 4)[12].
Inoltre, a tutela del bene-casa, il decreto *de quo* costituisce a favore dell'acquirente un diritto di prelazione, che opera a condizione che l'immobile venga sottoposto ad una vendita forzata, sia già stato consegnato all'acquirente e, infine, quest'ultimo lo adibisca ad abitazione per sé o per un parente di primo grado (art. 9)[13].
In vista della medesima finalità, il decreto riforma la disciplina del *r.d. 16.3.1942, n. 267*, aggiungendo un'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare per gli atti a titolo oneroso, comportanti il trasferimento di proprietà di beni immobili da costruire, «nei quali l'acquirente si impegni a stabilire, entro dodici mesi dalla data di acquisto o di ultimazione degli stessi, la residenza propria o di suoi parenti o affini entro il terzo grado, se posti in essere al giusto prezzo da valutarsi alla data della stipula del preliminare, non sono soggetti all'azione revocatoria prevista dall'*articolo 67 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*, e successive modificazioni» (art. 10)[14].
Il d.lg. 20.6.2005, n. 122, ha inoltre istituito un Fondo di solidarietà (artt. 12-18), avente il compito di tutelare i diritti patrimoniali degli acquirenti a seguito dell'insolvenza del costruttore-venditore assoggettato a procedure implicanti una situazione di crisi[15].
Risulta dunque centrale, ai fini del presente scritto, la nozione di «immobile da costruire».

## 2. Gli immobili da costruire

La definizione di immobili da costruire è introdotta dall'art. 1, 1° co., d.l. 2.8.2004, n. 210 e ripresa dall'art. 1, 1° co., lett. d, d.lg. 20.6.2005, n. 122, in forza del quale per «immobili da costruire» bisogna intendere «gli immobili per i quali sia stato richiesto il permesso di costruire e che siano ancora da edificare o la cui costruzione non risulti essere stata ultimata versando in stadio tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità».
Costituisce, prima di tutto, immobile da costruire quel bene immobile che non sia stato ancora costruito o ultimato; in secondo luogo è sancito che tale immobile si trovi nel periodo intercorrente fra la presentazione della richiesta del permesso di costruire ed il momento in cui la situazione dell'immobile stesso consenta il rilascio del certificato di agibilità: al verificarsi dell'ultima ipotesi, infatti, viene meno lo *status* di immobile da costruire ai sensi del d.lg. 20.6.2005, n. 122[16].
Il primo limite temporale è posto al momento del compimento di un atto giuridico, che comprende ogni tipo di richiesta di titolo abilitativo, o atto equipollente, così come definito nelle diverse legislazioni regionali[17]. La dottrina ravvisa in tale disposto un tentativo del legislatore di scoraggiare l'abusivismo edilizio[18], ma la giurisprudenza di legittimità, come vedremo meglio in seguito, sembra essere di diverso avviso.
Il secondo riferimento temporale non è fissato al compimento di un atto giuridico, ma al verificarsi di una situazione legittimante il rilascio del certificato di agibilità (la cui disciplina e le cui condizioni di rilascio sono contenute negli artt. 24, 1° e 4° co., 25, 1° e 3° co., 5, 3° co., lett. a, e 115, *d.p.r. 6.6.2001, n. 380*, c.d. «testo unico dell'edilizia»)[19].
La disposizione in esame non fa alcun riferimento alla destinazione dell'immobile quale condizione di efficacia delle disposte tutele: per cui rientrano nella sua sfera applicativa le costruzioni adibite sia ad un uso abitativo che ad uso diverso[20].
È stato posto il problema se potesse rientrare, nella sfera applicativa della tutela degli acquirenti di immobili da costruire, anche il fabbricato da ristrutturare o in corso di ristrutturazione[21]. I lavori preparatori sembrerebbero escludere tale fattispecie. Tuttavia, un'interpretazione estensiva del decreto ad alcuni appare sostenuta da validi argomenti di natura letterale e logico-sistematica. Infatti, per quanto riguarda il primo profilo, non sussiste alcun dubbio sulla circostanza che gli immobili da ricostruire, a seguito della demolizione di un fabbricato esistente, possano rientrare nella sfera applicativa del decreto *de quo*, in quanto verrebbe dedotto in contratto un nuovo fabbricato, che necessiterebbe di un permesso di costruire. Ma verrebbe dedotto in contratto un nuovo immobile anche nel caso della ristrutturazione, perché il risultato di tale attività consisterebbe in un bene sostanzialmente diverso dall'immobile originario. Sotto il profilo sistematico, viene riconosciuta una sostanziale equivalenza della situazione dell'acquirente dell'immobile da costruire con quella dell'acquirente del fabbricato da ristrutturare, essendo entrambe soggette a potenziali pregiudizi della medesima specie. Per tali motivi, limitare l'efficacia del d.lg. 20.6.2005, n. 122, ai soli acquirenti di immobile da costruire ad alcuni sembra non solo irragionevole, ma anche lesivo del principio di uguaglianza, sancito *dall'art. 3 Cost.*[22].
Un analogo quesito è stato posto nei confronti degli «interventi di restauro e di risanamento conservativo», *ex art. 3, 1° co., lett. c*, *d.p.r. 6.6.2001, n. 380*. Tali operazioni, ai sensi della disposizione citata, mirano alla conservazione dell'organismo edilizio ed all'assicurazione della sua funzionalità[23]. Il titolo abilitativo necessario per tale tipo di operazioni, in conformità dell'art. 22, t.u. edilizia, è la D.I.A. ed il rilascio del certificato di agibilità è dovuto nei soli casi in cui ricorrano le condizioni delineate dall'art. 24, 2° co., lett. c, t.u. edilizia, ossia quando gli interventi in questione possano influire sulle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità e risparmio energetico dell'edificio e degli impianti. Si ritiene che solo gli interventi di restauro e di risanamento, comportanti le implicazioni appena delineate, possano rientrare nella sfera applicativa della tutela degli acquirenti di immobili da costruire[24].

## 3. Gli immobili «sulla carta»

Il d.lg. 20.6.2005, n. 122, com'è stato accennato, si applica a quei contratti ad effetti traslativi non immediati, che hanno ad oggetto quei beni immobili non ultimati, per i quali è stato richiesto il permesso di costruzione o altro titolo equipollente. Tale impostazione escluderebbe dalla sfera applicativa del decreto i negozi, aventi ad oggetto gli immobili c.d. «sulla carta», ossia quei fabbricati per i quali non è stato richiesto alcun titolo edilizio.
Certa dottrina ravvisa nel disposto dell'art. 1, 1° co., lett. d, l'intento di contrastare l'abusivismo edilizio, attribuendo così alla norma una finalità pubblicistica, mentre un'altra parte della dottrina e la giurisprudenza di legittimità, come vedremo in seguito, sembrano essere di diverso avviso.

La scelta di costituire, quale presupposto di efficacia della tutela, la richiesta del permesso di costruzione è stata fortemente criticata. Vi è, infatti, chi ritiene irragionevole il discrimine fondato sulla richiesta del permesso di costruzione, per la circostanza che l'acquirente di immobile «sulla carta» e quello dell'immobile *ex* art. 1, 1° co., lett. d, d.lg. 20.6.2005, n. 122, si trovano in situazioni similari. Alcuni studiosi osservano che l'acquirente di un edificio «sulla carta» corre, rispetto all'acquirente di un fabbricato per il quale è stato richiesto un titolo edilizio, un maggiore rischio di non acquisire il bene promesso, per cui sarebbe irragionevole impedire a tale soggetto di usufruire delle tutele disposte dal decreto. Per le motivazioni sopra esposte, viene reputato irragionevole e lesivo *dell'art. 3 Cost.* il discrimine contenuto nell'art. 1, 1° co., lett. d, d.lg. 20.6.2005, n. 122[(25)].
In connessione con il tema sopra esposto, è stato sollevato il problema della commerciabilità degli immobili «sulla carta»: è stato dibattuto se i negozi aventi ad oggetto tali beni siano validi ed efficaci, ma non soggetti alle garanzie del decreto, o se, al contrario, siano viziati da nullità. In altre parole si tratta di stabilire se la richiesta del permesso di costruire (o di altro atto equipollente) costituisca una mera condizione di applicabilità del decreto ovvero un elemento essenziale del contratto.
I sostenitori del primo orientamento non considerano il limite *de quo* una condizione di validità ed efficacia del contratto, ma una condizione di applicabilità della tutela degli acquirenti di immobili da costruire (la cui assenza non inficia la validità ed efficacia del relativo negozio). Infatti, chi sostiene tale orientamento ritiene che il limite *ex* art. 1, 1° co., lett. d (sussistenza di una richiesta del permesso di costruire) non sia stato dettato con lo scopo di contrastare l'abusivismo edilizio, ma unicamente al fine di circoscrivere l'efficacia del decreto in questione. A favore di tale teoria può essere richiamato l'art. 5, che pone limiti temporali ed oggettivi esplicitamente ai fini dell'applicabilità della tutela fideiussoria ed assicurativa («La disciplina prevista dagli articoli 2, 3 e 4 si applica ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di godimento di immobili per i quali il permesso di costruire o altra denuncia o provvedimento abilitativo sia stato richiesto successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto»). Altri riferimenti alla richiesta di un titolo edilizio sono inoltre rinvenibili nell'art. 6, 2° co., lett b (il quale dispone che al contratto debbano essere allegati «gli elaborati del progetto in base al quale è stato richiesto o rilasciato il permesso di costruire o l'ultima variazione al progetto originario, limitatamente alla rappresentazione grafica degli immobili oggetto del contratto, delle relative pertinenze esclusive e delle parti condominiali»), e nell'art. 12, 3° co., il quale dispone che «L'accesso alle prestazioni del Fondo è consentito nei casi in cui per il bene immobile risulti richiesto il permesso di costruire»[(26)].
Gli studiosi che condividono il secondo orientamento considerano il fabbricato «sulla carta» una *res extra commercium* e, di conseguenza, reputano il negozio, comportante il trasferimento non immediato di siffatto bene, nullo per illiceità dell'oggetto. A sostegno di tale corrente di pensiero viene richiamato l'art. 6, 1° co., lett. i, il quale impone che nel negozio ad effetti reali differiti debbano essere indicati, a pena di nullità, gli estremi della richiesta del permesso di costruire (nei casi in cui questo non sia stato rilasciato). È stato anche asserito, come accennato, che il discrimine *de quo* abbia una natura pubblicistica e che non sia dotato di una vera portata definitoria, essendo stato posto per scoraggiare l'abusivismo edilizio. Viene anche osservato che la contrattazione di immobili «sulla carta» può rivelarsi un mezzo, a favore del costruttore-venditore, per eludere gli obblighi imposti dal d.lg. 20.6.2005, n. 122, e tale eventualità, a parere di certi commentatori, sarebbe aberrante, per la circostanza che l'acquirente di immobili «sulla carta», rispetto al soggetto destinatario di immobili *ex* art. 1, 1° co., lett. d, corre un più alto rischio di non ottenere il bene promesso. Viene inoltre ricordato un consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo il quale l'eseguibilità della sentenza costitutiva ai sensi *dell'art. 2932 c.c.* è subordinata all'indicazione, nel contratto preliminare, degli estremi del permesso di costruzione (o della concessione edilizia)[(27)].
Infine, non manca in dottrina chi, pur riconoscendo i punti critici del decreto legislativo (ossia l'esclusione dalla tutela del soggetto destinatario del bene «sulla carta» e la fondatezza del dubbio di legittimità costituzionale in relazione *all'art. 3 Cost.*), non ritiene comunque, allo stato attuale della disciplina, invalido il contratto avente ad oggetto immobili «sulla carta»[(28)]. Tale è l'impostazione accolta dal giudice di legittimità.

### 4. La sentenza

La seconda sezione della Corte di Cassazione, con la sentenza in epigrafe, si è occupata di una questione imperniata su un contratto preliminare di vendita di un terreno edificabile (con sovrastante corpo accessorio) e di parziale permuta, per il bene promesso in vendita, di porzioni immobiliari da costruire sullo stesso terreno, per le quali non era stato richiesto il permesso di costruire.
La promissaria acquirente ha agito in giudizio, ai sensi *dell'art. 2932 c.c.*, chiedendo una pronuncia costitutiva degli effetti del contratto definitivo non stipulato. Il Tribunale di Monza ha rigettato la domanda di esecuzione in forma specifica, dichiarando nullo il contratto preliminare per mancato rilascio della fideiussione, in conformità dell'art. 2, d.lg. 20.6.2005, n. 122. La Corte d'Appello di Milano ha rigettato il gravame, dichiarando la nullità del contratto preliminare, ma per la violazione dell'art. 6, 1° co., lett. i, che impone l'indicazione nel contratto preliminare degli estremi del titolo abilitativo della costruzione o della richiesta del medesimo. La Corte territoriale ha ritenuto la disposizione appena richiamata applicabile anche al contratto preliminare avente ad oggetto un immobile «sulla carta».
La soccombente in appello fa ricorso al giudice di legittimità, dolendosi della violazione e della falsa applicazione degli artt. 1, 2 e 6, 1° co., lett. i, d.lg. 20.6.2005, n. 122, nonché della motivazione insufficiente su un punto decisivo. La ricorrente sostiene che, contrariamente all'assunto del giudice di secondo grado, non sarebbe compreso nella sfera di efficacia del decreto *de quo* l'immobile «sulla carta».
La Suprema Corte di Cassazione ritiene fondato tale motivo.
Il giudice di legittimità, dopo avere elencato le sopracitate garanzie (ossia l'obbligo, in capo al venditore-costruttore, di

stipulare un contratto di fideiussione e uno di assicurazione *ex* artt. 2, 3, 4, il contenuto necessario del contratto ad effetto traslativo differito *ex* art. 6, il diritto di prelazione nell'acquisto dell'immobile alle condizioni stabilite dall'art. 9, l'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare nel caso delineato dall'art. 10), prende in considerazione la definizione di immobile «da costruire», ai sensi dell'art. 1, 1° co., lett. d, d.lg. 20.6.2005, n. 122, e, pur ammettendo i profili di criticità del decreto, sancisce che l'immobile «sulla carta» non può rientrare nella sfera applicativa del decreto stesso.
La Corte, infatti, riconosce sia che l'edificio «sulla carta» costituisce un'immobile «rispetto al quale è prevista una successiva attività edificatoria ad opera del venditore», sia che nella contrattazione di un immobile «sulla carta» ricorrono esigenze di tutela analoghe a quelle che «ricorrono allorché la negoziazione si sviluppi in una vicenda nella quale l'*iter* urbanistico è già iniziato»; inoltre la Suprema Corte riconosce che il rischio dell'acquirente di non acquisire l'immobile «sulla carta» risulta più accentuato rispetto a quello che corre l'acquirente di un edificio per il quale è stata presentata la richiesta del permesso di costruzione; osserva anche che la mancata applicazione della disciplina in questione ai preliminari di immobili «sulla carta» può in concreto favorire tale tipo di contrattazione, al fine di eludere gli obblighi contenuti nel d.lg. 20.6.2005, n. 122.
Nonostante tali considerazioni, non è ritenuta fondata un'applicazione estensiva del decreto (e la conseguente dichiarazione di nullità del contratto). Il giudice di legittimità afferma infatti che «A tale riguardo, il collegio non conviene con la tesi, prospettata da una parte della dottrina, secondo cui dalla regola che limita l'applicazione della nuova normativa di tutela ai soli immobili per i quali sia già stato richiesto il permesso di costruire, si dovrebbe desumere, *a contrario*, l'illiceità del contratto preliminare che programmi il trasferimento di un immobile esistente soltanto "sulla carta"».
La Suprema Corte ritiene infondate le argomentazioni poste a sostegno della pretesa invalidità dei negozi a effetti reali differiti, aventi ad oggetto immobili «sulla carta». In particolare non ravvisa nel discrimine *de quo* una valenza pubblicistica, osservando che «Se l'intento primario del decreto delegato fosse stato quello di predisporre un ulteriore strumento civilistico per la repressione dell'abusivismo edilizio, da affiancare a quello discendente dall'*art. 46, d.p.r. n. 380/2001* (che sanziona con la previsione della nullità gli atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali su edifici la cui costruzione sia iniziata dopo il 17.3.1985, ove da essi non risultino, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi del permesso di costruire o del permesso in sanatoria), allora il legislatore avrebbe dovuto, per coerenza sistematica, esigere, come presupposto dell'applicabilità della disciplina, non già la presentazione della richiesta del permesso di costruire, ma l'ottenimento del titolo edilizio». Il collegio osserva anche che la stipula di un preliminare avente ad oggetto un edificio «sulla carta», nell'eventualità in cui la sua costruzione non sia cominciata, non costituisce un abuso (proprio per il fatto che non è stata iniziata alcuna attività edificatoria) e non comporta necessariamente un futuro trasferimento di un immobile abusivo.
La Corte di Cassazione osserva, infine, come un'interpretazione comportante l'invalidità dei negozi aventi ad oggetto immobili «sulla carta» possa produrre inconvenienti per la libertà contrattuale dei privati: fa notare, infatti, che tale impostazione impedirebbe la stipulazione di quel preliminare di permuta del suolo in cambio di un fabbricato, che il costruttore-promissario acquirente si obbliga di costruire, nonché di quel contratto stipulato senza l'avviamento dell'*iter* di ottenimento di un titolo edilizio, con l'intento di differire l'esperimento di tali pratiche, senza alcuna volontà di acquistare un edificio abusivo.
Il giudice di legittimità, in definitiva, non nega la sussistenza di un eventuale dubbio di legittimità costituzionale, ma esclude la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata del decreto, in ragione della chiarezza testuale dell'art. 1, 1° co., lett. d, nonché della sua conformità alle indicazioni della legge delega: la Suprema Corte afferma che «L'univoco tenore letterale di una norma segna, infatti, il confine in presenza del quale il tentativo di ermeneusi costituzionalmente orientata deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»[(29)]. Peraltro, la Corte ritiene irrilevante il dubbio di legittimità costituzionale nel caso di specie, essendo la questione incentrata sulle conseguenze derivanti dalla mancata osservanza dell'art. 6, 1° co., lett. i, d.lg. 20.6.2005, n. 122, il quale, disponendo che il contratto, a pena di nullità, debba indicare gli estremi della richiesta di permesso di costruire, può riferirsi solo a quei negozi, aventi ad oggetto immobili, per i quali è stato richiesto un titolo edilizio.
La Corte di Cassazione, in conclusione, non ritiene fondate sia l'applicazione estensiva della tutela degli acquirenti di immobili da costruire, che la conseguente dichiarazione di nullità dei contratti con oggetto immobili «sulla carta».

## 5. Considerazioni conclusive

Nella sentenza in epigrafe il giudice di legittimità esclude, allo stato attuale della normativa, l'applicabilità dell'art. 6, 1° co., lett. i, d.lg. 20.6.2005, n. 122, ai contratti a effetto traslativo differito, aventi ad oggetto immobili «sulla carta» e, di conseguenza, l'invalidità di tali negozi per l'illiceità dell'oggetto.
Tale impostazione viene motivata escludendo ogni valenza pubblicistica al discrimine imperniato sulla richiesta di un titolo edilizio: secondo la Suprema Corte, infatti, la relativa disposizione ha una portata meramente definitoria e non persegue alcuna finalità di contrasto dell'abusivismo edilizio. Inoltre, pur riconoscendo l'esclusione dalla garanzia di situazioni, non solo analoghe a quelle esplicitamente tutelate, ma anche maggiormente pregiudicabili dall'eventuale mancata realizzazione del bene, il giudice di legittimità non ritiene legittima l'applicazione del d.lg. 20.6.2005, n. 122, ai negozi comportanti il trasferimento non immediato di un diritto reale su un immobile «sulla carta». La Corte di Cassazione non intende escludere a riguardo la sussistenza di un dubbio di legittimità costituzionale, ma afferma che tale dubbio può essere superato solo in virtù di una pronuncia della Corte costituzionale (e non attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata del disposto legislativo). La Corte non solleva la questione di legittimità costituzionale solo perché ritenuta irrilevante nel caso di specie.
La sentenza espone la problematica della commerciabilità degli immobili «sulla carta», evidenziando sia gli aspetti che

possono avvalorarla, sia quelli che possono screditarla, senza prendere una posizione netta al riguardo. La Suprema Corte si limita a non ritenere legittimo, allo stato attuale della disciplina, il ricorso ad un'interpretazione estensiva o costituzionalmente orientata, senza escludere la sussistenza di un profilo di incostituzionalità: la Cassazione ritiene che solo la Corte costituzionale possa sciogliere tale dubbio di legittimità costituzionale.

---

(1) Petrelli, *Gli acquisti di immobili da costruire, le garanzie, il preliminare e gli altri contratti, le tutele per l'acquirente (D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122)*, Milano, 2005, 2.

(2) Luminoso, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire.* Atti dell'incontro di studi Scuola di Specializzazione per le professioni legali di Lucera, 18-19.11.2005, Milano, 2008, 1.

(3) Casarano, Baldi, Timpano, *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire, analisi e commento, articolo per articolo, del D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122, di attuazione della legge 2 agosto 2004, n. 210, in vigore dal 21 luglio 2005*, Milano, 2005, 84; Tucci, *Le problematiche connesse al finanziamento dell'immobile da costruire: garanzie fideiussorie, assicurative e nuove procedure in materia di suddivisione del finanziamento fondiario e frazionamento dell'ipoteca*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 132.

(4) Marzio, *Crisi d'impresa e contratto. Note sulla tutela dell'acquirente di immobile da costruire*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 57 ss.; Mezzasoma, *Il «consumatore» acquirente di immobili da costruire fra diritto al risparmio e diritto all'abitazione*, Napoli, 2008, 65 ss.

(5) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 37 ss.; Ticozzi, *Applicabilità della disciplina*, in *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire, commento al d. lgs. n. 122 del 2005*, Padova, 2005, 109 ss.; Mezzasoma, *op. cit.*, 97 ss.

(6) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 17 ss.; Luminoso. *op. cit.*, 4-6; Galbusera, *Definizioni e garanzia fideiussoria*, in *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire, commento al d. lgs. n. 122 del 2005*, cit., 60 ss.

(7) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 42-44; Rinaldi, *Immobili in costruzione, fallimenti e tutela degli acquirenti, le garanzie previste dalla legge 210/2004 e dal d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, Dogana, 2005, 87-88; Ticozzi, *Contenuto del contratto preliminare*, in *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire, commento al d. lgs. n. 122 del 2005*, cit., 125 ss.

(8) Tucci, *op. cit.*, 136.

(9) Busani, *Il perimetro dei contratti interessati dalla nuova disciplina sugli edifici da costruire e tecniche contrattuali innovative per «fermare l'affare»*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D.LGS. 122/2005 e prospettive*, Milano, 2006; Iberati, *Il contenuto del contratto preliminare di vendita di immobile da costruire tra richieste del legislatore ed esigenze della prassi*, *ivi*, 71; Lobuono, *Tutela dell'acquirente di immobili da costruire: scenari normativi e percorsi giurisprudenziali*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 31.

(10) Nella nozione di situazione di crisi rientrano una serie di fattispecie, delineate dall'art. 1, 1° co., lett. c, d.lg. 20.6.2005, n. 122, aventi come punto in comune la sottoposizione del venditore-costruttore ad un'esecuzione forzata o a una procedura concorsuale. La disposizione richiamata definisce la situazione di crisi come quella circostanza «che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa». In definitiva la situazione di crisi costituisce una circostanza che denota, da parte del venditore-costruttore, una probabile incapacità di adempiere. Tale fattispecie è autonoma rispetto allo stato d'insolvenza delineato dall'*art. 5, 2° co., l. fall.* («Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni») e, secondo alcuni, nei confronti di questo, costituisce un *quid minus*, in quanto non presuppone un concreto stato di incapacità di assolvere ai propri debiti, ma solo l'avviamento di procedimenti esecutivi e concorsuali. A riguardo cfr. Galbusera, *op. cit.*, 81; Mezzasoma, *op. cit.*, 168 ss.; Petrelli, *op. cit.*, 122 ss.; Rinaldi, *op. cit.*, 82.

(11) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 9 ss.; De Nova, *Art. 2*, in De Nova, Leo, Locati, Roda, *L'acquisto di immobili da costruire, decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122*, Milano, 2005, 7 ss.; Galbusera, *op. cit.*, 49 ss.; Macario, *La prestazione della garanzia fideiussoria. Considerazioni generali*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 85 ss.; Mezzasoma, *op. cit.*, 105 ss.; Paglietti, *La nullità per mancata prestazione della garanzia fideiussoria. Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., Milano, 2008, 105 ss.; Rinaldi, *op. cit.*, 84 ss.; Rizzi, *Il collegamento negoziale tra vendita ed appalto ed D. Lgs. 122/2005*, in *Tutela dell'acquirente degli immobili da costruire: applicazione del D:LGS: 122/2005 e prospettive*, cit., 15 ss.

(12) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 31 ss.; Locati, *art. 4*, in De Nova, Leo, Locati, Roda, *op. cit.*, 7 ss.; Mezzasoma, *op. cit.*, 191 ss.; Rizzi, *op. cit.*, 22 ss.; Rinaldi, *op. cit.*, 86-87; Ticozzi, *Assicurazione dell'immobile*, in *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire, commento al d. lgs. n. 122 del 2005*, cit., 97 ss.

(13) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 71 ss.; Mezzasoma, *op. cit.*, 215 ss.; Roda, *Art. 9*, in De Nova, Leo, Locati, Roda, *op. cit.*, 89 ss.; Rinaldi, *op. cit.*, 90.

(14) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 81 ss.; Mezzasoma, *op. cit.*, 240 ss.; Rinaldi, *op. cit.*, 91 ss.; Roda, *op. cit.*, 99 ss.

(15) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 95 ss.; Cattalozzi, *L'istituzione del "fondo di solidarietà"*, in *Tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, cit., 85 ss.; Conte e Vianello, *Il fondo di solidarietà*, in *La tutela degli acquirenti di immobili da costruire, commento al d. lgs. n. 122 del 2005*, cit., 153 ss.; Locati, *Art. 12*, in De Nova, Leo, Locati, Roda, *op. cit.*, 115 ss; Rinaldi, *op. cit.*, 92 ss.

(16) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 2; Rinaldi, *op. cit.*, 82-83.

(17) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 3; De Nova, *Art. 1*, in De Nova, Leo, Locati, Roda, *op. cit.*, 5; Luminoso, *La compravendita*, 6ª ed., Torino, 2009, 448; Rinaldi, *op. cit.*, 83.

(18) Petrelli, *op. cit.*, 23.

(19) L'*art. 24, 1° co.*, *d.p.r. 6.6.2001, n. 380*, precisa quanto deve attestare il certificato di agibilità, sancendo che «Il certificato di agibilità attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente». Le condizioni di sicurezza, igiene, salubrità e risparmio energetico non sono gli unici presupposti legittimanti il rilascio del certificato di salubrità: infatti la relativa domanda, ai sensi dell'art. 24, 4° co., dev'essere accompagnata da una copia della dichiarazione presentata per l'iscrizione in catasto. Inoltre il rilascio del certificato di agibilità, in virtù dell'art. 25, 1° e 3° co., è soggetto alla verifica della sussistenza della richiesta di accatastamento dell'immobile, dell'autocertificazione del richiedente di conformità dell'opera rispetto al progetto approvato ed in ordine alla prosciugatura dei muri e la

salubrità degli ambienti, la dichiarazione dell'impresa installatrice di conformità degli impianti (o una certificazione corrispondente), il certificato di collaudo statico, il certificato regionale di conformità delle opere realizzate alla normativa vigente in materia di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche. Al fine di tutelare l'incolumità fisica dei privati cittadini, vengono posti dall'art. 5, 3° co., lett. a, come requisiti per il rilascio del certificato di agibilità, il parere dell'A.S.L. (qualora questo non sia sostituibile da un documento di autocertificazione) e, ove necessario, il parere dei vigili del fuoco in ordine al rispetto della normativa antincendio; i sopraddetti pareri, se non vengono allegati alla richiesta di rilascio, vengono direttamente acquisiti dall'ufficio competente. Infine l'art. 115 t.u. edilizia impone al dirigente o responsabile del competente ufficio comunale di rilasciare il certificato di agibilità, dopo aver acquisito anche la dichiarazione di conformità o il certificato di collaudo degli impianti installati, ove previsto, restando salvo quanto disposto dalle leggi vigenti.

(20) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 2; Galbusera, *op. cit.*, 66; Luminoso, *op. ult. cit.*, 450.

(21) L'art. 3, lett. d, delinea due fattispecie di ristrutturazione: la ristrutturazione c.d. «conservativa» e quella c.d. «ricostruttiva». La prima, ai sensi dell'art. richiamato, mira «a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti»; la seconda, sempre ai sensi della disposizione citata, consiste «nella demolizione e ricostruzione con la stessa volumetria e sagoma» dell'immobile preesistente, «fatte salve le sole innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica».

(22) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 4; De Nova, *Art. 1*, cit., 5-6; Petrelli, *op. cit.*, 37 ss.

(23) Più precisamente, l'*art. 3, lett. c, d.p.r. 6.6.2001, n. 380*, definisce tali operazioni come «interventi edilizi rivolti a conservare l'organismo edilizio e ad assicurarne la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell'organismo stesso, ne consentano destinazioni d'uso con essi compatibili. Tali interventi comprendono il consolidamento, il ripristino e il rinnovo degli elementi costitutivi dell'edificio, l'inserimento degli elementi accessori e degli impianti richiesti dalle esigenze dell'uso, l'eliminazione degli elementi estranei all'organismo edilizio».

(24) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 5.

(25) Casarano, Baldi, Timpano, *op. cit.*, 3; De Nova, *Art. 1*, cit., 5; Petrelli, *op. cit.*, 23 ss.

(26) D'Arrigo, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. notariato*, 2006, 911 ss.; Palermo, *Lo schema legale dei contratti relativi ad immobili da costruire*, *ivi*, 2006, 965 ss.; Ticozzi, *Applicabilità della disciplina*, cit.,114 ss.

(27) Petrelli, *op. cit.*, 27 ss.; Id., *Gli acquisti di immobili da edificare e la richiesta di permesso di costruire*, in *Riv. notariato*, 2005, 1233 ss.; Mezzasoma, *op. cit.*, 93 ss.

(28) Luminoso, *L'acquisto di immobili da costruire e i presupposti delle nuove tutele legali*, cit., 9, Id., *La compravendita*, cit., 448.

(29) Il giudice di legittimità al riguardo cita gli estremi di due pronunce del giudice delle leggi: C. cost., 20.6.2008, n. 219, in *Riv. pen.*, 2008, 865; in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, 535; in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 2379; in *Foro it.*, 2008, I, 3420 (s.m.), con nota di E. Turco, *La riparazione della custodia cautelare eccedente l'entità della pena irrogata: la Consulta dilata gli argini dell'art. 314 c.p.p.*; e in *Giur. cost.*, 2008, 2456 (s.m.), con nota di Coppetta, *Riparazione per l'ingiusta detenzione: una declaratoria di incostituzionalità dirompente?*; C. cost., 28.1.2010, n. 26, in *Giust. civ.*, 2010, I, 803; in *Giur. cost.*, 2010, 337; in *Foro it.*, 2010, I, 2978; in *Guida dir.*, 2010, 8, 52 (s.m.), con nota di Piselli, *Eliminata una norma irragionevole che pregiudicava il diritto di difesa*; in *Riv. arb.*, 2010, 73 (s.m.), con nota di Tiscini, *La Corte Costituzionale interviene sui rapporti tra istruzione preventiva ed arbitrato: continua l'estensione del rito cautelare uniforme alla tutela preventiva della prova*; e in *Foro padano*, 2010, I, 456 (s.m.), con nota di Rubino Sammartano, *Arbitrato, accertamento tecnico preventivo e Corte Costituzionale*.La prima pronuncia, in ambito penalistico, afferma che «è palese che la lettera stessa *dell'art. 314 c.p.p.* si oppone ad un'esegesi di tale disposizione condotta secondo i canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme: tale circostanza segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale. L'ammissibilità di quest'ultimo, per non avere il rimettente esplorato la via dell'interpretazione conforme, non è infatti pregiudicata dalla presenza di pronunce giudiziali che abbiano sì conseguito l'adeguamento della norma alla Costituzione, ma per il tramite di interpretazioni eccentriche e palesemente contrarie al dettato letterale della legge». La seconda decisione stabilisce che «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale».

**REVIREMENT IN TEMA DI NULLITÀ DEL PRELIMINARE EX ART. 40 DELLA LEGGE 47/1985**
Vecchio Nicola Alessandro

Cass. civ. Sez. II Sentenza, 17 ottobre 2013, n. 23591

Il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'*art. 40, secondo comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47*, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa.

. I motivi del ricorso.
1.1. Col primo motivo viene dedotta "violazione e/o falsa applicazione della *L. n. 10 del 1977, art. 15*, e della *L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40*".
Ha errato la Corte di Appello a non ritenere applicabili le norme di cui alla *L. n. 10 del 1977, art. 15*, ed alla *L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40*, non potendosi qualificare mera difformità la realizzazione di un intero appartamento (mansarda), posto che solo questo era oggetto della compravendita e non tutto l'immobile condominiale, pure eseguito sulla base di una licenza edilizia.
Viene formulato il seguente quesito: "Il principio secondo cui la *L. n. 10 del 1977, art. 15*, e la *L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40*, sono applicabili alle opere realizzate abusivamente, e non a quelle realizzate in difformità, va valutato in relazione all'oggetto della compravendita. Se l'oggetto della compravendita sia costituito da una singola unità immobiliare realista abusivamente, deve ritenersi che la compravendita riguarda un immobile abusivo, a nulla rilevando se la restante parte dell'edificio sia stata realizzata in virtù di regolare licenza edilità".
1.2 Col secondo motivo viene dedotta la "violazione e/o falsa applicazione (sotto altro profilo) della *L. n. 10 del 1977, art. 15*, e della *L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40*".
La Corte di Appello, ritenendo che le norme non erano applicabili in caso di difformità, ha poi omesso di valutare nel merito le doglianze oggetto dell'appello incidentale.
In più, le motivazioni addotte dalla Corte d'Appello risultano censurabili sotto altro aspetto. La *L. n. 47 del 1985*, per contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, ha sancito la nullità degli atti di compravendita dei fabbricati abusivi, tanto da prevedere la nullità anche solo per la mancata indicazione degli estremi della concessione, ove in effetti esistente. A maggior ragione, quindi, l'atto è nullo se l'immobile è abusivo e gli estremi della concessione sono fittizi. Ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., viene formulato il seguente quesito di diritto: "La *L. n. 47, artt. 17 e 40*, prevedono non solo una nullità formale o testuale legata alla mancanza delle prescritte indicazioni e sanabile con atto successivo, ma anche una nullità sostanziale legata alla carenza della licenzia o concessione edilizia od alla assenza della domanda di concessione in sanatoria e del versamento della prescritta oblazione. E' nullo l'atto di compravendita di una unità immobiliare realizzata abusivamente: - se gli estremi della licenza o concessione edilizia riportati nell'atto non sono veritieri; - se nell'atto sono stati riportati gli estremi di una licenza edilizia rilasciata per la realizzazione eli altre unità immobiliari; - se la unità immobiliare oggetto di compravendita è stata realizzata abusivamente dopo i lavori di costruzione del fabbricato assentito con la licenza o concessione edilizia richiamata nell'atto".
1.3 Col terzo morivo si deduce: "Violazione e/o falsa applicazione degli *artt. 112, 329, 342 e 346 c.p.c.*. Violazione del giudicato interno".
I venditori, nel proporre appello, non hanno contestato in alcun modo la parte della sentenza relativa all'annullamento per errore di fatto essenziale, nè contestando l'esistenza dell'errore, nè contestando l'essenzialità dell'errore per gli acquirenti, confermando, invece, che l'errore era comune. Su queste circostanze doveva ritenersi formato il giudicato interno.
Pertanto, la Corte di Appello non poteva riformare la sentenza per ragioni completamente diverse da quelle dedotte dagli appellanti e per di più su un punto che non era stato oggetto di gravame, e su cui si era consolidato il giudicato.
La sentenza di primo grado, sul punto, non era stata oggetto di censura, e la Corte di Appello non poteva riformarla, disattendendo le argomentazioni del Giudice di primo grado.
In più, la Corte di Appello ha ritenuto non provati i presupposti per l'accoglimento dell'azione di annullamento, in difformità a quanto statuito dal Giudice di primo grado in un punto della sentenza che non era stato oggetto di censura.
Viene formulato il seguente quesito di diritto: "I poteri del Giudice di appello sono delimitati dal contenuto dell'appello, e dai punti della sentenza oggetto di specifica censura. Il Giudice di appello può riformare la sentenza anche per ragioni diverse da quelle dedotte dalle parti; tale principio, tuttavia, non è applicabile quando la questione sia stata specificamente trattata dal Giudice di primo grado, e il punto della sentenza non abbia formato oggetto di impugnazione. In tal caso i poteri del Giudice di appello devono ritenersi limitati dal giudicato interno, e dall'effetto devolutivo dell'appello (tantum devolutum, quantum appellatum). Il Giudice di appello non può ritenere non provati fatti accertati nella sentenza impugnata, quando tale accertamento non sia stato oggetto di contestazione con i motivi di appello".
1.4 Col quarto motivo si deduce: "Violazione e/o falsa applicazione degli *artt. 1428 e 1431 c.c.*". E proposto in subordine rispetto al terzo motivo, nel caso del suo mancato accoglimento.

La Corte di Appello ha accolto l'impugnazione, argomentando che gli attori non avevano provato la "riconoscibilità" dell'errore.
Tuttavia il requisito della riconoscibilità dell'errore non è necessario, quando l'errore sia comune ad entrambe le parti.
Ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., viene formulato il seguente quesito di diritto:
"Nell'azione di annullamento del contratto per errore essenziale il requisito della riconoscibilità dell'errore non è necessario nell'ipotesi di errore comune ad entrambe le parti".
1.5 Col quinto motivo si deduce: "Violazione e/o falsa applicazione degli *artt. 1427, 1428, 1429 e 2697 c.c.*, nonchè *dell'art. 115 c.p.c.*". E' proposto in subordine rispetto al terzo motivo, nel caso del suo mancato accoglimento.
La Corte di Appello ha negato che gli appellanti abbiano provato l'errore essenziale, in quanto "qualità essenziale della res tradita non era la sua conformità al progetto licenziato, ma la sua idoneità ad assolvere la funzione abitativa per la quale veniva acquistata e tale qualità sussisteva. Non hanno invece provato che era per essi determinante la regolarità amministrativa".
Nel caso di specie, non si tratta di piccole difformità che non fanno venir meno le possibilità di godimento dell'immobile a fini abitativi, ma ci si trova in presenza di un immobile realizzato in maniera completamente abusiva, tanto da dover essere demolito.
La mancanza della qualità essenziale è in re ipsa, discende dalla circostanza che si è dovuto procedere all'abbattimento dell'immobile.
Ai sensi dell'art. 366 bis c.p.c., viene formulato il seguente quesito di diritto: "Qualora venga chiesto l'annullamento per errore essenziale di un contratto di compravendita di un appartamento destinato a civile abitazione, deve ritenersi in re ipsa la prova di un errore essenziale qualora venga dimostrato che l'appartamento sia stato realizzato abusivamente, tanto da essere oggetto di una ordinanza di demolizione".
1.6 Col sesto motivo viene dedotto il vizio di "omessa pronuncia".
La Corte di Appello ha ritenuto che gli attori avrebbero potuto e dovuto proporre azione di risoluzione contrattuale, potendosi ravvisare la vendita di un aliud pro alio, non avvedendosi che gli attori, in via subordinata, avevano proposto anche tale domanda. La Corte di Appello ha omesso di pronunciarsi.

2. Il ricorso è fondato e va accolto quanto ai primi due assorbenti motivi.
La questione delle conseguenze dell'alienazione di immobili affetti da irregolarità urbanistiche, non sanate o non sanabili, è stata finora risolta nella giurisprudenza di questa Corte sul piano dell'inadempimento. Ad esempio, la sentenza 22 novembre 2012 n. 20714 ha affermato che, in tema di vendita di immobili, il disposto della *L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40*, consentendo la stipulazione, ove risultino presentata l'istanza di condono edilizio e pagate le prime due rate di oblazione, esige che la domanda in sanatoria abbia i requisiti minimi per essere presa in esame dalla P.A. con probabilità di accoglimento. In tal caso occorre l'indicazione precisa della consistenza degli abusi sanabili, presupposto di determinazione della somma dovuta a titolo di oblazione, nonchè la congruità dei relativi versamenti, in difetto delle quali il promittente venditore è inadempiente e il preliminare di vendita può essere risolto per sua colpa.
Nello stesso ordine di idee la sentenza 19 dicembre 2006 n. 27129 ha affermato che in caso di preliminare di vendita di immobile costituisce inadempimento di non scarsa importanza, tale da giustificare il recesso dal contratto del promittente acquirente e la restituzione del doppio della caparra versata, il comportamento del promittente alienante che prometta in vendita un immobile abusivo per il quale non esiste alcuna possibilità di regolarizzazione.
Ancora più esplicitamente la sentenza 24 marzo 2004 n. 5898 ha affermato che il difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo urbanistico non rileva di per se ai fini della validità dell'atto di trasferimento, trovando rimedio nella disciplina dell'inadempimento contrattuale.
In tale ottica è stata esclusa la nullità dei contratti aventi ad oggetto immobili, nel caso in cui le dichiarazioni previste dalla *L. n. 47 del 1985, artt. 17* o 40, esistano ma non siano conforme al vero.
La recentissima sentenza 5 luglio 2013 n. 16876, pur ritenendo interessante la tesi della c.d. nullità sostanziale, ha affermato che i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola e non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia e la nullità prevista dall'art. 40 in discorso è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967.
In precedenza la sentenza 7 dicembre 2005 n. 26970 (che cita come conforme la sentenza 24 marzo 2004 n. 5898, che peraltro si è occupata della nullità prevista dalla *L. 28 gennaio 1977, n. 10, art. 15, comma 7*) ha affermato che la nullità prevista dagli artt. 17 e 40, cit., assolve la sua funzione di tutela dell'affidamento sanzionando specificamente la sola violazione di un obbligo formale, imposto al venditore al fine di porre l'acquirente di un immobile in condizione di conoscere le condizioni del bene acquistato e di effettuare gli accertamenti sulla regolarità del bene attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria.
Alla rigidità della previsione consegue che, come non può essere attribuita alcuna efficacia sanante all'esistenza della concessione o sanatoria che non siano state dichiarate nel contratto di compravendita di un immobile, così, in presenza della dichiarazione, nessuna invalidità deriva al contratto dalla concreta difformità della realizzazione edilizia dalla concessione o

dalla sanatoria e, in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche.
Non è ben chiaro il pensiero della sentenza 18 settembre 2009 n. 20258, che, dopo avere espressamente affermato che nessuna invalidità deriva al contratto dalla difformità della realizzazione edilizia rispetto alla licenza o alla concessione, e in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche, ha poi aggiunto che la nullità assoluta ai sensi *dell'art. 1418 c.c.*, stabilita dalla *L. n. 47 del 1985, art. 40*, riguarda gli atti di trasferimento immobiliari relativi a costruzioni risultanti non in regola con la normativa edilizia per mancanza della concessione edilizia ovvero della concessione in sanatoria e mira ad attrarre nella comminatoria di nullità (o, trattandosi di giudizio volto ad ottenere una sentenza di trasferimento coattivo ex *art. 2932 c.c.*, nell'impedimento alla pronuncia sostitutiva del negozio non concluso) i casi riguardanti immobili costruiti in maniera così diversa dalla previsione contenuta nella licenza o nella concessione da non potere essere ricondotti alla stessa.
Ugualmente non è ben chiaro il pensiero della sentenza 5 aprile 2001 n. 5068, la quale, dopo avere premesso che l'art. 40, cit., non impone anche la verifica della conformità delle opere realizzate al progetto approvato dalla p.a., poichè il precetto e la relativa sanzione sono stati previsti esclusivamente per l'ipotesi della mancata indicazione della concessione edilizia, aggiunge che la norma in esame vuoi evitare l'ipotesi, agevolmente accettabile anche in sede di stipula, di negoziazione di beni immobili realizzati senza concessione edilizia; per l'altra ipotesi, accertabile solo a seguito di verifiche dei competenti organi tecnici della p.a., l'ordinamento non resta indifferente, reagendo con sanzioni di diversa natura e solo quando, essendo stata accertata già la difformità, nell'atto concernente il bene realizzato in difformità non siano stati indicati ai sensi dello stesso art. 40, comma 2, gli estremi della concessione in sanatoria, anche con la sanzione di nullità. Lo stesso può dirsi per la sentenza 15 giugno 2000 n. 8147, per la quale l'indicazione degli estremi della concessione sarebbe preclusa nel caso in cui tale concessione manchi: per tale via l'irregolarità dell'immobile, finisce per riflettersi sulla validità del negozio giuridico che lo riguarda. In definitiva l'irregolarità del bene non rileva di per sè, ma solo in quanto preclude la conferma dell'atto.
Si può, infatti, osservare che, da un lato, l'irregolarità urbanistica del bene non impedisce che nell'atto di alienazione ne venga attestata, contrariamente al vero, la regolarità, e che, dall'altro, nell'ottica della nullità formale, la irregolarità urbanistica del bene non impedisce la conferma dell'atto nullo per la mancata indicazione degli estremi della concessione attraverso la successiva loro falsa indicazione.
Riesaminata la questione, ritiene il collegio che tali contratti siano da considerare nulli.
Tale conclusione appare giustificata da considerazioni sia logiche che basate sulla stessa formulazione dell'art. 40, della legge citata.
Sotto il primo profilo occorre considerare che se lo scopo perseguito dal legislatore era quello di rendere incommerciabili gli immobili non in regola dal punto di vista urbanistico, sarebbe del tutto in contrasto con tale finalità la previsione della nullità degli atti di trasferimento di immobili regolari dal punto di vista urbanistico o per i quali è in corso la pratica per la loro regolarizzazione per motivi meramente formali, consentendo, invece, il valido trasferimento di immobili non regolari, lasciando eventualmente alle parti interessate assumere l'iniziativa sul piano dell'inadempimento contrattuale. Addirittura si potrebbe prospettare la possibilità per le parti di eludere consensualmente lo scopo perseguito dal legislatore, stipulando il contratto e poi immediatamente dopo concludendo una transazione con la quale il compratore rinunzi al diritto a far valere l'inadempimento della controparte.
Sempre sotto il primo profilo non si può non considerare che il legislatore, con la *L. n. 47 del 1985*, ha inteso prevedere un regime più severo di quello previsto dalla *L. n. 10 del 1977, art. 15*, il quale prevedeva la nullità degli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione, ove da essi non risultasse che l'acquirente era a conoscenza della mancata concessione. Tale inasprimento, invece, sarebbe da escludere ove, per gli atti in questione, all'acquirente dovesse essere riconosciuta la sola tutela prevista per l'inadempimento.
Per quanto riguarda la lettera della legge, poi, la *L. n. 47 del 1985, art. 40, comma 2*, stabilisce testualmente che "Gli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali... relativi ad edifici o loro parti sono nulli e non possono essere rogati se da essi non risultano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'art. 31 ovvero se agli stesi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi della avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione".
La non perfetta formulazione della disposizione in questione consente tuttavia di affermare che dalla stessa è desumibile il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunte una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi.
Significativa appare, poi, la formulazione dell'art. 40, comma 3, cit., in base al quale se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti rispettivamente da indicarsi o da allegarsi (ai sensi del comma precedente) non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dalla inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulate... essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa o al quale siano allegate la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda indicata nel comma precedente.

La previsione che la conferma, la quale sottrae alla sanzione della nullità, può operare solo se la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti contemplati non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dall'inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, non avrebbe senso se tali atti fossero ab origine validi, ferma restando la responsabilità per inadempimento del venditore.
Una volta chiarito tale punto, non può non pervenirsi all'affermazione della nullità di un contratto preliminare che abbia ad oggetto la vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico.
Il fatto che l'art. 40, comma 2, cit., faccia riferimento agli atti di trasferimento, cioè agli atti che hanno una efficacia reale immediata, mentre il contratto preliminare di cui si discute abbia efficacia semplicemente obbligatoria non elimina dal punto di vista logico che non può essere valido il contratto preliminare il quale abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto nullo per contrarietà alla legge.

3. I motivi da 3 a 6 restano assorbiti.

4. Il ricorso va accolto, il provvedimento impugnato cassato in relazione ai motivi accolti, e la causa va rimessa per nuovo esame ad altro giudice del merito pari ordinato, indicato in dispositivo, che si atterrà al principio di diritto affermato, secondo il quale deve ritenersi nullo, per contrarietà alla legge, il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico. Al giudice del rinvio è anche demandato, ex art. 385 cpc, di pronunziare sulle spese del giudizio di legittimità.

**LA NULLITÀ DEL PRELIMINARE DI VENDITA PER IRREGOLARITÀ URBANISTICA DELL'IMMOBILE**

Lavermicocca Domenico

Cass. civ. Sez. II, 17 dicembre 2013, n. 28194

L. 28-02-1985, n. 47, art. 40

**FONTE**

Urbanistica e appalti, 2014, 6, 645

Sommario: **La nullità dei preliminari di vendita. Le pronunce della Cassazione** - **Nullità formale e sostanziale degli atti di trasferimento di immobili** - **Osservazioni critiche alla pronuncia della Corte** - **La nullità del preliminare di vendita** - **Le possibili conseguenze della sentenza** - **In conclusione**

La sentenza in commento estende la sanzione civilistica della nullità, che l'*art. 40, comma 2 della L. n. 47/1985* commina per gli atti di trasferimento immobiliare, anche al contratto preliminare che abbia ad oggetto la vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico. Con tale pronuncia, innovativa rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale, che riconduceva la fattispecie all'inadempimento contrattuale, la Suprema Corte introduce il principio della incommerciabilità degli immobili "irregolari urbanisticamente", in quanto afferma che la nullità degli atti di trasferimento immobiliare, prevista dalla citata norma, ha natura sostanziale, ossia attiene alla regolarità urbanistica dell'immobile, che si aggiunge ad una nullità formale conseguente alla mancata indicazione nell'atto di trasferimento degli estremi degli atti concessori. Tale interpretazione appare contrastante con il dato letterale formale della legge e con la *ratio* normativa sottesa al perseguimento degli abusi edilizi, che avviene indipendentemente da chi sia proprietario dell'immobile, risultando quindi indifferente la circolazione del bene ai fini sanzionatori amministrativi.

## La nullità dei preliminari di vendita. Le pronunce della Cassazione

La Suprema Corte di Cassazione, con due sentenze ravvicinate, quella in commento e un'altra dell'ottobre del 2013[(1)], identiche nelle motivazioni per quel che qui interessa, riscrive i principi su cui fino ad allora aveva deciso i casi in cui oggetto della compravendita o del preliminare di vendita fosse un immobile "urbanisticamente irregolare", riconducendo la fattispecie giuridica all'inadempimento contrattuale.

Questi i casi: per quanto inerente la prima sentenza in ordine temporale (*Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591*), gli acquirenti chiedevano la nullità del contratto di compravendita ai sensi della *L. n. 47 del 1985, artt. 17 e 40, e L. n. 10 del 1977, art. 15*, anche per illiceità dell'oggetto, in quanto i venditori avevano dichiarato che l'immobile era stato realizzato in conformità alle licenze edilizie, pur essendo stata realizzata una mansarda nel sottotetto non abitabile, che era poi l'oggetto della compravendita[(2)]. Nel ricorso per cassazione gli acquirenti lamentavano la violazione e/o falsa applicazione della *L. n. 47/85* non potendosi qualificare come mera difformità la realizzazione di una mansarda abusiva, a nulla rilevando che la restante parte dell'edificio condominiale fosse stata realizzata a fronte di una regolare licenza edilizia; quindi, trattandosi di un immobile abusivo deducevano la nullità sostanziale del contratto di compravendita legata alla carenza di licenza o concessione edilizia. La Cassazione accoglieva il ricorso affermando per la prima volta il principio secondo cui la questione delle conseguenze dell'alienazione di immobili affetti da irregolarità urbanistiche, non sanate o non sanabili, ancorché finora risolta sul piano dell'inadempimento, debba essere invece decisa affermando il principio di diritto secondo il quale dall'*art. 40, L. n. 47/85* sono desumibili due tipologie di nullità, la prima, di tipo sostanziale, che attiene al principio generale della nullità di tutti gli atti di trasferimento di un immobile non in regola con la normativa urbanistica; la seconda, di tipo formale, concernente tutti gli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tale circostanza non risulti dagli atti stessi. La Suprema Corte infine specifica che a questo regime non soggiacciono solo gli atti di trasferimento ad efficacia reale immediata, ma anche quelli che abbiano una mera efficacia obbligatoria come il contratto preliminare[(3)].

Il secondo caso di cui alla sentenza in commento, concerne la domanda di declaratoria di nullità del contratto preliminare di compravendita a causa di irregolarità urbanistiche dell'immobile promesso in vendita, scoperte da entrambe le parti solo successivamente alla stipula del suddetto preliminare e sanate dopo il termine per la stipula del definitivo. I venditori avevano adito il tribunale per sentir dichiarare la nullità o annullamento o risoluzione di detto contratto preliminare, domanda che era stata rigettata, con conferma in appello. La Corte di Cassazione, come per la precedente pronuncia, dopo aver richiamato le pregresse pronunce di legittimità relative alle conseguenze della alienazione di immobili affetti da dette irregolarità edilizie, non sanate o non sanabili, tutte risolte sul piano dell'inadempimento, prendendo le mosse dalla precedente sentenza n. 16876/2013, ha affermato il principio della nullità del preliminare di vendita[(4)].

In entrambi i casi, la Suprema Corte, consapevole del mutamento giurisprudenziale rispetto ai propri stessi precedenti riguardanti la nullità dell'atto di trasferimento immobiliare ai sensi dell'*art. 40, comma 2 L. n. 47/1985*[(5)], argomenta sul piano logico e letterale dello stesso art. 40 per operare una duplice rivisitazione di quanto dalla stessa fino alla medesima pronuncia aveva affermato, anche recentemente[(6)], in merito 1) alla *nullità*, ora non più solo formale ma anche sostanziale, della compravendita di immobile irregolare urbanisticamente, e 2) alla estensione al preliminare di vendita della sanzione civilistica della nullità, applicando allo stesso l'art. 40, comma 2, nonostante la norma faccia riferimento agli atti traslativi

del bene ed abbia quindi effetti reali.

### Nullità formale e sostanziale degli atti di trasferimento di immobili

Per l'analisi della complessa questione, oggetto della stratificazione temporale di norme sulla nullità degli atti di trasferimento immobiliare, occorre ricordare che il nuovo sistema previsto dal Testo Unico dell'edilizia sostituisce il precedente regime dettato dall'*art. 15 della L. n. 10/1977* che sanciva, al comma 7, la nullità degli atti giuridici aventi per oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione, ove l'acquirente non dichiarasse nell'atto di essere a conoscenza della mancanza della concessione stessa. Tale nullità, peraltro da ritenersi ancora applicabile per gli atti stipulati prima della entrata in vigore della vigente normativa, differisce dall'attuale regime in quanto introduceva la sanzione come forma di tutela dell'acquirente, il quale poteva porsi al riparo dalle sanzioni di demolizione e di confisca previste dalla legge, se ignaro e non partecipe dell'abuso, impugnando per nullità l'atto di acquisto, trattandosi quindi - si è ritenuto - di sanzioni di annullabilità e non di nullità. Ciò in quanto l'acquirente poteva, per effetto della dichiarazione, rendere perfettamente valido l'atto.

Nel nuovo regime la possibilità da parte dell'acquirente di rendere comunque valido l'atto di acquisto non è più previsto, in quanto ciò è possibile ad opera della stessa parte contrattuale solo con un atto di successiva conferma che è tuttavia ammesso nel solo caso in cui sussista effettivamente la concessione edilizia.

In merito all'attuale normativa si è posta la questione relativa al carattere (solo) formale o anche sostanziale della nullità prevista dall'*art. 40, comma 2 della L. n. 47/1985* e dall'art. 46 del T.U. edilizia (*ex art. 17 L. n. 47/1985*) e cioè se la menzione del titolo abilitativo nell'atto di compravendita debba essere veritiera perché la vendita possa ritenersi valida e, quindi, se il fabbricato o sua parte sia comunque invendibile se realizzato senza concessione edilizia o licenza, per inefficacia della dichiarazione non rispondente al vero, o nel caso in cui, pur riportati gli estremi del titolo edilizio, l'immobile sia totalmente abusivo sotto il profilo urbanistico-edilizio[(7)].

La lettura delle norme (*art. 40, comma 2, L. n. 47/85* e art. 46 T.U. edilizia) appare semplice nel prescrivere che l'alienante debba dichiarare nell'atto gli estremi della licenza o concessione ad edificare, anche in sanatoria, e ciò persegue l'intento di sottoporre l'alienante ad una precisa responsabilità e di conferire al compratore la possibilità di controllare se in effetti l'immobile venduto sia regolare o integralmente abusivo, ossia sia esente dal vizio di totale assenza di concessione o licenza, vizio che porterebbe a conseguenze estreme quali la demolizione del manufatto o, ancor peggio, alla confisca del medesimo con l'area di pertinenza[(8)].

La nuova normativa differisce dalla precedente, pur restando nel medesimo quadro sanzionatorio, in quanto non sembra più sancire una nullità di tipo sostanziale, imponendo quindi soltanto una disciplina formale dell'atto, mentre l'*art. 15 della L. n. 10/77* riguardava i fabbricati oggettivamente abusivi.

In tal senso era orientata la giurisprudenza, almeno sino alla sentenza in commento, che affermava, come da ultimo deciso, che per la validità del contratto è necessaria unicamente l'esistenza dell'autodichiarazione urbanistica dell'alienante e non la veridicità della stessa, né possono estendersi per analogia i tassativi casi di nullità previsti dalla citata norma[(9)]. In pratica solo l'assenza del titolo edilizio, che legittimasse l'immobile oggetto del trasferimento, comportava la nullità del trasferimento stesso.

La stessa Corte, pur consapevole delle proprie precedenti pronunce, muta orientamento giurisprudenziale con riferimento alla qualifica della nullità dell'atto di trasferimento immobiliare e, immedesimandosi nel legislatore, decide della "non perfetta formulazione" dell'art. 40, comma 2 per affermare che "dalla stessa è desumibile il principio generale della nullità (di carattere sostanziale) degli atti di trasferimento di immobili non in regola con la normativa urbanistica, cui si aggiunge una nullità (di carattere formale) per gli atti di trasferimento di immobili in regola con la normativa urbanistica o per i quali è in corso la regolarizzazione, ove tali circostanze non risultino dagli atti stessi".

Tale affermazione verrebbe corroborata dalla significativa formulazione dell'art. 40, comma 3, cit., che regola l'istituto della conferma dell'atto di trasferimento carente dei requisiti formali, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa o al quale siano allegate la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda indicata nel comma precedente, e che non avrebbe senso se tali atti fossero *ab origine* validi, ferma restando la responsabilità per inadempimento del venditore.

Per tale via l'irregolarità dell'immobile si riflette sulla validità stessa del negozio che lo contempla.

### Osservazioni critiche alla pronuncia della Corte

La lettura che la Suprema Corte propone del combinato disposto delle due norme (art. 40, commi 2 e 3) in passato era stata valutata e respinta dalla stessa sezione della Corte[(10)].

Ciò in quanto - si affermava con argomenti convincenti - se il legislatore avesse voluto attribuire diretta rilevanza alla non conformità dei beni alla normativa urbanistica, con o senza il "filtro" della prescrizione di forma, si dovrebbe finire per considerare valido, al di là delle indicazioni, l'atto che riguardi beni comunque in regola con le norme urbanistiche. Ma in questo modo si svuoterebbe la portata precettiva delle disposizioni in commento poiché risulterebbe ingiustificata la previsione della conferma contenuta negli artt. 17 e 40; inoltre, si finirebbe per vanificare l'apprezzabile tentativo operato dal legislatore di trovare una soluzione che non solo costituisca uno strumento di lotta contro l'abusivismo, ma che soddisfi anche l'interesse dell'acquirente alla (esatta) conoscenza delle condizioni del bene oggetto del contratto[(11)].

Appare difficilmente superabile il fatto che la legge eleva a requisito formale del contratto la presenza in esso di alcune dichiarazioni ed è la loro assenza che di per sé comporta la nullità dell'atto, a prescindere cioè dalla regolarità dell'immobile che ne costituisce l'oggetto.
La sanzione della nullità formale tutela infatti l'affidamento dell'acquirente alla regolarità del bene oggetto del contratto perché egli attraverso la dichiarazione del venditore è adeguatamente informato circa la sua situazione giuridica. La funzione informativa assolta dalla prescrizione di forma presenta inoltre il vantaggio di ridurre le indagini e i costi necessari per accertare la reale conformità del bene alle norme urbanistiche. Ai fini della nullità è invero sufficiente che si riscontri la mancata indicazione nell'atto degli estremi della concessione, senza che occorra interrogarsi sulla reale esistenza di essa.
Soprattutto, la decisione della Corte è criticabile per il fatto che nella stessa si faccia riferimento, per quanto riguarda la nullità sostanziale dell'atto di trasferimento, ad un generica "irregolarità urbanistica", che è concetto di amplissima latitudine da cui nessun immobile, soprattutto se costruito decenni fa, può considerarsi esente (la tecnica costruttiva era molto più approssimativa di adesso), e che è cosa ben differente dall'abuso edilizio, dovendo eventualmente per farsi riferimento, oltre che all'assenza di permesso di costruire, all'abuso totale[12].
Nel proprio ragionamento la Corte non ha tenuto conto del fatto che la sanzione amministrativa che punisce gli abusi edilizi è oggettiva, di natura reale, che concerne il bene indipendentemente da chi ne è proprietario, con la conseguenza che il trasferimento del bene è del tutto irrilevante ai fini della sanzione. Quindi, l'interesse pubblico è tutelato dal sistema sanzionatorio amministrativo, e nessun danno viene provocato se il bene circola, generando economia. Ne consegue che prevedere una sanzione civile conseguente ad un abuso edilizio, desumendolo da una norma che ciò non dispone, oltre che violare il principio per il quale la nullità prevista da una legge speciale deve essere di stretta interpretazione e non può essere estesa a fattispecie differenti da quella prevista[13], è contrario alla stessa *ratio* normativa, che appare erroneamente interpretata come rivolta a rendere incommerciabili gli immobili urbanisticamente irregolari.
Per cui non è rilevante, ai fini della persecuzione degli abusi edilizi da parte delle competenti autorità l'eventuale circostanza - che la sentenza in commento afferma - secondo cui i contraenti potrebbero di comune accordo stipulare un contratto di compravendita per un bene immobile abusivo ed immediatamente dopo concludere una transazione mediante la quale l'acquirente rinunzi a far valere l'inadempimento della controparte rendendo così commerciabile di fatto un bene costruito abusivamente. Inoltre non risulta che l'acquirente sia maggiormente tutelato dalla nullità dell'atto di trasferimento rispetto al riconoscimento della "sola tutela prevista per l'inadempimento".
Il mutato orientamento giurisprudenziale, peraltro contraddetto da una successiva pronuncia della stessa Suprema Corte[14], differente sezione, apre nuove e differenti prospettive, in merito alla contrattazione ed alla stipula non solo degli atti di trasferimento, ma anche di contratti aventi effetti obbligatori. Soprattutto, si porrà la questione della verifica in ordine alla gravità dell'irregolarità urbanistica, *ex lege* rimessa alla competenza dell'amministrazione comunale e del giudice amministrativo, ma che dovrà essere sottoposta alla valutazione del giudice civile ai fini della rilevanza per la conseguenza della nullità sostanziale dell'atto, verifica per nulla semplice, dovendosi distinguere il caso in cui si tratti di piccole difformità che non fanno venir meno le possibilità di godimento dell'immobile a fini abitativi, dalla presenza di un immobile realizzato in maniera completamente abusiva, tanto da dover essere demolito[15].
Ciò anche in considerazione del fatto che nei casi oggetto dei giudizi di cui alle sentenze in commento, si trattava di immobili, in un caso, sanabile (la mansarda) e, nell'altro, sanato.

## La nullità del preliminare di vendita

L'ulteriore passaggio compiuto dalla Cassazione consiste nella trasmissione al preliminare di vendita della causa di nullità prevista dall'art. 40, comma 2 per gli atti di trasferimento.
Al riguardo occorre ricordare che sono soggetti alla disciplina degli artt. 46 e 40 citati e, quindi, alla possibile sanzione della nullità, gli atti tra vivi aventi per oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento della comunione di diritti reali[16].
Si è sempre posta la questione se tra gli atti soggetti alla normativa in esame siano compresi i contratti preliminari[17], dovendo da tale ipotesi escludere il caso in cui il contatto preliminare abbia i requisiti del contratto di compravendita[18]. Il testo della legge in proposito è chiaro[19], nel senso che i contratti preliminari, in quanto hanno effetti soltanto obbligatori e non hanno quindi per oggetto il trasferimento o la costituzione di diritti reali, ma soltanto la costituzione di un obbligazione alla stipula, sono esclusi dalla disciplina in esame[20].
Per la estensione della sanzione civilistica a tali contratti si era sostenuto che, se le formalità di legge e la relativa sanzione di nullità non fossero applicabili anche ai contratti preliminari, non si potrebbe rendere possibile l'eventuale trasferimento per opera del giudice ai sensi *dell'art. 2932 c.c.*, ove la dichiarazione mancasse nel contratto preliminare[21], dovendosi contestare tale assunto rilevando che, ai fini del trasferimento, nella sentenza dovrà darsi atto degli estremi della licenza o concessione edilizia e quindi farsi luogo alla relativa dichiarazione, in forza degli elementi probatori forniti dall'attore in corso di causa, ossia dall'acquirente.
Pertanto, fino alle pronunce in commento, costituiva principio consolidato, da ultimo confermato, quello secondo cui la sanzione della nullità prevista dalla *L. 28 febbraio 1985, n. 47, art. 40*, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, ciò anche in considerazione del fatto che successivamente al contratto preliminare può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o

essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al 1° settembre 1967, con la conseguenza che in queste ipotesi rimane esclusa la sanzione di nullità per il successivo contratto definitivo di vendita, ovvero si può far luogo alla pronunzia di sentenza *ex art. 2932 c.c.*[22].
La Suprema Corte, supera il dato letterale dell'art. 40, comma 2, cit., in quanto questo - si legge - "non elimina dal punto di vista logico che non può essere valido il contratto preliminare il quale abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto nullo per contrarietà alla legge".
Sul punto si può evidenziare che la violazione di una norma imperativa non dà luogo necessariamente alla nullità del contratto giacché *l'art. 1418, comma 1, c.c.*, con l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", esclude tale sanzione ove sia predisposto un meccanismo idoneo a realizzare ugualmente gli effetti voluti dalla norma, indipendentemente dalla sua concreta esperibilità e dal conseguimento reale degli effetti voluti[23].
Comunque non può considerarsi contrario ad una norma imperativa l'obbligo di vendere un immobile irregolare urbanisticamente, mentre lo è, del tutto differentemente, la realizzazione di un immobile abusivo, che infatti viene sanzionato indipendentemente da chi è proprietario dello stesso. Né per altro verso può essere invocata la nullità *ex art. 1418 c.c.* per illiceità della causa del negozio, essendo illecita l'attività di costruzione in assenza di licenza e non quella di vendita di manufatto realizzato in violazione di tali norme.
Diversamente, portando all'estremo il ragionamento della Corte nella sentenza in commento, si giungerebbe al paradosso per il quale, ad esempio, sarebbero nulli i contratti di locazione di immobili affetti da irregolarità urbanistiche.

## Le possibili conseguenze della sentenza

A questo punto, per gli aspetti edilizi, ci si potrà aspettare che, sull'onda delle pronunce in esame, il passo successivo sia quello di configurare l'alienazione di un immobile privo del certificato di agibilità come contratto nullo per illiceità dell'oggetto *ex art. 1346 c.c.*, in virtù di una contrarietà del fabbricato alle norme urbanistiche[24], posizione che in passato, inizialmente avallata dalla giurisprudenza, era stata poi disattesa sulla base del rilievo che nessuna norma imperativa contempla un obbligo di preventivo rilascio del certificato, trattandosi di documentazione posta a tutela del singolo compratore, non rispondente ad una funzione urbanistica generale[25]. Né argomento in contrario poteva desumersi (facendo appello alla cd. nullità virtuale, cioè non espressamente prevista ma desumibile da norme di divieto d'interesse generale esistenti in materia) dalla precedente norma penalistica (*art. 221, R.D. 27 luglio 1934, n. 1265*) che stabiliva una sanzione penale a carico del proprietario che utilizzasse l'edificio o parte di esso a fini abitativi, senza aver preventivamente conseguito la licenza dell'autorità competente: infatti, detta norma sanzionava non il comportamento negoziale del soggetto, bensì il comportamento fattuale di colui che utilizzava l'appartamento senza disporre del certificato di abitabilità.
Il tutto potrà essere diversamente letto in considerazione dell'evoluzione del certificato di agibilità che si sta trasformando, da atto certificativo degli aspetti igienico-sanitari e tecnico-costruttivi in attestazione della conformità dell'intervento edilizio alla disciplina urbanistica vigente[26], la cui mancanza o diniego di rilascio (anche per aspetti inerenti l'impiantistica), afferma una irregolarità rilevante ai fini della nullità del contratto.
In secondo luogo, occorre considerare che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative di legge e per illiceità della causa o dei motivi determinanti e comuni a entrambe le parti - che può discendere tanto congiuntamente quanto disgiuntamente da contrarietà a norme di legge, all'ordine pubblico e al buon costume (*artt. 1343, 1345 e 1418 c.c.*) - è nullità assoluta che, come tale, "può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice", come espressamente prevede *l'art. 1421 c.c.*
Nel giudizio in cui si chieda l'esecuzione di un negozio, come ad esempio il preliminare di vendita ai fini della pronuncia *ex art. 2932 c.c.*, il giudice, cui spetta, in ragione della tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, verificare d'ufficio la sussistenza delle condizioni dell'azione, deve rilevare d'ufficio la nullità del negozio, in ogni stato e grado del giudizio, con ogni conseguenza anche per il promissario acquirente. In particolare è acquisito alla giurisprudenza della Corte il principio che la nullità assoluta, come l'inesistenza, di un contratto, può rilevarsi d'ufficio anche per la prima volta in cassazione, ove siano acquisiti agli atti tutti gli elementi di fatto dai quali essa possa desumersi[27].

## In conclusione

All'esito della pronunce della Corte di Cassazione, risulta che la posizione dell'acquirente e del promissario acquirente è meno tutelata, in nome di un pretesa tutela dell'interesse generale rispetto alla commissione di abusi edilizi, perseguito con una sanzione civile la cui comminazione dipende dalla valutazione dell'irregolarità urbanistica da parte del giudice civile, il cui effetto non potrà che essere recessivo rispetto alla contrattazione ed alla circolazione degli immobili in un momento in cui il settore registra una grave crisi.
L'intervento della Suprema Corte apre prospettive di grande incertezza in un ambito economico assai delicato, per il quale erano stati formulati principi che si attenevano alla formalità che la legge prescrive, quale linguaggio che ciascuno comprende e conosce.
L'attribuire alle medesime norme altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, giudicando la non perfetta l'espressione della volontà legislativa, fa venire meno il limite e la tutela che la legge rappresenta, posto che dovrebbe essere consentito fare ciò che non è espressamente vietato, o sanzionato con la nullità.
---

[(1)] Il contratto preliminare di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è nullo per la comminatoria di cui all'*art. 40, comma 2, della L. 28 febbraio 1985, n. 47*, che, sebbene riferita agli atti di trasferimento con immediata efficacia reale, si estende al preliminare, con efficacia meramente obbligatoria, in quanto avente ad oggetto la stipulazione di un contratto definitivo nullo per contrarietà a norma imperativa (*Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591*).
[(2)] Il primo giudice respingeva la domanda di nullità dell'atto di vendita per essere stata ritualmente indicata la licenza edilizia in base alla quale era stato costruito l'intero fabbricato, non rilevando ai fini della validità dell'atto la difformità rispetto alla licenza del bene venduto. La pronuncia veniva confermata sul punto dalla Corte d'appello che riteneva insussistente sia la nullità *ex art. 15 L. n. 10 del 1977*, essendo stato costruito l'intero immobile condominiale in virtù di licenza edilizia, dovendosi qualificare la trasformazione del sottotetto in mansarda come "opera difforme da quella consentita", sia la nullità *ex art. 1418 c.c.*, non essendo illecita la causa del negozio, essendo illecita l'attività di costruzione in assenza di licenza e non quella di vendita di manufatto realizzato in violazione di tali norme.
[(3)] In dottrina, si veda A. Greco, *Nullo il contratto di compravendita di un immobile abusivo*, nota a *Cass. civ., sez. II, 17 ottobre 2013, n. 23591,* in *Diritto & Giustizia online*, 2013, 00, 1380; F. Mauro, *Sulla nullità del contratto preliminare avente ad oggetto la vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico*, in *www.ildirittoamministrativo.it*.
[(4)] In dottrina si veda il commento alla sentenza da parte di R. Scuccimarra, L.Celli, *La nullità del contratto preliminare di vendita di immobile abusivo: un orientamento da non equivocare*, in *Immobili e Proprietà*, 2014, 2, 76.
[(5)] Tra le più recenti: *Cass. 22 novembre 2012, n. 20714,* in *CED Cass*., 2012; *Cass. 31 maggio 2010, n. 13231,* in *CED Cass*., 2010; *Cass. 18 settembre 2009, n. 20258,* in questa *Rivista*, 2009, 12, 799 e in *Foro It.*, 2010, I, 2148 ss., annotata da Cosentino, in *Giust. Civ.*, I, 2010, 335 ss., in *Vita Not*., 2010, 265 ss.; *Cass. 19 dicembre 2006, n. 27129,* in *Mass. Giur. It.*, 2006; *Cass. 24 marzo 2004, n. 5898,* in *Riv. Not*., 2005, 301, annotata da Bucciarelli-Ducci. Il tema è oggetto di vivaci dibattiti anche in dottrina: Areniello, *Validità del preliminare di vendita di fabbricati abusivi*, in *Corr. Giur*., 1994, 89-90; Torregrossa, *Aspetti innovativi della disciplina urbanistica nella L. 28 febbraio 1985, n. 47*, in *Riv. Giur. Edil*., Suppl., 1985, 2, 15 ss.; Checchini, *Nullità formale e nullità sostanziale nell'alienazione di immobili irregolari*, in *Riv. Giur. Urb*., 1986, 387; Cardarelli, *La legge 28 febbraio 1985, n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile,* in *Riv. Not*., 1986, 281.
[(6)] La stessa Corte, nella sentenza in commento, ricorda la recentissima sentenza 5 luglio 2013 n. 16876, nella quale, pur ritenendo interessante la tesi della cd. nullità sostanziale, ha affermato che i canoni normativi dell'interpretazione della legge non consentono di attribuire al testo normativo un significato che prescinda o superi le espressioni formali in cui si articola e non può non essere considerato il fatto che i casi di nullità previsti dalla norma indicata sono tassativi e non estensibili per analogia, mentre la nullità prevista dall'art. 40, in discorso è costituita unicamente dalla mancata indicazione degli estremi della licenza edilizia, ovvero dell'inizio della costruzione prima del 1967.
[(7)] Secondo la dottrina prevalente ed una parte minoritaria della giurisprudenza, è necessario valorizzare la "funzione preventiva" della disciplina urbanistica. Pertanto la legge imporrebbe, a pena di nullità, non solo l'inserimento in atto della dichiarazione sulla regolarità urbanistica dell'immobile in oggetto, ma anche che tale dichiarazione sia veritiera e, quindi, che l'immobile sia stato effettivamente costruito nel rispetto della disciplina urbanistica (nullità sostanziale). In tal senso si veda: G. Alpa, *Questioni relative alla nozione di nullità nella legge sul condono edilizio*, in *Riv. Giur. Edil*., 1986, II, 89 ss.; A. Cataudella, *Nullità "formali" e nullità "sostanziali" nella normativa sul condono edilizio*, in *Quadrimestre*, 1986, 487 ss.; Bottaro, *Legge di sanatoria dell'abusivismo. Ruolo del notaio*, in *Riv. Not.*, 1985, 840. Più recentemente sostiene la tesi della nullità, anche sostanziale, Checchini, *Nullità formale e nullità sostanziale nell'alienazione di immobili irregolari*, in *Riv. Giur. Urb*., 1987, 387 ss., il quale giustifica la nullità sostanziale sotto il profilo della inefficacia o invalidità della dichiarazione falsa od erronea per mancanza della sua riferibilità alla costruzione. Si veda anche Tondo, *Commento all'art. 17*, in Predieri (a cura di) *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985, 232 ss.; Cardarelli, *La L. 28 febbraio 1985 n. 47 nei suoi riflessi sull'attività notarile*, 1986, I, 273. Marani, *Commento agli artt. 17 e 40* in Gianolio (a cura di), *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica della L 28 febbraio 1985 n. 47*, Rimini, 1985, 239, 510 che sostiene la tesi della nullità sostanziale in quanto la regolarità urbanistico-edilizia dell'edificio è requisito dell'oggetto del contratto, richiesto a pena di nullità *dall'art. 1418 c.c.*
[(8)] In effetti lo scopo della disciplina è duplice, essendo rivolta ad informare la parte acquirente sulla regolarità urbanistica dell'immobile oggetto di acquisto (tutela di un interesse privato), ed a prevenire fenomeni di abusivismo edilizio, non essendo possibile indicare in atto gli estremi di un titolo abilitativo mancante o difforme (tutela di un interesse pubblico).
[(9)] L'*art. 40, comma 2, della L. 28 febbraio 1985, n. 47*, secondo cui, negli atti aventi per oggetto diritti reali relativi ad edifici, in luogo degli estremi della licenza edilizia può essere prodotta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio, attestante che l'opera è iniziata in data anteriore al 2 settembre 1967, configura una nullità formale e non una nullità sostanziale, in quanto per la validità del contratto è necessaria unicamente l'esistenza dell'autodichiarazione urbanistica dell'alienante e non la veridicità della stessa, né possono estendersi per analogia i tassativi casi di nullità previsti dalla citata norma (*Cass. civ., sez. II, 5 luglio 2013, n. 16876,* in *Giust. Civ. Mass*., 2013, rv 627087). Ed ancora: La nullità prevista dagli *artt. 17 e 40 della L. n. 47 del 1985* (omessa dichiarazione degli estremi della concessione edilizia dell'immobile oggetto di compravendita, ovvero degli estremi della domanda di concessione in sanatoria) riveste carattere formale (e non meramente virtuale) riconducibile, per l'effetto, nel sistema generale delle invalidità, all'ultimo comma *dell'art. 1418 c.c.*, attesane la funzione di tutela dell'affidamento dell'acquirente, con la conseguenza che, ai fini della sua legittima predicabilità, è sufficiente che si riscontri la mancata indicazione nell'atto degli estremi della concessione, senza che occorra interrogarsi sulla reale esistenza di essa, e con la conseguenza, ancora, che la eventuale "conferma", pur prevista dalla citata *L. n. 47 del 1985*, deve risolversi in un nuovo e distinto atto, mediante il quale si provveda alla comunicazione dei dati mancanti o all'allegazione dei documenti, avente i medesimi requisiti formali del precedente, ed in forme che non ammettono equipollenti. *Cass. civ., sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147*).
In definitiva la giurisprudenza si è orientata nel senso della "funzione informativa" della disciplina urbanistica, restando la suddetta sanzione relegata al piano formale dell'assenza nel contratto delle menzioni urbanistiche, senza che rilevi la loro eventuale mendacità (nullità formale). Si veda: *Cass. 24 marzo 2004, n. 5898,* in *Riv. Not*., 2005, 301; *Cass. 15 giugno 2000, n. 8147,* in *Mass. Giust. Civ*., 2000; nonché *Cass. 8 febbraio 1997, n. 1199,* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 7. In dottrina, tra gli altri: Fici, *Abusivismo edilizio, invalidità negoziale e contratto preliminare*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, I, 10 e G. Saporito, *Sanzioni civili in materia urbanistica e responsabilità del notaio*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1986, 493.

[10] *Cass., sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147,* in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2001, 641 ss. con nota di commento di P. Dellachà, *Contratti preliminari, contratti definitive e gli adempimenti previsti dagli art. 17 e 40 della l 28.2.1985 n. 47: una dimenticanza del legislatore?*
[11] La "conferma" *ex artt. 17 e 40, L. 28 febbraio 1985, n. 47*, ammessa solo in presenza di un vizio formale, cioè quando manchi o sia inesatta l'indicazione degli estremi di concessione ad edificare o in sanatoria, senza che ciò sia conseguenza di un vizio sostanziale quale è la totale mancanza del provvedimento concessorio, ha, secondo alcuni autori, un vero e proprio effetto sanante nel senso di far riacquistare validità all'atto originariamente nullo: con questa conferma, si rimuove la causa di nullità del negozio originario. Si configura una situazione indubbiamente singolare e in contrasto con il principio dell'insanabilità del negozio nullo che potrebbe chiamarsi validità successiva del contratto (essendo opposta a quella denominata nullità successiva o sopravvenuta). Essa rileva *erga omnes*, precludendo l'esercizio dell'azione di nullità a chiunque abbia interesse ad eccepirla. In definitiva, comunque si voglia vedere la singolare conferma prevista nella *L. n. 47 del 1985*, e cioè come vera e propria sanatoria idonea a far riacquistare validità all'atto originariamente nullo, oppure, secondo quanto sostenuto da altri autori, come dichiarazione di scienza con funzione integrativa dell'atto originario, come ipotesi equiparata agli *artt. 590 e 799 c.c.*, come tipico esempio di accertamento negoziale, come, infine, conferma di un atto solo apparentemente nullo, è, però, ben certo che deve trattarsi di nuovo e distinto atto avente la stessa forma del precedente, mediante il quale si provveda alla comunicazione dei dati mancanti o all'allegazione dei documenti. La legge prescrive, dunque, un atto di conferma o di convalida dell'atto nullo da redigere in forme che non ammettono equipollenti.
[12] Il caso dell'abuso totale si verifica quanto il manufatto realizzato è altra cosa rispetto a quello autorizzato, dovendosi rilevare come la difformità totale è un tipo di abuso definito autonomamente ed espressamente dal T.U. edilizia (art. 31), ancorché parificato nelle sue conseguenze al caso dell'assenza del titolo. Sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, planovolumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile.
[13] Le norme che, pongono limiti all'autonomia privata e divieti alla libera circolazione dei beni in base tanto all'*art. 15 della L. n. 10 del 1977*, quanto all'*art. 40 della L. n. 47 del 1985*, debbono ritenersi di stretta interpretazione, e non possono, pertanto, essere applicate, estensivamente o per analogia, ad ipotesi diverse da quelle espressamente previste (*Cass. civ., sez. II, 20 aprile 2004, n. 7534*).
L'*art. 15, comma 7, della L. 28 gennaio 1977 n. 10*, che sancisce la nullità degli atti giuridici aventi per oggetto immobili costruiti "senza concessione edilizia" ove da essi non risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione stessa, sia per il suo carattere innovativo, sia perché contenuta in una normativa speciale ispirata alla tutela di interessi pubblici legati all'ordinato assetto e sviluppo urbanistico del territorio, è norma di stretta interpretazione, non applicabile oltre i casi ed i tempi in essa considerati (art. 14 disp. prel c.c.) con la conseguenza che non può, in base alla detta norma, essere dichiarata la nullità di un atto avente ad oggetto la compravendita di un immobile costruito non "in assenza" di concessione ma in "difformità" - totale o parziale - della stessa (*Cass. civ., sez. II, 31 ottobre 1989, n. 4554*).

[14] La sanzione della nullità prevista dall'*art. 40 della L. 28 febbraio 1985, n. 47* con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita, come si desume dal tenore letterale della norma, nonché dalla circostanza che successivamente al contratto preliminare può intervenire la concessione in sanatoria degli abusi edilizi commessi o essere prodotta la dichiarazione prevista dalla stessa norma, ove si tratti di immobili costruiti anteriormente al primo settembre 1967, con la conseguenza che in queste ipotesi rimane esclusa la sanzione di nullità per il successivo contratto definitivo di vendita, ovvero si può far luogo alla pronunzia di sentenza *ex art. 2932 c.c.* (*Cass., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28456*).
[15] La totale difformità è parificata, per gli aspetti sanzionatori, alla mancanza di concessione (Cass., sez. II, n. 3892/12). Per quanto invece riguarda la parziale difformità, si ritiene che l'atto sia comunque valido, salva l'applicazione delle norme in tema di responsabilità del venditore. Si rimanda, in proposito, a quanto sostenuto dal Consiglio nazionale del Notariato in apposita circolare (C.N.N., *La legge 28 febbraio 1985, n. 47 - Criteri interpretativi*, 1987, 26). Sostiene il CNN che "al di fuori delle ipotesi di assenza di concessione o licenza e del vizio di totale difformità, gli altri abusi non impediscono la valida circolazione giuridica degli edifici o loro parti". In altra circolare (C.N.N., Circolare ai notai d'Italia 22 ottobre 1994, prot. 3138), lo stesso organo sostiene che "gli abusi di minore gravità possono determinare sanzioni di altro genere, ma continuano a non incidere assolutamente sull'attività negoziale (anche se su di essa va puntualmente richiamata l'attenzione delle parti)". In definitiva, gli abusi cd. "minori" non precludono la commercializzazione del manufatto.
[16] G. Mengoli, *Compravendita immobiliare e normativa urbanistica*, Milano, 2011, 169 ss.
[17] Sul punto la dottrina è concorde nell'escludere la soggezione del preliminare alle formalità di cui agli artt. 17 e 40 ed alla relativa sanzione di nullità. In proposito: G. Alpa, *Condono edilizio*, 358; Checchini, *op, cit*., 410; D. Migliori, *Contratto, preliminare esecuzione in forma specifica e L 47/85*, in *Riv. Not.*, 1998. Si veda anche I. L. Nocera, *Preliminare di vendita di un immobile abusivo*, in *Immobili e Proprietà*, 2012, 10, 551 ss.
[18] Nella sentenza *Cass., sez. II, 15 giugno 2000, n. 8147,* la Suprema Corte ha ritenuto che l'atto in contestazione, al di là del nome datogli dalle parti, è stato qualificato dai giudici di merito come immediatamente traslativo della proprietà e tale deve essere ormai ritenuto non essendovi stata sul punto impugnazione. In un contesto probatorio carente sotto il profilo dei requisiti di cui all'*art. 40 L. n. 47/1985*, va pertanto dichiarata la nullità del contratto stipulato dalle parti in quanto contrastante con le disposizioni contenute nella stessa norma.
[19] Secondo *l'art. 12 delle preleggi*, avente ad oggetto "Interpretazione della legge", nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.
[20] È rilevante al riguardo richiamare il regime in vigore negli anni 40. Il R.D.L. 27 settembre 1941 n. 1016 che sanciva, certamente con maggiore precisione la nullità degli atti di trasferimento di immobili non registrati in termini, precisava, distinguendo i due tipi di atti, che ad uguale sanzione erano soggette le promesse di vendita.
Nel vigore dell'*art. 15 della L. n. 10/1977*, la giurisprudenza si è espressa in ordine alla nullità del preliminare di vendita, affermando che

"l'*art. 15 L. n. 10 del 1977* prevede la nullità degli atti giuridici - tra i quali vanno ricompresi anche i contratti preliminari - aventi a oggetto unità edilizie costruite in assenza ovvero in difformità della concessione, salvo che dagli stessi risulti che l'acquirente era a conoscenza della mancanza della concessione. La deroga al principio della nullità degli atti richiede - in particolare - due distinte e autonome condizioni che devono entrambe concorrere, *id est* non solo che l'acquirente sia a conoscenza dell'abuso ma anche che tale conoscenza risulti formalmente dall'atto della cui nullità si discute" (*Cass. civ., sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2204*).

(21) Con la sentenza 30 novembre 2007, n. 25050 la Suprema Corte, sezione II, ha dato risposta negativa alla domanda di esecuzione forzata *ex art. 2932 c.c.* di un contratto preliminare di vendita avente ad oggetto immobili giudicati abusivi perché costruiti in violazione della concessione edilizia, nonostante "l'assunto del ricorrente secondo cui tale normativa [*i.e. artt. 17 e 40 L. n. 47/1985*] non riguarda i contratti preliminari ma solo i contratti con effetti traslativi". Si veda la nota di commento alla sentenza di G. La Marca, *Nullità urbastiche e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932 c.c.*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, giugno 2008, n. 6.
(22) Si veda *Cass., sez. III, 19 dicembre 2013, n. 28456*. Nei medesimi termini, con riferimento ad immobili privi di concessione edificatoria: *Cass., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15734;Cass., sez. II, 11 luglio 2005, n. 14489*. Ed ancora: La nullità prevista dall'*art. 40 L. 28 febbraio 1985 n. 47* con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria deve ritenersi limitata ai trasferimenti aventi effetto reale, e non estesa ai contratti ad efficacia meramente obbligatoria, come il preliminare di vendita, i quali restano, pertanto, disciplinati dall'*art. 15 L. 28 gennaio 1977*, n.10, secondo cui la nullità di tali contratti, se relativi ad immobili privi di concessione, non può essere fatta valere in giudizio alla duplice condizione che l'acquirente sia a conoscenza dell'abuso e che tale conoscenza risulti formalmente dall'atto, della cui nullità si discute (*Cass., sez. II, 30 gennaio 2013, n. 2204*).
(23) Pertanto la vendita di un fondo compiuta senza il rispetto delle norme sul diritto di prelazione di cui agli *artt. 8 della L. n. 590 del 1965* e 7 della *L. n. 817 del 1971*, non è viziata da nullità ai sensi del citato art. 1418 (né ai sensi *dell'art. 1344 c.c.*) sussistendo il rimedio dell'esercizio del riscatto (da parte degli aventi diritto alla prelazione) idoneo a conseguire l'obiettivo normativo dello sviluppo della proprietà contadina, a nulla rilevando l'accidentale decadenza della possibilità di esperirlo (nella specie, per decorrenza dell'anno dalla trascrizione dell'atto di vendita). (*Cass., sez. III, 3 agosto 1987, n. 6691*).
È quindi evidente che, come già detto, la pubblica amministrazione possiede i più opportuni mezzi per eliminare l'irregolarità urbanistica.

(24) In tal senso, in giurisprudenza, v. Trib. Venezia, 9 febbraio 1978. In dottrina, a favore della tesi della nullità, v. N. Monaco, *Azioni edilizie e compravendita di case*, Padova, 1984, 189 ss.
(25) In tal senso *Cass., sez. II, 20 aprile 2006, n. 9253,* cit.; *Cass., sez. I, 5 ottobre 2000, n. 13270;Cass., 29 marzo 1995, n. 3687;Cass., 11 agosto 1990, n. 8199*.
(26) Si veda l'art. 23 della L.R. Emilia Romagna n. 15/2013, ai sensi del quale (comma 11), in caso di esito negativo dei controlli nel corso del rilascio dell'agibilità per gli aspetti edilizi (comma 10, lett. a e b), trovano applicazione le sanzioni previste (L.R. n. 23 del 2004), per le opere realizzate in totale o parziale difformità dal titolo abilitativo o in variazione essenziale allo stesso.
(27) Si veda sent. Cass. nn. 4649/83; 11/84; 3633/1985; 6418/86; 8576/94; 1981/95.
Recenti ricostruzioni improntano la questione della distinzione tra le due forme di invalidità del contratto in termini di finalità perseguite dal legislatore con la loro previsione: mentre l'annullabilità presidia interessi particolari, la nullità (almeno in via generale, e ferma comunque la trasformazione che da ultimo sta subendo l'istituto sempre più posto a presidio di regole del mercato e di tutela del ceto dei consumatori) è tesa alla tutela di interessi generali dell'ordinamento: "il ricorso da parte del legislatore alla previsione della nullità del negozio costituisce il mezzo per la tutela effettiva di interessi generali considerati valori fondamentali per l'intera organizzazione sociale". Trova così giustificazione la diversa gravità della sanzione comminata (inefficacia *ab origine*/efficacia precaria) e così il diverso regime delle due forme di invalidità.

**VENDITA DI COSA ALTRUI**

**CASS. CIV. SEZ. UNITE, 18-05-2006, N. 11624 (RV. 588777)**
La Gamba e altri c. Profeti

VENDITA - SINGOLE SPECIE DI VENDITA - DI COSA ALTRUI - IN GENERE - Preliminare di vendita di cosa altrui - Obbligazione del promittente venditore - Esecuzione del suo adempimento anche in caso di buona fede del promissario - Ammissibilità - Modalità di realizzazione di detto adempimento - Impegno a procurare l'acquisto del promissario direttamente dall'effettivo proprietario - Legittimità - Azione di risoluzione del contratto, da parte del promissario acquirente per assunto inadempimento del promittente venditore prima della scadenza del termine per la stipulazione del definitivo - Configurabilità - Esclusione - Fondamento.
In tema di contratto preliminare di vendita, il promittente venditore di una cosa che non gli appartiene, anche nel caso di buona fede dell'altra parte, può adempiere la propria obbligazione procurando l'acquisto del promissario direttamente dall'effettivo proprietario. Pertanto, il promissario acquirente, il quale ignori che il bene, all'atto della stipula del preliminare, appartenga in tutto od in parte ad altri, non può agire per la risoluzione prima della scadenza del termine per la conclusione del contratto definitivo, in quanto il promittente venditore, fino a tale momento, può adempiere all'obbligazione di fargli acquistare la proprietà del bene, acquistandola egli stesso dal terzo proprietario o inducendo quest'ultimo a trasferirgliela. (Rigetta, App. Firenze, 21 Marzo 2000)

**FONTI** Mass. Giur. It., 2006 Corriere Giur., 2006, 10, 1394 nota di BOLONDI, TRAVAGLINO Notariato, 2006, 6, 669 Vita Notar., 2006, 2, 1, 802 CED Cassazione, 2006 Contratti, 2007, 2, 149
In quanto proposte contro la stessa sentenza, le due impugnazioni vanno riunite in un solo processo, in applicazione *dell'art. 335 c.p.c.*.
Con il motivo addotto a sostegno del ricorso principale L.G. W. e V.T. lamentano che la Corte di appello "ha applicato il disposto *dell'art. 1478 c.c.* anzichè quanto previsto *dall'art. 1479 c.c.*", pur se "al momento della sottoscrizione del contratto preliminare di compravendita la sig.ra P.M. non aveva messo a conoscenza i promittenti acquirenti che l'immobile fosse di proprietà di altri" e in tali casi "è possibile per il compratore chiedere la risoluzione del contratto salvo che il venditore non abbia, nel frattempo, acquistato la proprietà della cosa", mentre "nella fattispecie ciò era tanto più importante perchè esistevano, come è stato riconosciuto da tutti i testi, problemi di esercizio del diritto di prelazione da parte di terzi, con la conseguenza che i ricorrenti non avrebbero più avuto la garanzia da parte del loro originale contraddittore e promittente venditore". Secondo i ricorrenti principali, pertanto, P. M. avrebbe dovuto acquistare lei stessa l'immobile in questione e poi trasferirlo a loro, sicchè legittimamente avevano rifiutato di farselo alienare direttamente dagli effettivi proprietari, per il tramite della stessa P. in veste di loro procuratrice.
In ordine alle modalità di adempimento dell'obbligazione assunta dal promittente venditore di una cosa altrui, nella giurisprudenza di legittimità è insorto un contrasto, per la cui composizione la causa è stata assegnata alle sezioni unite.
In prevalenza, questa Corte si è orientata nel senso che la prestazione può essere eseguita, indifferentemente, acquistando il bene e ritrasmettendolo al promissario, oppure facendoglielo alienare direttamente dal reale proprietario, in quanto *l'art. 1478 c.c.* - relativo al contratto definitivo di vendita di cosa altrui, ma applicabile per analogia anche al preliminare - dispone che il venditore "è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore", il che può ben avvenire anche facendo sì che il terzo, al quale il bene appartiene, lo ceda egli stesso al promissario (v., tra le più recenti, Cass. 6 ottobre 2000 n. 13330, 23 febbraio 2001 n. 2656, 27 novembre 2001 n. 15035, 5 novembre 2004 n. 21179, 24 novembre 2005 n. 24782).
Talvolta si è però deciso che l'obbligazione In questione deve invece essere adempiuta acquistando il bene e ritrasferendolo, in particolare nel caso in cui l'altra parte non fosse stata consapevole dell'altruità, poichè *l'art. 1479 c.c.* - anch'esso dettato per la vendita definitiva, ma estensibile a quella preliminare - abilita il compratore a "chiedere la risoluzione del contratto, se, quando l'ha concluso, ignorava che la cosa non era di proprietà del venditore, e se frattanto il venditore non gliene ha fatto acquistare la proprietà" (v. Cass. 5 luglio 1990 n. 7054, 10 marzo 1999 n. 2091, relative, rispettivamente, a un contratto definitivo e a uno preliminare di vendita di cosa altrui).
Ritiene il collegio che debba essere seguito l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario.
Stante la latitudine delle citate previsioni normative, non vi è ragione per escludere che la prestazione possa essere eseguita "procurando" il trasferimento del bene direttamente dall'effettivo proprietario, senza necessità di un doppio trapasso; il 2 comma *dell'art. 1478 c.c.*, menziona bensì l'acquisto che eventualmente compia l'alienante, nel caso di vendita (definitiva) di cosa altrui, ma come una particolare modalità di adempimento, alla quale eccezionalmente riconnette l'effetto di far diventare senz'altro proprietario il compratore.
Nè una diversa soluzione può essere adottata per il caso in cui il promissario avesse ignorato, al momento della conclusione del preliminare, la non appartenenza del bene al promittente. Il disposto *dell'art. 1479 c.c.*, che consente al compratore in "buona fede" di chiedere la risoluzione del contratto, è coerente con la natura - di vendita definitiva - del negozio cui si riferisce, destinato, nell'intenzione delle parti, a esplicare quell'immediato effetto traslativo che è stabilito *dall'art. 1376 c.c.*, ma è impedito dall'altruità della cosa: altruità che invece non incide sul sinallagma instaurato con il contratto

preliminare, il quale ha comunque efficacia soltanto obbligatoria, essendo quella reale differita alla stipulazione del definitivo, sicchè nessun nocumento, fino alla scadenza del relativo termine, ne deriva per il promissario. *Dall'art. 1479 c.c.*, pertanto, non può desumersi che egli sia abilitato ad agire per la risoluzione - e quindi ad opporre l'exceptio inadimpleti contractus - se l'altra parte, nel momento in cui vi è tenuta, è comunque in grado di fargli ottenere l'acquisto, direttamente dal proprietario.
D'altra parte, il ritenere esatta tale modalità di adempimento è in sintonia con l'essenza e la funzione del contratto preliminare di vendita, quali sono state individuate nelle più recenti elaborazioni dottrinali, che hanno superato la concezione tradizionale dell'istituto e che qualche riflesso hanno avuto anche in giurisprudenza.
Il contratto preliminare non è più visto come un semplice pactum de contrahendo, ma come un negozio destinato già a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il definitivo, sicchè il suo oggetto è non solo e non tanto un facere, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un sia pure futuro dare: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti. Se il bene già appartiene al promittente, i due aspetti coincidono, pur senza confondersi, ma nel caso dell'altruità rimangono distinti, appunto perchè lo scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene comunque ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall'essere stato - o non - a conoscenza della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela.
Nè vale obiettare che l'identità del venditore, come i ricorrenti principali deducono, non è indifferente per il compratore, il quale può risultare meno tutelato, relativamente all'evizione e ai vizi.
In proposito, in consonanza con le menzionate opinioni dottrinali, la giurisprudenza si è orientata nel senso che la conclusione del definitivo, per tali profili, non assorbe nè esaurisce gli effetti del preliminare, il quale continua a regolare i rapporti tra le parti, sicchè il promittente alienante resta responsabile per le garanzie di cui si tratta (v., da ultimo, Cass. 27 novembre 2001 n. 15035).
Si deve quindi affermare che il promittente venditore di una cosa che non gli appartiene, anche nel caso di buona fede dell'altra parte, può adempiere la propria obbligazione procurando l'acquisto del promissario direttamente dall'effettivo proprietario.
Alla stregua di questo principio, il ricorso principale va rigettato, dovendosi riconoscere che la Corte di appello correttamente ha ritenuto superfluo accertare se L.G.W. e V. T. fossero stati inizialmente ignari dell'altruità dell'immobile in questione, essendo anche in tale ipotesi ingiustificato il loro rifiuto di addivenire alla conclusione del contratto definitivo, dato che P.M. si era munita di una procura rilasciatale dagli effettivi proprietari del bene, che la abilitava a effettuarne la vendita in nome loro.
Con il primo motivo del ricorso incidentale si deduce che "la Corte d'Appello ha dichiarato la risoluzione del contratto preliminare de quo per inadempimento di Controparte senza condannarla al risarcimento del danno richiesto che all'inadempimento consegue per legge non tenendo conto che tale domanda di risarcimento del danno, che spetta in ogni modo alla "comparente, era stata avanzata anche in via equitativa".
La doglianza va disattesa, poichè con la sentenza impugnata si è rilevato che nessuna prova, in ordine ai danni asseritamele subiti, era stata data nè offerta da P.M.: prova che comunque avrebbe dovuto essere fornita, relativamente all'an, poichè è soltanto per la determinazione del quantum che si può fare luogo alla liquidazione in via equitativa, ove non ne sia dimostrabile il preciso ammontare (v., per tutte, Cass. 18 agosto 2005 n. 16112).
Con il secondo motivo del ricorso incidentale P.M. lamenta che "una volta liquidate come da dispositivo le spese di 1^ e 2^ grado la Corte di appello non ha imposto a Controparte la restituzione delle somme che le erano state liquidate a titolo di spese legali dal Primo Giudice".
Neppure questa censura può essere accolta, in quanto dalle conclusioni riportate nell'epigrafe della sentenza impugnata risulta che la domanda di restituzione di cui si tratta non era stata formulata.
Anche il ricorso incidentale deve essere pertanto rigettato.
Le spese del giudizio di Cassazione vengono compensate tra le parti, in considerazione della reciproca loro soccombenza.

**P.Q.M.**

La Corte riunisce i ricorsi; li rigetta entrambi; compensa tra le parti le spese del giudizio di Cassazione.
Così deciso in Roma, il 16 marzo 2006.
Depositato in Cancelleria il 18 maggio 2006

**L'ADEMPIMENTO DEL CONTRATTO PRELIMINARE DI VENDITA DI UN BENE INTEGRALMENTE ALTRUI - PRELIMINARE DI VENDITA DI COSA ALTRUI E MODALITÀ DI TRASFERIMENTO DEL BENE AL PROMISSARIO ACQUIRENTE**

di Giacomo Travaglino

Cass. civ. Sez. Unite, 18 maggio 2006, n. 11624

**FONTE** Corriere Giur., 2006, 10, 1394 *Obbligazioni e contratti - Vendita*

**I termini del contrasto**

La seconda sezione della Corte di cassazione, investita del ricorso di due coniugi promissari acquirenti di un immobile, con ordinanza depositata il 23 luglio 2004, ha disposto la trasmissione degli atti al primo Presidente per l'assegnazione del procedimento alle sezioni unite, avendo rilevato l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza sul tema del contratto preliminare di vendita di cosa altrui in ordine allo specifico profilo dell'adempimento del promittente venditore: se, cioè, quest'ultimo *possa adempiere facendo ottenere all'altra parte il trasferimento del bene direttamente dall'effettivo proprietario, o se invece debba egli ottenerne la proprietà per poi ritrasmetterla al promissario acquirente***.**

Così individuati i termini della questione (questione che, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, appare forse meritevole di un più articolato approfondimento, in relazione alle composite e disomogenee posizioni assunte della giurisprudenza di legittimità *in subiecta materia*), pare opportuno premettere, alla concreta individuazione ed analisi delle più significative pronunce (a partire dal 1942 sino alla sentenza che oggi si commenta) direttamente o indirettamente riferibili alla complessa vicenda degli obblighi gravanti sul promittente venditore di cosa altrui, alcune osservazioni (giocoforza parziali, largamente incomplete) di portata generale sul tema della vendita di cosa altrui e del contratto preliminare, onde pervenire ad una più approfondita e soddisfacente analisi dell'odierno *dictum* delle Sezioni Unite.

**La vendita di cosa altrui**

*a) Le origini storiche - La codificazione del 1942, come è noto, ha introdotto (art. 1478) una disciplina dell'istituto della vendita di cosa altrui considerevolmente diversa rispetto a quella prevista nel codice del 1865 (il cui art. 1459, nel riprodurre la disposizione dell'art. 1599 Code Napoleon,* sanciva la nullità *tout court* della fattispecie, salvo il risarcimento dei danni per il compratore di buona fede, ed esclusa, per il venditore, la facoltà di esercitare egli stesso l'*actio nullitatis* [(1)]), ma riproduttiva, nella sostanza, del disposto dell'art. 59 del codice di commercio del 1882 (che, invece, considerava valida la vendita commerciale di cosa d'altri, ponendo a carico del venditore l'obbligo di procurare l'acquisto del bene al compratore, salvo il risarcimento danni): viene così sancita, in via definitiva, nel nostro ordinamento, la validità della relativa convenzione negoziale, disciplinata, sul piano normativo, come fattispecie di vendita obbligatoria.

*b) Gli aspetti strutturali - La vendita di cosa altrui rientra, dunque, nella categoria della cd. vendita obbligatoria*, caratterizzata dalla circostanza che l'effetto traslativo non si verifica contestualmente alla stipula del negozio, ma è differito al momento dell'acquisto della titolarità del bene da parte dell'alienante/non proprietario: sorge, dal negozio di alienazione, un effetto (non reale ma) meramente obbligatorio per una delle parti, che si impegna a far acquistare la proprietà al compratore, sul presupposto che il bene appartenga ad altri al momento della stipula del contratto. [(2)]

L'istituto si articola, sul piano morfologico, in tre distinte fattispecie: a) *la vendita di cosa altrui considerata come tale da entrambe parti*, vicenda negoziale indiscutibilmente valida, fonte dell'obbligo dell'alienante di procurare al compratore la proprietà della cosa entro un certo termine, convenzionalmente stabilito tra le parti o, se del caso, fissato dal giudice ex art. 1183 [(3)] - mentre, in caso di mancato acquisto da parte del venditore, questi risponde a titolo di responsabilità oggettiva nei confronti dell'acquirente, in applicazione analogica del disposto *dell'art. 1381 c.c.* - [(4)]; b) *la vendita di cosa altrui come cosa propria*, nella quale *l'altruità della res sia ignota al compratore* (cd. acquirente di buona fede), cui specificamente fa riferimento l'art. 1479 [(5)], anche se, in tale ipotesi, la facoltà del compratore di chiedere immediatamente la risoluzione del contratto rende il procurato acquisto da parte dell'alienante null'altro che un mezzo per evitare la caducazione del negozio, piuttosto che l'attuazione di un obbligo scaturente dalla vendita; c) *la vendita come propria della cosa altrui nella quale l'alienità della cosa sia nota al compratore* (cd. compratore di mala fede), anch'essa fattispecie di vendita obbligatoria valida, salva possibilità di impugnativa per errore dell'alienante che abbia ignorato il suo difetto di legittimazione.

Va ancora ricordato come la giurisprudenza di legittimità, con riferimento a tutte le possibili fattispecie di vendita di cosa altrui [(6)], abbia costantemente rilevato che le norme degli artt. 1478 e 1479 postulano, per la loro applicabilità, pur sempre l'esistenza *di un comportamento lecito* da parte dei contraenti, risultando, per l'effetto, inattuabili tutte le volte in cui l'alienante si sia procurato il bene in modo delittuoso (appropriazione indebita, furto, rapina, ricettazione), ovvero non sia in condizioni di dimostrare di aver ignorato incolpevolmente la provenienza illecita della *res* [(7)].

*c) Aspetti funzionali - L'adempimento dell'obbligazione del venditore - Dottrina e giurisprudenza, premesso che l'obbligo del venditore di procurare l'acquisto al compratore permane a prescindere dalla consapevolezza o meno, da parte di quest'ultimo, dell'altruità della cosa* [(8)], hanno individuato forme diverse di adempimento di tale obbligazione, che possono così riassumersi: *1) acquisto del diritto dal terzo proprietario da parte del venditore*, forma "normale" di adempimento dell'obbligo scaturente dal negozio, [(9)] che postula una sequenza composta dall'acquisto dal terzo del bene oggetto dell'alienazione e dalla produzione dell'effetto traslativo automaticamente ed immediatamente nel patrimonio

dell'acquirente, senza necessità di ulteriori atti o attività da parte del venditore; [10] 2) *acquisto del diritto dal terzo proprietario direttamente da parte del compratore,* che postula l'attivazione del venditore a procurare al compratore l'acquisto del bene direttamente dal terzo: [11] la stessa giurisprudenza della S.C. [12] ritiene del tutto legittima tale ipotesi, anche se, ai fini della valutazione dell'avvenuto adempimento dell'obbligo del venditore, si è ritenuto pur sempre necessario che tale vendita diretta abbia luogo in conseguenza di un'attività svolta dallo stesso venditore nell'ambito dei suoi rapporti con il proprietario, e che quest'ultimo manifesti, in forma chiara ed inequivoca, la propria volontà di vendere il bene di sua proprietà al compratore, potendosi solo in tal modo realizzarsi, con l'effetto traslativo, quel risultato che il compratore intendeva conseguire e che il venditore si era obbligato a procurargli. [13] La natura giuridica di tale alienazione, secondo la dottrina maggioritaria, è quella del negozio solutorio, [14] che integra, nella sostanza, gli estremi dell'adempimento del terzo [15], ma per il quale sarebbe, almeno secondo alcuni autori, necessaria l'accettazione da parte del compratore, [16] mentre, secondo altri [17], quest'ultimo non può e non deve svolgere alcuna ulteriore attività, avendo già in precedenza manifestato il suo consenso al realizzarsi della vicenda traslativa, anche se il compratore non può ritenersi, comunque, obbligato a stipulare l'atto pubblico di acquisto direttamente con il terzo proprietario [18]; 3) *acquisto a titolo originario procurato dal venditore,* qualora il venditore si attivi per consentire l'acquisto del bene da parte del compratore a titolo originario, istantaneo o differito, ex artt. 1153 e 1159 [19].

**Il contratto preliminare - vecchi e nuovi orientamenti**

Il tema della natura giuridica del contratto preliminare è stato, come ampiamente noto, oggetto di una profonda riflessione critica, con riferimento tanto agli aspetti morfologico/strutturali della fattispecie, quanto alle sue vicende funzionali. [20] Si ricorderà come, secondo la dottrina tradizionale, esso costituisca null'altro che un *pactum de contrahendo* caratterizzato da una funzione meramente dilatoria, quella, cioè, di differire nel tempo la stipula di un contratto già determinato nei suoi elementi essenziali, [21] e, coerentemente con questa impostazione, suffragata anche dalla relazione al Re sul codice civile, si soleva unanimemente ravvisare in una obbligazione di mero *facere* (la riproduzione un futuro consenso in sede di stipula dell'atto del definitivo, esso solo dotato di efficacia traslativa) l'oggetto del contratto [22]. La ricostruzione classica della fattispecie è stata, peraltro, oggetto a più riprese di radicali rivisitazioni in dottrina, essendosi osservato [23] come il promittente venditore, in realtà, non si impegni soltanto a prestare un generico consenso, "un nudo ed anodino *contrahere* ", ma si obblighi, per converso, *illico et immediate*, a "produrre la vicenda reale sul bene" [24], sicché il preliminare di vendita, nella funzione socialmente tipica assunta nella recente esperienza giuridica [25], risulterebbe funzionale ad una duplice sequenza di prestazioni, la prima, immediata, di prestazione il consenso, l'altra, mediata, di trasferimento del bene. Ecco allora che il tessuto negoziale del compromesso si caratterizza non solo (e non tanto) per l'effetto di differimento della stipula del contratto definitivo, quanto piuttosto per la scissione dell'effetto obbligatorio della vendita da quello traslativo della proprietà, separando diacronicamente *titulus* e *modus adquirendi*. Secondo questa decostruzione/ricostruzione della fattispecie, allora, il contratto preliminare si atteggia ad unica e vera fonte negoziale sostanziale del rapporto, non diverso sul piano funzionale da una compravendita ad effetti obbligatori. [26] Né tale "rivoluzionaria" concezione dell'istituto è parsa priva di echi consistenti, sia pur saltuari, in alcune pronunce della stessa giurisprudenza di legittimità,[27] che, sul terreno del preliminare, sembra seguire negli anni un percorso di tipo carsico, che scorre sottotraccia all'ombra di opposti e palesati orientamenti affannosamente predicativi della tradizionale icona dell'"oggetto consistente nella sola prestazione del consenso"[28]. Ma l'enucleazione dell'aspetto di "elasticità relazionale" caratterizzante il rapporto tra preliminare e sentenza ex *art. 2932 c.c.* non mancherà di estendere la sua portata anche all'aspetto soggettivo delle rispettive fattispecie, con conseguente riconoscimento della legittimità di una non perfetta coincidenza tra parte del preliminare e avente diritto alla conclusione del contratto definitivo. Specie con riferimento al preliminare a favore di terzo, la giurisprudenza predicherà, difatti, a più riprese il principio secondo cui il diritto del terzo a favore del quale sia stata prevista la stipulazione del contratto definitivo non si sottrae, di regola, alla garanzia della tutela prevista *dall'art. 2932 c.c.*, e il superamento del dogma dell'intangibilità del preliminare ad opera della sentenza ex art. 2932 aprirà un ulteriore varco alla contestazione del tradizionale principio secondo il quale la stretta relazione di collegamento tra *l'actio quanti minoris* e la garanzia per i vizi ne postula l'inapplicabilità al preliminare dacché attinente alla sola compravendita definitiva: si legittima, allora, il contemporaneo esercizio delle due azioni e, quindi, la richiesta di sentenza ex art. 2932 pur in presenza di difformità oggettive, qualitative o quantitative, della *res* compromessa in vendita [29].

**Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in tema di promessa di vendita di cosa altrui**

La Cassazione, in epoca recente, si è trovata a più riprese ad affrontare il tema del rapporto tra preliminare di compravendita e diritto dominicale del terzo sulla cosa compromessa in vendita.

Così, *la sentenza 6 aprile 1995, n. 4013* ha deciso su di una fattispecie di promessa di vendita di un appartamento da costruire, il prezzo del quale era stato in parte pagato già al momento del preliminare. Di questo, il compratore aveva domandato la risoluzione, perché il venditore aveva trasferito ad un altro costruttore la proprietà del terreno su cui l'edificio avrebbe dovuto sorgere. Il promittente venditore s'era difeso sostenendo che, data la natura solo obbligatoria del rapporto nascente dal compromesso, non era rilevante che la cosa che ne aveva costituito l'oggetto non gli appartenesse prima del momento in cui doveva eseguirne la vendita definitiva e che peraltro l'acquirente del terreno s'era obbligato a ritrasferirgli l'appartamento promesso in vendita una volta che ne avesse ultimata la costruzione. La Corte respingerà il ricorso del

promittente venditore contro la sentenza che aveva accolto la domanda di risoluzione osservando che l'impostazione del ricorrente mostrava di confondere tra promessa di vendita di cosa propria, promessa di vendita di cosa asseritamente propria ma in realtà altrui, e promessa di vendita di cosa dichiaratamente altrui, e soggiungendo, ancora, che «soltanto in quest'ultima ipotesi, invero, configurandosi, in analogia con quanto disposto *dall'art. 1478 c.c.*, un obbligo del promittente venditore, o di acquistare la proprietà dal terzo titolare di essa, per poterla poi trasferire al promissario acquirente, o di far sì che il terzo trasferisca direttamente il bene al proprietario stesso, è consentito escludere che l'altruità della cosa possa, di per sé, rappresentare causa di risoluzione del contratto preliminare, non dovendo parlarsi di inadempimento del promittente venditore sin quando non sia scaduto inutilmente il termine, contrattualmente stabilito o fissato dal giudice, per adempiere il suddetto obbligo». Nella seconda ipotesi, invece, in applicazione analogica *dell'art. 1479 c.c.*, il promissario acquirente avrebbe diritto alla risoluzione per il solo fatto di aver ignorato, al momento della conclusione del contratto, che la cosa promessagli in vendita non era di proprietà del promittente, mentre, nella prima ipotesi, il sopravvenire dell'altruità della cosa per effetto di una successiva vendita della stessa ad opera del promittente, costituendo definitivo e totale inadempimento di quest'ultimo, legittimerebbe la domanda di risoluzione del promissario, privato, oltretutto, della possibilità di chiedere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, ossia di ottenere una sentenza con effetti immediatamente traslativi. (30)

*La sentenza 1° agosto 1995, n. 8434* ha esaminato, a sua volta, il caso di una promessa di vendita immobiliare (due appartamenti ed un garage) con la quale si era convenuto un immediato pagamento parziale del prezzo, mentre la parte residua sarebbe stata corrisposta in parte mediante accollo di mutuo, in parte mediante cambiali. Il promittente venditore agisce per la risoluzione del preliminare sostenendo che il compratore, stato immesso nel possesso degli immobili, aveva purtuttavia sospeso il pagamento delle cambiali. Chi aveva promesso di comprare aveva a sua volta rilevato di avere quasi per intero versato il prezzo e di avere sospeso il pagamento del residuo perché il venditore non aveva consegnato il certificato di abitabilità e non aveva completato alcune opere. Accogliendo la domanda di risoluzione, i giudici di merito avevano ritenuto "che la non appartenenza dei beni alla promittente venditrice (che per contro in contratto aveva "garantito" essere "di sua assoluta proprietà") e la "conoscenza o non di tale situazione" da parte del promissario non giustificavano comunque la sospensione del pagamento del prezzo da parte di quest'ultimo, posto che l'obbligazione del promittente di far acquistare la proprietà dei beni al promissario va adempiuta "entro il termine convenuto per la conclusione del definitivo", termine che, nella specie, non era però venuto a scadenza sì che "il rapporto tra le parti non ha mai superato i confini della promessa di vendita": la Cassazione, nell'annullare tale decisione, stabilirà che "se il promissario - in ipotesi - in buona fede (in quanto ignaro che, al momento della stipula del contratto preliminare di vendita, la cosa promessa non appartenesse al promittente, ma ad un terzo) ha diritto di chiedere, ai sensi *dell'art. 1479 c.c.*, addirittura la risoluzione del contratto per inadempimento del promittente (31), tanto più egli - versando sempre in detta situazione di buona fede - può ritenersi legittimato ad avvalersi di quella forma attenuata (rispetto alla risoluzione del contratto) di autotutela rappresentata dalla eccezione di inadempimento di cui *all'art. 1460 c.c.*". Pregiudiziale e decisiva, secondo la Corte, era pertanto da ritenersi *l'indagine sullo stato di buona o mala fede del promissario acquirente* circa la non appartenenza dei beni alla promittente venditrice, e soltanto all'esito di tale indagine sarebbe stato possibile decidere sulla fondatezza o meno della eccezione di inadempimento proposta dal promissario acquirente.

*La sentenza 30 gennaio 1997, n. 925* (32) pare invece innestarsi su di un diverso solco interpretativo: la Corte è chiamata a decidere di una vicenda di un preliminare di vendita di un terreno (nel concludere il quale chi aveva promesso di acquistarlo aveva versato una caparra confirmatoria) stipulato, nella posizione di promittente venditore, da due dei tre comproprietari di un terreno, avente ad oggetto anche una porzione di tale terreno che, all'epoca, era già stata venduta ad altri. Il promissario acquirente aveva proposto domanda di risoluzione per inadempimento sia per il fatto che la comunione del terreno promesso in vendita da due soli dei comproprietari non gli avrebbe consentito di conseguire la proprietà esclusiva d'alcuna parte d'esso, sia perché, comunque, una porzione del terreno era di proprietà altrui e la cosa gli era stata taciuta, e la domanda era stata accolta in sede di merito, sicché le controparti ricorrenti in cassazione avevano sollevato il quesito se fosse legittimo discorrere di inadempimento del venditore prima della scadenza del termine per la conclusione del contratto definitivo. La Cassazione affronterà il problema muovendo dal presupposto dell'esistenza di un preliminare, valido, di vendita di cosa (parzialmente) altrui, e, con riferimento al rapporto tra preliminare di vendita di cosa altrui e condizioni dell'azione di risoluzione per inadempimento del promittente venditore, premesso che, al preliminare di vendita, per sua natura, è estraneo l'effetto reale (*art. 1376 c.c.*), opinerà che al preliminare di vendita di cosa altrui non possa applicarsi la disciplina che *l'art. 1479 c.c.* dettata per il caso in cui il compratore abbia ignorato che la cosa non era di proprietà del venditore: "il fondamento logico di tale disciplina" si legge in sentenza "è nel fatto che la vendita non ha prodotto l'effetto traslativo, com'è dimostrato dalla rilevanza sanante dell'acquisto procurato dal venditore al compratore prima che sia chiesta la risoluzione. Esclusa perciò l'applicazione *dell'art. 1479 c.c.*, si ricade nell'ambito della disciplina generale dei contratti con prestazioni corrispettive: la risoluzione non potrà essere domandata da chi ha promesso di comprare, se prima non si sia manifestato l'inadempimento del venditore e perciò prima che sia inutilmente scaduto il termine per la conclusione del contratto definitivo ad effetti reali".

La soluzione (che sarà poi adottata dalle sezioni unite con la sentenza che oggi si commenta in sede di risoluzione del contrasto) era stata fortemente criticata dai primi suoi commentatori. Si era difatti osservato che, rispetto alla vendita, il preliminare si caratterizza sì per essergli estraneo l'effetto immediatamente traslativo, e pur tuttavia la soluzione indicata

dalla Corte, dando prevalenza alla natura solo obbligatoria, cancellava la differenza, pur consacrata *dall'art. 1479 c.c.* quanto alla sola vendita, ma immanente alla realtà giuridica (oltre che ai fatti) anche del preliminare, tra promettere di acquistare cosa creduta del promittente venditore e promettere di acquistare dal venditore una cosa che si sa essere altrui: era agevole cogliere la diametrale contrapposizione con la prima delle sentenze sopra ricordate, atteso che la pronuncia 925/97, negando ogni analogia tra vendita e preliminare - analogia pur riconosciuta dalla prima sentenza come presupposto dell'applicazione al preliminare *dell'art. 1479 c.c.* -, predicava una sostanziale uguaglianza di disciplina per i tre casi che la prima sentenza si era preoccupata di distinguere (*promessa di vendita di cosa propria*; *promessa di vendita di cosa asseritamente propria ma in realtà altrui*; *promessa di vendita di cosa dichiaratamente altrui*), concentrando l'attenzione, con riguardo ad un preliminare dal quale non era sorto se non l'obbligazione di concludere il definitivo (ma a fronte della quale, comunque, il promissario aveva versato un acconto del prezzo), sul momento dell'attuazione di tale obbligo; e così giungendo ad escludere che esso potesse risultare inadempiuto prima del momento della dovuta esecuzione, atteso che "consentire l'immediata esperibilità dell'azione di risoluzione si risolve in una difesa avanzata del promissario venditore (ma, in realtà acquirente) in nome della tutela del principio di buona fede, fine a sé stessa, dal momento che, stante l'efficacia meramente obbligatoria del preliminare, l'adempimento del promittente venditore non potrebbe realizzarsi che al momento della stipula del contratto definitivo"[(33)]. Le prime due sentenze, rese con riguardo a casi in cui dal preliminare era derivato un più complesso rapporto obbligatorio, avevano per converso rinvenuto proprio nell'assimilazione del preliminare alla vendita il mezzo per assicurare tutela, nel corso della esecuzione di tale rapporto, all'interesse del promissario a reagire contro comportamenti che ne mettessero in pericolo la realizzazione o già ne denunciassero la futura impossibilità di attuazione secondo il programma delineato nello stesso preliminare. Mentre, con riferimento alla disciplina dell'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre ex *art. 2932 c.c.*, non poteva negarsi [(34)] "che le disposizioni in materia di trascrizione dei contratti preliminari (*art. 3 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669*, conv. nella *l. 28 febbraio 1997, n. 30*) consentano ora al compratore di porre l'acquisto da lui programmato al riparo da trascrizioni ed iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare (art. 2645 - *bis* comma 2 c.c.), alla condizione che, mancato l'adempimento del venditore, non oltre tre anni dalla trascrizione del preliminare sia almeno trascritta la domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica (art. 2645 - *bis* comma 3), ciò che, peraltro, non è possibile nel caso in cui oggetto del preliminare sia cosa che all'epoca della sua conclusione non era del venditore, a meno che nel frattempo non sia divenuta tale, atteso che gli effetti della trascrizione del compromesso non potrebbero risalire ad epoca anteriore a tale acquisto (sicché trascrizioni o iscrizioni prese contro il suo proprietario potrebbero rendere impossibile o frustrarne l'acquisto)". Così l'aspettativa di conseguire la proprietà dell'immobile oggetto del compromesso di vendita e correlativamente il doversi predisporre per il futuro proprio adempimento avrebbero, per chi ha promesso l'acquisto, "una diversa protezione ed un diverso aspetto di certezza, secondo che la cosa, al momento della conclusione del contratto preliminare, appartenga o meno a chi ha promesso di venderla", sicché "l'altruità dell'immobile, ignorata da chi ha promesso di acquistarlo, espone il compratore non più solo al rischio di non realizzare alla fine l'acquisto, ma a quello, ancor più grave, di eseguire nel corso del rapporto e perdere il valore delle prestazioni pattuite a suo carico in previsione dell'acquisto finale: in questi casi, l'aspetto del differimento dell'acquisto e la possibilità del venditore di procurarlo al compratore sino al momento stabilito non pare poter escludere che si profili l'inadempimento e che dunque debba essere dato al promissario il ricorso al rimedio della risoluzione per inadempimento ed a quello dell'eccezione d'inadempimento (*art. 1460 c.c.)".* Con l'ulteriore conseguenza (conclude l'autore) per cui, se il venditore, sul presupposto di un'applicazione analogica *dell'art. 1479 c.c.*, è considerato inadempiente già nel momento in cui promette che venderà cosa che non gli appartiene, solo l'acquisto che egli ne abbia fatto nel frattempo può togliere rilevanza all'inadempimento e far sì che la domanda di risoluzione successivamente proposta debba essere respinta: dopo che la domanda di risoluzione sia stata proposta, ancorché il termine per la stipulazione del contratto definitivo non sia scaduto, il promittente venditore inutilmente acquisterebbe la proprietà del bene o si procurerebbe la disponibilità del proprietario a vendere. Per converso, se il venditore non è considerato inadempiente per il solo fatto che la cosa non gli appartiene, quante volte la domanda di risoluzione sia proposta prima, al venditore stesso non è di per sé precluso l'adempimento sino a che il termine non sia scaduto, sicché, quando poi il contratto definitivo non venga concluso, per stabilire se inadempiente sia stato il venditore e non invece il compratore diventa necessario accertare se il venditore potesse già al momento della domanda essere considerato avere dato causa ad un inadempimento grave ed in caso negativo se non abbia dato prova d'essere stato in condizioni di procurare tempestivamente al compratore l'acquisto [(35)].

La sentenza 10 marzo 1999, n. 2091 [(36)] della II sezione della S.C., affermerà ancora il principio di diritto secondo cui «il promissario acquirente di un bene indicato come libero da pesi ed oneri che, al momento della stipula del definitivo, ne scopra invece l'altruità e l'esistenza di ipoteca a garanzia di un mutuo, ha facoltà di chiedere la risoluzione del preliminare, con connesse restituzioni di danaro anticipato e risarcimento del danno, ovvero di accollarsi il mutuo per il pagamento del residuo prezzo, o di sospendere il pagamento, ai sensi *dell'art. 1482 cod. civ.*, con la conseguenza che, ove egli abbia (ciononostante) accettato di stipulare il contratto definitivo con l'effettivo proprietario pagando l'intero prezzo pattuito e successivamente sia costretto, per evitare l'evizione, a pagare il creditore ipotecario a causa dell'inadempimento del venditore all'obbligo - assuntosi nella compravendita -, di liberare l'immobile dalla garanzia reale a sue spese, non può poi agire nei confronti del promittente che nulla abbia garantito al riguardo, come invece nel diverso caso in cui il promissario non ignori, al momento del preliminare, che il bene non è del promittente (dal che deriva sia la possibilità di essere dal

medesimo costretto ad accettare il trasferimento del bene direttamente dal terzo proprietario evitando il doppio trasferimento, sia il diritto ad esser garantito, ai sensi *dell'art. 1476, n. 3 cod. civ.*, dall'evizione e dai vizi della cosa, essendo il consenso tra terzo proprietario del bene e promissario soltanto determinante dell'effetto traslativo della proprietà, mentre gli altri obblighi permangono tra le parti originarie)».

Nel caso di specie, il promittente venditore, dichiaratosi proprietario, senza esserlo, di un immobile, assunse l'obbligo di venderlo. Il contratto definitivo venne, peraltro, stipulato tra il promissario acquirente ed il reale proprietario del bene, sicché ai giudici di legittimità venne posta la questione dell'individuazione della parte contrattuale responsabile per i vizi della cosa venduta e/o per l'esistenza di vincoli reali su essa, questione risolta, nella specie, mercé l'adozione di una soluzione in sostanziale dissonanza con alcuni precedenti della stessa Corte. In fatto, accadde che, dopo avere stipulato un contratto preliminare di acquisto di un appartamento, e pagato una prima *tranche* del prezzo, il promissario acquirente venne a scoprire che l'immobile non era di proprietà del promittente venditore, ma di un terzo, e che, sull'immobile stesso, era iscritta ipoteca a garanzia di un mutuo. Ciononostante, egli, anziché invocare la risoluzione del contratto, decide di stipulare ugualmente il definitivo, col vero proprietario, e di non accollarsi la quota di mutuo non ancora estinta scomputandola dal prezzo pattuito, ma di pagare quest'ultimo per intero, mentre il venditore/proprietario, al momento della stipula del definitivo, si obbliga alla cancellazione dell'ipoteca entro un termine stabilito. Scaduto inutilmente quest'ultimo, ed instaurata dal creditore ipotecario la procedura per il recupero coattivo del credito, l'acquirente conviene in giudizio non il venditore, nel frattempo fallito, ma l'originario promittente venditore, cui chiede di essere manlevato dalle pretese del creditore ipotecario e di essere risarcito dei danni. I giudici di merito daranno alla questione soluzioni contrastanti, il tribunale rigettando la domanda (sul presupposto che il promittente venditore, persona diversa dall'acquirente, non aveva mai assunto alcuna garanzia per i vizi, per l'evizione, o per l'adempimento delle obbligazioni assunte dal venditore), la Corte d'appello, al contrario, accogliendola (atteso che, nella promessa di vendita di cosa altrui adempiuta procurando l'acquisto diretto della *res* tra il reale proprietario ed il promissario acquirente, venditore deve essere comunque considerato il promittente, obbligato, pertanto, nei confronti dell'acquirente per il trasferimento di un diritto non integro), con sentenza, peraltro, cassata dalla Suprema Corte che, nel predicare il principio di diritto esposto in massima, osserverà che l'obbligo del promittente venditore di garantire per l'evizione il promissario acquirente può persistere anche dopo la stipula del definitivo con persona diversa dal promittente soltanto se si dimostri che tale contratto sia stato stipulato in esecuzione del preliminare (*id est*, in presenza di un nesso di derivazione causale tra definitivo e preliminare), mentre, nel caso di specie, non era stata neppure provata la partecipazione del promittente venditore al contratto stipulato tra promissario acquirente e reale proprietario del bene [(37)].

Questa affermazione si pone, come accennato in premessa, in sostanziale dissonanza con la precedente giurisprudenza della Corte: dallo svolgimento del processo, difatti, emerge che, all'atto del preliminare, il promissario acquirente aveva immediatamente versato una parte del prezzo, mentre, al momento della stipula del definitivo, aveva poi pagato (non l'intero prezzo, ma) quel che ne restava detratto l'acconto [(38)]; nel decidere una fattispecie del tutto analoga, in passato, la stessa Corte non aveva, peraltro, esitato a predicare l'erroneità del presupposto secondo cui il nesso tra contratto preliminare e definitivo sussisterebbe solo a condizione che quest'ultimo risulti "a partecipazione trilatera" con l'intervento, cioè, in veste di parte, sia del promittente venditore di cosa altrui, sia del terzo proprietario del bene promesso in vendita [(39)]: si ritenne sussistere, in quella fattispecie, un preciso "nesso di interdipendenza" tra il preliminare ed il definitivo, ancorché stipulati tra parti diverse, nesso fondato sulle circostanze per cui: il prezzo era stato pagato in parte al promittente venditore, in parte al reale proprietario; la stipula del definitivo direttamente col reale proprietario costituisce una condotta negoziale socialmente tipica, volta ad evitare le spese notarili e le imposizioni fiscali di un doppio trasferimento; è irrilevante che il promittente venditore non abbia partecipato alla stipula del definitivo, partecipazione non richiesta da alcuna norma di legge; se davvero l'obbligazione di garanzia, assunta dal promittente venditore con la stipula del preliminare, fosse posta nel nulla dalla stipula del definitivo col reale proprietario, ci si troverebbe dinanzi all'inconsueto fenomeno di una obbligazione che si estingue senza essere stata adempiuta da nessuno [(40)].

Nella sentenza 2091/1999, la II sezione della Corte motiverà la propria decisione osservando ancora che, quand'anche provata la stipula del contratto definitivo (tra promissario acquirente e terzo proprietario) in adempimento del preliminare (stipulato invece tra promissario acquirente e promittente venditore di *aliena res*) "non può condividersi l'opinione secondo cui il promittente venditore, per il fatto di avere dichiarato nel preliminare la libertà dell'immobile da pesi e vincoli, doveva automaticamente rispondere dell'inadempimento dell'obbligo, direttamente ed espressamente assunto dalla parte venditrice in sede di stipula del rogito di compravendita, di provvedere alla cancellazione dell'ipoteca iscritta sull'immobile", affermazione, questa, articolata secondo il seguente sillogismo argomentativo:

(a) nel caso di preliminare di vendita di cosa altrui, adempiuto dal promittente venditore procurando la vendita diretta da parte del reale proprietario del bene, occorre distinguere l'ipotesi in cui il promissario acquirente sia consapevole, sin dall'inizio, dell'alterità del bene promesso in vendita, dall'ipotesi in cui ne sia ignaro: nel primo caso, il promissario acquirente è obbligato a stipulare il contratto definitivo col reale proprietario, e quindi non può negare il proprio consenso; nel secondo caso, invece, egli può legittimamente rifiutare di stipulare col terzo, e può chiedere anche la risoluzione del contratto preliminare, ai sensi *dell'art. 1479 c.c.*;

(b) nel caso di specie, il promissario acquirente non era a conoscenza della alterità del bene promesso in vendita;

(c) se il promissario acquirente non era, pertanto, obbligato a stipulare col terzo proprietario, e nondimeno vi aveva

ugualmente consentito, ciò dimostrava la piena e totale autonomia tra contratto preliminare e contratto definitivo.
Da questa costruzione logica, la Corte ricaverà il corollario secondo cui gli obblighi assunti dal promittente venditore nel contratto preliminare sarebbero stati "azzerati" dalla stipula del definitivo, che si è posto quale unica fonte regolatrice del rapporto: pertanto, se il venditore (e reale proprietario del bene) si sottrae all'obbligo di cancellazione dell'ipoteca, obbligo assunto in sede di stipula del definitivo, non sorge alcuna responsabilità dell'originario promittente venditore.

**Riflessioni in tema di preliminare di vendita di cosa altrui**
Si è già avuto modo di ricordare come la vendita di cosa altrui, dichiarata nulla *dall'art. 1459 del c.c.* del 1865, sia invece consentita dall'attuale *art. 1478 c.c.*, il quale, al secondo comma, prevede anche un effetto traslativo automatico della proprietà in capo all'acquirente, non appena la *res* entri nel patrimonio del venditore.
Essendo possibile e lecita la vendita di cosa altrui, nulla vieta di stipulare anche una promessa di vendita della cosa altrui [(41)]: e questo particolare tipo di preliminare, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, può essere adempiuto dal promittente venditore in tre modi:
(a) acquistando la cosa promessa in vendita, sì da poterla trasmettere al promissario acquirente;
(b) favorendo la stipulazione del definitivo di vendita direttamente tra il reale proprietario ed il promissario acquirente [(42)];
(c) procurando che il reale proprietario del bene conferisca al promissario acquirente una procura irrevocabile a vendere, così da consentirgli di disporre del bene;
Quanto alla modalità di adempimento indicata *sub* b), deve aggiungersi che questa possibilità di adempimento, per il promittente venditore, incontra due limiti:
a) è necessario che la stipulazione diretta tra promissario acquirente e terzo proprietario del bene sia frutto di una attività (materiale o giuridica) svolta dal promittente venditore. Se la stipula della vendita avviene, ad esempio, per autonoma ed indipendente determinazione del reale proprietario del bene, il promittente venditore non può dirsi avere adempiuto all'obbligo assunto col contratto preliminare [(43)];
b) il promissario acquirente non può essere obbligato a stipulare il definitivo direttamente col reale proprietario, salvo che in due casi: o quando nel contratto preliminare ne sia stato espressamente pattuito l'obbligo, ovvero quando, pur in mancanza di un tale obbligo, egli era comunque a conoscenza, sin dalla stipula del preliminare, che il bene promesso non apparteneva al venditore [(44)]. Dopo qualche incertezza iniziale, [(45)] la Corte ha anche ammesso che, ai fini della stipulazione diretta del contratto definitivo tra il promissario acquirente ed il terzo proprietario del bene, non sia necessario che il promittente venditore partecipi all'atto, [(46)] ed ha altresì ritenuto che, in tutti i casi di promessa di vendita di cosa altrui adempiuta favorendo la stipula del definitivo tra il proprietario del bene ed il promissario acquirente, deve essere considerato reale venditore non colui che, in qualità di proprietario, ha partecipato alla stipula dell'atto definitivo, ma il promittente venditore, [(47)] poiché colui il quale promette di vendere assume, in realtà, *due obbligazioni*: una, primaria, *di prestare il consenso alla stipula del definitivo;* l'altra, strumentale rispetto alla prima, *di trasferire la proprietà della res*: nel preliminare di vendita di cosa propria, queste due obbligazioni, pur concettualmente distinte, si fondono sul piano funzionale (giacché il promittente venditore della cosa propria, per effetto della semplice manifestazione del consenso definitivo, trasferisce la proprietà al promissario acquirente), nel preliminare di vendita cosa altrui, al contrario, le due obbligazioni si presentano logicamente e cronologicamente separate e non contestuali (e ciò fa sì che il promittente venditore possa adempiere l'obbligazione primaria - prestare il consenso definitivo - personalmente, e l'obbligazione secondaria - trasferire la proprietà - per mezzo del terzo, proprietario del bene). L'atto con il quale il terzo, proprietario della cosa promessa in vendita, venda quest'ultima direttamente al promissario acquirente, costituirebbe, allora, adempimento del terzo (*art. 1180 c.c.*) dell'obbligazione secondaria assunta dal promittente venditore, sicché il quegli, pur essendo *parte formale* del contratto di vendita, col suo consenso non adempie l'obbligazione di contrarre, ma quella di trasferire la proprietà, e non acquista, pertanto, *la qualità sostanziale* di venditore, che resta pur sempre il promittente venditore. La riconosciuta qualità di venditore in senso stretto a chi aveva promesso in vendita la cosa altrui, quand'anche il definitivo segua tra il reale proprietario ed il promissario acquirente, comporta, da un lato, che il promittente venditore, e non il terzo proprietario, ha diritto al pagamento del prezzo; dall'altro, che quegli assume tutte le obbligazioni connesse alla qualità di venditore: consegna della cosa, garanzia per evizione, garanzia per vizi. [(48)]

**Conclusioni**
Sin qui il composito stato della giurisprudenza di legittimità sul tema del preliminare di vendita di cosa altrui. La specifica questione di diritto rimessa alle sezioni unite dall'ordinanza della II sezione - e cioè se il promittente alienante possa adempiere facendo ottenere all'altra parte il trasferimento del bene direttamente dall'effettivo proprietario ovvero debba egli stesso ottenerne la proprietà per poi ritrasmetterla al promissario acquirente - viene risolta dalla Corte nel (prevedibile) senso della non necessità del doppio trasferimento. Ma i giudici colgono l'occasione per fornire altre e altrettanto convincenti risposte alle questioni della rilevanza o meno della conoscenza, da parte del promissario acquirente, dell'altruità della cosa al momento della stipula; del conseguente riconoscimento, o meno, a quest'ultimo della facoltà di chiedere la risoluzione del preliminare; dell'identificazione del soggetto chiamato ad assumere la qualità di parte sostanziale del contratto definitivo, e di quello chiamato conseguentemente a rispondere delle garanzia per evizione e per vizi [(49)].
Tutte le soluzioni adottate risultano in larga misura condivisibili, e testimoniano, in perfetta simmetria con un recente,

importante *dictum* delle stesse sezioni unite in tema di preliminare di permuta (con riferimento ai suoi rapporti con il fallimento infrannuale del permutante[50]), l'emersione forse definitiva di quella corrente sotterranea che da tempo percorre le vene dell'istituto di cui *all'art. 1351 c.c.* e che spinge la più avvertita giurisprudenza di legittimità a rifiutarne (in consonanza con le innegabili evoluzioni economiche e normative dell'istituto) la costruzione in termini di puro e nudo *pactum de futuro contrahendo*. La Corte, nel negare ogni fondamento alla teoria che esclude la legittimità della prestazione del promittente venditore concretantesi (anche) nel "procurare" il trasferimento del bene altrui al promissario acquirente direttamente dal terzo proprietario senza necessità di un doppio trapasso; nell'escludere ogni rilevanza all'eventuale "buona fede" (intesa nel senso dell'ignoranza dell'altruità della cosa compromessa in vendita) da parte del promissario acquirente, attesa la inapplicabilità, nella specie, *dell'art. 1479 c.c.* (la cui portata applicativa è correttamente limitata dai giudici alla sola vendita definitiva, con riferimento alla quale è inibita la realizzazione del pur divisato effetto traslativo immediato); nel predicare il principio secondo il quale l'identità del venditore è del tutto indifferente per il compratore, poiché «la conclusione del definitivo non assorbe né esaurisce gli effetti del preliminare, che continua, viceversa, a regolare i rapporti tra le parti, sicché il promettente venditore resta responsabile per il caso di evizione e per i vizi»,[51] approda infine sulle sponde di un moderna concezione del preliminare inteso come struttura negoziale destinata già (quantomeno in ipotesi di "preliminare non puro") a realizzare un assetto di interessi prodromico a quello che sarà compiutamente attuato con il contratto definitivo, sicché il suo oggetto diviene non solo e non tanto un *facere* consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un (sia pur futuro) *dare*, consistente nella trasmissione della proprietà, che costituisce, alfine, il risultato pratico avuto di mira dai contraenti. Sicché, si legge in sentenza, «se il bene già appartiene al promittente, i due aspetti coincidono pur senza confondersi, ma, nel caso dell'altruità, rimangono distinti appunto perché lo scopo può essere raggiunto anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene comunque ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall'essere stato o meno a conoscenza della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela».

Ricollegare tali principi e tali affermazioni con principi e regole ermeneutiche emerse dalla motivazione della recente pronuncia delle sezioni unite della Corte n. 12505/2004, di cui si è già fatto cenno in precedenza, resa in tema di irrevocabilità, da parte del curatore fallimentare, del preliminare di permuta di un terreno con l'edificio (futuro) da costruire ad opera del promissario acquirente,[52] significa, oggi, ridisegnare la stessa mappa genetica del preliminare "impuro": se "le obbligazioni di pagamento del prezzo e di consegna del bene trovano titolo nel contratto preliminare e non nel contratto definitivo",[53] e se il preliminare non può essere ancora visto "come semplice *pactum de contahendo*, essendo piuttosto negozio destinato a realizzare già un assetto di interessi prodromico a quello compiutamente attuando con il definitivo", sicché oggetto ne diviene "non solo e non tanto un *facere*, ma anche e soprattutto un (sia pur futuro) *dare*"[54], trovano pieno riscontro le feconde intuizioni di chi, in passato, ebbe ad affermare che "la categoria italiana del preliminare di vendita è parzialmente mentitoria, perché dissimula nel suo seno la vendita ad efficacia obbligatoria"[55] e, prima ancora, di chi,[56] altrettanto lucidamente, ritenne, nel lontano 1986 (e, dunque 10 anni prima della norma introduttiva della trascrivibilità del preliminare), che, "per sostenere che il c.d. definitivo - che non più tale sarebbe - sia un negozio con causa esterna bisognerebbe giungere alla soluzione radicale di considerare ormai il c.d. preliminare quale vero contratto di vendita ma con effetti obbligatori sicché, come nella vendita romana, da esso nasca un'obbligazione di dare in senso tecnico, di cui il c.d. definitivo quale atto traslativo con causa esterna costituirebbe adempimento. L'attuale disciplina della pubblicità, la quale non prevede la trascrizione del preliminare, e perciò sembra escluderne la funzione traslativa, non consenta di pervenire a tale esito. Allorché invece la legge prevederà la trascrizione del preliminare, sarà addirittura più coerente con l'intero sistema della trascrizione considerare il preliminare come un contratto con causa traslativa pur se con effetti obbligatori, e l'idea che il c.d. definitivo sarà diventato un contratto traslativo con causa esterna avrà pieno fondamento. Ma quando questo si verificherà, il c.d. preliminare sarà diventato un definitivo con effetti obbligatori e ciò consentirà di considerare non più prive di giustificazioni le prestazioni che le parti si saranno scambiate in esecuzione di esso". È inevitabile, dunque, allo scadere del decennio dall'entrata in vigore della norma dettata in tema di trascrivibilità del preliminare (con conseguente effetto prenotativo della trascrizione della semplice domanda di adempimento in forma specifica) chiedersi se legislatore, giurisprudenza e dottrina italiana abbiano infine disegnato una nuova architettura di negozio traslativo con causa esterna, di una atto negoziale, cioè (il contratto definitivo) meramente esecutivo di un assetto di interessi altrove pattuito, che ripete la sua giustificazione causale da altra e precedente convenzione negoziale, la cui morfologia è mutata al punto da rendere necessaria una modificazione "additiva" dell'oggetto (non più soltanto un *facere*, ma anche un *dare*). La complessa vicenda evoca mai del tutto dimenticati modelli di *ius civile vetus* (la ben nota *mancipatio*), e non pare troppo dissimile dalle strutture negoziali dettate dal legislatore tedesco, [57] riportando alle acute riflessioni svolte da autori del passato sul tema della *causa esterna dell'attribuzione patrimoniale* e della cd. *prestazione isolata* [58], evocando infine, in vista della auspicabile realizzazione di un codice unico europeo, una sorta di avvicinamento tra il principio consensualistico dei sistemi francese ed italiano e l'*Abstraktionprinzip* tipico proprio del sistema tedesco. Non si è mancato di osservare, in proposito, come tale avvicinamento tragga linfa dalla natura meramente dispositiva dei due opposti principi e dalla conseguente derogabilità degli effetti da essi scaturenti per volontà delle parti: nell'un ordinamento, tramite la pattuizione di una vendita soltanto obbligatoria, legata alla *traditio,* nell'altro, previa apposizione, espressa o tacita, di una *Bedigungszusammenhang*, tramite la quale condizionare il successivo negozio dispositivo alla validità del negozio obbligatorio fondamentale[59].

---

(1) Bianca, *La vendita e la permuta,* Torino 1993, 720; G.B. Ferri, *La compravendita come negozio di scambio*, Torino 1997, 219.

(2) Non può, pertanto, legittimamente inquadrarsi nella fattispecie disciplinata dall'art. 1478 l'ipotesi in cui il compratore perda il diritto alienatogli in un momento successivo, a causa di vincoli gravanti sulla cosa (Bianca, cit., 723; Luminoso *La compravendita*, Torino 1998, 222), quella di alienazione di beni fuori commercio o inalienabili - nel qual caso il contratto risulterà nullo ed il venditore sarà responsabile ex *artt. 1337 e 1338 c.c.*-, ovvero quella di vendita viziata da errore**,** nella quale si indichino cose appartenenti ad altri che, in realtà, non si vogliono né vendere né comprare (è il caso dell'erronea indicazione di dati catastali nella compravendita di terreni che identifichino, invece, beni appartenenti a terzi: così Rubino, *La compravendita,* Milano 1971, 336, che ritiene viziata da errore tale vendita, pur escludendo l'annullabilità del contratto per bilateralità dell'errore stesso). Si avrà, per converso, valida vendita di cosa altrui anche se la fattispecie complessa destinata a far acquistare il diritto al venditore è già in corso di formazione (Rubino, cit., 330), il che si verifica quando quest'ultimo alieni un bene in relazione al quale vanti un diritto di riscatto, ovvero abbia già stipulato con il reale proprietario un contratto preliminare, un'opzione d'acquisto, una precedente e valida vendita obbligatoria, un contratto mancante di un mero requisito d'efficacia (quale una autorizzazione amministrativa o giudiziale).

(3) Non si dubita, generalmente, della legittimità dell'alienazione, oltre che della proprietà della cosa altrui, anche di altri *jura aliena*, come la vendita del credito altrui, la vendita di diritti reali limitati e la costituzione di diritti reali limitati compiuti *a non domino* (Bianca, cit., 722, 729; Luminoso, cit., 222; Rubino, cit., 336; per la legittimità della costituzione di diritti reali su beni in comunione, Cass. 23 ottobre 1984, n. 5386).

(4) Rubino, cit. 358; Luzzatto, *La compravendita,* Torino, 1982, 182. Secondo altra parte della dottrina, le norme rispettivamente dettate in tema di promessa del fatto del terzo e di vendita di cosa altrui riguarderebbero, in realtà, ipotesi distinte e del tutto eterogenee sul piano delle conseguenze applicative (così Bianca, cit., 475; Greco e Cottino, *Della vendita*, Bologna-Roma, 1983, 467), con la conseguenza che il disposto dell'art. 1478 non potrebbe applicarsi se non subordinatamente alla colpa, ancorché presunta, del venditore (in tale ultimo senso sembra prevalentemente orientata anche la giurisprudenza di legittimità: cfr. Cass. 1983/3839; 1982/1676; 1981/2363, pronuncia, quest'ultima, che espressamente sottolinea come le due norme in parola riguardino "ipotesi del tutto eterogenee").

(5) Parte della dottrina, peraltro minoritaria, esclude, viceversa, che tale fattispecie integri gli estremi di una vendita obbligatoria, qualificandola piuttosto come alienazione ad effetti reali immediati benché inattuati: in tali sensi, Mirabelli, *Dei singoli contratti*, Torino 1991, 49 ss.; Miccio, *Foro it.* 1952, I, 1234.

(6) Fattispecie peculiari di vendita di cosa altrui sono state rinvenute, dalla giurisprudenza di legittimità, nelle ipotesi: 1) *di immediata rivendita, da parte del coltivatore diretto, del fondo acquistato con l'esercizio della prelazione*, poiché in tal caso la mancanza dell'interesse all'ampliamento del fondo coltivato privilegiato dal legislatore comporta l'inesistenza del contratto di acquisto del fondo per difetto dell'atto di accettazione tipico del coltivatore o, comunque, per difformità tra *denuntiatio* ed accettazione, con conseguente soggezione di tale rivendita alla disciplina prevista dagli artt. 1478 e 1479; 2) *del locatore che non sia anche proprietario del bene locato*, il quale, nel venderlo al conduttore - consapevole di tale situazione del bene - stipula una vendita di cosa altrui - sicché la locazione non si estingue per confusione nella stessa persona di due qualità fra di loro incompatibili - con la conseguenza che, nei confronti del conduttore che non abbia più corrisposto il canone, il contratto di locazione può essere risolto per inadempimento (Cass. 4. febbraio 1980, n. 761, in *Giust. civ.* 1980, I, 1084); 3) *di un contratto di rendita vitalizia* costituito mediante trasferimento, in corrispettivo, della proprietà di un immobile indiviso appartenente *pro quota* ad un terzo, al quale sono state ritenuta applicabili, per analogia, le norme sulla vendita di cosa altrui (*Cass. 24. ottobre 1978, n. 4801,* in *Giust. civ*. 1978, I, 967). Non è invece inquadrabile come vendita obbligatoria, secondo Cass. 28 settembre 1977, n. 4120, l'alienazione, da parte di un privato, di beni comunali soggetti ad usi civici, nulla per impossibilità dell'oggetto, e perciò non produttiva di alcun effetto, indipendentemente dalla conoscenza della demanialità che le parti possano avere avuto, così che il venditore può solo rispondere, precontrattualmente, per il suo comportamento eventualmente contrario alla buona fede: unica eccezione all'invalidità della vendita si avrebbe, peraltro, nel caso in cui il bene soggetto ad uso civico sia stato concesso al privato venditore ai sensi degli artt 13 e seguenti della *legge n. 1766 del 1927*, con l'obbligo di migliorare e la facoltà di affrancare dopo l'esecuzione delle migliorie ed il loro accertamento.

(7) Cass. 1988/6626: in applicazione di tale principio, si è pertanto ritenuto - Cass. pen. 14 giugno 1985, n. 5877 - che, nell'ipotesi in cui un sedicente venditore alieni come propria una cosa non sua, non sia applicabile la disciplina civilistica della vendita di cosa altrui con effetti obbligatori, poiché, se il falso venditore carpisce la buona fede dell'acquirente, viene posto in essere un contratto fraudolento, rientrante, sotto il profilo penalistico, *nella truffa contrattuale*.

(8) Bianca, cit., 723; Rubino, cit., 343; Greco e Cottino, cit., 162.

(9) Rubino, cit., 344.

(10) Luminoso, cit., 223; Greco e Cottino, cit., 163; Bianca, cit., 723; in termini, la pressoché unanime giurisprudenza (Cass. 2.2.1998, 984, in *Giust. civ.* 1998, I, 3193, con nota di Butà: in caso di vendita di cosa altrui, l'obbligo del venditore può essere adempiuto mediante l'acquisto della proprietà della cosa da parte sua, con l'automatico ed immediato trapasso della proprietà al compratore). La giurisprudenza di legittimità ha ancora precisato (Cass. 26.11.1986, 6977, *Foro Pad.* 1988, I, 229, con nota di Lemmi), da un canto, che l'estinzione per prescrizione del diritto del compratore a vedersi procurato l'acquisto della cosa da parte del venditore non può ritenersi operante allorquando, dopo la scadenza del relativo termine, egli acquisti comunque la proprietà dal titolare di essa senza alcuna manifestazione di volontà intesa ad elidere l'effetto della precedente alienazione ex art. 1478 - cioè il conseguente, automatico acquisto della proprietà da parte del suo avente causa-, ponendo così in essere un vero e proprio adempimento spontaneo dell'obbligazione posta a suo carico dal primo comma di detto articolo (comportamento evidentemente inconciliabile con la volontà di avvalersi della prescrizione); dall'altro, in tema di trasferimento di quote societarie, che l'acquisto, da parte di una società di persone, del bene che uno dei soci aveva in precedenza venduto ad un terzo senza esserne il proprietario, non può determinare il trasferimento *de iure* al terzo (acquirente dal socio) della proprietà del bene per la parte corrispondente alla quota di partecipazione del socio alla società, perché l'autonomia patrimoniale delle società di persone, determinando la separazione del patrimonio dei soci da quello della società, non consente, comunque, al socio la disponibilità del bene acquistato dalla società, e quel potere di alienazione, quindi, che è necessario presupposto del trasferimento della proprietà del bene al terzo (*Cass. 30.10.1992, n. 11827*).

(11) Rubino, cit., 345, Bianca, cit., 733, Greco e Cottino, cit., 163,

(12) *Cass. 2 febbraio 1998, n. 984,* citata.
(13) Peraltro, una risalente giurisprudenza condizionava l'efficacia di tale vicenda negoziale all'espressa approvazione del terzo: secondo Cass. 25.1.1980, n. 609 (in *Giur. it.* 1980, I,1, 1184), difatti, soltanto qualora sia espressamente pattuito, il venditore può indurre il terzo titolare ad alienare il bene direttamente al compratore ovvero a conferire al medesimo, o a persona di sua fiducia, mandato irrevocabile a vendere, così da assicurare allo stesso compratore lo strumento ed il potere di disporre il trasferimento della cosa a se o ad altri (tale pattuizione non produrrebbe, secondo la S. C., novazione oggettiva del contratto, ma soltanto modificazione delle modalità di esecuzione della obbligazione gravante sul venditore di cosa altrui).
(14) Per tutti, Luminoso, cit., 224.
(15) Tanto che non risulterebbe neanche indispensabile l'intervento dell'originario alienante in sede di stipula del negozio con il terzo proprietario: *Cass. 18 febbraio 1986, n. 960*.
(16) Rubino, cit., 346; in senso conforme, *Cass. 5 luglio 1990, n. 7054*.
(17) Bianca, cit., 736.
(18) In senso apparentemente contrario, peraltro, la risalente Cassazione 18 ottobre 1971, n. 2950. Al mancato instaurarsi di un nuovo rapporto di compravendita tra il terzo ed il compratore consegue, inoltre, da un canto, che la responsabilità per l'evizione, per vizi della cosa e per l'obbligo di consegna grava esclusivamente sull'originario alienante, che avrà, a sua volta, diritto esclusivo alla corresponsione del prezzo; dall'altro, che l'imposta di registro per trasferimento dovuta all'erario è unica.
(19) Condizioni perché possa dirsi adempiuta l'obbligazione ex art. 1478 sono, secondo la *communis opinio* (Bianca, cit., 738; Luminoso, cit., 59; Rubino, cit., 327), quelle che l'acquisto abbia integralmente soddisfatto l'interesse del compratore, e che il venditore si sia attivato perché questi conseguisse l'acquisto. Discussa è, invece, la questione se al compratore di buona fede spetti, comunque, l'azione di risoluzione dopo aver avuto conoscenza dell'altruità della cosa di cui è successivamente divenuto proprietario a titolo originario: secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità (Cass. 6 dicembre 1988, 6626; 25 luglio 1977, 3306, in *Riv. dir. civ.* 1981, II, 93, con nota di Gardani) e parte minoritaria della dottrina (Luzzatto, cit., 175; Bianca, cit., 738) deve ritenersi corretta la soluzione affermativa, poiché l'acquisto a titolo originario ex artt. 1153 e 1159 ha caratteri di minor certezza, quantomeno sul piano processuale, rispetto a quello conseguente ad un trasferimento a titolo derivativo *a domino* (dal che consegue, peraltro, la perdita della facoltà di chiedere la risoluzione per il compratore tutte le volte in cui il titolo originario di cui disponga abbia acquistato la necessaria "solidità", come nel caso di una sentenza definitiva che accerti l'usucapione o di rinuncia del precedente proprietario); secondo la prevalente dottrina, invece (Ferri, cit., 223; Mengoni, *Risolubilità della vendita di cosa altrui ed acquisto a non domino*, in *Riv. dir. civ*. 1949, I, 276 ss.; Rubino, cit., 326; Greco e Cottino, cit., 170), al compratore anche di buona fede non spetta più alcun diritto alla risoluzione, ma soltanto quello di rifiutarsi di cooperare al perfezionamento della fattispecie di acquisto a titolo originario in danno dell'ex proprietario (ad esempio, non procedendo alla trascrizione ovvero alla residua attività di *possessio* necessaria al completamento dell'ausucapione).
(20) Per una rassegna circa le posizioni della dottrina più recente, cfr. Rossetti, nota a Cass. 2091/1999, in questa *Rivista,* 2000, 1, 83 ss.; di Majo, *La tutela del promissario acquirente* in *Giur. it.* 1985, I, 1636; Montesano, *La sentenza ex art. 2932 c.c.*, in *Rassegna di Dir. Civ.* 1986, 239 ss. Tra le opere monografiche, Denti, *L'esecuzione forzata in forma specifica* - Milano 1953; Gabrielli, *Il Contratto preliminare,* Milano 1970; Giusti-Paladini, *Il Contratto preliminare*, Milano 1990; Mazzamuto, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da P. Rescigno, vol. XX, Utet 1985; Messineo, *Il Contratto in generale*, Milano 1986; Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, libro IV - Torino, 1975; Palermo, *Il Contratto preliminare*, Padova 1991; Speciale; *Contratti preliminari e intese precontrattuali* - Milano 1990; in argomento, *adde,* ancora, Satta, *L'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto*, in *Foro it.* 1950 p. IV; La Rocca, *Contratto preliminare di vendita e riflessioni critiche*, ivi, 1993, I, 2458 ss.
(21) Coviello, voce *Contratto preliminare,* in *Enc. giur. it*., III, 2, Milano 1902, 68 ss.
(22) Forchielli, voce *Contratto preliminare*, in *Nov. dig. it*., Torino 1959, 683; Messineo, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. dir*. X, Milano 1962; Rascio, *Contratto preliminare*, Napoli 1967, 93; Perego, *I vincoli preliminari e il contratto,* Milano, 1974.
(23) Chianale, *Il preliminare di vendita immobiliare*, in *Giur. it*. I, 1, 1986, 676 ss.
(24) Bianca, *Diritto Civile,* vol. III Roma, 1987, 189.
(25) Che non trova riscontro negli altri Paesi europei: così Gabrielli, voce *Contratto preliminare - Postilla di aggiornamento*, in *Enc. Giur.*, IX; Roma 1997, 5.
(26) Chianale, cit., 676; (nonché, dello stesso autore, la voce *Contratto preliminare*, in *Dig. Civ*., IV, Torino 1989, 276); Palermo, *Contratto preliminare*, Padova 1990, 32. Critico Gabrielli, ult. cit., che osserva come il contratto preliminare trovi applicazione anche con riferimento alle fattispecie negoziali prive di efficacia traslativa, quale l'appalto, ed in tali casi sarebbe del tutto fuorviante giustificare il vincolo scaturente dal compromesso con la presunta scissione tra *titulus* e *modus adquirendi*.
(27) Di "preliminare ad esecuzione anticipata" si legge, ad esempio, già nella risalente Cass. 12 marzo 1942, in *Rep. Foro it*., voce *Vendita* 31, mentre la questione dell'autonomia delle obbligazioni assunte dal promissario acquirente e dal promittente venditore viene, come è noto, risolta da Cass. 28 novembre 1976, n. 4478 (in *Foro it*. 1977, I, 669, con nota di Lener), che per la prima volta riconoscerà al primo, nel caso di anticipata consegna del bene affetto da vizi non sostanziali, la facoltà di chiedere, anziché la risoluzione del contratto, la condanna della controparte ad eliminare a proprie spese i vizi stessi.
(28) «Anche l'integrale pagamento del prezzo da parte del promissario acquirente non giustifica l'affermazione che la prestazione che tale parte è tenuta ad effettuare sia stata integralmente eseguita, in quanto il suo oggetto specifico è dato dalla prestazione del consenso alla stipulazione del contratto definitivo»: così, tra le tante, Cass. 9 settembre 1991, n. 9478, 3. novembre 1988, n. 5962, 21 giugno 1985, n. 3733, 15 aprile 1982, n. 2268.
(29) Approfondendo ed affinando concetti sottesi a tale orientamento, altre pronunce finiranno, difatti, per consentire al promissario il cumulo tra l'azione di esecuzione in forma specifica e quella di eliminazione dei vizi (fondamentale, al riguardo, l'*Arrêt* di cui a *Cass. ss. uu. 27 febbraio 1985, n. 1720,* in *questa Rivista* 1985, 6, 627, con nota di V. Carbone, *Giust. Civ*. 1985, I, 1630, con nota di di Majo, *Arch. civ*. 1985, 957; *Foro it*. 1985, I, 1697 con nota di Macario; *Giur. it.* 1987, I, 1, 173; *Resp. civ. e prev*. 1985, 615; *ivi*, 1987, 259; *Riv. dir. comm.* 1986, II, 303 con nota di Gabrielli; *Vita not*. 1985, I, 257), giungendo infine ad affermare che «il contratto preliminare è fonte autonoma di obbligazioni, quali quelle del pagamento del prezzo e di consegna del bene, le quali non trovano quindi titolo nel successivo

contratto definitivo» (così *Cass. 16 luglio 2001, n. 9636,* in *Foro it*. 2002, I, 1080, con nota di Ambrosoli; *Cass. 3 gennaio 2002, n. 29,* in *Contratti*, 2002, 563, con commento dello stesso autore). Secondo la dottrina più autorevole, le nuove prospettive giurisprudenziali costituiranno «una presa d'atto piena ed evidente della una graduale omologazione del contratto preliminare ad un comune contratto obbligatorio con cui le parti si promettono prestazioni più che consensi», sottolineandosi l'aspetto programmatico-obbligatorio della promessa di vendita come un superamento della tradizionale tesi dell'accertamento costitutivo (per tutti, di Majo, *La tutela del promissario acquirente nel preliminare di vendita*, in *Giur. it*. I, 1, 1636 ss.). Va ancora ricordata, in argomento, la sentenza n. 5066 del 1993, secondo la quale *la parte non inadempiente del contratto preliminare di compravendita che abbia proposto la domanda di trasferimento ex art. 2932 c.c., in caso di sopravvenuta eseguibilità soltanto parziale della prestazione, puo'limitare la pretesa alla porzione residua del bene (purché questo non sia divenuto diverso) e proporre contemporaneamente la domanda di risoluzione per la prestazione divenuta impossibile*.

(30) *Cass. 8 maggio 1991, n. 5119,* in *Foro it*. 1991, I; 3373 con nota di Caso, *Giur. it*. 1991, I, 1, 802, con nota di Loffredo; Cass. 28 ottobre 1982, n. 854.

(31) Così Cass. 9 gennaio 1970, n. 60;Cass. 24 marzo 1981, n. 1727.

(32) In questa *Rivista*, 1997, 6, 678, con nota di Vittoria (del cui contenuto si riporteranno, di seguito nel testo, le osservazioni critiche più significative); *Foro it*. 1997, I, 1134, con nota redazionale; *Giur. it.* 1998, I, 1, 245, con nota di Casola.

(33) Vittoria,cit.

(34) Vittoria, *op. loco* ult. cit.

(35) Quanto alla giurisprudenza meno recente, va ancora ricordata la sentenza *20 maggio 1959, n. 1509* (in *Giust. civ*. 1959, I, 1746), ove si legge che la Cassazione «aveva già avuto occasione di affermare come, anche vigente il codice civile del 1865, chi ha promesso di comprare può rifiutarsi di concludere il contratto definitivo, se la cosa è di proprietà aliena e chi ha promesso la vendita non l'abbia acquistata; e può chiedere inoltre la risoluzione della promessa di vendita, se ricorrono i presupposti per la risoluzione della vendita di cosa altrui (Cass.12 aprile 1938, n. 1286;per l'ipotesi di contratto preliminare di vendita di un diritto che risulti soggetto a condizione risolutiva, sentenza 3 giugno 1944 n. 426)».*La sentenza 14 febbraio 1964, n. 324* (in *Giust. civ*. 1964, I; 1643, a sua volta, occupandosi di risarcimento del danno per mancato adempimento del preliminare da parte del venditore, osservò: «Quanto poi alla promessa di vendita di cosa altrui, le sanzioni dell'inadempimento vanno desunte, *mutatis mutandis,* dalle norme in tema di vendita di cosa altrui ed in particolare dagli *artt. 1479 e 1480 c.c.* predisposti a seconda che la cosa, oggetto della vendita, sia di proprietà altrui in tutto o in parte ed in quest'ultima ipotesi sempre quando essa appartenga al venditore ed ad altri soggetti *pro diviso* . Pertanto il venditore è tenuto, in primo luogo, alla rivalsa dei danni ivi specificamente previsti, e configurabili - per concorde opinione della dottrina - anche in difetto di comportamento colposo, mentre, ove egli sia in colpa, va posto a suo carico anche il risarcimento dell'ulteriore maggior danno ai sensi *dell'art. 1223 c.c.* È ben vero che tali danni sono espressamente contemplati a favore del compratore di buona fede, ma non può tuttavia disconoscersi che l'azione ordinaria *ex* art. 1218 ss. c.c. sia esperibile anche da chi, al momento dell'acquisto aveva conoscenza dell'alienità della cosa, in quanto la si tuazione contrattuale da lui conosciuta ed accettata gli preclude soltanto di chiedere subito la risoluzione del contratto per consentire al venditore la possibilità di adempiere, procurando la cosa in un congruo termine", impostazione, questa, ripresa dalla giurisprudenza successiva (Cass.12 maggio 1980, n. 3134;24 marzo 1981, n. 1727; 18 febbraio 1986, n. 960, anch'esse ispiratesi all'incontrastato indirizzo giurisprudenziale, la rottura del quale è invece avvenuta con la sentenza 29 gennaio 1993 n. 1149, sulla quale, *amplius, infra*, in testo).

(36) In questa *Rivista*, 2000, 1, 83, con nota di Rossetti, del cui contenuto si darà ampio cenno nel testo che segue.

(37) Sembrerebbe dunque che, per la Corte, la mancata partecipazione del promittente venditore alla stipula del contratto definitivo (tra promissario acquirente e terzo proprietario) sia un indice della assenza di ogni legame tra il contratto preliminare e quello definitivo.

(38) Pertanto, se davvero, nel caso di specie, il preliminare ed il definitivo fossero stati del tutto indipendenti ed autonomi, non si vede come il venditore abbia potuto consentire ad una riduzione del prezzo; e soprattutto non si comprende per quale motivo il promissario acquirente non abbia richiesto al promittente venditore la restituzione dell'acconto: così Rossetti, *op. loco* ult. cit.

(39) Cass. 6 luglio 1984, n. 3963, in *Giur. it*. I, 1, 1985, 1592, con nota di Ferraro, *sul preliminare di vendita di cosa altrui*.

(40) Si legge ancora in sentenza: "anche se si dovesse e si potesse ammettere che (...) i due contratti - preliminare e definitivo - sono totalmente indipendenti ed autonomi l'uno dall'altro, non per questo l'obbligazione del [promittente venditore] verrebbe meno". Va ancora rammentato che l'esistenza di un obbligo di garanzia in capo al promittente venditore di cosa altrui, anche nell'ipotesi di vendita definitiva stipulata direttamente tra il promissario acquirente ed il vero proprietario, era stata affermata anche da altre decisioni, di legittimità e di merito: si vedano in tal senso Cass. 16 novembre 1973, n. 3058 (in *Giust. civ*. 1974, I, 1278, con nota di Bianca, *Note in tema di interpretazione del contratto e d'intervento del proprietario nella vendita di cose altrui)*; App. Milano 16 ottobre 1990 (in *Giust. civ*. 1991, I, 1579).

(41) Così Rossetti, cit., 3 ss., che ricorda ulteriormente come la prima sentenza di legittimità affermativa del principio sia stata quella di cui a Cass. 30 ottobre 1958, n. 3561, in *Foro pad*. 1959, I, 796.

(42) Cass. 13 ottobre 1975, n. 3289;21 febbraio 1986, n .1052, in *Giur. it*. 1987, I; 1, 674, con nota di Chianale.

(43) Cass. 25 gennaio 1980, n. 1116, in *Vita not*. 1980, 553; *Cass. 18 febbraio 1986, n. 960,* in *Foro it.* 1986; *Cass. 2 febbraio 1998, n. 984,* in *Giust. civ*. 1998, I, 3193, con nota di Buta, *Ancora in tema di compravendita di cosa altrui*.

(44) Cass. 25 gennaio 1980, n. 609, in *Giur. it*. 1980, I; 1, 1184; 12.3.1964, in *Arch. civ*. 1985, 366; 5.7.1990, n. 7054; 1 agosto 1995, n. 8434; Trib. Vicenza 29 aprile 1986, in *Giur. it.* 1998, I; 2, 458, con nota di Roselli, *Preliminare di vendita di cosa altrui e approvazione del* dominus;

(45) Cass. 17 giugno 1980, n. 3846, che fece, peraltro, salvo il patto contrario.

(46) Cass. 1116/1980, cit.; Cass. 3963/1984, cit.; Cass. 960/1986, cit.

(47) Cass. 19 novembre 1973, n. 3058, in *Giust. civ*. 1974, I, 1278; 13 ottobre 1975, n. 3289; 25 gennaio 1980, cit.. In dottrina, nel medesimo senso, Rubino, *La compravendita*, cit., 340; Bianca, *La vendita e la permuta,* cit., 657.

(48) Così Cass. 3058/1973, cit.

(49) L'unico aspetto non esplorato dalla Corte (ma la questione specifica sottoposta al suo esame non richiedeva tale ulteriore approfondimento) pare quello dell'incidenza dell'eventuale fallimento infrannuale del terzo proprietario che abbia alienato direttamente al

promissario acquirente il bene oggetto del preliminare da questi stipulato con il promittente venditore di cosa altrui. Il principio predicato in sentenza - secon do il quale gli obblighi garanzia inerenti all'alienazione gravano sul promittente venditore e non sul terzo proprietario - non dovrebbe, in tal caso, trovare applicazione perché, con la stipula dell'atto traslativo tra il terzo ed il promissario acquirente (mercé i buoni uffici del promittente), la fattispecie complessa così articolatasi trova il suo definitivo compimento, con conseguente cessazione di ogni tipo di obbligo in capo al promittente venditore.

(50) *Cass. ss. uu. 7 luglio 2004, n. 12505,* in *questa Rivista* 2004, 11, 1451 ss.

(51) In tal senso, già in precedenza si era espressa *Cass. 27 novembre 2001, n. 15035*.

(52) Così recita la massima estratta dalla sentenza: «con riferimento alla norma dell'*art. 72 l. fall.*, in fattispecie di preliminare di permuta di area edificabile con fabbricato da realizzare sull'area medesima, il trasferimento della proprietà del bene, con la relativa consegna, effettuato dal promittente la permuta nei confronti dell'altro contraente prima della stipula del contratto definitivo di permuta, determinando l'insorgere, *ex uno latere*, degli effetti finali della operazione economica programmata con il preliminare, realizza, sia pure rispetto ad uno soltanto dei contraenti, lo stesso risultato giuridico ricollegato, nella previsione delle parti, alla stipulazione del contratto definitivo, e quindi comporta, per la parte che lo effettua, l'integrale esecuzione della prestazione dovuta, come tale preclusiva, una volta sopravvenuto il fallimento del costruttore, della facoltà di scioglimento unilaterale del contratto conferita al curatore, essendo tale facoltà esercitabile solo se il preliminare di permuta è ancora ineseguito, o non compiutamente eseguito, da entrambe le parti».La sentenza delle sezioni unite si segnalò, all'epoca, anche per l'ulteriore (ma criticata) affermazione secondo cui, «con riferimento alla norma dell'*art. 72 l. fall.*, in fattispecie di preliminare di permuta di area edificabile con fabbricato da realizzare sull'area medesima, il trasferimento della proprietà del bene, con la relativa consegna, effettuato dal promittente la permuta nei confronti dell'altro contraente prima della stipula del contratto definitivo di permuta, determinando l'insorgere, ex uno latere, degli effetti finali della operazione economica programmata con il preliminare, realizza, sia pure rispetto ad uno soltanto dei contraenti, lo stesso risultato giuridico ricollegato, nella previsione delle parti, alla stipulazione del contratto definitivo, e quindi comporta, per la parte che lo effettua, l'integrale esecuzione della prestazione dovuta, come tale preclusiva, una volta sopravvenuto il fallimento del costruttore, della facoltà di scioglimento unilaterale del contratto conferita al curatore, essendo tale facoltà esercitabile solo se il preliminare di permuta è ancora ineseguito, o non compiutamente eseguito, da entrambe le parti».

(53) Cass. 12505/2004.

(54) Cass. 1624/2006, in commento.

(55) Sacco, *Il Contratto*, Torino, 1993, 56 ss.

(56) Castronovo, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus* 1986, 42, nota 18.

(57) Che disciplina l'alienazione, come noto, secondo la struttura "bipolare" del Grundsgeschaeft e del Leistungsgeschaeft, il primo (cd. negozio "fondamentale") fonte dell'effetto traslativo, il secondo (negozio "di prestazione"), attuativo in concreto dell'effetto medesimo. Secondo l'ordinamento germanico (a differenza di quelli in cui vale il principio del cd. "cumulo", quale quello austriaco, svizzero e spagnolo), la validità del negozio dispositivo (Verfugungsgeschaeft) non dipende da quella del contratto obbligatorio fondamentale, per cui l'invalidità di questo non impedisce il valido trasferimento di proprietà, con la conseguenza che l'alienante non potrà esperire l'azione di rivendicazione, ma soltanto agire in base alle norme in materia di arricchimento senza causa. Il legislatore tedesco, peraltro, scelse comunque la soluzione (§780 BGB) di rendere anche la promessa obbligatori vincolante, pur se priva della indicazione della sua "causa", sicché il riconoscimento al debitore della facoltà di opporre la mancanza di causa in via di eccezione ha portato la dottrina ad affermare che l'astrazione, in questo caso, è soltanto processuale.

(58) Ci si riferisce alla fondamentale elaborazione di Michele Giorgianni, in *Enc. dir.* vol. VI. pp. 566 ss., che affronta il tema causale (anche) con riferimento alla cd. *prestazione autonoma o isolata* che non sia un mero atto esecutivo di un'obbligazione contrattuale (ma abbia viceversa una sua autonomia negoziale), elaborando una ipotesi di "doppia causa" (*Zweck - Grund: l'autore rimanda, a titolo esemplificativo, al meccanismo della datio in solutum*, con conseguente limitazione al solo momento soggettivo della struttura causale dell'atto), e riferendo la tematica della mancanza del sottostante rapporto obbligatorio alla fattispecie della *condictio indebiti.*

(59) È noto come alla fine dell'800 la dottrina italiana rivolga la sua attenzione all'elaborazione del concetto di causa dell'ordinamento tedesco, che non aveva, come sopra ricordato, recepito il principio consensualistico dell'atto traslativo, conservando la tradizionale distinzione tra promessa obbligatoria ed atto di trasferimento (*dinglicher Vertrag,* del quale si sostiene, pertanto, l'astrattezza), che riproduce gli schemi tradizionali della *promissio (o stipulatio)* e della *traditio:* ciò che spiega (cfr. *supra,* la nota che precede) la costruzione di una struttura sostanzialmente dualistica della causa dell'atto, intesa, rispettivamente come *Grund* (fondamento) ovvero come *Zweck* (scopo). Il concetto di causa diviene poi unitario con la costruzione della teoria del negozio giuridico, e con la fusione dei due aspetti che lo caratterizzavano in quello, unitario, di *Zuwendung (*attribuzione patrimoniale), anche se di causa poteva legittimamente discorrersi con riferimento al solo negozio obbligatorio, e giammai a quello traslativo.

**PRELIMINARE DI VENDITA DI UN BENE COMUNE E POSIZIONE DEL CONIUGE NON STIPULANTE**
Maria Dossetti
Cass. civ. Sez. Unite Sent., 24 agosto 2007, n. 17952
**Cass. civ. Sez. Unite Sent., 24-08-2007, n. 17952**
G.M.L. c. C.L.

**INTERVENTO IN CAUSA E LITISCONSORZIO**
Litisconsorzio
necessario
**OBBLIGAZIONI E CONTRATTI**
Contratto
preliminare
Nell'azione prevista *dall'art. 2932 c.c.* promossa dal promissario acquirente, per l'adempimento in forma specifica o per i danni da inadempimento contrattuale, nei confronti del promittente venditore che, coniugato in regime di comunione dei beni, abbia stipulato il preliminare senza il consenso dell'altro coniuge, quest'ultimo deve considerarsi litisconsorte necessario del relativo giudizio, con la conseguenza che, qualora non sia stato integrato il contraddittorio nei suoi confronti, il processo svoltosi è da ritenersi nullo e deve essere nuovamente celebrato a contraddittorio integro. (Con l'affermazione di questo principio, le Sezioni unite hanno risolto il contrasto insorto in seno alle sezioni semplici sulla necessità o meno di detto litisconsorzio con riferimento alla specificata azione e, nel caso concreto, hanno dichiarato la nullità delle sentenze di primo e secondo grado, rinviando la causa, nella quale era stato pretermesso il coniuge litisconsorte necessario, dinanzi al primo giudice, ai sensi *dell'art. 383, comma 3, c.p.c.).*
**FONTI** Contratti, 2008, 4, 337 nota di DOSSETTI
**FONTE** Contratti, 2008, 4, 337

Preliminarmente, i due ricorsi, proposti avverso la medesima sentenza e tra loro connessi, vanno riuniti ex *art. 335 c.p.c.*.
Va, poi, esaminata la questione sollevata dal controricorrente, con la memoria 27.12.06, relativamente alla ritenuta necessità d'esaminare preliminarmente il terzo motivo del ricorso principale, con il quale l'impugnata pronunzia è censurata nel capo in cui, decidendo della subordinata domanda risarcitoria, il giudice a quo ha escluso che dal rapporto inter partes, valutatene le varie possibili qualificazioni, potessero derivare gli effetti giuridici pretesi dall'originario attore; sostiene il controricorrente che, ove tale censura venisse disattesa, verrebbe meno l'interesse alla decisione sulla necessità o meno dell'integrazione del contraddittorio nel giudizio di merito.
La questione, anche a voler prescindere dalla non consentita tardiva proposizione in memoria, va comunque disattesa, in quanto, attenendo al merito della controversia, è essa necessariamente condizionata alla previa soluzione della questione posta sull'integrità del contraddittorio ab origine e non viceversa.
Con il motivo da esaminare in questa sede, si duole il ricorrente - denunziando violazione degli *artt. 2932, 177, 184, 189 c.c.*, *art. 354 c.p.c.* - che il giudice a quo erroneamente abbia escluso la sussistenza del litisconsorzio necessario tra i coniugi in comunione dei beni nel giudizio ex *art. 2932 c.c.* che il promissario acquirente del bene oggetto di comunione, promessogli in vendita non da entrambi ma da uno soltanto dei coniugi comproprietari, abbia promosso nei soli confronti di quest'ultimo e, pur avendo riconosciuto che detta azione, ove intesa ad ottenere il trasferimento non della sola quota del promittente ma dell'intero bene, debba essere promossa nei confronti d'entrambi i coniugi, abbia tuttavia rigettato la domanda invece di rimettere la causa al primo giudice ex *art. 354 c.p.c.* per l'integrazione del contraddittorio.
La censura è fondata: per la contestata esclusione del contraddittorio, oltre che per l'evidenziata contraddizione in termini.
La comunione ordinaria, quale regolata dagli *artt. 1100 e 1116 c.c.*, si configura come comunione pro indiviso o proprietà plurima parziaria, nella quale il diritto di proprietà è unico ed ha ad oggetto il bene nella sua interezza e, tuttavia, il diritto di ciascuno dei partecipanti non ha per oggetto nè il bene nella sua interezza, nè una parte fisicamente individuata di esso, bensì una quota ideale, proporzionata al suo diritto di partecipazione, del quale costituisce la misura.
In tale situazione, la promessa di vendita di un bene in comunione (come hanno evidenziato queste SS.UU. con la sentenza 8.7.93 n. 7481) è, di norma, considerata dalle parti attinente al bene medesimo come un unicum inscindibile e non come somma delle singole quote che fanno capo a ciascuno dei comproprietari - salvo che l'unico documento predisposto per il detto negozio venga redatto in modo tale da farne risultare la volontà di scomposizione in più contratti preliminari in base ai quali ognuno dei comproprietari s'impegna esclusivamente a vendere la propria quota al promissario acquirente, con esclusione di forme di collegamento negoziale o di previsione di condizioni idonee a rimuovere la reciproca insensibilità dei contratti stessi all'inadempimento di uno di essi - di guisa che i detti comproprietari costituiscono un'unica parte complessa e le loro dichiarazioni di voler vendere si fondono in un'unica volontà negoziale; onde, quando una di tali dichiarazioni manchi (o sia invalida), non si forma (o si forma invalidamente) la volontà di una delle parti del contratto preliminare, escludendosi, pertanto, in toto la possibilità per il promissario acquirente d'ottenere la sentenza costitutiva di cui *all'art. 2932 c.c.* nei confronti dei soli comproprietari promittenti, sull'assunto di una mera inefficacia del contratto stesso rispetto a quelli rimasti estranei, dacchè, da un lato, non è configurabile un interesse alla sua esecuzione parziale da parte del promissario acquirente (per mancanza del diritto su cui tale interesse si dovrebbe fondare) e, dall'altro, il comproprietario promittente venditore che ha espresso il suo

consenso (o lo ha espresso validamente) non oppone un semplice interesse contrario (giuridicamente apprezzabile o meno) all'avversa richiesta d'esecuzione parziale, ma invoca l'insussistenza stessa del diritto vantato dalla controparte.
La situazione è diversa ove si verta in tema di comunione legale tra coniugi, quale regolata dagli *artt. 177 e 197 c.c.*.
Fondamentale è stata, al riguardo, la ricostruzione che dell'istituto ha operato la Corte costituzionale con la sentenza 17.3.88 n. 311, nella quale si è evidenziata la netta distinzione tra comunione ordinaria e comunione legale tra coniugi, questa configurata come una proprietà plurima parziaria, per più versi analoga alla classica communio ercto non cito, sulla considerazione:
che trattasi di comunione senza quote; che i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari, in quanto tali, di un diritto avente per oggetto i beni della comunione; che la quota non è un elemento strutturale, ma ha soltanto la funzione di stabilire la misura entro cui i beni della comunione possono essere aggrediti dai creditori particolari, la misura della responsabilità sussidiaria di ciascuno dei coniugi con i propri beni personali verso i creditori della comunione, la proporzione in cui, sciolta la comunione, l'attivo e il passivo debbono essere ripartiti tra i coniugi od i loro eredi.
Configurazione cui consegue che, nei rapporti con i terzi, ciascun coniuge ha il potere di disporre dei beni della comunione e che il consenso dell'altro, richiesto dal modulo dell'amministrazione congiuntiva adottato *dall'art. 180 c.c.*, comma 2 per gli atti di straordinaria amministrazione, non è un negozio unilaterale autorizzativo, nel senso d'atto attributivo di un potere, ma piuttosto nel senso, secondo la nota teoria formulata dalla giuspubblicistica, di atto che rimuove un limite all'esercizio di un potere e requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione, la cui mancanza, ove si tratti di bene immobile o mobile registrato, si traduce in un vizio del negozio, onde l'ipotesi regolata *dall'art. 184 c.c.*, comma 1 tecnicamente si riferisce non ad un caso d'acquisto inefficace perchè a non domino, bensì ad un caso d'acquisto a domino in base ad un titolo viziato.
Per il che, nella comunione legale tra coniugi, la mancanza del consenso d'uno dei condomini al negozio avente ad oggetto diritti reali su immobili o mobili registrati non determina, come nella comunione ordinaria, l'invalidità assoluta del negozio, ma solo la sua annullabilità nello stabilito termine di prescrizione annuale (e tuttavia, come affermato nella massima CCos. 0010600, la prevista annullabilità dell'atto non costituisce deroga al generale principio d'inefficacia degli atti di disposizione posti in essere da alienante non legittimato, onde da parte della dottrina anche si sostiene che l'atto posto in essere dal singolo coniuge è colpito dalla sanzione generale dell'inefficacia dell'atto compiuto dal non legittimato nei confronti del coniuge pretermesso, e che in favore di quest'ultimo si aggiunge la possibilità d'esperire altresì l'azione speciale d'annullamento ex *art. 184 c.c.* al fine d'evitare di rimanere personalmente obbligato per l'inadempimento verso il terzo).
La riportata metodologia ricostruttiva dell'istituto non ha trovato larghi consensi in dottrina - dalla quale se n'è anche evidenziata l'incoerenza con la ratio della comunione legale, quale introdotta dalla novella n. 151/1975, come intesa al superamento della discriminazione del coniuge più debole, insita nel precedente regime della separazione dei beni, ed alla maggiore tutela patrimoniale della famiglia - e tuttavia ha costituito la base delle pronunzie adottate in materia dalla successiva giurisprudenza di legittimità che, non di meno, pur partendo da tale comune presupposto, sulla questione che ne occupa è pervenuta, come si è visto, a soluzioni diametralmente opposte.
In particolare, la recente Cass. 28.10.04 n. 20867 - ponendosi in consapevole contrasto con la prevalente giurisprudenza anteriore, in ordine alla quale rileva come l'inevitabile coinvolgimento nel giudizio ex *art. 2932 c.c.* del coniuge rimasto estraneo al preliminare vi fosse stato asserito in modo generico - sulla considerazione che i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota ma solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni della comunione, che nei rapporti con i terzi ciascun coniuge ha il potere di disporre dei beni della comunione, che l'azione ex *art. 2932 c.c.* non ha natura reale ma personale, perviene alla conclusione per cui in quest'ultima non sia ravvisabile un'ipotesi di litisconsorzio necessario, non vertendosi in situazione sostanziale caratterizzata da un rapporto unico ed inscindibile con pluralità di soggetti e non rivestendo, quindi, il coniuge rimasto estraneo al preliminare, del quale si chiede l'esecuzione in forma specifica, la qualità di parte la cui presenza in giudizio sia condizione essenziale affinchè la sentenza non venga inutiliter data.
In realtà, di quest'ultimo asserto - che non costituisce affatto una logica conseguenza delle premesse, atteso anche il carattere di specialità con il quale si pone la normativa regolatrice dell'istituto della comunione familiare - l'esaminata sentenza non fornisce dimostrazione alcuna, a differenza dai disattesi precedenti che, affatto generici al riguardo, la contraria opinione fondano su una pluralità d'argomenti validi, condivisi ed integrati dalla prevalente dottrina.
Non appare, in vero, conclusiva la ragione - mutuata dalle remote Cass. 27.4.82 n. 2635 e 28.12.88 n. 7081 - addotta in considerazione della natura obbligatoria e non reale del preliminare.
Va, infatti, considerato che i richiamati precedenti pervenivano a tale affermazione in funzione della ritenuta esperibilità dell'azione ex *art. 2932 c.c.* limitatamente alla quota del coniuge promittente venditore, tesi disattesa dalla giurisprudenza successiva, con espresso richiamo ai principi posti dal Giudice delle leggi con la richiamata sentenza 311/88, sulla considerazione dell'inconciliabilità dell'ingresso d'un estraneo nella comunione familiare con la natura e la disciplina peculiari dell'istituto (Cass. 2.2.95 n. 1252, 14.1.97 n. 284, 11.4.02 n. 5191, 19.3.03 n. 4033); d'altro canto, stante il pacifico principio per cui, in tema d'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex *art. 2932 c.c.*, la sentenza che tenga luogo del contratto definitivo non concluso deve necessariamente riprodurre, nella forma del provvedimento giurisdizionale, il medesimo assetto d'interessi assunto dalle parti quale contenuto del contratto preliminare, senza possibilità di introdurvi modifiche (e pluribus, Cass. 29.3.06 n. 7273, 25.2.03 n. 2824, 7.8.02 n. 11874, in tema di comunione Cass. 1.3.95 n. 2319, 3 0.12.94 n. 11358, 8.7.93 n. 7481, 2.8.90 n. 7749 e, nello specifico, Cass. 19.5.88 n. 3483), una volta che il preliminare abbia avuto ad oggetto l'obbligazione di trasferire l'intero bene, neppure potrebbe il promissario acquirente agire per il trasferimento della sola

quota del promittente venditore.
La tesi in discussione, d'altronde, può giustificare, al più, il difetto di legittimazione attiva del coniuge rimasto estraneo all'atto compiuto dall'altro senza il suo consenso quando trattisi di diritti d'obbligazione, in quanto la comunione legale fra i coniugi, di cui *all'art. 177 c.c.*, attiene agli "acquisti", id est agli atti implicanti l'effettivo trasferimento della proprietà della res o la costituzione di diritti reali sulla medesima, non quindi i diritti di credito sorti dal contratto concluso da uno dei coniugi, i quali, per la loro stessa natura relativa e personale, pur se strumentali all'acquisizione di una res, non sono suscettibili di cadere in comunione (Cass. 1.4.03 n. 4959, 4.3.03 n. 3185, 13.12.99 n. 13941, 18.2.99 n. 1363, 27.1.95 n. 987, 11.9.91 n. 9513); ma tali ragioni, peraltro fortemente criticate in dottrina, non possono valere nel caso inverso, laddove, come meglio in seguito, l'obbligazione del coniuge che ha agito senza il consenso dell'altro è fatta valere dal terzo e l'adempimento coattivo comporta l'aggressione al patrimonio familiare in generale ed al diritto di comproprietà del coniuge pretermesso in particolare.
Inoltre, dalla giurisprudenza e da parte della dottrina si è anche evidenziato come, stante il disposto *dell'art. 184 c.c.*, comma 1, la categoria dei negozi immobiliari, per i quali è previsto il consenso congiunto dei coniugi, sia da identificare in base alla natura del bene sul quale cadono gli effetti del contratto, ricomprendendo, quindi, tanto i negozi ad effetti reali quanto quelli ad effetti obbligatori; come debbasi, ancora, fare riferimento al regime degli effetti, reale o personale che sia l'azione, ai fini dell'affermazione o meno della necessità del litisconsorzio (Cass. 31.3.06 n. 7698, 6.7.04 n. 12313, 14.5.03 n. 7404, 5.7.01 n. 9083, 1.7.97 n. 5895 SS.UU.).
E', piuttosto, evidente che l'essere ciascun coniuge titolare del bene per l'intero, e dell'intero poter disporre, non può implicare, di per sè, che debba escludersi la necessaria partecipazione dell'altro coniuge al giudizio nel quale si discuta della traslazione del bene stesso, evento rispetto al quale non può negarsi l'interesse ad interloquire del detto altro coniuge, pur sempre comproprietario del bene stesso.
Partire, infatti, dal presupposto che, al momento dell'introduzione del giudizio ex *art. 2932 c.c.*, il coniuge promittente venditore abbia già efficacemente alienato il bene, così che il coniuge rimasto estraneo al negozio abbia perso, contestualmente alla stipulazione del preliminare, la propria contitolarità sul bene e non possa fare ricorso se non all'azione d'annullamento, oltre ad essere in palese contrasto con la lettera dello stesso *art. 184 c.c.*, comma 1, che prevede una possibilità di convalida successiva inconciliabile con una già intervenuta perdita della titolarità del bene, implica una non condivisibile attribuzione a tale tipo di contratto d'un effetto traslativo, estraneo alla sua funzione ed alla sua natura, che non gli è riconosciuto neppure da quella parte della dottrina per la quale esso sarebbe configurabile come una sorta di vendita obbligatoria ed il definitivo come un semplice atto esecutivo o ripetitivo.
Vero è, per contro, che, stipulato il preliminare, nel momento in cui il coniuge promittente venditore si rende inadempiente e costringe il promissario acquirente all'azione d'esecuzione specifica, l'altro coniuge, che non abbia partecipato al negozio nè vi abbia prestato altrimenti il proprio consenso, è ancora contitolare del bene e su di esso legittimato ad esercitare i suoi poteri d'amministrazione congiunta; atteso l'effetto solo obbligatorio del preliminare, l'attività negoziale posta in essere dal coniuge promittente con l'impegnarsi ad alienare non ha prodotto ancora l'effetto di sottrarre il bene al patrimonio comune ed alla contitolarità su di esso d'entrambi i comproprietari, onde il coniuge rimasto estraneo al preliminare è ancora titolare d'una situazione giuridica inscindibile che lo rende litisconsorte necessario nel giudizio d'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre.
E', infatti, ancora sul piano degli effetti della promossa azione ex *art. 2932 c.c.* che occorre muoversi ai fini della soluzione del problema che ne occupa.
Come evidenziato dalla dottrina prevalente e da quella parte della giurisprudenza che si ritiene qui di confermare, ove dal preliminare scaturiscano controversie, non può disconoscersi al coniuge rimasto estraneo al negozio l'interesse a partecipare ai relativi giudizi, in quanto, pur se non è rimasto personalmente obbligato e se non è corresponsabile assieme al coniuge stipulante, unico obbligato, tuttavia l'impegno assunto da quest'ultimo e la responsabilità personale del medesimo sono comunque tali da incidere sul patrimonio comune e sul tenore di vita della famiglia, giacchè, ex *art. 189 c.c.*, espongono all'altrui azione esecutiva non solo i beni del promittente ma anche quelli della comunione, essendo, infatti, la richiesta pronunzia ex *art. 2932 c.c.*, o l'alternativa pronunzia risarcitoria quanto meno per responsabilità precontrattuale, destinate ad incidere anche sul diritto del coniuge comproprietario o contitolare non stipulante e sulla consistenza del patrimonio familiare.
Ne consegue l'ineludibile presenza in giudizio del coniuge rimasto estraneo al preliminare, dacchè, come questa Corte ha ripetutamente evidenziato, si ha litisconsorzio necessario, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge, allorquando la decisione richiesta, indipendentemente dalla sua natura (di condanna, d'accertamento o costitutiva), sia di per sè inidonea a spiegare i propri effetti, cioè a produrre un risultato utile e pratico, anche nei riguardi delle sole parti presenti, stante la natura plurisoggettiva e concettualmente unica ed inscindibile, sia in senso sostanziale, sia, alle volte, in senso solo processuale, del rapporto dedotto in giudizio, nel quale i nessi fra i diversi soggetti, e tra questi e l'oggetto comune, costituiscono un insieme unitario, con conseguente immutabilità del rapporto medesimo ove non vi sia la partecipazione di tutti i suoi titolari (da ultimo, Cass. 7.3.06 n. 4890, 6.7.04 n. 12313, 23.9.03 n. 14102, 5.7.01 n. 9083, 11.4.00 n. 4593 e 1.7.97 n. 5895 a SS.UU.).
Per altro verso, la necessaria partecipazione del coniuge rimasto estraneo al preliminare va affermata anche in applicazione dell'art. 180 c.c., dal quale, coerentemente alla ratio della novella che riconosce quale principio informatore del diritto di famiglia la parità di diritti e doveri tra i coniugi, si stabilisce che l'amministrazione dei beni della comunione spettano disgiuntamente a ciascuno di essi per gli atti d'ordinaria amministrazione ma congiuntamente ad entrambi per quelli di straordinaria amministrazione e per la stipula dei contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento

nonchè la rappresentanza in giudizio per gli atti ad essa relativi.
Un valido criterio discretivo tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione generalmente accolto è quello della normalità dell'atto di gestione, che viene travalicata ove questo comporti un rischio di pregiudizio sulla consistenza del patrimonio o la possibilità d'alterazione della sua struttura, per il che a determinare il discrimine non è tanto il contenuto, modesto o rilevante, dell'atto, quanto piuttosto la sua finalità ed il suo effetto; onde può dirsi che, in linea di massima e rapportando comunque il criterio a ciascun singolo caso concreto, ove il negozio sia per sua natura intrinsecamente idoneo ad alterare la consistenza del patrimonio, a pregiudicarne le potenzialità economiche, a sottrarne o modificarne elementi costitutivi, esso è di straordinaria amministrazione, mentre è di ordinaria amministrazione ove sia tendenzialmente idoneo a conservare la consistenza quantitativa del patrimonio pur se rischioso.
Alla luce di tale criterio, non si può non riconoscere carattere pregiudizievole al contratto anche solo ad efficacia obbligatoria, in quanto potenzialmente idoneo ad incidere sulla consistenza del patrimonio dello stipulante; in particolare, carattere siffatto va riconosciuto al contratto preliminare di vendita, che, come è stato evidenziato in dottrina ed in giurisprudenza, si pone quale momento originario d'una serie obbligatoria consequenziale e successiva, il cui esito finale necessitato è il trasferimento della proprietà del bene promesso in vendita, sì che, in ragione dell'effetto conclusivo della sequenza, tale contratto, che alla serie obbligatoria da inizio, va considerato atto eccedente l'ordinaria amministrazione.
Anche il contratto preliminare può avere, dunque, una rilevanza pregiudizievole sulla consistenza patrimoniale della comunione e sulle condizioni di vita della famiglia, in considerazione dell'obbligazione assunta dal disponente, che pur vincola unicamente costui, e della responsabilità dello stesso per l'inadempimento;
onde il contratto preliminare di vendita di bene immobile in regime di comunione legale costituisce negozio eccedente l'ordinaria amministrazione e, per il richiamato espresso disposto *dell'art. 180 c.c.*, comma 2, le azioni che da esso traggono origine richiedono la presenza in giudizio d'entrambi i coniugi.
In definitiva, per tutte le esposte ragioni, devesi ritenere che nell'azione ex *art. 2932 c.c.* promossa dal promissario acquirente, per l'adempimento in forma specifica o per i danni da inadempimento precontrattuale, nei confronti del promittente venditore che, coniugato in regime di comunione dei beni, abbia stipulato senza il consenso dell'altro coniuge, quest'ultimo sia litisconsorte necessario; che, di conseguenza, ove il coniuge rimasto estraneo alla stipulazione del preliminare non sia stato convenuto in giudizio unitamente al coniuge stipulante e nei suoi confronti non sia stato integrato il contraddittorio, il giudizio svoltosi sia nullo e debba essere, pertanto, nuovamente celebrato a contraddittorio integro.
Nella specie, deve, dunque, essere dichiarata la nullità delle sentenze di primo e di secondo grado, con conseguente rinvio della causa, ex *art. 383 c.p.c.*, u.c., al Tribunale di Firenze il quale provvedere anche sulle spese, comprese quelle della presente fase del giudizio.

**P.Q.M.**
LA CORTE riuniti i ricorsi, accoglie il primo motivo del principale, assorbiti gli altri e l'incidentale, cassa in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, al tribunale di Firenze.
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 11 gennaio 2007.

**Sommario: Il caso e la questione controversa - Il preliminare di vendita di un bene comune e i principi della comunione legale - Litisconsorzio necessario tra i coniugi in comunione nell'azione di adempimento coattivo promossa dal terzo - I poteri spettanti al coniuge non stipulante che interviene nel giudizio ex art. 2932 c.c.**

Il caso e la questione controversa
La controversia si svolge tra due fratelli, uno dei quali aveva stipulato un contratto preliminare con un terzo per l'acquisto di un intero immobile. Successivamente, l'altro fratello aveva proposto al primo di sostituirsi a lui nell'acquisto, promettendo di cedergli uno degli appartamenti, di cui l'edificio era costituito, se il preliminare avesse avuto esecuzione.
Stipulato il contratto definitivo, l'acquirente si era rifiutato di trasferire la proprietà dell'unità immobiliare promessa al fratello, il quale propone domanda di esecuzione in forma specifica ex *art. 2932 c.c.* Il convenuto eccepisce il proprio difetto di legittimazione passiva, in quanto, essendo egli coniugato in regime di comunione dei beni, l'edificio acquistato era caduto in comunione con il coniuge. Il tribunale, tuttavia, accoglie la domanda ed emana la sentenza costitutiva che trasferisce l'appartamento all'attore. La corte di appello, in totale riforma della decisione di primo grado, rigetta la domanda di adempimento coattivo, considerando che l'azione avrebbe potuto essere proposta contro il promettente venditore solo nel caso in cui l'attore avesse inteso conseguire una pronunzia limitata al trasferimento della quota del promittente; ma poiché la domanda aveva riguardato l'intera unità immobiliare, della quale l'uno dei comproprietari non avrebbe potuto disporre senza il consenso dell'altro, il giudizio sarebbe stato da promuovere anche nei confronti di quest'ultimo.
Il fratello, promissario acquirente, soccombente propone ricorso per cassazione, censurando, in particolare, la sentenza in quanto il giudice *a quo* ha escluso la sussistenza del litisconsorzio necessario tra i coniugi in comunione dei beni, e, pur avendo riconosciuto che l'azione intesa ad ottenere il trasferimento della proprietà dell'intero bene, quando solo uno dei coniugi proprietari abbia concluso il preliminare di vendita, deve essere promossa nei confronti di entrambi i coniugi, ha rigettato la domanda, invece di rimettere la causa al primo giudice per l'integrazione del contraddittorio.

La questione controversa, che ha indotto la seconda Sezione della Cassazione a chiedere la rimessione della causa alle Sezioni Unite, riguarda appunto la sussistenza di una ipotesi di litisconsorzio necessario nel giudizio con il quale si chieda il trasferimento coattivo di un immobile in comunione dei beni, promesso in vendita da uno solo dei coniugi. E, come vedremo, la risposta dei giudici sarà positiva.

Il preliminare di vendita di un bene comune e i principi della comunione legale

La motivazione della decisione prende le mosse dalla considerazione che, a differenza di quanto può accadere nella comunione ordinaria, dove ciascuno dei comproprietari può impegnarsi a vendere la propria quota indipendentemente da quella degli altri [(1)], la promessa di vendita di un bene in comunione legale non può mai riguardare altro che l'intero bene. La regola discende dalla ricostruzione del sistema della comunione legale effettuata, ormai vent'anni or sono, dalla Corte costituzionale [(2)], e in seguito fatta propria costantemente dalla giurisprudenza, in particolare dalla Corte di cassazione [(3)], e che si articola secondo i seguenti principi:

a) la comunione legale è una comunione senza quote, nella quale i coniugi non sono individualmente titolari di un diritto di quota, bensì solidalmente titolari di un diritto avente per oggetto i beni comuni, e da tale configurazione consegue che, nei rapporti con i terzi, ciascun coniuge ha il potere di disporre dei beni della comunione;

b) il consenso dell'altro coniuge, richiesto *dall'art. 180 comma 2 c.c.*, per gli atti di straordinaria amministrazione, non è un atto unilaterale autorizzativo, ossia atto attributivo di un potere, ma è piuttosto un atto che rimuove un limite all'esercizio di un potere, e dunque è un requisito di regolarità del procedimento di formazione dell'atto di disposizione;

c) di conseguenza, la mancanza del consenso dell'altro coniuge costituisce un vizio del negozio, e l'ipotesi regolata *dall'art. 184 comma 1 c.c.* si riferisce non ad un caso d'acquisto inefficace perché *a non domino*, bensì ad un caso di acquisto *a domino* in base ad un titolo viziato, la cui sanzione è, appunto, l'annullabilità.

Sono note le critiche portate a questa ricostruzione da una parte della dottrina [(4)], ma si è anche osservato che dal diritto positivo non si può sempre pretendere la coerenza con categorie dogmatiche o esigenze sistematiche, ma piuttosto la soluzione di problemi di disciplina giuridica, individuata sulla base della valutazione e del contemperamento di contrastanti interessi in gioco [(5)]; e questo sembra essere il caso della scelta del regime dell'annullabilità entro un breve termine prescrizionale per gli atti compiuti abusivamente da un coniuge.

Nel successivo passaggio della motivazione, le Sezioni unite ricordano che, in base ai principi appena richiamati, la disciplina degli atti di straordinaria amministrazione compiuti abusivamente da un coniuge è applicabile anche al preliminare di vendita di un bene immobile della comunione.

È infatti quasi unanimemente riconosciuto che tra gli atti che «riguardano beni immobili o beni mobili registrati », che possono essere colpiti da annullabilità se compiuti senza il consenso di uno dei coniugi, rientra anche il contratto preliminare ad essi relativo, poiché la categoria è da identificare, come si esprimono i giudici nella motivazione, «in base alla natura del bene sul quale cadono gli effetti del contratto, ricomprendendo quindi tanto i negozi ad effetti reali quanto quelli ad effetti obbligatori »: pertanto, al coniuge pretermesso è riconosciuto senza difficoltà il potere di chiedere l'annullamento del contratto preliminare, a norma *dell'art. 184 comma 1 c.c.* [(6)]

La controversia attuale riguarda però, come si è detto, non tanto il potere di impugnazione autonoma del preliminare, quanto la necessità che il coniuge pretermesso partecipi al giudizio con cui il terzo promissario acquirente chiede l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere il contratto, inadempiuto dal coniuge promittente venditore.

Litisconsorzio necessario tra i coniugi in comunione nell'azione di adempimento coattivo promossa dal terzo

Sulla questione generale del litisconsorzio necessario tra coniugi in comunione gli interventi della dottrina e della giurisprudenza sono variegati e non sempre coerenti. Ma, prescindendo dalle peculiarità delle singole fattispecie concrete, il principio che si può enucleare in materia è il seguente: non è possibile indicare una regola di ordine generale, ma occorre distinguere tra i casi in cui oggetto dell'azione sia esclusivamente il contratto quale fonte del rapporto giuridico, dai casi in cui il giudice deve pronunciarsi sugli effetti del negozio e cioè, in concreto, sul rapporto giuridico che ne scaturisce, sussistendo il litisconsorzio necessario soltanto in quest'ultima ipotesi, ossia quando la controversia riguarda posizioni giuridiche sostanziali [(7)].

Come conseguenza, si è ritenuto sussistere il litisconsorzio necessario, ad esempio, in ipotesi in cui un terzo aveva promosso un giudizio di riscatto per violazione del proprio diritto di prelazione relativamente ad un bene caduto in comunione in forza dell'acquisto compiuto da uno solo dei coniugi [(8)]. Invece, il litisconsorzio necessario viene escluso nei giudizi che abbiano ad oggetto la validità o l'efficacia di un contratto di acquisto compiuto separatamente da un coniuge [(9)], oppure il suo inadempimento [(10)]; come pure si è esclusa la legittimazione del coniuge non contraente ad agire o a contraddire nel giudizio avente ad oggetto il contratto preliminare di acquisto di un bene, in quanto contratto avente solo effetti personali ed obbligatori [(11)].

Il caso di cui ci stiamo occupando riguarda un preliminare di vendita di un bene comune, in relazione al quale occorre stabilire se l'azione di adempimento coattivo debba essere proposta solo nei confronti del coniuge stipulante, oppure anche nei confronti del coniuge pretermesso. E, secondo lo schema generale sopra ricordato, la soluzione del problema sembrerebbe dipendere dalla qualificazione dell'azione prevista *dall'art. 2932 c.c.* come azione contrattuale, oppure come azione che coinvolge «posizioni giuridiche sostanziali ».

Gli scarsi precedenti giurisprudenziali in argomento sono contrastanti proprio perché si attestano sull'una o sull'altra qualificazione.
Da una parte, la sussistenza del litisconsorzio necessario è stata riconosciuta sulla base dell'affermazione che nell'azione di adempimento coattivo di cui *all'art. 2932 c.c.* la posizione del coniuge del promittente è «inevitabilmente coinvolta in una controversia che doveva avere ad oggetto l'immobile nel suo intero, stante l'incompatibilità dell'ingresso di estranei nella comunione, e la conseguente impossibilità del trasferimento della sola quota del coniuge promittente venditore » (12).
La tesi contraria, recentemente sostenuta dalla Cassazione, in consapevole contrasto con le precedenti decisioni, si fonda sul seguente sillogismo: l'azione ex *art. 2932 c.c.* è azione personale e non reale, poiché riguarda la domanda di adempimento di una obbligazione nascente da un contratto stipulato da un solo coniuge; su questi soltanto gravano le obbligazioni nascenti dal contratto; di conseguenza, l'integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge il cui consenso non è stato richiesto non è necessaria, in quanto non ricorre «una situazione sostanziale caratterizzata da un rapporto unico ed inscindibile con pluralità di soggetti », non essendo il coniuge pretermesso parte del contratto (13).
Le Sezioni Unite sono chiamate a pronunciarsi, apparentemente, su questa alternativa, ma in realtà la superano, facendo ricorso in parte ai principi della comunione e in parte alla disciplina generale del contratto preliminare.
In primo luogo, i giudici osservano che, quando l'obbligazione del coniuge che ha agito senza il consenso dell'altro è fatta valere dal terzo, «l'adempimento coattivo comporta l'aggressione al patrimonio familiare in generale ed al diritto di comproprietà del coniuge pretermesso in particolare », proprio perché non potrebbe avere come oggetto se non il bene per l'intero. Dall'altra parte, il fatto che un solo coniuge possa efficacemente stipulare un preliminare di vendita di un bene comune non significa che l'alienazione sia già compiuta, e che il coniuge rimasto estraneo al negozio abbia perso la contitolarità sul bene, poiché una simile tesi implicherebbe «una non condivisibile attribuzione a tale tipo di contratto d'un effetto traslativo, estraneo alla sua funzione e alla sua natura »; al contrario, il coniuge pretermesso è ancora contitolare del bene e legittimato ad esercitare su di esso i propri poteri di amministrazione congiunta e, in particolare, poiché l'attività negoziale posta in essere dal coniuge promittente non ha ancora prodotto l'effetto di sottrarre il bene al patrimonio comune, «il coniuge rimasto estraneo al preliminare è ancora titolare di una situazione giuridica inscindibile che lo rende litisconsorte necessario nel giudizio di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre ».
La sintesi effettuata dalle Sezioni Unite tra principi della comunione e caratteri del contratto preliminare appare pienamente condivisibile: sarebbe infatti contraddittorio affermare che il bene non è ancora uscito dal patrimonio comune, e nello stesso tempo negare al coniuge, che non ha preso parte alla stipulazione del preliminare e non si è personalmente obbligato, il diritto di intervenire nel giudizio per l'adempimento coattivo, nel quale può essere attuato il trasferimento del bene (14).

I poteri spettanti al coniuge non stipulante che interviene nel giudizio ex art. 2932 c.c.
Fin qui la decisione, che, in sostanza, riconosce al coniuge pretermesso una posizione autonoma nel giudizio per l'esecuzione in forma specifica del preliminare di vendita. Ma l'interprete non può sottrarsi ad una ulteriore domanda: qual è il contenuto di questa posizione processuale, ossia che iniziative potrà prendere il coniuge chiamato ad intervenire? È del tutto evidente che non gli può essere riconosciuto solo il ruolo di spettatore passivo di quanto avviene sul palcoscenico del processo.
In via preliminare, conviene sottolineare che la Cassazione ha enunciato il principio della necessaria integrazione del contraddittorio rispetto al coniuge pretermesso, senza fare riferimento alcuno alla circostanza della prescrizione, o meno, dell'azione di annullamento del preliminare di vendita stipulato abusivamente dall'altro coniuge. E ciò è coerente con l'argomento di fondo della decisione: la stipulazione di un contratto preliminare, che non abbia ancora avuto esecuzione, non ha comunque determinato l'uscita del bene dal patrimonio comune, con la conseguenza che di esso il coniuge pretermesso è ancora titolare.
Questa impostazione fa indirettamente giustizia di una tesi secondo la quale l'integrazione del contraddittorio nei confronti del coniuge pretermesso sarebbe ammissibile solo se non fosse prescritta l'azione di annullamento: in questo caso, si afferma, sarebbe venuto meno il limite al potere dell'altro coniuge di disporre validamente dell'intero cespite comune, e quindi l'obbligo di stipulare il definitivo sarebbe valido ed efficace anche per il coniuge non consenziente, il cui intervento più non occorrerebbe nel giudizio per l'adempimento coattivo (15). La tesi esposta, tuttavia, confonde gli effetti, nei rapporti con i terzi, del contratto annullabile, che, a certe condizioni, può coinvolgere anche il coniuge rimasto estraneo alla stipulazione, con il diverso piano della responsabilità per un'obbligazione assunta abusivamente da uno solo dei coniugi; secondo quanto dispone *l'art. 189 c.c.*, infatti, dal compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza il consenso dell'altro coniuge sorgono obbligazioni personali a carico esclusivamente del coniuge obbligato, di cui egli risponde con i propri beni personali ed eventualmente, in via sussidiaria, con la metà dei beni comuni; ma tali obbligazioni non potranno mai diventare obbligazioni della comunione e gravare anche sull'altro coniuge (16), secondo il diverso regime di responsabilità previsto dagli *artt. 186 e 190 c.c.* (17).
Chiarito che dal contratto preliminare abusivamente stipulato non potrebbero, in nessun caso, derivare obbligazioni a carico della comunione, e dunque anche del coniuge non stipulante, è ora necessario verificare quali possono essere i poteri del coniuge pretermesso interveniente, nelle diverse circostanze.
Naturalmente, egli potrà proporre l'azione di annullamento, se questa non è prescritta, poiché, come si è ricordato, l'applicazione *dell'art. 184 comma 1 c.c.* al preliminare di vendita non è posta seriamente in discussione (18). Così pure, il coniuge interveniente potrebbe convalidare il preliminare stipulato senza la sua partecipazione.
Ma se l'azione di annullamento fosse prescritta, occorre chiedersi se il coniuge potrebbe valersi dell'eccezione di annullabilità,

che, secondo i principi generali spetta al titolare dell'azione di annullamento convenuto per l'esecuzione del contratto (art. 1442 ult. comma c.c.).
Non risulta che l'interrogativo sia stato affrontato dalla dottrina, mentre qualche cenno al problema emerge in alcune decisioni, nella forma, tuttavia, dell'*obiter dictum*.
In una occasione la Cassazione ha ammesso, in linea di principio, che il coniuge pretermesso possa opporre l'eccezione di annullabilità quando l'azione ex *art. 184 comma 1 c.c.* sia prescritta, ma ne esclude l'accoglimento nel caso di specie, poiché la domanda dell'attore non aveva ad oggetto l'esecuzione in forma specifica di un preliminare, bensì era strumentale alla domanda di trascrizione o alla condanna alla riproduzione in forma pubblica di un contratto di compravendita già perfezionato con scrittura privata non autenticata [(19)].
In due successive decisioni, la Corte si pronuncia, invece, in senso contrario, ma sempre in via incidentale. In entrambi i casi i giudici escludono che la proposizione dell'azione di annullamento, respinta per prescrizione, possa valere come eccezione di annullabilità del contratto, ma aggiungono che se anche si accogliesse la tesi della «continenza implicita » dell'eccezione nell'azione di invalidità, la domanda dovrebbe comunque essere respinta, perché il principio generale della imprescrittibilità dell'eccezione non sarebbe applicabile all'azione di cui *all'art. 184 comma 1 c.c.*, in quanto la sua disciplina è da ritenersi «per la sua specialità, esaustiva e non suscettibile di integrazione » [(20)].
Questa argomentazione, del resto molto sbrigativa, non convince, anche perché inverte ingiustificatamente, come vedremo tra un attimo, l' «onere della prova ».
Occorre ricordare, in primo luogo, che l'azione di annullamento di cui *all'art. 184 comma 1 c.c.* è unanimemente considerata una vera e propria azione di annullamento, e il termine annuale un termine di prescrizione e non di decadenza [(21)]. In altre parole, le peculiarità della sua disciplina non sono considerate tali da farle mutare natura, con la conseguenza che tutte le regole proprie della generale azione di annullamento, se non espressamente escluse, dovrebbero, in linea di principio, ritenersi applicabili anche all'azione prevista *dall'art. 184 comma 1 c.c.* La loro inapplicabilità potrebbe eventualmente discendere solo da una incompatibilità con la funzione propria di questa particolare azione di annullamento, quale emerge dalla sua disciplina specifica, incompatibilità che deve però essere dimostrata.
Uno degli gli aspetti peculiari dell'azione di annullamento di cui *all'art. 184 comma 1 c.c.*, è costituito dal fatto che titolare ne è un soggetto rimasto estraneo al contratto; questa «anomalia », però, dipende dalla scelta del legislatore di evitare la più grave sanzione dell'inefficacia per l'atto di disposizione compiuto da un coniuge senza averne il potere - che sarebbe invocabile da chiunque e imprescrittibile-, e di degradare la violazione a mancanza di un requisito di regolarità dell'atto. La ragione di questa scelta sta, come è noto, in una esigenza di tutela del terzo estraneo alla coppia, e la stessa funzione è svolta dalla brevità del termine di prescrizione, rispetto a quello generale di cinque anni [(22)].
Non bisogna però confondere la *ratio* di alcune caratteristiche «speciali » della disciplina dell'azione con la sua funzione propria e principale, che è quella di tutelare il coniuge pretermesso: dunque, tutto quanto può costituire limite alla tutela del coniuge deve essere espressamente previsto, o almeno giustificato in modo convincente.
Ora, quanto alla eccezione di annullabilità, non sembra che ci siano argomenti validi per negarne l'imprescrittibilità. Se si accogliesse la tesi che con la prescrizione dell'azione si estingue anche l'eccezione, si amplierebbe senza una ragione plausibile la tutela del terzo, e, di contro, si ridurrebbe ancora la tutela del coniuge pretermesso, la cui posizione risulta già *a priori* fortemente compromessa dalle scelte fatte dal legislatore [(23)].
A questo punto, occorre verificare la compatibilità di questa risposta alla domanda inespressa, sollevata dalla decisione qui commentata, con gli argomenti dalla stessa adottati.
Il confronto, a mio avviso, non può dare altro che esito positivo. Se, infatti, si riconosce al coniuge pretermesso il diritto di intervenire nel giudizio per l'adempimento coattivo del preliminare, sulla base dell'affermazione che egli «è ancora contitolare del bene e su di esso legittimato ad esercitare i suoi poteri di amministrazione congiunta, atteso l'effetto solo obbligatorio del preliminare », sarebbe contraddittorio negargli il potere di opporre l'eccezione di annullabilità del negozio, quando l'azione è prescritta: se così fosse, in questo caso gli si riconoscerebbe, di fatto, solo il potere di aderire, ma non di opporsi all'attività abusiva svolta dall'altro coniuge, e il suo intervento sarebbe allora del tutto inutile!

---

[(1)] La volontà di scomporre il negozio in più contratti preliminari, quanti sono i comproprietari, deve tuttavia risultare chiaramente, poiché la vendita di un bene in comunione ordinaria è da considerarsi, di norma, come riguardante il bene nella sua inscindibile unità, con la conseguenza che, in tale ultimo caso, la mancanza del consenso di una delle parti esclude in radice che il promissario acquirente possa ottenere una sentenza costitutiva ex *art. 2932 c.c.* nei confronti dei soli proprietari promittenti: così *Cass., Sez. Un., 8 luglio 1993, n. 7481,* in *Corr. giur*., con nota di V. Carbone, *Preliminare di bene indiviso sottoscritto da alcuni comproprietari: incompletezza del contratto o efficacia limitata alle quote?*; in *Foro it*., I, 2456, con nota di G. La Rocca, *Contratto preliminare di vendita e giurisprudenza: riflessioni critiche*, e *ibidem*, 3266 nota di E. Scoditti, «Quid iuris » *nell'ipotesi di promessa di vendita priva del consenso di tutti i comproprietari?*; in *Nuova giur. civ*., 1994, I, 351, con nota di M. Dogliotti, *Sul preliminare di vendita di un bene comune da parte di alcuni comproprietari: questione di fatto o di diritto?*; in *Giur. it*., 1994, I, 1, 886, con nota di S. T. Masucci, *Il preliminare di vendita di bene parzialmente altrui ed esecuzione in forma specifica parziale: il punto della Sezioni unite*. La questione, e la decisione della Cassazione, che, a sua volta, compose un conflitto interpretativo sull'efficacia del preliminare di vendita di un bene comune, sono ricordate nella motivazione della sentenza che si pubblica, per marcare la differenza tra comunione ordinaria e comunione coniugale.
[(2)] Corte cost. 17 marzo 1988, n. 311, in *Nuova giur. civ*., 1988, I, 561, con nota di commento di C. Marti; in *Giust. civ*., 1988, I, 1388, e *ibidem*, 2482 nota di A. Natucci, *Alienazioni immobiliari e annullabilità nella disciplina della comunione legale*.

(3) Per un ampio panorama della giurisprudenza in argomento v., da ultimo, G. Carta*, I preliminari di vendita immobiliare e gli atti «abusivi » di amministrazione dei beni della comunione legale*, in *Fam. pers. e succ*., 2006, 441 ss.
(4) V., ad esempio, F. Mastropaolo, sub *Art. 184*, in AA.VV., *Commentario al diritto italiano della famiglia*, diretto da Cian-Oppo-Trabucchi, III, Padova, 1993, 206 ss.; per ulteriori riferimenti v. L. Bruscuglia, *L'amministrazione dei beni della comunione legale*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, IV, *Il diritto di famiglia*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, 285 ss.
(5) Così, A. Giusti, *L'amministrazione dei beni della comunione legale*, Milano, 1989, 215, la cui opinione è condivisa, da ultimo, da F. Anelli, *L'amministrazione della comunione legale*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, III, Milano 2002, 261.
(6) V. *Cass., 21 dicembre 2001, n. 16177,* in *Familia*, 2002, 883, con nota di A. Gnani, *In tema di preliminare di vendita stipulato da uno dei coniugi in regime di comunione legale*; in *Riv. not*., 2002, 976, con nota di S. Vocaturo, *Contratto preliminare di compravendita di bene immobile della comunione posto in essere dal singolo coniuge senza il consenso dell'altro*; in *Guida dir*., 2002, 5, 57, con nota di G. Bruno, *Solo con l'azione giudiziaria di annullamento è possibile bloccare l'efficacia del contratto*; in *Nuova giur. civ*., 2003, I, 55, con nota di B. Valignani, *Annullabilità del preliminare di vendita di un immobile facente parte della comunione legale*; *Cass., 18 giugno 1992, n. 7524,* in *Dir. fam.*, 1993, 75, e *ivi*, 1995, 55, nota di A Quaranta, *Comunione legale e situazioni giuridiche strumentali*; *Cass., 17 dicembre 1994, n. 10872,* in *Nuova giur. civ*., 1995, I, 889, con nota di F. Regine, *Questioni in tema di contratto preliminare e comunione legale*; in *Giust. civ*., 1995, I, 358, con osservazione di R. Triola. In dottrina v., per tutti, F. Mastropaolo, *op. cit*., 201 s.; F. Anelli, *op. cit*., 272 s. Invece, l'applicazione *dell'art. 184 c.c.* è stata esclusa in una particolare fattispecie concreta, nella quale il preliminare di vendita era stato predisposto con l'indicazione dei nomi dei due coniugi, poiché tutte le parti erano consapevoli che il bene era in comunione legale, e la volontà di tutti era orientata alla stipulazione di un contratto in cui entrambi i coniugi avrebbero dovuto prestare il consenso: in tal caso, la mancata sottoscrizione di uno dei coniugi non aveva permesso il perfezionamento del contratto, che era da considerarsi nullo per difetto di consenso: *Cass., 24 febbraio 2004, n. 3647,* in *Notariato*, 2004, 232.
(7) Così Cass., Sez. Un., 1° luglio 1997, in *Fam. e dir.*, 1997, 529, con nota di M. Cariello, *Il «punto fermo » delle Sezioni unite sul problema del litisconsorzio tra coniugi in comunione legale*; in *Giust. civ.*, 1998, I, 488, con nota di G. Rizzo, *Azione di riscatto e litisconsorzio necessario dei coniugi in comunione legale: un sostegno implicito alla tesi della soggettività della comunione legale?*; in *Corr. giur*., 1998, 31. Per un panorama completo degli orientamenti in argomento rinvio a M. Dossetti, sub *Art. 180*, in AA.VV., *Codice civile ipertestuale* a cura di G. Bonilini-M. Confortini-C. Granelli, Torino, 2007.
(8) Cfr. *Cass., Sez. Un., 1° luglio 1997 n. 5895,* cit.: nella specie, l'azione di riscatto promossa dal terzo aveva come oggetto un fondo rustico; in altre occasioni l'oggetto del giudizio di riscatto era un immobile ad uso non abitativo (*Cass., 29 maggio 1998, n. 5340,* in *Foro it*., 1998, I, 2868; in *Giur. it*., 1999, 931; *Cass., 29 luglio 1995, n. 8341* e *Cass., 5 giugno 1995 n. 6299,* in *Giust. civ*., 1995, I, 2622), oppure la quota ereditaria alienata in violazione del diritto di prelazione spettante agli eredi (*Cass., 14 maggio 2003, n. 7404, ivi*, 2004, I, 755, e *ibidem*, 2361, con nota di M. Comastri, *Osservazioni in tema di facoltatività o necessarietà dell'opposizione di terzo ordinario*).
(9) Cass., 11 dicembre 2003, n. 18936, in *Mass. giur. it*., 2003; *Cass., 13 dicembre1999, n. 13941, ivi*, 1999; *Cass., 29 ottobre 1992, n. 11773,* in *Dir. e giur. agr.*, 1993, 355, con nota di Jannarelli.
(10) *Cass., 24. febbraio 2004, n. 3647,* in *Mass. giur. it*., 2004.
(11) *Cass., 7 marzo 2006, n. 4823, Mass. giur. it*., 2006.
(12) Così *Cass., 14 gennaio 1997, n. 284,* in *Dir. fam.*, 1998, 26; conf., *Cass., 11 aprile 2002, n. 5191,* in *Giur. it*., 2003, 1150, con nota di A. Angiuli, *Preliminare di vendita di un bene della comunione legale concluso da un solo coniuge e giudizio ex art. 2932 c.c*.
(13) Non possono essere considerate precedenti, anche se argomenti e soluzioni appaiono simili, le decisioni adottate sulla base del presupposto, ormai abbandonato, che fosse ammissibile l'esecuzione in forma specifica del preliminare limitatamente alla quota del coniuge che lo aveva stipulato; è ovvio che in tal caso la partecipazione del coniuge pretermesso al giudizio sarebbe stata priva di giustificazione, restando salvo il suo diritto di proprietà sulla sua quota: cfr. *Cass., 28 dicembre 1988, n. 7081,* in *Mass. giur. it*., 1988; *Cass., 7 aprile 1995, n. 4063,* in *Nuova giur. civ*., 1996, I, 27, con nota di T. Arrigo, *Contratto preliminare e comunione legale: applicabilità dei principi generali al sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi*: nella specie, tuttavia, i giudici hanno ritenuto dimostrato, in fatto, che la promessa aveva come oggetto l'intero immobile e hanno confermato la sentenza di appello che aveva riformato quella di primo grado, con la quale era stato attuato il trasferimento della metà dell'immobile promesso, essendovi contrasto tra la domanda di esecuzione in forma specifica e le risultanze del preliminare. Neppure può essere considerata precedente *Cass., 13 maggio 2005, n. 10033,* in *Mass. giur. it*., 2005, nella quale si è stabilito che il coniuge pretermesso non è legittimato ad appellare la sentenza - che ha dato esecuzione al preliminare stipulato dall'altro coniuge - quando la sua legittimazione passiva nel giudizio di primo grado ex *art. 2932 c.c.* era stata esclusa su sua stessa domanda: in tal caso, infatti, mancando la soccombenza, non vi sarebbe stato interesse ad impugnare.
(14) Sul fatto che dal preliminare nasca esclusivamente un'obbligazione a carico del promittente venditore concorda, quasi unanime, la dottrina: in argomento v., per tutti, R. Sacco, *I fatti e le situazioni strumentali*, in R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, 2 ª ed., Torino, 2004, 265 ss. e 280 ss..
(15) In questo senso A. Gnani, *In tema di preliminare di vendita*, cit., 898; *Cass., 17 dicembre 1994, n. 10872,* cit.
(16) Nell'equivoco è caduta pure *Cass., 8 gennaio 2007, n. 88,* in *Corr. giur*., 2007, 506, che ha condannato al risarcimento del danno per inadempimento dell'obbligo di stipulare il preliminare anche il coniuge che non ha consentito all'atto ed è rimasto estraneo alla stipulazione: la decisione è criticabile proprio perché si basa sul presupposto, errato, che le obbligazioni nascenti da un preliminare non più impugnabile, «in quanto relative a beni immobili facenti parte del compendio di una comunione legale…non possono… non ricadere su entrambi i coniugi, di quei beni appunto contitolari ».
(17) Sulla distinzione tra obbligazioni comuni e obbligazioni personali dei coniugi in comunione dei beni, e sui relativi effetti, v., da ultimo, P. Di Martino, *La comunione legale tra coniugi: la responsabilità*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, trattato diretto da G. Bonilini-G. Cattaneo, 2 ª ed., Torino, 2007, 241 ss.
(18) V. *supra*, nota 6. Per completezza, occorre ricordare che recentemente, forse per meglio tutelare il coniuge pretermesso, è stata riproposta la tesi secondo cui, essendo il preliminare un contratto ad effetti obbligatori, che obbliga solo il coniuge stipulante, non potrebbe essere impugnato con l'azione di annullamento dal coniuge pretermesso, il quale però potrebbe intervenire nel giudizio ex *art. 2932 c.c.* per dichiarare la sua estraneità all'obbligo assunto unilateralmente dall'altro coniuge, e in tal caso la sentenza costitutiva non potrebbe essere emessa perché riguarderebbe un oggetto indisponibile: così A. Angiuli, *Preliminare di vendita di un bene della comunione legale*, cit., 1152

s..
(19) *Cass., 19 febbraio 1996, n. 1279,* in *Giur. it*., 1997, I, 1, 962, con osservazione di A. Gutmann.
(20) Così *Cass., 27 ottobre 2003, n. 16099,* in *Mass. giur. it.,* 2003; conf. *Cass., 8 gennaio 2007, n. 88,* in *Corr. giur*., 2007, 506.
(21) In argomento, e per gli ulteriori riferimenti, v., da ultimo, Di Martino-Rovera, *La comunione legale: l'amministrazione dei beni*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, cit., 228 ss.; Anelli, *op. cit*., 255 ss. In giurisprudenza v. *Cass., 22 luglio 1987, n. 6369,* in *Giust. civ*., 1988, I, 135, con nota di M. Finocchiaro, *Alcune precisazioni in margine all'art. 184 c.c*.; *Cass., 17 dicembre 1994, n. 10872,* cit.; *Cass., 19 febbraio 1996, n. 1279,* cit.
(22) È considerazione ricorrente che nella disciplina dell'amministrazione dei beni della comunione il legislatore si sia trovato di fronte al problema di contemperare le esigenze relative all'attuazione dei principi della comunione legale, e in particolare il principio di parità tra i coniugi, con quelle di tutelare i terzi che con essi intrattengono rapporti contrattuali: in argomento v., tra i tanti, F. Anelli, *op. cit*., 255 ss.; G. Galasso, *Del regime patrimoniale della famiglia, Sub* Art. 184, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja-Branca, continuato da Galgano, I, *Delle persone e della famiglia*, Bologna-Roma, 2003, 354 ss.
(23) Non bisogna dimenticare che, proprio per rimediare in parte alla posizione di debolezza del coniuge pretermesso, parte della dottrina aveva proposto una interpretazione *dell'art. 184 comma 1 c.c.*, che ne riducesse il campo di applicazione, limitandolo solo agli atti compiuti dal coniuge che risulta unico intestatario del bene, mentre, nei casi in cui il bene fosse stato intestato ad entrambi o al solo coniuge non stipulante, si sarebbe dovuto tornare ad applicare la regola dell'inefficacia. La tesi, pur autorevolmente sostenuta, era stata criticata per il fatto che comportava una interpretazione restrittiva antiletterale *dell'art. 184 c.c.*, che, pur derogatoria rispetto alla regola dell'inefficacia, aveva comunque, nel suo ambito, portata generale; quella tesi, già minoritaria, ora non ha più seguito: in argomento, e per i riferimenti, v., da ultimo, Di Martino-Rovera, *La comunione legale: l'amministrazione dei beni*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia*, cit., 230.

**L'OPZIONE E LE FIGURE AFFINI: GRATUITA' O ONEROSITA' DELL'OPZIONE**

Paganini Andrea

App. Milano Sez. IV, 27 luglio 2011 c.c. art. 1326 c.c. art. 1329 c.c. art. 1421 c.c. art. 2932

**FONTE**

Contratti, 2011, 12, 1085

*Requisiti del contratto*

Sommario: Il caso concreto - Analisi delle singole figure - Il problema della gratuità dell'opzione e soluzione della corte

Il caso concreto

L'intricata vicenda sottoposta all'esame dei giudici della Corte d'Appello di Milano può essere così riassunta.

Nel 1993 due autolavaggi (B. e S.) del Comune di Castellanza stipulavano lo stesso giorno una serie di contratti, in particolare:

1) un contratto con cui l'autolavaggio B. acquistava il ramo di azienda di lavaggio dei veicoli sito in Castellanza di proprietà dell'autolavaggio S.;

2) un contratto con cui l'autolavaggio S. concedeva in locazione commerciale all'autolavaggio B. per un periodo di 6 anni più 6 il terreno su cui viene esercitata l'attività di lavaggio auto;

3) un contratto di opzione con cui l'autolavaggio S. riconosceva e concedeva il diritto all'autolavaggio B. di potersi rendere definitivamente acquirente, alla scadenza della locazione, della proprietà del terreno oggetto della locazione stessa a un prezzo già pattuito (sin dal 1993 quindi) salva rivalutazione ISTAT con comunicazione da far pervenire al proponente nei sei mesi antecedenti la scadenza (finale) della locazione (15.3.2005).

Così faceva l'autolavaggio B. con apposita raccomandata ricevuta dalla controparte in data 23 febbraio 2005.

L'autolavaggio S. rifiutava però di regolare l'intestazione dell'immobile e così l'autolavaggio B. in data 1 marzo 2005 notificava atto di citazione avanti il Tribunale di Busto Arsizio per sentir accertare e dichiarare l'avvenuta conclusione del contratto di vendita oggetto dell'opzione e quindi il trasferimento della proprietà del bene, previa offerta *banco iudicis* (avvenuta in prima udienza) del prezzo pattuito nel 1993 per la vendita oltre rivalutazione ISTAT (in totale circa 178 mila euro).

Anche in giudizio l'autolavaggio S. respingeva le pretese avversarie e rifiutava l'offerta presentata in udienza lamentando anche il notevole incremento di valore che il terreno avrebbe avuto negli anni.

Il Tribunale di Busto Arsizio accoglieva la domanda attorea ritenendo validamente conclusa la vendita essendosi l'autolavaggio B. correttamente avvalso dell'opzione stipulata nel 1993.

L'autolavaggio S. ha quindi proposto appello eccependo, tra le altre cose, che l'opzione stipulata nel 1993 era in realtà nulla perché di fatto gratuita, non essendo stato pattuito alcun prezzo per l'opzione stessa.

Sul punto l'autolavaggio B. replicava affermando che l'eccezione di nullità era in primo luogo inammissibile poiché sollevata per la prima volta in appello e comunque infondata.

Prima di considerare quanto statuito sul punto dalla Corte d'Appello di Milano, è opportuno illustrare brevemente le caratteristiche principali del patto di opzione e delle figure affini riconosciute dall'ordinamento.

Si tratta dei cosiddetti "negozi preparatori" che il codice civile disciplina nell'ambito del processo di formazione del contratto.

Analisi delle singole figure

a) Proposta irrevocabile

In tema di contratti, la regola generale vuole che la proposta formulata per la conclusione dell'accordo può essere revocata dal proponente finché il contratto non è concluso (*art. 1328 c.c.).*

Vige quindi un generale principio di revocabilità della proposta contrattuale, *ad nutum*, senza bisogno di alcuna motivazione o giustificazione [(1)].

In deroga al principio di cui sopra, *l'art. 1329 c.c.* chiarisce che se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo periodo di tempo, la revoca è senza effetto.

L'articolo disciplina quindi l'ipotesi della cosiddetta proposta irrevocabile che ricorre (oltre che nei casi previsti dalla legge [(2)]) quando la parte proponente si è unilateralmente impegnata a mantenere ferma la propria proposta contrattuale per un determinato periodo di tempo. Nel frattempo il destinatario ha la possibilità di valutare l'offerta e decidere se accettare o meno, senza timore di perdere improvvisamente l'occasione.

Il termine è quindi l'elemento fondamentale, tanto che in assenza di tale requisito la proposta irrevocabile è nulla e, pertanto, dovrà essere intesa (*rectius* "convertita" ex *artt. 1424 e 1324 c.c.*) come proposta semplice, cioè revocabile ai sensi del citato *art. 1328 c.c.* finché non vi sia stata l'accettazione della controparte [(3)]. Non sarebbero quindi applicabili i rimedi integrativi di cui agli *artt. 1183, 1326 comma 2 o 1331 comma 2 c.c.* [(4)]. Il primo consente di individuare il tempo dell'adempimento delle obbligazioni qualora il momento non sia stato prefissato dalle parti.

Tale soluzione, adottata dalla giurisprudenza risalente [(5)], è però criticabile perché confonde indebitamente il piano dell'esecuzione della prestazione con quello della semplice proposta contrattuale [(6)]. Del pari impraticabile è il ricorso *all'art.*

*1326 comma 2 c.c.* secondo cui, in assenza di fissazione da parte del proponente, il termine sarebbe desumibile dalla natura dell'affare o dagli usi [7].
Infatti, sebbene la norma si applichi in generale alle proposte contrattuali, è giudicata non riferibile all'ipotesi in esame se si sottolinea opportunamente la distinzione tra termine di efficacia e di irrevocabilità della proposta.
Il primo è il periodo entro cui la proposta deve essere accettata, mentre il secondo segna la fine dell'impegno del proponente a non revocate la proposta (8)
.
Se il primo termine non è stato stabilito, può soccorrere pacificamente l'art. 1326 II comma c.c., se il secondo manca, difetta l'elemento essenziale della proposta ex *art. 1329 c.c.*
Se si applicasse *l'art. 1326 comma 2 c.c.* anche in questo secondo caso alle proposte irrevocabili, si equipararebbero senza distinzioni i termini di efficacia e irrevocabilità.
La dottrina non ha poi mancato di sottolineare come, essendo le fattispecie di cui agli artt. 1326 e 1329 ontologicamente diverse, tali debbano essere anche i "termini" relativi.
Infatti l'impegno unilateralmente assunto, senza contropartita, a mantenere ferma la proposta (*art. 1329 c.c.*) non potrà prolungarsi oltre quanto desiderato dallo stesso proponente e, quindi, non potrà essere pari alla "natura dell'affare"
(*art. 1326 comma 2 c.c.*), ma, verosimilmente, sarà più breve [9].
La distinzione tra i due termini fa si che qualora fosse scaduto il termine di irrevocabilità, il destinatario potrebbe comunque accettare la proposta (non più irrevocabile, ma ancora valida), se nel frattempo il proponente non l'ha revocata (10)
.
Infine, il secondo comma *dell'art. 1331 c.c.* stabilisce che nell'ambito del patto di opzione, se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice [11]. Il precetto non è però ritenuto applicabile analogicamente all'ipotesi di cui *all'art. 1329 c.c.*, essendo eccezione al generale principio di revocabilità della proposta [12].
Anche la giurisprudenza più recente conferma l'essenzialità della predeterminazione del termine della proposta irrevocabile, la quale, in assenza di tale requisito, è giudicata proposta pura e semplice.
Infatti nella sentenza n. 18001 del 2010, la Corte di Cassazione non è ricorsa a rimedi integrativi per individuare il termine di una proposta solo nominalmente chiamata "irrevocabile" dal proponente. Non solo, ha pure escluso di poter considerare "termine" rilevante ex *art. 1329 c.c.* un particolare meccanismo che fa cessare il tempo di irrevocabilità della proposta di acquisto di un immobile con la sottoscrizione del contratto preliminare o direttamente del rogito notarile di trasferimento della proprietà.
Tale soluzione non è praticabile perché la cessazione dell'irrevocabilità deve consentire al proponente di esercitare nuovamente la facoltà di revoca della proposta generalmente consentita ex *art. 1328 c.c.* Nel caso esaminato dagli ermellini ciò non era possibile perché con la sottoscrizione del preliminare o del
definitivo il proponente avrebbe comunque perso qualsiasi facoltà di revoca [13]. Diversa dalla revoca è l'ipotesi del ritiro della proposta. Questo avviene quando
il proponente di fatto impedisce alla proposta di giungere al destinatario o la fa precedere da una contro-dichiarazione per privarla di efficacia [14].
Infine per poter essere davvero qualificata come tale, la proposta irrevocabile deve anche contenere tutti gli elementi essenziali del contratto che il proponente intende concludere con l'oblato; in difetto di ciò l'offerta non sarà altro che uno dei diversi "step" del percorso per il raggiungimento dell'accordo tra le parti in vista della formazione del contratto [15]. b) Opzione
Se la proposta irrevocabile è frutto di una scelta unilaterale del proponente, l'opzione deriva invece da un accordo bilaterale tra due soggetti. Questa è la differenza essenziale, per così dire "genetica" tra i due istituti, mentre gli effetti sono di fatto equiparati.
L'opzione è una novità del codice civile del 1942 non essendo stata prevista dal legislatore del 1865.
Di fatto, fece la sua prima "apparizione" a livello giurisprudenziale nella celebre controversia (simile per certi aspetti a quella del caso in esame) che oppose il Senatore Bocconi alla società Rinascente.
Quest'ultima infatti era intenzionata ad acquistare un immobile del Senatore, ma, non disponendo dei mezzi sufficienti, ottenne in locazione il bene, con l'accordo che avrebbe potuto decidere di perfezionare l'acquisto al termine della locazione a un prezzo già fissato.
Nel corso degli anni però il valore dell'immobile crebbe notevolmente e il Senatore Bocconi rifiutò di presentarsi dinanzi al notaio pretendendo un corrispettivo superiore a quello precedentemente fissato.
La fattispecie destava grandi perplessità poiché l'opzione presentava notevoli similitudini con la condizione meramente potestativa che già all'epoca era annoverata tra le cause di nullità del contratto. In prima battuta il Tribunale di Milano [16] ritenne che si fosse in presenza di una proposta irrevocabile. Successivamente la Corte d'Appello [17] qualificò il caso come contratto perfetto sottoposto a condizione mista (ammissibile) il cui avveramento retroagiva alla data di conclusione del

contratto. Infine la Corte di Cassazione [18] censurò la pronuncia di secondo grado e parlò di contratto in formazione con proposta irrevocabile [19].
Successivamente, come detto, il legislatore del 1942 si è occupato specificamente del tema introducendo la figura dell'opzione e inserendola tra gli istituti relativi alla formazione del contratto tra la proposta e l'accettazione.
*L'art. 1331 comma 2 c.c.* stabilisce infatti che "quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti *dall'art. 1329 c.c.".*
Come giustamente rilevato in dottrina [20], il legislatore non si è curato di fornire una definizione dell'opzione, ma si è limitato a chiarirne gli effetti. Per tale motivo non è sempre facile individuare le esatte caratteristiche dell'istituto e le differenze con le altre figure affini presenti nell'ordinamento (ad esempio proposta irrevocabile e contratto preliminare).
Si tratta quindi di una convenzione che vincola il solo promittente, lasciando libero l'oblato di accettare oppure no [21].
E' un'intesa "preparatoria" che si colloca nella fase della formazione dell'accordo, dopo le trattative, ma prima della stipula del contratto ed è caratterizzata da uno schema "complesso", più elaborato e diverso dal classico scambio di proposta e accettazione [22]. Deve essere però tenuta distinta dal contratto preparatorio in senso stretto il quale, insinuandosi nella formazione di un altro contratto, ha lo scopo di fissare per le parti solo alcune clausole e elementi del regolamento definitivo [23].
Al contrario, è essenziale che l'opzione contenga già in sé l'intero contenuto dell'accordo e il completo assetto negoziale deciso dalle parti perché il contratto stesso (al quale l'opzione si riferisce) si perfeziona - con efficacia *ex nunc* - nel momento in cui l'oblato manifesta la volontà di esercitare il diritto di opzione, senza che sia necessaria l'adesione o l'accettazione del proponente [24].
Proprio per via di questa struttura, l'opzione è stata definita anche "fattispecie a formazione successiva" (o meglio progressiva) poiché inizia con la convenzione sull'irrevocabilità dell'offerta completa in tutti i suoi elementi, e "sfocia" nell'accettazione che, saldandosi alla proposta, perfeziona il contratto [25]. L'opzione è peraltro contratto "neutro" e può essere utilmente costituita in relazione a qualsiasi contratto, traslativo, obbligatorio, definitivo o anche preparatorio (come il contratto preliminare) [26].
Ulteriore elemento caratteristico del patto di opzione è il termine. Come sopra rilevato, il legislatore ha specificamente chiarito (*art. 1331 comma 2 c.c.*) che se il termine di efficacia non è stato fissato dalle parti, viene stabilito dal giudice su richiesta dei contraenti; cosa che invece non può avvenire nel caso della proposta irrevocabile per i motivi prima analizzati.
La differenza di struttura rispetto alla proposta ex *art. 1329 c.c.* giustifica e spiega anche le diverse discipline del termine.
Infatti nell'ipotesi della proposta irrevocabile, l'affidamento dell'oblato ha minor rigore, giacché l'impegno di irrevocabilità è assunto unilateralmente e gratuitamente dal proponente.
Al contrario, il beneficiario dell'opzione vanta una posizione maggiormente tutelata dall'ordinamento poiché confida in una solidità, per così dire, "bilaterale"della proposta di origine, alla cui formazione ha partecipato direttamente [27]. Anche a livello di "stabilità" l'opzione è caratterizzata da una "forza" [28] maggiore.
Infatti, poiché essa si fonda su un accordo tra le parti, la morte o la sopravvenuta incapacità del contraente vincolato non possono far decadere la proposta (cosa che invece può avvenire nel caso della proposta irrevocabile) (29).
Come già osservato nel paragrafo precendente, ci si domanda cosa ne sia di un'accettazione dell'opzione giunta fuori termine al proponente. Per la giurisprudenza, il decorso del termine libera definitivamente il proponente e l'adesione tardiva dell'oblato equivale semplicemente ad una nuova proposta [30]. Invece la dottrina osserva criticamente, secondo la citata teoria della doppia dichiarazione, che la proposta è ancora efficace se non è decorso il termine di cui *all'art. 1326 comma 1 c.c.*, (sebbene ora liberamente revocabile) e il proponente potrà quindi ritenere valida ex *art. 1326 comma 3 c.c.* l'eventuale accettazione tardiva dell'oblato [31]. Ulteriore elemento di distinzione rispetto alla proposta irrevocabile è che questa, come proposta contrattuale, è normalmente giudicata incedibile, mentre l'opzione può circolare sia *inter vivos*, sia *mortis causa* [32].
Per quanto attiene alla forma, il patto di opzione deve rivestire la stessa forma del contratto alla cui stipulazione si riferisce e, così pure, lo stesso formalismo caratterizzerà l'accettazione dell'opzionario [33].
Sebbene in passato la giurisprudenza abbia oscillato sul punto, i recenti arresti della Corte di Cassazione paiono concordi nel ritenere la necessità della simmetria delle forme. Anzi anche eventuali modifiche concernenti il contenuto del patto dovranno

rivestire sempre la stessa forma [34].
In caso di rifiuto dell'offerente, si discute se, anche in tema di opzione, sia possibile invocare la tutela in forma specifica prevista *dall'art. 2932 c.c.* per i contratti preliminari.
Solo la giurisprudenza più risalente consentiva di rivolgersi al giudice per ottenere la pronuncia di una sentenza produttiva degli effetti del contratto conclusosi con l'adesione dell'oblato all'opzione proposta [35]. Ad avviso invece della dottrina una simile soluzione sarebbe inconciliabile e non proponibile in materia di opzione. Si è infatti rilevato [36] che in realtà l'opzione, essendo una fattispecie a formazione progressiva, non necessita di alcuna collaborazione da parte dell'offerente. Il contratto si conclude quindi, come già sottolineato, con la semplice accettazione della proposta da parte dell'oblato che esercita un proprio diritto potestativo.
Non a caso nella sentenza di primo grado (confermata dalla Corte d'Appello), il Tribunale di Busto Arsizio, Sezione distaccata di Gallarate, appurata la regolarità dell'accettazione dell'oblato con raccomandata del 22 febbraio 2005, *dichiarava* avvenuta la conclusione del contratto di compravendita sin dal 22 febbraio 2005 e ordinava alla competente conservatoria dei registri immobiliari la trascrizione della sentenza stessa, previo pagamento del prezzo (già fissato nel 1993) da parte dell'oblato [37].
c) Preliminare unilaterale
Diversa ancora è l'ipotesi del contratto preliminare unilaterale.
In questo caso, a differenza del preliminare "classico", una parte assume l'obbligo di contrarre e quindi la dichiarazione dell'altro contraente di voler concludere il contratto deve poi essere seguita dalla stipula del definitivo.
Solo una parte ha dunque l'obbligo di stipulare il contratto "finale", mentre l'altra è libera di "speculare" sull'opportunità o convenienza dell'operazione.
A differenza dell'opzione, dove l'adesione dell'oblato perfeziona già di per sé il contratto i cui elementi erano già tutti definiti nel patto di opzione, il preliminare unilaterale dovrà essere comunque accompagnato dalla stipula di un ulteriore contratto definitivo.
Quindi mentre l'opzione rientra nella formazione progressiva di un (unico) contratto e si compone di due fasi (patto d'opzione e adesione dell'oblato che "sbocca" automaticamente nel contratto cui l'opzione si riferiva), nel preliminare unilaterale ci saranno ben tre fasi: conclusione del preliminare, dichiarazione di voler concludere il definitivo e successiva stipulazione del definitivo [38].
Infatti nell'opzione la conclusione del contratto è rimessa esclusivamente all'esercizio di un diritto potestativo che il patto di irrevocabilità ha attribuito all'oblato, mentre il preliminare unilaterale comporta sempre un successivo obbligo di contrarre seppure a carico di un solo soggetto.
Gli effetti definitivi si producono quindi solo a seguito di un successivo e ulteriore incontro delle volontà delle parti, mentre per l'opzione gli effetti seguono automaticamente la dichiarazione di adesione dell'oblato [39].
Si osserva che, proprio per le affinità tra le due figure, nel caso sottoposto al giudizio della Corte milanese, per scrupolo difensivo, veniva prospettata anche l'eventualità che il contratto in oggetto fosse qualificato come preliminare unilaterale (e non come opzione).
In conseguenza di ciò, parte appellata, sin dal giudizio di primo grado (ove era attrice) aveva richiesto in via subordinata sentenza ex *art. 2932 c.c.* con cui venisse disposto coattivamente il trasferimento dell'immobile.
I giudici, esprimendosi sul punto, hanno precisato che dal complessivo tenore letterale del contratto risulta pacificamente la volontà delle parti di promuovere l'incontro tra una proposta di vendita e la relativa accettazione, senza necessità di un'ulteriore stipula di un contratto definitivo.
Il contratto era quindi qualificato come opzione e non come preliminare.
In ogni caso, si noti che anche qualificando il negozio come preliminare unilaterale sarebbe stato irrilevante il fatto che i contraenti non avessero pattuito un termine per la stipula del definitivo. Infatti, per giurisprudenza costante, nella domanda proposta in giudizio è implicita anche la richiesta al giudice di fissare il termine stesso [40].
La differenza risiederebbe solo negli effetti che si produrrebbero non dall'adesione dell'oblato (come avviene per l'opzione), ma dal passaggio in giudicato della sentenza ex *art. 2932 c.c.*
Il problema della gratuità dell'opzione e soluzione della corte
Il problema della gratuità dell'opzione viene sottoposto all'attenzione dei giudici della Corte d'Appello di Milano a seguito dell'eccezione di nullità del patto d'opzione sollevata dagli appellanti.
Innanzitutto i giudici hanno affermato che la questione della nullità dell'opzione può essere comunque esaminata d'ufficio.
Infatti quando la nullità del contratto è posta a fondamento del rigetto della pretesa avversaria, può essere rilevata dal giudice in ogni stato e grado del giudizio, anche in assenza dell'iniziativa della parti. Pertanto, *a fortiori*, è consentito al giudice rilevare la nullità del contratto anche per ragioni diverse da quelle prospettate dalla parte.
In effetti gli appellanti, originariamente convenuti in primo grado, hanno chiesto il rigetto della domanda attorea sostenendo che l'opzione si sarebbe risolta o avrebbe dovuto essere giudicata inefficace o nulla (sebbene per motivazioni diverse da quanto

sollevato in appello) e ciò ha comunque consentito alla Corte di Milano di esaminare la questione [41]. Sulla possibilità della gratuità dell'opzione la dottrina e la giurisprudenza hanno prospettato diverse soluzioni.

Secondo alcuni autori, tra tutti Sacco [42], *l'art. 1331 c.c.* trova normale applicazione nell'ambito delle clausole di irrevocabilità con contropartita.

Vale a dire che la convenzione con cui le parti stabiliscono che una di esse rimanga vincolata per un certo periodo di tempo alla propria proposta, dovrà essere "pagata" con un adeguato corrispettivo da parte dell'oblato, pena la mancanza di causa del contratto di opzione [43]. In buona sostanza, proposta irrevocabile e opzione sarebbero del tutto analoghe, se non fosse che la seconda poggia su una causa onerosa giustificatrice che fonda l'impegno di irrevocabilità della proposta [44].

La conseguenza giuridica della mancanza di un corrispettivo per l'opzione concessa sarebbe dunque la nullità della stessa per mancanza di causa [45].

La soluzione così prospettata si presta però a diverse critiche se si pensa al fatto che l'ordinamento conosce in realtà numerosi atti e/o negozi (validi ed efficaci) a titolo gratuito senza corrispettivo (si pensi ad esempio alla fideiussione, al trasporto gratuito o di cortesia, al preliminare unilaterale, ecc.) [46] oppure se si ammette la possibilità di conversione dell'opzione gratuita senza causa in proposta irrevocabile ex *art. 1329 c.c.* [47].

In particolare seguendo tale seconda impostazione si individuerebbero tre diversi tipi di opzione.

L'opzione onerosa vera e propria; l'opzione gratuita nell'interesse del proponente da riqualificarsi come proposta irrevocabile [48]; l'assunzione del vincolo dell'irrevocabilità senza corrispettivo e senza interesse dell'offerente, per puro spirito di liberalità analogo alla donazione (e con le relative forme) [49]. Tuttavia, la maggioranza degli autori e gran parte della giurisprudenza sostengono pacificamente l'esistenza di patti di opzione senza corrispettivo.

Certamente ammettere la gratuità dell'opzione, non esime l'interprete dall'indagare la causa che deve sorreggere il patto stesso.

In altre parole, si tratta di escludere l'unicità dell'equazione prezzo=causa per capire come altri elementi possano essere indici della funzione economico-sociale dell'opzione [50].

In particolare la ragione specifica dell'opzione è ben individuata (senza necessità che vi sia un corrispettivo): facilitare la conclusione dell'affare consentendo ad una parte di valutare attentamente la serietà, le possibilità e la convenienza dell'offerta prospettata dal proponente senza timore di dover riprendere le negoziazioni o di veder mutate le condizioni della proposta [51].

Non è quindi necessario che si ricorra sempre ed esclusivamente a uno "scambio" (patto di irrevocabilità in cambio di un corrispettivo) perché l'opzione rientra tra le fattispecie di formazione progressiva del contratto e proprio nel collegamento funzionale con la stipula del contratto definitivo trova la sua ragion d'essere [52].

Non a caso viene definita anche come "congegno negoziale a carattere neutrale", utilizzabile con i vari tipi di contratti ed esaurisce la propria funzione nell'essere strumentale e preparatoria al contratto finale [53] potendo essere in sé indifferentemente "gratuita" o "onerosa" [54].

La sentenza in commento sposa quindi senza timore la tesi della gratuità ("va detto che l'opzione, quale figura contrattuale tipica, è dotata di causa meritevole di tutela legale, né si caratterizza come negozio necessariamente od essenzialmente oneroso, potendosi ben ipotizzare tale contratto come a titolo gratuito con il quale, come è noto, una sola parte riceve e l'altra sopporta un sacrificio, rimanendo tuttavia estraneo ogni spirito di liberalità in capo a quest'ultima") e ricorda che "l'opzione si inserisce in una complessa operazione economica dalla quale entrambe le parti traggono cospicui vantaggi patrimoniali" [55].

Infatti nel caso sottoposto ai giudici della Corte d'Appello i due autolavaggi avevano stipulato lo stesso giorno ben tre contratti distinti, ma organicamente, strutturalmente, economicamente e teleologicamente collegati.

Un primo contratto di acquisto del ramo di azienda per esercitare l'attività di lavaggio delle auto; un secondo contratto di locazione con il quale il cessionario del ramo d'azienda concedeva all'acquirente il godimento del terreno su cui svolgere l'attività e un terzo contratto di opzione per l'eventuale acquisto futuro del medesimo terreno.

Parte acquirente aveva necessità di disporre di uno spazio in cui svolgere la propria attività, con possibilità di verificare negli anni l'andamento dell'impresa e, nel caso, valutata la convenienza dell'affare, rendersi definitivamente proprietaria dell'immobile, mentre il concedente intendeva conseguire un congruo profitto dalla complessiva operazione di cessione dell'attività e, in prospettiva, dell'eventuale vendita del relativo terreno.

A questo punto le parti decidevano di contemperare i propri interessi [56] proponendo, il cedente, di vendere l'immobile ad un prezzo stabilito, precisando però che tale opzione si sarebbe potuta esercitare solo nel semestre antecedente la scadenza finale del contratto di locazione (della durata complessiva di ben 12 anni) per assicurarsi l'incasso per lungo tempo del canone di locazione elevato. L'acquirente quindi sapeva di poter decidere di acquistare o meno l'immobile al prezzo già pattuito, ma prima

doveva rimanere legato al contratto di locazione per tutto il tempo pattuito dalle parti.
Dalla complessa operazione descritta si comprende che, sebbene non fosse stato pattuito uno specifico prezzo per l'opzione, l'accordo sull'irrevocabilità della proposta non poteva certo dirsi privo di una causa giustificatrice (se non addirittura oneroso).
Il tutto senza contare il vantaggio economico diretto ed esclusivo del cedente per essersi garantito, in ogni caso (anche qualora l'oblato avesse scelto di non acquistare il bene), un elevato canone di locazione per un lungo periodo di tempo (sei anni + sei anni).
In conclusione, giudicando l'operazione complessiva, pur essendo comunque ammissibile un'opzione gratuita, la stessa non fu certo concessa per mero spirito di liberalità.
Anzi, per usare le parole della Corte d'Appello di Milano nella sentenza dell'11 marzo 1997, essa ha sicuramente gravato l'opzionista, se non di un esplicito obbligo di pagamento del corrispettivo (o premio), di "analoghi impegni a carattere preliminare o preparatorio" o "obblighi o vincoli" (57), in ciò confermando pienamente, anche sotto questo profilo, la validità dell'opzione.

---

(1) Così Cass. 9 febbraio 1985, n. 1072, in *Mass. giur. it.*, 1985.

(2) Vedi ad esempio *l'art. 1333 c.c.* secondo il quale, in tema di contratto con obbligazioni del solo proponente, la proposta è irrevocabile nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario.

(3) Così si esprime *Cass. 7 aprile 1987, n. 3339,* in *Mass. giur. it.*, 1987. Conf. Cass. 19 febbraio 1981, n. 1011, *ivi,* 1981; *Cass. 29 agosto 1991, n. 9229, ivi*, 1991. Si veda in tal senso anche C. Romeo, *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze*, in questa *Rivista*, 1999, 355.

(4) Vedi in tal senso S. Bernardi, voce *Contratto (conclusione del),* in *Il Diritto*, Enciclopedia diretta da Patti, IV, 175.

(5) Cass. 1059 del 1965. Si veda anche in tal senso Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto, in Collana di studi giuridici Luiss*, Milano, 1991, 39 secondo il quale, nel silenzio del proponente, spetta al giudice fissare un termine ex *art. 1183 c.c.*

(6) Così F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 12a ed., Roma, 2006, 846-847.

(7) E' invece favorevole all'applicazione *dell'art. 1326 c.c.* M.C. Bianca, *Il contratto,* in *Diritto civile*, III, MIlano, 2000. Vedi anche Scognamiglio, *Dei contratti in generale,* in *Commentario Scialoja-Branca,* Bologna, 1970, 133. L'A. ritiene non essenziale la predeterminazione del termine.

(8) Vedi in tal senso F. Gazzoni, *loc cit.*

(9) Così sostiene R. Sacco, *La conclusione dell'accordo,* X. *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, II, Torino, 1989, 92. L'A. spiega infatti che il fondamento della proposta irrevocabile è da ricercarsi nell'interesse del *proponente* a rendere più probabile l'accettazione, assicurando alla proposta maggiore stabilità e serietà. Ecco quindi dimostrato come l'incompatibilità tra l'interesse dell'offerente *dell'art. 1329 c.c.* e la "natura dell'affare" *dell'art. 1326 comma 2 c.c.* renda il termine di revocabilità ex *art. 1329 c.c.* differente da quello di cui *all'art. 1326, comma 2 c.c.* Secondo invece Gorla, *Note sulla distinzione tra opzione e proposta irrevocabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1962, il termine dell'offerta irrevocabile è simile al termine ordinario per l'accettazione previsto *dall'art. 1326 comma 2 c.c.*

(10) E' la teoria della "doppia dichiarazione" come riassunta da F. Gazzoni, *op. cit.*, 847. Al contrario i sostenitori della teoria unitaria, non distinguendo tra termine di efficacia e termine di irrevocabilità, considererebbero in ogni caso decaduta la proposta (vedi in tal senso Cass. n. 9229 del 1991, in *Giur, civ.*, 1992, I, 2167; per la teoria della doppia dichiarazione si veda invece Cass. n. 41 del 1990, *ivi*, 1990, 842).

(11)

(12) Così ha precisato *Cass. 7 aprile 1987, n. 3339,* vedi anche Cass. 11 ottobre 1983, n. 5910, in *Foro pad.*, 1984, I, 206. Concordi in tal senso F. Gazzoni, *op. cit.* e R. Sacco, *op. cit*.

(13) Si veda *Cass. 2 agosto 2010, n. 18001,* in questa *Rivista,* 2011, 15 ss., con nota di C. Marseglia

(14) G. Cian-A. Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 2007, 1358.

(15) Cfr. in tal senso *Cass. 10 settembre 2004, n. 18201,* in *Mass. Giur. It.*, 2004: "Sia la proposta irrevocabile (*art. 1329 c.c.*) che la dichiarazione resa vincolante per una delle parti da un patto di opzione (*art. 1331 c.c.*) debbono contenere tutti gli elementi essenziali del contratto da concludere in modo da consentire la conclusione di tale contratto nel momento e per effetto della adesione dell'altra parte, senza necessità di ulteriori pattuizioni". Vedi anche *Cass. 29 ottobre 1993, n. 10777,* in *Corr. Giur.*, 1993, 1401, con nota di Carbone: "Sia la proposta irrevocabile (*art. 1329 c.c.*) che la dichiarazione resa vincolante per una delle parti da un patto d'opzione (*art. 1331 c.c.*) debbono contenere tutti gli elementi essenziali del contratto "finale" in modo da consentire la conclusione di tale contratto nel momento e per effetto dell'adesione dell'altra parte, senza necessità di ulteriori pattuizioni; in mancanza di tutti gli elementi si è in presenza di un mero accordo preparatorio destinato ad inserirsi nell'iter formativo del futuro contratto, con l'effetto di fissare solo gli elementi già concordati (nella specie, la proposta di compravendita di un immobile aveva riservato ad un successivo accordo le modalità di pagamento del prezzo già stabilito)".

(16) Cass. 30 dicembre 1926.
Si veda R. Sacco, *La conclusione dell'accordo,* cit., 91. L'A. cita la giurisprudenza che ha ammesso la fissazione giudiziale del termine in analogia con quanto previsto *dall'art. 1331 comma 2 c.c.* tra cui Cass. 25 luglio 1964, n. 2038 e Cass. 22 novembre 1974, n. 3781. A favore invece dell'essenzialità e necessari età della predeterminazione del termine l'A. ricorda, tra le altre, Cass. 10 ottobre 1962, n. 2919 e Cass. 19

febbraio 1981, n. 1011.

(17) App. Milano, 30 luglio 1927, in *Foro it*., 1927, I, 1110, con nota di Pacchioni.

(18) Cass. 28 luglio 1928, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 559, con nota di Segrè: "*la facoltà concessa ad un contraente di acquistare una cosa, se e quando egli ritenga di avere la possibilità e convenienza di acquistarla, non può considerarsi una condizione potestativa mista apposta ad un contratto di compravendita, al fine di considerare tale compravendita retroattivamente perfetta, non appena l'eventuale compratore dichiari verificata quella possibilità e convenienza*" (così riportata da P. Gallo, *Trattato del contratto, 1. La formazione*, Torino, 2010, 365).

(19)

(20) Vedi in tal senso C. Romeo, *op. cit.*, 354. L'A. ricorda anche che l'opzione ha ricevuto una disciplina positiva solo con il codice civile attuale *nell'art. 1331 c.c.* Peraltro tale norma, secondo la relazione al codice, non mira a delineare la natura giuridica del patto di opzione, ma solo specificarne gli effetti.

(21) Vedi in tal senso Cass. 24 febbraio 1958, n. 616;Cass. 13 luglio 1967, n. 1739. Vedi anche Cass. 27 marzo 1952, che sottolinea come il patto di opzione implichi una "rinuncia convenzionale" al diritto di revoca della proposta. Vedi anche la massima di *Cass. 7 aprile 1987, n. 3339* in *Mass. Giur. It.*, 1987: "*L'opzione, a differenza della proposta irrevocabile, ha natura di negozio giuridico bilaterale; mentre, infatti, nella proposta irrevocabile vi è una parte che avanza una proposta contrattuale ed unilateralmente si impegna a mantenerla ferma per un certo tempo, nella opzione vi sono due parti che convengono che una di esse resti vincolata dalla propria dichiarazione mentre l'altra resta libera di accettarla o meno; in entrambi i casi, perciò, vi è una proposta contrattuale irrevocabile ma mentre nel primo (art. 1329 c. c.) la irrevocabilità dipende esclusivamente dalla volontà, dall'impegno unilaterale del proponente, nel secondo (art. 1331 c. c.) la irrevocabilità dipende da una convenzione tra le parti, le cui volontà devono quindi essere espresse ed incontrarsi*". Non a caso, l'opzione è annoverata tra i contratti unilaterali, cioè quei contratti con obblighi a carico di una sola delle parti. Così riporta R. Sacco, *La conclusione dell'accordo,* cit.

(22) Vedi in tal senso M. Ventricini, voce *Opzione (contratto di)*, cit., 413. (23) Così precisa Cass. 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giust. Civ*. 1981, I, 2272, con
nota di Perego.

(24) Così Cass. 20 ottobre 1954 e più recentemente Cass. n. 2908 del 1983 e Cass. n. 10777 del 1993. Vedi anche la massima di App. Milano, 11 marzo 1997, su *Riv. not.*, 1997, 6: "*la differenza tra contratto preliminare ed opzione consiste nel fatto che mentre dal primo sorge l'obbligo delle parti di concludere il contratto definitivo implicante una nuova manifestazione di volontà da parte*
Così riepiloga G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., 77.
*di entrambe le parti, dall'opzione discende la facoltà dell'aderente di prestare il proprio consenso per la conclusione del negozio finale, consenso già prestato dal proponente con l'impegno a tenere ferma la propria proposta*". Si legga anche *Cass. 11 ottobre 1986, n. 5950, ivi*, 1988, 428: "*il contratto preliminare unilaterale è un contratto in sé perfetto e autonomo rispetto al contratto definitivo, mentre l'opzione è uno degli elementi di una fattispecie a formazione successiva, costituita inizialmente da un accordo avente ad oggetto l'irrevocabilità della proposta e successivamente dall'accettazione definitiva del promissario che, saldandosi con la proposta, perfezione il contratto; per cui nell'ipotesi del contratto preliminare unilaterale gli effetti definiti si producono solo a seguito di un successivo incontro di dichiarazioni tra le parti contraenti, mentre nell'opzione gli effetti finali si producono in virtù della semplice dichiarazione unilaterale di accettazione della parte non obbligata*"

(25) Così si esprime Cass. n. 15142 del 2003, v. anche *Cass. 25 febbraio 1998, n. 2017*.

(26) Vedi S. Logoteta, *Patto di opzione e negozi preparatori*, in questa *Rivista*, 2010, 153. Così anche *Cass. 14 dicembre 1992, n. 1823* e *Cass. 11 ottobre 1986, n. 5950* cit.da F. Borrello, *Il patto di opzione. Forma e modalità di esercizio*, in questa *Rivista*, 2003, 1110.

(27) Così nota C. Romeo, *Opzione e proposta irrevocabile: analogie e differenze,* in questa *Rivista*, 1999, 349 e ss. L'A. osserva che il diritto dell'opzionario è un vero e proprio diritto *potestativo* poiché l'esercizio del diritto di opzione muta, per volontà del solo oblato stesso, un rapporto giuridico già stabilito dalle parti. Di contro l'adesione ad una proposta irrevocabile comporta la conclusione di un contratto ex novo attraverso un'accettazione a seguito della proposta; il diritto dell'oblato è quindi un diritto *semplice*

(28) Così afferma R. Scognamiglio, *I contratti in generale*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Grosso-Santoro-Passarelli, 3a ed., Milano, 1975, 110-111.

(29) Vedi *l'art. 1330 c.c.* Così spiega R. Scognamiglio, *loc. cit.* L'A. osserva che "anche da un punto di vista empirico, la opzione costituisce qualcosa di più della proposta irrevocabile. Basta considerare che nella ipotesi la proposta è già stata valutata dal destinatario in sede di accettazione della offerta (di opzione); e si deve ritenere dunque, per non dire altro, che maggiori siano questa volta le probabilità che le parti concludano il contratto definitivo".

(30) Vedi *Cass. 7 maggio 1992, n. 5423,* in *Foro It.* 1992, I, 2986. (31) Così spiega Di Mauro, in *Giust. Civ.* 1992, I, 3039 criticando proprio la pronuncia della Cass. 7 maggio 1992. (32) In tal senso P. Gallo, *op. cit*., 369. (33) Secondo il consueto principio di "simmetria" delle forme derivante *dall'art. 1351 c.c.* dettato in tema di contratto preliminare. (34) Vedi *Cass. 12 dicembre 2002, n. 17737* in questa *Rivista*, 2003, 1106 ss.,

con nota di F. Borrello. (35) Così si è espressa Cass. 27 ottobre 1948, n. 1786, in *Giur. Compl. Cass.Civ.* 1948, III, 758 con nota critica di De Martini. (36) Vedi F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, cit. (37) Vedi Trib. Busto Arsizio, sez. dist. Gallarate, 16 maggio 2007. (38) Cosi spiega F. Gazzoni, *op. cit.* pag. 888.

(39) In tal senso Cass. 14 novembre 1978, n. 5236 e Cass. 26 marzo 1997. Per un riepilogo delle principali caratteristiche e differenze tra le due figure si legga *Cass. 13 dicembre 1994, n. 10649* su *Mass. Giur. It.*, 1994: "Qualora il definitivo assetto (su base contrattuale) di interessi tra le parti non si formi immediatamente per mezzo di un unico atto, si possono prospettare tre diverse ipotesi, produttive di differenti conseguenze giuridiche: a) patto d'opzione (*art. 1331 c.c.*), negozio bilaterale con cui si concorda l'irrevocabilità della dichiarazione di una delle parti relativamente ad un futuro contratto che sarà concluso con la semplice accettazione dell'altra parte (relativamente ad un regolamento negoziale interamente contemplato nel patto di opzione), la quale però rimane libera di accettare o meno detta dichiarazione, entro un certo termine; b) c.d. "contratto preparatorio" in senso stretto (o "puntuazione"), con cui i contraenti si accordano su taluni punti del futuro contratto, in occasione della cui stipula (a cui le parti non sono obbligate, così come nei casi in cui sono intercorse semplici trattative) non sarà necessario un nuovo incontro di volontà sui punti già definiti; c) contratto preliminare, diretto ad obbligare le parti (o una sola nel caso di preliminare unilaterale) a stipulare un futuro contratto. La riconduzione della fattispecie concreta ad una di tali ipotesi è compito del giudice di merito, censurabile in sede di legittimità per errore di diritto solo se nel delineare la fattispecie legale egli abbia violato le norme disciplinanti la sua configurabilità giuridica, e per errore di motivazione solo se lo stesso sia incorso in vizi di incongruità nell'apprezzamento dei fatti sottoposti al suo esame. (Nella specie la S.C. ha ritenuto esatta l qualificazione da parte del giudice di merito quale patto di opzione di un testo contrattuale, sottoscritto da ambedue le parti e prodromico rispetto ad un preliminare di compravendita immobiliare, in relazione al fatto che esso era diretto a vincolare il solo potenziale acquirente e non anche il potenziale venditore, che si era riservato di aderirvi o meno)".

(40) Cfr. Cass. 11371 del 2010 citata nella sentenza.

(41) La Corte ha infatti richiamato la giurisprudenza della Cassazione sul punto. Vedi *Cass. 14 marzo 1998, n. 2772* e *Cass. 19 giugno 2008, n. 16621,* su *Mass. Giur. It.*, 2008: "*Il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità (o l'inesistenza) di un contratto, in base all'art. 1421 cod. civ., va coordinato con il principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 cod. proc. civ., nel senso che solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice può rilevare in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, l'eventuale nullità dell'atto stesso, e che se, invece, la contestazione attenga direttamente alla illegittimità dell'atto, una diversa ragione di nullità non può essere rilevata d'ufficio, né può esser dedotta per la prima volta in grado d'appello, trattandosi di domanda nuova e diversa da quella "ab origine" proposta dalla parte. Ne consegue che è consentito al giudice d'appello, senza per questo incorrere nel vizio di ultrapetizione, rilevare la nullità (o l'inesistenza) del contratto in base ad una ragione diversa da quella prospettata dall'appellante che sia rimasto soccombente nel primo grado del giudizio contro di lui iniziato per l'esecuzione del contratto, nascendo il potere- dovere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, anteriormente alla eventuale eccezione di nullità del convenuto, anche se proposta con riconvenzionale o, successivamente, come motivo di gravame. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato inammissibile, perché nuova, la domanda, formulata per la prima volta in appello, volta alla declaratoria di nullità delle clausole di un contratto di affitto di fondo rustico nella parte in cui le stesse prevedevano anche un compenso correlato al ricavato della vendita del prodotto legnoso ottenuto dal taglio periodico del bosco, mai effettuato, e aveva riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni per la mancata esecuzione dei tagli). (Rigetta, App. Palermo, 20 Marzo 2004)*".

(42) Vedi anche A. Chianale, voce *Opzione*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIII, 1995 pag. 141.

(43) Vedi R. Sacco, *op. cit.* pag. 110

(44) Come osserva P. Gallo, *op. cit.*, pag. 367, così avviene generalmente anche nei paesi di *common law* ove la proposta è sempre revocabile, salvo la concessione di una *firm offer* contro il pagamento del prezzo o *consideration*, oppure l'impiego dell'*act under seal*.

(45) In tal senso si è espressa App. Milano, 5 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 488 con nota di F. Pernazza, *Il corrispettivo nel patto di opzione tra causa e consideration*.

(46) Vedi G. Lombardi, *E' valida l'opzione c.d. "gratuita?"*, in *Corr. Giur.*, 1997, 810.

(47) Così sembra ammettere lo stesso R. Sacco, *op. cit.* pag. 527 (in nota): "*Peraltro constatato che manca una causa capace di sostenere l'opzione, bisogna ancora vedere se l'impegno dell'offerente non valga come semplice proposta irrevocabile*". Si è infatti sostenuto che ammettendo un'opzione senza corrispettivo, il contratto si perfezionerebbe ai sensi *dell'art. 1333 c.c.* e non ci sarebbe più alcuna distinzione con la proposta irrevocabile. Sempre F. Pernazza, cit., conferma tale soluzione anche applicando il criterio interpretativo di conservazione del contratto di cui *all'art. 1367 c.c.*

(48) Ad esempio se la dichiarazione irrevocabile si inserisce nel contesto di altro contratto; oppure se risulta ad altri contratti collegati con altri contratti tra le parti; oppure ancora se diviene strumento per estendere i rapporti commerciali del proponente. Così spiega A. Chianale, *op. cit.*, 141.

(49) Così riassume F. Pernazza, *Il corrispettivo nel patto di opzione tra causa e consideration*, in *Giur. It.*, 1998, 488. Vedi anche A. Chianale, *loc. cit*.

(50) Si veda in tal senso C. Romeo, *loc. cit*. (51) Vedi F. Pernazza, *loc. cit.*; vedi anche G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit.

(52) Vedi in tal senso G. Tamburrino, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, cit., pag. 86: "*non è che la eventuale apposizione di un premio o di un corrispettivo (che la stessa teoria criticata dice di essere separata o a parte) o comunque l'esistenza di un interesse dell'oblato importi la mutazione della funzione principale e fondamentale dell'opzione, che è quella di rendere, attraverso un contratto e che quindi la manifestazione di volontà di entrambe le parti, ferma ed immutabile la proposta contrattuale*".

(53) Così si esprime F. Realmonte, *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996. (54) Così lascia intendere anche Galgano, *Trattato di*

*diritto civile*, II, 2 ed.,
Padova, 2010, pag. 204.

(55) Allo stesso modo si era espressa la giurisprudenza più risalente della Corte di Cassazione: "*nell'opzione [...] vi è una proposta contrattuale finalizzata alla stipulazione di un successivo contratto (che può avere la più svariata natura o contenuto), che diviene irrevocabile a seguito di un accordo tra le parti, di natura contrattuale, che implica l'espressione e l'incontro della volontà delle parti, e che può essere a titolo oneroso o gratuito*" (Cass. 6 aprile 1981, n. 1944, in *Giust. civ.*, 1981, I, 2272).

(56) Vedi in tal senso la parte della sentenza in cui la Corte spiega che "*il fatto che l'offerente si sia vincolato con una proposta fin dalla data di stipula di una locazione della durata di sei anni più altri sei di rinnovo non comporta violazione dell'art. 1379 c.c., poiché, da un lato il vincolo di indisponibilità gravante sull'offerente si inserisce* nell'ambito di una complessa operazione economica nella quale appare evidente l'interesse di entrambe le parti, desumibile dall'assetto regolamentare dei tre negozi stipulati il 16 marzo 1993, *e dall'altro il vincolo medesimo non appare fissato in limiti temporali sconvenienti o irragionevoli, sia se correlato alla contemporanea vigenza della locazione, sia in sé assolutamente considerato (Cass. n. 436/82)*".

(57) Impegni, esborsi o vincoli che rientrano nel concetto di *consideration* tipico dei sistemi di common law, così F. Pernazza, cit. In particolare l'A. rileva che nei paesi anglossassoni la duttilità della *consideration* consente di sospendere qualsiasi giudizio sull'adeguatezza e entità della medesima, fino alla possibilità di ammetterne anche forme meramente nominali o di natura morale. V. Gorla, voce *Consideration*, in *Enc. dir.*, X, 1962.

**IL "TERZO CONTRATTO"**

Minervini Enrico
L. 18-06-1998, n. 192
D.Lgs. 09-10-2002, n. 231
D.Lgs. 09-10-2002, n. 231, art. 3
D.Lgs. 09-10-2002, n. 231, art. 7
**FONTE** Contratti, 2009, 5, 493 *Autonomia contrattuale*
La figura del "terzo contratto ", ideata da Roberto Pardolesi ed indagata nel volume omonimo a cura di Gregorio Gitti e Gianroberto Villa, non individua, almeno allo stato, un organico ed autonomo statuto normativo, e rappresenta non una categoria dogmatica, ma semmai una formula destinata a soddisfare esigenze di razionalizzazione didascalica e didattica.

Sommario: Genesi della figura del "terzo contratto " - Un libro recente sul "terzo contratto " - Contratti asimmetrici tra imprenditori e contratti del consumatore - (Segue) pseudocriteri distintivi - Il "terzo contratto " come fattispecie, come disciplina e come metodo - Il "terzo contratto ": una scommessa vinta o persa?

Genesi della figura del "terzo contratto "

È tempo, ormai, di prendere atto dell'esistenza di una polarità contrapposta, nettamente individuata. Da un lato, il contratto nobile, quello negoziato in ogni dettaglio da soggetti pienamente consapevoli del fatto di agire in un'arena ruvida, dove gli errori di programmazione si pagano a prezzo carissimo. Lo si chiamerà contratto B2B, con l'avvertenza che esso interviene tra soggetti sofisticati, consapevoli del fatto che, nell'agire contrattuale, *quisque faber fortunae suae*, e pienamente avvertiti della necessità di azzerare il "rischio giudice ", di evitare, dunque, che al loro convergere su un programma sia fatto dire, in sede di contenzioso, qualcosa di diverso da quello che essi intendevano perseguire. Al polo opposto, vi è il vasto continente del contratto dei consumatori. Non si può chiedere loro di supplire alla carenza di informazioni che ne caratterizza l'agire. La razionalità limitata, di cui sono prigionieri e vittime, è tutto quello che è dato pretendere da chi compie scelte di mero consumo: frammentarie ancorché ripetitive, marginali, frettolose. Di qui la necessità di interventi che ne vendichino le ragioni. Sin qui le ovvie polarità. Che, però, non catturano l'universo. C'è, insomma, la "terra di mezzo ". Fra le situazioni in cui gli operatori corrono rischi consapevoli e quelle in cui lo *herd behaviour* dei consumatori invoca correttivi nel segno di norme imperative di sostegno, si stende un'ampia fascia di rapporti - B2B fra operatori non sofisticati, C2C e quant'altro - che non si lasciano ricondurre ai modelli estremi. È l'area grigia del "terzo contratto ", quella che, forse più di ogni altra, richiama oggi (o dovrebbe farlo) l'attenzione dello studioso del diritto privato. Il compito è quello di dare identità al "terzo contratto ", ricostruendone, se possibile, una trama disciplinare apprezzabile. Con queste parole Roberto Pardolesi consegna nel 2004 al dibattito scientifico la nuova, ed un po' misteriosa, formula del "terzo contratto " [(1)].

La dottrina inizia immediatamente a riflettere sulla nozione del "terzo contratto ". Così, Gregorio Gitti parla di quei contratti nei quali un imprenditore è in posizione di debolezza rispetto ad un altro dotato di maggior potere contrattuale: accanto al contratto per così dire tradizionale ed al contratto concluso con il consumatore vi è un "terzo contratto " caratterizzato dalla presenza, in qualità di contraente, di un imprenditore che necessita di tutela nei confronti di un altro imprenditore dotato di maggiore potere e della forza di abusarne [(2)]. In termini sostanzialmente coincidenti si pronuncia Giuseppe Amadio, che individua nell'imprenditore debole il protagonista del "terzo contratto ": ma la logica valutativa impiegata a tutela del consumatore, imperniata sulla asimmetria presunta o implicita nella diversità dei ruoli e nelle modalità della contrattazione, non è utilizzabile nel diverso ambito dei contratti tra imprese, ove necessitano criteri e modalità di controllo della asimmetria in concreto, capaci di ricostruire e valutare, caso per caso, le specificità della singola operazione negoziale. Insomma, secondo Amadio i contratti del consumatore si imperniano sulla circostanza formale della predisposizione unilaterale, cui consegue un'asimmetria presunta tra le parti, tranne che in ipotesi di svolgimento delle trattative; invece, nel "terzo contratto ", alla circostanza formale della predisposizione si sostituisce il dato sostanziale, da accertarsi caso per caso, della mancata o menomata partecipazione della parte debole alla costruzione del regolamento [(3)]. Le citazioni si potrebbero moltiplicare [(4)]: ma basti qui ricordare che la nozione di "terzo contratto " fa il suo ingresso anche nella manualistica. E così, Fernando Bocchini ed Enrico Quadri sottolineano che accanto al contratto tra imprenditori ed a quello tra imprenditore e consumatore emerge il "terzo contratto " tra imprenditore grande ed imprenditore piccolo, il primo ma non il secondo dotato di potere contrattuale [(5)].

Non mancano, naturalmente, voci critiche: Daniela Valentino, con furia iconoclastica, parla del "terzo contratto " come di un'espressione atecnica e roboante, che prende a prestito un termine usato per definire fenomeni, anche diversi, della ricerca in campo economico, ed afferma che la ricerca giuridica si associa al *marketing* per colpire con effetti speciali [(6)]. Più pacatamente, Vincenzo Roppo sostiene che le grandi linee di disciplina del contratto B2C e quelle del contratto B2B siano abbastanza sovrapponibili, in modo da consentire di convogliarle entrambe all'interno di un unico ed omogeneo paradigma, che Roppo chiama contratto asimmetrico, e resta in attesa che vengano documentate differenze di paradigma normativo tra contratti del consumatore e contratti asimmetrici B2B così profonde da giustificare l'ascrizione di questi ultimi ad un'autonoma categoria, quella del "terzo contratto " [(7)]. Anche l'autore di queste pagine esprime le sue perplessità sulla teorica del "terzo contratto ", ed in particolare sulla figura dell'imprenditore debole [(8)].

## Un libro recente sul "terzo contratto "

Questo, per sommi capi, il quadro della dottrina, a fronte dell'irrompere nel dibattito scientifico della figura del "terzo contratto ". Sopravviene ora (nel 2008) una novità di rilievo, e cioè la pubblicazione, da tempo annunziata [(9)] ed attesa, di un importante volume, a cura di Gregorio Gitti e Gianroberto Villa, dedicato al "terzo contratto ", in cui sono racchiusi i contributi di numerosi scrittori, per lo più appartenenti al c.d. Gruppo Magda [(10)]. Il libro si propone, dichiaratamente, di riflettere sulla figura del "terzo contratto " ideata da Roberto Pardolesi, e cioè di indagare se le norme disperse che se ne occupano possano essere organizzate lungo linee coerenti [(11)].

Peraltro, è bene avvertire subito che la nozione di "terzo contratto " accolta nel volume è ben diversa da quella descritta da Pardolesi nel 2004: questi ricomprende nella figura "un'ampia fascia di rapporti, B2B fra operatori non sofisticati, C2C e quant'altro " [(12)], laddove nel volume si fa riferimento ai soli contratti B2B, del quale sono parti due imprenditori, l'uno in condizione di dipendenza economica nei confronti dell'altro [(13)], con esclusione dei contratti C2C. Viene così espressamente accolta [(14)], facendo acquistare in omogeneità ciò che la categoria perde in ampiezza, una corrosiva obiezione mossa da Vincenzo Roppo, che evidenzia come la disciplina dei contratti C2C, a differenza di quelle dei contratti B2C e dei contratti asimmetrici B2B, non sia disciplina di regolazione del mercato [(15)]. Naturalmente, la ridefinizione del perimetro della formula del "terzo contratto " comporta la nascita della categoria del "quarto contratto ", il contratto C2C [(16)], sicché torna alla mente la sarcastica notazione di Roppo, che segnala come il dibattito sul tema che ci occupa sia percorso da una specie di ossessione per la categoria del numero ordinale [(17)]: del resto, è l'irruzione della figura del contraente debole sulla scena del diritto privato che apre la strada alla numerazione di differenti specie di contratto [(18)].

Quali sono le norme in tema di "terzo contratto ", che il volume si propone di ordinare? L'elenco è presto fatto: l'*art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192* sulla subfornitura, che disciplina com'è noto l'abuso di dipendenza economica; l'*art. 7 d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231* sui ritardi di pagamento; la disciplina portata dalla *l. 6 maggio 2004, n. 129* sull'affiliazione commerciale, ed in particolare l'art. 3. Si tratta, evidentemente, di una base normativa alquanto esigua [(19)] (tre leggi e decreti legislativi dal 1998 a tutt'oggi) ed eterogenea [(20)] (i tratti comuni vengono individuati nella previsione di una fattispecie elastica cui si accompagna una compressione degli spazi di autonomia delle parti, e nella presenza di rapporti tra imprenditori nei quali una parte subisce pattuizioni svantaggiose a causa di condizioni di partenza asimmetriche [(21)]: davvero poca cosa), di certo non comparabile con quella che dà vita al diritto dei contratti del consumatore, sicché l'interprete non può fare a meno di chiedersi se siffatta base normativa sia sufficiente per un progetto ambizioso quale l'edificazione della nuova categoria del "terzo contratto ".

Per vero, nel volume vi è chi tenta di ampliare la base normativa del "terzo contratto ", mercè l'inclusione della legislazione a tutela della concorrenza [(22)]. Ma in contrario può replicarsi che è opportuno distinguere le situazioni di disparità tra imprese che siano espressione e/o conseguenza di situazioni generali di mercato (ad esempio, posizione dominante) e le situazioni di disparità tra imprese che si generino in virtù di dinamiche contrattuali, e dunque nell'ambito di relazioni contrattuali specifiche (dipendenza economica o dominanza relativa). Nel primo caso, le condizioni che consentono l'abuso preesistono all'instaurazione della relazione contrattuale, laddove, nel secondo caso, le condizioni stesse si creano attraverso l'instaurazione della relazione contrattuale. All'abuso della dominanza di mercato pongono rimedio le normative antitrust, mentre all'abuso delle situazioni di dominanza relativa pone rimedio il diritto contrattuale [(23)]. Sicché pare lecito dubitare che una categoria, quale quella del "terzo contratto ", imperniata sulla dipendenza economica, possa trovare la sua base normativa nella normativa antitrust, che è diretta a reprimere la dominanza di mercato: la contraddizione è palese, e non sembra superabile adducendo la necessità di un coordinamento sistematico tra disciplina del contratto e disciplina della concorrenza e del mercato [(24)], e cioè tra discipline quanto mai eterogenee [(25)].

## Contratti asimmetrici tra imprenditori e contratti del consumatore

Il volume, a cura di Gitti e Villa, sottolinea con forza i meriti della teorica del "terzo contratto ". Così, Emanuela Navarretta rileva che con la figura del "terzo contratto " si vuole avversare la tendenza ad aggregare indistintamente una serie di indici normativi (dall'abuso di dipendenza economica alla disciplina a favore del consumatore, dalla normativa sui ritardi di pagamento all'usura) per accedere o all'ipotesi di un generalizzato controllo sulla giustizia del contratto ovvero ad un unico paradigma di contraente debole: parlare di "terzo contratto " significa allora non cedere alla tentazione di sovrapporre una generica istanza equitativa al contratto ed all'autonomia privata, e quindi avversare qualunque tentativo di facile generalizzazione del dibattito sulla giustizia contrattuale, non attento alla complessità della disciplina del contratto inserita nella dimensione del mercato [(26)].

Più in particolare, la teorica del "terzo contratto " ha indubbiamente il merito di distinguere nettamente contratti del consumatore e contratti asimmetrici tra imprenditori [(27)], superando così l'impostazione di Vincenzo Roppo, che ricomprende entrambe le figure nella categoria dei contratti con asimmetria di potere contrattuale [(28)]. Infatti, la formula dell'asimmetria di potere contrattuale finisce, come sottolinea acutamente Giuseppe Amadio, per rivelarsi meramente descrittiva: l'idea che essa evoca di una generica diseguaglianza tra le parti cela in realtà, nei due ambiti di riferimento (contrattazione del consumatore e contrattazione tra imprese) sostanza, presupposti ed indici di riconoscimento del tutto diversi [(29)]. Insomma, il contratto asimmetrico non è un paradigma unitario ed omogeneo, e meno che mai una categoria dogmatica unificante [(30)].

È infatti agevole osservare che l'asimmetria del consumatore è di tipo informativo, quella dell'imprenditore debole di tipo economico [31], e cioè va riferita alla posizione dell'imprenditore sul mercato ed ai suoi concreti rapporti con il partner contrattuale [32]. Il consumatore soffre di una asimmetria informativa, che limita il suo potere di negoziazione e lo rende *price conscious but terms inconscious*, laddove l'imprenditore è debole (non perché non sia informato e non sia capace di negoziare ma) [33] per mancanza di alternative sul mercato [34]. Non a caso, nella disciplina dei contratti del consumatore è (tendenzialmente) insindacabile lo squilibrio economico, laddove nei contratti dell'imprenditore debole rileva (anche) lo squilibrio economico [35].
Ancora, la debolezza dell'imprenditore, a differenza di quella del consumatore, caratterizza non soltanto il momento genetico, ma anche e soprattutto lo svolgimento del rapporto: del resto, i contratti del consumatore sono generalmente contratti istantanei (di scambio), quelli dell'imprenditore debole contratti di durata (e di gestione) [36]. Ed è proprio la fase successiva alla conclusione del contratto, e cioè la fase esecutiva, il luogo normale in cui si palesa l'abuso [37]. Insomma, quella del contratto asimmetrico tra imprenditori è disciplina del rapporto, più che dell'atto, a differenza di quella del contratto del consumatore [38].
Del resto, consumatore e professionista sono parti geneticamente diseguali; imprenditore forte ed imprenditore debole sono geneticamente eguali, ma possono trovarsi congiunturalmente in condizioni di diseguaglianza [39]. In altre parole, i contratti del consumatore muovono dalla qualificazione formale delle parti, e cioè dalla debolezza strutturale e presunta del consumatore; diversamente è a dirsi per i contratti asimmetrici tra imprenditori [40]. Pertanto, alla logica imperniata sulla asimmetria presunta del consumatore si sostituiscono nei contratti asimmetrici tra imprenditori criteri e modalità di controllo della asimmetria in concreto [41].
Infine, nei contratti asimmetrici tra imprenditori, e non nei contratti del consumatore, rilevano anche elementi esterni al contratto, quali la situazione di mercato nel quale l'accordo si colloca ed il rapporto si svolge, e cioè dati estrinseci rispetto agli elementi strutturali del contratto [42], sicché si può parlare di un allontanamento dalla fattispecie come indice di riconoscimento di un fenomeno la cui valutazione passa anche attraverso la considerazione complessiva dell'attività di impresa e del contesto dinamico di mercato in cui si colloca [43].

### (Segue) pseudocriteri distintivi

Nel volume, a cura di Gitti e Villa, contratti asimmetrici tra imprenditori e contratti del consumatore vengono distinti e contrapposti anche da altri angoli visuali: ma in proposito sia consentito manifestare dissenso.
Così, non pare convincente la tesi di Andrea Zoppini, secondo cui la *ratio* della disciplina dei contratti del consumatore è la tutela della dignità e del libero sviluppo della persona umana, che non potrebbero essere predicati per l'impresa e per l'imprenditore, in quanto l'agire di costoro è conformato dai principi della libertà di iniziativa economica e dal regime della concorrenza [44]. L'idea che l'intervento legislativo in materia di contratti tra imprese in posizione asimmetrica sia riconducibile al (fallimento del) mercato, e quello in tema di contratti del consumatore alla tutela della persona, non è corretta, come sottolinea Fabrizio Cafaggi [45]. Ed infatti, secondo Giovanni D'Amico, nei contratti del consumatore alla funzione di protezione del contraente debole si affianca quella di garantire l'efficienza del mercato, favorendo il corretto svolgersi della concorrenza [46]: ma, più realisticamente (o, forse, più cinicamente), si può sostenere che la protezione del consumatore quale contraente debole è soltanto il mezzo per (tentare di) realizzare il fine della concorrenzialità del mercato. Insomma, come rileva Gianroberto Villa, le regole di derivazione comunitaria in tema di consumo agiscono di certo per uno scopo che trascende la protezione di una parte: tutelando questa, si vuole garantire che nessun professionista possa approfittare delle condizioni di inferiore informazione del consumatore per imporre clausole contrattuali idonee a creare vantaggi anticoncorrenziali [47]. Non vale poi addurre, come fa invece lo stesso Villa, che la nullità della clausola vessatoria prescinde dall'effettiva esistenza di un vantaggio anticompetitivo, che la clausola vessatoria è nulla anche se tutto il mercato la pratica e quindi nessun professionista è avvantaggiato rispetto agli altri, che la clausola è vessatoria anche se il suo impiego investe un numero limitato di rapporti e non determina alterazioni consistenti della concorrenza [48]. Si può replicare da un lato che il legislatore, nel dettare le norme, si ispira ad un criterio di normalità, sicché tutelando il consumatore si intende favorire e si favorisce normalmente, e cioè nella generalità dei casi, la concorrenza, anche se non può escludersi che in ipotesi marginali, quali quelle prospettate da Villa, la protezione del consumatore non venga ad incidere sul gioco della concorrenza; e dall'altro lato, che si possono immaginare fattispecie, si intende del pari marginali, in cui la tutela dell'imprenditore debole non garantisca l'efficienza concorrenziale del mercato. In altre parole, le fattispecie prospettate da Villa, sopra indicate, possono essere trasposte con i debiti adattamenti anche ai contratti asimmetrici tra imprenditori (si pensi, ad esempio, alla clausola sulla data del pagamento nulla perché iniqua ai sensi dell'*art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002*).
Ancora, Giovanni D'Amico sostiene che la contrattazione che si svolge nei mercati finali tra professionisti e consumatori è di massa, standardizzata ed uniforme, mentre la contrattazione che ha luogo nei mercati intermedi tra imprenditori è individuale e personalizzata: la contrattazione standardizzata si colloca in contesti concorrenziali, nei quali non si pone un problema di squilibrio (economico) tra le prestazioni, ma soltanto di controllo sulla parte normativa del contratto; la contrattazione individuale presenta invece un problema di dominanza, che si realizza proprio sul terreno delle condizioni economiche del rapporto [49]. Da queste premesse Giuseppe Amadio trae il seguente corollario: l'ambito tipico di protezione del consumatore coincide con l'area della predisposizione del contratto, laddove nei contratti asimmetrici tra imprenditori non è esclusa la partecipazione dell'imprenditore debole alla determinazione del contenuto del contratto, e la sua competenza in proposito [50]. Prescindendo dall'esattezza della premessa sul piano

per così dire statistico - è tutto da dimostrare che la standardizzazione giochi un ruolo più rilevante in materia di contratti del consumatore piuttosto che in tema di contratti tra imprenditori - il corollario non convince: la tutela del consumatore coincide con l'area della predisposizione soltanto per quanto concerne le clausole vessatorie, mentre altre importanti normative a tutela del consumatore - dai contratti negoziati fuori dei locali commerciali al credito al consumo - si applicano anche ai contratti non predisposti, ma oggetto di trattative.
Fabrizio Cafaggi sottolinea la natura transtipica del contratto asimmetrico tra imprenditori, e la disciplina transtipica propria dello stesso (51). Giuseppe Amadio sembra enfatizzare questo dato - dell'allontanamento del contratto asimmetrico tra imprenditori dal tipo contrattuale - ed elevarlo a criterio distintivo rispetto ai contratti del consumatore (52). Ma è lo stesso Amadio a riconoscere che una valenza transtipica contraddistingue anche le discipline protettive del consumatore, ove la trasversalità rispetto al tipo si giustifica ora in ragione del contesto in cui si attua la formazione del contratto (ed è l'ipotesi più comune), ora in vista dell'estensione di regole comuni al contenuto del rapporto discendente da tipi diversi (si pensi alla conformità al contratto) (53).
Infine, si ipotizza che il ruolo del giudice nei contratti del consumatore e nei contratti asimmetrici tra imprenditori sia diverso (54). La differenza, sostiene con cautela Giuseppe Amadio, consisterebbe in ciò: il primo contratto (tra soggetti esperti) tende ad azzerare il "rischio giudice "; il secondo contratto (del consumatore) favorisce l'attivismo del giudice, ma ne indirizza l'opera sulla scorta della tipicità e dell'automatismo dei rimedi; il "terzo contratto " (asimmetrico tra imprenditori) traccia una strada intermedia, in quanto, pur imponendo specificità al controllo giudiziale sul contenuto del contratto, restituisce discrezionalità al giudice attraverso l'applicazione di standard valutativi ed il recupero delle clausole generali (55). Della fondatezza di tale affermazione può dubitarsi, ove si pensi che l'uso di standard valutativi e di clausole generali caratterizza l'operato del giudice anche in tema di contratti del consumatore. In realtà, la distinzione è pensata sul disposto dell'*art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002*, che attribuisce al giudice, oltre ai rimedi "automatici " e "tipici " della nullità della clausola sulla data del pagamento, e dell'applicazione della disciplina di legge in materia di termini, anche quello della riconduzione ad equità del contenuto della clausola stessa: ma basare la distinzione tra contratti del consumatore e contratti asimmetrici tra imprenditori sulla capocchia di spillo della disposizione in parola sembra imprudente, difettando la prova che la riconduzione ad equità rappresenti un modello "esportabile ", e che costituisca l'indice di una possibile scelta strategica del legislatore imperniata sul ruolo del giudice (56).

## Il "terzo contratto " come fattispecie, come disciplina e come metodo

Il "terzo contratto " è in grado di esprimere una polivalenza ermeneutica, a seconda che lo si assuma come formula corrispondente alla configurazione di una fattispecie, all'individuazione di una disciplina o all'indicazione di un metodo (57): ed il volume, a cura di Gitti e Villa, contribuisce ad individuare impietosamente i profili d'ombra dell'immagine del "terzo contratto ", che rivelano le ambiguità di fondo sottese all'immagine stessa (58), con riferimento a tutti e tre i profili in discorso.
Partendo dalla configurazione della fattispecie, i tratti fisionomici del "terzo contratto " si rinvengono, come si è accennato in precedenza, nella previsione di una fattispecie elastica (abuso, iniquità, durata insufficiente) cui si accompagna una compressione degli spazi di autonomia lasciati ai contraenti, nell'ambito di rapporti tra imprenditori, nei quali una parte subisce pattuizioni svantaggiose a causa di condizioni di partenza asimmetriche (59): il *fil rouge* che collega le disposizioni in tema di abuso di dipendenza economica, di ritardi di pagamento e di affiliazione commerciale è rappresentato dal riferimento a contesti contrattuali che vedono impegnati due imprenditori, l'uno dei quali appare in condizione di prevaricare l'altro (60). In altre parole, il *proprium* della dominanza relativa, che caratterizza il "terzo contratto ", è segnato dall'essere la dominanza stessa generata e dal rilevare nell'ambito di contratti bilateralmente commerciali, e dall'essere il contratto collocabile nella categoria della cogestione (avendo ad oggetto modalità organizzative dell'impresa), e non del mero scambio di beni e servizi (61). Sinceramente, siffatta configurazione della fattispecie del "terzo contratto " è quanto mai sommaria e schematica, se non semplicistica.
In ordine all'individuazione della disciplina, il minimo comune denominatore della categoria del "terzo contratto " viene individuato da Giovanni Doria nella possibilità di enucleare una causa generale di inefficacia o di nullità, tendenzialmente parziale, costituita dalla situazione di squilibrio del contenuto del contratto originata dalla condotta abusiva di una parte a danno dell'altra, sicché non si manca di sottolineare l'elevato grado di generalità della categoria stessa (62). Ancora, il "terzo contratto " non riesce a dare un supporto a rimedi nuovi che non abbiano già avuto una compiuta formulazione normativa (63). Ne consegue che la categoria del "terzo contratto " non individua allo stato un organico ed autonomo statuto normativo, rappresentando una formula di tipo essenzialmente descrittivo ed evocativo (64). All'interprete non resta che prendere atto che sussistono discipline particolari per singoli gruppi di contratti, segnati ora dallo specifico oggetto regolato (termini di pagamento) ora dal tipo di attività (subfornitura) o di relazione (affiliazione commerciale), e sottoporre ad analisi le varie discipline, al fine di congiungerle le une con le altre, e di calarle nel sistema del diritto generale dei contratti (65).
Infine, sul piano metodologico, compito dell'interprete è di ricostruire la unitarietà della figura del contratto, a fronte dell'irrompere delle leggi speciali e dei codici di settore: a questo compito l'interprete non può e non deve sottrarsi, onde evitare la proliferazione di microsistemi non comunicabili tra loro, e la frammentazione dell'ordinamento, in contrasto con i valori espressi dalla carta costituzionale (66). Da siffatto punto di vista, come rileva Emanuela Navarretta, non pare corretto postulare segmenti di disciplina non comunicanti, come le espressioni primo, secondo, terzo e (potenzialmente) quarto contratto lasciano intravedere: una simile logica, tipizzante e tassativa, ostacola i coordinamenti ermeneutici e la

condivisione di aspetti di disciplina, in una dimensione di moltiplicazione di contratti tra loro estranei, anziché di attenzione per la complessità ed il pluralismo [(67)]. L'interprete deve procedere non ad una moltiplicazione di categorie isolate, ma deve praticare un approccio capace di declinare al plurale l'istituto del contratto, senza trascurare la dimensione generale del sistema [(68)].

## Il "terzo contratto ": una scommessa vinta o persa?

Francesco Macario sostiene che la possibilità di adottare una diversa e più moderna prospettiva di sistematizzazione del diritto contrattuale si fonda sulla "scommessa " sul "terzo contratto " [(69)]: giunti alla conclusione del presente scritto, non è allora possibile sottrarsi ad un sommario bilancio sulla nozione del "terzo contratto ", che risponda al quesito se tale figura rappresenti una scommessa vinta o persa.

Nonostante i limiti della nozione del "terzo contratto " sin qui evidenziati, si è del parere che si tratti di una scommessa vinta. Certamente, il "terzo contratto " non è una categoria dogmatica, e non disegna un complesso organico ed omogeneo di regole ispirate ad una logica propria, antitetica e giustapposta a quelle del codice civile e del codice del consumo. Il "terzo contratto " è piuttosto un concetto capace di catturare i problemi, o meglio di perimetrare un'area di problemi, di formulare una o più domande, piuttosto che di dare ad esse adeguate risposte [(70)]: si tratta di una formula intorno alla quale agglutinare la discussione su di una serie di questioni centrali, sollevate dal nuovo diritto dei contratti [(71)].

Si deve pertanto essere grati a Roberto Pardolesi di aver ideato la figura del "terzo contratto " e di averla immessa nel dibattito scientifico, ed agli autori del volume curato da Gitti e Villa di averla discussa con grande onestà intellettuale ed ammirevole senso critico, in un'ottica scevra da apriorismi. Con ragione Pasquale Femia afferma che non condividere la teoria del "terzo contratto " è ben altro che non apprezzarla: il "terzo contratto " esprime plasticamente il disagio dello studioso a fronte del corrente discorso sul contratto [(72)].

Parlare di "terzo contratto " vuol dire adoperare una "formula magica " [(73)], ricca di suggestioni, che evidenzia la crisi della categoria del contratto, e stimola l'interprete nella delicata opera di ricostruzione della complessità del sistema: con la consapevolezza che "terzo contratto " non è il nome di una categoria, ma di un problema, o meglio di una serie di problemi intimamente connessi tra loro, che emergono dal nuovo diritto dei contratti. Parafrasando con malizia Roberto Pardolesi, il "terzo contratto " rappresenta una risposta ambigua ad una domanda intrigante, una risposta che soddisfa magari esigenze di razionalizzazione didascalica e didattica, ma non è in grado di indirizzare il processo ermeneutico ed applicativo, e non rappresenta, quindi, un nuovo strumento euristico a disposizione dell'interprete [(74)].

---

(1) R. Pardolesi, *Prefazione*, in G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XII s.

(2) G. Gitti, *Prefazione*, in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti, Le metamorfosi del contratto*, a cura di G. Gitti, Bologna, 2006, 12.

(3) G. Amadio, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale ")*, in *Riv. dir. priv*., 2005, 300 ss.

(4) Vedi, ad esempio, A. Gianola, *Autonomia privata e "terzo contratto "*, in AA.VV., *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, 131 ss.

(5) F. Bocchini-E. Quadri, *Diritto privato*, 3 ª ed., Torino, 2008, 624.

(6) D. Valentino, *Il contratto "incompleto "*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 509 s. Peraltro unitamente al "terzo contratto " cadono sotto gli strali dell'autrice anche il contratto debole, il contratto incompleto ed il contratto alieno. Vedi anche P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, in P. Perlingieri-L. Ruggieri, *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008, 401, secondo cui è superfluo soffermarsi sulla ricostruzione della nozione del "terzo contratto ".

(7) V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto ")*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 695 ss.

(8) E. Minervini, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obblig. e contr.*, 2008, 11 s.

(9) Vedi G. Gitti, *op. cit.*, 12 s.

(10) AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti-G. Villa, Bologna, 2008, ove sono raccolti saggi di Amadio, Carusi, D'Amico, Gitti, Villa, Orlandi, Macario, Zoppini, Doria, Femia, Cafaggi, Navarretta e Pardolesi, preceduti da un'introduzione di Gitti e Villa.

(11) G. Gitti-G. Villa, *Introduzione*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 7.

(12) R. Pardolesi, *Prefazione*, cit., XIII. Diversamente, secondo R. Pardolesi, *Conclusioni*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 347, la nozione del "terzo contratto " si riferisce a contesti contrattuali che vedono impegnati due imprenditori, l'uno dei quali appare in condizioni di prevaricare l'altro. P. Femia, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contraffazione*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 270, sottolinea lucidamente che Pardolesi non invoca il metodo tipologico, ma se ne avverte la presenza, in quanto gli esempi da questi proposti sono tipi nei quali ricorrono con frequenza caratteri costitutivi della categorizzazione.

(13) G. Gitti-G. Villa, *Introduzione*, cit., 7. È bene avvertire che nell'ambito del "terzo contratto " ricade l'attività di qualunque impresa, indipendentemente dalla circostanza che abbia natura privata o pubblica: sul punto, v. G. Doria, *Impresa pubblica e "terzo contratto "*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 250 ss.

(14) Così, con l'abituale onestà intellettuale, G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 14, nota 15. Vedi anche G. D'Amico, *La formazione del contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 38.

(15) V. Roppo, *Parte generale del contratto*, cit., 697.

(16) E. Navarretta, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 317 s., parla del "quarto contratto " come di "un eventuale contratto asimmetrico al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica ". Un cenno al quarto contratto in C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*,

2008, 847, nota 22; al "quarto " ed al "quinto " contratto in P. Perlingieri, *Relazione conclusiva*, cit., 401. Del contratto "numero zero " parla invece D. Carusi, *I precedenti*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 31 s.
(17) R. Pardolesi, *Parte generale del contratto*, cit., 695, nota 53.
(18) D. Carusi, *I precedenti*, cit., 33 e 36, che giustamente sottolinea l'inevitabile relatività dei criteri di numerazione. P. Femia, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre?*, cit., 293 rileva argutamente che il "terzo contratto " è numero di una serie che potrebbe non finire mai.
(19) E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, "terzo contratto "*, in *Contr. impr.*, 2009, 124 s., 150. Di una base normativa "relativamente " esigua parla G. D'amico, *La formazione del contratto*, cit., 39, nota 4.
(20) E. Russo, *Imprenditore debole*, cit., 150; E. Minervini, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., 12.
(21) G. Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 113.
(22) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 14, peraltro in termini dubitativi.
(23) G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 60, nota 53 e anche 74, nota 93. Conf., M. Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 154 nota 33 e, se ben si comprende, E. Navarretta, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., 322 s.
(24) Nel senso criticato sembra orientato G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 14, nota 14.
(25) E. Navarretta, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., 322.
(26) E. Navarretta, *op. cit.*, 318 e 328.
(27) L'autore di queste pagine ha già riconosciuto questo merito alla figura del "terzo contratto ": E. Minervini, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., 11.
(28) Tra i tanti contributi che l'autore ha dedicato al tema, vedi soprattutto V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in Id., *Il contratto del duemila*, Torino, 2002, 25 ss.; Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., 669 ss.
(29) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 16. Vedi anche G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 41, 73.
(30) E. Navarretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., 319; A. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 236; G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 78.
(31) Notazione diffusa in dottrina: per tutti, E. Minervini, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., 11 s.
(32) D. Carusi, *I precedenti*, cit., 35.
(33) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 17 s.; G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 57 s.; A. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso*, cit., 237.
(34) E. Navarretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., 319.
(35) G. Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., 117 s.; G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 21; E. Navarretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., 320, 322. Diversamente, se ben si comprende, G. Doria, *Impresa pubblica e terzo contratto*, cit., 249 ss., 257 e 264.
(36) D. Carusi, *I precedenti*, cit., 35; M. Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., 164; G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 77 s.; E. Russo, *Imprenditore debole*, cit., 147.
(37) F. Macario, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del "terzo contratto "*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 181 e 218; F. Cafaggi, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 306 (che come eccezione ricorda il caso della rinegoziazione dei mutui tra banche e consumatori).
(38) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 25.
(39) M. Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., 153.
(40) A. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso*, cit., 237, 240; G. Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., 117; G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 58 nt. 49; E. Russo, *Imprenditore debole*, cit., 138 s.
(41) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 19, e già Id., *Nullità anomale e conformazione del contratto*, cit., 303.
(42) A. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso*, cit., pp. 243, 245.
(43) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 26.
(44) A. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso*, cit., 236 s., 239. Sul punto, vedi anche E. Russo, *Imprenditore debole*, cit., 125, 139 ss., il quale peraltro distingue imprenditore-persona ed impresa personificata.
(45) F. Cafaggi, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, cit., 305. Vedi anche R. Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 345.
(46) G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 71.
(47) G. Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., 117.
(48) G. Villa, *loc. cit.* Conforme, G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 20.
(49) G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 74 s.
(50) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 17.
(51) F. Cafaggi, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, cit., 302, 308.
(52) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 25.
(53) G. Amadio, *loc. cit.*
(54) F. Cafaggi, *Interrogativi deboli sui fondamenti del terzo contratto*, cit., 307; G. Gitti, *La determinazione del contenuto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, cit., 109 ss.; F. Macario, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, cit., 183 nota 6.
(55) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 28 s. Secondo R. Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 348, il terzo contratto delinea un perimetro in cui prende corpo un potere conformativo di equità.
(56) Così, invece, G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 27 s.
(57) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 30.
(58) E. Navarretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., 320.
(59) G. Villa, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, cit., 113.
(60) R. Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 347.
(61) M. Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., 154 e 161.
(62) G. Doria, *Impresa pubblica e terzo contratto*, cit., 260 s.

(63) E. Navarretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., 324.
(64) G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 41, 44. Vedi anche A. Federico, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008, 201.
(65) M. Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., 143 s., il quale peraltro distingue una prospettiva di indagine esegetico-ricognitiva ed una dommatico-ricostruttiva, e dichiara esplicitamente di seguire la seconda direzione di indagine.
(66) E. Minervini, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., 12. In un'ottica non dissimile sembra muoversi E. Russo, *Imprenditore debole*, cit., pp. 125, 150.
(67) E. Navarretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, cit., 320 ss.
(68) E. Navarretta, *op. cit.*, 329.
(69) F. Macario, *Sopravvenienze e gestione del rischio nell'esecuzione del terzo contratto*, cit., 185. Di scommessa sul terzo contratto parla anche R. Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 346.
(70) A. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso*, cit., 223.
(71) G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 39 nt. 5.
(72) P. Femia, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre?*, cit., 271.
(73) G. Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 9. Secondo R. Pardolesi, *Conclusioni*, cit., 348, la formula magica è invece l'abuso.
(74) I brani di Pardolesi, liberamente parafrasati nel testo, si leggono in *Conclusioni*, cit., 331, 338 e 349.

**AUTONOMIA PRIVATA E BUONA FEDE NELLA COMPLESSA RELAZIONE EVOLUTIVA CON LA NORMATIVA CONSUMERISTICA**

Gerardo Villanacci

c.c. art. 1341
D.Lgs. 06-09-2005, n. 206, art. 33

**FONTE** Contratto e Impr., 2013, 4-5, 917

Sommario: 1. Il declino del dogma dell'intangibilità dell'autonomia privata. – 2. Fonti "eteronome" del contratto. – 3. La buona fede tra clausola e principio. – 4. L'espansione del ruolo della buona fede nelle disposizioni consumeristiche. – 5. Indeterminata qualificazione della buona fede tra principio e parametro dell'abuso del diritto. – 6. Adeguato utilizzo della buona fede nell'ordinamento giuridico.

1. – Il dogma dell'intangibilità dell'autonomia privata(1), comunemente intesa quale riconoscimento di un vero e proprio potere soggettivo, appare ormai profondamente minato alle basi(2).

L'intelligibilità dell'assunto risulta pressoché immediata ove si consideri, ad esempio, che i privati, autodeterminandosi alla contrattazione, possono vedere tutelati i propri interessi solo attraverso i *dicta* che l'ordinamento statuisce in tema di forma e contenuto dell'accordo negoziale(3).

Questa esigenza di perimetrazione dell'autonomia privata, *rectius* libertà negoziale, si manifestava in forma opaca sotto la vigenza del codice civile del 1865(4). Il previgente testo, infatti, risolveva ogni problema di disciplina inerente al rapporto contrattuale in una *quaestio voluntatis*(5);la buona fede era relegata a mero criterio di determinazione della corrispondenza della dichiarazione negoziale alla sicura coscienza del soggetto circa il contenuto del contratto.

Le profonde trasformazioni economiche e sociali della seconda metà dell'ottocento(6) esigevano un ripensamento in chiave sociale dell'autonomia negoziale. Con l'avvento delle associazioni, le cc.dd. società intermedie(7), che si frappongono fra lo Stato e l'individuo, si sviluppano nuovi rapporti nell'assetto economico-sociale; l'individuo è costretto a confrontarsi con soggetti di diversa forza economica e informativa(8). Emergono in questo periodo profonde disparità economiche e informative che minano le fondamenta dei principi del XIX secolo, ispirati al liberalismo e all'individualismo giuridico. Compito dello Stato democratico è quello di rimuovere i fattori che impediscono l'effettivo esercizio della libertà; si interviene con azioni volte alla limitazione dell'autonomia privata(9).

Il codice del 1942 e la Carta Costituzionale pochi anni dopo recepiscono le coordinate del mutato assetto sociale ed elevano il contratto a strumento di collaborazione economica e cooperazione delle attività individuali per il raggiungimento di fini non esclusivamente egoistici, ma anche sociali. L'ordinamento si insinua con forza in un terreno ritenuto impermeabile nel pensiero ottocentesco, affiancando al concetto di libertà contrattuale quello dell'utilità e solidarietà sociale(10). L'idea, dunque, è che la matrice individualistica, fulcro della concezione e della struttura del contratto nel sistema previgente, si arricchisca di una matrice pubblicistica che viene imposta *abexterno* dall'ordinamento giuridico; quest'ultimo diventa momento di sintesi tra contratto e mercato, tra individuo e società(11).

2. – Una più incisiva conferma nel senso appena indicato è fornita dall'esistenza di norme tutt'altro che eccezionali, che vincolano il contraente sinanche nella prerogativa di attuazione di un contratto, ovvero nella scelta della controparte(12). Di crescente e significativa importanza appare, inoltre, l'incidenza delle c.d. fonti "eteronome"(13) nell'ambito del rapporto contrattuale ed anche nello specifico, la significativa espansione interpretativa e applicativa della clausola generale di buona fede(14).

Al pari di tutte le libertà, infatti, anche quella negoziale, intesa quale *genus* cui è riconducibile la *species* di quella contrattuale, è inserita in un contesto di valori e principi, gerarchicamente ordinati e disciplinati(15) tra loro; essa non può essere intesa come un potere assoluto ed autoreferenziale dei singoli nella costituzione e determinazione dei propri rapporti, bensì possibilità di operare libere scelte nel mercato entro i limiti (invalicabili) prestabiliti dall'ordinamento giuridico(16).

Per quanto autorevolmente sostenuto(17) che la buona fede, pur avendo la struttura di clausola generale, non sia pienamente idonea ad assumere una valenza integrativa del contratto, stante la mancata menzione della stessa nell'ambito della previsione *ex art. 1374 c.c.*, non è possibile negare che essa interagisca con la disciplina contrattuale, condizionandola sensibilmente(18), posto che, nonostante la struttura di clausola generale è incontrovertibilmente volta ad operare anche in ambiti diversi da quelli a cui il codice l'ha espressamente relegata. Se per un verso può essere delineata la buona fede quale regola oggettiva di un fatto (*art. 1366 c.c.*) o di un comportamento (artt. 1175, 1337, 1358, 1375, 1460, comma 2°. c.c.)(19) dall'altro può assurgere a stato soggettivo della coscienza, così atteggiandosi(20) di volta in volta come erronea convinzione di agire in conformità al diritto, come ignoranza di ledere l'altrui diritto (*artt. 535, 936, 937, 938, 1147, 1192, 2038, c.c.*) ovvero affidamento in una situazione giuridica apparente, difforme da quella reale (artt. 534, 1153, 1155, 1159, 1162, 1189, 1415, 1416, 1445 cc.)(21). Alla sua articolazione codicistica non corrisponde, però, un utilizzo altrettanto diversificato della stessa, tant'è che l'unica distinzione che si rinviene in dottrina e, più in generale, nella manualistica, è tra buona fede oggettiva e soggettiva; *rectius* tra "comportamento secondo buona fede" e "colui che è in buona fede"(22). Di tal guisa nel primo caso si avrà una clausola intesa quale fattiva cooperazione nell'interesse altrui, fino al limite di un sacrificio che non sia sproporzionato(23), nell'altro vi sarà ignoranza di un fatto in ragione di un apprezzamento erroneo della realtà(24).

Altra dottrina(25) ritiene possibile ricondurre il concetto della buona fede ad unità, intendendo la *fides bona* come virtù etica consistente nell'onestà dell'agire, tale da assumere valenza di vero e proprio principio dell'ordinamento giuridico. Detta concezione, della cui autorevolezza non è dato di dubitare, non sembra andare esente da critiche nella parte in cui non individua un solido ancoraggio a disposizioni normative che impediscano l'utilizzo arbitrario dello strumento ad opera dell'interprete(26).
Ne consegue che o si accetta l'idea che la buona fede abbia solo il valore di clausola, per meglio dire di individuazione della regola applicabile al caso concreto, o si decide di elevarla anche a principio generale per abbandonare la vaghezza(27) della stessa e l'utilizzo distorto, nel sindacato dell'autonomia negoziale.
L'adesione a quest'ultima soluzione, consentirebbe di riconoscere alla buona fede il ruolo di fonte di integrazione del contratto, nonché principio al quale agganciare il giudizio correttivo dell'interprete, da ricercare in un preciso riferimento costituzionale. Diventerebbe così meno impervio perseguire l'esigenza di giustizia contrattuale, in linea con i presupposti normativi e culturali propulsori dell'ordinamento sovranazionale(28).
3. – Se si aderisce all'impostazione in ultimo indicata, si valorizza a pieno la funzione del principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria, all'interno del nostro ordinamento, nonché la possibilità di affermare che il predetto principio, di cui la buona fede è una chiara espressione, ha da sempre avuto un ruolo centrale(29) nel nostro sistema legislativo, posto che la buona fede non può essere più, o non solo, considerata strumento per misurare il comportamento, bensì anche parametro per valutare se il diritto sia stato esercitato con modalità conformi alle esigenze che l'ordinamento intende perseguire. Se ne ricava che sono esempi, del tutto esemplificativi e non esaustivi, di un generale principio di correttezza e buona fede: la rescissione per lesione, la risoluzione per eccessiva onerosità e la riduzione officiosa dell'entità della clausola penale(30).
Cade l'esigenza di considerare in termini eccezionali la declaratoria della nullità della clausola, che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna della cosa da parte del fornitore(31). Nel *leading case* appena indicato la buona fede gioca un ruolo affine a quello che le viene attribuito nella disciplina dei contratti del consumatore(32).
Si può, in ultimo, riconsiderare in termini di generalità e non di stretta eccezionalità l'illegittimità della delibera assembleare di scioglimento anticipato di una s.r.l., adottata dalla maggioranza dei soci in violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto costitutivo(33). Nella specie il giudice, pur riconoscendo un'innegabile ingerenza della buona fede nei rapporti tra soci e nel rispetto del contratto di società, non dà espresso riconoscimento nella parte motivazionale, alla violazione della norma imperativa. Infatti, l'annullamento dell'atto collegiale è fondato sulla base di una generica non conformità dello stesso a legge, secondo la disciplina dell'art. 2377, comma 2°, c.c., piuttosto che sulla violazione del principio di buona fede.
Il percorso, non ancora concluso, che porta all'affermazione della centralità di tale principio(34) ha inizio a partire dagli anni ottanta del secolo scorso quando, da parametro di riferimento del comportamento delle parti(35), è stato più correttamente inteso quale mezzo necessario non soltanto a valutare, ma anche a determinare esplicitamente le condotte, così da introdurre all'interno del contratto le istanze solidaristiche di cui all'*articolo 2 della Costituzione*(36).
Ogni rapporto, mediante l'applicazione di detto principio, tende così a generare un risultato sostanzialmente "giusto", in quanto – al di là delle ipotesi specificamente dettate da singole disposizioni normative(37) – appare evidente la sussistenza di un interesse generale dell'ordinamento a reprimere ogni iniquità contrattuale che sia incompatibile con i valori di uguaglianza e solidarietà sociale, cui lo specifico programma negoziale è tenuto a conformarsi(38).
I valori riconosciuti e tutelati dalla Carta Costituzionale assumono, quindi, un ruolo preminente anche nel sistema dei rapporti tra privati(39)di carattere patrimoniale e la buona fede, che di tali principi è diretta specificazione, non rappresenta altro che lo strumento con cui attuare l'allineamento del regolamento contrattuale alle finalità di ordine sociale perseguite dall'ordinamento. In altri termini, un parametro valutativo del contenuto della stipulazione contrattuale, utile a verificarne la rispondenza a canoni di correttezza e proporzionalità tra prestazioni e non certo, come si potrebbe erroneamente essere indotti a ritenere, un mezzo estraneo, se non addirittura antagonista, rispetto alla libera determinazione dei contraenti(40).
Ogni contratto, infatti, anche se liberamente stipulato e scevro da anomalie o vizi tipizzati dal legislatore, non può che tendere alla produzione di un risultato equo, cioè a dire corretto e proporzionato, posto che sussiste certamente un interesse generale al fine di evitare che la sfera di azione del singolo possa indebitamente trascendere i limiti dati dalla sua utilità individuale(41).
Anche alla luce delle coordinate comunitarie si deve, dunque, ripensare quell'orientamento secondo il quale la buona fede nulla avrebbe a che fare con la Costituzione(42), come possono comprovare i modelli applicativi della giurisprudenza e gli orientamenti dottrinali più recenti, protesi nel senso di una comune applicazione della stessa, destinata ad incidere con forza crescente nei rapporti negoziali(43).
Si denota un ampliamento del concetto di buona fede, o meglio del suo contenuto normativo, in forza di una lettura conforme a Costituzione(44), in funzione della quale il principio in parola si trova ad assumere il ruolo di limite di ogni situazione giuridica negoziale, attiva o passiva, in vista dell'attuazione del principio di giustizia contrattuale. In questo senso la pattuizione (regola formale) cede alle esigenze superiori di giustizia (regola sostanziale).
Si rinvengono nella promozione e sviluppo della persona (*art. 3, comma 1, Cost.*) e nella garanzia ai diritti inviolabili dell'uomo (*art. 2, Cost.*) fini, ancor prima che precetti, da perseguire con l'utilizzo della clausola di buona fede, che pertanto costituisce una norma contrattuale – e non solo – adeguata a tutelare gli interessi di ordine sociale che l'ordinamento impone(45).

L'interesse generale di cui si discute, evidentemente perseguito dall'ordinamento, è riscontrabile nelle istanze marcatamente solidaristiche e sociali, di tal ché la concezione del contratto non si esaurisce soltanto nell'autoregolamentazione di interessi, ma ha una sua valenza etica, il cui fondamento normativo è da rinvenire nei principi costituzionali(46).
Non sembra potersi negare, dunque, che nel nostro ordinamento giuridico si sia radicato un principio generale di buona fede, oltre che di natura costituzionale, sinanche come istanza di fondo del sistema tutt'inteso. Ciò deriva, almeno in parte, dalla reiterazione in termini di diritto positivo di tale precetto normativo, così che l'interesse tutelato, assumendo carattere di generalità, si aliena dai criteri identificativi specifici delle singole norme e fonda, appunto, un principio generale(47).
Del resto per il nostro Stato, che ha tra i suoi scopi quello di assicurare la giustizia sociale e rimuovere gli ostacoli di ordine economico che impediscano la realizzazione di tale fine, non può considerarsi pienamente appagante fondare i rapporti giuridici sul solo principio di certezza in senso esclusivamente formalistico(48), negando qualsiasi forma di collaborazione e cooperazione tra le parti.
Un'interpretazione avulsa dal principio di solidarietà sociale(49), concretantesi nelle diverse sfaccettature applicative della buona fede, trasformerebbe un principio di tutela del cittadino in uno strumento di abuso e di approfittamento.
In tale contesto, il principio di certezza dei rapporti giuridici viene ad essere inevitabilmente sostituito da quello più ampio della certezza dei rapporti giuridici giusti(50).
L'adesione a questa impostazione determina opportunamente lo spostamento del baricentro dell'utilizzo della buona fede che, da mero criterio di valutazione delle condotte, assurge a strumento idoneo, alle volte, anche ad invalidare il contratto, qualora le parti assumano comportamenti con essa configgenti. I rimedi, d'altra parte, sono espedienti giuridici la cui diversificazione è da rinvenirsi nelle esigenze del caso concreto, di tal ché possono sostituirsi o cumularsi in relazione alle esigenze di vita e digiustizia(51).
L'autonomia contrattuale, oltre ad autoregolamentazione di interessi, diventa modalità di realizzazione di fini solidaristici il cui vaglio di meritevolezza, a norma dell'art. 1322, comma 2°, c.c., viene ad essere condizionato e rivisitato alla luce del criterio di correttezza. Da ciò, non è sufficiente che il contratto venga stipulato in assenza di vizi formali, essendo altresì necessario che produca un risultato giusto, conforme al giudizio di buona fede.
Si delinea, in ultima analisi, il passaggio della buona fede da clausola idonea a risolvere di volta in volta i problemi interpretativi del caso concreto, a principio imperativo in grado di invalidare il regolamento negoziale con lo strumento della nullità virtuale di cui all'*art. 1418 comma 1 c.c.*(52). La giurisprudenza di legittimità, peraltro, ha inteso escludere l'operatività della nullità virtuale in forza della ritenuta – per quanto dubbia nella formulazione data – bipartizione tra regole comportamentali e regole pattizie, sul presupposto che l'*art. 1418, comma primo, c.c.* faccia solo riferimento a queste ultime(53) e non alla buona fede, utile a presiedere soltanto le prime.
L'interpretazione detta non sembra avere altra *ratio* se non quella di limitare la portata applicativa del principio imperativo in questione, in favore di quello di certezza dei traffici giuridici(54). Non si riscontrano, infatti, nell'ordinamento giuridico, norme dalle quali possa evincersi una distinzione tra regole sul comportamento e regole sull'atto, tali da consentire l'utilizzo dello strumento della nullità virtuale per la violazione soltanto di taluni principi imperativi(55).
Al contrario, sarebbe più corretto individuare una *actio finium regundorum* tra il potere del giudice, disancorato dal caso concreto e per questo più prevedibile, e l'esigenza di certezza dei traffici giuridici, in una logica di equità sostanziale(56) ed effettività delle tutele, in linea con la normativa consumeristica ed in particolare con le direttive di stampo europeo, sempre più attente a nullità di tipo comportamentale(57), oltre che al principio di effettività della tutela giurisdizionale, di cui all'art. 6 della CEDU e all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.
4. – Il prospettato approccio ermeneutico fonda sull'evoluzione dell'ordinamento nazionale e sovranazionale, nonché sul presupposto che la valenza del principio di buona fede appare ormai pacificamente cristallizzata, assurgendo a rango di vera e propria "guida", oltre che nel settore consumeristico, anche nella codificazione dei Principi Unidroit(58). Così se l'art. 1.7 ammonisce le parti sul dovere reciproco di agire secondo buona fede nei rapporti del commercio internazionale, l'art. 3.10, specificamente calibrato sul contratto iniquo, stigmatizza ogni forma di pattuizione comportante un "*vantaggio eccessivo*" per uno dei contraenti derivante da un'attribuzione "*ingiustificata*".
L'iniquità del contratto va dunque misurata allo scopo di stabilire se l'utilità conseguita da una parte sia o meno legittima o, per meglio dire, tale da determinare una *gross disparity*(59) e, quindi, di incidere sulla validità dell'accordo. Ancor prima di esperire l'azione di annullamento della singola clausola, o dell'intero contratto, la parte lesa potrà chiedere l'intervento del giudice finalizzato a riequilibrare il rapporto o le singole clausole che presentino ingiustificati svantaggi a suo carico. La medesima prerogativa spetterà anche alla parte forte, laddove intenda tenere in vita il contratto.
Al giudice è conferita la facoltà di espletare un'attività di tipo correttivo che riconduca il contratto, o le sue clausole singolarmente considerate, "*ai criteri ordinari di correttezza nel commercio*". Tale potere è desumibile, altresì, dalla lettura dell'art. 6.2.3, che disciplina gli effetti dell'*hardship*(60) e che individua, quale possibile soluzione, l'ingerenza del potere giudiziario atto a ripristinare l'originario equilibrio contrattuale. Anche in tale circostanza è preferita e garantita, *in apicibus*, l'autonomia negoziale quale strumento di riassetto dell'equilibrio attraverso la rinegoziazione della pattuizione e del suo contenuto.

Appare quindi chiaro come, nella prospettiva testé delineata, il giudizio sul carattere giustificativo o meno dello squilibrio nell'ambito contrattuale dipenda direttamente dalla correttezza e dalla buona fede, espressamente "*codificata quale principio generale*(61)",che giunge così a rivestire un ruolo essenziale nell'interpretazione dell'accordo.
Essenza analoga è attribuita alla buona fede dai c.d. "Principi Lando", predisposti dalla "*Commissione per il diritto contrattuale europeo*"(62), in forza dei quali la stessa ha valore di limite per la libertà contrattuale (art. 1:106), in sede di conclusione e determinazione del contratto (art. 1:101). Inoltre si afferma che nell'interpretazione di quest'ultimo, tra le circostanze rilevanti, si deve aver riguardo alla buona fede e correttezza (art. 5:102 lettera *g*).
Il ruolo del principio in parola è significativo anche in sede di esplicitazione di clausole implicite (art. 6:102), con riferimento sia alla intenzione delle parti che alla natura e all'oggetto del contratto, spiegando la sua forza soprattutto con riguardo al potere del giudice di modificare quest'ultimo, in modo da armonizzarlo con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e correttezza(63).
Nel Progetto di Codice europeo dei contratti(64), frequente è la soggezione del comportamento delle parti alla buona fede e in questi termini si esprime la disposizione che fissa i "doveri di correttezza" dei contraenti nel corso delle trattative precontrattuali (art. 6). Al pari essa rileva quale criterio per determinare il contenuto lecito e non abusivo delle clausole contrattuali (art. 30) o quello delle clausole implicite (art. 32). Varrà inoltre nella pendenza della condizione, poiché "la parte contraente che ha assunto un obbligo o ha costituito o trasferito un diritto reale è tenuta a comportarsi secondo buona fede, in modo da non pregiudicare i diritti della controparte" (art. 51).
L'operatività del comportamento conforme a correttezza è assicurata anche nella fase esecutiva del contratto, giacché è stabilito che il debitore "deve comportarsi conformemente a quanto pattuito dalle parti secondo buona fede e con quella puntuale diligenza che è richiesta nel caso specifico, in base agli accordi, alle circostanze e alla prassi corrente" (art. 75).
Da ultimo la buona fede informa di sé anche i contratti sinallagmatici; infatti, nel caso di inadempimento di una delle parti, è ammessa la possibilità per il creditore di sospendere la prestazione dovuta, ma tale rifiuto si reputa contrario a buona fede sia se "comporta per la controparte conseguenze eccessivamente onerose", sia se "determina l'estinguersi dell'obbligo del creditore quando l'inadempimento, già verificatosi, è di lieve entità", ovvero infine se "pregiudica un diritto fondamentale della persona" (art. 108).
Sullo sfondo di un contesto sovranazionale, così delineato, è innegabile l'importanza della dir. Cee 93/13, "*concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*" (art. 3.1), recepita nel nostro ordinamento mediante l'introduzione degli artt. 1469 *bis* ss. del c.c. ora artt. 33-38 D.Lgs. 6 settemmbre 2005, n. 206, Codice del consumo, anche in risposta all'esigenza di bilanciare l'apparente dicotomia tra libertà contrattuale e principio solidaristico.
Alla buona fede è difatti attribuito inequivocabilmente il ruolo di principio fondamentale nel giudizio sulla validità delle singole clausole contrattuali attraverso l'opera interpretativa del giudice, cui è affidato il compito di controllare se, in concreto, si determini "*a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*" (art. 33 cod. cons.)(65); norma di rilevante importanza poiché mira a combattere eventuali profili di squilibrio derivanti da clausole contrattuali, in contrasto con la buona fede(66), che scarichino sul consumatore la maggior parte dei rischi contrattuali.
Non sembrerebbe *prima facie* rilevare, al contrario, un eventuale squilibrio economico tra le prestazioni, se non in casi eccezionali, come potrebbe desumersi dalla lettura dell'art. 34, comma 2°, cod. cons., ai sensi del quale la valutazione circa la vessatorietà della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto ovvero all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile(67).
Ne consegue che, nel caso in cui il corrispettivo non sia stato individuato in modo chiaro e comprensibile, anche la clausola relativa al prezzo potrebbe essere considerata vessatoria e dunque nulla, ai sensi dell'art. 36 cod. cons., ferma restando la validità del contratto.
A ben vedere l'essenziale rilevanza della clausola relativa al prezzo finisce per aprire ampi spazi all'intervento del giudice nell'economia del contratto, fino a consentirgli di spingersi a rideterminare il prezzo del bene o del servizio, in sostituzione di quello non chiaro e comprensibile. Se in questa ipotesi si ritenesse applicabile il disposto dell'art. 1419, comma 1°, c.c., si finirebbe per privare in assoluto il consumatore del bene o del servizio, con pregiudizio in danno di questi e in senso contrario alla *voluntas legis*, diretta a limitare le conseguenze della vessatorietà alla singola clausola, piuttosto che alla validità dell'intero contratto(68).
In altri termini il legislatore si discosta, finalmente, da logiche di tutela meramente formale e introduce un sistema di controllo sostanziale dell'abusività della clausola. L'art. 33 cod. cons., infatti, qualifica come "vessatorie" e, dunque, invalide, quelle determinazioni che producono un apprezzabile squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto(69) ai danni del consumatore.
Da ciò, al fine di misurare gli eventuali profili di vessatorietà delle singole condizioni contrattuali e, per l'effetto, escludere che le stesse siano conseguenza di un abuso del predisponente nei confronti del consumatore, non è più sufficiente il rispetto dell'onere formale della specifica approvazione per iscritto, richiesto dall'art. 1341, comma 2° c.c., ma occorre una verifica di merito sul contenuto della singola statuizione.
La disciplina prevista dagli artt. 33 ss. cod. cons., al pari di quella contenuta negli *artt. 1341 e 1342 c.c.*, persegue lo scopo di tutelare il contraente debole attraverso il meccanismo sanzionatorio della inefficacia della clausola vessatoria od onerosa(70).

Tuttavia, la possibilità di sindacare lo squilibrio del contratto in base alla buona fede rende più incisiva la disciplina prevista dal codice del consumo rispetto a quella dell'*art. 1341 c.c.* che è, al contrario, incentrata su un requisito formale. In altri termini, mentre l'*art. 1341 c.c.* non impedisce che nei contratti predisposti entrino clausole svantaggiose per gli aderenti (parte debole del rapporto), la disciplina in tema di contratto del consumatore offre, per contro, una tutela più pregnante, poiché di tipo sostanziale. In quest'ultimo caso, invero, le clausole unilateralmente predisposte, che per il loro contenuto aggravino in modo notevole la posizione dell'aderente, *rectius* consumatore, non sono vincolanti, a prescindere da qualsiasi dato formale (siano conosciute o meno, conoscibili o meno, approvate per iscritto o meno)(71).
Diverso è, inoltre, l'ambito soggettivo di utilizzo dell'*art. 1341 c.c.*, applicabile ad ogni contratto *standard* concluso tra predisponente e aderente, riferendosi gli artt. 33 ss. cod. cons., soltanto ai contratti tra professionista e consumatore.
Sotto il profilo oggettivo, però, il rapporto tra le due discipline si inverte. L'*art. 1341 c.c.* riguarderà soltanto i contratti *standard*, predisposti per regolare in modo uniforme una serie indefinita di rapporti contrattuali, mentre gli artt. 33 ss. cod. cons. troveranno applicazione anche ai contratti predisposti per un singolo affare con un solo cliente.
L'assunto implica che, ricadendo la maggior parte dei contratti del consumatore anche sotto la disciplina di cui all'art. 1341, comma 2° c.c., sarà compito dell'interprete stabilire se la nullità della clausola infici l'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, cc., qualora le parti l'abbiano considerata essenziale, oppure si debba applicare, come sembra preferibile in un'ottica di maggiore tutela per il consumatore, l'art. 36 cod. cons., con la nullità della singola clausola e il mantenimento in vita del contratto. In questa prospettiva buona fede e squilibrio non possono considerarsi referenti autonomi, ciascuno di per sé idoneo a determinare l'eventuale abusività della clausola incriminata, bensì strumentali tra loro. La buona fede è intesa, difatti, quale riferimento per valutare la rilevanza dello squilibrio utile, a sua volta a determinare l'invalidità della pattuizione(72).
La sussistenza del significativo squilibrio è dunque accertamento di merito, da compiere caso per caso e concretizzante il contenuto della clausola generale di buona fede.
Si impone una saggia opera di bilanciamento degli interessi in gioco in tutti quei casi in cui una delle parti, in virtù della propria posizione economica predominante, riesca ad imporre all'altra condizioni normative che, in una contrattazione paritaria, ben difficilmente avrebbe potuto ottenere.
La buona fede finisce, quindi, per rappresentare un limite ontologico allo stesso esercizio dell'autonomia contrattuale, da ritenersi superato ogniqualvolta il contraente professionale, nel predisporre unilateralmente il contenuto pattizio, abbia operato deroghe al diritto cogente, animato dall'intento di approfittare della disparità di potere negoziale rispetto alla controparte non professionale(73).
A prescindere dall'adesione alla tesi del significato soggettivo(74) od oggettivo(75) della buona fede, cui fa riferimento l'art. 33 cod. cons., ci troviamoa dovere escludere, comunque, che il semplice squilibrio possa determinare la vessatorietà della clausola essendo necessario, in ogni caso, un parametro cui fissare il giudizio sulla sproporzione e tale non può che essere la buona fede intesa in senso oggettivo.
Nel nostro sistema civilistico, infatti, è consentito all'imprenditore di predisporre unilateralmente condizioni generali di contratto in deroga al diritto dispositivo, ritenendosi tale prassi commerciale idonea a produrre benefici alla società e ai consociati stessi. Questo, tuttavia, non sempre accade, in quanto i professionisti utilizzano condizioni generali di contratto non solo per finalità organizzative e gestionali, ma per sfruttare la loro posizione di forza a danno dei consumatori(76).
Tale limite si intenderà superato ogniqualvolta risulti che il professionista, nel predisporre unilateralmente il contenuto contrattuale, abbia operato sul regolamento normativo della *lex specialis* spinto dall'intenzione di approfittare della sua posizione di supremazia economico-informativa rispetto alla controparte non professionale. Medesimo risultato illegittimo si avrà nel caso in cui la determinazione contrattuale sia in contrasto, sul piano oggettivo, con la finalità che l'ordinamento intende perseguire attribuendo l'esercizio di quel determinato diritto.
In sostanza, l'interprete dovrà stabilire se, in base ad una valutazione di buona fede, lo squilibrio contrattuale che svantaggia la posizione del solo consumatore sia o meno giustificato da un interesse del predisponente meritevole di tutela(77).
5. – Ne consegue che la buona fede non deve essere ricondotta *stricto sensu* nell'alveo degli *artt. 1337, 1366 o 1375 c.c.*, poiché piuttosto che buona fede contrattuale, che presuppone un rapporto di parità tra le parti, qui viene ad operare un più ampio concetto di buona fede inteso come principio collegato a istanze solidaristiche e di meritevolezza, cui fare riferimento nel giudizio circa la modalità di esercizio di un diritto(78).
Nel nostro sistema, siffatto principio – pur non assurgendo a criterio attraverso il quale è possibile valutare direttamente la vessatorietà della clausola, come accade ad esempio nell'ordinamento tedesco – svolge certamente un ruolo "mediato" (oltre che necessario) nel giudizio dell'interprete chiamato ad accertare l'invalidità della pattuizione(79).
In virtù della ricostruzione fin qui operata, risulta evidente che l'utilizzo distorto dell'autonomia contrattuale potrebbe apparire riconducibile alla più ampia categoria dell'abuso del diritto(80). Tale ricollocazione imporrebbe una verifica dello squilibrio mediante lo strumento della buona fede, che presuppone un contraente in posizione dominante rispetto all'altro, con susseguente squilibrio di diritti e di obblighi nel programma contrattuale e l'iniquità di un accordo che si manifesti nella mancanza di un criterio idoneo a giustificarne la sussistenza.
Detti requisiti, alla luce dei principi UNIDROIT e di quelli elaborati dalla Commissione Lando, sembrano pervadere tutte le situazioni riconducibili alla categoria del contratto asimmetrico(81), riducendo quello tra consumatore e

professionista e tra imprese di diversa forza, a *species* del tutto esemplificative e non esaustive di un più ampio *genus*, cosicché il ruolo della buona fede, nell'esercizio del diritto, assume un ruolo preponderante in tutte quelle condizioni soggettive di vulnerabilità in presenza delle quali il sindacato dell'equilibrio contrattuale è più pregnante.
A titolo esemplificativo si pensi allo *status*, vale a dire l'appartenenza ad una categoria di soggetti valutati dall'ordinamento come ontologicamente deboli (il consumatore o il lavoratore) e meritevoli di particolare protezione; alle relazioni fiduciarie, connotate dalla presenza di un rapporto personale che ingenera in un soggetto fiducia nella correttezza della controparte che potrebbe, invece, approfittare dell'altrui affidamento (come nei casi di un contratto genitore e figlio o medico e paziente). Non solo; si consideri anche la debolezza legata alle relazioni pregresse o all'abuso di dipendenza economica, situazione in cui l'impresa dipendente è indotta ad accettare un programma contrattuale squilibrato sotto il profilo economico o normativo, pur di conservare la propria posizione sul mercato.
Non meno importanti i vizi incompleti della volontà(82) che, pur non essendo invalidanti secondo le norme codicistiche, sono connotati da una non corretta formazione della volontà, come ad esempio il dolo incidentale (*art. 1440 c.c.*), il quale genera solo responsabilità precontrattuale; il dolo omissivo o reticenza informativa; l'errore, laddove sia non essenziale (e non riconoscibile) o non riconoscibile (ma essenziale); la pressione psicologica, non integrante violenza *ex art. 1434 c.c.*, oppure lo stato di bisogno *infra dimidium*, in presenza del quale il contratto non è rescindibile. Si potrebbe proseguire con l'affievolimento della volontà, riconducibile ad immaturità per carenza di esperienza e non necessariamente per sola età, nonché in ultimo con l'asimmetria informativa in tutti quei casi in cui un soggetto stipuli un contratto senza aver ricevuto le informazioni necessarie e quindi inconsapevolmente. In tale ipotesi, oltre all'assenza totale di informazione, rilevano anche quelle insufficienti od erronee in ordine ad elementi importanti del contratto. È opportuno precisare, però, che l'obbligo di informazione concerne le sole notizie che la controparte non possa acquisire *aliunde*, tenendo una condotta mediamente diligente.
Fuori dai casi in cui la nullità è esplicitamente prevista dal legislatore, come nei contratti stipulati con il consumatore dal professionista che abbia fatto ricorso ad una pratica commerciale scorretta(83), l'interprete è tenuto ad effettuare una approfondita opera esegetica, la cui valutazione non si tradurrà in una forma di indebita intromissione nel regolamento tra privati o di inaccettabile *vulnus* per il principio di certezza del diritto, ma rappresenterà la valvola di essenziale salvaguardia del sistema, in difetto della quale il contraente "debole" sarà di certo destinato a soccombere, vedendo sistematicamente frustrate le proprie ragioni.
In queste eventualità, la buona fede si eleva a parametro di controllo sulle modalità di esercizio del diritto da parte del contraente forte scongiurando, in linea con i *dicta* dell'ordinamento giuridico, che un diritto possa essere esercitato per appropriarsi di utilità diverse ed ulteriori rispetto a quelle attribuite. Recentemente la giurisprudenza ha affermato che l'abuso del diritto è criterio rivelatore della violazione del principio di buona fede oggettiva, identificando gli elementi costitutivi dello stesso nella titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; nella possibilità che l'esercizio di quel diritto possa essere effettuato in base ad una pluralità di modalità non predeterminate; nella circostanza che l'esercizio, formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto con modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; nella sproporzione ingiustificata – derivante da tale modalità di esercizio – tra il beneficio ottenuto dal titolare del diritto ed il sacrifico che deve subire la controparte(84).
6. – Nel contesto storico-giuridico delineato, la teoria dell'abuso del diritto, che consente un controllo modale dell'esercizio dello stesso, diventa strumento per valutare il comportamento di una parte del contratto che, approfittando di una situazione di maggiore forza informativo-economica, *rectius* contrattuale, ottiene abusivamente delle clausole che comportano un vantaggio per sé e uno svantaggio per la controparte.
L'abuso, anche con riferimento alla libertà contrattuale, consiste, dunque, in uno scorretto esercizio della stessa(85), reprimibile con la sanzione della inefficacia o della nullità, anche laddove tali rimedi non siano espressamente previsti e gli altri inapplicabili al caso concreto.
La giurisprudenza maggioritaria già indicata(86) non estende alla violazione della buona fede, di cui finora si è sottolineata l'importanza, i rimedi appena enunciati quanto piuttosto quello della responsabilità o, al più, della risoluzione del contratto, allorquando l'inadempimento risulti essere grave in ragione del contrasto con buona fede e correttezza(87). L'indirizzo poggia sull'assunto secondo cui, anche se riconosciuta come principio imperativo, la buona fede non è idonea ad invalidare il contratto poiché troppo connessa alle circostanze del caso concreto(88).
Si delinea così un'aporia tra la rilevanza del principio in parola e i rimedi esperibili per le conseguenze dannose prodottesi in violazione dello stesso.
Infatti, il risarcimento del danno può, in talune ipotesi, non essere soddisfacente. Si pensi agli squilibri che attengano non al profilo economico, ma a quello normativo del contratto e che possono essere sanzionati solo con l'abuso del diritto e con quella particolare applicazione dello stesso che è l'*exceptio doli generalis*(89). Quest'ultima azione, in particolare, èvolta a paralizzare la pretesa ingiustificata della parte forte del contratto e a spingerla a ricondurre lo stesso ad una logica di proporzionalità, in modo da ottenere solo nel predetto caso l'esecuzione della prestazione.
Posto che l'abuso del diritto non gode di un generale riconoscimento(90), proprio perché non espressamente positivizzato, se non in alcune norme settoriali(91), sarebbe auspicabile allargare la pletora dei rimedi reali alla buona fede al fine di riconoscergli il rango di norma imperativa, la cui violazione consentirebbe di realizzare l'intero corredo rimediale predisposto dall'ordinamento. Solo per questa via ci si potrà finalmente sganciare dall'abuso del diritto quale inutile doppione(92) giurisprudenziale del principio di buona fede positivizzato, questo sì, da disposizioni normative di

rango costituzionale e primario. A riprova dell'asserzione, sarebbe sufficiente effettuare una semplice ricognizione delle disposizioni in ambito nazionale(93) ed europeo, ed in specie nel settore consumeristico.
Tuttavia l'abuso del diritto(94) verosimilmente continuerà a giocare un ruolo importante proprio per la sua atipicità rimediale, utile ed idonea a tutelare in modo effettivo le situazioni per le quali il rimedio risarcitorio potrebbe risultare inidoneo e quello della nullità inutilizzabile(95).
Si potrebbe obiettare, come peraltro autorevolmente sostenuto(96), che la normativa di matrice consumeristica, caratterizzata da peculiarità proprie, non fornisca alcun contributo utile a dimostrare che la buona fede possa condizionare la validità di ogni rapporto contrattuale. Non di meno l'opinione non è a pieno convincente ove si consideri la vigenza del principio di effettività della tutela giurisdizionale(97) che deve trovare attuazione in ogni rapporto contrattuale e non soltanto laddove le parti siano caratterizzate da diversa forza economica e informativa. Il nostro ordinamento, infatti, considerato nel suo insieme e nella tradizione culturale della nostra civiltà, tutela l'equilibrio contrattuale come valore in sé e non soltanto in relazione a categorie di contraenti predeterminate, per quanto esse siano bisognose di una maggiore tutela.
Si considerino, ad esempio, le norme in tema di rescissione(98) e di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta(99), che per il loro carattere generale non possono che riflettere le scelte di fondo inerenti alla portata dei limiti dell'autonomia privata.
Sono, questi ultimi, rimedi che il legislatore del 1942 ha previsto per far fronte ad ipotesi in cui vi sia un'alterazione nell'assetto contrattuale, tale da determinare uno squilibrio tra prestazioni in ragione dello stato di pericolo o dello stato di bisogno in cui si trovava uno dei paciscenti, ovvero a causa del verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili successivi alla conclusione del contratto.
Nei casi prospettati, elemento costitutivo della fattispecie è l'inadeguatezza fra prestazione e controprestazione(100), con la differenza che, mentre nelle ipotesi rescissorie si tratta di uno squilibrio originario e presente già al momento della conclusione del contratto, in quella risolutoria si fa riferimento all'inadeguatezza verificatasi successivamente alla conclusione dell'accordo, in presenza di circostanze oggettive, impreviste e imprevedibili, che hanno alterato il valore delle prestazioni(101).
È la disciplina negoziale nel suo insieme, invero, ad essere condizionata dalla sussistenza delle inderogabili istanze di solidarietà sociale postulate dall'*art. 2 della Costituzione*, implicanti la disincentivazione di un utilizzo distorto o, per meglio dire, sproporzionato dell'autonomia contrattuale(102).
Il nodo gordiano è rappresentato dai criteri di valutazione dell'ordinamento sugli atti di autonomia privata(103), in una fase in cui è sempre più avvertita una rilettura della teoria generale del contratto alla luce delle indicazioni costituzionali.
Quello che può essere definito "il nuovo diritto dei contratti"(104) prevede, infatti, forme di controllo penetranti sul regolamento contrattuale, tali da poterlo addirittura invalidare, come già avviene nella normativa consumeristica(105).
In attesa di un auspicabile superamento della dicotomia invalsa in giurisprudenza tra regole pattizie e comportamentali, e del conseguente pieno riconoscimento del principio di buona fede, il congegno dell'abuso del diritto, e dell'*exceptio doli generalis* che ne rappresenta diretta applicazione, sarà l'unico strumento idoneo a colmare i vuoti di tutela nei contratti normativamente squilibrati, il cui unico rimedio è ad oggi configurabile in termini di responsabilità.
Indagini puntuali sulla manifestazione dell'autonomia negoziale, viste in passato come eccezionali(106) e consentite solamente in situazione di forte patologia(107), nel corso del tempo si sono sempre più diffuse, al punto da perdere tali peculiarità. Questi interventi sono espressione di un principio in virtù del quale l'ordinamento, pur lasciando alle parti la possibilità di autoregolamentazione dei loro interessi, riserva un controllo sempre più rigoroso in ordine alle manifestazioni di autonomia e alla loro corrispondenza al requisito della meritevolezza(108).
Il contratto viene inteso non più come semplice manifestazione di volontà, ma come strumento necessariamente sottoposto a limiti e controlli, diretto al perseguimento anche di finalità ulteriori rispetto a quelle proprie dei privati, in attuazione del principio di solidarietà e in conformità al giudizio di meritevolezza(109) previsto dall'art. 1322, comma 2°, cc. I numerosi riferimenti possibili nel senso sovraindicato, evidenziano quanto potrebbe risultare approssimativo circoscrivere l'indagine alla sola tutela del consumatore e dell'imprenditore debole, dovendosi più correttamente parlare del contraente debole *tout court* anche in base agli orientamenti di stampo europeo, i quali propongono forme di tutela degli stessi a prescindere dalla qualifica soggettiva rivestita.
Si prospetta un'iniziativa del giudice non più in chiave di eccezionalità, bensì quale normale controllo che l'ordinamento riserva sulle prestazioni e sulla loro proporzione, fondata sul necessario bilanciamento tra il valore presidiato all'*art. 41 Cost.* e quello di solidarietà, consacrato all'*art. 2 Cost.*(110).
L'"abuso di autonomia privata"(111), *rectius* violazione del principio di buona fede, è riscontrabile ogniqualvolta i soggetti oltrepassino il limite al di là del quale viene meno la meritevolezza di tutela. L'intervento correttivo, pertanto, è volto a soddisfare il principio di giustizia contrattuale da tempo affermato, la cui rappresentazione emblematica è data dall'introduzione in via pretoria della riduzione d'ufficio della clausola penale, a significare come l'autonomia delle parti debba conciliarsi con un interesse di ordine generale(112).
In definitiva viene ribadito il ruolo centrale del principio di proporzionalità(113), rafforzato dalla buona fede al fine di attribuire, seppur entro certi limiti, rilevanza allo squilibrio, sia economico che normativo(114), tra le prestazioni contrattuali indipendentemente dalla qualifica soggettiva della parte debole(115). Non si tratta di un depotenziamento, quanto piuttosto di un rimodellamento dell'autonomia privata sulle forme del principio solidaristico, nella

consapevolezza, da parte dei consociati, di una piena libertà(116) di impulso alle vicende giuridiche, sulle quali il controllo(117) esterno è esercitato per la tutela della proporzionalità.

---

(1) Aa.Vv.,*I contratti in generale*, tomo II, a cura di Gabrielli, in *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999; Aa.Vv., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999; Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. e dir. priv*., 2000; Alpa, *Le nuove frontiere del diritto contrattuale*, in *questa rivista*, 1997; Barbero, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Milano, 1946; Baffi, *I limiti all'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2004; Barba, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, Milano, 1998; Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960; Bianca, *Condizioni generali del contratto*, I, II, Milano, 1979-1981; Id., *Diritto civile, Il contratto*, Milano, 2006; Busnelli, *Diritto privato italiano. Radiografia di un sistema*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, nn. 1-2, pp. 1-18; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1962; F. Ferrara, *Tratt. dir. civ. it.*, Napoli, 1995; G.B. Ferri, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001; Id., *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in G.B. Ferri, *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Saggi, Padova, 1994; Franzese, *Contratto, negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*, in *Riv. crit. dir. civ*., 1997, I. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 2005; Id., *Il diritto privato fra codice e Costituzione*, Bologna, 1983; Id., *La categoria del contratto alle soglie del nuovo millennio*, in *questa rivista*, 2000; E. Gabrielli, *I contratti in generale*, I, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno, I, Torino, 1999; F. Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 1993; Giorgianni, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., pp. 39-420; Mazzamuto-Sangiorgi, *Diritto privato: argomenti di giurisprudenza*, Palermo, 1986; G. Oppo, *Principi e problemi del diritto privato*, *scritti giuridici*, IV, Padova, 2000; P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 199; Id., *Il diritto civile nella legalità* costituzionale nel sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli, 2006; Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003; Id., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2010; Id., *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*,2001; E. Quadri, *Problemi attuali del diritto privato*, Napoli, 1990; L. Raiser, *Funzione del contratto e libertà contrattuale*, in *Il compito del diritto privato. Saggi di diritto privato e di diritto dell'economia di tre decenni*, a cura di Mazzoni, trad. it. di Graziadei, Milano, 1990; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001; P. Rescigno, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, 1991; R. Schlesinger, *L'autonomia contrattuale e i suoi limiti*, in *Giur. it*., I, 1999; Id., (a cura di), *Mercati, diritto privato, valori*, in *Lavoro, mercato, valori*, Napoli-Milano, 2003; A. Somma, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv*., 2001; Torrente-Schlesinger, *Manuale del diritto privato*, Milano, 2009; Per quanto l'influenza della Comunità Europea, ispirata ai principi di libertà del mercato, sembrava aver riportato nel nostro ordinamento un maggior rispetto per le scelte dei privati, le esigenze di assicurare al mercato efficienza e correttezza, però, tendono a giustificare interventi legislativi sempre più invasivi della libertà dei singoli. Ne deriva che il rinnovato pluralismo delle fonti che incidono sul diritto dei contratti costituisce l'effetto di un radicale processo di trasformazione che mette in crisi la tradizionale costruzione codicistica dei rapporti economici. Sul punto interessanti riflessioni in: G. Alpa, *Problemi e prospettive del diritto privato europeo*, in *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*. Materiali del seminario dell'8-9 novembre 2002 raccolti da Alpa e Danovi, Milano, 2004, pp. 9 ss.; M. Barcellona, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua etero integrazione. Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. e dir. priv*., I, 2008, pp. 33 ss.; C. Castronovo, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. e dir. priv*., 2005, I, pp. 47 ss., il quale, in particolare, effettua un'attenta analisi del principio di "giustizia", quale strumento di ingerenza nella sfera dei privati; G. Chinè, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea* a cura di Tizzano, Torino, I, 2006, pp. 754 ss.; Gonzales Campos, *Diritto privato uniforme e diritto internazionale privato*, in Picone (a cura di) *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, pp. 33 ss.; F. Pocar, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European conflict of laws devolution"?*,in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, pp. 876 ss.; G. Smorto, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. e dir. priv*., 2007, 1, pp. 326 ss.

(2) Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 2004, pp. 4 ss.; Villanacci, I profili dell'abuso del diritto e la funzione integrativa del programma negoziale, in Rass. dir. civ., 1, 2013, pp. 158 ss.

(3) È necessario analizzare il rapporto tra autonomia privata, quale espressione dell'interesse particolare dei privati, e ordinamento giuridico, quale espressione dell'interesse particolare della *societas*,al fine di rispondere al quesito sul come e in che limiti la prima acquisti rilevanza all'interno del secondo. In tale ottica, il privato non è considerato quale *singulus*, ma quale *socias*: Ascarelli, *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. dell'econ.*,1955, pp. 1179 ss.; Id., *Problemi giuridici*,I, Milano, 1959, pp. 69 ss.; Natoli, *La proprietà. Appunti delle lezioni*,I, Milano, 1976, pp. 184 ss.; Mengoni, *Proprietà e Libertà*,in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 444 ss.; Secondo l'insegnamento del Betti, in E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. p. 43, "il riconoscimento dell'autonomia privata da parte dell'ordine giuridico configura essenzialmente un fenomeno di ricezione per cui il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci viene assunto nella sfera del diritto ed elevato, con opportune modificazioni, a precetto giuridico (...). È di competenza dei singoli determinare, nei rapporti tra loro, gli *scopi pratici* da raggiungere e le vie da seguire nel dare assetto ai propri interessi. È di competenza dell'ordine giuridico sceverare e valutare alla stregua delle finalità generali le categorie di interessi e scopi pratici che i singoli vogliono perseguire, prescrivendo ai loro atti le modalità e i requisiti di validità e di efficacia e ricollegandovi situazioni giuridiche congrue, tali cioè da tradurre in atto con la massima approssimazione le funzioni sociali cui quegli scopi corrispondono".

(4) Berio, *Buona fede*, in *Dizionario pratico del dir. priv.*, I, Milano,p. 596; *La buona fede nei contratti*, in Filangieri,1907, pp. 480 ss. il pensiero giuridico prevalente riconosceva nei richiami alla buona fede una riconferma dell'intangibilità degli accordi e una pletora di obblighi già ricompresi nel tessuto codicistico. Cfr., Cass., 24 giugno 1940, n. 2079, in *Foro it.*,1941, I, c. 511 in cui si evidenzia il rischio e la preoccupazione di un'alterazione del contenuto degli accordi dei paciscenti.

(5) D'angelo-Bessone, *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998, I, p. 3.

(6) Massetto, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv*., sez. civ., II, Torino, 1988, pp. 152 ss.

(7) Musio, La buona fede nei contratti dei consumatori, Napoli, 2001 pp. 49 ss.

(8) V. Roppo, Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto"), in Riv. dir. priv., 2007, pp. 679-680.

(9) G.B. Ferri, Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1967; cfr. anche Lonardo, Ordine pubblico e illiceità del contratto, Napoli, 1993.

(10) Marini, Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale, in Riv. crit. dir. priv., 1986, pp. 286 ss.

(11) Alpa, Autonomia privata e libertà contrattuale, oggi, in Riv. crit. dir. priv., 2008, pp. 571 ss.
(12) Si pensi, a titolo meramente esemplificativo e tutt'altro che esaustivo, all'art. 1322, comma 2°, c.c. che per i contratti atipici fissa il principio della meritevolezza giuridica dell'interesse da perseguire e quindi pone un limite alla scelta dello scopo ad opera della parte che deve essere uno scopo meritevole di tutela, non uno scopo capriccioso, ignobile, indegno, illecito o emulativo. Si considerino *ex plurimis* i limiti derivanti da alcuni obblighi legali di contrarre, in particolare a carico del monopolista agli *artt. 2597 e 1679 c.c.* (relativo all'esercizio di attività di trasporto pubblico su concessione amministrativa). Ci sono, inoltre, le clausole d'uso *ex art. 1340 c.c.* che sono inserite *ex lege* nel contratto anche se non sono state volute dalle parti e sempre che non siano state esplicitamente disvolute dalle stesse. Si pensi, ancora, alla prelazione legale e cioè le fattispecie in cui la legge toglie alla parte la scelta della individuazione dell'interlocutore della pattuizione contrattuale.
(13) Ai sensi dell'*art. 1374 c.c.* "il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità". Tale disposizione è fonte normativa dell'integrazione del contratto e accanto ad essa gli autori ormai ritengono in modo unanime che anche la buona fede oggettiva, intesa come canone di correttezza al quale attenersi nella contrattazione, costituisca fonte integrativa dello stesso. Non si deve inoltre dimenticare la normativa di derivazione comunitaria e il crescente ruolo del principio di proporzionalità come fonte di integrazione del contratto e la sua rilevanza Costituzionale, come affermato dalla Cassazione in tema di riduzione della clausola penale con sentenza 24 settembre 1999, n. 10511. Da un lato abbiamo un contratto in cui le parti si autodeterminano, dall'altro la legge, gli usi, l'equità e la buona fede concorrono ad "eterodeterminare" il regolamento contrattuale.
(14) Sulla nozione di buona fede si v., Alpa, La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità, in Vita not., 2002, pp. 611 ss.; M. Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo, Torino, 2006; Id., La buona fede e il controllo giudiziale del contratto, in Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo, in Mazzamuto (a cura di), Torino, 2002, pp. 324 ss.; Bessone-D'angelo, Buona fede, in Enc. giur. Treccani, V, Roma, 1988; Bianca, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, in Riv. dir. civ., 1983, pp. 209 ss.;Id., Diritto civile. Il contratto, III, Milano, 2006, pp. 472 ss.;Id., Buona fede nel diritto privato europeo, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea,Garofalo (a cura di), Padova, 2003, pp. 201 ss.; Bianca-Patti, voce Buona fede (in senso oggettivo), in Lessico in tema di buona fede ed equità, in Riv. dir. civ., 2001, pp. 537 ss.; Benatti, La clausola generale di buona fede, in Banca, borsa, tit. cred., I, 2009, pp. 241 ss.; Cattaneo, Buona fede obiettiva e abuso del diritto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1971, pp. 628 ss.; Corradini, Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato, Milano, 2001; Bigliazzi Geri, Buona fede nel diritto civile, in Dig. disc. priv., II, Torino, 1988, pp. 154 ss.; Id., Note in tema di interpretazione secondo buona fede, Pisa, 1970; Breccia, Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Milano, 1968; Busnelli, Note in tema di buona fede ed equità, in Riv. dir. civ., 2001, I, pp. 544 ss.; Criscuoli, Buona fede e ragionevolezza, in Riv. dir. civ., I, 1984, pp. 709 ss.; D'angelo, La buona fede, in Il contratto in generale, IV, in Tratt. di dir. priv. diretto da Bessone, XII, 2004; Di Majo, La buona fede correttiva di regole contrattuali, in Corr. giur., 2000, pp. 1486 ss.; Id., Principio di buona fede e dovere di cooperazione contrattuale, in Corr. giur., 1991, p. 781; Falco, La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie e casistica, Milano, 2010; Ferrero, Valutazione secondo buona fede e controllo della forma, Napoli, 1987;Franzoni, Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto, in questa rivista, 1999, pp. 83 ss.; Gallo, Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto, in Riv. dir. civ., 2002, pp. 239 ss.; Levi, Sul concetto di buona fede, in Appunti intorno ai limiti del diritto soggettivo, Genova, 1912; Musio, La buona fede nei contratti dei consumatori, Napoli, 2001; Miriello, La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?, in questa rivista, 2008, II, pp. 284 ss.; Montel, Buona fede (voce), in Noviss. dig. it., Torino, 1958, p. 502;Morelli, La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro di congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti, in Giust. civ., 1994, I, pp. 2168 ss.; Nanni, La buona fede contrattuale, Torino, 1988; Id., La buona fede contrattuale nella giurisprudenza, in questa rivista, 1986, pp. 546 ss.; Navarro, Definizione giuridica e funzione economica della buona fede contrattuale nell'ordinamento italiano, Roma, 2010; Pagliantini (a cura di), Abuso del diritto e buona fede nei contratti, Torino, 2010; F. Prosperi, Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale, in Rass. dir. civ., III, 1999, pp. 639 ss.;Recinto, Buona fede e interessi dedotti nel rapporto obbligatorio tra legalità costituzionale e comunitaria, Napoli, 2002; Rescigno, Il principio di buona fede, Milano, 1985; Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1962; Romano, La buona fede nel diritto privato, Milano, 1959; Id., voce Buona fede (dir. priv.), in Enc. dir., V, Milano, 1959, pp. 689 ss.; Rovelli, La correttezza, inAlpaeBessone (a cura di), I contratti in generale, Torino, 1991, I, pp. 557 ss.; Sacco, La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato, Torino, 1949; Sanna, Clausola di regolazione del premio e buona fede, in Giur. comm., 2008, II, pp. 841 ss.
(15) Perlingieri, Mercato, solidarietà e diritti umani, in Rass. dir. civ., 1995, pp. 94 ss.
(16) Acutamente Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*,in Perlingeri (a cura di), *Tratt. dir. civ. cons. naz. not.*,Napoli, 2008, pp. 33 ss., specifica come la centralità della persona rispetto al sistema abbia determinato l'insufficienza delle ricostruzioni in chiave esclusivamente patrimonialistica degli atti di autonomia. Con riferimento alla distinzione tra autonomia negoziale e autonomia contrattuale, l'a. precisa poi che: "per negoziabilità va intesa la possibilità che il potere regolamentare dei privati si esplichi anche con riferimento ad assetti di interessi diversi rispetto a quelli che l'*art. 1321 c.c.* pone a contenuto del contratto, di talché il problema si sposta sul diverso e più pregnante piano della meritevolezza, di cui, come noto, all'*art. 1322 c.c.*". In proposito si v., inoltre, Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*,Milano, 1975; Perlingieri, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., Napoli, 2000; Rescigno, *L'autonomia dei privati*,in *Iustitia*, I, 1967; Sacco, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*,I, pp. 517 ss.; Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*,I, 1999, pp. 229 ss.; Somma, *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 4, 2000, p. 597; Di Majo, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 5 ss.; Franzese, *Contratto, negozio e lex mercatoria tra autonomia ed eteronomia*,in *Riv. dir. civ.*, I, 1997, pp. 771 ss.; Grisi, *L'autonomia privata, diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*,Milano, 1999; Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1973; Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, 1990, pp. 373 ss.; Mengoni, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*,1997, I, pp. 5 ss. In giurisprudenza si v., *ex multis*: Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 23, in *Giur. Cost.*,1957, p. 404; Corte cost., 2 luglio 1958, n. 48, in *Giur. Cost.*, 1958, p. 572, ove si specifica che resta fermo il sindacato, da parte della Corte costituzionale, sulle scelte concretamente operate dal legislatore, sicché i limiti imposti sono legittimi se e in quanto funzionali alla realizzazione dei fini *superiori* che nei valori fondamentali trovano espressione.

(17) Negano la funzione integrativa della buona fede e correttezza, assegnandole un ruolo di valutazione in concreto della condotta tenuta dalle parti Breccia, *Le obbligazioni*,in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, pp. 13 ss.; Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile*, 3, Torino, 1989, pp. 70 ss.; Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, p. 47.
(18) Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1962. Si v. anche Visintini, La responsabilità contrattuale, Napoli, 1977, pp. 83 ss.; Bianca, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, pp. 205 ss.
(19) Bianca, La buona fede quale regola di comportamento contrattuale, in Riv. dir. civ, 1983, pp. 205 ss.
(20) Busnelli, Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto, in Riv. dir. civ., 1969, I, pp. 427 ss.; Sacco, La struttura della buona fede del possessore, in Foro pad., 1963, cc. 665 ss.
(21) Giampiccolo, La buona fede in senso soggettivo nel sistema di diritto privato, in Riv. dir. comm., 1965, I, pp. 335 ss.
(22) Si veda a titolo esemplificativo, da una parte gli *artt. 1337, 1358, 1375 c.c.*, dall'altra gli *artt. 534, 535, 1147 c.c.*
(23) Bianca, *Il contratto*, Milano, 1987, p. 472.
(24) Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, cit., pp. 158 ss.
(25) Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*,I, Milano, 1953, pp. 69 ss.
(26) Criscuoli, Buona fede e ragionevolezza, in Riv. dir. civ., 1984, pp. 752 ss.
(27) Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*,III, Milano, 1959, pp. 27 ss.
(28) Perlingeri, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in Rass. dir. civ., 2001, pp. 335 ss.; V. Roppo, Il contratto del 2000, Torino, 2002, pp. 495 ss.; Cautadella, La giustizia del contratto, in Rass. dir. civ., 2008 pp. 625 ss.; Barba, Libertà e giustizia contrattuale, in Studi in onore di Pietro Rescigno, Milano, 1998, vol. III, pp. 11 ss.
(29) Perlingeri, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, in Rass. dir. civ., 2001, pp. 450 ss.; in senso critico Vettori, Squilibrio e usura nei contratti, in Squilibrio e usura nei contratti, a cura di Vettori, Padova, 2002, pp. 16 ss.
(30) Lanzillo, La proporzione fra le prestazioni conrattuali, Padova, 2003, pp. 47 ss.; Perlingieri, Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti, pp. 236 ss.
(31) *Cass., 2 novembre 1998, n. 10926,* in *Giust. civ.*,1999, pp. 3385 ss.
(32) Si v. Del Prato, *Dieci lezioni sul contratto*, Padova, Milano, 2011 pp. 31 ss.
(33) Il riferimento è a *Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151,* in *Giur. comm.*, 1996, p. 329.
(34) D'angelo, Il contratto in generale. La buona fede, Torino, 2004; Del Fante, Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà, in Rass. dir. civ., 1983, pp. 159 ss.; Mengoni, Autonomia privata e costituzione, in Banca. Borsa tit. cred., 1997, I, pp. 1 ss.
(35) Si v., *ex pluris*, Cass. civ., sez. III, 20 luglio 1977, n. 3250, secondo cui la violazione dei doveri di correttezza e di buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*, ove non siano considerati in forma primaria ed autonoma da una norma (come nell'ipotesi di concorrenza sleale *ex art. 2598 n. 3 c.c.*), costituisce solo un criterio di valutazione del comportamento dei contraenti, con la conseguenza che un comportamento ad essi contrario non può essere reputato illegittimo e, quindi, fonte di responsabilità laddove non si concretizzi nella violazione di un diritto altrui, già direttamente riconosciuto da una norma giuridica.
(36) In tal senso, si segnala nell'ampio panorama giurisprudenziale, *Cass. Civ., 18 luglio 1989, n. 3362,* in *Giust. civ.*, 1990, I, pp. 126 ss., con nota di P. Senofonte, *Buona fede e fideiussione per obbligazione futura: art. 1956 c.c.*,nonché in *Foro it.*,1989, I, c. 2750 ss., con note di Di Majo, *La fideiussione "*omnibus*" e il limite della buona fede*, e di V. Mariconda, *Fideiussione "*omnibus*" e principio di buona fede.* Il pregio della citata pronuncia, sia pure nella parziale incompletezza delle sue argomentazioni, fu quello di interpretare la buona fede esecutiva come dovere di salvaguardia dell'altro contraente, ovvero il garante, in modo da limitare le pretese azionabili dall'istituto di credito nei suoi confronti; ne derivò il riconoscimento dell'operatività della clausola anche "al di là" e "contro" le previsioni negoziali, in virtù del suo sostrato solidaristico. In senso conforme, si v. Cass. civ., 20 luglio 1989, nn. 3385 e 3386, in *Foro it.*, 1989, c. 3089, con nota di V. Mariconda, *Fideiussione "omnibus" e principio di buona fede: la Cassazione a confronto*; *Cass. civ., 20 luglio 1989, n. 3387,* in *Corr. giur.*, 1989,pp. 1089 ss., con nota diP. Carbone, *Limiti alla clausola di esonero dell'art. 1956 c.c.* Tale indirizzo si allinea all'orientamento – dominante in dottrina – che assegna alla buona fede la funzione, cui fa espresso riferimento l'*art. 1374 c.c.*, di integrare l'obbligazione contrattuale. La formulazione organica di tale teoria si deve a Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., pp. 111 ss. In questo senso anche Visintini, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1977, p. 83; Raffone, *Un'applicazione giurisprudenziale del principio di buona fede quale regola di comportamento contrattuale ex art. 1375 c.c.*,in *Dir. giur.*, 1977, pp. 127 ss.; Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 205.
(37) Si v.Bianca, Diritto civile. Il contratto, cit., pp. 472 ss.; Grondona, Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2004, pp. 727 ss.
(38) Condivisibili e degne di nota appaiono in tal senso le considerazioni svolte da Musio, *La buona fede nei contratti del consumatore*, Napoli, 2001, p. 31: "per uno Stato come il nostro, che si prefigge lo scopo di assicurare la giustizia sociale, non può essere considerato soddisfacente fondarsi su di un principio di correttezza del diritto inteso in modo formalistico e farisaico che nei rapporti contrattuali esclude qualsiasi dovere di cooperazione tra le parti al di fuori degli obblighi specificamente assunti". Significativo, in tal senso, l'insegnamento di Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*,in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 23, il primo ad ammonire che la scienza del diritto non può ridursi "ad un gretto e formalistico positivismo (...) rappresentando, invece, l'espressione di una ricerca, che, sia pure senza perdere di vista il dato positivo, tenda in ogni momento a ritrovare in esso le stimmate di quei principi etici, sociali e politici, che sono i fondamenti della civile convivenza, della quale la norma giuridica non è che uno strumento". In giurisprudenza si segnala *Cass. civ., 7 agosto 1990, n. 7987,* in *Foro it.*, 1990, *Contratto in genere*,p. 351; *Cass. civ., 20 aprile 1994, n. 3775,* in *Corr. giur.*, 1994, pp. 566 ss., con nota di V. Carbone, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Giust. civ.*,1994, p. 2159, con nota di Morelli, *La buona fede come limite all'autonomia contrattuale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giur. it.*, I, 1, c. 852 ss., con nota di Picardi, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale, in una complessa vicenda di affitto di azienda.* Secondo la citata sentenza, la clausola generale in parola ha la funzione di impedire che il contratto possa produrre effetti ulteriori ed estranei rispetto alle finalità, ovvero al programma contrattuale. La S.C., in particolare, sottolinea come "la legge pattizia non può comunque ritenersi svincolata dal dovere di correttezza", che "si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva,

attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo quindi alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente".

(39) Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, *cit.*,p. 214; Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1965, p. 162. In Giurisprudenza emblematica è *Cass., 13 gennaio 1993, n. 343,* in *Giur. it.*, 1993, I, pp. 2129 ss.: "la violazione dell'obbligo di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, che si fonda anche sul dovere di solidarietà sociale previsto dall'*art. 2 Cost.* e che deve essere assolto secondo il principio di buona fede, comporta responsabilità contrattuale qualora non vengano adottati comportamenti che, seppure non siano espressamente previsti da alcuna norma specifica, debbano ritenersi ugualmente doverosi in relazione alle peculiarità del caso concreto". Si veda anche Trib. Bologna, 21 luglio 1970, in *Giur. it*.,1971, I,pp. 211 ss., secondo il quale il dovere di correttezza è connesso, oltre che al dovere costituzionale di solidarietà sociale (*art. 2 Cost.*), anche a quello di conformità dell'iniziativa economica privata alla dignità umana (art. 41, comma 2°, Cost.). Sul tema si vedano le riflessioni di Buttarelli, *Diritti fondamentali e libertà di iniziativa economica*,in *Cons. Stato*,n. 2, 2003, parte II, pp. 399-403;Comanducci, *Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali*,in *Analisi e diritto*,a cura di Comanducci e Guastini, 2002-2003; Ferrajoli, *Diritti fondamentali*. *Un dibattito teorico*,Roma-Bari, 2001; Grimm, *Autonomia e libertà*. *Riflessioni sulla tutela dei diritti fondamentali e la "commercializzazione"*, in *Nomos*,2001, pp. 9 ss.;Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, 1970; Perlingieri, *Il diritto privato europeo*, in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*,Napoli, 2003.

(40) Ampio, nel panorama dottrinale, è il dibattito circa il rapporto tra la buona fede e l'autonomia privata: si v., per tutti, Rodotà, *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1965, 1, pp. 149 ss.; Spadafora, *Regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede: prospettive di diritto privato europeo*,Torino, 2007, pp. 293 ss. Secondo le più recenti tendenze emerse in giurisprudenza i principi di correttezza e buona fede (oggettiva) presiederebbero non soltanto all'esecuzione del contratto, bensì anche ad ogni fase di questo (vale a dire alla formazione, all'esecuzione, all'interpretazione dello stesso), ponendosi come principio cardine: *Cass. civ., sez. II, 18 ottobre 2004, n. 20399,* in *Contratti*, 2005, 5, pp. 429 ss., secondo la quale, in tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta deve presiedere alla sua formazione ed alla sua interpretazione, accompagnandolo in ogni sua fase; *Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208,* in tema di violazione del principio di correttezza nella valutazione della gravità dell'inadempimento, in *Obb. e contr.*, 2010, 4, pp. 263 ss., con nota di Trubiani, *Un'ipotesi di utilizzo "scorretto" della risoluzione: un nuovo caso di abuso del diritto?*; *Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106,* relativa all'osservanza del principio di correttezza nel diritto di recesso, in *Giureta*, 2010, 8, pp. 285 ss.; in *Contratti*, 2010, 5, pp. 524 ss., con nota di Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss., con nota di Palmieri-Pardolesi, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Corr. giur.*, 2009, pp. 1577 ss., con nota di Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*; in *questa rivista*, 2010, pp. 41 ss., con nota di Baraldi, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Giur. it.*, 2010, pp. 556 ss., con nota di Scaglione, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica.* In particolare, nel caso di specie, la S.C. chiarisce che l'esercizio del diritto di recesso deve avvenire nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza; spetta dunque al giudice valutare se tale esercizio integri o meno l'ipotesi di abuso del diritto; *Cass. civ., sez. III, 4 maggio 2009, n. 10182,* in *Rep. Foro it.*,voce *Contratto in genere*,2009, c. 234, in tema di principio di buona fede e diritto del creditore a rifiutare l'adempimento parziale della prestazione.

(41) Rileva Prosperi, La buona fede tra regole di condotta e regole di validità nella tutela del contraente debole, in Favale e Marucci, Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo, II, Napoli, 2003, p. 575, che "il tenore degli *artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.* non lascia ragionevoli margini di dubbio sulla circostanza che il dovere di buona fede in materia di obbligazioni e contratti sia assunto in termini di principio generale volto a conformare l'esercizio delle prerogative individuali e, dunque, in definitiva, lo stesso esercizio della libertà contrattuale, all'esigenza del rispetto del dovere di solidarietà (non più corporativa ma) sociale che costituisce un valore fondamentale dell'ordinamento (*art. 2 Cost.*)".

(42) Osserva Mengoni, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*,1997, p. 9 che "il contenuto assiologico della clausola della correttezza e della buona fede è sempre in grado, per chi sappia e (voglia) leggerla, di tradursi in giudizi di dover essere appropriati al caso concreto, senza bisogno di stampelle costituzionale", che nella prassi hanno più un valore "retorico persuasivo che una funzione argomentativa fondante". Cfr. anche Nivarra, *Clausole generale e principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv*., 2007, pp. 411 ss.

(43) Rodotà, Il principio di buona fede e la vigenza dell'*art. 1175 c.c.*, in Banca, borsa tit. cred., 1965, vol. I, pp. 150 ss.; Sacco, Il contratto, in Tratt. dir. civ. diretto da Vassalli, Torino, 1975, pp. 797 ss.

(44) Si v. *Cass., 13 gennaio 1993, n. 343,* in *Giur. it.*,1993, I, 1, c. 2129 ss., con nota di Sicchiero, *Appunti sul fondamento Costituzionale del principio di buona fede*; *Cass., 20 aprile 1994, n. 3775,* in *Foro. it.*, 1995, I, pp. 1296 ss. con nota di Barone; *Cass., 24 settembre 1999, n. 10511,* in *Giur. it.*, 1999, pp. 1154 ss. con nota di Gioia, *Riducibilità ex officio, della penale eccessiva*; *Cass., 5 novembre 1999, n. 12310,* in *Foro pad.*,2000, I, pp. 347 ss.; *Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726,* in *Corr. giur.*, 2003, pp. 174 ss.

(45) Somma, Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico-comparativi di una vicenda contrattuale, Milano, 2000, pp. 414 ss.; in questo senso v. Rodotà, Le fonti di integrazioni del contratto, Milano, 1969 pp. 158 ss.

(46) Grisi, L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia, Milano, 2000; Mengoni, Autonomia privata e Costituzione, in Banca, borsa e tit. cred., 1997, I, p. 1; Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, 1991, pp. 71 ss.

(47) Romano, voce "*Buona Fede (dir. priv.)*", in *Enc. dir.*,V, Milano, 1959,pp. 677 ss.; Uda, *Sub* art. 1469 *bis* comma 1°, in Aa.Vv., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1997, pp. 81 ss.

(48) Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, Torino, 1993, pp. 25 ss.

(49) Cfr. Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 1962.

(50) Bianca, La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale, in Riv. dir. civ., 1983, pp. 215 ss.; Natoli, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento italiano; Id., L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza, in Banca, borsa, tit., cred., 1961, I, pp. 157 ss.

(51) V. Scalisi, Assiologia e teoria del diritto (rileggendo Rodolfo di Stefano), in Riv. dir. civ., 2010, I, p. 15 ss.

(52) Mantovani, La nullità e il contratto nullo, in Aa.Vv., Tratt. del contratto a cura di Roppo, IV, Milano, 2006, p. 43 ss., De Nova, Il contratto contrario a norme imperative, in Riv. crit. dir. priv., 1985, p. 43 ss.; Galgano, Squilibrio contrattuale e malafede del

contraente forte, in questa rivista, 1997, p. 423 ss.; Riccio, La clausola generale di buona fede, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale, in questa rivista, 1999, pp. 21 ss. il quale arriva ad affermare che se una clausola di un contratto viola l'imperativo principio di buona fede e correttezza, contenuto dagli *artt. 1175, 1337 e 1375 c.c.*, essa deve considerarsi invalida e quindi nulla in quanto non realizza interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.
(53) Cfr. *Cass., 29 settembre 2005, n. 19024,* in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss. e *Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724,* in *Corr. giur.*,2008 p. 223 ss. con commento di Mariconda, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norma di comportamento e norma di validità.*
(54) Ascarelli, Certezza del diritto e autonomia delle parti, in Problemi giuridici, I, Milano, 1959, p. 113 ss.
(55) Perlingieri, L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo europeo, Napoli, in corso di pubblicazione.
(56) Sul punto si v. Breccia, *Causa e "consideration"*, in *Riv. crit. dir. priv.*,2007, p. 597 ss.
(57) Si pensi all'art. 36 del c. cons. che stabilisce la nullità di protezione a favore della parte debole con riferimento a regole comportamentali, la violazione delle quali determina la nullità delle clausole oggetto di trattativa. Si pensi, ancora, all'art. 52 c. 3 del c. cons. in tema di contratti a distanza, il quale prevede a pena di nullità del contratto, che in caso di comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore.
(58) Si v., sul punto, Alpa, Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano, in Contr. e impr. Eur., 1996, p. 318 ss.; Franzoni, Buona fede ed equità, cit., p. 90; Timoteo, Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT, in Contr. e impr. Eur., 1997, p. 174 ss.
(59) Osserva Di Maio, *I "Principles" dei contratti commerciali internazionali tra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1, p. 616, che nei Principi Unidroit la buona fede "la cui portata si lascia individuare nelle numerose disposizioni che ad essa si ispirano non vuole essere un concetto antitetico alle libertà e autonomia delle parti, ma tale libertà intende governare lunghi percorsi che sono quelli di una negoziazione e di una esecuzione rispettose di entrambi gli interessi delle parti e volta a prevenire situazioni di abuso, magari adducendo che si osserva la lettera del contratto".
(60) Si intende l'ingiustificata o sproporzionata difficoltà che un certo rapporto giuridico comporta per una parte e che si ha quando intervengono situazioni impreviste ed estranee al controllo dei paciscenti, tali da alterare in modo sensibile l'equilibrio negoziale.
(61) In questo senso Alpa, Prime note di raffronto tra i principi dell'UNIDROIT e il sistema contrattuale italiano, cit., p. 318 ss.
(62) Si segnalano, in proposito, i contributi Bonell, I Principi Unidroit-un approccio moderno al diritto dei contratti, in Riv. dir. civ., 1997, p. 231 ss.; Castronovo, Un contratto per l'Europa, principi di diritto europeo dei contratti, Milano, 2001; Corapi, L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit, in Eur. e dir. priv., 2002, p. 23 ss.; De Nova, I Principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali, in Contratti, 1995, I, p. 5 ss.; Lando, Lo spirito dei principi del diritto contrattuale europeo, Il codice civile europeo, Materiali dei seminari 1999-2000, raccolti da Alpa e Buccio, Milano, 2001; Marrella, Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale, in Contr. e impr. Eur., 2000, p. 29 ss.; Volpe, I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto del contratto (gross disparity), in Riv. dir. priv., 1999, I, p. 86 ss. Si tratta, come sottolinea Vettori, (a cura di), Squilibrio e usura nei contratti, Padova, 2002, p. 17, al pari dei Principi Unidroit, "di testi non normativi ma di indirizzo, espressione della elaborazione comune di grandi giuristi e delle sintesi delle tradizioni e delle tendenze evolutive dei vari ordinamenti nazionali".
(63) Cfr. Castronovo, (a cura di) Principi di diritto europeo, parte I e II, Milano, 2001; Alpa, I Principles of European Contract Law predisposti dalla Commissione Lando, in Riv. crit. dir. priv., 2000, p. 483 ss.
(64) Castronovo, I "principi di diritto europeo dei contratti" e l'idea del codice, in Riv. dir. comm. e obb., 1995, I, p. 21 ss.
(65) Barenghi, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile, Padova, 1996; Benedetti, Tutela del consumatore e autonomia contrattuale, in Materiali e commenti al nuovo diritto dei contratti, in Vettori (a cura di), Padova, 1999, p. 802 ss.; De Poli, Libero mercato e controllo legale nei contratti dei consumatori, in Riv. dir. civ., 1999, I, p. 761 ss.; Lipari, Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà, in Rass. dir. civ., 1995, p. 2 ss., il quale osserva come la finalizzazione degli interventi normativi di origine comunitaria all'espansione e alla tutela del mercato non possa implicare l'abbandono della prospettiva che vede il mercato non fine a se stesso, in quanto la tutela "si giustifica in funzione della garanzia dei suoi beneficiari, cioè dei consumatori e utenti. Anche in quest'ottica l'uomo non può mai essere mezzo, ma fine di ogni attività e disciplina"; si v., inoltre, Palmigiano, Art. 1469 sexies, in Cesaro (a cura di), Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469 bis ss.), I, Padova, 2001, p. 721; Tommaseo, Art. 1469 sexies (Azione inibitoria), in Alpa e Patti (a cura di), Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, in C.c. Comm. diretto da Schlesinger, artt. 1469 bis-1469 sexies, Milano, 2003, p. 1178; Verde, Credito. Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura al consumo, in Aa.Vv., I contratti bancari, Milano, 1999, p. 179 ss.; Cherubini, La tutela del contraente debole nella formazione del consenso, Torino, 2005, p. 45; Amadio, Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale), in Riv. dir. civ., 2005, I, p. 299 ss.; Alpa, Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive, in Nuova giur. civ. comm., 1996, II, p. 46 ss.; Busnelli, Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive, in Nuove leggi civ. comm., 1997, p. 762 ss.; Lener, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, in Foro it., 1996, V, p. 156 ss.; Navarretta, Art. 1469 quinquies, comma 2°, in Nuove leggi civ. comm., 1997, p. 1235 ss.; Nuzzo, Art. 1469 quinquies, commi 1° e 2°, in Nuove leggi civ. comm., 1997, p. 1212 ss.; Cian, Il nuovo capo XIV bis (titolo II, libroIV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, in Studium iuris, 1996, p. 471 ss.; Di Marzio, Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, in Giust. civ., 1996, II, p. 532 ss.; Quadri, Le c.d. "nullità protettive", in Dir. dei consumatori e nuove tecnologie, I, in Bocchini (a cura di), Torino, 2003, p. 436 ss.
(66) V. Roppo, La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori, in Clausole abusive e direttiva comunitaria a cura di Cesaro, 1994 p. 93 ss.; Uda, La buona fede nelle clausole abusive, in Clausole vessatorie nei contratti del consumatore a cura di Alpa e Patti, in Comm. c.c., fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Milano, 2003, p. 122 ss.
(67) Sul punto si v. Minervini, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, p. 68 ss.
(68) Monticelli, *Dalla inefficacia della clausola alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*,1997, p. 565; Secondo Roppo, *Il contratto*, cit., p. 918, la regola espressa in base alla quale "il contratto rimane efficace per il resto", mette "fuori gioco" l'art. 1419, comma 1°, c.c., a vantaggio del consumatore. Infatti, "eliminata la clausola vessatoria, l'originario equilibrio del contratto è alterato a

favore del consumatore e a danno del professionista: questi avrebbe interesse alla totale inefficacia del contratto, che invece gli è preclusa; mantenere in vita il contratto col nuovo equilibrio favorevole al consumatore avvantaggia quest'ultimo".
(69) In questo senso Mazzamuto, Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo, in Eur. dir. priv., 2004, p. 1084 ss.; E. Warren e A. Tyagi, La sicurezza del consumatore nel credito al consumo, in Harvard business review, Edizione italiana, 2009, 4, p. 10.
(70) Sui rapporti tra le due discipline, v. Costanza, Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori, in Giust. civ., 1994, II, p. 543; S. Patti, Le condizioni generali di contratto e i contratti del consumatore a cura di Gabrielli, tomo, I, Torino, 1999, p. 331 ss.
(71) Al riguardo si osservi Roppo, *Il contratto*, p. 910 ss.; Lanzillo, *La proporzione fra prestazioni*, Padova, 2003,p. 79 ss.
(72) Efficacemente osserva Bigliazzi Geri, *Sub. Art. 1469-bis, primo comma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, *cit.*,p. 798, che non si tratta di identificazione tra due criteri, "ma l'uno strumento, l'altro risultato di una valutazione di congruità o di non congruità degli interessi in conflitto caratterizzata da un giudizio di valore (...): che la conformità a buona fede è equilibrio; difformità, squilibrio". In senso conforme, Rizzo, *Sub. Art. 1469-bis, primo comma*, cit.,p. 590, che, pur precisando come l'art. 1469 *bis* faccia riferimento alla buona fede soggettiva, recupera il concetto di buona fede oggettiva proprio considerandolo implicito nel concetto di "significativo squilibrio"; Troiano, *Le clausole vessatorie nei contratti coi consumatori*, cit., p. 33, il quale sostiene che "deve respingersi l'opinione secondo cui il giudizio in ordine alla contrarietà a buona fede dello squilibrio si sommerebbe all'accertamento della sua significatività: che uno squilibrio, ancorché significativo, possa in concreto reputarsi giustificato in quanto conforme a buona fede è infatti eventualità che si scontra con il rilievo che la significatività è essa stessa espressione di un contrasto con la buona fede, in quanto è alla stregua di questa che ne va accertata la sussistenza. (...) Sembra dunque fondamentalmente corretta la conclusione che ravvisa nel significativo squilibrio una concretizzazione contenutistica del principio di buona fede e che quindi attribuisce a questa la funzione di segnare la significatività dello squilibrio". In senso contrario, V. Carbone, *L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni statistiche*,cit., p. 256; De Nova, *Le clausole vessatorie*, cit.,p. 16; Nuzzo, *Art. 1469-quinquies, commi 1 e 2. Inefficacia*, cit., p. 1144; Uda, *Sub. Art. 1469 bis, comma 1*,in Aa.Vv., *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 1997, p. 78, il quale specifica che squilibrio e buona fede si determinano in termini differenti.
(73) Sul punto si v. Liserre, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale: profili preliminari*, Milano, 1971, p. 59, secondo cui "la disparità di potere negoziale è implicita nella stessa possibilità della unilaterale predisposizione da parte dell'impresa del regolamento convenzionale". Nello stesso senso, Sacco - De Nova, *Il contratto*, I, cit., p. 363; Giordano, *I contratti per adesione*,Milano, 1951, p. 125, osserva che "la disparità di forze è *in re ipsa*, nello stesso meccanismo del contratto per adesione. Sulla base di tale alterata posizione di equilibrio nella esplicazione concreta dei rispettivi poteri di autonomia delle parti [...] la legge considera come tipicamente più debole la posizione del contraente che ha soltanto la scelta tra l'approvazione o il rifiuto in blocco delle condizioni generali".
(74) In tal senso: Morello, Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova discipilina, p. 285 ss.; Troiani, Le clausole vessatorie nei contratti coi consumatori, in Comm. c.c., Art. 1469 bis-1469 sexies, p. 38 ss.
(75) Bigliazzi Geri, Sub. Art. 1469-bis, primo comma, in Nuove leggi civ. comm., 1997, p. 799; V. Carbone, L'individuazione delle clausole vessatorie tra criteri generali ed elencazioni statistiche, in Corr. giur., 1996, p. 1305 ss.; Galgano, Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte, cit., p. 418, esplicito nell'affermare che l'inciso "malgrado la buona fede" debba essere letto "in contrasto con la buona fede".
(76) Cfr. Pardolesi-Pacces, Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alle ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina, in Aa.Vv., Diritto privato, 1996, p. 377 ss.
(77) Per una valutazione della meritevolezza delle clausole inserite unilateralmente si prenda in considerazione Biscontini, *Solidarietà fideiussoria e "decadenza"*,Napoli, 1980, p. 204 ss. giunge alla conclusione secondo cui "il controllo dell'"equità" delle condizioni generali di contratto secondo il principio di buona fede, intesa non in senso soggettivo ma oggettivo, deve essere desunto da paramteri positivi quali i principi generali dell'ordinamento con preminente rilievo di quelli costituzionali al fine di verificare se la deroga è utilizzata allo scopo di rafforzare le situazione del predisponenente o se, invece, persegue lo scopo di razionalizzare lo svolgimento del rapporto, modificando una norma che potrebbe comprometterlo".
(78) Contrariamente Bigliazzi Geri, *Sub art. 1469bis, comma 1*, p. 797 che riconduce tutto ad un problema di interpretazione dell'operazione economica e Busnelli, *Una possibile traccia*,p. 766 secondo cui, allo stesso modo la buona fede richiamata dall'art. 1469 *bis* sarebbe una particolare specie del più ampio genere rappresentato dall'art. 1366.
(79) D'amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 348, giunge a distinguere tra buona fede contrattuale e buona fede nell'esercizio del diritto. L'a. specifica come nel considerare la regola di buona fede che rileva con riferimento al contratto ci si trova sempre di fronte alla valutazione del comportamento di un soggetto reale e ben identificato, involgendo un giudizio individuale e concreto; per contro, la buona fede che opera quale criterio per valutare la vessatorietà di una clausola implica un giudizio da condurre su un piano generale ed astratto.
(80) Alpa, Le clausole abusive nei contratti dei consumatori, in Corr. giur., 1993, p. 639 ss.; Breccia, L'abuso del diritto, in Aa.Vv., Diritto privato 1997. L'abuso del diritto, III, Padova, 1998 p. 80 ss.
(81) Roppo, Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto), in Riv. dir. priv., IV, 2007, p. 669 ss.
(82) Gallo, Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto, in Riv. dir. civ., I, 2002, p. 245 ss.
(83) Sul punto: Camardi, Pratiche commerciali scorrette e invalidità, in Le invalidità nel diritto privato, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, p. 157; Facci, La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede, in questa rivista, n. 6, 2012, p. 1425; Granelli, Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della *direttiva 2005/29/CE* modifica il codice del consumo, in Obbl. e contr., 2007, p. 779.
(84) Si v. *Cass., 18 settembre 2009, n. 20106* pubblicata in numerose riviste giuridiche tra cui *Guida al dir.*, 2009, 40, p. 38 ss.; *Contratti*, 2010 p. 5 ss.; *Danno e resp.*, 2010, p. 347 ss.
(85) Con riferimento alla libertà o autonomia contrattuale v. Galgano, *Diritto civile e commerciale*,II, *Le obbligazioni e i contratti*, I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, Padova, 1999, p. 143 ss. il quale arriva ad affermare che la libertà o autonomia contrattuale può essere intesa in senso negativo ed in senso positivo. In senso negativo, libertà o autonomia contrattuale vuol dire che nessuno può essere privato dei propri beni o costretto ad effettuare prestazioni a favore di altri soggetti prescindendo dalla sua

volontà; in senso positivo, vuol dire, invece, che le parti, mediante un atto di propria volontà, possono costituire, regolare o estinguere rapporti patrimoniali. L'abuso può riguardare le varie forme nelle quali si esplica la libertà contrattuale. L'autonomia contrattuale consiste, innanzitutto, nella libertà di concludere o meno il contratto. Allorché il contraente non sia titolare di tale libertà giacché è obbligato dalla legge o dalla volontà privata a stipulare il contratto, l'abuso può consistere nell'approfittamento della posizione di forza di una parte a danno della controparte che può sfociare nella stipulazione di un contratto pregiudizievole per la parte debole del rapporto. La libertà contrattuale consiste, poi, nella libertà di determinare il contenuto del contratto. Tale libertà è stabilita dall'*art. 1322 c.c.*, ma sono fatti salvi i limiti imposti dalla legge. Le parti possono ampliare o restringere la portata degli schemi tipici dei contratti qualora la disciplina sia derogabile e possono anche deferire a terzi la possibilità di determinare il contenuto della prestazione dedotta in contratto. Tuttavia, si pongono dei limiti a siffatti poteri. Innanzitutto, viene in rilievo il giudizio di liceità, che non viene superato qualora il regolamento contrattuale sia in contrasto con norme imperative, ordine pubblico o buon costume. Inoltre, il legislatore ha previsto, ai sensi dell'*art. 1339 c.c.*, l'inserzione automatica di clausole imposte dalla legge, anche in sostituzione di quelle difformi previste dalle parti. In questo contesto si inseriscono anche le disposizioni di cui agli *artt. 1341 e 1342 c.c.*, concernenti rispettivamente le condizioni generali di contratto ed il contratto concluso mediante moduli o formulari. L'abuso in relazione a questa forma di libertà può comportare l'inserimento di clausole pregiudizievoli per una parte del contratto in quanto la determinazione del contenuto è rimessa alla libertà delle parti che potrebbero trovarsi in posizione di disparità contrattuale. La libertà delle parti di determinare il contenuto del contratto si pone in netta antitesi rispetto alla tendenza del legislatore comunitario di determinare dettagliatamente il contenuto dei contratti a tutela della parte debole del rapporto contrattuale. Volgendo lo sguardo alla legislazione comunitaria si percepisce, infatti, il mutamento della tecnica legislativa: le normative – che si aprono con la definizione dei soggetti e delle situazioni rilevanti – prevedono gli elementi che devono contenere i contratti proprio al fine di evitare l'abuso della libertà contrattuale da parte del contraente in posizione di forza, come si ricava a titolo esemplificativo alle disposizioni concernenti i contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili ed al contratto di vendita di pacchetti turistici. La libertà contrattuale si esplica, inoltre, nella libertà di scegliere la persona del contraente. Il legislatore ha peraltro posto dei limiti anche a tale libertà. Si pensi alla c.d. prelazione legale prevista a tutela di determinati soggetti che meritano di essere preferiti rispetto a terzi. In questo caso l'abuso può presentare caratteristiche diverse da quelle proprie delle altre forme di libertà in quanto – anziché consistere nell'abuso della posizione di forza di una parte con pregiudizio per l'altra – può essere rappresentato dal comportamento di entrambe le parti contrattuali a danno del terzo, titolare della prelazione legale. Infine, la libertà contrattuale consiste nella libertà di stipulare contratti atipici. Anche tale libertà subisce limitazioni. È, infatti, necessario che i contratti atipici superino i controlli di meritevolezza e di liceità; nei contratti tipici il controllo di meritevolezza è svolto *ex ante* dal legislatore. Questi controlli mirano proprio ad evitare che vengano stipulati contratti pregiudizievoli sia per le parti che per i terzi al fine di tutelare l'esercizio della libertà contrattuale. Qui l'abuso può particolarmente manifestarsi in considerazione del fatto che manca una disciplina e il regolamento è nella massima parte rimesso all'autonomia privata, con la connessa possibilità che la parte più forte abusi di tale sua posizione in sede di determinazione del contenuto del singolo contratto.

(86) Cfr. *Cass., 29 settembre 2005, n. 19024;Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724* e n. 26725.

(87) *Cass., 20 aprile 1994, n. 3775,* in *Corr. giur.*,1994, p. 566.

(88) In questo senso Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

(89) Caringella-De Marzo, Manuale di diritto civile, cit., p. 88; Meruzzi, L'exceptio doli dal diritto civile al commerciale, Padova, 2005, p. 429 ss.

(90) Ex multis Restivo, Abuso del diritto e autonomia privata-Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa, in Riv. dir. priv., 2010, p. 341; Orlandi, Contro l'abuso del diritto (in margine a *Cass., 18 settembre 2009 n. 20106*), in Riv. dir. civ., 2010, II, p. 147.

(91) Si pensi all'art. 833 in tema di divieto di atti emulativi nell'ambito dei diritti reali; all'*art. 330 c.c.*, concernente l'abuso della potestà genitoriale; all'*art. 1015 c.c.* relativo all'abuso dell'usufruttuario; ovvero ancora all'*art. 2793 c.c.* in tema di abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio.

(92) Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*,in Alpa-Graziadei-Guarnieri-Mattei-Monateri-Sacco, *Il diritto soggettivo*, Utet, 2001, p. 281 ss.

(93) Rodotà, Il principio di buona fede e la vigenza dell'*art. 1175 c.c.*, in Banca borsa tit. cred., I, 1965; Franzoni, Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto, in questa rivista, 1999, p. 83 ss.

(94) Rotondi, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1923, p. 105 ss.; Natoli, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, p. 37 ss.; Rescigno, L'abuso del diritto, Bologna, 1998, p. 13 ss.; Romano, Abuso del diritto, in Enc. dir., I, Milano, 1958, p. 168 ss.; S. Patti, Abuso del diritto, in Dig. disc. priv., Torino, 1987, p. 2 ss.; Messinetti, Abuso del diritto, in Enc. dir., Aggiorn. II, Milano, 1998 p. 1 ss.; Salvi, Abuso del diritto. I) Diritto Civile, in Enc. giur., I, Roma, 1988; Gambaro, Abuso del diritto II) Diritto comparato e straniero, in Enc. giur., I, Roma, 1988; Aa.Vv., L'abuso del diritto, in Diritto privato, 1997, Padova, 1998.

(95) Cfr. *Cass., 29 settembre 2005, n. 19024,* cit.; *Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724* e n. 26725, in *Corr. giur.*,2008, n. 223 con commento di Mariconda, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Foro it.*,2008, c. 784 con nota di Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite.*

(96) Si v. Benatti, *La clausola generale di buona fede*, cit., p. 241 ss., secondo il quale in tali disposizioni la buona fede assurge a regola di validità del contratto, "ma da esse non è lecito dedurre il principio generale, secondo cui in certi casi – cioè quando l'inosservanza della buona fede causa uno squilibrio tra le parti – il contratto è nullo, anzitutto perché si tratta di disposizioni singolari, proprie di un peculiare settore del diritto privato, quello del consumo, caratterizzato da una esasperata tutela del consumatore, e perciò non estensibile ad altri settori".

(97) Chiovenda, Principi di diritto processuale civile, Napoli, 1923; Chiti, L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario, in Dir. proc. amm., Milano, 1998 n. 3, p. 513 ss.

(98) Carresi, Rescissione, Diritto civile, in Enc. giur. Treccani, XXVI; Id., La fattispecie della rescissione per lesione, in Studi in onore di Paolo Greco, Milano, 1965, p. 13; Corsaro, voce Rescissione, in Digesto disc. Priv., sez. civ., XVI, p. 628; Marini, Rescissione (diritto vigente), in Enc. dir., XXXIX, p. 966; Mirabelli, La rescissione del contratto, Napoli, 1962; Id., voce Rescissione (diritto civile), in Noviss. dig., p. 579; Scalfi, Il fondamento dell'azione di rescissione, in Temi, 1949, p. 39.

(99) Scalfi, Risoluzione del contratto, I, in Enc. giur. Treccani, XXVII; Pino, L'eccessiva onerosità della prestazione, Padova, 1952; De Martini, Eccessiva onerosità, diminuita utilità della controprestazione e principio di corrispettività nella dinamica del contratto, in Giur. compl. Cass. civ., 1951, III, p. 681; Id., L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti, Milano, 1950; Bessone, Adempimento e rischio contrattuale, Milano, 1975.
(100) Gatti, L'adeguatezza fra le prestazioni nei contratti con prestazioni corrispettive, in Riv. dir. comm., 1963, I, p. 436 ss.
(101) Sul diverso ambito di operatività della rescissione e della risoluzione per eccessiva onerosità, v. Galgano, *Dir. civ. e comm.*, cit., p. 439 ss.
(102) Interessanti spunti di riflessione in Volpe, *I principi UNIDROIT e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*,cit., 1999, I, p. 86 ss., il quale sostiene "la morte annunciata di una riflessione che, nel vincolare la valutazione di squilibrio alla mera rilevanza dello status dei contraenti, senza sforzarsi di indagare le reali ragioni che sostanziano una ipotesi di disparità contrattuale, ha segnato inequivocabilmente il suo tempo". Contrario ad una tutela giuridica dell'equilibrio contrattuale riferita unicamente a categorie astratte e predeterminate anche. Morelli, *I contratti non negoziati (a proposito di una nuova ipotesi ricostruttiva del contratto dei consumatori nel sistema della contrattazione di massa)*, in *Giust. civ*., 2001, p. 11 ss., il quale propone una interpretazione estensiva della categoria dei contraenti deboli, quale emerge dalla normativa sulle clausole vessatorie. Altresì degni di menzione i contributi sul tema di Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv*., 2000, p. 42 ss.; Spolidoro, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind*., 1999, I, p. 195 ss.; Maugeri, *Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica*, in *Nuove leggi civ. comm*., 2001, pp. 1065 ss.; Longu, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ*., 2000, II, p. 345 ss.; Albanese, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv*., 1999, pp. 1179 ss.; V. Pinto, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto". Tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ*., 2000, II, pp. 403 ss.; Prosperi, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, p. 641 ss.
(103) La giurisprudenza ha inizialmente avuto un atteggiamento di chiusura rispetto all'applicazione di un criterio qual'è quello insito nell'*art. 1175 c.c.* L'originaria tendenza dei giudici è stata, infatti, quella di attenersi ad una valutazione legata alla stretta legalità, senza lasciare troppo spazio all'applicazione di principi legislativi che avessero la forza propulsiva di innovare precetti giuridici alla luce di esigenze morali. Emblematica in tal senso la sentenza pronunciata dalla Cassazione, 16 febbraio 1963, n. 357, in *Foro Pad.*, 1964, I, c. 1283, con nota di Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*,secondo la quale la buona fede esecutiva troverebbe una propria collocazione nell'ambito dell'esperienza giuridica solo in quanto concretizzantesi in specifiche norme positive. In altri termini, la violazione della buona fede darebbe luogo a responsabilità per danni solo nell'ipotesi in cui venga leso un diritto soggettivo già riconosciuto da una norma. Sul punto esemplificativa appare la questione analizzata dalla S.C. di Cassazione, con sentenza, 18 ottobre 1980, n. 5610, in *Arch. civ.*,1981, p. 133, la quale ritiene che agisca correttamente il creditore o il debitore che scrupolosamente si attiene alle prescrizioni di legge, mantenendosi scrupolosamente nei limiti delle stesse, ma non tenendo conto della situazione sostanziale dell'altra parte. In tal senso anche Rosselli, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*,Milano, 1983, pp. 171 ss.; Stolfi, *Il principio di buonafede*,in *Riv. dir. comm.*,I, 1964, p. 163; Ravazzoni, *La formazione del contratto*, Milano, 1974, p. 81 ss.
(104) Di Marzio, Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale), in Riv. dir. priv., 2002, p. 721 ss.; M. Barcellona, Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti, in Eur. dir. priv., 2005 p. 631 ss.
(105) Si pensi *ex plurimis* alla nullità in tema di clausole abusive che, malgrado la buona fede, comportino un significativo squilibrio di diritti e obblighi nel contratto tra consumatore e professionista (33 cod. cons.) e alla nullità in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, ove si stabilisce che il contratto è nullo nel caso in cui il fornitore ostacola il diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero, infine, viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche (art. 67 *septies decies*, comma quarto, del codice del consumo).
(106) V. Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 58, afferma che tradizionalmente la determinazione dei termini di scambio è rimessa ai privati. Sul punto, Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 310 ss.; Id., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ*., 2008, p. 625 ss. Nondimeno, si deve rilevare come anche in passato vi fossero tentativi di introdurre simili forme di controllo, attraverso tecniche differenti: attraverso il richiamo alla figura della presupposizione, la quale consiste in un presupposto oggettivo che le parti hanno avuto presente al momento della conclusione del contratto ma che non hanno menzionato, al cui venir meno la giurisprudenza riconosce alla parte la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto. In alcuni casi, pur affermando che l'equilibrio delle prestazioni non rileva per l'ordinamento, la giurisprudenza è arrivata ad asserire che in caso di sproporzione di un certo rilievo mancherebbe la causa e quindi il contratto sarebbe nullo. In tal senso, *Cass., 20 novembre 1992, n. 12401,* in *Foro it.*, 1993, I, c. 1505.
(107) Roppo, Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma, in Riv. dir. priv., 2001: il quale afferma che se in passato tali interventi si giustificavano solo in una logica di patologia sociale, come nelle ipotesi di rescissione, o di incapacità naturale, attualmente, invece, paiono giustificarsi anche in caso di fisiologia sociale, laddove le parti cioè, si pensi ai consumatori, subfornitori, agenti, lavoratori subordinati, sono fisiologicamente deboli nel mercato rispetto alla controparte. In tal senso Marini, Rescissione (diritto vigente), in Enc. dir., Milano, 1988, p. 966 ss.
(108) Spoto, L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti, in Eu. e dir. priv., 2004, p. 178 ss.; Riccio, L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale, in questa rivista, 2005, p. 927 ss.; Meruzzi, Funzione nomofilattica della suprema Corte e criterio di buona fede, in questa rivista, 2000, p. 33 ss.; In giurisprudenza, in particolare, si v. *Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128,* in Foro it., 2005, p. 2985 e *Cass., 24 settembre 1999, n. 10511,* Giust. civ., 1999, p. 2929.
(109) Si v. in generale Guarnieri, Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto, in Riv. dir. civ., 1994, I, p. 799 ss.; Id., voce "Meritevolezza dell'interesse", in Digesto, Torino, 1994, p. 324 ss.
(110) Morelli, Materiali per una riflessione sull'applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici, in Giust. civ., 1999, II, p. 3; Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, cit., p. 189 ss., per il quale la norma costituzionale è da valutarsi alla stregua di ragione primaria e giustificatrice della rilevanza giuridica dei rapporti personali e socio-economici: "non

quindi sempre e soltanto una mera regola ermeneutica, ma norma di comportamento, idonea ad incidere anche sul contenuto delle relazioni soggettive, funzionalizzandole ai nuovi valori.
(111) D'amico, La formazione del contratto, cit., p. 68 ss.; sul punto si v., Riccio, È, dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestatamente eccessiva, in questa rivista, 2000, p. 95 ss.
(112) Si veda *Cass., 24 settembre 1999, n. 10511,* in *Giust. civ.*, 1999 p 2929; *Cass., sez. un., 13.9.2005, n. 18128,* in *Foro it*., 2005, p. 2985 ss.
(113) Smorto, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eu. e dir. priv*., 2007, p. 325 ss., il quale sottolinea che non può essere attribuita alcuna rilevanza alla giustizia dello scambio intesa come oggettiva equivalenza, ciò che rileva è la giustizia commutativa. Di conseguenza, velatamente dice che l'idea di giustizia che viene data corrisponde alla proporzionalità.
(114) Galgano, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, in questa rivista, 1997, p. 417 ss.; Grisi, L'autonomia privata, Milano, 1999, p. 155 ss.; Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, 2004, p. 145 ss.
(115) In materia di clausole vessatorie, si v. Galgano, *Il contratto*, cit., p. 532, il quale, pur sottolineando che la disciplina in questione richieda suddetto requisito conclude che lo stesso, in realtà, sarebbe desumibile dalla predisposizione di un regolamento contrattuale squilibrato.
(116) Bin, *I diritti di chi non consuma*, Relazione al convegno Diritti dell'individuo e diritti del consumatore, Milano, 2007.
(117) II tema è stato oggetto di riflessioni in Del Prato, Qualificazione degli interessi e criteri di valutazione dell'attività privatafunzionale tra libertà e discrezionalità, in Riv. Trim. dir. proc. civ., n. 2, 2012, pp. 403-424.

**SULL'*EXCURSUS* GIURISPRUDENZIALE DEL «CASO RENAULT»**
Fabio Addis

**FONTE** Obbl. e Contr., 2012, 4, 245 *Abuso del diritto*
Sommario: 1. Il «caso Renault» e i confini fra diritto e politica nell'operato del giudice - 2. «Excursus esemplificativo» o... excursionibus - 3. I richiami giurisprudenziali di Cass. n. 20106/2009 - 4. L'«abuso/eccesso di potere» nelle delibere assembleari - 5. La formazione/consolidazione di un orientamento giurisprudenziale basato sull'«excursus esemplificativo» di Cass. n. 20106/2009

## 1. Il «caso Renault» e i confini fra diritto e politica nell'operato del giudice

Nel panorama giurisprudenziale degli ultimi anni un posto di preminente rilievo spetta sicuramente alla decisione con la quale la Suprema Corte ha trovato l'occasione di esprimere – con ampiezza e dovizia di argomentazioni – il proprio orientamento in ordine alla sindacabilità, alla stregua dell'abuso del diritto, degli atti di autonomia privata(2).
Nella specie alcuni *ex* concessionari della Renault avevano impugnato il recesso loro comunicato dalla casa automobilistica, lamentandone l'irragionevolezza e l'illegittimità, nonostante i relativi contratti di concessione di vendita le attribuissero il diritto di sciogliersi unilateralmente dal contratto senza alcuna giustificazione. I giudici di merito avevano rigettato le domande degli attori, affermando la piena liceità della condotta della convenuta che, per la preventiva scelta operata all'atto della determinazione del contenuto del contratto, appariva legittimata a sottrarsi ad «ogni controllo causale sull'esercizio di tale potere».
La Cassazione è stata dunque chiamata a vagliare la legittimità di una decisione che aveva ritenuto l'esercizio di un recesso *ad nutum* non assoggettabile ad una forma di controllo fondata sul principio di buona fede ed è ben noto che il suo ragionamento è pervenuto a conclusioni molto chiare almeno sul punto della sussistenza di un preciso e ineludibile dovere di valutazione che il giudice non può omettere di osservare.
Tanto deve dirsi – ad avviso della S.C. – proprio sul piano di valutazione strettamente giuridica dell'atto, in guisa che debba risultare definitivamente sconfessata l'idea, invero dura a morire, che le scelte di autonomia operate dai privati possano giovarsi di un regime di sostanziale immunità, cioè, secondo quanto l'Autore che s'intende con questo scritto onorare ha, ancora recentemente, ribadito, che «sia le aperture segnate dalla disciplina codicistica, arricchita dalle varie novelle aggiuntesi nel tempo, sia le deroghe introdotte prima dalla legislazione decodificante propria della fase di costituzionalizzazione del diritto privato, sia infine le ancor più vistose e cospicue novità di derivazione comunitaria, continuino a porsi come deroghe, e quindi come eccezioni, le quali, malgrado l'ampiezza dello spazio applicativo da esse ricoperto, consentono di considerare ancora il principio di libertà contrattuale dei privati come il valore di fondo recepito dall'ordine giuridico positivo»(3).
Nel caso in esame, il suddetto regime di autonomia sarebbe stato garantito alla pattuizione dalla pretesa natura politica del controllo di abusività, che, proprio in quanto tale, alla cassata Corte d'Appello di Roma pareva dovesse invece rimanere precluso al giudice (del merito). Questi al contrario, secondo la Cassazione, può e deve farsi carico di valutare le scelte di autonomia oltre la «cornice formale attributiva del diritto» e ciò facendo non invade le competenze della politica ma esercita la sua funzione secondo i principî ordinatori di un assetto costituzionale modernamente inteso a valorizzare la concreta portata applicativa della solidarietà sociale (*art. 2 Cost.).*

## 2. «*Excursus* esemplificativo» o... *excursionibus*

La riflessione della dottrina si è diffusamente articolata sugli esiti sistematici dello sviluppo argomentativo della decisione, che viene ormai comunemente evocata come il «caso Renault», chiedendosi se risulti davvero indispensabile, per pervenire alle medesime conclusioni *ivi* prospettate, evocare la figura dell'abuso del diritto o non sia piuttosto sufficiente continuare a valorizzare il collegamento tra buona fede e solidarietà costituzionale, ferma restando, in ogni caso, la necessità di chiarire, preliminarmente, se il controllo giudiziale può davvero spingersi alla valutazione dell'adeguatezza dell'esercizio di un diritto pattiziamente riconosciuto alle parti.
Minore attenzione è stata invece rivolta alle divagazioni con le quali la Suprema Corte ha creduto di poter utilmente arricchire il corredo delle proprie argomentazioni con il conforto di una particolarmente ricca serie di precedenti che dovrebbero bastare a dissipare il dubbio che quanto affermato nel 2009 non trovi adeguato riscontro nell'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale che conduce alle conclusioni da ultimo formulate nel contesto di una consapevole valorizzazione dell'intrinseca relatività storica del pensiero giuridico(4).
Non sembra però che spendere qualche riflessione a tale riguardo possa risultare oziosa pedanteria se è vero che la Suprema Corte si mostra convinta che proprio quell'*excursus* «consente» – e il tenore letterale non lascia certo spazio a dubbî – «di ritenere ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano»(5).

L'*iter* argomentativo della pronuncia, in altri termini, mostra chiaramente di essere diretto alla dimostrazione dell'ineluttabilità della conclusione alla fine prospettata che, lungi dall'apparire rivoluzionaria o innovativa, rappresenterebbe solo il coerente e inevitabile sviluppo di posizioni ormai pacificamente recepite dalla giurisprudenza più recente e che pertanto devono essere semplicemente confermate ed adattate alla specificità del caso esaminato.
È dunque ragionevole ipotizzare che l'approccio finora seguito sul punto dalla dottrina sia ispirato al giusto rispetto che il massimo organo giudiziario italiano deve suscitare nell'interprete e, segnatamente, alla consolidata fiducia che, esso per primo, sia perfettamente in grado di comprendere le pronunce che richiama e di utilizzarle per consolidare adeguatamente le sue considerazioni, in modo da esonerare il lettore dalla fatica di verificare autonomamente l'adeguatezza del richiamo e permettergli di concentrarsi soltanto sulla *ratio decidendi* e sulla sua conformità al dettato positivo e ai principî fondamentali dell'ordinamento giuridico.
Le considerazioni che seguono tenteranno pertanto di verificare se tale fiducia risulti, nel caso in esame, ben riposta e se dunque questo «breve excursus esemplificativo» delinei realmente un tracciato pertinente ed efficace ovvero non debba piuttosto tenersi al pari di quella famosa «via» che Cicerone descriveva come «excursionibus barbarorum... infesta»(6).

### 3. I richiami giurisprudenziali di Cass. n. 20106/2009

Il sospetto che i richiami più volte evocati non siano stati mai realmente letti per esteso dalla Cassazione viene immediatamente sollevato dalle prime due pronunce che, a tal fine, la sentenza in esame colloca all'apertura del suo *iter* argomentativo, perché esse, senza operare alcun accenno espresso all'abuso del diritto, si limitano a riaffermare una generale «pervasività» del principio di buona fede, attraverso mere perifrasi di quanto già indubitabilmente disposto dagli *artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.*, in modo da pervenire all'ovvia conclusione secondo cui la regola di correttezza è chiamata dal legislatore ad operare lungo tutta la vita del contratto – dal momento della sua formazione, a quello propriamente interpretativo, alla fase esecutiva – e può dunque essere invocata dalle parti a fronte di qualunque possibile evenienza peggiorativa che riguardi la sorte della pattuizione ormai vincolante(7).
Lascia inoltre significativamente delusi il richiamo giurisprudenziale immediatamente successivo e diretto, nelle intenzioni della Cassazione, a dimostrare che i principî di correttezza e buona fede avrebbero recentemente compiuto una sorta di «passo in avanti», perché, cessando di essere riconducibili alla sola dimensione del rapporto obbligatorio e del contratto che, solitamente, lo origina, sarebbero «entrati nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico», costituendo ormai «un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica»(8): nonostante l'importanza del passaggio argomentativo, diretto a superare la tradizionale contrapposizione tra chi vede nel principio di buona fede una misura di comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e chi, al contrario, vi riconosce una portata integrativa(9), il giudice di legittimità non ha trovato nulla di meglio che richiamare una sentenza che, pur prendendo avvio da una pretesa perentoria fondata su un inadempimento contrattuale, allo scopo di quantificare il risarcimento dovuto, ha fatto altresì riferimento all'illecito aquiliano, applicando *l'art. 2043 c.c.* e precisando che la regola di correttezza, quale espressione di solidarietà sociale, potrebbe costituire criterio di determinazione dell'oggetto del rapporto obbligatorio, concorrendo alla valutazione dell'ingiustizia del danno(10).
Gli esempî dotati di qualità emblematiche sono, tuttavia, contenuti nella seconda parte della motivazione, destinata a dare analitico conto delle ragioni che impongono di attribuire alla buona fede il compito di «mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione» e, conseguentemente, di individuare nell'abuso del diritto un «criterio rivelatore della violazione» della stessa buona fede, riscontrabile a fronte di una «utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore» e, segnatamente, diretta all'alterazione della «funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede»(11).
Tali esempî sono tratti dall'«ambito» del diritto societario (esercizio del diritto di voto in una deliberazione assembleare di scioglimento di una società; esclusione di un socio in relazione all'adempimento delle obbligazioni societarie; abuso della personalità giuridica) e del diritto bancario (recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito; compensazione tra i saldi attivi e passivi dei diversi conti intrattenuti dal medesimo correntista), dalla «materia contrattuale» (contratto di mediazione; contratto di «sale and lease back»; contratto autonomo di garanzia) e infine dalla «materia tributaria».
Tuttavia è sul primo dei menzionati esempî che la S.C. maggiormente si diffonde, attribuendogli non solo il privilegio di inaugurare l'*excursus* ma dedicandogli anche uno spazio argomentativo nettamente superiore a quello riservato ai successivi, che sembrano pertanto disposti nella sequenza dei richiami quasi come complemento di quanto il capofila dovrebbe, di per sé, rendere già sufficientemente chiaro.
L'indagine su di esso si rivela, dunque, decisiva ed idonea ad assorbire ogni valutazione ulteriore sulle altre pronunce, che, del resto, come la stessa Cassazione ha cura di precisare all'atto del loro richiamo, non sempre evocano direttamente l'abuso del diritto, accontentandosi, ancora una volta, di fare riferimento alla buona fede e alla necessità di sottoporre qualunque condotta esecutiva delle parti al suo fondamentale giudizio(12).

### 4. L'«abuso/eccesso di potere» nelle delibere assembleari

All'inizio del suo *excursus* – sintesi della «rimeditata attenzione» che nel corso degli ultimi anni, in un «mutato contesto storico, culturale e giuridico», la Corte di legittimità afferma di aver dedicato ad «un problema di così pregnante rilevanza» (*id est*: l'abuso del diritto) – la S.C. colloca dunque Cass. n. 9353/2003(13), che viene testualmente così riferita: «in materia societaria è stato sindacato, in una deliberazione assembleare di scioglimento della società, l'esercizio del diritto di voto sotto l'aspetto dell'abuso di potere, ritenendo principio generale del nostro ordinamento, anche al di fuori del campo societario, quello di non abusare dei propri diritti – con approfittamento di una posizione di supremazia – con l'imposizione, nelle delibere assembleari, alla maggioranza, di un vincolo desunto da una clausola generale quale la correttezza e buona fede (contrattuale).
In questa ottica i soci debbono eseguire il contratto secondo buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci, ai sensi degli *artt. 1175 e 1375 c.c.*, la cui funzione è integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto degli equilibri degli interessi di cui le parti sono portatrici.
E la conseguenza è quella della invalidità della delibera, se è raggiunta la prova che il potere di voto sia stato esercitato allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, ovvero risulti in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto (v. *Cass., 11.6.2003, n. 9353*)»(14).
Il richiamo, nell'*incipit* dell'*excursus*, è di sicuro effetto e induce a valutare con interesse l'ampiezza degli orizzonti applicativi dell'abuso del diritto. Si può lasciare da parte, in questa sede, la questione se l'«abuso di potere» di cui qui si fa menzione si ponga davvero in una qualche linea di derivazione dalla figura civilistica dell'abuso del diritto o se, al contrario, sia filologicamente più corretto farla discendere dall'importazione e dall'adattamento, nel campo del diritto societario, della figura amministrativistica dell'«eccesso di potere».
Quel che non si può omettere di fare è leggere la motivazione di Cass. n. 9353/2003.
Se ci si fa carico di questa piccola fatica, lo sforzo è ampiamente ripagato da una vera sorpresa, tanto inattesa quanto sconcertante.
Ma procediamo con ordine.
Cass. n. 9353/2003 definisce una vicenda nella quale Tribunale e Corte d'Appello avevano annullato una deliberazione assembleare di aumento del capitale sociale assunta da una s.r.l. La Corte d'Appello, in particolare, aveva ritenuto che la deliberazione in questione fosse affetta da «eccesso di potere», per avere la maggioranza agito per finalità contrarie a quelle per le quali era stata costituita. Cass. n. 9353/2003 rileva però che «la supposta irrazionalità della determinazione dell'assemblea, per avere la maggioranza agito per finalità contrarie a quelle per le quali era stata costituita» non è un tipo di vizio «compreso tra quelli per i quali, a norma dell'art. 2377, il socio dissenziente può domandare l'annullamento della deliberazione». E qui arriva un passaggio decisivo perché la giustificazione che se ne offre è che
agli organi sociali a ciò deputati è rimesso l'«insindacabile apprezzamento» circa la «individuazione del modo migliore per perseguire l'interesse sociale».
Si tralasci pure la circostanza che non una sola volta compare la parola «abuso».
Viene difficile però tacere che Cass. n. 9353/2003, prima dell'affermazione ora riferita, aveva preliminarmente osservato a chiare lettere che la violazione del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto sociale, in danno della minoranza dei soci, non costituiva la *ratio decidendi* posta a base dell'annullamento della delibera in questione.
Certo, recependo il principio fissato da una decisione di pochi anni precedente(15), Cass. n. 9353/2003 sostiene senza esitazioni che la deliberazione assembleare è viziata per «eccesso di potere» se «sia stata adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza di una società di capitali in danno di quelli di minoranza, essendo applicabile in materia *l'art. 1375 c.c.*, in base al quale il contratto deve essere eseguito secondo buona fede, atteso che le determinazioni dei soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale».
Ma tanto afferma proprio e solo per chiarire che tale *ratio* non ricorre nel caso in questione.
Insomma, per Cass. n. 9353/2003 non è da mettere in discussione – in via di principio – che anche il contratto sociale debba essere eseguito secondo buona fede né che l'esclusivo vantaggio dei soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza configuri un «eccesso di potere»: semplicemente tutto ciò nella fattispecie oggetto di giudizio è cosa estranea e diversa da quanto occorreva valutare. Buona fede ed eccesso di potere, dunque, ad avviso di Cass. n. 9353/2003 non vanno scomodati a sproposito e soprattutto non vanno chiamati in causa quando non ne ricorrono i fondamenti giustificativi, pena la cassazione della sentenza che, come nella specie, ne faccia un uso improprio.
Inutile insistere su quanto appare ormai evidente: l'«*excursus* esemplificativo» del «caso Renault» fa dire al suo primo e principale esempio quanto esso si era premurato di dichiarare a sé medesimo estraneo. Ciò che nelle parole di Cass. n. 9353/2003 era entrato *per viam negationis* dalle parole di Cass. n. 20106/2009 esce come l'affermazione applicativa di un principio al quale anche i più scettici nei confronti della controversa figura dell'abuso del diritto dovrebbero augurare un riguardo maggiore.

A sostegno della sindacabilità, sotto il profilo che qui interessa, degli atti di autonomia privata l'«excursus esemplificativo» del «caso Renault» pone singolarmente una decisione che invece afferma l'«insindacabile apprezzamento» degli organi sociali circa la «individuazione del modo migliore per perseguire l'interesse sociale».

## 5. La formazione/consolidazione di un orientamento giurisprudenziale basato sull'«*excursus* esemplificativo» di Cass. n. 20106/2009

Ma forse questo è solo il segno dei tempi e, così pure, di un certo modo di fare giurisprudenza(16).

Gli autorevoli insegnamenti di chi, per primo, in Italia ha fornito insuperabili criterî metodologici per procedere ad un'analisi giurisprudenziale e interpretare le sentenze non sono oggi solo ignorati, ma vengono spesso invocati a sproposito e manipolati allo scopo di attribuire ad indagini incomplete un crisma di autorevolezza che, in realtà, è facilmente smascherabile, una volta che si proceda, senza pregiudizi di sorta, alla verifica dei richiami giurisprudenziali attraverso la lettura integrale delle sentenze evocate(17).

Ciò consente di ritenere, a tal fine, irrilevante l'annosa questione della vincolatività del precedente e dell'idoneità dell'*obiter dictum* ad incidere sulla formulazione di un orientamento giurisprudenziale e sulla sua consolidazione anche a fronte di casi che, dal punto di vista fattuale, non presentano elementi idonei a giustificare il richiamo di soluzioni che, al contrario, sono ritenute dai giudici decisive per risolvere la controversia sottoposta alla loro indagine(18).

Un orientamento giurisprudenziale può formarsi solo se la regola di diritto posta alla sua base è esattamente compresa e riformulata dai giudici successivi, i quali sono anzitutto chiamati a conoscere le pronunce precedenti e ad invocarle con prudenza e consapevolezza critica, allo scopo di collocare la decisione che essi intendono prendere nel giusto contesto, non esitando, laddove necessario, a dare analitico conto delle ragioni che li spingono a dissentire dalle posizioni precedenti o a sottoporle ad un'interpretazione evolutiva che sancisca la formulazione di un nuovo principio considerato più conforme al mutare della società nei suoi rapporti con il diritto(19).

Quello che nessuno può (deve) fare – e, in particolare, non possono (devono) fare i giudici della Cassazione, chiamati a perseguire una funzione nomofilattica – è alterare le sentenze precedenti, richiamandole a sproposito e facendo dir loro quello che, in realtà, non ha formato oggetto della loro riflessione o, addirittura, in esse è stato espressamente negato.

In caso contrario, l'alterazione della realtà giurisprudenziale in tal modo compiuta diviene davvero pericolosa e fuorviante, perché la successiva reiterazione della regola potrebbe essere fondata, anziché sulla piena adesione alla posizione espressa dai giudici, sulla stessa negazione dell'esistenza di un mutamento giurisprudenziale, cioè sull'ingiustificata convinzione che tutti abbiano sempre sostenuto la medesima tesi(20).

---

(1) Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Lucio Valerio Moscarini*.

(2) *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* in *Giust. civ.*, 2009, I, 2671 ss.; e *ivi*, 2010, I, 2547 ss., nota di C.A. Nigro, *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*; in *Corriere giur.*, 2009, 1577 ss., con nota di F. Macario, *Recesso* ad nutum *e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*; (e v. ancora Id., *Abuso del diritto di recedere* ad nutum *nei contratti tra imprese*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini, Torino, 2010, 45 ss.); e *ivi*, 2011, 109 ss., nota di Cenini e Gambaro, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*; in *Contr.*, 2009, 1009 ss., con nota di Ch. Romeo, *Recesso* ad nutum *ed abuso del diritto*; e *ivi*, 2010, 11 ss., nota di G. D'Amico, *Recesso* ad nutum, *buona fede e abuso del diritto*; in *Guida dir.*, 2009, 40, 38 ss., con nota di Pirruccio, *La buona fede e la correttezza nei rapporti diventano un vero e proprio dovere giuridico*; in *Foro it.*, 2010, I, 85 ss., con nota di Al. Palmieri e R. Pardolesi, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Vita notarile*, 2010, 229 ss.; in *Giur. comm.*, 2010, II, 828 ss., con nota di Delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*; e *ivi*, 2011, II, 295 ss., nota di E. Barcellona, *Buona fede e abuso del diritto di recesso* ad nutum *tra autonomia privata e sindacato giurisdizionale*; in *Giur. it.*, 2010, 556 ss., con nota di Monteleone, *Clausola di recesso* ad nutum *dal contratto ed abuso del diritto*; e di Scaglione, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*; e *ivi*, 809 ss., nota di F. Salerno, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di* jus dicere *"per principi"*; in *Danno e resp.*, 2010, 352 ss., con nota di Mastrorilli, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 653 ss., con nota di Panetti, *Buona fede, recesso* ad nutum *e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 354 ss., con nota di A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Obbl. e contr.*, 2010, 172 ss., con nota di M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto* (che può leggersi anche in *Nuova giur. comm.*, 2010, II, 129 ss.; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 147 ss.; e in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 99 ss.); in *Rass. dir. civ.*, 2010, 586 ss., con nota di Giorgini, *Recesso* ad nutum *secondo ragionevolezza*; e in *Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, 2010, 285 ss., con nota di Pompei, *L'abuso del diritto è configurabile come principio generale del nostro ordinamento? Note a margine di Cassazione civile sez III, 18 settembre 2009, n. 20106*; sul punto v. ancora R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contr.*, 2010, 524 ss.; C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. comm.*, 2010, II, 139 ss.; Maugeri, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*, *ivi*, 2010, II, 319 ss.; e in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 69 ss.; Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2010, 341 ss.; e in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 2010, 115 ss.; Vettori, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 166 ss.; e in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 147 ss.; de Caria, *La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta «abusando dell'abuso»? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto*, in *Giur. cost.*, 2010, 3627 ss.; Galgano, Qui suo iure abutitur neminem laedit?, in *Contratto e*

*impresa*, 2011, 311 ss.; P. Rescigno, *"Forme" singolari di esercizio dell'autonomia collettiva (i concessionari italiani della Renault)*, *ivi*, 589 ss.

(3) Così L.V. Moscarini, *Riflessioni sul tema del «contratto giusto»*, in *Temi romana*, 2004, 16 ss., spec. 19; in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, 617 ss., spec. 630 s.; e in Id., *Diritto privato e interessi pubblici. Saggi di diritto civile (2001-2008)*, Padova, 2009, 231 ss., spec. 244.

(4) È la stessa *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* cit., ad osservare che «la cultura giuridica degli anni '30 fondava l'abuso del diritto, più che su di un principio giuridico, su di un concetto di natura etico morale, con la conseguenza che colui che ne abusava era considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica. Questo contesto culturale, unito alla preoccupazione per la certezza – o quantomeno prevedibilità del diritto –, in considerazione della grande latitudine di potere che una clausola generale, come quella dell'abuso del diritto, avrebbe attribuito al giudice, impedì che fosse trasfusa, nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942, quella norma del progetto preliminare (art. 7) che proclamava, in termini generali, che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto" (così ponendosi l'ordinamento italiano in contrasto con altri ordinamenti, ad es. tedesco, svizzero e spagnolo); preferendo, invece, ad una norma di carattere generale, norme specifiche che consentissero di sanzionare l'abuso in relazione a particolari categorie di diritti».

(5) Così *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* cit.

(6) Cicero, *Orationes*, *De Provinciis consularibus*, 2, 4. Sul punto v. la ricostruzione del pensiero di Cicerone nella preoccupante attualità dell'opera di R.O. Jolliffe, *Phases of Corruption in Roman Administration in the last Half-Century of the Roman Republic*, Menasha (Wisconsin), 1919, 5 ss.

(7) In particolare, nella prima sentenza richiamata (*Cass., 5.3.2009, n. 5348,* in *Corriere giur.*, 2009, 1505 ss., con nota di D. De Giorgi, *Mediazione: diritto alla provvigione e conferimento dell'incarico a tempo*; in *Giur. it.*, 2010, 581 ss.; e in *Obbl. e contr.*, 2010, 571 ss., con nota di Bruni, *La buona fede a tutela del diritto del mediatore alla provvigione*), il principio di buona fede è stato impiegato per interpretare un contratto con cui un mediatore era stato incaricato di curare la vendita di un immobile, in modo da attribuirgli il diritto alla provvigione anche nell'ipotesi in cui, attraverso il suo operato, si fosse giunti alla stipulazione di un contratto preliminare successivamente risolto per mutuo consenso all'esito di un inadempimento del promissario acquirente, a nulla rilevando che l'inidoneità del preliminare stesso a sancire l'immediato effetto traslativo della proprietà impedisse di considerare ormai «concluso» l'affare. La serietà dell'impegno trasfuso dal mediatore e il valore decisivo della sua attività, infatti, sono stati ritenuti sufficienti per escludere che la clausola del contratto diretta a subordinare il compenso all'esistenza di un «accordo» potesse essere utilmente invocata per negare il pagamento della provvigione. In questo caso, dunque, il giudice altro non ha fatto che applicare *l'art. 1366 c.c.*, sottoponendo ad un'interpretazione adeguatrice una clausola pattizia che, intesa letteralmente, avrebbe assicurato un esito iniquo e sproporzionato. Più articolata si presenta invece la ricostruzione dell'effettiva portata del principio di buona fede nella seconda pronuncia richiamata [*Cass., 11.6.2008, n. 15476,* in *Giust. civ.*, 2008, I, 2766 ss.; in *Danno e resp.*, 2009, 520 ss., con nota di A. Rossi, *Il principio della contrarietà del frazionamento giudiziale del credito alla clausola generale di buona fede: prime applicazioni giurisprudenziali*; in *Obbl. e contr.*, 2009, 813 ss., con nota di Veronese, *L'improponibilità della domanda frazionata: rigetto in rito o nel merito?*; e in *Corriere giur.*, 2009, 1133 ss., con nota di Graziosi, *Pluralità di azioni a tutela dello stesso diritto (frazionato) o abuso del diritto di azione?*]. Essa, infatti, di per sé con contiene alcun espresso richiamo alla figura dell'abuso (del processo), ma risolve il problema dell'ammissibilità del frazionamento giudiziale del credito dando integrale risalto al principio di buona fede, che, agendo in funzione correttiva del diritto del creditore all'adempimento, impedirebbe esiti distorsivi e ingiustificatamente vessatori per il debitore, quali quelli connessi all'esercizio plurimo di un'unitaria pretesa all'adempimento. In sé e per sé considerata, dunque, la pronuncia non offre un decisivo contributo all'ammissibilità generalizzata della figura dell'abuso, salvo che non si intenda attribuire importanza al fatto che la sua motivazione si risolve in un integrale richiamo della massima di un significativo intervento delle Sezioni Unite di poco precedente [*Cass., S.U., 15.11.2007, n. 23726,* in *Foro it.*, 2008, I, 1514 ss., con note di Al. Palmieri e R. Pardolesi, *Frazionabilità del credito e buona fede inflessibile*; e di Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nel processo civile?*; in *Giur. it.*, 2008, 929 ss., con nota di Ronco, *(Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*; in *Giust. civ.*, 2008, I, 2807 ss., con nota di Fico, *La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito*; in *Danno e resp.*, 2008, 998 ss., con nota di Festi, *Buona fede e frazionamento del credito in più azioni giudiziarie*; in *Obbl. e contr.*, 2008, 786 ss., con nota di Meloni Cabras, *Domanda di adempimento frazionata e violazione dei canoni di correttezza e buona fede*; in *Riv. dir. processuale*, 2008, 1437 ss., con nota di Gozzi, *Il frazionamento del credito in plurime iniziative giudiziali, tra principio dispositivo e abuso del processo*; in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, 461 ss., con note di Finessi, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle Sezioni unite*; e di Cossignani, *Credito unitario, unica azione*; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 335 ss. (s.m.), con note di M. De Cristofaro, *Infrazionabilità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*; e dalla Massara, *La domanda frazionata e il suo contrasto con i principi di buona fede e correttezza: il «ripensamento» delle Sezioni Unite*; in *Riv. arb.*, 2009, 437 ss., con nota di Giorgetti, *Frazionamento della domanda giudiziale e unitarietà dell'arbitrato*; in *Rass. dir. civ.*, 2010, 295 ss., con nota di Alpini, *Il «frazionamento giudiziale del credito unitario» nel «giusto processo» civile*; e in *Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, 2010, 30 ss., con nota di Amoroso, *Adempimento parziale dell'obbligazione ed in frazionabilità del credito per contrarietà ai principi di buona fede e correttezza*; su questa sentenza cfr. anche P. Rescigno, *L'abuso del diritto (una significativa rimeditazione delle Sezioni Unite)*, in *Corriere giur.*, 2008, 745 ss.; Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile*, *ivi*, 2011, 556 ss.]. Quest'ultima sentenza infatti ha posto alla base della decisione proprio il richiamo alla figura dell'abuso, sicché, se davvero avesse voluto dar conto degli esatti termini con cui la giurisprudenza più recente ha prestato attenzione a questa figura, *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* cit., avrebbe potuto e dovuto richiamare proprio e solo l'intervento delle Sezioni Unite, senza attribuire alcun rilievo alla pronuncia, di poco posteriore, che ad esso ha voluto dare integrale conferma senza neppure preoccuparsi di riprodurne l'integrale *iter* argomentativo, ma semplicemente limitandone il richiamo alla massima. Proprio la constatazione secondo cui, alla fine, solo quest'ultima – nella parte in cui fa riferimento al principio di buona fede, senza menzionare la figura dell'abuso – è reiterata dalla produzione giurisprudenziale successiva induce dunque a concludere che anche *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* cit., ha solo voluto richiamare, invero con un certo grado di casualità, quelle pronunce più recenti che, in un ordinario motore di ricerca giurisprudenziale,

sono individuabili ponendo come parola chiave il riferimento alla buona fede, senza preoccuparsi di valutarne il reale apporto nell'elaborazione della *ratio decidendi* e, soprattutto, senza chiarire se, attraverso il richiamo della buona fede, le sentenze abbiano realmente voluto parlare anche di abuso del diritto.

(8) Così *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* cit.

(9) Per la riconduzione della regola di correttezza a misura di comportamento di entrambe le parti del rapporto obbligatorio cfr. M. Giorgianni, *Lezioni di diritto civile*, I, *L'adempimento*, Milano, 1956, 181; U. Majello, *Custodia e deposito*, Napoli, 1958, 46 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, I, 2ª ed., Milano, 1966, 1 ss.; e III, Milano, 1963, 130 ss.; Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XVI, 1, Milano, 1974, 1 ss.; Bigliazzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, 190 s.; Id., *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, 14 ss.; Id., *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede*, Giornata di studio. Pisa, 14.6.1985, Milano, 1987, 53 ss.; Id., *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988, 169 ss. (gli ultimi due scritti possono altresì leggersi in Id., *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, 143 ss. e 231 ss.); Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, 55 ss. Per l'attribuzione al principio di buona fede di una funzione integrativa, cfr. invece Benatti, *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, 1342 ss.; e in *Studi in onore di Biondo Biondi*, IV, Milano, 1966, 90 ss.; Comporti, *Gli effetti del fallimento sui contratti di lavoro*, Milano, 1961, 48 ss.; Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 153 ss.; Devoto, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milano, 1964, 220 ss.; Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, 50 ss.; Id., *Doveri complementari, «intuitus» e fiducia nel rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lavoro*, 1965, I, 239 ss.; Id., *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, 3ª ed., Milano, 1974, 57 ss.; Visintini, *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padova, 1965, 31 ss.; Id., *Inadempimento e mora del debitore*, in *Comm. Schlesinger e Busnelli*, 2ª ed., Milano, 2006, 33 ss. e 273 ss.; A. Lener, *Il rapporto di rendita perpetua*, Milano, 1967, 149 ss.; Righetti, *Per un inquadramento sistematico della responsabilità del vettore*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 61; Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede*, in *Foro padano*, 1964, I, 1283 ss.; Id., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1965, I, 149 ss.; Id., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 112 ss.; A. di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 365 ss.; Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1968, 285 ss.; Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, 25 ss.; Alpa, *Pretesa del creditore e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, 277 ss.; G. Panza, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, 237 s.; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; in *Letture di diritto civile*, a cura di Alpa e Zatti, Padova, 1990, 509 ss.; e in Id., *Realtà sociale ed effettività della norma. Scritti giuridici*, II, *Obbligazioni e contratti. Responsabilità*, 1, Milano, 2002, 407 ss.; Criscuoli, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 709 ss.; Nanni, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contratto e impresa*, 1986, 501 ss.; Sicchiero, *Buona fede e rischio contrattuale*, *ivi*, 2006, 919 ss.; Somma, *La buona fede contrattuale: modelli solidali e modelli ordoliberali a confronto*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 501 ss.

(10) Cfr. *Cass., 15.2.2007, n. 3462,* in *Dir. trasporti*, 2007, 875 ss., con nota di P. Tullio, *Responsabilità del vettore di persone in caso di mancata partenza*, relativa alla risoluzione per inadempimento di un contratto di trasporto marittimo che era stato parzialmente eseguito nonostante le condizioni climatiche evidenziassero l'elevato rischio di non poter procedere al viaggio di ritorno, il che, essendosi realmente verificato, aveva dato luogo ad una pretesa risarcitoria dei trasportati estesa al danno esistenziale in ragione della presunta, contestuale violazione degli *artt. 1218 e 2043 c.c.* Rigettando il motivo di ricorso del vettore incentrato sull'assenza, da parte sua, di una colpa nell'inadempimento, il giudice di legittimità ha rilevato che un «comportamento espressamente indicato come non conforme all'adeguata diligenza dovuta in relazione alle circostanze concrete del caso nell'adempimento dell'obbligazione contrattuale assunta, e in particolare, alla diligenza qualificata di cui all'art. 1176, 2° co., c.c. ... si estrinseca (sia il debitore professionista o imprenditore) nell'adeguato sforzo tecnico, con impiego delle energie e dei mezzi normalmente ed obiettivamente necessari od utili, in relazione alla natura dell'attività esercitata, volto all'adempimento della prestazione dovuta ed al soddisfacimento dell'interesse creditorio, nonché ad evitare possibili eventi dannosi... Nell'impugnata sentenza viene altresì espressamente evocato e censurato il mancato accordo dell'odierna ricorrente con la società dei traghetti Adriatica, sì da consentire ai passeggeri il rientro in serata sul continente, evitando così il pernottamento di fortuna sull'isola ("la C.T.M. ... preferì lasciare 300 persone in condizioni estremamente precarie per quasi 24 ore pur di non pagare qualche soldo in più alla Adriatica rispetto al costo del biglietto pagato dai passeggeri"), inteso quale comportamento fonte di responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 c.c.* ed invero più correttamente da ricondursi alla violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza, quale generale principio di solidarietà sociale che trova applicazione in ambito sia contrattuale che extracontrattuale, imponendo al soggetto di mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale – specificantesi in obblighi di informazione e di avviso – nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio». Nella sentenza non si legge dunque alcun richiamo al prospettato «passo in avanti» dell'ambito di operatività del principio di correttezza, ma solo la riaffermazione della sua portata integrativa e determinativa dell'oggetto dell'obbligazione, in piena conformità, del resto, a quanto già rilevato, nell'ambito dell'inadempimento contrattuale, da Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi» (Studio critico)*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 280 ss.; Id., *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1235 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in Id., *Scritti*, II, *Obbligazioni e negozio*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, Milano, 2011, 173 ss. e 332 ss.); e, nell'ambito della responsabilità da fatto illecito, da Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964, 87 ss.

(11) Così *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* cit.

(12) Così accade per quanto concerne *Cass., 21.5.1997, n. 4538,* in *Foro it.*, 1997, I, 2479 ss., con nota di Caputi, *Sul recesso dal rapporto di apertura di credito bancario*; in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, 648 ss.; in *Giur. it.*, 1998, 508 ss.; e in *Giust. civ.*, 1998, I, 509 ss., con nota di Costanza, *Sulla clausola di recesso della banca dal contratto di apertura di credito*; *Cass., 14.7.2000, n. 9321,* in *Corriere giur.*, 2000, 1486 ss., con nota di A. di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*; in *Contr.*, 2000, 1115 ss., con nota di F. Di Ciommo, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*; e in *Dir. fall.*, 2001, II, 699 ss., con nota di Schiano di Pepe, *Insolvenza e gestione del credito bancario*; *Cass., 21.2.2003, n. 2642,* in *Arch. civ.*, 2003, 1642 ss., tutte relative alla liceità del

recesso della banca dal contratto di apertura di credito ed incentrate sul richiamo dell'affidamento, più che del generico abuso del diritto; nonché *Cass., 28.9.2005, n. 18947,* in *Contr.*, 2006, 251 ss., con nota di Barbiera, *Conto corrente e compensazione convenzionale*; e *ivi*, 912 ss., nota di Manenti, *La buona fede nei contratti bancari*; e in *Nuova giur. comm.*, 2006, I, 891 ss., con nota di Belviso, *Compensazione tra conti correnti diversi e principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti*, per la necessità della stessa banca di dare analitica informazione al correntista in ordine alla compensabilità dei saldi attivi e passivi del conto corrente. Del resto, è la stessa *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* cit., ad osservare, prudentemente, che «gli stessi principi» sono stati richiamati nell'ambito del contratto di mediazione (*Cass., 5.3.2009, n. 5348,* cit.), dei rapporti tra divieto del patto commissorio e *sale and lease back* (*Cass., 16.10.1995, n. 10805,* in *Foro it.*, 1996, I, 3492 ss., con nota di Al. Monti, *Mezzo pieno, mezzo vuoto: sulla vocazione stravolta del «lease back»*; in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1381 ss., con nota di Cinquemani, Sale and lease back *tra liceità e frode al divieto del patto commissorio*; e *ivi*, 1997, 681 ss., nota di Leo, *Il* lease back *approda in Cassazione*; in *Giust. civ.*, 1996, I, 1744 ss., con nota di Schermi, Leasing *finanziario,* lease back *e patto commissorio*; in *Rass. trib.*, 1996, 426 ss., con nota di Luminoso, *La Corte di Cassazione si pronuncia per la validità del «lease back»*; in *Riv. dir. comm.*, 1997, II, 160 ss., con nota di F. Rocco, *Contratto di «sale and lease back» e divieto di patto commissorio: l'orientamento della Suprema Corte*; in *Giur. comm.*, 1997, II, 671 ss., con nota di Simone, *Dr. Jekill e Mr. Hyde, ovvero la doppia vita del «sale and lease back»*; e in *Vita notarile*, 1997, 144 ss., con nota di Li Vigni, *Il «sale and lease back» dopo la sentenza n. 10805/95: aspetti civili e fiscali*; *Cass., 26.6.2001, n. 8742,* in *Giust. civ.*, 2002, I, 102 ss.; e in *Giur. comm.*, 2002, II, 329 ss.; *Cass., 22.3.2007, n. 6969,* in *Contr.*, 2008, 36 ss., con nota di Arcari, *Indici di anomalia del* lease back; *Cass., 8.4.2009, n. 8481,* in *Boll. Trib. informaz.*, 2009, 1743 ss., con nota di D'Abruzzo, *L'abuso del diritto nelle operazioni di* leasing *nei gruppi di società: incongruenze interpretative e salti sistematici della giurisprudenza della sezione tributaria della Corte di Cassazione*; in *Riv. dir. trib.*, 2009, 656 ss., con nota di Beghin, *L'abuso del diritto e le operazioni infragruppo nel caleidoscopio della Suprema Corte*; in *Riv. giur. tributaria*, 2009, 601 ss., con nota di Basilavecchia, *Surrogati interpretativi in difetto di norma antielusiva?*; e in *Corriere trib.*, 2009, 1923 ss., con nota di Lupi e Stevanato, Lease back *infragruppo e «paradosso di elusività» senza vantaggio fiscale*), o al fine di ammettere l'operatività dell'*exceptio doli* a fronte di un contratto autonomo di garanzia [*Cass., 1.10.1999, n. 10864,* in *Contr.*, 2000, 145 ss., con nota di Lamanuzzi, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*; *Cass., 28.7.2004, n. 14239,* in *Mass. Giur. it.*, 2004; *Cass., 7.3.2007, n. 5273,* in *Contr.*, 2007, 980 ss., con nota di Ch. Romeo, Exceptio doli generalis *ed* exceptio doli specialis; in *Nuova giur. comm.*, 2007, I, 1327 ss., con nota di Farace, *La Corte di Cassazione ritorna all'antica distinzione tra* exceptio doli generalis seu praesentis *ed* exceptio doli specialis seu praeteriti; in *Banca borsa tit. cred.*, 2007, II, 710 ss., con nota di Festi, *L'ambito di applicazione ed i limiti dell'*exceptio doli generalis; in *Contratto e impresa*, 2007, 1369 ss., con nota di Meruzzi, *Il fondamento sistematico dell'*exceptio doli *e gli* obiter dicta; in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 223 ss. (s.m.), con nota di dalla Massara, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*; e in *Dir. fall.*, 2008, II, 274 ss., con nota di Galardo, *Eccezione di dolo, concordato preventivo e* par condicio creditorum]: la mancata, analitica indicazione dei «principi» richiamati in tali pronunce consente infatti al giudice di legittimità di evocarle con meri fini rafforzativi, allo scopo, cioè, di dimostrare non già che quanto indicato nella sentenza in esame è già stato da esse prefigurato, ma solo che le loro statuizioni non possono essere invocate come prove del contrario, il che, evidentemente, è del tutto condivisibile, a misura che il riferimento all'abuso del diritto risulti davvero evocato correttamente in almeno una delle pronunce precedenti a quella qui commentata.

(13) In *Guida dir.*, 2003, 32, 65; in *Gius*, 2003, 23, 2703; in *Riv. notariato*, 2004, 216; in *Arch. civ.*, 2004, 558; in *Foro it.*, 2004, I, 1219; e in *Soc.*, 2004, 188, con nota di M. Malavasi, *L'eccesso di potere nelle delibere assembleari come violazione della buona fede*; sul punto v. F. Di Sabato, *Profili giuridici dell'etica negli affari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, I, 383 ss.

(14) Così *Cass., 18.9.2009, n. 20106,* cit.

(15) *Cass., 26.10.1995, n. 11151,* in *Riv. notariato*, 1996, 1279; in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 574; in *Soc.*, 1996, 295, con nota di Batti, *Applicabilità del principio di buona fede alla materia societaria*; in *Vita notarile*, 1996, 919; in *Giust. civ.*, 1996, I, 381, con nota di Schermi, *In tema di eccesso di potere nelle deliberazioni assembleari delle società di capitali: considerazioni sull'ordinamento societario e sulla persona giuridica*; in *Giur. comm.*, 1996, II, 329, con nota di Jaeger, Angelici, Ag. Gambino, Costi, Corsi, *Cassazione e contrattualismo societario: un incontro?*; e in *Nuova giur. comm.*, 1997, I, 449, con nota di Amitrano, *Sull'abuso di potere in tema di delibera assembleare di società*. Cfr. ora *Cass., 20.1.2011, n. 1361,* in *Notariato*, 2011, 136; in *Foro it.*, 2011, I, 2794; in *Soc.*, 2011, 889, con nota di Fanti, *Sui limiti all'acquisto di azioni proprie*; in *Dir. e giustizia*, 2011, 11, con nota di Ceschel, *Acquisto di azioni proprie: capitale effettivo o capitale approvato all'ultimo bilancio?*

(16) Basti considerare, a titolo meramente esemplificativo, le considerazioni critiche che, ad altro orientamento giurisprudenziale, dedica A. Zaccaria, *La mediazione è un "contratto sociale" mutante. Singolari effetti della sindrome di Peter Pan*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 726 ss.

(17) Cfr. Gorla, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per l'interpretazione delle sentenze*, in *Foro it.*, 1964, V, 73 ss.; Id., *«Ratio decidendi», principio di diritto (e «obiter dictum»): a proposito di alcune sentenze in tema di revoca dell'offerta contrattuale*, *ivi*, 89 ss.; e in *Studi in onore di Antonio Segni*, II, Milano, 1967, 387 ss. (entrambi questi scritti – il primo con il titolo *Le raccolte di giurisprudenza e le tecniche di interpretazione delle sentenze* – possono altresì leggersi in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, 1981, 303 ss. e 331 ss.); Id., *Offerta «ad incertam personam» (Saggi per un nuovo tipo di nota a sentenza)*, in *Foro it.*, 1965, I, 433 ss.; Id., *Comunicazione e comunicabilità della scienza giuridica e della giurisprudenza italiane*, *ivi*, V, 68 ss.; Id., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella* common law. *Riflessi di tale struttura nell'interpretazione della sentenza, sui «Reports» e sui «Dissenting»*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 1239 ss.; Id., *Note sull'interpretazione integrativa e suppletiva (in diritto e in fatto) della* ratio decidendi*, e sul precedente giudiziale implicito*, *ivi*, 1966, I, 2, 563 ss. Il più analitico lavoro in cui i principî affermati in questi scritti risultano applicati in un'analisi dettagliata di taluni orientamenti giurisprudenziali rimane quello pubblicato, in quattro puntate complessive, con il titolo *Raccolte di saggi sull'interpretazione e sul valore del precedente giudiziale in Italia*, in *Quad. Foro it.*, 1966-1969: tra essi si segnalano Id., *Introduzione*, *ivi*, 1966, 5 ss.; Id., *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, e Id., *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa*, entrambi *ivi*, 1967, 291 ss. e 313 ss. (questi ultimi due scritti sono altresì pubblicati in *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale. Antologia di saggi*, a cura di Visintini, Milano, 1999, 59 ss. e 83 ss.). Un attento bilancio del grado di accoglimento

riservato alle teorie di Gorla negli ultimi anni è svolto da Lupoi, *L'interesse per la giurisprudenza: è tutto oro?*, in *Contratto e impresa*, 1999, 234 ss.; e in *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di Visintini, cit., 397 ss.; ma, per una prima critica, cfr. anche Chiarloni, *Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Atti del Convegno promosso dall'Istituto di diritto privato della Facoltà di Giurisprudenza in collaborazione con la rivista «*Contratto e impresa*», Genova, 11. e 12.3.1988, a cura di Visintini, Padova, 1988, 68 s. (ma *ivi* senza le indicazioni bibliografiche); in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, 132-134; in *Scritti in onore di Angelo Falzea*, III, *Diritto pubblico*, 1, Milano, 1991, 210-212; e in *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di Visintini, cit., 294-296, secondo il quale «una simile predica», quale quella incentrata sulla necessità di consultare integralmente le sentenze che si vogliono interpretare, sarebbe il «frutto di uno stereotipo culturale nello stesso tempo utopico ed eccessivo» e, in particolare, «utopico perché contrasta con una prassi di fatto non sradicabile, almeno fino a quando... sia mantenuta la vigente disciplina del controllo di legittimità che porta la Corte di Cassazione a produrre parecchie migliaia di precedenti ogni anno» ed «eccessivo, poiché sembra indubitabile che, in modo particolare per un ordinamento di diritto scritto e codificato, molto spesso e con riferimento ad ampi settori (penso per es. a gran parte del diritto processuale), dove le peculiarità dei casi concreti sono irrilevanti, la massima o, addirittura, l'enunciazione ancora più scarnificata della *regula iuris* quale si trova nei commentari brevi o nelle rassegne, sono perfettamente idonee ad informare con precisione gli interessati in ordine agli orientamenti della giurisprudenza».

(18) La capacità di un *obiter dictum* di contribuire alla formazione di un «precedente giudiziario» è prospettata da Galgano, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, 701 ss.; de Nova, *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, *ivi*, 1986, 779 ss.; Nanni, Ratio decidendi *e* obiter dictum *nel giudizio di legittimità*, *ivi*, 1987, 865 ss. (tutti questi scritti sono altresì consultabili in *Metodologia nello studio della giurisprudenza civile e commerciale*, a cura di Visintini, cit., 215 ss., 239 ss. e 181 ss.); Grippo, *Travisamento e persuasività dell'*obiter dictum *in due casi emblematici*, in *Contratto e impresa*, 1987, 659 ss.; Caselli, *Gli* obiter dicta *persuadono anche quando non convincono*, *ivi*, 675 ss.; Denti, *Relazione di sintesi*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di Visintini, cit., 117 s.; Gitti, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 254 ss., spec. 260 s. Più in generale, sulla portata del precedente giudiziario e sui suoi rapporti con la legge, cfr. Bigiavi, *Appunti sul diritto giudiziario*, in *Studi urbinati*, 1933, 88 ss.; e 1934, 1 ss.; Tarello, *L'argomentazione dell'interpretazione*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova*, XVI, Milano, 1977, 947 ss.; Galgano, *Giurisdizione e giurisprudenza in materia civile*, in *Contratto e impresa*, 1985, 29 ss.; Id., Stare decisis *e no nella giurisprudenza italiana*, *ivi*, 2004, 7 ss.; N. Picardi, *Appunti sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, 201 ss.; e in *Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Carpino, Napoli, 1989, 693 ss.; Ferroni, *Montesquieu nel processo civile*, in *Giust. civ.*, 1986, I, 209 ss.; V. Carbone, *È tornato di moda il «precedente giudiziario»*, in *Corriere giur.*, 1986, 872 ss.; de Franchis, *L'interpretazione del precedente giudiziario nei sistemi di* civil law *e di* common law *(accenni comparatistici)*, in *Contratto e impresa*, 1986, 91 ss.; Bonsignori, *Il precedente giudiziario in materia processuale*, *ivi*, 1987, 405 ss.; Taruffo, *La Corte di Cassazione tra legittimità e merito*, in *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente con particolare riguardo alla responsabilità civile*, a cura di Visintini, cit., 81 ss.; Id., *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. dir. processuale*, 2007, 709 ss.; Gorla, *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1990, 1 ss.; M. Bin, *Il precedente giudiziario. Valore e interpretazione*, Padova, 1995, 25 ss.; Roselli, *Il principio di effettività e la giurisprudenza come fonte del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, II, 23 ss.; Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999, 145 ss.; Rordorf, Stare decisis*: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 279 ss.; Romagnoli, *Note critiche sull'impiego della giurisprudenza*, in *Nuova giur. comm.*, 2011, II, 243 ss.; nonché i volumi collettanei *La giurisprudenza forense e dottrinale come fonte di diritto*, a cura di Grassetti, Milano, 1985; *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Atti del Convegno internazionale per l'inaugurazione della nuova sede della Facoltà, Ferrara, 10.-12.10.1985, Padova, 1988.

(19) Fondamentale in tal senso rimane la lezione di Mengoni, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, 635 ss.; e in Id., *Scritti*, I, *Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, cit., 11 ss.; e, con specifico riferimento all'incidenza che lo studio della prassi giurisprudenziale può avere sulla individuazione della regola giuridica, G. Benedetti, *Precedente giudiziale e tematizzazione del caso. Per una teoria della prassi*, in Scintillae iuris*. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milano, 1994, 186 ss.

(20) Cfr., per una chiara enunciazione di tale rischio con specifico riferimento alla più recente prassi giurisprudenziale in ordine *all'art. 1461 c.c.*, Venturelli, *Monopolio legale e «mutamento» delle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, a cura di Addis, Milano, 2006, 103 ss., spec. 140 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, Napoli, 2008, 2081 ss., spec. 2112 ss.; Id., *Cessione del credito e «mutamento» delle condizioni patrimoniali del debitore*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 363 ss.; e, con riferimento ad una singolare decisione delle Sezioni Uunite sull'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, Id., *Offerta e ingiustificato rifiuto di assegno bancario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 1209 ss.; nonché, con specifico riguardo ai rapporti tra *art. 1461 c.c.* e contratto preliminare, Serioli, *Le «sorti magnifiche e progressive» della eccezione d'insicurezza. Saggio di diritto giurisprudenziale*, in *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, a cura di Addis, cit., 23 ss.

**LA REGOLA DI CORRETTEZZA E BUONA FEDE: UN ESEMPIO DEL DIRITTO VIVENTE**
Carbone Vincenzo

c.c. art. 1175
c.c. art. 1218

**FONTE** Corriere Giur., 2012, 2, 153 *Obbligazioni e contratti - Correttezza e buona fede*
I rapporti contrattuali, sempre più asimmetrici, sono governati dalla regola di correttezza e buona fede in tutta la loro durata dalle trattative all'interpretazione, dall'integrazione all'esecuzione al fine di bilanciare o equlibrare il rapporto giuridico ed economico mantenendolo in vita ed evitandone la caducazione.

Sommario: Il dovere di correttezza previsto dall'art. 1175 c.c.: il lungo silenzio prima della metamorfosi da precetto morale a regola giuridica - La violazione della regola di correttezza e buona fede è l'inadempimento di un'obbligazione ex lege che dà luogo al risarcimento - L'attuale funzione: a) individua, interpreta e integra gli obblighi contrattuali in sintonia con la predetta regola - Segue. L'attuale funzione: b) bilancia e riequilibra i contrapposti interessi fino "al governo giudiziario della discrezionalità contrattuale" - Considerazioni conclusive: la regola di correttezza e buona fede e la nuova generazione del contratto nella società moderna

Il dovere di correttezza previsto dall'art. 1175 c.c.: il lungo silenzio prima della metamorfosi da precetto morale a regola giuridica

*L'art. 1175 c.c.*, terzo articolo delle disposizioni preliminari delle obbligazioni (lib .IV, Tit I, capo 1), dopo la rubrica "Comportamento secondo correttezza", afferma *"Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza"*. Il testo normativo, entrato in vigore il 21 aprile 1942, dopo l'enunciazione del principio non prevede, nel caso di violazione, alcuna sanzione a carico del debitore o del creditore.

Questo punto di partenza, rimasto fermo per lunghissimi anni, non aveva precedenti nel codice del 1865 e neppure nel progetto italo-francese delle obbligazione del 1927.

Oggi, dopo il diffuso disinteresse iniziale, nonostante il testo (testo e contesto è il richiamo ad un idea di Irti tra norma che rimane ferma e mutamento del costume e della vita sociale) sia rimasto inalterato - ad eccezione dell'eliminazione nel 1944 del richiamo ai principi della "solidarietà [(1)] corporativa" (art. 3 comma 2 d. lgs. lgt. 14 settembre 1944, n. 287) - il mutato contesto, ha fatto assurgere il principio di correttezza e buona fede al rango di *Grundnorm,* quale regola di governo della discrezionalità contrattuale.

Per comprende l'attuale punto d'arrivo e per prevederne i possibili sviluppi, bisogna partire dal passato, perché solo chi è capace di guardare al passato può pensare di comprendere il futuro che diventa quotidianamente presente [(2)], come fanno i comparatisti nella comparazione verticale.

Occorre riflettere sul percorso che ha consentito alla regola di correttezza e buona fede di spogliarsi della veste di precetto morale per indossare quella di regola giuridica, di acquisire il valore di un'obbligazione *ex lege,* voluta dall'ordinamento, il cui inadempimento al pari delle obbligazioni contrattuali dà luogo al risarcimento del danno ex *art. 1218 c.c.* e, infine, di assumere la funzione di bilanciare o riequilibrare il rapporto giuridico ed economico tra le parti, al fine di mantenerlo in vita, curandone l'interpretazione, l'integrazione, l'esecuzione ed arginando, al contempo, l'abuso del diritto.

Prima della metamorfosi *l'art. 1175 c.c.* è rimasto negletto e trascurato, per lunghi anni, sia per la formulazione estremamente generica, sia perché non prevedeva, né attualmente prevede, alcuna sanzione a carico del debitore o del creditore che viola la predetta regola.

I primi commentatori non hanno preso in esame il principio di correttezza: alcuni senza richiamare espressamente la norma si limitavano a definire la buona fede, come "il comportamento leale che si ispira ai precetti della morale e dell'onore, da valutarsi alla stregua della comune coscienza" [(3)] mentre nei commentari, *sub art. 1175 c.c.*, si affermava che la correttezza, "altro non è che quel generico dovere di condotta morale" [(4)], altrove indicato come "buona fede, lealtà e probità" e quindi la buona fede non è un regola giuridica in senso proprio, ma una regola di condotta morale, come tale, giustamente priva di una sanzione.

Il carattere astratto e indeterminato della regola - ritenuta più programmatica che precettiva, non circoscritta a concreti o circostanziati specifici casi - ha negli anni successivi sempre più attirato l'attenzione degli interpreti e degli operatori, che, facendo leva sulla sua duttilità e sulla sua intrinseca capacità di integrazione valutativa, hanno riconosciuto alla regola di correttezza e buona fede, attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata, il valore di una vera e propria regola giuridica e non più solo morale.

Anche l'interpretazione giurisprudenziale, dopo lunghe esitazioni, ha cominciato ad attribuire un minimo di rilevanza giuridica alla regola di correttezza e buona fede, tanto da affermare che la regola predetta impone di comportarsi in modo da "non ledere l'interesse altrui, fuori dei limiti della legittima difesa dell'interesse proprio" [(5)]. Vanno anche ricordate le sollecitazioni di una parte della dottrina che invitava gli operatori del diritto a servirsi della regola di buona fede e di

correttezza, suscettibile di contribuire all'educazione civile, anche nei rapporti giuridici, [6] e finalmente a ritenere la predetta regola, come pur auspicato nella Relazione al Re n. 13 [7], un "dovere giuridico qualificato".
Anche la dottrina successiva riconosce che l"art. 1175 c.c. fu sottovalutato dai primi commentatori. Ma il riconoscimento della veste giuridica era fortemente ostacolato dall'evidenziato problema di fondo: come considerare norma giuridica una disposizione che pone doveri giuridici, ma non prevede, in caso di inosservanza, una specifica sanzione [8]. Si richiamava il principio che una norma senza sanzione è come un "fuoco che non arde, un lume che non splende", ripreso dalla giurisprudenza secondo cui "la violazione di un dovere, quando la legge non ne faccia seguire una sanzione autonoma, non può costituire, da sola, un criterio di valutazione e di qualificazione di un comportamento" [9].
Tuttavia ciò, non ha impedito - ed è interessante riflettere sul percorso attraversato dal diritto vivente, (*das lebende Recht*) [10] tramite la concorde interpretazione dottrinale e giurisprudenziale - di ritrovare, nel mutato contesto in cui la norma ha dovuto operare, attraverso un'interpretazione sistematica, la sanzione di carattere generale per la violazione, che sembrava mancasse, della regola giuridica di correttezza e buona fede onde poterla accettare e utilizzare come una disposizione essenziale e vitale, tanto da divenire elemento fondante del diritto delle obbligazioni.

## La violazione della regola di correttezza e buona fede è l'inadempimento di un'obbligazione ex lege che dà luogo al risarcimento

La svolta significativa avviene con una rilevante e decisiva sentenza delle sezioni unite [11] che critica espressamente la precedente "inadeguata riflessione sulla rilevanza e operatività del principio di correttezza (*art. 1175 c.c.*), sia in riferimenti ai rapporti obbligatori in generale, sia in riferimento ai poteri privati e agli interessi legittimi nel rapporto di lavoro".
In sintonia con siffatta svolta, una parte della dottrina, ha autorevolmente affermato come *l'art. 1175 c.c.*, fu giudicato dai primi commentatori come "un *flatus vocis* o un inutile orpello", "sia stato progressivamente rivalutato come una delle innovazioni più incisive del Libro IV, quasi un centro prospettico del diritto generale delle obbligazioni" [12].
La chiave di volta adoperata dal diritto vivente, è stata quella di inquadrare la norma che prescrive un dovere giuridico nell'ambito delle fonti dell'obbligazioni (*art. 1173 c.c.*), con la conseguenza che il dovere di comportamento costituisce un'obbligazione *ex lege,* il cui inadempimento rientra nella regola generale dell'inadempimento delle obbligazioni ed è, quindi, fonte di responsabilità con conseguente risarcimento del danno.
In questa ottica interpretativa, identificato il dovere di comportarsi secondo correttezza e buona fede, come obbligazione di fonte legale, prevista da una norma di protezione, ne è derivata come conseguenza, nonostante la carenza testuale, la sanzione del risarcimento del danno nel caso di inadempimento, prevista in via generale *dall'art. 1218 c.c.*, per l'inadempimento di qualunque obbligazione *ex lege* o *ex contractu*, senza alcuna interferenza sulla validità del rapporto.
In definitiva, l'interpretazione evolutiva della norma ha identificato il comportamento contrario alla regola di correttezza e buona fede, nell'inadempimento di un'obbligazione prevista da una norma, inserita nel codice civile, di protezione di entrambe le parti (*Schutzgesetz)*, anche se non derivante da un contratto, ma direttamente dall'ordinamento giuridico, come i doveri accessori reciproci *(Nebenpflichten)*, o come i doveri di protezione *(Schuzpflichten)*.
Partiti dalla giurisprudenza dei concetti (*Begriffjurisprudenz*), dopo le riflessioni di Jhering siamo pervenuti alla giurisprudenza degli interessi giuridici ed economici (*Interessenjurisprudenz*), criticata da Larenz il quale opta per una giurisprudenza valutativa (*Wertungsjurisprudenz*) idonea a tener conto anche dei comportamenti concreti da esaminare, indipendentemente dalla legge [13] e rinvia ad Esser che, nell'edizione spagnola, definisce la "buena fe" "como norma en blanco para nuevos pensamientos jurìdicos" o anche " como fòrmula de reception de la *aequitas* " [14].
La regola giuridica di correttezza e buona fede è cosi divenuta un'obbligazione *ex lege* che impone una responsabilità al creditore e al debitore di comportarsi secondo correttezza e buona fede. Tuttavia, non sono mancate discussioni e contrasti sul se si tratti di una o più regole, una regola di correttezza sancita *nell'art. 1175 c.c.* e una regola di buona fede richiamata negli *artt. 1366 c.c.* (sull'interpretazione di buona fede) e 1375 c.c. (sull'esecuzione di buona fede) la prima, relativa alle obbligazioni non contrattuali, mentre la seconda alle obbligazioni derivanti dal contratto [15].
Superati questi contrasti, attualmente il diritto vivente considera correttezza e buona fede un'endiadi, cioè quella figura retorica che consiste nell'utilizzo di due o più parole per esprimere un unico concetto fondamentale, utilizzando elementi "diversi anche se complementari, in quanto discendenti dal principio generale della solidarietà sociale" [16].
Il descritto percorso richiama alla memoria l'insegnamento di Betti secondo cui l'attività interpretativa di un "testo" normativo necessita di tener conto dell'evoluzione anche sociale ed economica del mutato "contesto" [17] in cui l'interpretazione giuridica deve operare: "nell'interpretazione giuridica di un ordinamento in vigore, il giurista non si può arrestare al senso originario della norma, ma deve fare un passo avanti, perché la norma, lungi dall'esaurirsi nella sua primitiva formulazione, ha vigore attuale ed è destinata a passare e a trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire". Ancora più icasticamente Betti precisa: il diritto "non è qualcosa di bello e fatto, né un organismo che si sviluppa da sé per mera legge naturale", "è qualcosa che non è ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato proprio per l'opera assidua d'interpretazione" [18].
La nuova interpretazione della regola, oggi pacificamente ritenuta giuridica, sancita nell'art. 1175 c.c, ha trovato, infine, pieno riconoscimento nella successiva legislazione e nella giurisprudenza costituzionale.

Sul piano legislativo l'Italia, dovendo dare ulteriore attuazione alla *direttiva 86/653/CEE* del Consiglio del 18 dicembre 1986 per l'adeguamento della disciplina relativa agli agenti commerciali indipendenti, utilizza il concetto di buona fede e lealtà, al quale attribuisce il carattere di inderogabilità. Infatti emana il *d.lgs. 15 febbraio 1999, n. 65* che all'art. 2 sostituisce il comma 1 *dell'art. 1746 c.c.* con il seguente: "Nell'esecuzione dell'incarico l'agente deve tutelare gli interessi del preponente e agire con lealtà e buona fede. In particolare, deve adempiere l'incarico affidatogli in conformità delle istruzioni ricevute e fornire al preponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato nella zona assegnatagli, e ogni altra informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari. È nullo ogni patto contrario".
Un forte impulso al diritto vivente proviene dalle decisioni della Corte costituzionale che muove dall'opportuna distinzione tra la disposizione scritta, propria del legislatore e la norma come interpretata e vissuta, affermando che il sollevato giudizio di legittimità costituzionale della norma si basa non sul testo letterale della disposizione legislativa, ma sull'evoluzione giurisprudenziale della stessa, su come la disposizione sia divenuta norma attraverso l'interpretazione e le applicazioni concrete, specie da parte del giudice di legittimità [(19)]. Si perviene "all'interpretazione adeguatrice delle norme ordinarie" cioè al "diritto vivente", evocato oltre che nelle richiamate decisioni del giudice delle leggi anche di recente (Corte cost. 22.12.2011 n. 338), come "attualizzazione" della legge per il tramite dell'interpretazione "costituzionalmente orientata" da parte della giurisprudenza [(20)].
Con uno sguardo di diritto comparato si può rilevare che mentre il progetto originario *dell'art. 1175 c.c.* prevedeva il comportamento secondo correttezza a carico del solo debitore nel corso della discussione in sede di C.A.L. (Commissione delle assemblee legislative) il dovere fu consapevolmente esteso ad entrambe le parti del rapporto e, quindi, anche al creditore, senza poter prevedere che, in tal modo, si apriva la strada per contenere i tentativi, da parte del creditore, di raggiungere risultati non corretti, mediante l'abuso del diritto [(21)], o anche l'abuso di posizione dominante, o infine l'abuso del processo [(22)]. La formulazione italiana si distacca sia dall'art. 1137 del *Code civil des Français*, (*Code Napoléon*) - che prevedeva la diligenza "d'un bon père de famille" per il debitore delle sole obbligazioni di custodia [(23)], anche se la giurisprudenza ha poi applicato la regola a qualsiasi obbligazione [(24)] - sia dal par. 242 del B.G.B. (*Bürgerliches Gesetzbuch*) che si richiama solo al debitore "*der Schludner*" [(25)].
Per i paesi di *common law,* va ricordato il noto caso *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.* del 1933 che portò la Corte d'Appello di New York ad affermare che "in ogni contratto vi è un patto implicito che né l'una né l'altra parte farà alcunché che abbia l'effetto di distruggere o danneggiare il diritto dell'altra parte di ricevere i frutti del contratto, il che significa che in ogni contratto esiste un patto implicito di buona fede e di comportamento onesto" [(26)].
Su queste radici comparate, *l'art. 1175 c.c.* ha avuto il merito, rispetto alle norme europee, di inserire per tutte le obbligazioni una *Generalklausel* che richiede "comportamenti secondo correttezza" di entrambe le parti, debitore e creditore [(27)]. Questo significativo passo in avanti *dell'art. 1175 c.c.* ha consentito un'attenta riflessione sull'abuso del diritto da parte del creditore, come nel caso di frazionamento del credito, sempre più contestato dalla giurisprudenza e dalla dottrina [(28)], e a volte anche dal legislatore (ad es. *art. 20 l. 6 agosto 2008, n. 133* che converte il *d.l. 25 giugno 2008, n. 112*, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria).

### L'attuale funzione: a) individua, interpreta e integra gli obblighi contrattuali in sintonia con la predetta regola

La norma *dell'art. 1175 c.c.*, considerata dai primi commentatori solo come dovere morale, ha acquistato una rilevante ragion d'essere giuridica con il progredire del suo ruolo: 1) l'iniziale, graduale riconoscimento, della giuridicità del principio di correttezza e buona fede applicabile a tutti i rapporti contrattuali e non; 2) il successivo riconoscimento del carattere obbligatorio del principio voluto da una norma di protezione (*Schutzgesetz)* applicabile ad entrambe le parti, il cui inadempimento rientra nella regola generale *dell'art. 1218 c.c.* relativo all'inadempimento dell'obbligazione, qualunque sia la fonte, con il risarcimento del danno a carico dell'inadempiente; 3) infine, l'attribuzione di una nuova funzione, il governo e il riequilibrio del rapporto giuridico-economico, in modo da mantenerlo in vita, con riflessi positivi per le parti, per gli altri rapporti, e in definitiva per il mercato [(29)].
Per comprendere quest'ultimo ruolo è necessario l'aggancio al dovere di solidarietà sociale, costituzionalmente protetto, e all'obbligazione *ex lege*, con la non prevista sanzione del risarcimento del danno. Su questi fattori si è successivamente sviluppata l'attuale funzione di governo del rapporto obbligatorio tra le parti, riconoscendo un ulteriore fondamentale compito alla predetta disposizione normativa, attribuendole un ruolo di centralità - che si riparte tra l"individuazione, interpretazione e integrazione degli obblighi contrattuali e il bilanciamento, nonché riequilibrio dei contrapposti interessi che, in mancanza d'accordo, è fatta dal giudice mediante il "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale" [(30)] - fino a farla divenire "il cardine" della parte generale delle obbligazioni [(31)].
La regola governa, infatti, tutto il corso del rapporto a partire dalle trattative che precedono la formazione del contratto durante le quali le parti devono comportarsi secondo correttezza e buona fede (*art. 1337 c.c.*) e se qualcuna, conoscendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte (*art. 1338 c.c.*), è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto [(32)]. Del resto la correttezza nella vita economica acquista un ruolo professionale, come emerge in sede di concorrenza sleale, dove compie

un atto di concorrenza sleale chi si avvale o utilizza direttamente o indirettamente "ogni altro mezzo non conforme ai principi di correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda" (*art. 2598 n. 3 c.c.).*
Inoltre l'interpretazione del contratto secondo buona fede costituisce un ponte tra l'interpretazione in concreto, storica, e quella oggettiva e astratta (*art. 1366 c.c.*), diretta alla conservazione del contratto (*art. 1367 c.c.*), nel senso che le clausole vanno interpretate positivamente, al fine di far conseguire l'effetto economico al rapporto per lo più contrattuale, sia pur riequilibrato, piuttosto che pervenire alla caducazione del rapporto stesso.
Ancor più significativo il ruolo che assume la buona fede in sede di esecuzione del contratto, ai sensi *dell'art. 1375 c.c.* dove può adempiere ad una funzione di riequilibrio e di integrazione del rapporto contrattuale [(33)].
Anche qui il diritto vivente richiama la svolta storica del caso Fiuggi, dove una clausola, inserita nel contratto consentiva al privato di bloccare il prezzo, impedendo al Comune di Fiuggi di poter conseguire l'adeguamento del canone, nonostante l'aumento del prezzo di vendita al pubblico [(34)]. Siffatta clausola pattizia non è stata ritenuta tale da invalidare il contratto tra le parti, ma solo non applicabile, perché contraria al principio di correttezza e buona fede, così che il rapporto contrattuale poteva proseguire, senza la clausola, riequilibrando, in tal modo, la non corretta discrezionalità del rapporto economico tra le parti.
Sintomatiche le applicazioni giurisprudenziali: la circostanza che nel contratto sia validamente inserita una clausola che accorda ad una delle parti il diritto di recesso *ad nutum*, non impedisce al giudice di valutare che il concreto esercizio del relativo potere risulti illegittimo alla stregua dei principi di buona fede e di proporzionalità che deve contemperare gli interessi contrapposti delle parti e di sindacare gli atti di esercizio dei diritti in termini di congruità del mezzo rispetto al fine [(35)].
Ed ancora il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere l'esecuzione del contratto, così come la sua formazione e la sua interpretazione e, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase. Pertanto, l'apprezzamento della slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento si ripercuote sulla valutazione della gravità dell'inadempimento stesso, nel caso in cui tale soggetto abusi del suo diritto, potendo comunque realizzare il suo interesse, senza ricorrere al mezzo estremo dell'ablazione del vincolo [(36)].

### Segue. L'attuale funzione: b) bilancia e riequilibra i contrapposti interessi fino "al governo giudiziario della discrezionalità contrattuale"

Più interessante il secondo profilo in cui la regola di correttezza e buona fede esplica la funzione di bilanciamento e di riequilibrio dei contrapposti interessi delle parti, nel senso che l'individuazione e l'adempimento delle rispettive obbligazioni risente della presenza e dell'influenza della clausola generale di correttezza e buona fede, perché evita di ritenere lecito ogni comportamento che nessuna norma vieta e facoltativo ogni comportamento che nessuna norma rende obbligatorio.
Quest'ultimo criterio consente di contemperare gli interessi contrapposti delle parti e di sindacare gli atti di esercizio dei diritti in termini di congruità del mezzo rispetto al fine. Si ha pertanto abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio alla controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui che ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca un'ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato, in tal caso, non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso [(37)].
In questa linea interpretativa vanno collocati alcuni interventi che hanno colto l'occasione per riconoscere al principio di correttezza e buona fede la ricordata duplice rilevanza di norma di governo del rapporto, sia sul piano dell'individuazione degli obblighi contrattuali per meglio interpretare e integrare l'assetto giuridico pattizio, sia su piano del bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti, nel senso che la stessa individuazione delle rispettive obbligazioni è effettuata in funzione della clausola generale di correttezza e buona fede.
Sotto il primo profilo, il principio di correttezza e buona fede impongono alle parti di adempiere obblighi anche se non espressamente previsti dal contratto, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'utilità del contratto per la controparte [(38)].
Sotto il secondo profilo, detto principio consente al giudice di intervenire, anche in senso modificativo, sul contenuto del contratto, qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti anche al fine di prevenire o reprimere l'abuso del diritto. In tal modo la regola di correttezza, autonoma rispetto a quella di validità, piuttosto che fattore di nullità del rapporto tra le parti, è fonte di riequilibrio, oltre che fattore di interpretazione e di integrazione del rapporto stesso da mantenere in vita anche se modificato.
In tal modo, il riconoscimento del vincolo giuridico della regola di correttezza e della sua natura di obbligazione *ex lege* che dev'essere adempiuta, svolge la funzione di "norma di chiusura del sistema", perché riconosce legittima l'interferenza al fine del riequilibrio economico del rapporto, sia sotto il profilo interpretativo e integrativo, sia sotto quello risarcitorio, sia infine riducendo e bilanciando le posizioni giuridiche ed economiche delle parti, al fine di mantenere in vita il rapporto.

## Considerazioni conclusive: la regola di correttezza e buona fede e la nuova generazione del contratto nella società moderna

Il fattore determinante della straordinaria diffusione della regola di correttezza e buona fede, trascurata fino agli anni ottanta, è il ruolo di possibile riequilibrio del rapporto obbligatorio, dando possibilità alle parti, o in mancanza al giudice, di intervenire sul rapporto, bilanciando i contrapposti interessi.

Merita riflessione la compatibilità di questo nuovo ruolo con i principi in tema di contratto, tenendo conto della nuova generazione di contratto nella società moderna, specie con la norma *dell'art. 1372 c.c.* che riconosce al contratto forza di legge tra le parti [(39)].

L'idea di Domat "*les conventions tiennent lieu de lois*" [(40)], è alla base nell'art 1134 del Code Napoléon "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites*," ed è riportata nel vigente *art. 1372 c.c.*, secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge [(41)].

Al principio sostenuto da Domat è rimasto estraneo il B.G.B. *Bürgerliches Gesetzbuch*, per cui la dottrina è costretta a richiamare il par. 305 (*Allgemeiner Geschäftsbedingungen in der Vertrag*) sulle condizioni generali nel contratto per dedurne la forza vincolante dello stesso.

Seguendo un' interpretazione sistematica, flessibile come dimensione del vivere comune [(42)], ma coordinata come le tessere di un mosaico o i rocchetti di una filanda (come l'ordinamento giuridico è rappresentato nel Faust di Goethe), il principio che il contratto ha forza di legge tra le parti non è di ostacolo all'applicazione della regola giuridica di correttezza e buona fede.

Il contratto, sia se è fonte di obbligazioni, sia se trasferisce beni mobili e immobili, vincola le parti che possono liberamente determinarne il contenuto nei limiti imposti dalla legge, in cui va ricompresa la regola giuridica di correttezza e buona fede che governa non solo i confini dell'autonomia privata, ma anche il contenuto del rapporto tra le parti. La regola di correttezza comporta un giudizio di meritevolezza che, come si è rilevato, ha una portata diversa dal giudizio di liceità che tende a stabilire se gli accordi tra le parti siano conformi o meno a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume, mentre la meritevolezza attiene al profilo dell'accertamento della idoneità dell'atto a realizzare interessi protetti dall'ordinamento ai suoi più elevati livelli normativi [(43)].

Come si legge nella relazione che accompagna il libro IV [(44)] al termine di un dibattito sul se inserire o meno il principio che il contratto ha forza di legge tra le parti, il legislatore coniugando "la libertà del singolo all'interesse di tutti" precisò che "l'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno", "il contratto è un docile strumento della volontà privata", dovendo i contraenti "operare sempre sul piano del diritto positivo" [(45)]. Basti pensare ad alcuni contratti, detti "patti" voluti dalle parti, ma espressamente vietati, in funzione delle finalità che si intendevano raggiungere, come il divieto di patto commissorio ex *art. 2744 c.c.*, il divieto di patto leonino ex *art. 2265 c.c.*, il patto di esonero della responsabilità ex *art. 1229 c.c.*, il patto di esclusione della cedibilità del credito ex *art. 1260 comma 2 c.c.*, il patto di non concorrenza nel rapporto di lavoro subordinato ex *art. 2125 c.c.*, o altri patti riconosciuti a determinate condizioni come il patto di riscatto nella vendita ex *art. 1500 c.c.* nullo per l'eccedenza se è pattuito per il riscatto un prezzo superiore a quello della vendita.

In definitiva, se è vero che è al contratto va riconosciuta una forza vincolante per le obbligazioni assunte tra le parti, non è men vero che "la volontà privata non può creare in modo indipendente effetti giuridici", ma deve conformarsi alle regole giuridiche tra cui quella di correttezza e buona fede, stante "l'immanente e perenne soggezione al comando della legge" [(46)].

Più delicati i rapporti tra l'evoluzione dell'istituto "contratto" dopo l'abbandono dell'astrazione totalizzante del negozio giuridico e il principio di correttezza e buona fede. Il primo è una realtà esposta a fonti eteronome, giuridiche, ma anche di mercato ormai globalizzato, di scambi senza accordi, di immagini che sostituiscono lo scritto o la parola [(47)], che fanno del contratto un fattore più che "regolante", "regolato" non più dagli usi o dalle semplici norme dispositive, ma da principi generali a carattere vincolante, tra cui il principio di correttezza e buona fede. Il diritto vivente di siffatta rilevante evoluzione è ben sottolineato da un titolo fortunato e significativo, "Il contratto del duemila" [(48)], in cui si sviluppa il passaggio dal modello unitario del contratto di diritto comune, con simmetria di potere contrattuale, alle diverse tipologie contrattuali attualmente richieste dal mercato, come "tipizzazione dell'operazione economica" [(49)].

Il passaggio dal contratto come monotipologia ai contratti come pluralità di tipologie in funzione del sottostante rapporto economico, comporta l'emergere della distinzione tra i contratti con simmetria di potere contrattuale tra le parti e gli attuali contratti asimmetrici, sempre più diffusi. Con l'ulteriore riflessione sull'ampliamento dei tipi contrattuali, nel senso che mentre per alcuni [(50)] è sufficiente la diversa tutela tra contratti simmetrici ed asimmetrici, altri [(51)] ritengono non utile, né funzionale, una tutela sostanzialmente unitaria per il consumatore e il professionista debole, propendendo per una trilogia. Sostengono, infatti, che, nell'ambito dei contratti asimmetrici, si debba distinguere tra contratti caratterizzati dall'esclusivo "scopo di consumo" che hanno dato luogo ad un'apposita normativa, il codice di consumo (*d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206* e successive modificazioni) [(52)], e il c.d. "terzo contratto", certamente asimmetrico, ma al fuori dello scopo di consumo, in cui elemento determinate è la tutela del contraente debole che può essere anche un professionista o l'ultimo imprenditore, nell'ambito della catena produttiva o distributiva, come il subfornitore (*l. 18 giugno 1998, n. 192*) o l'affiliato regolato dalla l. 24 maggio 2004, n. 129 (sull'affiliazione commerciale o anche nuovo contratto di *franchising*) [(53)].

Ne deriva, come corollario, che il principio di reciproca correttezza e buona fede tra contraenti costituisce ulteriore fattore insostituibile di tutela nelle ipotesi di asimmetria, sia se si tratti di consumatore, considerato "contraente profano" [(54)], se si tratti di imprenditore debole.
Nella protezione dell'asimmetria del potere contrattuale, la legislazione specie se di derivazione comunitaria tutela la parte, reputata debole nel contesto europeo, imponendo ai contraenti di evitare pubblicità decettiva o ingannevole e di descrivere non solo le prestazioni, ma anche le modalità delle stesse, in modo che la parte esposta a possibili abusi abbia certezza delle prestazioni da lei dovute o che a lei possono essere richieste in modo da interpretare secondo correttezza e buona fede l'operazione economica complessiva [(55)].
In conclusione, il contratto è un istituto in forte evoluzione che si va trasformando con imprevedibile rapidità, anche alla stregua degli stimoli che riceviamo dall'Unione Europea [(56)] e dalla globalizzazione economica. Significativo, a tal fine, il passaggio dalla causa astratta, ritenuta pilastro del sistema ed ora in via di abbandono per la preferenza alla causa concreta [(57)] che facilita il riequilibrio contrattuale del singolo rapporto.
Ciò ha influito e influisce sull'imprevedibile sviluppo della regola di correttezza e buona fede, trasformatasi in regola di responsabilità del singolo contraente e di governo del rapporto, il cui contenuto ampio e flessibile, induce a preferire, come emerge anche dalla giurisprudenza, il riequilibrio, e se occorre anche il risarcimento del rapporto pur di mantenerlo in vita, rispetto al rimedio caducatorio della regola di validità.
Il diritto vivente, che aveva già raggiunti risultati significativi - nell'interpretazione *dell'art. 2043 c.c.* sulla responsabilità civile da fatto dannoso esteso ai diritti di credito e agli interessi legittimi, nell'interpretazione *dell'art. 1218 c.c.* esteso all'inadempimento di qualsiasi obbligazione e non solo a quelle *ex contractu,* nell'interpretazione *dell'art. 2059 c.c.* in tema di danno non patrimoniale esteso alla lesione di un diritto inviolabile della persona costituzionalmente protetto - si è soffermato anche *sull'art. 1175 c.c.*
L'attuale sviluppo della regola di correttezza e buona fede, divenuta nel corso del tempo la stella polare del libro IV sulle obbligazioni, rappresenta il simbolo del nuovo volto del contratto nella società moderna [(58)], di una radicale svolta [(59)] che ha dato luogo ad una nuova generazione di rapporti giuridici *inter partes,* di contratti spesso asimmetrici, che ha come fonte anche il dovere giuridico della correttezza e buona fede, voluto dall'ordinamento, perché, governati dalla predetta regola, possano raggiungere un risultato equilibrato e positivo, non solo per le parti, ma con riflessi utili anche per l'economia ed il mercato.

---

(1) Sul collegamento alla solidarietà costituzionale, Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1965, 162; Franzoni, *Degli effetti del contratto*, vol. II, *Integrazione del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano 1999, 171 ss.; Kindler, *Il ricorso dei giudici alle clausole generali in Germania*, in *Contratto e impresa* 1998, 664; Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto-Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Milano 1970, 87 ss.
(2) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 122 ss. sulle aspirazioni metodologiche dell'età contemporanea che si rifà anche a criteri di valutazione extralegislativi. La traduzione italiana *Storia del metodo nella scienza giuridica* è pubblicata a Milano 1966, 187 ss.
(3) De Ruggero-Maroi, *Istituzioni di diritto privato,* VIII ed., Milano-Messina 1953, vol. II, 209 ed ivi in nota il richiamo alla concezione giuridico-religiosa degli estruschi.
(4) Di Blasi, *Il libro delle obbligazioni, Parte generale*, in *Commento al nuovo codice civile italiano,* II ed., Milano 1950, 15.
(5) Cass.27 marzo 1948, n. 474, in *Giur. compl. Cass. civ.* 1948, serie II, vol. XXVII, I, 316. La "modesta rilevanza complessiva dell'elaborato giurisprudenziale" è riportato nelle rassegne di giurisprudenza dell'epoca (Stella Richter - Vitucci, *Rass. di giur. sul c.c.,* lib. IV, t.1, Milano 1970, 15) da confrontare con quelle successive del 1994 o del 2009 (Vitucci, in Ruperto-Sgroi, *Nuova rass. di giur. sul c.c.,* Milano 1994, 5 ss.; Bellini, in Ruperto, *La giur. sul c.c.,* Milano 2009, 6 ss.).
(6) Nicolò, voce *Codice civile,* in *Enc. del dir.* vol. VII, Milano 1960, 247; in senso parzialmente critico, Torrente, *Il giudice e la legge,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 1261 ss., ove richiamando Cardozo, afferma che "il diritto dev'essere stabile e tuttavia non può restare fermo". Cardozo, *Il giudice e il diritto,* trad. di Gueli, Firenze 1961, 115, nel soffermarsi sull'evoluzione del diritto si accorge dell'elemento creativo dell'interpretazione.
(7) Pandolfelli, Stella Richter, Dallari, *Codice civile, Libro delle obbligazioni,* Milano 1942, 56.
(8) Kelsen, Reine Rechtslehre, *La dottrina pura del diritto,* Torino 1966, 63 ss.
(9) Cass. 16 febbraio 1963 n. 357, in *Foro pad.* 1964, I, 1283 con nota critica di Rodotà, *Appunti sul principio di buona fede.*
(10) Di recente, Carbone, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente* in questa *Rivista* 2011,2,153 ss. Santoro Passarelli, *A proposito del "diritto vivente"*, in *Iustitia*, 1993, 54; Esposito, *Diritto costituzionale vivente*, Milano, 1992; Mengoni, *Diritto vivente*, in *Digesto civ.*, Torino, 1990, vol. VI, 445.
(11) Si tratta di Cass., sez.un. 2 novembre 1979 n. 5688, in *Giur.it.* 1980, I, 1, 440 con nota di Di Majo, *Le forme di tutela contro i cosiddetti "poteri privati".*
(12) Mengoni, *Le obbligazioni*, in Aa.Vv., *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano 1993, 244 s. Per un'analisi storica dell'interpretazione attuale, L. Manna, *Le obbligazioni senza prestazione,* in Garofalo e Talamanca *Trattato delle obbligazioni,* vol. I, t. I, Padova, 2010, 4 *ss.* Di Majo, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, cit., 441 ss.
(13) Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft,* Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960, 122 ss. sulle aspirazioni metodologiche dell'età contemporanea che si rifà anche a criteri di valutazione extralegislativi. La traduzione italiana *Storia del metodo nella scienza giuridica* è pubblicata a Milano 1966, 188 ss. Nell'opera di Larenz, v'è un chiaro riferimento a Esser.

(14) Esser, *Grundsatz und Norm in der Richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, TÅ±bingen 1956, traduzione spagnola, *Principio y norma en la elaboraciòn jurisprudenzial del derecho privado*, Barcelona 1961, 76, 80, 83; Id.,*Vorverständniss und Methodenwald in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1972 traduzione italiana, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Camerino 1983, 132, 157.
(15) Barassi, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano 1948, 789.
(16) Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1953, 63.
(17) Irti, *Testo e contesto*, Padova 1996; Id., *Norme e fatti*, Milano 1984.
(18) Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 17, 34
(19) Corte cost. 10 febbraio 1981, n. 11, in *Raccolta ufficiale delle sentenze della Corte cost*., Roma 1981, vol. LVII, 67 ss., ma già Corte cost. 11 dicembre 1974, n. 276, *ivi* Roma 1974, vol. XLII, 427 ss
(20) Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 111; Morelli, *La funzione di orientamento ermeneutica della norma costituzionale e l'interpretazione adeguatrice delle norme ordinarie, in Funzioni della norma costituzionale*, Urbino 2000, 27 ss.
(21) Rescigno, *L'abuso del diritto,* Bologna 1998, 11 ss. ed in particolare la "nota bibliografica" 285 ss.; *Diritto privato 1997*, vol. III *L'abuso del diritto*, Padova 1998, dove accanto ai vari abusi del diritto, Taruffo, *Elementi per una definizione di "abuso del processo",* 435 ss.
(22) Oltre al citato articolo di Taruffo, Dondi, *Abuso del processo (diritto processuale civile),* in *Encicl. dir., Annali*, Milano, 2010, vol. III,1 ss.; Comoglio, *Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?,* in *Riv. dir. proc*., 2009, 1686; Gallo, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm*., 2008, 1005; Ansanelli, *Abuso del processo* [aggiornamento-2007], in *Dig.civ.,* Torino, tomo I, 1.
(23) Mazeaud-Tunc, *Traitè de la responsabilità civile,* Tome I, Montchrestien Paris, 704-2 à 704-12.
(24) Sulla "Jurisprudence, source de droit", Ghestin, *Traité de droit civil,* Paris 1994, 432
(25) Enneccerus-Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,* Erster Halbband, Tübingen 1959, 271 ss. Su *"Treu un Glauben" als Grundlage*, Esser, *Schuldrecht,* Karlsruhe 1960, 99 ss.; Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse,* Tübingen 1958, 17 ss.
(26) Burton, *Breach of Contract and the Ciommon Law Duty to Perform in Good Fait,* in *94 "Harv. L. Rev."* 1980, 369, tradotto da Di Paola e Pardolesi, *L'esecuzione del contratto secondo buona fede,* in *Riv. crit. dir. priv*. 1984, 13 ss.
(27) Il principio di correttezza e buona fede di solito viene considerato unitariamente, ma non manca chi lo esamina tenendo distinti i comportamenti delle parti: Bozzi, *Comportamento del debitore e attuazione del rapporto obbligatorio,* in Lipari Rescigno, *Diritto civile,* vol. III, parte I, *Il rapporto obbligatorio,* Milano 2009, 105 ss.; D'Amico, *Comportamento del creditore.* Mora accipiendi, ivi, 205 ss.
(28) *Cass. civ., sez. I, 14 novembre 1997, n. 11271,* in *questa Rivista,*1998, 5, 540 con nota di Fittipaldi; *Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2009, n. 15029*: l'abuso del diritto si traduce in un principio generale antielusivo che preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta. Rescigno, *L'abuso del diritto* con postfazione, cit., 271, nonché gli interventi sull'abuso del diritto, in *Diritto provato,* vol. III, cit.
(29) Scaglione, *Il mercato e le regole della correttezza*, nel *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova 2010, 59, ove si afferma che la correttezza è la regola di valutazione della condotta delle parti di un rapporto obbligatorio, è un vero e proprio strumento di integrazione cogente e di riequilibrio ed equità del rapporto, al fine di garantire la giustizia dello scambio.
(30) Cosi Baraldi, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale,* in *Contratto e impresa* 2005, 501 ss.; Gallo, *Trattato del contratto,* Torino 2010, 314 ss.; Id*., Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazione del contratto,* Torino 2009, 175 ss; Scaglione, *Corretta economica e autonomia privata,* Perugia 2007; D'Angelo, Monateri, Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale, modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino 2005; Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto,* ivi 539 ss.; Todaro, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, ivi 579 ss. Sul rapporto sempre più intenso tra il giudice e il contratto, Roppo, *Il contratto e le fonti del diritto*, ivi 2001, 1083.
(31) La giurisprudenza solo di recente individua nell'art. 1175 il cardine della disciplina delle obbligazioni, *Cass., sez. II, 1 marzo 2000, n. 2252,* in *Giust. civ. mass*. 2000, 506; *Cass. civ., sez. I, 5 novembre 1999, n. 12310, Società*, 2000, 303, con nota di Fusi, in *Dir. e pratica società*, 2000, 1, 59, con nota di Nisivoccia; *Cass. civ., sez. I, 28 gennaio 1998, n. 831,* I., 1998, I, 770, I., 1998, 1645; Da ultimo, *Cass., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14605,* in *Giust civ.* 2005, 117 ss., secondo cui: "La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà (derivante soprattutto *dall'art. 2 Cost.*) che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico".
(32) Sul problema, D'Amico, "*Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto,* cit., 146 ss. In giurisprudenza *Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725,* in *Contratti*, 2008, 221, con nota di Sangiovanni, in *Giur. it.,* 2008, 347, con n ota di Cottino. In *Dir. fall*., 2008, II, 1, con nota di Sartori, in *Giur. comm.*, 2008, II, 344, con nota di Gobbo, in *Resp. civ.*, 2008, 547, con nota di Greco.
(33) Sulla buona fede integrativa, Gallo, *Trattato del contratto*, vol. II, Torino 2010, 1376 s.; D'Angelo, *La buona fede,* in *Trattato Bessone*, vol. XIII, t. IV, 2 vol., Torino 2004, 33 ss.
(34) *Cass. civ., sez. I, 20 aprile 1994, n. 3775,* in questa Rivista,1994, 566, con nota di Carbone, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*.
(35) *Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106,* in *Contratti*, 2010, 5, con nota di D'Amico, in *Nuova giur. civ*.,2010, I, 231, con nota di Orlandi, Scognamiglio, Viglione, in *Danno e resp*. 2010, 347, con nota di Mastrorilli, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, 172, con nota di Orlandi, in *Giust. civ*., 2009, I, 2671, in *Resp. civ*., 2010, 345, con nota di Gentili, in *Dir. e formazione*, 2010, 186, con nota di Macario, in *Vita not*., 2010, 229, in *Giur. it*., 2010, 556, con nota di Monteleone, Scaglione, in *Rass. dir. civ*., 2010, 577, con nota Giorgini, in *Giur. it*., 2010, 809, con nota di Salerno.

[36] *Cass., sez. III, 31 maggio 2010, n. 13208, Rep.Foro it.* 2010, *Contratto in genere,* n. 499. In applicazione di tale principio, la Cassazione ha cassato la sentenza impugnata, che aveva dichiarato risolto per morosità un contratto di locazione, senza tener conto che il locatore avrebbe potuto compensare il suo credito con il maggior debito esistente nei confronti del conduttore
[37] Si ricorda la citata *Cass., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106,* in *Danno e resp*., 2010, 347.
[38] Secondo *Cass. civ., sez. III, 10 ottobre 2008, n. 25011,* in *Nuova giur. civ*., 2009, I, 328, con nota di Tarantino, in *Resp. civ*., 2009, 1837, con nota di Bolognini, "la conoscenza da parte dell'impresa assicuratrice della reticenza dell'assicurato o dell'inesattezza delle sue dichiarazioni, rilevante ai fini dell'annullamento del contratto di assicurazione, non può essere confusa con quella dei soggetti che non hanno il potere di rappresentarla, il cui stato soggettivo è irrilevante ai sensi *dell'art. 1391 c.c.*; peraltro non può escludersi che, anche in assenza del potere rappresentativo (come nel caso di espletamento della relativa attività da parte di procacciatore d'affari o agente privo di rappresentanza), possa verificarsi un trasferimento di conoscenze acquisite in relazione al rischio assicurato dall'incaricato alla compagnia di assicurazioni, sua mandante, ma, ai fini del recesso, è necessario che tale trasmissione di conoscenze sia concretamente provata dall'assicurato, anche mediante presunzioni". Secondo *Cass. civ., sez. III, 3 novembre 2010, n. 22353 Rep. Foro it*. 2010, *Contratto in genere*, n. 523, "per la legittima proposizione dell'eccezione di inadempimento è necessario che il rifiuto di adempimento - oltre a trovare concreta giustificazione nei legami di corrispettività e interdipendenza tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate - non sia contrario a buona fede, cioè non sia determinato da motivi non corrispondenti alle finalità per le quali esso è concesso dalla legge, come quando l'eccezione è invocata non per stimolare la controparte all'adempimento ma per mascherare la propria inadempienza; al fine del relativo accertamento assume rilevante importanza la circostanza che la giustificazione del rifiuto sia resa nota alla controparte solo in occasione del giudizio e non in occasione dell'attività posta in essere allo scopo di conseguire l'esecuzione spontanea del contratto".
[39] Bessone, *Dal dogma della volontà al moderno regime dei contratti,* in *Nuovi saggi di diritto civile*, Milano 1980.
[40] Domat, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel,* Paris 1723, 23 ss. Per la configurazione de "le contexte intellectuel de son époque", Ghestin, *Jean Domat et le code civil français",* in *Scritti in onore di Sacco*, Milano 1994, Tomo I, 533 ss.
[41] De Nova*, Il contratto ha forza di legge,* in *Scritti in onore di Sacco,* cit., Tomo II, 315 ss.
[42] Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, 2010.
[43] Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo comunitario delle fonti*, Napoli 2006, 346 ss.
[44] Pandolfelli, Scarpello, Stella Richter, Dallari, *Codice civile, Libro delle obbligazioni* cit., 156 ss e 192.
[45] Ne dà notizia, De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di Sacco*, cit., Tomo II, 320.
[46] Gallo, *Trattato del contratto*, cit., vol. II, 1528 ritiene l'espressione normativa *dell'art. 1372 c.c.* "sicuramente enfatica" in quanto vuole solo "asserire che le parti sono tenute a rispettare la parola data". Vettori, *Contratto e rimedi*, cit., 366 ss.
[47] Sartori, *Homo videns,* XII ed., Bari-Roma 2010, 19 ss.
[48] Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino 2002, 3 ss. Come sono mutati i tempi dal contrasto tra contratto e negozio giuridico, non disciplinato dal codice civile, ma dal B.G.B. lib. I *Allgemeiner Teil sez.III, Rechtsgeschäfte,* par. 104 ss. e le due voci di Galgano, in *Enc.dir*., vol.27, Milano 1977, 932 ss. e di Mirabelli, in *Enc.dir*., vol. 28, Milano 1978, 1 ss.
[49] Gabrielli, *Contratto e contratti*, op. cit., 25, ove riflettendo tra contratto e operazione economica chiarisce il passaggio dal "tipo di contratto" al tal "tipo di operazione economica".
[50] Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto),* in *Riv. dir. privato*, 2007, 669, 692 ss.
[51] Pardolesi, Prefazione, in Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino 2004, XI ss.; Gitti, Prefazione, in AA.VV. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. Le metamorfosi del contratto*, Bologna 2006, 12.ss
[52] Cuffaro, *Codice del consumo*, II ed. Milano 2008, 14 ss.; Vettori, *Codice del consumo*, Padova 2007, 45 ss.
[53] Sull'abuso della forza economica e sugli strumenti di tutela adottati dagli altri paesi europei, Gianola, *Terzo contratto*, in *Dig. disc. Priv*. Aggiornamento cit., 574 ss.
[54] Sulla debolezza contrattuale di tipo informativo che rende il consumatore un "contraente profano" e sui rapporti tra consumatore e professionista, Gabrielli, *Contratto e contratti*, cit., 453 ss.
[55] Corte giust. 18 novembre 2010, n. C-159/09, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2011, 321, con nota di Masini.
[56] Cfr. la recente proposta di un dibattito sul codice europeo dei contratti, in *Contratto e impresa/Europa* 2011, 475.
[57] Di Leo, *Contratto di assicurazione e causa concreta*, in *Nuova giur. civ*., 2010, I, 451; Galati, *Brevi osservazioni in tema di c.d. "causa concreta" del contratto*, in *Giur. it*., 2009, 1657; Ferrante, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impr.,* 2009, 151; Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore ed inutilità della prestazione: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*, in questa *Rivista*, 2008, 7, 925; Rossi, *La teoria della causa concreta e il suo esplicito riconoscimento da parte della Suprema Corte,* in *Rass. dir. civ.,* 2008, 569.
[58] Bessone, *Il contratto nella società moderna*, Milano, 2002.
[59] Occorre prendere atto che si tratta di "una svolta radicale e senza ritorno": Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative,* in *Riv. dir. civ*. 2011, 735 ss. specie 738.

**LA RINEGOZIAZIONE CONTRATTUALE NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO**
Franco Trubiani

**FONTE** Obbl. e Contr., 2012, 2, 134 *Contratto in generale*
Sommario: 1. Premessa: la rinnovata attenzione all'adeguamento del contratto - 2. Fondamenti della rinegoziazione. Cenni sulla teoria della c.d. presupposizione - 3. Collocazione sistematica della rinegoziazione - 4. Adeguamento e rinegoziazione nel diritto privato europeo

## 1. Premessa: la rinnovata attenzione all'adeguamento del contratto

Gli studi sul tema della rinegoziazione dei contratti di durata hanno ricevuto, in tempi relativamente recenti, un forte impulso da una parte della dottrina italiana(1), confermando la tendenza degli ultimi anni della letteratura scientifica ad occuparsi «sempre meno di regole, e sempre più di principi o valori»(2), forse anche a causa dell'ontologica indeterminazione della norma e dell'intero sistema giuridico normativo(3).
Il termine «rinegoziazione» significa, in primo luogo, riapertura di trattative o contrattazioni(4) e ciò già indica il carattere stesso del tema in esame: la possibilità di "riaprire" un contratto già concluso che sta già dispiegando i propri effetti.
La rinegoziazione, quindi, opera nella fase esecutiva del contratto, non incidendo sul regime di invalidità dello stesso(5).
La definizione introduce alla grande rilevanza che ha il fattore tempo nel nostro ordinamento «quale criterio di valutazione delle vicende giuridiche»(6), al fine di risolvere le problematiche legate ai contratti di durata.
Rinegoziazione ha anche il significato di obbligo di comportamento spettante alle parti alla luce di un mutamento delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto o durante la fase esecutiva(7).
Muovendo dal dato positivo, è agevole osservare che il nostro codice civile non conosce, quanto meno in termini generali, l'istituto della rinegoziazione(8).
In realtà, vi sono ipotesi tipizzate in cui si prevede, a determinate condizioni, la ridiscussione dell'accordo contrattuale già definito(9). Si consideri ad es. *l'art. 1623 c.c.*, in tema di contratto di affitto, rubricato «Modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale»(10), e più in generale le norme sull'affitto dei fondi rustici(11). Nei casi tipizzati dal codice e quando vi è stata una modifica importante del rapporto contrattuale, entrambe le parti possono, in sostanza, rinegoziare il contratto ricorrendo o all'aumento o alla diminuzione del fitto (esempio tipico di rimedio c.d. manutentivo) oppure ricorrere allo scioglimento del vincolo negoziale (esempio tipico di rimedio c.d. ablativo).
Altro esempio di norma in cui rileva il tema della rimodulazione del contratto è *l'art. 1664 c.c.*(12), in tema di appalto(13), che prevede la possibilità, in determinati casi, di adeguare il prezzo; nulla esclude però che le parti possano in sede di formazione del contratto limitare o escludere, con apposita clausola (che potrebbe risultare vessatoria)(14), l'adeguamento del prezzo. Tale norma non appare però sufficiente a risolvere tutti i problemi che possono sorgere durante l'esecuzione del contratto d'appalto, poiché le circostanze sopravvenute si riferiscono esclusivamente agli aumenti o diminuzioni del costo di materiali o mano d'opera superiori al decimo del prezzo complessivo(15).
Anche solo da queste sommarie indicazioni, emerge che la scelta legislativa, in questi casi, è nel senso di preferire, in ragione di un'ottica di mercato che privilegia le ragioni dell'efficiente allocazione delle risorse(16), una possibile rimodulazione del prezzo anziché offrire alle parti la risoluzione del contratto.
Questa scelta, come si può facilmente notare, persegue una soluzione opposta rispetto alla disciplina generale di governo delle sopravvenienze(17).
La possibilità di procedere ad una revisione del contratto è prevista anche in altre norme, sia codicistiche che extracodicistiche(18), le quali, tuttavia, rimangono episodi isolati(19).
Aldilà di queste ipotesi, ad ogni modo, il legislatore ha scelto la via opposta: quella basata sul principio secondo il quale quanto stabilito nel contratto va necessariamente osservato (*pacta sunt servanda*)(20).
In sostanza, gli impegni presi dalle parti sono da rispettare, indipendentemente da eventuali circostanze sopravvenute: il legislatore si preoccupa solo del caso in cui venga superata la normale alea del contratto (*art. 1467 c.c.*) e se si tratta di un contratto nel quale una sola parte abbia assunto obbligazioni questa potrà chiedere la riduzione della sua prestazione o la riconduzione della stessa ad equità (*art. 1468 c.c.*)(21).
Queste norme, tuttavia, prevedono come rimedio la risoluzione del contratto, ovvero il rimedio ablativo per eccellenza.
*L'art. 1467 c.c.*(22), norma che tipizza per la prima volta la clausola *rebus sic stantibus*(23), inoltre, ha il proprio fondamento nell'interesse dell'ordinamento a garantire il mantenimento dell'originario equilibrio economico del contratto, a fronte di possibili sopravvenienze di vario genere(24).
Risolvendo il contratto non si può adeguare o rimodulare più nulla proprio perché, come ha sostenuto acuta dottrina, la risoluzione uccide il rapporto contrattuale. La rinegoziazione dovrebbe servire a curarlo(25).
Tutto ciò dimostra la necessità di un cambiamento di prospettiva che consenta di enucleare le diverse esigenze che hanno determinato una nuova risposta al problema delle sopravvenienze.
La vera esigenza non è quella di risolvere il contratto o di variare l'alea dell'affare(26), bensì di stabilizzare i rapporti che si protraggono nel tempo, facendo sì che le parti tornino ad essere soddisfatte del contratto che hanno già sottoscritto, in ossequio al tradizionale principio di conservazione del contratto(27), anche perché la prassi dei commerci, in particolare

quelli internazionali, evidenzia che, nel corso dell'esecuzione del contratto, possono variare diversi aspetti dell'accordo come ad es. la determinazione (o la determinazione successiva) del corrispettivo in denaro o le modalità della prestazione di consegna di beni o servizi(28).
Per quanto riguarda le problematiche legate alla determinazione del prezzo, normalmente nei contratti a lungo termine, soccorrono le c.d. clausole di adeguamento automatico(29), specialmente nei casi di obbligazioni pecuniarie(30) al fine di contenere le conseguenze dell'applicazione del principio nominalistico ai sensi *dell'art. 1277 c.c.*(31).
I contraenti, nell'estrinsecazione della loro autonomia negoziale *ex art. 1322 c.c.*, prevedono le c.d. clausole di indicizzazione per tutelarsi in caso di deprezzamento della valuta, salvaguardando, in realtà, il creditore a fronte di una svalutazione monetaria.
In tal ottica, risulta evidente che lo scopo dell'inserimento nei contratti a lungo termine di clausole di indicizzazione è quello di lasciare al debitore il rischio delle variazioni nel potere di acquisto della moneta(32).
Così operando, si capisce chiaramente che le clausole di indicizzazione, nei contratti a lungo termine, sono indispensabili(33); ciò perché la tendenza generale delle valute è verso il deprezzamento anche in situazioni di normalità(34).
Di norma il nostro codice propende per rimedi di tipo ablativo ma ciò, come abbiamo visto, produce esattamente l'effetto opposto rispetto a ciò che si vorrebbe: l'adeguamento del contratto(35).
Rispetto al profilo da ultimo evocato, anche la dottrina(36) ha mostrato una propensione verso la disciplina dello scioglimento del contratto(37).

## 2. Fondamenti della rinegoziazione. Cenni sulla teoria della c.d. presupposizione

Se ci si interroga su quali contratti devono (*rectius*: possono) rinegoziarsi, risulta di sicura utilità il ricorso agli strumenti offerti dall'analisi economica del diritto(38).
La base di partenza dell'analisi economica del diritto è il concetto di efficienza(39): l'analisi delle norme deve condurre a soluzioni che si basano su questo criterio(40).
Necessario corollario di questa teoria è la considerazione per cui le parti che si trovano a dover eseguire una prestazione dovrebbero poter valutare, nell'intervallo di tempo tra la conclusione del negozio e la sua esecuzione, la possibilità di procedere ad una diversa allocazione delle risorse(41).
Efficienza legata anche all'obiettivo di minimizzare i costi legati al rischio di una possibile frustration dei contraenti(42).
L'analisi economica del diritto si caratterizza quindi, in particolare, oltre alla sua funzione conoscitiva (volta alla spiegazione dei fenomeni giuridici), anche per quella predittiva, cioè di previsione degli effetti delle regole giuridiche(43).
La dottrina più sensibile a questo tema(44) si richiama alla teoria dei c.d. «contratti incompleti»(45).
L'esigenza di fondo è quella di rendere maggiormente flessibili le relazioni contrattuali e stabilizzare i rapporti che si protraggono nel tempo(46).
Nei contratti c.d. «long term», in cui l'individuazione delle prestazioni contrattuali è difficile al momento della conclusione del contratto, si può verificare il fenomeno dell'incompletezza del contratto stesso(47).
Queste esigenze sorgono in base a diversi aspetti da tener presenti:
a) La globalizzazione dei processi produttivi (e con essa il decentramento produttivo) espone il sistema dei rapporti commerciali a rischi legati agli scenari politici(48);
b) La straordinaria innovazione tecnologica degli ultimi anni fa «accrescere il rischio che l'utilità di una prestazione svanisca nel volgere di un tempo non preventivabile»(49).
c) Le recenti crisi economiche e il problema della reperibilità delle materie prime pongono in essere rischi di squilibri quantitativi del sinallagma contrattuale(50).
d) Il mutamento della natura dei soggetti che interagiscono sul mercato: si è passati dal singolo operatore commerciale alle grandi imprese multinazionali(51), con un forte rischio di accordi anticoncorrenziali(52) e con tutte le problematiche legate all'abuso di dipendenza economica nel contratto di subfornitura *ex art. 9, l. n. 192/1998*(53).
Le ipotesi sopra descritte ipotizzano uno scenario di questo tipo: le parti, assumendo una scelta ponderata, rinunciano a disciplinare ogni singolo aspetto del loro rapporto, anche per la difficoltà che hanno le parti di individuare preventivamente i possibili punti deboli e le variazioni che potranno accadere durante la fase esecutiva del contratto.
Non solo: i contraenti potrebbero non conoscere anche l'incidenza stessa di queste variabili sull'equilibrio contrattuale originario(54).
Questo scenario, tuttavia, non è sufficiente a descrivere l'incompletezza dei contratti(55); infatti nulla esclude, anche se ciò accade raramente nella prassi del commercio internazionale, che un contratto possa essere incompleto per superficialità, inesperienza o totale assenza di professionalità dei contraenti.
Tutto ciò causa una sorta di deficit cognitivo che rende impossibile, in sede di formazione del contratto, la conoscibilità di tutti i possibili rischi dell'affare(56).
Le eventuali sopravvenienze saranno governate in un momento successivo attraverso gli istituti riconducibili al c.d. «governo delle sopravvenienze».

In sostanza, il contratto sarà incompleto se non prevede la possibilità di adeguare il suo contenuto nel caso in cui vi siano sopravvenienze esterne non prevedibili dalle parti, che potrebbero incidere sull'equilibrio contrattuale(57).
Sulla base di tale ordine di considerazioni, sarà necessario rinegoziare il contratto o in ultima istanza affidarsi al giudice, come vedremo, onde evitare il rischio di paralisi del rapporto stesso(58): situazione che vanificherebbe la volontà dei contraenti.
Il problema che si sta analizzando è il seguente: cosa può accadere in un contratto di durata nel caso in cui sopraggiungano delle sopravvenienze inaspettate?
A questo punto risulta necessario svolgere qualche riflessione sul tema della c.d. presupposizione(59) e più in generale sulla c.d. giustizia contrattuale(60), formula ormai divenuta di uso corrente nella dottrina civilistica italiana(61).
La c.d. presupposizione, com'è noto, trova origine dall'intuizione della dottrina tedesca(62) e nasce al fine di rispondere in via interpretativa ad un'esigenza sorta nella prassi negoziale nel caso in cui si realizzi una sensibile alterazione dell'equilibrio contrattuale originario: in particolare essa riguarda la rilevanza delle circostanze esterne al contratto decisive al fine di concludere lo stesso(63).
In sostanza, può trattarsi di una situazione, di fatto o di diritto, che le parti, in mancanza di una specifica pattuizione, ritengono fondamentale ai fini del permanere del vincolo contrattuale(64).
Tuttavia la figura della presupposizione che si realizza all'interno di una possibile teoria generale delle sopravvenienze(65), si risolve anch'essa nella possibilità di una risoluzione del contratto stesso: obiettivo, come si è già osservato, opposto a quella della rinegoziazione(66).

### 3. Collocazione sistematica della rinegoziazione

Occorre ora verificare se la rinegoziazione possa aspirare ad divenire nel nostro ordinamento privatistico un vero e proprio istituto giuridico.
Un attento autore, in un suo interessante saggio di qualche anno addietro(67), ha analizzato una serie di ipotesi nelle quali le stesse parti danno luogo ad una nuova stipulazione del contratto come la ripetizione(68), la rinnovazione(69) e la rinegoziazione: egli propone di considerare tali ipotesi all'interno di una sola categoria dogmatica, la quale, tuttavia, non consisterebbe in un vero e proprio istituto giuridico.
Per quanto riguarda la rinegoziazione, il suddetto autore si chiede se essa possa aspirare a divenire un istituto giuridico a sé stante, per poi giungere a risposta negativa(70).
Altro indirizzo interpretativo(71), invece, opta per la soluzione opposta considerando che la rinegoziazione contrattuale possa, ormai, assurgere a categoria giuridica ben identificata, sulla base di un rinnovato interesse per lo studio delle clausole generali del diritto dei contratti(72), utile per tutelare meglio i contraenti.
Indubbiamente la mancanza di un qualsiasi diretto appiglio normativo non giova a favore di chi considera che la rinegoziazione abbia dignità di categoria concettuale a sé: ciò, tuttavia, non è preclusivo al fine della nostra indagine.
La rinegoziazione contrattuale dovrebbe essere inserita, all'interno di un ipotetico capitolo di un libro, dedicato alle vicende del rapporto contrattuale(73).
Durante la fase attuativa del rapporto negoziale può avvenire il c.d. turbamento del sinallagma contrattuale, il quale è determinato dalla condotta inadempiente tenuta da una delle parti oppure da imprevedibili fattori sopravvenuti.
Le c.d. sopravvenienze esigono un loro «governo» al fine di stabilire dei correttivi volti a riequilibrare le prestazioni sempre però garantendo la certezza dei traffici giuridici.

### 4. Adeguamento e rinegoziazione nel diritto privato europeo

Posta quindi la necessità di una disciplina della rinegoziazione, occorre interrogarsi sul funzionamento e sulle modalità di estrinsecazione della stessa che spesso possono risultare problematiche(74).
Innanzitutto, risulta evidente che le parti rinegoziano tutto o in parte il programma contrattuale quando vi è necessità: come si è già sottolineato in precedenza, nei contratti a lunga durata può accadere che le parti non siano più soddisfatte del precedente accordo e vogliano adeguarlo alle nuove esigenze.
Ormai comuni nella prassi dei commerci internazionali(75) e previste anche dai Principi Unidroit(76) agli artt. 6.2.1, 6.2.2, 6.2.3, vi sono le c.d. clausole di hardship(77): esse si caratterizzano perché mirano a preservare l'equilibrio economico del contratto in corso di esecuzione(78).
Le clausole di hardship sono clausole di origine pattizia con cui le parti, in caso di fattori sopravvenuti, si impegnano ad iniziare una nuova trattativa al fine di discutere la possibilità di apportare modifiche al programma contrattuale originario.
Si tratta di un rimedio che si differenzia rispetto alle soluzioni proposte dal nostro ordinamento perché si tratta di un istituto di carattere generale non sottoposto alle limitazioni previste ad es. dall'eccessiva onerosità sopravvenuta provocata da eventi straordinari e imprevedibili di cui *all'art. 1467 c.c.*
Tali previsioni, spesso, indicano anche le modalità con cui si devono svolgere queste trattative e i criteri da seguire nello svolgimento delle stesse.

Come per le clausole di indicizzazione, anche le clausole di hardship sono al confine con le clausole di rinegoziazione anche se, si differenziano da quest'ultime, per l'accentuazione della finalità perequativa(79).
Molto interessante risulta essere, al fine di verificare l'incidenza di tali clausole nel nostro ordinamento, un lodo pronunciato qualche anno fa da un Collegio arbitrale, in relazione ad una compravendita di un pacchetto azionario con differimento del saldo del prezzo(80), tant'è che un attento autore ha sostenuto che, attraverso questo lodo, la clausola di hardship sia entrata anche in Italia(81).
Dètto lodo ha stabilito la possibilità di configurabilità, nel nostro ordinamento, di un dovere di rinegoziazione, sulla base della buona fede integrativa ex *art. 1375 c.c.*, nel caso di un disequilibrio sopravvenuto delle prestazioni.
Altro istituto previsto dai Principi Unidroit molto interessante, soprattutto perché fino a qualche anno fa era privo di riscontro nel nostro ordinamento(82), è quello della gross disparity (art. 3.10)(83): vi è gross disparity quando un contratto o una sua clausola attribuisce ad una parte un vantaggio eccessivo rispetto all'altra.
Il contraente gravato dalla gross disparity può chiedere l'annullamento del contratto o di una singola clausola: il giudice, per evitare l'annullamento del contratto, è autorizzato a correggerlo in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio (art. 3.10.2).
Così operando, risulta del tutto evidente che viene fortemente tutelata la libertà contrattuale (espressa, peraltro, già dall'art. 1.1) che riscontra i propri limiti solo nella buona fede e correttezza.
In tal modo, l'equità correttiva opera per riequilibrare il contratto(84) ed entra nel contratto la sopraccitata *lex mercatoria*(85), qui espressione, in particolare, della volontà di veicolare principi, nati in altre esperienze giuridiche, all'interno del diritto codificato(86).
Il suddetto tema si potrebbe anche ricollegare al ripensamento critico del regime delle invalidità e dei rimedi risarcitori concepiti all'interno del nostro codice(87).
I Principi Unidroit si mostrano davvero innovativi, in particolare, per quanto attiene al punto di vista dei rimedi(88), avendo previsto l'annullamento del contratto, eventualmente evitabile per il contraente che lo subirebbe con l'offerta di un adattamento del contratto(89) e soprattutto la possibilità per il giudice di modifica il contratto al fine di riequilibrarlo basandosi sui criteri di correttezza.
Soluzione diversa è prevista dai Principi di diritto europeo dei contratti (PDEC)(90), che all'art. 4:109 autorizzano il giudice, in caso di ingiusto profitto o vantaggio iniquo, a modificare il contratto «in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza».
La natura imperativa della regola di buona fede codicistica sulla base del suo valore di ordine pubblico non è in discussione, almeno in questa sede: ci si può, tuttavia, interrogare sulla particolare clausola di buona fede prevista dai PDEC.
Un autorevole autore(91) ha riferito l'operatività della buona fede ad un compito di riequilibrio del contratto, in via di autointegrazione, mancando altro riferimento concreto, cioè nel caso in cui vi sia una lacuna del regolamento stesso: questo fenomeno di autointegrazione, che si collega al limitrofo dibattito sulla concretizzazione della clausola di buona fede(92), opera quando sia necessario intervenire sul contratto in funzione correttiva(93), avendo l'obiettivo di far emergere gli interessi delle parti in tutti i suoi aspetti(94).
Queste conclusioni non sono accettate da altro indirizzo dottrinale(95) che, al contrario, sostiene la teoria dell'eterointegrazione, sia pur con diverse sfumature.
Tale dottrina, fortemente critica anche nei confronti della rinegoziazione e più in generale della stessa interpretazione evolutiva della buona fede, sostiene che la clausola di buona fede rappresenti nei PDEC uno strumento di eterointegrazione che opera con riferimento ai valori e alle prassi di mercato.
In ogni caso, entrambe le codificazioni (Principi Unidroit e PDEC), comunque, hanno in comune la parificazione del rimedio ablativo e conservativo.
In questo contesto europeo di rinnovamento del diritto contrattuale, si inserisce la recente riforma tedesca delle obbligazioni del 2002(96): il legislatore ha previsto nel § 313 BGB la possibilità di adeguamento o di scioglimento del contratto in difetto di specifiche previsioni contrattuali(97): in particolare, affinché si possa procedere a rimodulazione del contratto, è necessario che il mutamento delle circostanze sia tale che non si possa ragionevolmente imporre ad una parte il mantenimento del contratto invariato, tenendo conto di tutte le circostanze previste dal caso concreto.
Siffatta disposizione, a dir il vero unica tra tutte le disposizioni di tutti i codici civili europei, risulta essere molto interessante anche per l'idea di parificare le circostanze soggettive (che, in sostanza, corrispondono al nostro istituto dell'errore) a quelle oggettive sopravvenute che possono alterare notevolmente l'equilibrio del contratto, tutelando le parti dal loro errore(98).
È indubbio che una norma del genere, di tale utilità, non è presente nel nostro ordinamento(99).
Il fondamento di tale disposizione si trova nella rivalutazione del ruolo della clausola di buona fede espressa nel § 242 (Leistung nach Treu und Glauben), sulla spinta di una dottrina e di una giurisprudenza molto sensibile al tema.
Infatti, già prima della riforma del BGB, la giurisprudenza teutonica ammetteva l'adeguamento giudiziale del contratto invocando il § 242.

Itinerario opposto, invece, segue il recentissimo Common European Sales Law (CESL)(100), che nega cittadinanza all'istituto della rinegoziazione e più in generale ai rimedi manutentivi (ma anche ad es. alla nostra clausola risolutiva espressa), sostenendo la teoria anglosassone della c.d. sanctity of contract(101), in cui vengono rifiutati gli interventi esterni sul contratto(102), privilegiando, altresì, come rimedio, il pagamento dei c.d. compensatory damages.
A tale specifico riguardo va sottolineato che siffatta soluzione, tuttavia, sembra essere decisamente meno sensibile al concetto di giustizia sociale espressa dalle altre codificazioni già citate(103); il tutto, probabilmente, è dovuto anche ad un approccio che sembrerebbe essere votato alla semplificazione rispetto alle previsioni articolate delle legislazioni europee e verso una più rapida circolazione dei beni, all'insegna del già citato, principio di efficienza.

---

(1) Si vedano, tra gli altri, le fondamentali monografie di V.M. Cesàro, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996 (recensione di Timoteo, *Contratto e tempo. Note a margine di un libro sulla rinegoziazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1998, 619 ss.); Marasco, *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006. L'argomento è stato anche affrontato da M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 467 ss.; Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Padova, 1988; F. Gambino, *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004; Gorni, *Le clausole di rinegoziazione*, in *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa. Esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi. Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*, Milano, 1992, 37 ss.; Frignani, *Le clausole di hardship*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, Milano, 1992, 323 ss.; Id., *Il contratto internazionale*, in *Tratt. Galgano*, XII, Padova, 1990; Grande Stevens, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998, 195 ss.; P. Rescigno, *L'adeguamento del contratto nel diritto italiano*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato. Patologie dei contratti e rimedi. Diritto e prassi degli scambi internazionali*, cit., 304 ss.; Sicchiero, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, 774 ss.; Traisci, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003; Al Mureden, *Le sopravvenienze contrattuali tra lacune normative e ricostruzioni degli interpreti*, Padova, 2004; Zaccheo, *Risoluzione e revisione del contratto*, Milano, 2000; Mauceri, *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Europa dir. priv.*, Milano, 2007, 1095 ss. Un'accurata disanima delle problematiche legate alla rinegoziazione nell'ambito dei contratti pubblici è svolta da Lopilato, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. Tar*, 2006, 1911 ss.
(2) L'espressione è di Barberis, *Etica per giuristi*, Roma-Bari, 2006, IX.
(3) Pugliatti, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1950, 66; Id., *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, 298 ss.; e in Id., *Scritti giuridici*, III, Milano, 2011, 455 ss.
(4) «Rinegoziazione», in Devoto e Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 1995, *ad vocem*.
(5) R. Tommasini, *Revisione del rapporto*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 104 ss.: «La revisione costituisce strumento operativo di conservazione dell'equilibrio tra le prestazioni soltanto nella fase di attuazione fisiologica del rapporto».
(6) L'espressione è di Macario, *op. cit.*, 79.
(7) Sicchiero, *op. cit.*, 775.
(8) Nonostante il suggerimento in tal senso di Andreoli, *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 371 ss., per il quale, peraltro, la revisione del contratto non si doveva limitare all'appalto bensì estendersi a tutti i contratti.
(9) Risulta necessario chiarire fin d'ora che per indicare la ridiscussione si può utilizzare anche lo stesso termine «rinegoziazione» ma non «revisione»: prima si ridiscute (o si rinegozia) poi, eventualmente, si arriverà alla revisione del contratto. Segnala una certa confusione terminologica anche Macario, *op. cit.*, 10, nt. 2, il quale sostiene, a ragione, che «nella lingua italiana i termini adeguamento, adattamento e revisione non sono perfettamente intercambiabili».
(10) Art. 1623, 1° co., c.c.: «Se, in conseguenza di una disposizione di legge, di una norma corporativa o di un provvedimento dell'autorità riguardanti la gestione produttiva, il rapporto contrattuale risulta notevolmente modificato in modo che le parti ne risentano rispettivamente una perdita e un vantaggio, può essere richiesto un aumento o una diminuzione del fitto ovvero, secondo le circostanze, lo scioglimento del contratto». Sul tema Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 1995, 635, sostiene che la disciplina *dell'art. 1623 c.c.* sia «una misura contro gli eventi perturbatori dell'equilibrio sinallagmatico che appartiene alla grande famiglia dei rimedi contro la sopravvenienza contrattuale».
(11) Sul tema E. Romagnoli, *Affitto. Disposizioni generali*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1978, 185 ss.; G. Bivona, *Affitto di fondi rustici. Affitto a coltivatore diretto*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995; Soldà, *Art. 1623 – Modificazioni sopravvenute del rapporto contrattuale*, in *Comm. Cendon*, Milano, 2009, 721-722.
(12) *Art. 1664 c.c.*: «Onerosità o difficoltà dell'esecuzione». «Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo. Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso». Recentemente, *Cass., 13.1.2010, n. 380,* in *Contr.*, 2010, 653 ss., con nota di Tarantino, *Equo compenso e responsabilità dell'appaltatore*, ha chiarito che l'equo compenso di cui all'art. 1664, 2° co., c.c., dovuto in dipendenza della c.d. «sorpresa geologica», costituisce un supplemento di natura indennitaria proporzionale al prezzo, assolvente alla funzione di reintegrare l'appaltatore dei maggiori oneri, rispetto al compenso contrattuale, subiti per effetto delle impreviste ed imprevedibili difficoltà incontrate nell'esecuzione della prestazione.
(13) Per un approfondimento sul tema v. Cagnasso, *Appalto e sopravvenienza contrattuale. Contributo a una revisione della dottrina dell'eccessiva onerosità*, Milano, 1979; V. Franceschelli, *L'appalto come contratto a struttura elastica*, in *Contr.*, 1994, 385 ss.; Iudica,

*Sorpresa geologica e revisione del contratto*, in *La disciplina dell'appalto tra pubblico e privato*, a cura di Alpa, Conte, Di Gregorio, Fusaro e Perfetti, Napoli, 2010, 11 ss.; Macario, *La rinegoziazione delle condizioni dell'appalto*, in *Appalto pubblico e privato. Problemi e giurisprudenza attuali*, a cura di Iudica, Padova, 1997, 135 ss.; L.V. Moscarini, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984, 717 ss.; R. Tommasini, *Appalto privato ed inflazione*, in *Diritto monetario*, a cura di Irti e G. Giacobbe, in *Diz. Irti*, Milano, 1987, 1 ss.; Giannattasio, *L'appalto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XXIV, Milano, 1967, 128 ss.; Virgadamo, *Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazioni delle condizioni contrattuali*, in *Giust. civ.*, 2008, II, 11 ss. Molto interessante è la monografia di Amore, *Appalto e claim*, Padova, 2007, che analizza la figura tipicamente anglosassone del claim, consistente in una richiesta di rinegoziazione a seguito di un mutamento delle circostanze nella fase esecutiva del contratto, proponendo infine un suo utilizzo anche nel nostro ordinamento al fine di risolvere il problema delle sopravvenienze in tema di appalto.

(14) *Contra* V.M. Cesàro, *op. cit.*, 63, nt. 48.

(15) Così, tra gli altri, Cagnasso, *op. cit.*, 178 ss.

(16) M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 232, il quale sostiene che «In questo diverso modello, dunque, al debitore della prestazione sono garantite tanto la certezza dello scambio che l'equilibrio sinallagmatico in esso convenuto; mentre il rischio di sopravvenienze che alterino tale equilibrio è integralmente allocato sul creditore della prestazione del tutto a prescindere dal suo consenso». Da ultimo, interessante è la disposizione prevista all'art. 40, d.lg. 23.5.2011, n. 79 (c.d. «Codice del Turismo»), che prevede la revisione del prezzo forfetario di vendita dei pacchetti turistici (anche nell'ipotesi di rialzo anche, in ogni caso, non superiore al 10% del prezzo originario) nel caso in cui avvengano sopravvenienze legate al viaggio.

(17) Analoga considerazione svolge anche C.M. Bianca, *Diritto civile*, V, *La responsabilità*, Milano, rist. 2011, 46, il quale sostiene la natura derogante alle regole generali di tale norma.

(18) Per un'analisi delle stesse v. Sicchiero, *op. cit.*, 778 ss.

(19) In senso completamente opposto si pone Marasco, *op. cit.*, 35, il quale sostiene, al contrario, che «Diverse sono le disposizioni normative che richiamano lo strumento revisorio, tante da potersi ritenere che, in linea di principio, ad esso l'ordinamento giuridico abbia finito col riconoscere portata generale».

(20) Sul tema si rimanda, tra gli altri, a De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del 3° millennio*, a cura di Cendon, II, Milano, 1994, 315 ss., il quale, dopo una premessa di carattere storico, analizza la funzione ed il significato della formula «il contratto ha forza di legge tra le parti». Detto principio, oggi, sulla spinta di un «nuovo» diritto dei contratti, sembra aver perso parte del suo significato in base alle disposizioni delle nuove leggi di settore. Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, 34-35, nota che «contro questo valore del vincolo le nuove discipline dei contratti del consumatore lanciano una sfida pesante. E infatti si è visto che molto spesso, nel contratto del consumatore, il vincolo contrattuale è nella disponibilità unilaterale di una parte, la parte protetta». Diversamente si pone F. Gambino, *op. cit.*, 76 ss., secondo cui, invece, «la formula linguistica il contratto ha forza di legge tra le parti, sembra svuotarsi di ogni elemento retorico per esprimere, al contrario, il vigore normativo dell'atto di autonomia e la funzione immobilizzante che questo svolge sul contegno futuro dei contraenti». Tale assunto, anche alla luce dello sviluppo del concetto di buona fede, risulta discutibile: le parti, nonostante abbiano concluso il contratto, possono ritirare la parola data: nel caso avvenga la sospensione dell'adempimento *ex art. 1460 c.c.* o nel caso in cui la controparte rifiuti di rinegoziare il contratto, si andrà dal giudice. Sicuramente condivisibile è, al contrario, la considerazione secondo cui vi è un diritto di esigere la rinegoziazione prima del verificarsi dei presupposti *dell'art. 1467 c.c.* Anche nell'ambito della dottrina attenta al tema del diritto privato europeo, si assiste ad un forte ridimensionamento della formula *pacta sunt servanda*. Tra gli altri, v. Eidenmuller, *Why withdrawal rights?*, in *ERCL*, 2011, 2 ss., il quale, dopo aver sostenuto l'importanza storica di tale principio poiché esso è basilare per un diritto privato liberale, aggiunge che «Notwithstanding the historically proven importance of pacta sunt servanda, the principle has slowly been eroded in Europe over recent decades due to the proliferation of withdrawal rights. Such rights are an important element of the European consumer law acquis and its further devolpment»: in sostanza, la venuta meno dell'importanza di tale principio si deve anche alla proliferazione, nell'ambito del diritto dei consumatori, dei c.d. recessi di pentimento, sconosciuti al legislatore codicistico italiano.

(21) Sull'argomento la bibliografia è davvero sterminata; senza pretesa di completezza v. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; De Martini, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Milano, 1950; P. Gallo, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Digesto civ.*, VII, Torino, 1991, 234 ss.; E. Gabrielli, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 1999, 1582 ss.; A. Lener, *Giurisprudenza nuova: applicazione dei rimedii contro l'eccessiva onerosità sopravvenuta al patto di opzione, al preliminare unilaterale, alla proposta irrevocabile*, in *Foro it.*, 1954, I, 1276 ss.; G. Osti, *Clausola rebus sic stantibus*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1959, 353 ss.; Roppo, *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e frustration of contract*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, 1239 ss.; Tartaglia, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Milano, 1983; Terranova, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1995.

(22) In ordine al rapporto tra alea e rischio contrattuale, v. E. Gabrielli, *Alea e rischio del contratto*, Napoli, 1997; Balestra, *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000.

(23) In ordine a siffatta clausola v. G. Osti, *La cosiddetta clausola rebus sic stantibus nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. comm.*, 1912, I, 1 ss.; G.B. Ferri, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, 73 ss. Il legislatore del 1942 prende atto della possibilità di eventi sopravvenuti perturbatori e prevede diversi rimedi. Scrive infatti Marasco, *op. cit.*, 33-34: «*L'art. 1467 c.c.* è la dimostrazione del contemperamento operato dal legislatore tra le ragioni dell'autonomia contrattuale e le esigenze legate all'economia dell'affare. Le prime garantite dal rimedio estintivo della risoluzione (art. 1467 c.1 c.c.), le seconde da quello conservativo della riconduzione ad equità del contratto (art. 1467 c.3 c.c.). Solo con riferimento a quest'ultimo rimedio, però, si può parlare di vero e proprio mantenimento della corrispettività del contratto e di conservazione dell'originario contratto».

(24) *Contra* Boselli, *Eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 336 ss., secondo cui «la disciplina della sopravvenienza nel nostro ordinamento non è profilabile come un'eccezione al fondamentale principio (sancito *dall'art. 1372 c.c.*) della

immutabilità dei patti contrattuali, ma a questo invece si coordina costituendone piuttosto un limite desunto dall'esigenza dommatica di una adeguata discriminazione fra causa commutativa e causa aleatoria».
(25) Queste efficaci parole sono di Sacco e De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, Torino, 2004, 723. Simile esigenza si può riscontrare anche ad es. *nell'art. 1455 c.c.*, che subordina la possibilità di risolvere il contratto alla necessaria gravità dell'inadempimento proprio perché la risoluzione, ponendo fine al rapporto contrattuale, è un rimedio estremo. Sul tema, tra gli altri, v. G. Osti, *La risoluzione del contratto per inadempimento. Fondamenti e principi generali*, in Id., *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 435 ss. In giurisprudenza, recentemente, *Cass., 10.3.2010, n. 5767,* in *Giust. civ.*, 2010, I, 1067 ss.; e in *Arch. locazioni*, 2010, 617 (s.m.), con nota di De Tilla, *Mutamento d'uso e locazione abitativa*. Sull'inadeguatezza del rimedio risolutivo v. anche F. Gambino, *op. cit.*, 24 ss.: «In fattispecie in cui si auspicherebbe la conservazione degli effetti del contratto, lo strumento offerto *dall'art. 1467 c.c.* volge all'unico rigido esito dello scioglimento del rapporto, vanificando attese e calcoli originari dei contraenti».
(26) Nota infatti Galgano, *Diritto civile e commerciale*, II, Padova, 1999, 331, che «non ci si può rivolgere al giudice per ottenere un rimedio ad un cattivo affare», a causa della normale alea contrattuale; la rinegoziazione opererebbe solo in caso di gravi turbamenti dell'equilibrio contrattuale che superano la normale alea. Sulla stessa linea, Alpa, *Introduzione*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con il consumatore. Commentario agli artt. 1469 bis- 1469 sexies del Codice Civile*, a cura di Alpa e S. Patti, Milano, 1997, XXIX.
(27) Sulla portata di siffatto principio si veda F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 146 e 157; Betti, *Conversione del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, Torino, 1959, 810. Esigenza simile si può trovare ad es. nella discussa ipotesi di risoluzione parziale del contratto a fronte di un adempimento parziale; sul tema v. Gentili, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990.
(28) Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 170.
(29) Dette clausole sono state oggetto di studi particolarmente approfonditi: tra gli altri, v. G. Bozzi, *Clausole di indicizzazione legale*, in *Diritto monetario*, a cura di Irti e G. Giacobbe, cit., 41 ss.; Inzitari, *Clausole parametriche: esperienze straniere*, *ivi*, 133 ss.; Carbonetti, *Clausole di indicizzazione*, in *Diritto civile*, a cura di Irti, in *Diz. Irti*, Milano, 1980, 125 ss.; Tartaglia, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Milano, 1984; Dalmartello, *Appunti in materia di clausola oro*, Milano, 1942; Carnelutti, *Sulla validità della clausola oro*, in *Foro it.*, 1949, I, 158 ss.; Asquini, *Clausole parametriche nelle obbligazioni pecuniarie e mora del debitore*, in Id., *Scritti giuridici*, III, Padova, 1961, 387 ss.
(30) Si rimanda, per un approfondimento, agli studi di Ascarelli, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna, 1959, 282 ss.; e già Id., *La moneta. Considerazioni di diritto privato*, Padova, 1928; A. di Majo, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 249 ss.; E. Quadri, *Le obbligazioni pecuniarie*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1983, 485 ss.; Martuccelli, *Obbligazioni pecuniarie e pagamento virtuale*, Milano, 1998.
(31) Sul tema v. E. Quadri, *Principio nominalistico*, in *Diritto monetario*, a cura di Irti e G. Giacobbe, cit., 543 ss.; Id., *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979; Inzitari, *La moneta. La valuta*, in *Tratt. Galgano*, VI, Padova, 1983, 3 ss.; Lojacono, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955.
(32) In particolare, come fa notare C.M. Bianca, *Diritto civile*, IV, *L'obbligazione*, Milano, 1993, 159, «il debitore che paga in ritardo non può per altro trarre vantaggio dalla sua mora a danno del creditore. Se il valore della somma determinata al giorno della scadenza diminuisce in relazione all'indice attuale, il debitore è tenuto a corrispondere il maggior importo di denaro quale presunto danno da ritardo».
(33) Di eguale avviso è Macario, *op. ult. cit.*, 171.
(34) E. Quadri, *op. ult. cit.*, 78.
(35) D'altronde, come fa notare Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 1044 ss., a volte il codice mostra una tendenza volta alla conservazione del contratto come nel caso ad es. dell'errore di calcolo in un contratto non dà luogo all'annullamento del contratto stesso bensì alla rettifica (*art. 1430 c.c.*), oppure la vendita di cosa affetta da vizi può mantenersi previa riduzione del prezzo (*art. 1492 c.c.*), o ancora la possibilità per il contraenti contro il quale è domandata la rescissione del contratto, di evitarla offrendo «una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità». Lo stesso autore sottolinea, a ragione, che tali disposizioni costituirebbero una sorta di «*macro-ratio*» al fine di «adeguare il contratto per salvarlo».
(36) Cfr. Oppo, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, 146 ss.; e in Id., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 260 ss.
(37) Per un'analisi sui possibili motivi di questa scelta v. Macario, *op. ult. cit.*, 73 ss. Del tutto diversa è la situazione in altri paesi, come ad es. la Germania, dove la dottrina e la giurisprudenza si sono posti il problema della modificabilità del contratto per effetto delle sopravvenienze, già da diverso tempo. Sul tema, analizzando alcune controversie sorte in altri ordinamenti giuridici, v. V.M. Cesàro, *op. cit.*, 249 ss.
(38) Sul tema, solo a fini introduttivi, si v. Benoit e Kornhauser, *Game-theoretic analysis of legal rules and istitutions*, in *Handbook of game theory with economic applications*, a cura di Aumann-Hart, III, 2002, 2229 ss.; Cooter, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999; Denozza, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; Posner, *Economic analysis of law*, Boston, 1986.
(39) Rispondono ad una logica di efficienza, ad es. nei sistemi di common law, i c.d. «liquidated damages», che sarebbero clausole di liquidazione preventiva del danno o meglio «clausole di anticipata valutazione del danno conseguente all'inadempimento della particolare obbligazione considerata» (Criscuoli, *Il contratto nel diritto inglese*, Palermo, 1968, 271). Sul tema delle clausole penali sia in ambito di ordinamenti di civil law e di common law si v. Zoppini, *La pena contrattuale*, Milano, 1991.
(40) Sul tema v. Alpa, *I contratti in generale. Introduzione alla nuova giurisprudenza*, Torino, 1990, 315 ss., secondo il quale «Il punto di partenza è la massimizzazione del valore effettuato da un operatore economico razionale... La funzione correlativa è quella di ridurre i costi del processo di scambio offrendo una griglia standard di criteri di distribuzione del rischio».
(41) V.M. Cesàro, *op. cit.*, 52, nt. 40.
(42) Sul tema ampiamente Denozza, *op. cit.*, 84 ss.

(43) Chiassoni, *L'analisi economica del diritto e teorie economiche: un inventario di strumenti*, in *Analisi economica del diritto privato*, a cura di Alpa, Chiassoni, Pericu, Pulitini, Rodotà e Romani, Milano, 1999, 507.
(44) P. Gallo, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, cit., *passim*; Macario, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., *passim*.
(45) Schwartz, *Le teorie giuridiche dei contratti e i contratti incompleti*, Roma, 1997; Bellantuono, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; Fici, *Il contratto incompleto*, Torino, 2005; D. Valentino, *Il contratto incompleto*, in *Riv. dir. privato*, 2008, 509 ss.; e in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di Ruscello, Napoli, 2008, 939 ss.
(46) Anche perché, come ha sostenuto autorevole dottrina, «Il rapporto è utile finché dura» (Oppo, *op. cit.*, 223).
(47) D. Valentino, *op. cit.*, 515. In realtà l'incompletezza di questa tipologia di contratti risulta essere proprio una necessità, nonostante i costi di rinegoziazione. Sul tema v. Macario, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 87; e più ampiamente Id., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., 103 ss.
(48) Sul conflitto tra territorialità e spazialità si v. Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2006; sul tema anche V.M. Cesàro, *op. cit.*, 14, il quale sostiene che l'esigenza di governare le sopravvenienze è stata avvertita principalmente nel mercato internazionale «dove l'instabilità politica ed economica ha registrato dimensioni notevoli per natura e propagazione condizionando in molti casi le operazioni di scambio concluse tra partners eterogenei». La questione ha avuto, come riporta l'autore, qualche anno fa, degli interessanti sviluppi in ordine alla c.d. crisi del Golfo Persico che si ebbe nei primi anni '90: fu deciso, a livello europeo, la proclamazione di un embargo nei confronti dell'Iraq (come fa notare anche V.M. Cesàro, *op. cit.*, 17, nt. 4), l'intervento italiano ed internazionale, diretto a sanzionare l'Iraq si articolò in diversi provvedimenti: a) *d.l. 4.8.1990, n. 216*, Misure cautelari a tutela dei beni e degli interessi economici dello Stato del Kuwait, convertito con *l. 3.10.1990, n. 271*; b) *d.l. 6.8.1990, n. 220*, Misure urgenti relative ai beni della Repubblica dell'Iraq, convertito con *l. 5.10.1990, n. 278*; c) *d.l. 23.8.1990, n. 247*, Provvedimenti urgenti in ordine alla situazione determinatasi nel Golfo Persico, convertito con *l. 19.10.1990, n. 298*; d) Risoluzione del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, n. 661 del 6.8.1990; e) Regolamento del Consiglio CEE, n. 2340 dell'8.8.1990, diretto ad impedire gli scambi con l'Iraq ed il Kuwait; f) Decisione dell'8.8.1990, n. 414, dei rappresentanti dei governi degli Stati membri della CECA, volta ad impedire gli scambi con l'Iraq ed il Kuwait. Questi provvedimenti di embargo hanno rinnovato il dibattito relativo alla sopravvenuta impossibilità della prestazione per causa imputabile al creditore. Sul tema si v. Gestri, *Sanzioni economiche contro l'Iraq ed inadempimento dei contratti commerciali* (nota a P. Massa, 4.4.1991), in *Foro it.*, 1991, I, 2921 ss.; Inzitari, *Inesigibilità della prestazione, impossibilità della prestazione per l'embargo contro l'Iraq*, in *Nuova giur. comm.*, 1995, II, 48 ss.; Memmo, *Un dibattito ancora aperto: la disciplina dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto del creditore*, in *Gazzetta giur.*, 1992, 5 ss.; Rolli, *Guerra del Golfo ed embargo internazionale: la sopravvenuta impossibilità della prestazione imputabile al creditore*, in *Contratto e impresa*, 1997, 115 ss.; G. Santoro, *Crisi del Golfo e impossibilità sopravvenuta dovuta a fatto del creditore*, *ivi*, 1991, 467 ss.; Rubino-Sammartano, *Impossibilità sopravvenuta e arbitrato* (nota a Coll. arb. Milano, 20.7.1992), in *Contr.*, 1994, 22 ss.
(49) In ordine al rapporto tra la globalizzazione ed il diritto v. già Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2004; Id., *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 313 ss.; Id., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, 199 ss., il quale sostiene la crisi della statualità del diritto civile nazionale, proponendo l'applicazione di una «nuova» *lex mercatoria*, la quale consisterebbe in «un diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati». L'illustre autore afferma anche che il negare questa possibilità escluderebbe «la nostra nazione» dalle altre «civili» e ciò condurrebbe ad una sorta di isolamento economico. In ordine a tale argomento si sono registrate diverse opinioni, tra le quali, quelle di Femia, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 96 ss.; Id., *Nuovi profili del contratto*, *ivi*, 2000, 558 ss. In particolare P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, cit., 558 ss., critica fortemente la concezione della nuova lex mercatoria sostenendo che, «a parte la problematicità di definire civili le nazioni a prescindere dal loro ispirarsi al rispetto del ruolo della sovranità popolare e del valore della persona umana, della sua dignità, al fondo non v'è una diversa accezione della nozione di mercato che oggi non è un insieme di sole regole economiche e per di più predisposte dai soli mercanti, ma uno statuto normativo complesso destinato a garantire il suo regolare funzionamento mediante una adeguata tutela tanto del produttore quanto del consumatore e nell'assoluto rispetto delle primarie, indifferibili esigenze dell'uomo». In realtà, aldilà dei termini utilizzati, oggi sta prendendo vita in ambito internazionale, in modo spontaneo, un vero e proprio diritto uniforme, il quale nasce dalla prassi e dai c.d. «usages commerciales» e poi anche attraverso le codificazioni scientifiche europee come ad es. i principi Unidroit o i Principles of European Common Law (c.d. PECL), come si vedrà in seguito. Interessante l'esperienza, in un certo senso precorritrice, del diritto cinese con riguardo alle clausole di rinegoziazione, sul tema v. Timoteo, *Il contratto in Cina e in Giappone nello specchio dei diritti occidentali*, Padova, 2004. M. Barcellona, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, cit., 469; per ulteriori considerazioni v. Irti, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007; L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 1 ss.
(50) Recentemente, autorevole dottrina (Irti, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 1243 ss.; e in Id., *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011, 125 ss.) ha analizzato, con la consueta attenzione, la recente crisi economica con il conseguente appello, fatto dagli analisti internazionali, di un «ritorno» alle regole (contro la teoria smithiana della «mano invisibile» del mercato), le quali devono essere, secondo l'Irti, vere e proprie «norme giuridiche, emanate da autorità, che ne esigono l'osservanza e ne garantiscono l'attuazione coercitiva. Politica, Stato, diritto tornano a stringersi insieme e chiamati in soccorso dagli homines oeconomici, apprestano le difese contro la crisi ed elaborano, o provano ad elaborare, le linee di un nuovo ordine» (1247), con l'invito finale ad un ritorno «all'umile e robusta serietà delle origini, al disegno di uniformità legislativa mercè organi comuni, in luogo di nutrire ambizioni, che la realtà o degli Stati territoriali o dell'economia planetaria s'incaricano di deludere» (1252); Sul tema v. anche Alpa, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 725 ss., il quale sostiene che «impressionati, forse stregati, dalla teoria della mano invisibile di Adamo Smith, gli economisti e, di conserva, i giuristi per lungo tempo sono stati portati a considerare il mercato, o i

mercati, come una realtà esterna, dotata di vita propria, di spontaneità, di autopoiesi e di ineluttabilità, alla quale si applicano le forme giuridiche proprie di una società in un determinato momento storico e in una determinata area geografica». È indubbio che un sistema di mercato a struttura concorrenziale sia considerato quale fattore in grado di soddisfare finalità di giustizia distributiva e di efficienza allocativa. Sull'argomento la letteratura, sia tra gli economisti che tra i giuristi, è assai vasta, tra gli altri si v. Gobbo, *Il mercato e la tutela della concorrenza*, Bologna, 1997. Casomai può discutersi se sia sempre necessaria una risposta dell'ordinamento di fronte ad eventuali distorsioni di un mercato (tendenzialmente) perfetto o meglio se lo Stato debba intervenire sempre e solo con interventi c.d. «a costo zero» per la collettività ed in ciò si realizzerebbe la c.d. «giustizia distributiva», oppure se anche in caso di iniziative volte alla «distruzione» ad es. d'intese anticoncorrenziali con annessa distruzione di ricchezza.

(51) Cfr. Roppo, *Il contratto del duemila*, cit., 3-6; Interessante l'analisi svolta da un autore (Macario, *op. ult. cit.*, 43 ss.), il quale analizza, nell'ambito del mercato dell'energia nei primi anni '70, le clausole contrattuali predisposte dalle aziende produttrici ed imposte alle aziende distributrici di gas, in particolare le c.d. «clausole take or pay» e le «escalation clauses».

(52) Sui rapporti tra contratto e diritto antitrust v., tra gli altri, G. Guizzi, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, 67 ss.; Vettori, *Concorrenza e mercato. Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, Padova, 2005; Pardolesi, *Il contratto e il diritto della concorrenza*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, 159 ss.

(53) Sul tema v. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica fra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Milano, 2004; Prosperi, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002; R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004.

(54) V.M. Cesàro, *op. cit.*, 21, il quale sostiene, a ragione, che «per la difficoltà, cioè, ad elaborare regole preventive di disciplina di fatti futuri non facilmente identificabili, avviene la scelta ed il ricorso alla tecnica rinegoziativa, intesa come modello convenzionale già vincolante per i contraenti, ma non definito in un contenuto rigido o schematizzato, attraverso il quale le parti, in occasione della concretezza del fatto e del suo reale accadimento, sono obbligate ad accertarne la consistenza e la rilevanza sul rapporto già costituito».

(55) Davvero illuminanti le parole di una dottrina molto sensibile al tema (R. Pardolesi, *Regole di default e razionalità limitata: per un diverso approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1996, 460-461), la quale, riferendosi alla necessaria incompletezza dei contratti, sostiene che «c'è qualcosa di davvero paradossale nella pretesa di collassare un futuro indomabile in un progetto ex ante completamente esaustivo. Ma non dovrebbe esser molto difficile comprendere che l'arrogante paradosso a mala pena nasconde il pragmatico timore dell'opportunismo».

(56) In realtà, nei moderni sistemi giuridici, vi è sempre un problema di allocazione dei rischi proprio a causa dell'economia attuale caratterizzata dalla velocità dei traffici commerciali e da esigenze di rapidità delle contrattazioni. Da questa considerazione preliminare, allora si potrebbe affermare, come fa parte della dottrina (Sicchiero, *op. cit.*, 791), che «i rischi prevedibili su cui i contraenti non si siano pronunciati, dovrebbero rimanere a carico della parte che può prevenirli con il minor costo oppure assicurarsi dai medesimi». Inoltre, risulta del tutto condivisibile la riflessione di Cafaggi, *Il diritto dei contratti nei mercati regolati: ripensare il rapporto tra parte generale e parte speciale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 95 ss., il quale, all'interno del dibattito tra «parte generale» e «parte speciale» del diritto dei contratti, sostiene che «obblighi di contrarre, obblighi di informazione, disciplina del contenuto del contratto, diritto di recesso ed obblighi di rinegoziazione risentono fortemente della struttura di mercato esistente e degli obiettivi di regolazione che si perseguono, in particolare quello della diminuzione dei prezzi e l'aumento della qualità dei servizi per gli utenti finali».

(57) D. Valentino, *op. cit.*, 519.

(58) Macario, *op. ult. cit.*, 17, il quale sostiene che «il rischio della paralisi del rapporto può presentarsi in numerose ipotesi ed in presenza di presupposti diversi: un intervento legislativo direttamente incidente sull'equilibrio delle prestazioni, uno o più fatti che determinino una sproporzione fra le prestazioni, l'incapacità delle parti di accordarsi su ciò che, in sede di conclusione del contratto, avevano previsto che potesse costituire oggetto di successivo accordo, e così via». Sul tema decisamente critico Sicchiero, *op. cit.*, 798-799, il quale sostiene la non necessarietà di un «completamento» del contratto incompleto: ciò poiché «il fatto che il contratto sia o si ritenga essere incompleto perché manca una previsione delle sopravvenienze, significa semmai che il relativo rischio grava sul soggetto così individuato, per la semplice ragione che ha stipulato quel contratto ed il rischio stesso non è stato traslato sulla controparte con l'assunzione del costo che tale operazione comporta».

(59) Sul tema vi è ampia bibliografia; tra gli altri, v. Bessone e D'Angelo, *Presupposizione*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 326 ss.; Macioce, *La presupposizione*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, III, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1991, 485 ss.; Cantelmo, *La presupposizione nella giurisprudenza*, Milano, 1969; V. Pietrobon, *Presupposizione*, in *Enc. giur.*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss.; Serio, *Presupposizione*, in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, 294 ss.; Belfiore, *La presupposizione*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2000; Sacco, *La presupposizione*, in *Tratt. Rescigno*, 10, Torino, 1982, 339 ss.; Branca, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1962, I, 239 ss.; Bessone, *La rilevanza della presupposizione, teorie di Windscheid e Oertmann, gli obiter dicta della giurisprudenza*, *ivi*, 1978, V, 282 ss.; La giurisprudenza si è divisa tra chi accettava la presupposizione e chi la riteneva estranea al nostro diritto civile, per poi prevalere quella favorevole (una completa rassegna di giurisprudenza in tema di presupposizione viene riportata da Belfiore, *op. cit.*, 121 ss.). Da ultimo si è pronunciata *Cass., 5.5.2010, n. 10899,* in *www.altalex.it*, secondo la cui massima: «Il venir meno del presupposto fondante l'obbligazione assunta dai contraenti configura una causa di scioglimento del rapporto obbligatorio *ex art. 1467 c.c.*, attesa l'impossibilità della prosecuzione. La presupposizione, rectius la condizione non svolta ma tenuta presente dagli originari contraenti, per la quale il contratto ebbe a fondarsi sulla base dell'indicata situazione di fatto assurta a presupposto della volontà negoziale, comporta appunto la caducazione del contratto stesso ove venga a mancare».

(60) Il dibattito su tale argomento e sui limiti dell'autonomia negoziale consta, ormai, di diversi contributi; tra gli altri, v. Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005; Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, cit., 563 ss.; Roppo, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2007, 599 ss.; Cataudella, *La giustizia nel contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 625 ss.; Schlesinger, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229 ss.; G. Guizzi, *op. cit.*, 110 ss.; A. Somma, *Autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 597 ss.

(61) D'Angelo, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2004, 71 ss.
(62) Mi riferisco, *in primis*, ovviamente a Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850; v. inoltre anche Oertmann, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, per la teorizzazione della presupposizione in termini oggettivi, assumendo la stessa come fondamento del negozio giuridico, al contrario di ciò che sostenevano le teorie dichiarative. Appartenente al *genus* di quest'ultima teoria, vi è la peculiare opinione di autorevole dottrina italiana (F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 194), che non concede spazio alla presupposizione nel nostro ordinamento, in quanto intesa come condizione non sviluppata del negozio, per cui «Se non sviluppata significa che la modalità non s'è fatta strada, né esplicitamente, né implicitamente, nel negozio, e quindi non risulta dal tenore della dichiarazione, qual è riconoscibile dagli interessati, la presupposizione è irrilevante, come un semplice motivo individuale».
(63) Particolarmente incisiva, a mio parere, la definizione di presupposizione offerta da Bessone e D'Angelo, *op. cit.*, 326, secondo la quale «Presupposizione è il complesso delle circostanze, la cui supposizione, pur non dedotta nella manifestazione negoziale, sia stata determinante nella decisione di concludere l'affare».
(64) Per un'analisi sul fondamento e sulle problematiche che possono sorgere dall'applicazione della teoria della presupposizione nei casi concreti, si rimanda ai testi citati alla nt. 44.
(65) Indubbiamente, la presupposizione e la rinegoziazione possono avere in comune il fondamento del principio della buona fede esecutiva: in sostanza, nel caso di un mutamento delle circostanze sarà necessario capire se esso possa essere affrontato rinegoziando il contratto o arrivando alla caducazione dello stesso, per quanto il principio di conservazione del contratto imponga che la risoluzione sia l'ultimo rimedio possibile.
(66) Fa notare, infatti, parte della dottrina (Caccavale, *op. cit.*, 346), l'insufficienza, in molti casi, del rimedio ablativo risolutivo e della necessità del rimedio rinegoziativo: «La questione confluisce finalmente in quella... della possibilità di applicare, nelle situazioni di destabilizzazione dell'equilibrio contrattuale, anziché o prima ancora dei competenti rimedi ablativi, il rimedio manutentivo della rinegoziazione».
(67) Gentili, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2003, 667 ss.
(68) Sull'argomento, tra gli altri, v. Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970; Casella, *Ripetizione del negozio*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.
(69) Sul tema v. M. Giorgianni, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1939; Sacco, *Riproduzione, rinnovazione, ripetizione, reiterazione dei contratti*, in *Digesto civ.*, XVIII, Torino, 1998, 13 ss.
(70) Gentili, *op. ult. cit.*, 701 ss., il quale sostiene, infatti, che «ove si accetti l'idea che si tratta di una mera fattispecie empirica, non è strettamente necessario fornire un preciso concetto di rinegoziazione. Non comportando una disciplina definita e costante, l'individuazione delle sue caratteristiche mostra solo un'utilità classificatoria... altrettanto non è vero, ovviamente, per chi la eleva a categoria giuridica. Ma è da notare che, in tal caso, la concezione si incentra più sulla revisione del contratto, lo scopo, che sulla rinegoziazione, lo strumento».
(71) Macario, *op. ult. cit.*, 312 ss.; V.M. Cesàro, *op. cit.*, 42 ss.
(72) Precursore rimane sempre il Bessone, *op. ult. cit.*, il quale dimostra una forte sensibilità verso i temi dell'operatività in concreto delle clausole generali. Negli ultimi anni diversi autori si sono cimentati nello studio delle clausole generali, arrivando a proporre soluzioni innovative e coraggiose: sul tema, tra gli altri, Caccavale, *op. loc. cit.*; Perfetti, *op. loc. cit.*; P. Gallo, *Contratto e buona fede*, Torino, 2009; D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001.
(73) Peculiare la posizione di Roppo, *Il contratto*, cit., denomina un capitolo «Presupposizione ed altri rimedi manutentivi», spostando quindi l'attenzione sul punto di vista dei rimedi contrattuali.
(74) Non a caso, F. Gambino, *op. cit.*, ha intitolato la sua monografia sul tema, appunto, «*Problemi del rinegoziare*».
(75) Per un approfondimento v. Galgano e Marrella, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, Padova, 2010, 302 ss.
(76) Sui Principi Unidroit v. Addis, *Note introduttive ai principi Unidroit*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 926 ss.; Alpa, *Prime note di raffronto tra i principi dell'Unidroit e il sistema contrattuale italiano*, in *Contratto e impresa*, 1996, 316 ss.; M. Bonell, *Un codice internazionale del diritto dei contratti. I Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, Milano, 1995; Caroccia, *L'interpretazione del contratto. Il modello dei Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali nel confronto con le esperienze nazionali*, Napoli, 2006; F. Ferrari, *I principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit ed il loro ambito di applicazione*, in *Contratto e impresa Europa*, 1996, 300 ss.
(77) Sul tema, tra gli altri, v. Frignani, *La* hardship clause *nei contratti internazionali e le tecniche di allocazione dei rischi negli ordinamenti di* Civil *e* Common law, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, 680 ss.; Id., *Arbitrato ed* hardship clause*: una prassi internazionale per una diversa allocazione e gestione del rischio contrattuale*, in *Rass. arbitrato*, 1980, 76 ss.; Id., *Il diritto del commercio internazionale*, Milano, 1986, 76 ss.; Cirielli, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contratto e impresa Europa*, 1998, 758 ss. Per alcuni esempi di tali clausole v. Marasco, *op. cit.*, 61, nt. 2. Detto autore sottolinea anche che le clausole di hardship sono di contenuto vario e non standard: «Presupposti e procedure di revisione del contratto, variano in relazione alla fantasia delle parti, alla loro capacità di previsione e agli interessi in gioco (una forte incidenza ha la cultura giuridica di chi le predispone); del pari, assume importanza il settore economico cui il contratto si riferisce e l'operazione che questo mira a realizzare».
(78) Macario, *op. ult. cit.*, 207.
(79) L'espressione è di Macario, *op. loc. ult. cit.*
(80) Mi riferisco al lodo emesso dal Collegio arbitrale presieduto dal prof. Guido Alpa e composto dal prof. Sbisà e dal prof. Nanni, in data 19.7.2004, con nota di Marasco, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 549 ss., a cui rimando per un'analisi approfondita del merito della controversia in esame.
(81) Galgano, *Diritto dei contratti*, in *Global law v. local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, a cura di C. Amato e Ponzanelli, Torino, 2006, 53 ss., il quale sostiene che «Quanto all'Italia, l'Hardship può ora dirsi penetrato grazie ad un lodo arbitrale che, in rapporto ad un contratto internazionale, ha sviluppato il concetto di buona fede contrattuale fino al punto di procedere, sul rifiuto della parte

controinteressata di rinegoziare il contratto a prestazioni resesi squilibrate a seguito della crisi di mercato delle azioni della new economy, alla determinazione del più ridotto, ed adeguato ai nuovi valori di mercato, prezzo di compravendita di un pacchetto azionario».
(82) La situazione è cambiata dopo l'introduzione nel nostro ordinamento del c.d. abuso di dipendenza economica (*art. 9, l. n. 192/1998*). Comparando le due norme (art. 3.10 Principi Unidroit e *art. 9, l. n. 192/1998*), si colgono gli stessi riferimenti alla necessità che il vantaggio ingiustificato sia derivato da un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza economica. Diverso è però l'ambito di applicazione, stante il fatto che l'art. 3.10 dei Principi Unidroit si applica ai contratti internazionali, mentre l'abuso di dipendenza economica si colloca all'interno della legge sulla subfornitura.
(83) Sul tema v. Timoteo, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3:10 dei Principi Unidroit*, in *Contratto e impresa Europa*, 1997, 141 ss.; Volpe, *I Principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. privato*, 1999, 66 ss.; Alpa, *La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme)*, in *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, a cura di Bonell e Bonelli, Milano, 1997, 225 ss.; D. Corapi, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei Principi Unidroit*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 36 ss.
(84) Parte della dottrina (D. Russo, *op. cit.*, 150 ss.) sostiene che l'art. 3.10 Principi Unidroit rientri in una nuova categoria dogmatica già composta da altre fattispecie (come l'*art. 9, l. n. 192/1998* e la nuova disciplina dei c.d. contratti usurari), che denomina «negozio con contenuto imposto», in cui «l'equità, carattere essenziale del contenuto, è valutata con il parametro della buona fede, non in astratto cioè ma in relazione al complesso delle circostanze che compongono l'economia dell'affare». È indubbio che emerge, dall'esperienza delle codificazioni scientifiche, da un nuovo atteggiamento da parte della giurisprudenza su alcuni temi e da una rinnovata sensibilità da parte della dottrina un nuovo diritto dei contratti: basti vedere la portata dirompente che ha avuto nel nostro ordinamento il Codice del consumo e le sue successive, rilevanti, modifiche. Il principio di buona fede, che, nel corso degli anni, è cambiato profondamente (scrive, giustamente, Vettori, *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 86 ss.: «Il ruolo della buona fede nella formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto è profondamente mutato. Basta leggere un repertorio. Comportamenti delle parti e circostanze di fatto assumono un rilievo impensabile solo qualche anno fa. Uno studioso o un avvocato che ignorasse questo elemento di novità farebbe male il suo lavoro»), la rivalutazione dell'abuso del diritto, la tutela del consumatore, la nuova disciplina della subfornitura e dei contratti c.d. usurari (ed inserisco anche l'importanza degli strumenti di rinegoziazione), sono elementi che fanno emergere una diversa visualizzazione del contratto stesso: sostiene, emblematicamente, attenta dottrina (G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 16 ss.): «in conclusione, l'idea fondamentale da cui la legge muove e che vuole realizzata nell'ordinamento, è che il contratto funzioni come contratto, strumento essenzialmente misurato sul principio di parità e sulla libera determinabilità del contenuto ad opera delle stesse parti». La necessità di una tutela del consumatore inteso come figura a sé stante maturata nel corso degli anni, su impulso principalmente comunitario ed in particolare con la dir. 93/13 che ha introdotto nel nostro c.c. gli artt. 1469 *bis*-1469 *sexies*, poi inseriti all'interno del c. cons. (d.lg. n. 205/2006), ha segnato un punto di rottura rispetto al passato: si supera, come fa notare parte della dottrina (De Nova, *Dieci voci per una tavola rotonda su il nuovo diritto dei contratti*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., 816), «L'idea tradizionale, secondo cui la parte generale del contratto si applica a tutti i contratti, e a ciascun tipo si applica la specifica disciplina che gli è propria, appare oggi rovesciata: la parte generale svolge una funzione residuale». Effettivamente vi è una grande proliferazione di nuovi contratti e discipline di settore tendenzialmente «provvisorie» che induce a ritenere la parte speciale in larga espansione, tuttavia la «parte generale» del contratto continua ad avere la sua importanza. Il rapporto tra «parte generale», Codice del consumo e norme di settore ha interessato molto la dottrina in questi ultimi anni ed i contributi offerti sono stati notevoli [per una sintesi v. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. dir. privato*, 2007, 669 ss.], fermo restando ciò che sostenuto attenta dottrina, ormai diversi anni fa, in tema di processi di decodificazione del diritto (Il riferimento, ovviamente, è a Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989). È ormai evidente che sia stata infranta la centralità del codice civile a causa della pluralità di norme e discipline: una dottrina molto sensibile al tema (Rossi Carleo, *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 685 ss.) evidenzia la vera sfida per la dottrina che si sostanzia nella «necessità di constatare il superamento del criterio generalità/specialità e la conseguente necessità di individuare nuovi strumenti e nuove tecniche capaci di operare una sintesi di fronte al continuo frazionamento determinato dall'irrompere di discipline sistematiche». Sarà necessaria, quindi, una forte opera di collegamento tra normative anche a causa dei tratti comuni che hanno le varie figure poste alla base di queste nuove discipline (ad es. la disciplina dei servizi finanziari, del contratto di pacchetto turistico o nel caso di pratiche commerciali scorrette ecc.). Sottolinea l'importanza delle definizioni dei soggetti tutelati dalle differenti discipline di origine consumeristica, altro autore (Roppo, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, in *Riv. dir. privato*, 2011, 19 ss.; e in Id., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 125 ss.), in particolare quando propone la sostituzione della definizione generale B2C con quella di S2C (Supplier to customer), quindi da consumatore a cliente. Probabilmente alcuni istituti potranno (*rectius*: dovranno) essere ripensati, aggiornati rispetto alle nuove esigenze: penso ad es. alla disciplina delle nullità ed in particolare, alla c.d. nullità di protezione. Lo stesso obbligo di rinegoziazione, come si vedrà in seguito, parte dall'interpretazione in senso evolutivo dell'art. 1467, 3° co., c.c. Tutto ciò impone un grosso sforzo per la dottrina civilistica e non solo (P. Perlingieri, *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., 828) che si è trovata negli ultimi anni e si trova tuttora davanti a nuove tematiche da analizzare e sviluppare. Oltretutto, altro autorevole autore (S. Mazzamuto, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 623), recentemente ha esposto l'intrigante idea secondo cui «La rilettura del diritto privato generale alla luce degli apporti normativi dei c.d. diritti secondi potrebbe allora far scoprire che nel sistema esistono già le basi per affermare il vigore di nuovi istituti di parte generale, quali, per esempio, l'obbligo di rinegoziazione dei termini del contratto nei rapporti a lungo termine». Tale riflessione induce ad affermare che il "problema" della rinegoziazione si sostanzi, più che altro, come si vedrà in seguito, in un "problema" di interpretazione delle norme.
(85) Secondo parte della dottrina (A. di Majo, *Mercato, consumatore, persona: fonti del diritto*, in *appinter.csm.it*), «si sostiene che, in tal modo, entra d'autorità nel contratto la *lex mercatoria*, attraverso il giudice, il che tuttavia non significa realizzare obiettivi di giustizia contrattuale. È il mercato a prevalere, anche se eventualmente difforme da soglie di giustizia».

(86) Per cui i legislatori nazionali inseriscono tali principi all'interno delle proprie normative: questa è la tesi di una dottrina molto attenta agli sviluppi di tale tematica (Galgano, *Diritto dei contratti*, cit., 53 ss.), secondo cui «Qualcosa sta già accadendo: le figure della Gross dispariy e dell'Hardship, che sono nate in Oriente, frutto della equitativa concezione del contratto nutrita da quelle civiltà, ha trovato accoglimento nei Principi Unidroit, pur in assenza di riscontri nei sistemi occidentali... ma c'è ben di più: con la recente riforma tedesca del diritto delle obbligazioni, entrata in vigore nel 2002 e dettata all'insegna della *Modernisierung des Schuldsrechts*, ha fatto la propria comparsa, al § 313 del BGB, sotto la rubrica Alterazione della base negoziale, la norma che, di fronte al mutamento successivo delle circostanze che erano poste a fondamento del contratto, consente al giudice di imporre ad una delle parti l'adeguamento del contratto. E così l'Hardship è passato dal diritto interno della Cina ai Principi Unidroit e da questi al diritto interno della Germania». In argomento si veda anche Traisci, *op. cit.*, 97 ss.
(87) Sul tema si rinvia ad Irti, *Il diritto della transizione*, in Id., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 154, il quale pone in risalto il fatto che «il regime del mercato (o, se si vuole, il mercato come statuto giuridico della concorrenza e delle relazioni di scambio) si va costruendo fuori dal codice civile».
(88) In verità, l'intero diritto privato europeo è improntato alla categoria rimediale come ad es. con la tutela restitutoria e quella satisfattiva. Sul tema, recentemente, Vettori, *Il diritto all'adempimento nel diritto privato europeo*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 170 ss. Questa importanza della categoria del rimedio all'interno del diritto privato europeo «deriva, innanzitutto, dalla circostanza che l'ordinamento comunitario non sottende un ordinamento statuale e ciò inevitabilmente agevola la via rimediale; in secondo luogo, la norma comunitaria, tenuto conto della diversità di diritti nazionali su cui va ad incidere, è indotta a servirsi di percorsi di tutela (per l'appunto i rimedi) oltremodo semplificati che si caratterizzano per una forte flessibilità, testimoniata dal ricorso ai già ricordati criteri della proporzionalità e della ragionevolezza non del tutto conciliabili con la dogmatica dei diritti» (S. Mazzamuto, *I rimedi e la tutela processuale*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007, 741-742).
(89) Istituto che si potrebbe ricondurre *all'art. 1450 c.c.*, in cui vi è la possibilità per il contraente contro il quale è domandata la rescissione di evitarla offrendo una modificazione di ricondurlo ad equità.
(90) Sui Principi di diritto europeo dei contratti v. Castronovo, *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001; L. Gatt, *Recensione a Principles of European contract law*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 507 ss.; Lando, *L'unificazione del diritto privato europeo in materia contrattuale: sviluppo graduale o codificazione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., 873 ss.; Alessi, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 961 ss.; A. di Majo, *Il contratto e l'obbligazione nei Principi*, in *Europa dir. priv.*, 2002, 883 ss.
(91) Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 44 ss. Lo stesso autore, in un altro scritto (Id., *Un contratto per l'Europa*, Prefazione all'edizione italiana de *Principi di diritto europeo dei contratti*, I e II, Milano, 2001), afferma che la regola di buona fede nei PDEC non esprime più «La morale sociale o i valori dell'ordinamento sovrimposti autoritariamente al regolamento divisato dalle parti, secondo il modello al quale siamo stati adusi nella seconda parte del secolo scorso, ma la stessa logica impressa dalle parti al loro atto di autonomia e proiettata su ciò che il contratto non risulta avere regolato». Sul tema è intervenuta altra dottrina (C. Scognamiglio, *L'autonomia contrattuale e la legge*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 320-321), sostenendo che «Se così stanno le cose è evidente la ragione per la quale i PDEC hanno inteso munire la buona fede della qualificazione di imperatività: ed infatti, se fosse stato consentito alle parti del contratto di derogare o disapplicare, in via preventiva e generale il canone di buona fede, sarebbe rimasta preclusa, in radice, ogni possibilità di salvaguardare o recuperare, la funzionalità di un regolamento contrattuale lacunoso o distorto».
(92) Su questo argomento vi è una bibliografia sconfinata, tra gli altri, v. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; A. di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967; Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1987, 154 ss.; Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, 5 ss. In giurisprudenza, v. l'ormai celebre caso Fiuggi: *Cass., 20.4.1994, n. 3775,* in *Arch. civ.*, 1994, 1032 ss.; in *Corriere giur.*, 1994, 566 ss., con nota di V. Carbone, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*; in *Giust. civ.*, 1994, I, 2159 ss., con nota di M. Morelli, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottesi*; in *Foro it.*, 1995, I, 1296 ss., con nota di C.M. Barone; e in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 852 ss., con nota di Picardi, *Tutela dell'avviamento, discrezionalità e buona fede contrattuale in una complessa vicenda di affitto d'azienda*. In epoca più recente, si segnala un interessante arresto della Suprema Corte in tema di contratto di assicurazione: *Cass., 30.4.2010, n. 10596,* in *Danno e resp.*, 2011, 515 ss., con nota di Landini, *Equilibrio economico del contratto e interpretazione*; e in *Dir. econ. ass.*, 2011, 300 ss., con nota di De Strobel e V. Ogliari, *Criteri per una corretta interpretazione di un contratto di assicurazione, nella specie, polizza furti*, per la quale la natura di negozio a prestazioni corrispettive del contratto di assicurazione comporta che, tra le prestazioni di ciascuna delle parti, debba esistere e permanere un costante equilibrio sinallagmatico, onde l'interpretazione delle singole clausole contrattuali deve rispondere, oltre al criterio generale di buona fede, anche alla valutazione del complessivo «tessuto contrattuale». Ne consegue, nel caso di specie, che la determinazione del premio di polizza non può non assumere valore determinante al fine di accertare quale sia il limite massimo dell'obbligazione facente capo all'assicuratore, onde quell'equilibrio sinallagmatico possa dirsi in concreto rispettato.
(93) C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. comm.*, 2010, II, 139 ss., il quale sostiene che l'integrazione operi anche «quando occorra invece intervenire in funzione correttiva sul regolamento contrattuale, costituendo allora, il parametro della buona fede, la garanzia del fatto che la correzione del contratto non si trasformi in un'integrale riscrittura del medesimo, tale da tradirne la sua essenza di atto di autonomia privata».
(94) Diversamente, Belfiore, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, Torino, 2003, 20 ss., il quale sostiene la natura autointegrativa della buona fede, ma solo con riguardo ai profili accessori alle disposizioni delle parti. In tale ottica, la buona fede non sarebbe «un canale di ingresso di istanze esterne etiche o solidaristiche».
(95) M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 324 ss., il quale ritiene «incomprensibile» la teoria dell'autointegrazione; Gentili, *L'equilibrio del contratto nei Principi del diritto*

*contrattuale europeo*, in *La riforma dei codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, a cura di Alpa e Buccico, Milano, 2002, 212 ss. Il principale autore della teoria dell'autointegrazione (Castronovo, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 409 ss.; e in *Diritto civile e diritti speciali*, a cura di Plaia, Milano, 2008, 5 ss.) ha in seguito alimentato il dibattito ed ha criticato la dottrina dell'eterointegrazione, sostenendo che con essa «dietro la buona fede si celerebbe il mercato con le sue regole, questa volta inteso negativamente come una sorte di signore degli anelli in grado di decidere le sorti e i destini di ognuno e di tutti».

(96) Analizza tale riforma Memmo, *Il nuovo modello tedesco della responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in *Contratto e impresa*, 2004, 821 ss.

(97) La traduzione in italiano è opera di Cubeddu, in *Codice civile tedesco*, a cura di S. Patti, Milano, 2005, 187 ss.: «Alterazione del fondamento negoziale: (1) Se le circostanze che sono diventate il fondamento del contratto sono notevolmente mutate dopo la conclusione del contratto, e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso se avessero previsto questi mutamenti, può pretendersi l'adeguamento del contratto, qualora tenuto conto di tutte le circostanze del caso concreto, in particolare della distribuzione contrattuale e legale dei rischi, da una delle parti non possa pretendersi il mantenimento del contratto non modificato. (2) Al mutamento delle circostanze è parificata l'ipotesi in cui le rappresentazioni essenziali, che sono diventate fondamento del contratto, si rilevano false. (3) Se non è possibile un adeguamento del contratto o esso non sia pretendibile da una delle parti, la parte svantaggiata può recedere dal contratto».

(98) Critici a riguardo, M. Barcellona e Maugeri, *Il mutamento di circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 536: «La disciplina descritta sembra attribuire ai giudici ampi margini di discrezionalità. Sembra, cioè, che il legislatore tedesco nell'individuare il soggetto su cui fare gravare il costo della sopravvenienza abbia deciso di rinunciare ad una articolazione normativa dei diversi tipi di problemi suscitati dal mutamento di circostanze e di attribuire pressoché per intero al giudice il compito, di organizzare, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, la reazione dell'ordinamento». In realtà, il giudice, nel caso concreto, dovrebbe adeguare il contratto in modo armonico nel rispetto della volontà delle parti al fine di conservare per quanto possibile il contratto, per i motivi che in precedenza descritto. Le altre recenti esperienze europee, tuttavia, muovono in senso contrario: il modello civilistico francese, ad esempio, sembra basarsi anch'esso sul principio *pacta sunt servanda*. In particolare, dal punto di vista rimediale, nei casi di sopravvenienze, lo strumento previsto di governo delle stesse consiste nella risoluzione contrattuale, cioè l'opposto rispetto alle soluzioni manutentive.

(99) Sulla stessa linea di pensiero, volta a sottolineare l'importanza di tale norma, si pone Rolli, *Il "codice" e i "codici" nella moderna esperienza giuridica: il modello del codice del consumo*, in *Contratto e impresa*, 2007, 1511.

(100) Pubblicato in data 11.10.2011 in *ec.europa.eu*; la versione italiana in *www.personaedanno.it*. Per una ricostruzione dei gruppi di lavoro precedenti v. Meli, *L'armonizzazione del diritto privato europeo*, in *Persona e merc.*, 2011, 2, 91 ss.

(101) Molto interessante risulta essere l'analisi condotta su recenti orientamenti della giurisprudenza inglese in tema di c.d. «implied terms» giudiziali da Serio, *La struttura del contract*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., 694 ss.: in particolare «È importante sottolineare che l'evoluzione del pensiero giurisprudenziale appena anticipato ha nobilitato l'indagine condotta dalle Corti per accertare l'effettiva volontà delle parti, prima operazioni cui esse devono tendere nel caso di controversia sulla portata del contract, facendo si che essa si collocasse su uno scalino più raffinato della semplice attività interpretativa, quello dell'attività interpretativa, quello dell'attività volta alla costruzione del contract».

(102) Smorto, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 325 ss., che aggiunge: «Nel parlare, a questo proposito, di giustizia contrattuale, dobbiamo tenere presente che la funzione di questo genere di intervento è quella di ristabilire, nelle mutate circostanze, l'originaria razionalità interna del contratto. Ne costituisce riprova il fatto che troviamo rimedi improntati a logiche di questo tipo anche in ordinamenti, come quelli di common law... nei quali da sempre si registrano maggiori resistenze nei confronti di un sindacato esterno alle ragioni dello scambio, in nome della sanctity of contract».

(103) Su posizioni analoghe si pone Alpa, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 571 ss.; e in *Il Draft Common Frame of Reference*, a cura di Alpa, Iudica, Zatti e Perfetti, Padova, 2009, 3 ss., il quale sostiene che «Basterà insistere sui principi fondamentali (che però riflettono una concezione tradizionale di contratto), su buona fede e correttezza (che però sono intese anche estensivamente in modo affatto diversi nelle culture nazionali) e sui diritti fondamentali della persona? La scelta compromissoria del Draft non è rassicurante, se ci si deve affidare solo all'interprete per esaltare i contenuti innovativi della concezione europea del contratto»

**L'ABUSO DEL DIRITTO**
Scognamiglio Claudio

c.c. art. 1322
c.c. art. 1374
c.c. art. 1375

**FONTE** Contratti, 2012, 1, 5 *Effetti del contratto*
Sommario: La ricognizione dello stato della materia - La focalizzazione delle questioni più importanti - I profili problematici - Conclusioni

## La ricognizione dello stato della materia

Il tema dell'abuso del diritto ha conosciuto, nell'ultimo anno, nell'area del diritto civile, una ripresa di interesse, dal punto di vista dell'elaborazione dottrinale, che risente ancora del dibattito assai vivace suscitato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 20106 del 2009 (1): ed è proprio questa ripresa di interesse a giustificare qualche notazione al riguardo, in sede di riflessione conclusiva sulle questioni di diritto dei contratti soprattutto oggetto di attenzione nel corso dell'anno appena concluso, ed a mo' di introduzione a quelle che potranno esserlo nell'anno da poco iniziato.
In particolare, i due contributi dottrinali più significativi che si registrano sul tema, nel corso del 2011, si muovono, il primo (2), nella prospettiva di un'articolata difesa degli svolgimenti argomentativi della sentenza, il secondo, al contrario, nel solco di una rinnovata critica della stessa; e proprio dall'illustrazione delle posizioni assunte nei due scritti appare opportuno muovere in questa sede di ricognizione degli snodi fondamentali della materia, così come delineatisi nell'anno che delimita, per le ragioni poc'anzi accennate, l'orizzonte temporale della nostra riflessione.
Nel saggio che condivide le argomentazioni della decisione, si sottolinea, innanzi tutto, che, ad onta delle numerose critiche suscitate dalla sentenza, la categoria dell'abuso del diritto costituisce in realtà, e da tempo, uno strumento del quale si è avvalsa l'elaborazione giurisprudenziale della Suprema Corte, sia all'interno del tema classico dell'abuso del diritto di proprietà, sia nell'area del diritto delle obbligazioni e dei contratti. In quest'ultimo, infatti, si rammenta, in termini di abuso del diritto sono state da tempo impostate e risolte questioni come quella del recesso *ad nutum* dall'apertura di credito a tempo indeterminato o dal contratto di fornitura, quella dell'abuso del diritto di voto del socio di società di capitali, il problema dell'abuso della pretesa esecutiva del creditore consistente nel frazionamento del credito ovvero l'abuso del diritto di chiedere il fallimento del proprio debitore (3). Pertanto, l'estensione della categoria dell'abuso del diritto alla materia contrattuale sarebbe il frutto di un'operazione ermeneutica già più volte, anche nel recente passato, posta in essere dalla giurisprudenza: ed in questa prospettiva verrebbe in considerazione soprattutto l'elaborazione giurisprudenziale che ha utilizzato il concetto di abuso del diritto nella materia del recesso dal contratto di apertura di credito (4).
D'altra parte, osserva ancora l'Autore al pensiero del quale stiamo facendo riferimento in questa sede, proprio lo specifico problema che la sentenza n. 20106 del 2009 ha risolto (e cioè la verifica della modalità, in ipotesi abusiva, dell'esercizio del diritto di recesso dal contratto) sarebbe tale da rendere evidente l'assenza di un pericolo del depotenziamento del vincolo contrattuale. In questa prospettiva, anzi, verrebbe in considerazione il rilievo che l'essenza del vincolo contrattuale sta nell'esigenza di rispettarlo, e non già nell'attribuzione, eventuale, alle parti contraenti del potere di recedere: cosicché il conferimento al giudice del potere di scrutinare le modalità di un esercizio corretto del diritto di recesso sarebbe funzionale ad una più efficace tutela del vincolo contrattuale e non certo ad un indebolimento del medesimo. Si tratterebbe, in altre parole, di una tecnica di "governo giudiziario della discrezionalità contrattuale", praticata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione fin dagli anni novanta, secondo una linea di tendenza che, anche con riferimento ai contratti le cui parti hanno pari forza contrattuale, si orienta verso la verifica dell'equilibrio contrattuale e della sua permanenza nel tempo e si manifesta attraverso l'uso sempre più pervasivo delle clausole generali. In questa prospettiva, verrebbero in considerazione, appunto quali strumenti tecnici di esercizio del potere giudiziario di governo della discrezionalità contrattuale, il parametro della meritevolezza di tutela dell'interesse perseguito (cui ha riguardo, com'è noto, *l'art. 1322 comma 2 c.c.*), a sua volta bisognoso di valutazione pure con riferimento a singole clausole contrattuali, l'equità contrattuale (così come disciplinata *dall'art. 1374 c.c.*), che potrebbe rilevare anche come equità correttiva, la buona fede nell'interpretazione del contratto (*art. 1366 c.c.*), destinata a configurarsi ora, ed anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, quale criterio principale e non più come criterio sussidiario, di interpretazione, restando così superato senz'altro il discusso canone ermeneutico secondo il quale *in claris non fit interpretatio* (5). Quella della quale costituisce espressione Cass. 20106 del 2009 sarebbe, dunque, una giurisprudenza suscettibile di essere valutata con favore anche in termini di analisi economica del diritto: infatti, ed a tale stregua, si passerebbe da una visione puramente quantitativa ad una visione altresì qualitativa della circolazione della ricchezza, procedendosi altresì ad una valutazione sempre più sensibile della congruità causale del contratto, così come articolato nelle sue singole clausole, nella prospettiva di un'indagine penetrante circa l'effettiva giustificazione dell'atto di scambio. In altre parole, si tratterebbe di una prospettiva, nuova ed inedita, attraverso la quale riguardare il problema della giustizia del contratto: e letto in questi termini l'esigenza della giustizia contrattuale potrebbe senz'altro venire in

considerazione come un potente fattore di sviluppo economico, essendo in grado di dispiegare su questo piano effetti favorevoli, quali lo sviluppo della propensione a contrattare e l'incremento della fiducia del mercato [(6)].
Naturalmente, e poiché ormai ogni teoria del contratto, o dei singoli aspetti del problema dell'autonomia privata, si specifica in relazione alla prospettiva dei rimedi, anche la tecnica dell'abuso del diritto deve essere esaminata pure da questo profilo; e, secondo l'impostazione dottrinale della quale stiamo qui rendendo conto, dal punto di vista dei rimedi, l'atto abusivo, in materia contrattuale, non sarebbe un atto illecito e, come tale, produttivo dell'insorgere dell'obbligazione risarcitoria a carico di chi l'abbia posto in essere, bensì un atto invalido e, come tale, destinato ad essere privato di effetti, con il corollario che, come affermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte con riferimento al tema del recesso abusivo dal contratto di apertura di credito, quest'ultimo dovrebbe considerarsi ancora in corso nonostante il recesso abusivo.
La ricostruzione sul piano rimediale della teorica dell'abuso del diritto si articola, tuttavia, dal punto di vista funzionale, nel momento in cui il rimedio invalidatorio non appaia idoneo alla reintegrazione dell'interesse leso; in questo caso, potrà essere dato ingresso all'azione di danni, pur venendo in considerazione non un'ipotesi di responsabilità aquiliana, ma un'ipotesi di responsabilità contrattuale e, in particolare, di inadempimento dell'obbligazione di eseguire il contratto secondo buona fede, sancita, com'è noto, *dall'art. 1375 c.c.* [(7)].
Dovrebbe, poi, essere respinta, secondo questo Autore, la tesi [(8)] che aveva messo in discussione il nesso fra canone di buona fede ed abuso del diritto, sulla base dell'assunto che la buona fede dovrebbe essere riferita alle modalità di esercizio del diritto e l'abuso del diritto allo scopo per il quale il diritto è esercitato; ed infatti non sarebbe sostenibile che sia censurabile, in termini di contrarietà a buona fede, l'anomala modalità di esercizio del diritto, ed invece immune da censura, ove non repressa "una ben più grave ipotesi, qual è l'esercizio del diritto che risulti preordinato ad uno scopo anomalo".
Infine, e quanto al fondamento dell'abuso del diritto, lo stesso non dovrebbe essere più ravvisato nella clausola generale di buona fede, ma - più specificamente - nella previsione dell'art. 54 della Carta di Nizza, secondo la quale "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciute nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta" [(9)].
E' proprio sui rapporti tra abuso del diritto e buona fede, e sulla possibilità di individuare, o meno, un distinto ambito di operatività tra i due che si innesta la replica [(10)] nell'altro scritto che ha scandito il dibattito dottrinale in materia nel corso del 2011. Infatti, nel solco di un'obiezione da tempo [(11)] mossa alla categoria dell'abuso del diritto, secondo la quale la stessa integrerebbe un doppione concettuale della buona fede (ed allora, osservava quella critica, essendo entrata la buona fede per prima nel linguaggio del giurista, ed avendo la stessa un solido fondamento normativo, sarebbe inutile giustapporle la categoria dell'abuso del diritto), si rileva che, a voler mantenere nello strumentario del giurista entrambi i concetti, sarebbe necessario fare uno sforzo per differenziare le due nozioni: non certamente al fine di elidere l'una o l'altra di esse, bensì per individuare, dell'una e dell'altra, le condizioni di uso, evitando, così, il rischio di genericità ed indeterminatezza dell'una e dell'altra categoria. Questo corrisponderebbe anche all'esigenza, al tempo stesso sistematica e pratica, di disporre di strumenti argomentativi sufficientemente precisi e puntuali, come tali idonei a fondare decisioni ragionevolmente prevedibili ad opera delle parti dell'atto di autonomia privata [(12)].
D'altra parte, prosegue la riflessione della dottrina le cui linee si stanno ripercorrendo in questa sede (proprio per la particolare rilevanza che essa assume all'interno del dibattito, così come svoltosi nell'arco di tempo che costituisce l'orizzonte della nostra indagine), sarebbe fondato il rilievo - che invece la dottrina in precedenza menzionata aveva giudicato non pertinente - secondo il quale un uso inappropriato della categoria dell'abuso del diritto sarebbe fonte di un indebolimento ulteriore della forza del vincolo contrattuale: ed infatti il principio *pacta sunt servanda* sarebbe tale da rilevare per il complesso delle clausole del contratto, comprese quelle attraverso le quali le parti disciplinano, qualora ritengano di prevederle, le modalità di scioglimento unilaterale del vincolo contrattuale. Inoltre, sarebbe in linea di principio estranea alla tecnica di controllo attraverso la tecnica dell'abuso del diritto il mettere in discussione il contenuto della singola pattuizione (a meno che la stessa non palesi profili di illiceità e/o di immeritevolezza), potendo quella tecnica essere utilizzata per sottoporre a verifica le modalità di esercizio di un diritto, in ipotesi esistente (in quanto validamente sorto) sulla base del contratto [(13)].
Non potrebbe, d'altra parte, essere sostenuto che, riconosciuta alla tecnica dell'abuso del diritto l'idoneità a porre in essere un tipo di controllo di tipo causale, la causa cui si debba fare riferimento sia quella del singolo contratto dal quale si recede e non invece la causa del recesso presa in sé: ed infatti l'esercizio del diritto di recesso non può essere valutato in termini di coerenza o meno con la causa del contratto. Qui verrebbe in considerazione l'essenza stessa, dal punto di vista funzionale, del recesso (che produce, com'è ovvio, lo scioglimento unilaterale del rapporto contrattuale), posto che il recesso è, ontologicamente, un atto che contraddice il programma negoziale (o, comunque, la determinazione delle parti di portarne innanzi la realizzazione) e, al tempo stesso, in un certo senso, la causa del contratto. Pertanto, il tipo di controllo che dovrebbe essere svolto sul recesso non sarebbe da impostare nei termini di una (impossibile) coerenza causale con l'originario programma contrattuale, bensì sul piano di una verifica dei presupposti per l'esercizio del diritto di recesso stesso.

Infine, ed anche nella prospettiva dell'applicazione della disciplina di derivazione comunitaria, al rilievo dell'introduzione di uno specifico riferimento all'abuso del diritto come limite generale all'esercizio del diritto, all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si dovrebbe accompagnare la constatazione che il problema oggetto della sentenza della Corte di Cassazione n. 20106/09 è disciplinato e risolto, a livello di regolamentazione comunitaria, secondo modalità tali da fondare la conclusione di una corrispondenza dell'esercizio del diritto di recesso da parte dell'impresa concedente alla disciplina normativa della materia [(14)]. Cosicché vi sarebbe il rischio che un'utilizzazione non appropriata del concetto di abuso del diritto finisca per configurare il sistema giuridico italiano "come una provincia (anche sul piano giuridico), riottosa al rispetto di regole che tutti gli altri condividono" [(15)].

Le posizioni contrapposte appena illustrate rendono evidente che - sullo sfondo del problema, pure, già di per sé, di particolare complessità e di assai ampio respiro - della configurabilità, ed utilizzabilità, come autonoma categoria (più correttamente, come autonoma tecnica di controllo dell'autonomia privata e dei suoi atti di esercizio, strutturata secondo la modalità della clausola generale) [(16)] dell'abuso del diritto si staglia un quesito di fondo, che è quello del ruolo che la modalità argomentativa, e decisoria, per clausole generali è destinata a giocare nell'assetto attuale del nostro sistema giuridico; e per rendersi conto di ciò è necessario un, sia pure assai rapido, cenno ad un dibattito che, ovviamente, come del resto quello sull'abuso del diritto, risale ad una prospettiva temporale assai più ampia di quella oggetto del presente scritto.

In particolare, l'immagine che restituisce il dibattito più recente sulle clausole generali [(17)] di un mutamento radicale del senso e della portata, che si intende attribuire in materia privatistica, alla legislazione per principi e per clausole generali e, dunque, alla concreta applicazione di queste ultime da parte del giudice: così da determinare un arricchimento, se non addirittura un superamento, dei termini della riflessione su principi e clausole generali, così come la stessa era stata impostata ormai quasi mezzo secolo fa, attraverso la contrapposizione tra formalismo ed antiformalismo, tra valore della certezza del diritto ed esigenza della costruzione di un sistema normativo dotato di meccanismi di adeguamento del medesimo alle modificazioni della realtà economico-sociale [(18)].

Infatti, nel contributo di uno degli autori ai quali, nella civilistica italiana, è più legato il fenomeno della riscoperta, fin dagli anni '60 del secolo scorso, delle clausole generali, si è attribuita ad esse, da ultimo, una funzione ulteriore e più ricca rispetto a quella che lo stesso Autore aveva assegnato loro nei suoi primi scritti sul tema. Non sarebbe, infatti, più sufficiente a rendere conto della portata operativa assunta dalle clausole generali, e della loro importanza, la giustificazione classica, imperniata sulla "dimensione diacronica, che le vedeva come strumenti che permettevano al diritto di vincere la sua difficile guerra con il tempo ed il suo fluire, dunque con il mutamento che qui si incarna". Le clausole generali, pertanto, non vedrebbero limitata la loro funzione a quella "omeostatica, al mantenimento della sintonia del diritto con il mutamento temporale, incorporando il futuro", configurandosi invece come "strumento per mantenere la coerenza del diritto in una società multietnica, multiculturale, multireligiosa, incorporando questa volta non il futuro, ma la diversità"; e di qui anche la loro collocazione "in un orizzonte che non è più quello tradizionale", caratterizzato non dall'invecchiamento "che investe alla radice una norma o un principio di riferimento", ma da un "mutamento di un sistema di valori, meglio (dal)l'emergere di sistemi di valori compresenti che impone di "riempire", di concretizzare la clausola generale attraverso una pluralità di criteri di riferimento, ovviamente dopo avere accertato la loro coerenza con il sistema costituzionale nel suo complesso" [(19)].

Le clausole generali, dunque, verrebbero in considerazione, in questa prospettiva, come tecnica di adattamento della regolamentazione di diritto privato nel tempo della flessibilità e come tecnica di governo della complessità [(20)] che l'attuale assetto del sistema del diritto privato, ed in particolare della disciplina dell'autonomia privata, esibisce.

In questo stesso ordine di idee, può essere richiamato anche il pensiero di chi, ancora di recente, ha inserito il discorso sulle clausole generali all'interno della individuazione delle strategie cognitive proprie del sistema moderno, la caratteristica delle quali risiederebbe "nel congiungere deliberatamente la capacità di apprendere i mutamenti sociali con quella di adeguare ad essi la risposta normativa"; si tratterebbe, in particolare, di "strategie cognitive di tipo adattivo (...) perseguite dal sistema giuridico attraverso tecniche che operano non sul piano della struttura delle proposizioni giuridiche ma su quello del contenuto delle disposizioni normative", tendendo il diritto "con tali controlli cognitivi (...) ad assicurarsi dispositivi di monitoraggio dei fatti concreti e di automatico adeguamento dei propri effetti, in guisa da essere all'altezza della complessità sociale che intende regolare, anche quando questa complessità si presenti indefinibile *ex ante* e/o in rapida crescita" [(21)].

Si delinea, qui, a ben vedere, un'ulteriore linea di sviluppo del discorso, attinente agli aspetti che assume, nella dimensione della contemporaneità, il rapporto tra il contratto e la realtà economico sociale, i conflitti esibiti dalla quale esso aspira a governare e che, dunque, può consentire, o addirittura sollecitare, uno scrutinio dell'atto di autonomia privata attraverso lo strumento di una, sia pure controversa, come abbiamo avuto modo di vedere, clausola generale, qual è l'abuso del diritto. Ed in quest'ordine di idee può assumere un particolare rilievo la considerazione della dimensione globale che hanno assunto, con intensità crescente proprio nell'ultimo decennio, i fenomeni dell'economia e delle ricadute che ne sono derivate; ricadute apprezzabili, almeno allo stato, non tanto su aspetti di disciplina del contratto quanto sul modo stesso di porsi del medesimo, all'interno di un diritto che appare sempre più liquido e fluido, come tale incapace di assolvere ormai alla "funzione di rafforzamento delle aspettative degli attori giuridici", operando piuttosto "come uno strumento composito e pragmatico di gestione dei rischi connessi a interazioni dominate dall'incertezza" [(22)]: un'incertezza, per così dire, strutturale, che non

sarebbe, a questo punto, incompatibile con uno strumento fluido, se non, a sua volta, dai contorni (pericolosamente, secondo l'opinione di coloro che criticano la categoria) indeterminati qual è l'abuso del diritto.
D'altra parte, e pure in presenza di un fondamento normativo sufficientemente preciso, ormai, per il riconoscimento della categoria dell'abuso del diritto, nei termini in precedenza segnalati, non v'è dubbio che questo strumento, il quale potenzialmente devolve al giudice, come ha ritenuto l'indirizzo dottrinale poc'anzi rammentato, senz'altro il potere di svolgere un controllo di tipo qualitativo della circolazione della ricchezza, rafforza la considerazione del ruolo, orgogliosamente rivendicato dalla giurisprudenza italiana, soprattutto di legittimità, nella prospettiva della costruzione di un assetto "in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice" [(23)].

## La focalizzazione delle questioni più importanti

Una rassegna della giurisprudenza, che, nel corso dell'ultimo anno, ha fatto uso della clausola generale dell'abuso del diritto, consente di mettere a fuoco le questioni più importanti emerse in materia.

### Abuso del diritto, ragionevolezza del rimedio e giudizio di gravità dell'inadempimento

Si può prendere le mosse da una sentenza che, pur collocata temporalmente nel corso dell'anno precedente a quello, il 2011, che stipulativamente abbiamo inteso assumere come termine principale di riferimento del nostro discorso, merita di essere qui menzionata, sia per la peculiarità dell'ipotesi di fatto dalla stessa decisa, sia perché oggetto di un commento dottrinale [(24)] pubblicato invece nell'anno che delinea l'orizzonte temporale della nostra indagine.
La decisione [(25)] ha risolto un caso nel quale, all'interno di un contratto di locazione, la parte locatrice, a sua volta debitrice nei confronti di quella conduttrice in relazione ad un distinto contratto (avente ad oggetto l'esecuzione di lavori di ristrutturazione dell'immobile oggetto del rapporto di locazione), aveva omesso di detrarre dai canoni di locazione, pure da essa reclamati e dovuti in effetti dalla parte conduttrice, le somme a quest'ultima dovute: condotta che aveva, poi, costituito "il passaggio obbligato per la successiva intimazione di sfratto per morosità, intervenuta con assai peculiare tempismo, e ciò tanto più che l'omessa compensazione, peraltro specificamente opposta dalla controparte, costrinse l'Ente *[N.d.r.: il locatore]* a esborsi che ben avrebbe potuto evitare, se non avesse avuto il trasparente intento - di cui andrà scrutinata la corrispondenza ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico - di cristallizzare e rendere irreversibile l'inadempimento del conduttore".
Nella motivazione della sentenza, il problema del fondamento normativo della regola di divieto dell'abuso del diritto è risolto, secondo una modalità argomentativa che abbiamo già visto essere largamente accredita, attraverso il richiamo alla regola di buona fede oggettiva [(26)], osservandosi che quest'ultima comporta "quale ineludibile corollario, il divieto per ciascun contraente, di esercitare verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati (...)". Su tale premessa, la sentenza rileva che "l'assenza nel nostro codice di una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto - che costituisce il vero punto critico delle risposte giudiziarie di volta in volta sollecitate sul punto - non ha impedito, a una giurisprudenza attenta alle posizioni soggettive in sofferenza, di sanzionare con l'illegittimità la cosiddetta interruzione brutale del credito, e cioè il recesso di una banca da un rapporto di apertura di credito tutte le volte in cui, benché pattiziamente consentito, esso assuma connotati di arbitrarietà (cfr. *Cass. 21 febbraio 2003, n. 2642;Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482*); ovvero di colpire con l'invalidità la delibera assembleare affetta da eccesso di potere della maggioranza, in quanto adottata ad esclusivo beneficio della stesa ed in danno dei soci di minoranza (cfr. Cass., 11 giugno 2003 n. 27387), spingendosi al punto da prefigurare, in ambito contrattuale, in nome del dovere inderogabile di solidarietà di cui *all'art. 2 Cost.*, un sindacato - anche in senso modificativo o integrativo - dello statuto negoziale (cfr. Cass., Sez. Un. 15 novembre 2007, nn. 23726; *Cass. 20 aprile 1994, n. 3775;Cass., 24 settembre 1999, n. 10511;Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005 n. 18128*) nonché un controllo di ragionevolezza di singole clausole, in funzione di contemperamento degli opposti interessi dei paciscenti (cfr. *Cass. 18 settembre 2009, n. 20106*)".
Nella prospettiva fin qui esposta, e con riferimento alla vicenda oggetto del giudizio, la Corte di cassazione ha ritenuto che "l'apprezzamento della slealtà del comportamento della parte che invochi la risoluzione del contratto per inadempimento pur avendo altre vie per tutelare i propri interessi, non possa non ripercuotersi sulla valutazione della gravità dell'inadempimento stesso, che dell'abuso della prestazione del creditore costituisce l'interfaccia. Non par dubbio infatti che il giudizio di pretestuosità della condotta dell'attore in risoluzione si risolve nel riconoscimento della scarsa importanza dell'inadempimento, avuto riguardo all'interesse dell'altra, a un interesse, cioè, che poteva essere preservato senza ricorrere al mezzo estremo dell'ablazione del vincolo".
Si tratta di argomentazioni di particolare interesse, perché sembrano in effetti prefigurare condizioni d'uso della clausola generale dell'abuso del diritto imperniate su una valutazione di congruità allo scopo, ed in sostanza di ragionevolezza, della condotta del contraente, riguardata anche nel momento in cui questi si avvale del rimedio della risoluzione del contratto, in grado di scansare il rischio che la stessa rappresenti il veicolo per l'inserimento nel singolo rapporto contrattuale di valutazioni del tutto divaricate dall'economia del contratto, così come modellata dagli stessi contraenti nell'esercizio della loro autonomia. Infatti, costituisce all'evidenza un comportamento irragionevole, salva la prova dell'esistenza di un interesse apprezzabile a base dello stesso [(27)], quello del contraente che, pur disponendo di un mezzo per soddisfare il proprio interesse, senza aggravare al tempo stesso la posizione dell'altro contraente (nel caso di specie, portare in detrazione dal

proprio credito, il controcredito del *partner* contrattuale), scelga invece di dare ingresso, in termini verosimilmente strumentali al raggiungimento di altri obiettivi, al rimedio dello sfratto per morosità.
Ne discende, e si tratta di un corollario che - come si è visto - la Suprema Corte ha cura di formulare esplicitamente, che anche il giudizio di gravità dell'inadempimento deve essere svolto nella prospettiva di una valutazione della condotta complessiva del contraente e di un controllo che, utilizzando termini dei quali non si legge, invero, nella sentenza (ma che trovano punti di emersione, come diremo, in altre aree dell'ordinamento nelle quali viene utilizzata la tecnica dell'abuso del diritto), potrebbe essere definito un controllo di ragionevolezza o razionalità del modo di esercizio del potere contrattuale.

Abuso del diritto e requisiti di forma del contratto
Una sentenza di merito anch'essa collocata temporalmente nell'anno appena concluso fornisce lo spunto per mettere a fuoco una questione di notevole importanza pratica e che, soprattutto, assume un rilievo sistematico davvero significativo.
Infatti, posto di fronte ad un caso nel quale un investitore aveva eccepito la nullità del contratto quadro da lui sottoscritto con l'intermediario finanziario, ma che, nell'originale prodotto in giudizio, non recava invece la sottoscrizione di quest'ultimo, il Tribunale di Torino [(28)], pur rilevando che veniva in considerazione un'ipotesi di nullità relativa ai sensi dell'*art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998*, suscettibile, come tale, di essere fatta valere dal solo investitore, ha osservato che "questi però non può farla valere in forma distorta per trarne conseguenze "selettive" (cioè per chiedere le restituzione dei soli investimenti risultati svantaggiosi mantenendo i restanti investimenti che pure costituiscono attuazione del medesimo contratto quadro)", poiché tale comportamento costituisce "un abuso del diritto alla domanda, che urta contro i principi del giusto processo e della correttezza e rende inammissibile tanto la domanda di nullità quanto la consequenziale domanda restitutoria diretta a selezionare solo alcuni degli effetti suoi propri".
Si delinea, in questa prospettiva, il problema se, ed in quale misura, la valutazione della condotta della parte di un contratto, operata alla stregua della clausola generale dell'abuso del diritto, possa rendere senz'altro inammissibile una domanda che, pure, sotto il profilo dell'applicazione delle regole in materia di requisiti di validità del contratto, dovrebbe essere ritenuta fondata.
Il problema era stato da tempo affrontato e risolto dall'angolo visuale dell'operare della clausola generale di buona fede, attraverso l'osservazione che quest'ultima "non può mai essere un criterio che decide dell'esistenza di un rapporto obbligatorio: nell'ambito del principio di forma è rigorosamente esclusa dalla legge l'operatività del divieto di *venire contra factum proprium* e tale esclusione non può essere neutralizzata ricorrendo tautologicamente alla clausola di buona fede" [(29)].
Una posizione così rigorosa era tuttavia coerente nell'ambito di un sistema che non conosceva ancora la figura della nullità di protezione; ed invero è solo sulla premessa di una nullità funzionale esclusivamente alla tutela di interessi di rilevanza sovraindividuale che si può escludere il significato delle condotte di chi, pur essendo beneficiario della protezione somministrata dalla norma che sancisca la nullità, tenta di profittarne per appropriarsi di utilità che, al contrario, quella norma non intendeva garantirgli.
Il discorso è invece destinato a mutare all'interno di un sistema normativo che conosce, ormai da tempo, ed anche a livello di esplicita menzione e disciplina normativa, la nullità di protezione (*art. 36 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, cd. Codice del consumo) [(30)]: nel caso in cui il rimedio della nullità sia specificamente destinato a proteggere una parte del contratto, non v'è in effetti ragione di consentire a quella parte di porre in essere condotte che si risolvano in un abuso della protezione che le appresta la norma.
Ciò è appunto quanto accade nel caso della nullità per difetto di forma, a sua volta derivante dalla semplice mancanza della sottoscrizione della controparte, del contratto quadro di prestazione di servizi di investimento, laddove l'investitore profitti del vizio di forma per procacciarsi l'utilità derivante da una selezione, condivisibilmente ritenuta inammissibile dalla sentenza di merito richiamata, tra operazioni di investimento favorevoli, e che si vogliono, dunque, consolidare ed operazioni di investimento svantaggiose, che invece si intendono rimuovere.
Come vedremo *infra*, tra le questioni ancora aperte in materia di abuso di diritto, vi è, in effetti, quella che attiene alla verifica dell'ammissibilità di un sindacato attraverso questa clausola generale anche di situazioni giuridiche soggettive pure predisposte a tutela di una parte del contratto, qual è tipicamente il consumatore, ritenuta bisognosa di una protezione accentuata, proprio per la posizione asimmetrica nella quale si trova collocata rispetto alla propria controparte.

Abuso del diritto ed abuso di dipendenza economica
L'abuso di dipendenza economica sembra anch'esso poter aspirare ormai allo statuto di una clausola generale, non soltanto nel senso che la regola racchiusa nell'*art. 9 l. n. 192 del 1998* sia in effetti strutturata come tale, ma anche dal punto di vista della portata espansiva della norma, sulla quale, proprio nell'anno all'interno del quale è in particolare circoscritta la nostra prospettiva di osservazione, è tornata a soffermarsi la dottrina.
In particolare, è stato osservato [(31)] che "vi sono dati letterali che si oppongono all'idea di confinare il divieto al rapporto di subfornitura: l'art. 9 si riferisce anche alla dipendenza da assortimento (e quindi dal fornitore), e non solo a quella in danno del subfornitore; fa riferimento alla vendita e non solo a rapporti riconducibili alla subfornitura; non impiega mai il termine subfornitore o subfornitura". Nello stesso senso deporrebbe, del resto, l'esperienza straniera, dato che "in Francia ed in

Germania sono le leggi antitrust a vietare, oltre alle intese ed all'abuso di posizione dominante, l'abuso di dipendenza economica. Così esse colpiscono in generale anche le condotte dell'impresa che si trova non in una situazione di dominanza sull'intero mercato, ma in una più ristretta posizione di potere nei rapporti con una controparte contrattuale (c.d. dominanza relativa) la quale è considerata impedimento significativo allo sviluppo di un mercato concorrenziale", concludendosi nel senso che il dato testuale, il dato di comparazione e la valutazione in termini di efficienza pratica del sistema depongono "contro la restrizione del divieto di abuso di dipendenza economica al solo settore della subfornitura industriale" (32).
La conclusione appena richiamata, senz'altro condivisibile, rende tuttavia opportuna, se non altro al fine di assicurare al ragionamento giuridico ed alla prassi applicativa il maggior tasso di chiarezza argomentativa possibile, una distinzione operativa tra clausola generale di abuso del diritto (fondata normativamente sull'art. 54 Conv. eur. dir. umani) (33) e clausola generale di divieto di abuso di dipendenza economica, desumibile in via di applicazione estensiva dell'*art. 9 l. n. 192 del 1998*: ed infatti, come è stato rilevato da ultimo in dottrina, "la dipendenza economica non è la dipendenza contrattuale (da potere contrattuale). La dipendenza è connotato di un rapporto economico (di integrazione verticale tra imprese, e che la legge qualifica genericamente come "commerciale", il quale acquista senso e determinazione soltanto se calato in uno specifico contesto (mercato rilevante); dove potrebbero esservi o mancare alternative concretamente praticabili" (34). Da questa premessa ricostruttiva si sono tratti altresì corollari di rilievo per quel che concerne la fisionomia del vizio della nullità nel nuovo diritto dei contratti, sottolineandosi - per quel che può rilevare ai fini della nostra ricognizione - che "anche nei contratti asimmetrici d'impresa resta determinante il contesto abusivo in cui avviene la contrattazione e, al suo interno, il fatto storico dell'abuso della libertà contrattuale con lesione della libertà contrattuale della parte debole e, dunque, con violazione dell'ordine pubblico del mercato" (35).

## I profili problematici

Abuso del diritto e razionalità del mercato.
La giurisprudenza della Sezione Tributaria della Suprema Corte, accreditatasi nel corso del 2011, consente di cogliere un aspetto del tema dell'abuso del diritto che può essere fonte di spunti preziosi anche per l'area del diritto civile.
Infatti, sempre più di frequente è stato chiarito, nel corso dell'anno oggetto della nostra riflessione, che l'abuso del diritto in materia tributaria non sussiste quando l'operazione, pur tale da far conseguire al contribuente che la pone in essere un vantaggio d'imposta si presenti anche sorretta da "ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici" (36), ovvero si palesi coerente ad una normale logica di mercato (37).
Tali indicazioni si prestano ad essere trasposte anche nell'ambito civilistico, operando anche qui come guida al fine di una corretta amministrazione della clausola generale dell'abuso del diritto.
In altre parole, così come l'abuso del diritto in materia tributaria non può venire in considerazione in presenza di un'operazione comunque sorretta da una razionalità di mercato, allo stesso modo non potrà dirsi abusiva, sul versante dei rapporti contrattuali, la condotta conforme al canone della ragionevolezza; ed in questo senso, come si è già accennato, può essere apprezzata anche la motivazione di Cass. 13208 del 2010, poc'anzi esaminata.
D'altra parte, un'accezione "laica" della buona fede non può andare disgiunta da una considerazione della medesima nella prospettiva della ragionevolezza dei comportamenti delle parti del contratto, proprio perché, in tal modo, l'opera di concretizzazione della clausola generale si può innestare all'interno della singola dimensione relazionale e contrattuale in cui essa è chiamata ad operare.
L'abuso del diritto da parte del destinatario della protezione nei rapporti asimmetrici
Un'altra prospettiva di rilievo che si apre, all'interno del discorso sull'abuso del diritto, attiene alla possibilità di utilizzare questa clausola generale anche al fine di scrutinare comportamenti, in ipotesi abusivi, di soggetti pure destinatari di un grado di protezione normativa particolarmente rilevante, quali i consumatori ovvero i lavoratori subordinati.
La risposta, al problema, con il quale ci si è confrontati anche *supra*, deve essere di segno affermativo, come è stato riconosciuto dalla dottrina, formatasi anche nel corso dell'anno oggetto di esame o in quello immediatamente precedente.
Possono essere richiamati, in questa prospettiva, i casi di abuso del diritto del consumatore, in particolare, l'abuso del diritto di recesso da parte del consumatore (38), non potendosi ritenere che ad una valutazione secondo ragionevolezza debba sfuggire l'esercizio di una situazione giuridica soggettiva pure posta a protezione di colui in favore del quale la stessa è riconosciuta. E nello stesso ordine di idee, può essere rammentato che anche in altro settore normativo tipicamente caratterizzato dalla tutela della parte collocata in una posizione debole, o asimmetrica, nel rapporto, e cioè il lavoro subordinato, è da tempo ammessa la possibilità di sindacare l'abusività, o meno, dell'esercizio del diritto da parte del medesimo (39).

## Conclusioni

L'esposizione dello stato della elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sul tema dell'abuso del diritto, che si è inteso mantenere su un registro volutamente ricognitivo, consente comunque di formulare qualche breve notazione conclusiva, che è di metodo, in effetti, più che di merito.

Le ragioni sopra illustrate, infine, che rendono sempre più frequente, soprattutto in materia di diritto dei contratti, la tecnica argomentativa e decisoria per clausole generali, unitamente alla circostanza che il divieto di abuso del diritto abbia in effetti da ultimo trovato un riconoscimento all'art. 54 Conv. eur. dir. umani, permettono di formulare il pronostico nel senso di un uso anche nel prossimo futuro via via più incidente pure della tecnica di decisione che si affida al principio dell'abuso del diritto: il quale, nella utilizzazione concreta che ne è stata anche da ultimo fatta, e che si è cercato di documentare, appare sempre più strutturato come una clausola generale.

Questa linea di tendenza rende tuttavia necessario, come è stato rilevato da una dottrina poc'anzi diffusamente richiamata [(40)], individuare il tratto specifico del principio (o della clausola generale) dell'abuso del diritto, se non altro al fine di evitarne una pericolosa indistinzione dalla clausola generale della buona fede; e le concretizzazioni giurisprudenziali, che si sono illustrate, senza alcuna pretesa di completezza (già per il circoscritto arco temporale assunto come termine di riferimento) suggeriscono la possibilità di tradurre il divieto di abuso del diritto sul piano del controllo di ragionevolezza dell'esercizio delle situazioni giuridiche soggettive, restando invece affidata alla clausola di buona fede la verifica dei comportamenti delle parti del contratto o del rapporto nella prospettiva della lealtà e della solidarietà.

---

[(1)] Si tratta della sentenza *Cass., Sez. III., 18 settembre 2009, n. 20106,* che ha dato luogo a numerosi commenti, collocati temporalmente soprattutto nel 2010: F. Macario, *Recesso* ad nutum *e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. giur*., 2009, 1577 ss.; F: Macario, *Abuso del diritto di recedere* ad nutum *nei contratti tra imprese*, in S. Pagliantini, *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, 45 ss.; M. Maugeri, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 2016/2009*, *ibidem*, 69 ss.; M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106)*, *ibidem*, 99 ss.; C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, *ibidem*, 115 ss.; G. Vettori, *L'abuso del diritto*. Distingue frequenter, *ibidem*, 147 ss.; C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, *ibidem*, 203 ss.; G. D'Amico, *Recesso* ad nutum, *buona fede e abuso del diritto*, in questa *Rivista*, 2010, 11; R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, *ibidem*, 524; R. Palmieri-R. Pardolesi, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro It.*, 2010, I, 95; A. Mastrorilli, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e resp.*, 2010, 352 ss.; L. Delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*, in *Giur. comm*., 2010, II, 834; C.A. Nigro, *Brevi note in tema di abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2010, 2547. Sono stati invece pubblicati nel 2011, un ulteriore scritto di commento alla sentenza (M. Cenini-A. Gambaro, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, 109 ss.) ed un vasto saggio, su alcuni spunti contenuti nel quale si avrà modo di tornare, di G. Villa, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto 2010*, Torino, 2011, 48 ss.

[(2)] Il riferimento è a F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, 311 ss.

[(3)] Cfr., per questo elenco di questioni - sul quale non ci si sofferma in dettaglio, perché oggetto di interventi giurisprudenziali ben più risalenti rispetto a quelli dell'anno oggetto del nostro scritto - F. Galgano, *op. cit*., 312

[(4)] Gli svolgimenti contenuti nel testo si riferiscono alla posizione di F. Galgano, *op. cit*., 314.

[(5)] Sono ancora, e nella loro sostanza, gli svolgimenti della tesi di F. Galgano, *loc. cit*.

[(6)] Così, di nuovo, F. Galgano, *loc. cit*.

[(7)] Sul punto, F. Galgano, *op. cit*., 318, nota 18.

[(8)] Si tratta della posizione di G. D'Amico, *Recesso* ad nutum, cit.

[(9)] Così conclude F. Galgano, *op. cit.,* 319.

[(10)] Di G. D'Amico, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in questa *Rivista*, 2011, 653 ss.

[(11)] Il riferimento è a R. Sacco, in *Diritto privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 217 ss., 234; R. Sacco, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile,* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 373

[(12)] Così G. D'Amico, *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, cit., 654

[(13)] Così ancora G. D'Amico, *op. cit*., 655.

[(14)] In particolare, rammenta G. D'Amico, *op. ult. cit*., 655, ed avendosi riguardo all'epoca dei fatti, oggetto della decisione della più volte menzionata sentenza, dal Regolamento della Commissione n. 1475/95 del 28 giugno 1995, in vigore sino al 30 settembre 2002.

[(15)] Questa è la conclusione di G. D'Amico, *loc. cit.*

[(16)] Una recentissima definizione del controverso concetto di clausola generale è quella che si legge in V. Velluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, il quale afferma che "la clausola generale è un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile...se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritti tra loro potenzialmente concorrenti"; il libro di Velluzzi ha suscitato un ampio dibattito nella dottrina civilistica più sensibile al problema delle clausole generali, che come si osserva più ampiamente nel testo, costituisce, a ben vedere, il quadro generale di riferimento all'interno del quale si inserisce il dibattito sull'abuso del diritto (cfr., in particolare, sull'opera sulle clausole generali di Velluzzi-S. Mazzamuto, *Il rapporto tra clausole generali e valori*, in *Giur. It*., 2011, 7 nonché V. Cuffaro, *Giudizio di buona fede e ruolo del precedente*, *ibidem*).

[(17)] Ci si permetta il rinvio, per svolgimenti più ampi, a C. Scognamiglio, *Principi generali, clausole generali e nuove tecniche di controllo dell'autonomia privata*, in *Annuario del contratto* 2010, Torino, 2011, 17 ss.

[(18)] I termini del dibattito sono espressi, in maniera particolarmente chiara, nelle due posizioni di G.B. Ferri, *Antiformalismo, democrazia e codice civile*, in *Riv dir. comm*., 1968, I, e, successivamente, in *Persona e formalismo giuridico. Saggi di diritto civile*, Rimini, 1985, 11 ss., e di S. Rodotà, *Ideologie tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm*., 1967, I, 83 ss. La struttura delle disposizioni normative modulate secondo la tecnica delle clausole generali era stata indagata, ormai venticinque anni fa, in termini ancora pienamente attuali, da L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir priv*., 1986, 5 ss. (del cui pensiero sul punto ha offerto un'intelligente lettura, in anni ancora recenti, L. Nivarra, *Clausole generali e principi del diritto nel pensiero di L. Mengoni*, in

*Europa dir. priv.*, 2007, 411 ss.); inserito nello stesso contesto temporale, si veda anche lo scritto di C. Castronovo, *L'avventura delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 21 ss.

(19) Cfr. S. Rodotà, *op. cit.*, 107 e, ivi, l'esemplificazione, secondo la quale "è legittimo valutare il grave pregiudizio all'educazione della prole e l'indirizzo della vita familiare ricorrendo a criteri diversi a seconda che si tratti di matrimonio civile, religioso o di un'unione di fatto".

(20) E' ormai ricorrente l'affermazione secondo la quale il diritto privato, nel tempo presente, evoca questioni, e sollecita dinamiche di regolamentazione, suscettibili di essere descritte attraverso la cifra della complessità: cfr., ad esempio, la rassegna di opinioni raccolta F. Macario-M. Lobuono, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologico per l'insegnamento*, Padova, 2010, 378 ss. ed ivi, in particolare, la notazione secondo la quale "l'osservazione odierna della nostra società pone in chiara evidenza la crescente complessità dell'esperienza umana, che finisce per sollecitare l'intervento del diritto, nelle sue multiformi manifestazioni, in territori fino a qualche tempo fa addirittura impensabili"; mentre "nell'ambito specifico del diritto privato il processo di "complessificazione" implica, tra l'altro, la necessità di coniugare i concetti tradizionali con gli interessi derivanti dalla profonde trasformazioni in atto nella realtà contemporanea".

(21) S tratta dell'impostazione di M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 15 ss.

(22) Il punto è colto da Z. Bauman, *La solitudine del cittadino globale*, 8ª ed., Milano, 2006

(23) Cfr., in questi termini, G. Vettori, *Dialogo fra le corti e tecnica rimediale*, in *Persona e Mercato - Saggi*, 2010, 281, che pone giustamente l'accento sul valore di manifesto sull'apporto della giurisprudenza di legittimità nella fase attuale del nostro ordinamento assunto da una sentenza della Suprema Corte, la n. 10741 del 2009, la quale, sia pure con riferimento ad un'area di problemi affatto diversa da quella oggetto della nostra riflessione in questa sede - si trattava, in quel caso, della risarcibilità del danno subito dal nascituro per la negligenza del medico curante la madre - ha rivendicato senz'altro alla giurisprudenza di legittimità il ruolo di fonte del diritto; e può essere interessante rammentare, come indice della sempre maggiore consapevolezza avvertita dalla giurisprudenza in ordine alle operazioni valutative cui il giudice è chiamato attraverso l'utilizzazione della regola di buona fede nel governo del contratto, anche il fatto che una recentissima Relazione tematica dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione (la n. 116 del 10 settembre 2010), è appunto dedicata alla *Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto*.

(24) Cfr. A. Riccio, *Abuso del diritto di sfratto del locatore inadempiente*, in *Contr. impr.*, 2011, 297 ss.

(25) Si tratta di *Cass. 31 maggio 2010 n. 13208,* inedita per quel che consta.

(26) Non si fa menzione, invece, della disposizione dell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che pure, come si è osservato *supra*, pare costituire ormai un riconoscimento normativo sufficientemente chiaro del divieto dell'abuso del diritto nel nostro ordinamento.

(27) Nel caso che si è appena menzionato, lo scrutinio sul punto è stato affidato, ovviamente, dalla Corte di Cassazione al giudice di rinvio, all'esito dell'accoglimento del corrispondente motivo di ricorso per cassazione.

(28) Cfr. Trib. Torino, Sez. I, 7 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*.

(29) Così L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., 9; si tratta, del resto, di una posizione che fa *pendant* con l'affermazione, dello stesso Autore, secondo la quale la violazione della regola di buona fede non può mai costituire un criterio per decidere della validità di un atto, potendo fondare soltanto una pretesa risarcitoria: così Id., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 9

(30) Sul tema della nullità di protezione si veda, da ultimo, il recentissimo contributo di F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, part. 215 ss.

(31) Da G. Villa, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto*, cit., 55 ss.

(32) Per tale conclusione, G. Villa, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, cit., 57.

(33) Riconduce espressamente all'art. 54 Conv. eur. dir. umani il divieto di abuso del diritto, nella produzione giurisprudenziale dell'anno oggetto della nostra trattazione, l'interessante sentenza del Trib. Torino, Sez. lav., 14 settembre 2011, in un'ipotesi di fatto - estranea all'area tematica del diritto civile, rientrando piuttosto in quella del diritto del lavoro - di un abuso di diritto di negoziazione del datore di lavoro

(34) Cfr. F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., 206.

(35) Così F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, cit., 215.

(36) Così (si tratta in tutti i casi di decisioni emesse dalla Sezione Tributaria della Suprema Corte), *Cass. 27 luglio 2011 n. 16431;*nello stesso senso, *Cass. 20 maggio 2011 n. 11236* e, sostanzialmente, anche *Cass. 12 maggio 2011 n. 10383* nonché *Cass. 18 febbraio 2011 n. 3947*. Precisa che l'ipotesi di abuso del diritto può ritenersi verificata quando "l'unico motivo dell'aggiramento della norma tributaria sia il conseguimento di un vantaggio fiscale" e che "una volta che si sia in presenza di un atto che appaia di abuso del diritto l'onere di provare la sussistenza di valide ragioni economiche per compierlo ricade sul contribuente" la sentenza, ancora più recente, di *Cass. 30 novembre 2011, n. 25537*.

(37) Così, di nuovo nell'ambito della giurisprudenza della Sezione Tributaria, *Cass., Sez. trib., 21 gennaio 2011 n. 1372*.

(38) Cfr., sul punto, i contributi di S. Pagliantini, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità di uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di CGCE 3 settembre 2009, C-489/07) e* Id., *Spigolature sulla c.d. svolta personalista della sentenza Messner ed il canone di ragionevolezza della tutela consumerista*, entrambi in Id., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, cit., 165 ss. e 193 ss.

(39) Cfr., sul punto, nell'ambito della giurisprudenza della Sezione Lavoro della Suprema Corte, *Cass., Sez. lav., 25 gennaio 2011, n. 1699,* in *Guida dir.*, 2011, 9, 24 ss., con nota di M. Tatarelli.

(40) Il riferimento è, ovviamente, a G. D'Amico, *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, cit., 654.

**«NEOFORMALISMO» E TUTELA DELL'IMPRENDITORE DEBOLE**
Fabio Addis

**FONTE** Obbl. e Contr., 2012, 1, 6 *Forma del contratto*
Sommario: 1. Il problema - 2. La pervasività del c.d. «neoformalismo»: il caso del contratto di locazione - 3. La «debolezza» dell'imprenditore commerciale - 4. La «commistione» tra forma e procedimento formativo del contratto - 5. La disciplina dell'affiliazione commerciale e dei ritardi di pagamento - 6. La disciplina della subfornitura - 7. I rapporti tra l'inizio di esecuzione e la previsione di forma vincolata - 8. Finalità protettive della forma e caratteri della nullità del contratto

## 1. Il problema

Secondo un'affermazione ormai ricorrente, la più recente disciplina legislativa di derivazione comunitaria avrebbe determinato un significativo ampliamento delle funzioni perseguite dalla previsione di una forma vincolata, la quale, originariamente dettata per rappresentare un mero «contenitore» di un atto che rimane espressione esclusiva di autonomia privata(2), comprenderebbe ormai anche la etero-determinazione del contenuto contrattuale e si estenderebbe alla formalità della contrattazione, perseguendo finalità protettive che incidono sulle conseguenze rimediali della sua eventuale inosservanza, modificando i connotati caratterizzanti la nullità strutturale del contratto(3).
Non stupisce dunque rilevare che, nel momento in cui il discorso sulla «debolezza imprenditoriale» è entrato nel vivo e si è iniziata ad avvertire l'esigenza di sottoporre ad un'analisi unitaria problemi fino a quel momento considerati diversi, taluno abbia rilevato, anche per il c.d. «terzo contratto», una «(inedita) commistione... tra il profilo della "forma" (come tale appartenente... al tema della *fattispecie contrattuale*) e il profilo del *procedimento formativo* (del contratto)», lasciando dunque intendere che la più recente evoluzione legislativa si muoverebbe nella medesima direzione già ampiamente percorsa nell'ambito consumeristico(4).
La ricaduta applicativa di questa constatazione non è marginale, laddove si ricordi che la stragrande maggioranza delle contrattazioni commerciali non richiede modalità espressive legalmente determinate, in ragione del fatto che gli interessi generali perseguiti dalle previsioni di forma vincolata possono costituire grave ragione di ostacolo alle esigenze di moltiplicazione della ricchezza e di valorizzazione del capitale sociale(5).
Non si tratta di richiamare esperienze storiche ormai passate, come la disciplina del c. comm. del 1882, ancorché esse risultino anche oggi di significativa importanza per ripensare ai connotati caratterizzanti i contratti «d'impresa», ma di attribuire il giusto rilievo alla lunga tradizione consolidatasi nella *lex mercatoria* e da ultimo riproposta, con dati normativi rilevanti, vigenti o di soft law, a livello di uniformazione internazionale del diritto privato(6).
Non è possibile infatti dimenticare che
il più importante strumento di uniformazione oggi vigente, peraltro applicabile solo a rapporti tra soggetti professionali(7), la Convenzione di Vienna sulla compravendita internazionale di cose mobili del 1980, nel suo art. 11, formula, in maniera espressa, la regola della libertà di forma
e in termini pressoché identici si esprimono anche gli artt. 1.2. delle disposizioni generali ai Principi Unidroit del commercio internazionale e 7 del Feasibility Study, nella versione aggiornata al 19.8.2011, in cui si legge che «se non diversamente disposto in questo strumento, un contratto, una decisione o qualsiasi altro atto che sia disciplinato da queste disposizioni non necessita di essere redatto per iscritto e non necessita di essere provato per iscritto»(8).
Tali riferimenti non devono servire a riproporre una questione – quale quella sulla effettiva esistenza di un principio di libertà di forme – che meno recentemente ha suscitato un acceso dibattito(9): è infatti necessario rilevare che la contrapposizione tra chi ha riaffermato la validità di questo principio e chi, al contrario, l'ha contestata è superabile chiarendo preventivamente cosa si voglia qualificare con il termine «forma», il quale, se inteso in senso lato, come modalità di manifestazione della volontà, non può che contraddistinguere ogni atto (senza che a ciò nulla aggiunga il parlare di «libertà della forma», ma dovendo, piuttosto, interrogarsi sul rapporto fra forma «espressa» e forma «concludente»)(10), mentre, se identificato con la forma vincolata, non può che essere di quei soli atti in tal modo descritti dalla legge, con previsioni che potrebbero, dunque, essere interpretate come qualunque altra norma e applicate analogicamente ad altre ipotesi, purché sia davvero possibile individuare un'*eadem ratio*, cioè un'identica esigenza di certezza o di protezione(11).
Il richiamo alla «libertà della forma» nell'ambito commerciale, dunque, serve solo ad evidenziare che una preventiva determinazione del requisito formale contrasterebbe con le esigenze sottese alla contrattazione in esame, per il cui soddisfacimento è invece sufficiente lasciare piena discrezionalità agli operatori del mercato, capaci, con la loro duttilità, di scegliere i mezzi espressivi e le tecniche di formazione del contratto più rispondenti alle esigenze del singolo caso(12).
La conclusione non è contraddetta dal fatto che, nell'esercizio della loro autonomia, gli imprenditori decidano spesso di sottoporre a determinate formalità l'atto che si andrà a concludere o ancor più la successiva modificazione o eliminazione di un atto già concluso: la pressoché assoluta indipendenza delle finalità perseguite con tale scelta rispetto a quelle sottese al formalismo legale ha infatti da tempo indotto la migliore dottrina a lamentare l'improprietà, sia sul piano concettuale, sia

con specifico riferimento al trattamento giuridico, di ogni ipotesi ricostruttiva tesa a ricavare dalla disciplina delle forme legalmente imposte le soluzioni ai problemi caratterizzanti le forme volontarie(13).
Il medesimo approccio metodologico deve essere seguito anche con riferimento a quella che, impropriamente, potrebbe essere definita una sorta di «formalizzazione successiva» dell'atto commerciale già perfezionato, cioè alla scelta di soddisfare l'esigenza di reiterazione e riproduzione per iscritto di un atto concluso oralmente attraverso una peculiare tecnica che si caratterizza per un atto di provenienza unilaterale, denominato «lettera di conferma», al quale non segue alcuna reazione espressa del suo destinatario. Lo stretto collegamento esistente tra questa modalità di contrattazione e l'ambito commerciale, che, ad esempio, incide sulla stessa denominazione tedesca del fenomeno, semplicemente definito come «kaufmännisches Bestätigunsschreiben», non deve essere interpretato come mera indicazione statistica della rilevanza pratica della fattispecie(14), né indica solo la sua origine storica, ma può essere adeguatamente valorizzato ponendo attenzione al significato giuridico ascrivibile al silenzio del destinatario dell'atto e all'influenza che, sull'interpretazione di tale contegno, è in grado di esercitare la conoscibilità del significato ordinariamente attribuito alla lettera di conferma, sicché quest'ultima può acquistare efficacia esclusivamente quando il destinatario svolga un'attività organizzata in modo simile a quelle commerciali perché solo operando in questo contesto può avere chiara consapevolezza delle conseguenze ascrivibili alla sua reazione, anche quando essa assume contorni meramente omissivi(15).
Riaffermata l'irrilevanza dei fenomeni appena descritti sulla necessità di non sottoporre a regole predeterminate normativamente le modalità di contrattazione imprenditoriale, appare dunque evidente che, se l'analisi delle specifiche previsioni normative volte ad introdurre forme vincolate in quest'ambito dovesse realmente indurre a concludere che l'allargamento delle funzioni proprie del formalismo negoziale, finora rilevato solo nei contratti dei consumatori, opera anche quando finalità protettive s'impongono nei rapporti tra professionisti, bisognerebbe chiedersi, quantomeno limitatamente al tema specifico della tutela dell'imprenditore «debole», se la particolare disparità di potere esistente tra i contraenti incida sull'ambito di operatività di tali previsioni, rendendole suscettibili di applicazione analogica, o sull'individuazione dei criteri ermeneutici utilizzabili per colmare le loro eventuali lacune, segnatamente in ordine ai caratteri sottesi alla previsione di nullità(16).
Per rispondere al quesito
è necessario chiarire se la nozione di «neoformalismo» ormai pacificamente assunta a livello consumeristico possa sic et simpliciter essere estesa all'ambito delle relazioni commerciali, in ragione di una non meglio precisata finalità protettiva assunta dalla previsione formale a fronte di una comune «debolezza» di una delle parti contraenti o se, al contrario, la rilevante differenza riscontrabile tra il «secondo» e il «terzo» contratto induca piuttosto ad elaborare una diversa nozione di «neoformalismo», destinata ad operare solo nei rapporti tra imprenditori(17).
L'analisi delle singole previsioni normative specificamente relative al tema, che rappresenterà il passo successivo dell'indagine, mirerà a confermare le conclusioni raggiunte in ordine a questo punto e a verificare se e in che misura esse conducano ad un'inedita «procedimentalizzazione» della forma, capace di incidere sulle modalità di perfezionamento del contratto.

## 2. La pervasività del c.d. «neoformalismo»: il caso del contratto di locazione

Si è già rilevato che il tratto unificante le molteplici previsioni di forma vincolata derivanti dalla più recente produzione normativa di derivazione comunitaria è stato individuato nella finalità protettiva della previsione formale, cioè nella sua idoneità a garantire il superamento della strutturale, inevitabile, presunta *a priori* «debolezza» contrattuale del consumatore e che, muovendo da questo rilievo, si è assistito ad un'articolata riscrittura delle caratteristiche della nullità del contratto, alla quale sono stati attribuiti obiettivi di natura conformativa e connotati di necessaria relatività e parzialità, in ragione del fatto che solo attraverso essi si riuscirebbe ad evitare il rischio che il professionista, abusando della sua conoscenza giuridica, non rispetti deliberatamente il vincolo formale per precostituirsi la possibilità, a suo arbitrio, di liberarsi del contratto a scapito della controparte(18).
Minore attenzione, però, è stata dedicata al fatto che le considerazioni appena svolte, originariamente parametrate sulla normativa consumeristica, strettamente correlate alla particolare origine della legislazione interpretata e rese nella piena consapevolezza dell'inevitabile diversità, anche solo di carattere terminologico-giuridico, di tale esperienza normativa rispetto a quella nazionale, in un secondo momento sono state riproposte anche fuori da quell'ambito, fino a condurre l'interprete a prospettare l'esistenza di un vero e proprio principio generale, capace di applicarsi ad ogni previsione di nullità per inosservanza di forma dettata dalla più recente legislazione(19).
Una significativa conferma di questa capacità «pervasiva» del c.d. «neoformalismo» si ritrova nell'interpretazione dell'*art. 1, 4° co., l. 9.12.1998, n. 431*, in tema di locazione ad uso abitativo: nonostante da tale previsione non sia possibile trarre alcun dato in ordine alla relatività e alla parzialità necessaria della nullità quale conseguenza del difetto di forma, più di un autore ha subito creduto di poter far transitare i caratteri della nullità consumeristica proprio perché aveva ormai raggiunto pieno livello di convinzione in ordine alla generalizzabilità di tecniche rimediali legate alle finalità protettive della previsione formale, sicché è sembrato sufficiente richiamare il bisogno abitativo della parte conduttrice per ritenere

dimostrata la sua «debolezza» e giustificare, in tal modo, la limitazione in ordine alla legittimazione ad agire e alle conseguenze della nullità strutturale(20).
Fortunatamente vi sono state voci contrarie, volte a dimostrare che questa conclusione contrasta con lo stesso dato positivo e s'ispira ad una così
evanescente idea di «debolezza» contrattuale da renderla espressione di generalizzazioni ed astrazioni concettuali tipiche del più tradizionale dogmatismo, cioè di uno dei maggiori pericoli che corre il pensiero giuridico, il quale, muovendo, anche forse in buona fede, dalla prospettiva della massima tutela possibile, perde poi la capacità di distinguere, a tal stregua, le diverse modulazioni delle tecniche protettive(21).
È sufficiente ricordare che nella disciplina della locazione dettata dalla *l. 9.12.1998, n. 431*, la protezione del conduttore è assicurata dall'art. 13, 5° co., il quale gli consente di richiedere «che la locazione venga condotta a condizioni conformi» a quelle previste dalla legge stessa, cioè di esercitare un'azione che impone l'accertamento da parte del giudice della nullità formale e l'emanazione di un atto costitutivo capace di dar vita ad un rapporto in questo modo «giuridicizzato», che non potrebbe evidentemente dirsi fondato, sia pure parzialmente, su un titolo che, in realtà, è e rimane nullo nella sua integralità(22).
Assume dunque decisiva importanza, per la ricostruzione della *ratio* della previsione appena citata, il fatto che essa non sia applicabile alle locazioni di immobili di lusso e ai contratti aventi finalità turistiche (art. 1, 2° co., lett. a e c, *l. 9.12.1998, n. 431*), perché da tale esclusione è ragionevole evincere che scopo del procedimento giudiziale in esame sia quello di evitare il rischio di perdere l'immobile a chi si è visto costretto ad accettare condizioni contrattuali illecite per le sue particolari esigenze abitative, sicché, non ricorrendo un siffatto pericolo di condizionamento nelle ipotesi appena menzionate, è giocoforza pretendere, in esse, un bilaterale ed integrale rispetto delle previsioni normative e sottrarre al conduttore il potere di evitare giudizialmente le conseguenze della nullità.
Poiché però la previsione di forma *ad substantiam* non conosce eccezioni di sorta, è evidente che le medesime finalità protettive non possono giustificare la sua imposizione, la quale, peraltro, non si ricollega neppure a particolari esigenze informative, visto che non si accompagna ad un'analitica descrizione del contenuto minimo del contratto o all'imposizione, a carico del locatore, di obblighi di redazione e consegna di specifici documenti ampiamente riscontrabili nell'esperienza consumeristica, sicché non resta che concludere che la forma vincolata mira a perseguire finalità di carattere generale, quali, ad esempio, quelle sottese all'esigenza di contrastare il mercato nero e di evitare evasioni fiscali, nell'ambito in esame frequentissime(23).
Non si tratta dunque di negare l'applicabilità analogica delle ipotesi di nullità relative a casi diversi da quelli espressamente menzionati, ma di denunciare che, nel caso in esame, non ricorrono le ragioni giustificatrici dell'analogia, perché manca ogni possibilità di individuare una finalità protettiva nella previsione di forma.
È chiaro che se il «neoformalismo» avvolge, come una nebbia, qualsiasi possibile conseguenza di un difetto formale tutto ciò si perde, le graduazioni e le novità scompaiono anche quando sono espressamente ricavabili da un'interpretazione sistematica delle disposizioni normative.

### 3. La «debolezza» dell'imprenditore commerciale

L'esempio appena ricordato conferma la necessità di scongiurare la formulazione di indebite generalizzazioni quando si decida di affrontare il tema della possibile estendibilità dei connotati caratterizzanti il «neoformalismo» consumeristico a contratti stipulati tra imprenditori.
In questo caso, infatti, occorre attribuire decisiva importanza ad un'attenta ricostruzione degli elementi caratterizzanti la «debolezza» del consumatore e quella di un imprenditore o di un professionista(24).
Nel primo caso, è ormai assodato che vi è una presunta ignoranza dei termini dello scambio, un'asimmetria che fonda lo squilibrio proprio sulla mancanza di adeguata informazione(25).
Non è ovviamente possibile escludere che una situazione di tal genere si verifichi anche nell'ambito commerciale, potendo occasionalmente accadere che anche un imprenditore non sia adeguatamente informato nonostante la sua professionalità, ma è evidente che ciò non può rappresentare un'ipotesi così statisticamente frequente da giustificare la previsione legislativa di favore: quello che invece sempre sussiste nelle relazioni commerciali in esame è una debolezza di natura economica, strettamente legata al tipo di mercato nel quale l'imprenditore svolge la sua attività e alla particolare tipologia di relazione negoziale che, per poter operare in quell'ambito, egli è obbligato a far sorgere(26).
A differenza della debolezza consumeristica, dunque, quella dell'imprenditore non è mai predicabile *a priori* e in astratto, ma è solo eventualmente accertabile *a posteriori* e in concreto, sicché su queste basi è bene che la diversità tra le due situazioni continui ad essere mantenuta, allorché ci si faccia carico di provare a dare una lettura – esegetica prima e sistematica poi – delle disposizioni rinvenibili sotto il profilo della forma degli atti che vedono come parti necessarie ed esclusive gli imprenditori.

### 4. La «commistione» tra forma e procedimento formativo del contratto

La conclusione non è smentita dalla denuncia della ricordata «commistione» tra i profili della forma e della formazione del contratto rilevata da chi ha già sottoposto ad un'attenta verifica tali previsioni normative.
Sul punto è sufficiente ricordare che, al momento dell'elaborazione di quello che, ancora oggi, rimane uno degli studi più significativi sul tema della conclusione del contratto, si era rilevata l'intima compenetrazione tra i due termini della questione, cioè la capacità della forma legislativamente imposta di concorrere alla selezione di quelle modalità di perfezionamento compatibili con la necessità di assicurarne il rispetto(27).
Quando dunque si denuncia la «commistione» tra i due problemi, non s'indica affatto qualcosa di nuovo che, per la prima volta, s'è imposto all'indagine della dottrina solo a causa del già ricordato ampliamento delle funzioni perseguite dalla forma e che varrebbe a fissare un elemento di somiglianza sostanziale tra le previsioni dettate a tutela dei consumatori e quelle rivolte ai professionisti deboli: si riafferma un'elementare verità agevolmente riscontrabile, con valenza universale, nel momento in cui, abbandonata l'idea di utilizzare la «fattispecie a formazione progressiva» quale parametro concettuale per affrontare i problemi sottesi alla formazione del contratto, ci si interroghi sui vantaggi assicurati dall'impiego del concetto di «procedimento»(28).
È infatti evidente che,
fino a quando le risposte relative all'avvenuto perfezionamento del contratto sono cercate vagliando il grado di «completezza» e il «contenuto» degli atti prenegoziali posti in essere tra le parti, secondo la logica ispirata all'idea di ridurre i problemi della formazione a quelli relativi alla determinazione della fattispecie, riesce difficile constatare che una forma legislativamente imposta incida sulle modalità della stipulazione perché tale previsione opera dando già per presupposto il completamento dell'oggetto del contratto,
sicché solo quando questa tradizionale contrapposizione tra i due requisiti è posta in crisi dall'introduzione di «forme-contenuto» riesce comprensibile anche a chi usa tali categorie concettuali quanto, invece, è già evidenziabile, per ogni contratto e indipendentemente dalle finalità perseguite dall'imposizione della forma, una volta che si presti attenzione all'indipendenza del procedimento dal grado di determinazione del regolamento e alla capacità di tale strumento di descrivere, attraverso il rispetto della «conformità», i comportamenti attraverso i quali le parti possano raggiungere un accordo in ordine alla creazione di un vincolo giuridico(29).
Tra la pluralità dei procedimenti formativi, in altri termini, e la forma quale elemento essenziale della fattispecie contrattuale esiste un collegamento strutturale che opera costantemente e non è condizionato dalle finalità, più o meno protettive, perseguite dalla scelta legislativa, che, da questo punto di vista, rimane un atto arbitrario del legislatore, difficilmente condizionabile *a priori* da un'analisi di carattere funzionale e piuttosto sottoponibile, *a posteriori*, ad un'interpretazione che deve comunque rispettare le particolarità del singolo caso e solo all'esito di un'attenta dimostrazione che tenga conto di esse può condurre alla prospettazione di conclusioni dotate di un più ampio grado di generalità ed astrattezza.

## 5. La disciplina dell'affiliazione commerciale e dei ritardi di pagamento

Scarsamente utilizzabile, ai fini appena descritti, è l'art. 4, ult. co., d.lg. 9.10.2002, n. 231, in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, non tanto perché tale previsione ricollega la necessità di una forma scritta esclusivamente alla pattuizione con cui le parti decidano di stabilire un termine di pagamento superiore rispetto a quello legale, ma anche e soprattutto perché tale possibilità è esclusivamente prevista «per i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili» e nel rispetto dei «limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il Ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative, a livello nazionale, della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici».
Il circoscritto ambito applicativo della previsione, infatti, dimostra che
il legislatore ha preferito confermare la generale libertà dei contraenti nella determinazione della tempistica dei pagamenti, evitando ogni previsione di carattere formale e limitando il suo intervento all'indicazione di criteri suppletivi, derogabili dalle parti (art. 4, 1° e 2° co., d.lg. 9.10.2002, n. 231), ferma restando la necessità di intervenire con il più penetrante rimedio della nullità (rilevabile anche d'ufficio) a fronte di accordi gravemente iniqui (art. 7, d.lg. 9.10.2002, n. 231)(30).
La specifica apertura concessa all'autonomia privata nel settore dei prodotti alimentari deteriorabili è controbilanciata con quell'elemento di ponderazione e di rigore della valutazione consentito dallo strumento formale, ulteriormente arricchito dalla necessità di rispettare i limiti previsti dalla contrattazione collettiva(31).
In altri casi, invece, la tecnica rimediale impiegata dal legislatore nell'ambito delle relazioni commerciali appare simile o del tutto identica a quella già sperimentata per i consumatori, ma le finalità *lato sensu* protettive e informative mostrano significative diversità.
Basti pensare all'*art. 3, l. 6.5.2004, n. 129*, in tema di affiliazione commerciale, dove non si dispone solo che il contratto «deve essere redatto per iscritto a pena di nullità» (1° co.), ma si indica altresì analiticamente il contenuto minimo necessario della pattuizione (4° co.), così da introdurre, mediante la forma vincolata, una serie di obblighi informativi che in quel supporto devono trovare spazio.

L'esigenza di assicurare un'adeguata informazione dell'aspirante affiliato spiega anche la previsione dell'art. 4 del medesimo provvedimento, in cui s'impone all'affiliante, almeno 30 giorni prima della sottoscrizione del contratto, di consegnare una copia completa di quest'ultimo, corredata di una serie di allegati, nei quali è descritto tutto quanto è bene sapere prima di vincolarsi ad un relazione contrattuale di durata che deve avere un termine minimo vincolato, sufficiente a garantire all'affiliato la copertura dell'investimento iniziale.
È evidente che tali previsioni mirano ad assicurare la protezione dell'aspirante affiliato e a garantire il pieno rispetto di un obbligo informativo che, *ad abundantiam*, il legislatore ha comunque previsto in termini generali per entrambe le parti della relazione (*art. 6, l. 6.5.2004, n. 129*), ma è importante rilevare che la finalità descritta assume connotati sensibilmente diversi da quelli riscontrabili nell'ambito consumeristico(32).
L'oggetto dell'informazione, infatti, investe il contenuto complessivo del contratto, la sua incidenza sull'esercizio dell'attività d'impresa da parte dell'aspirante affiliato, al quale non è assicurato, mediante l'adempimento dell'informazione, uno «statuto minimo essenziale» di diritti indisponibili che permettono di riequilibrare la sua posizione rispetto a quella di chi predispone unilateralmente il contratto, ma è, più semplicemente, garantita la possibilità di decidere con maggiore consapevolezza critica se vincolarsi o no(33).
La forma qui descritta, in altri termini, non è finalizzata a veicolare diritti attribuiti dalla legge che operano nella fase esecutiva del contratto, ma, piuttosto, a concorrere alla nascita e allo sviluppo di trattative precontrattuali, che, al contrario, sono ordinariamente assenti nell'ambito consumeristico e che potrebbero qui svolgersi appieno in virtù delle informazioni assicurate e del rigido *spatium deliberandi* concesso all'affiliato(34).
Se dunque si vuole rilevare, nella previsione in esame, una «commistione» tra forma e formazione del contratto, è necessario precisare che
un ruolo decisivo nella «procedimentalizzazione» del consenso è assunto dalla rigida temporalizzazione della consegna dello scritto, perché solo grazie ad essa alla parte debole è attribuito il tempo sufficiente per riflettere sul contratto e per agevolare lo sviluppo di trattative che la forza contrattuale dell'affiliante potrebbe altrimenti precludere.

### 6. La disciplina della subfornitura

Una più ampia riflessione merita infine l'*art. 2, l. 18.6.1998, n. 192*, il quale offre un'evidente conferma dell'impossibilità di sottoporre le relazioni commerciali, caratterizzate dall'esigenza di garantire un'ampia varietà procedimentale, a quella selezione preventiva assicurata dalla scelta legislativa di un regime formalmente vincolato ampiamente utilizzata nell'ambito consumeristico.
La norma in esame, infatti, dopo aver in termini generali disposto che il contratto «deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità», chiarisce che «costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica» e riconosce, in caso di nullità per inosservanza della forma, il diritto del subfornitore al «pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto» (1 ° co.), sottoponendo ai medesimi requisiti formali, «nel caso di contratti a esecuzione continuata o periodica», anche «gli ordinativi relativi alle singole forniture» (3° co.), fermo restando, in ogni caso, l'obbligo delle parti di determinare o rendere determinabile «in modo chiaro e preciso» il prezzo dei beni o dei servizi (4° co.) e di specificare una serie di contenuti variamente diretti a permettere la piena comprensione dei termini della relazione commerciale (5° co.)(35).
Particolarmente significativo è il 2° co. della medesima norma, ai sensi del quale «nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel 1° co., non seguita da accettazione scritta del subfornitore, che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto ai sensi della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione *dell'art. 1341 c.c.*».
Stupisce che proprio chi ha prospettato la «(inedita) commistione» tra forma e procedimento formativo abbia poi dubitato della possibilità di ricondurre la previsione appena citata alla modalità di stipulazione fissata *dall'art. 1327 c.c.*, osservando che quest'ultima norma richiama per la sua operatività circostanze tassativamente previste che non necessariamente ricorrono nel caso dell'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, che, dunque, fisserebbe una modalità di contrattazione alternativa e distinta rispetto a quella codicistica ed incentrata su un comportamento concludente dell'oblato(36).
Anche in questo caso, non è difficile scorgere il presupposto non esplicitato della considerazione in esame in un'idea di «fattispecie a formazione progressiva» che mostra tutti i suoi limiti operativi perché, condannata a ricondurre i problemi della formazione del contratto ad una dimensione contenutistica, sottopone *l'art. 1327 c.c.* ad un giudizio in termini di eccezionalità che, una volta ammessa la pluralità procedimentale, cessa di avere alcun significato, perché potrebbe essere fondato esclusivamente sulla dimostrazione dell'esistenza di un principio non scritto che impone la conclusione del contratto mediante scambio di atti partecipativi, il che, evidentemente, è smentito dalla stessa esistenza di una molteplicità di modelli di stipulazione che, volta a volta, si basano su atti che perseguono quella funzione solo a misura che essa soddisfi specifici interessi procedimentali diversi tra loro(37).

L'ammissibilità della formazione del contratto mediante inizio di esecuzione anche in ipotesi che non dipendono da un'espressa richiesta del proponente, del resto, induce a dubitare della possibilità di ricondurre, in ogni caso, ad un interesse procedimentale di quest'ultimo la ragione giustificatrice della previsione(38): per evidenziare che il ricorso *all'art. 1327 c.c.* può essere ricondotto anche a situazioni conoscibili – ma non necessariamente conosciute – dal proponente, che, dunque, non è l'unica parte tutelata dal procedimento in esame, è sufficiente pensare alla natura imperativa degli usi e all'impossibilità di ricondurli ad un'espressione di (effettiva) autonomia privata, nonché, soprattutto, alla necessità di risolvere l'indagine sulla «natura dell'affare» in una complessa interpretazione del contenuto del contratto, incentrata sull'analisi delle caratteristiche, specie temporali, delle relative prestazioni(39).
A tale proposito, merita attenzione la posizione di chi, muovendo dall'origine storica *dell'art. 1327 c.c.*, che deriva dall'art. 36, 2° co., c. comm. del 1882, sottolinea che ambito elettivo di applicazione della norma rimane quello delle relazioni commerciali, le quali, essendo caratterizzate da esigenze di speditezza e certezza della contrattazione, rifuggono da rigidi formalismi e preferiscono modalità di stipulazione incentrate su attività immediatamente esecutive, che presuppongono una chiara consapevolezza, specialmente in capo all'oblato, dei termini contenutistici del contratto, sicché risulterebbe possibile allargare l'ambito di operatività *dell'art. 1327 c.c.* elevandolo a vera e propria regola generale «nel settore dei contratti "professionali", in cui far confluire, oltre agli "ordini, incarichi, autorizzazioni" e ai "contratti di massa", i contratti "particolari" dipendenti da un contratto normativo», a misura che, difettando uno specifico interesse delle parti ad una prosecuzione delle trattative, o al loro stesso avvio, il contenuto del contratto risulti già univocamente determinato dalla proposta o agevolmente determinabile dal ricorso a criteri integrativi, anche normativamente previsti, che entrambe le parti non possono non conoscere(40).
Muovendosi in questa prospettiva, infatti, è agevole osservare che
l'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, si limita a riaffermare la generale operatività, nell'ambito delle relazioni di subfornitura, della modalità di stipulazione tipica del mondo imprenditoriale, attribuendo al subfornitore il potere di scegliere la modalità della stipulazione
perché il committente ha già preventivamente modellato, con la formulazione della proposta scritta, il rapporto contrattuale esercitando il suo potere di forza, sicché un'elementare esigenza di controbilanciare tale esercizio, impedendo allo stesso committente di trincerarsi dietro la mancata formulazione di un'accettazione scritta, giustifica il riconoscimento, in capo al subfornitore, della possibilità di iniziare subito l'esecuzione del contratto(41).
Ricondotta l'ipotesi in esame *all'art. 1327 c.c.*, però, si mostra in tutta la sua evidenza la reale particolarità della disciplina, che prospetta una piena compatibilità tra il procedimento di stipulazione del contratto incentrato su un atto conclusivo di natura non partecipativa e la previsione di una forma scritta *ad substantiam*.
Sul punto, nessun rilievo va attribuito all'infelice formulazione letterale dell'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, nella parte in cui considera il contratto «concluso per iscritto ai sensi della presente legge»: è sufficiente ricordare che l'inizio di esecuzione non è in nessun modo riconducibile ad una dichiarazione (sia pure «per fatto concludente»)(42) per evidenziare la sua impossibilità di essere assoggettato alla forma scritta e dunque di garantirne il rispetto all'atto della sua realizzazione. Il dettato normativo può ovviamente far derivare da una fattispecie i medesimi effetti che normalmente dovrebbero essere prodotti da un'altra fattispecie, ma non è legittimato a contrastare tale verità oggettiva(43).
Non resta dunque che concludere che
il rispetto della forma vincolata non è assicurato dal contratto, così come perfezionato, né, tantomeno, dall'inizio di esecuzione, ma proprio e solo dalla proposta, il che è pienamente comprensibile ponendo attenzione allo stretto collegamento funzionale che la previsione in esame istituisce tra la forma vincolata e la necessità di veicolare, mediante il suo rispetto, informazioni essenziali per il subfornitore(44).
In assenza dell'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, la scelta legislativa di sottoporre il contratto costitutivo di un rapporto di subfornitura ad un vincolo di forma scritta *ad substantiam* avrebbe inevitabilmente comportato una selezione dei procedimenti formativi del contratto, escludendo quello incentrato sull'inizio di esecuzione(45). Poiché tale risultato è apparso al legislatore incompatibile con le esigenze del traffico commerciale e le particolarità della relazione contrattuale denominata subfornitura, la previsione in esame tempera la rigidità del formalismo negoziale, ammettendo che la forma vincolata sia rispettata dal solo proponente e l'oblato sia libero di perfezionare il contratto iniziandone l'esecuzione(46).

### 7. I rapporti tra l'inizio di esecuzione e la previsione di forma vincolata

Lo stretto collegamento esistente tra forma e formazione del contratto è stato attentamente valorizzato dalla dottrina più recente, la quale ha ritenuto possibile trarre dal dettato normativo in esame ulteriori corollari sistematici, sì da concludere che la compatibilità tra forma *ad substantiam* e inizio di esecuzione possa essere sostenuta anche fuori dall'ambito specifico della subfornitura e per qualunque relazione contrattuale.
Gli argomenti a tal fine impiegati sono però sensibilmente diversi.
Un primo orientamento ha tentato di dimostrare una «procedimentalizzazione» del requisito formale, cioè di sostenere che la più recente evoluzione normativa induce a considerare la forma vincolata non più nella dimensione statica della

fattispecie, ma in quella dinamica del procedimento, così da potersi dire rispettata anche quando uno solo degli atti procedimentali – nella specie: la proposta – è reso in forma scritta(47).
Un'altra posizione, invece, ha osservato che, poiché l'inizio di esecuzione è, in ogni caso, un comportamento concludente ed assume contorni negoziali che lo rendono espressione di autonomia privata, sarebbe sufficiente aderire ad una ricostruzione del concetto di forma «in senso lato», come modalità espressiva della medesima autonomia, per concludere che *l'art. 1327 c.c.* è, a sua volta, una previsione legislativa di forma vincolata, perché impone, in presenza delle circostanze ivi descritte, che il contratto si perfezioni solo mediante inizio di esecuzione, togliendo ogni efficacia procedimentale ad atti di natura partecipativa che, eventualmente, l'oblato decida di porre in essere prima della stessa esecuzione.
In questa prospettiva, l'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, delineerebbe uno specifico criterio risolutivo del conflitto esistente tra la forma prevista *dall'art. 1327 c.c.* e la forma scritta *ad substantiam* prevista dal 1° co. dello stesso art. 2, sancendo la prevalenza su quest'ultima della prima, cioè ammettendo espressamente che l'inizio di esecuzione sia comunque idoneo a perfezionare il contratto purché la proposta sia fatta per iscritto(48).
Entrambe le prospettazioni, però, pervengono al medesimo punto d'arrivo, cioè alla conclusione secondo cui le soluzioni in esse sostenute sarebbero sottratte a qualunque particolarismo derivante dalla *sedes materiae* dell'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, e potrebbero essere estese ad ogni ipotesi in cui entra in gioco *l'art. 1327 c.c.*
Un'approfondita disamina delle posizioni appena sintetizzate esulerebbe dai limiti del presente contributo, che vuole solo offrire una panoramica descrittiva del «neoformalismo» nell'ambito delle relazioni commerciali con imprenditori «deboli».
Lo specifico angolo visuale che, in questa sede, si è deciso di preferire, tuttavia, permette di sollevare alcune perplessità nei loro confronti.
Immaginare una «procedimentalizzazione» della forma significa, in buona misura, dimenticare che il termine di riferimento del procedimento formativo del contratto è comunque rappresentato proprio e solo dal contratto stesso e non dall'accordo contrattuale(49).
Se è sufficiente ricordare la tipologia dei contratti reali per dimostrare che contratto e accordo possono non coincidere da un punto di vista cronologico e procedimentale, è necessario muovere da tale rilievo per osservare che la contrapposizione tra procedimento e fattispecie non ha riflessi nel contratto in sé e per sé considerato, ma solo nell'analisi dei comportamenti diretti al suo perfezionamento: la nascita del contratto coincide con la venuta in essere della fattispecie ed impone di riferire ad essa – e non al procedimento, ormai superato dall'avvenuto perfezionamento – i requisiti essenziali previsti *dall'art. 1325 c.c.* e, segnatamente, la forma, che, dunque, non può essere del solo procedimento e non della fattispecie, se non a costo di confondere casi e situazioni – come ad esempio quello dell'art. 1326, 4° co., e quello *dell'art. 1350 c.c.* – che sono diversi, tanto che i relativi effetti operano su piani di valutazione non sovrapponibili(50).
Si può parlare di «procedimentalizzazione», dunque, solo al limitato scopo di evidenziare il collegamento strutturale tra l'elemento formale – che rimane proprio della fattispecie – e l'analisi del comportamento diretto alla conclusione del contratto(51), ma in questa prospettiva è evidente che la previsione dell'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, mostra ancora una volta la sua particolarità che la rende, a queste condizioni, difficilmente estendibile fuori dai suoi confini, perché fissa un'ipotesi in cui il legislatore considera un comportamento meramente materiale idoneo a garantire il rispetto di un requisito della fattispecie che, in ragione del vincolo formale, ordinariamente imporrebbe il ricorso ad un procedimento incentrato sul dialogo(52).
Più articolata, invece, si presenta l'altra riflessione teorica, incentrata sull'equiparazione tra inizio di esecuzione e comportamento concludente, ma, anche ammettendo che tutti i passaggi argomentativi che dimostrano tale identificazione risultino pienamente condivisibili(53), riuscirebbe comunque inspiegabile la ragione per la quale, a differenza della forma vincolata *dell'art. 1327 c.c.*, la norma in tema di subfornitura si limiti a sancire una libertà del subfornitore, sicché, se proprio si volesse ragionare in termini formali, bisognerebbe allora concludere che l'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, è maggiormente assimilabile al formalismo volontario, posto che il criterio risolutivo del conflitto tra previsioni formali incompatibili è attribuito non già e in ogni caso all'inizio di esecuzione, ma, piuttosto, alla scelta discrezionale di una parte e, proseguendo su questa strada, riuscirebbe agevole concludere degradando il problema qui esaminato a quello, più ampio, della valutazione dei rapporti tra autonomia privata e procedimenti di formazione del contratto, cioè dell'individuazione dei limiti entro i quali il privato può modificare i procedimenti fissati dalla legge.

### 8. Finalità protettive della forma e caratteri della nullità del contratto

Per offrire una diversa lettura della *ratio* dell'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, è necessario prestare maggiore attenzione all'inciso finale della norma, nella parte in cui fa salva l'applicazione *dell'art. 1341 c.c.*
Tale salvezza non può riguardare solo il 1° co. di tale previsione, che è rispettato dalla formulazione per iscritto di una proposta unilateralmente predisposta dal committente quasi sempre attraverso modelli di riferimento standardizzati, ma investe anche il 2° co., cioè la previsione riguardante la necessità di sottoporre a duplice sottoscrizione le c.d. clausole vessatorie.
Diviene dunque chiaro che

il legislatore ha voluto tutelare il subfornitore riconoscendogli la possibilità di eseguire subito il contratto, per non perdere l'affare, senza tuttavia rinunciare, in tal modo, al diritto di agire successivamente per lamentare la vessatorietà di alcune previsioni contenute nella proposta(54).
La norma in esame dunque persegue una finalità protettiva, che rappresenta, come si è già rilevato, un opportuno contemperamento al potere contrattuale del committente, il quale è certamente libero, al momento della formazione della proposta, di inserirvi qualunque pattuizione per lui più favorevole, ma rischia concretamente di vedersi stipulato il contratto per effetto dell'iniziata esecuzione e di non poter, ciononostante, contare sulle clausole vessatorie, che comunque potrebbero essere denunciate dal subfornitore.
Lo stesso committente potrebbe eludere l'applicazione della norma evitando di formulare la proposta per iscritto, così da coinvolgere anche il subfornitore nella formazione di un contratto sicuramente invalido, ma, in questo caso, il legislatore assicura comunque una protezione alla parte debole con l'art. 2, 1° co., seconda parte, *l. 18.6.1998, n. 192*, che attribuisce al subfornitore il diritto al pagamento della controprestazione e al rimborso delle spese in buona fede sostenute, fissando effetti giuridici che non sono in nessun caso ricollegabili ad un atto valido, pur essendo corrispondenti a quelli che da quest'ultimo sarebbero potuti derivare(55).
La violazione della regola di forma determina per l'atto una sorte irrevocabilmente segnata dalla nullità, che non è né sanabile, né parziale, posto che qualsiasi riferimento ad un concetto di sanatoria è per forza di cose improprio ed errato, visto che la previsione appena citata non assicura la prosecuzione della relazione contrattuale(56) e, d'altra parte, non si assiste neppure all'eliminazione di una porzione del contratto o alla sua sostituzione con norme imperative, secondo il ben noto modello rimediale sotteso alla nullità parziale(57): la conservazione della controprestazione e la pretesa ad ottenere, sia pure sulla base dell'atto nullo, il ristoro delle spese derivano, dunque, solo dalla volontà legislativa che, per evidenti finalità protettive, intende rendere economicamente sconveniente l'eventuale decisione del committente di abusare del suo potere di forza per imporre al subfornitore un contratto orale(58).
Dalla previsione in esame, inoltre, si ricava una non marginale
conferma dell'impossibilità di qualificare come relativa la nullità determinata dall'inosservanza della forma: se infatti il legislatore avesse voluto, in ragione della finalità protettiva assunta dalla previsione formale, attribuire al solo subfornitore il potere di denunciare la sua violazione, non avrebbe avuto alcun bisogno di chiarire che la nullità non gli impedisce di avere diritto alla controprestazione, perché avrebbe dovuto semplicemente attribuire alla discrezionalità dello stesso subfornitore il compito di valutare la convenienza del ricorso alla nullità, lasciandogli la possibilità, sic et simpliciter, di disinteressarsi dell'originaria difformità del contratto rispetto al paradigma legale e di continuare la sua esecuzione.
L'attribuzione del diritto alla controprestazione, invece, ben si comprende proprio ipotizzando che la nullità sia rilevabile da chiunque, ivi compreso il giudice, perché, in tal modo, risulta evidente che l'eventuale tentativo del committente di abusare delle sue conoscenze giuridiche per indurre la controparte a vincolarsi con un atto insanabilmente nullo non gli arreca alcun vantaggio, se non quello, invero marginale, di liberarsi senza particolari difficoltà di una relazione che, per lui, non appare più conveniente, dopo aver comunque pagato il corrispettivo di quanto ricevuto(59).
La disciplina in esame, dunque, si caratterizza per evidenti peculiarità che possono essere certamente spiegate sottolineandone la finalità protettiva, ma che non consentono una sua generalizzata estendibilità a tutte le ipotesi di forme di protezione variamente previste nell'ambito consumeristico.
Il profilo è stato infatti già affrontato con specifico riferimento alla rilevata compatibilità tra l'imposizione legislativa di una forma vincolata e il procedimento incentrato sull'inizio di esecuzione ed è stato da taluno risolto riconoscendo al consumatore la possibilità di perfezionare il contratto *ex art. 1327 c.c.* dopo aver ricevuto una proposta scritta che contenga tutte le informazioni prescritte dalla legge(60).
In senso contrario a tale conclusione, si è tuttavia rilevato che il riconoscimento di questa possibilità si rivelerebbe del tutto inutile e forse persino dannoso, perché esporrebbe il consumatore al rischio di essere considerato vincolato al contratto anche a fronte di un comportamento ambiguo, che, all'esito di una valutazione fatalmente discrezionale, potrebbe essere comunque giudicato idoneo a sancire un inizio di esecuzione.
D'altra parte, l'esistenza di «forme per l'informazione», cioè di previsioni formali che mirano non già a sottoporre ad una forma scritta il contratto e il suo perfezionamento, ma solo il documento che, prima della stipulazione, il professionista deve consegnare al consumatore, lasciano chiaramente intendere che, nell'ambito consumeristico, le previsioni di forma vincolata rispondono a finalità divergenti tra loro, sicché il tentativo di estendere l'ipotesi ricostruttiva formulata per la subfornitura a contratti consumeristici si risolverebbe, di fatto, in un'indebita sovrapposizione di forme aventi finalità divergenti, perché condurrebbe a ritenere che la previsione dell'*art. 2, l. 18.6.1998, n. 192*, persegua una finalità informativa, quando, al contrario, essa si rivolge proprio e solo alla stipulazione del contratto(61).
A tali rilievi è possibile aggiungerne un altro, che contribuisce ulteriormente a chiarire l'esatta portata sistematica della norma in esame:
ammettere una generalizzata operatività *dell'art. 1327 c.c.* nell'ambito consumeristico significherebbe estendere ad una parte che, per definizione, si assume debole perché scarsamente informata, i parametri valutativi di una condotta che, al contrario, acquista significato giuridico perché resa in un contesto di reciproca adeguata informazione.

L'origine commerciale del procedimento incentrato sull'inizio di esecuzione, in altri termini, si fa ancora sentire quando si tratta di vagliare non solo le condizioni in presenza delle quali il procedimento è ammissibile, ma anche e soprattutto i criteri di individuazione della condotta idonea a determinare il perfezionamento del contratto, imponendo un'attenta valutazione del grado di consapevolezza delle conseguenze giuridiche della propria condotta in capo al suo autore.
Tale giudizio si rivelerebbe inevitabilmente difficile a fronte di un consumatore, sicché, in presenza di una forma scritta *ad substantiam* finalizzata alla sua protezione, deve rimanere ferma l'impossibilità di ritenere comunque concluso il contratto *ex art. 1327 c.c.*
Se dunque di «neoformalismo» si vuole, a tutti i costi, parlare anche nell'ambito delle relazioni commerciali, è necessario concludere che tale nozione assume una configurazione radicalmente diversa da quella impiegata nei contratti con i consumatori, per quanto concerne la stessa nozione di «debolezza» contrattuale, la finalità protettiva della forma, le conseguenze giuridiche sottese alla sua eventuale inosservanza.
A queste condizioni, il termine, utilizzabile solo in modo generico e con finalità meramente descrittive ed evocative, assume i contorni di una vuota formula declamatoria, fatalmente destinata ad acquisire contenuto solo se immediatamente contestualizzata nello specifico settore in cui la si vuole impiegare.

---

(1) Relazione tenuta il 16.9.2011 al Convegno «Contratti fra imprese e tutela dell'imprenditore debole», organizzato dal prof. Francesco Ruscello presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona. Lo scritto è destinato agli *Studi in onore di Lelio Barbiera*.

(2) Cfr. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, 406; Pugliatti e Falzea, *I fatti giuridici*, rist. dell'edizione del 1945 con prefazione di Irti, Milano, 1996, 85 s.; Pugliatti, *La trascrizione*, I, *La pubblicità in generale*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XVI, 1, Milano, 1957, 368; e in Id., *Scritti giuridici*, III, *1947-1957*, Milano, 2010, 1372 s.; Betti, *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, in *Riv. notariato*, 1959, 230 ss.; e in *Annali Univ. Camerino*, (XXV) 1960, 32 ss.; Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2ª ed. (1960), Napoli, 2002, 125 s.; Ormanni, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 560; R. Scognamiglio, *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962, 152 ss. e 295 ss.; Id., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. 2ª ed. (1969), Napoli, 2008, 219 ss.; Schlesinger, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 371 s.; F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Napoli, 1966, 135; Liserre, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 24 s., 73 s., 82 e 142; M. Giorgianni, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 990; e in Id., *Scritti minori*, Napoli, 1988, 700; Irti, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, 113; V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, 416 ss.; Id., *Manifestazione in senso stretto*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 476 ss.; e in Id., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 73 ss.; Palazzo, *Forme del negozio giuridico*, in *Digesto civ.*, VIII, Torino, 1991, 442; F. Di Giovanni, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno ed E. Gabrielli, 2ª ed., Torino, 2006, 887 s.; Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, 6ª ed., Milano, 2008, 82; Moscati, *La forma del contratto*, in *Diritto civile*, a cura di N. Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, III, 2, Milano, 2009, 372 s.

(3) Cfr. R. Lener, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul «neoformalismo» negoziale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, 777 ss.; Id., *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 6 ss.; S. Mazzamuto, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contratto e impresa*, 1994, 44 s.; Amagliani, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, 47 ss.; F. Di Marzio, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, 395 ss.; Id., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. privato*, 2002, 729 ss. (da cui le successive citazioni); e in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, II, Milano, 2004, 1149 ss.; Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, in *Tratt. Lipari*, III, 2ª ed., Padova, 2003, 49 s.; Masucci, *La forma del contratto*, *ivi*, 199 ss.; M. Messina, *«Libertà di forma» e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, 111 ss.; Cozzi, *Forme di protezione e disciplina delle prove*, Napoli, 2005, 5 ss.; Calvo, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, XXXIV, Padova, 2005, 267 ss.; Morelato, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, 1 ss.; Breccia, *La forma*, in *Tratt. Roppo*, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, 535 ss.; Landini, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, 113 ss.; Pasa, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo: verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008, 11 ss.; G. Tucci, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2009, II, 39 ss.; F. Greco, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 67 ss.; Semeghini, *Forma* ad substantiam *ed* exceptio doli *nei servizi di investimento*, Milano, 2010, 1 ss.; Fazio, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, 73 ss.

(4) Cfr. G. D'Amico, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, 37 ss., spec. 42, nt. 10 (da cui le successive citazioni); e, con il titolo *Il c.d. «terzo contratto»: la formazione*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 673 ss., spec. 678, nt. 10; Id., *Formazione del contratto*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano, 2008, 569, nt. 11 e 592 ss. Similmente, fanno riferimento ad una «procedimentalizzazione» della forma Lombardi, *Forma legale e tecniche formative del contratto. La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 2005, 94 e 96, che riprende quanto già rilevato da A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 256, nt. 27; cfr. anche L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 123.

(5) Cfr. Rescigno, *«Trasparenza» bancaria e diritto comune dei contratti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, 304 s.; Schlesinger, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, *ivi*, 1992, I, 724 s.; Galgano, Lex mercatoria, 5ª ed., Bologna, 2010, 48 s.; e, meno recentemente, per una rilettura del problema in chiave classista, Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, 2ª ed., Napoli, 1977, 259 s.

(6) Basterebbe, in tale prospettiva, ricordare le critiche rivolte al formalismo civilistico da Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, *Le obbligazioni*, 5ª ed., Torino, 1926, 67 e 74 s.; Bolaffio, *La legislazione commerciale italiana*, 6ª ed., Torino, 1934, 229 ss.; Navarrini, *Trattato elementare di diritto commerciale*, I, 5ª ed., Torino, 1937, 112, i quali richiamavano, a sostegno della generale libertà di forme prospettabile nei rapporti commerciali, il disposto dell'art. 44 c. comm. del 1882 in tema di prova per testimoni delle obbligazioni commerciali. Più recentemente, un'attenta disamina degli effetti della c.d. commercializzazione del diritto privato è offerta da Levi, *La commercializzazione del diritto privato: il senso dell'unificazione*, Milano, 1996, 19 ss.; Buonocore, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Milano, 2000, 75 ss.; G. Capo, *Attività di impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, 95 ss.; G. Cian, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 849 ss.; C. Scognamiglio, *Contratti d'impresa e volontà delle parti contraenti*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, Milano, 2006, 851 ss. (gli ultimi due scritti possono altresì leggersi, con marginali modifiche nelle loro intitolazioni, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Convegno di studio. Siena, 22-24.9.2004, a cura di Sirena, Milano, 2006, 393 ss. e 493 ss.); Dolmetta, *Sui «contratti d'impresa»: ipoteticità di una categoria (ricordo di Arturo Dalmartello)*, in *Jus*, 2009, 291 ss.; e in *Un maestro del diritto commerciale. Arturo Dalmartello a cento anni dalla nascita*, a cura di Dolmetta e Portale, Milano, 2010, 107 ss.; e, con specifico riferimento alla *lex mercatoria*, Bonell, Lex mercatoria, in *Digesto comm.*, IX, Torino, 1993, 11 ss.; F. Giardina, *La* lex mercatoria *e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1992, 461 ss.; Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, 43 ss.; Id., Lex mercatoria, in *Enc. dir.*, *Agg.*, V, Milano, 2001, 721 ss.; Id., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa Europa*, 2005, 510 ss.; e in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, Atti del Convegno internazionale di studio svoltosi a Messina nei giorni 28-30.9.2005, a cura di V. Scalisi, Milano, 2007, 543 ss.; Marrella, *La nuova* lex mercatoria*. Principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, in *Tratt. Galgano*, XXX, Padova, 2003, 279 ss.

(7) Cfr. De Nova, *L'ambito di applicazione* ratione materiae *della Convenzione di Vienna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 749 ss.; Id., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. privato*, 2000, 639 ss.; in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, I, Milano, 2002, 475 ss.; e in Id., *Il contratto alieno*, 2ª ed., Torino, 2010, 10 ss.; Sacerdoti, *I criteri di applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: diritto uniforme, diritto internazionale privato e autonomia dei contraenti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 733 ss.; del Prato, *Categorie «internazionalprivatistiche» ed istituti civilistici*, in *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., 7-8-9 aprile 2005, Grand Hotel Quisisana – Capri, Napoli, 2006, 125 ss.; e in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 93 ss. Per più ampi riferimenti, anche bibliografici, all'incidenza della disciplina della Convenzione di Vienna sull'elaborazione delle norme di derivazione comunitaria e dei progetti di codificazione civile europea, sia consentito il rinvio a Addis, *Potere di disposizione e regole di circolazione dei beni*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 246 ss.; e in *L'incidenza del diritto internazionale sul diritto civile*, Atti del V Convegno nazionale S.I.S.Di.C., 25-27.3.2010, Grand Hotel Quisisana, Capri, Napoli, 2011, 197 ss.

(8) L'esigenza di sottoporre il contratto ad una forma vincolata nei soli casi previsti dalla legge è altresì affermata dagli artt. 2:101 dei Principi di diritto europeo dei contratti, redatti dalla Commissione Lando, e 3.4. del Codice europeo dei contratti dell'Accademia pavese presieduta dal prof. Gandolfi. In entrambi i casi, però, la valenza generalizzata delle previsioni, non riguardanti specificamente le relazioni commerciali, impedisce di attribuire loro un preciso significato sistematico nella prospettiva prescelta nel testo.

(9) La discussione ha preso avvio dalle riflessioni di Irti, *Il contratto tra* faciendum *e* factum *(problemi di forma e prova)* e *Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)*, entrambi in Id., Idola libertatis*. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 49 ss. e 79 ss.; e in Id., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 95 ss. e 137 ss. (il primo scritto può altresì leggersi in *Rass. dir. civ.*, 1984, 938 ss.; il secondo, con il titolo *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 449 ss.). Alle sue posizioni hanno replicato, *ex plurimis*, de Cupis, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 205 ss.; e in Id., *Osservatorio sul diritto civile*, Milano, 1992, 190 ss.; Guastini, *In tema di libertà delle forme (a proposito di un libro recente)*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, 539 ss.; B. Grasso, *La forma tra regola ed eccezione (a proposito di un libro recente)*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 49 ss.; Vitucci, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Quadrimestre*, 1989, 55 ss. (questi ultimi due scritti, insieme a quello di G.G. Gentile, *La regola della forma... e la forma della regola*, possono altresì leggersi in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit., 433 ss., 809 ss. e 374 ss.); G.B. Ferri, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimeatre*, 1987, 313 ss.; e in Id., *Le anamorfosi del diritto civile attuale. Saggi*, Padova, 1994, 371 ss.; Montesano, *Questioni attuali sul formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1990, 1 ss.; Liserre, *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1990, 2 s.; F. Di Giovanni, *Il tipo e la forma (aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992, 44 ss. e 68 ss.; Palazzo, *La forma negoziale tra nuove polemiche e sicure realtà*, in *La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio. Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, a cura di Cendon, II, Milano, 1994, 793 ss.; Orlandi, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, 33 ss.; Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 257 s.; Liserre e Jarach, *Forma*, in Alpa, Breccia, Liserre, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 3, Torino, 1999, 395 ss.; C. Cicala, *Lingua straniera e testo contrattuale*, Milano, 2003, 1 ss.; Benincasa, *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004, 34 ss.; Morelato, *op. cit.*, 4 ss.; Breccia, *op. cit.*, 497 ss.; L. Modica, *op. cit.*, 1 ss.; Fazio, *op. cit.*, 11 ss.; R. De Rosa, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, 3 ss. Per un'utile valutazione comparatistica, cfr. anche Kühne, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte im deutschen und italienischen Recht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Frankfurt am Main, 2002, spec. 82 ss.

(10) Cfr. G. Benedetti, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 658; in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, *Profili generali*, Padova, 1992, 61; e in *Lezioni di diritto civile*, Presentazione di Perlingieri, Napoli, 1993, 212 (lo scritto, con ulteriori correzioni e aggiunte, è altresì consultabile in Id., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2ª ed., Napoli, 1997, 45-48), al quale prestano adesione Venosta, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, 43; R. Clarizia, *La libertà di forma in* civil law *e in* common law*. Il contratto telematico*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 186.

(11) Cfr. Aschieri, *La forma dei negozi risolutori*, in *Corti Brescia, Venezia e Trieste*, 1965, 169 ss.; G. Cian, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 2 s. e 8; V. Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento*

*concludente*, cit., 379 ss., spec. 382; F. Prosperi, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 196 ss.; Irti, *Replica ai difensori degli* Idola libertatis, in Id., *Studi sul formalismo negoziale*, cit., XIV s.; Pagliantini, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, (116) 2004, 105 ss.; Id., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, 28 ss. e 35; Fazio, *op. cit.*, 11 ss.; nonché, con specifico riferimento ai rapporti tra formalismo legale e principi costituzionali, P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, spec. 50 ss.; Id., *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Scritti in onore di Michele Giorgianni*, cit., 569 ss.; e in Id., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 91 ss.

(12) Il passaggio era già chiaro a G. Carrara, *Contributo allo studio della formazione dei contratti*, Milano, 1915, 361; e, nell'ambito tedesco, a G. Müller, *Die Formen des Vertragsschlusses, insbesondere die nachträgliche, schriftliche Fixierung des Vertragsinhalts*, Diss. Würzburg, 1931, 11 s. Più recentemente, invece, Irti, *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 9; in Id., *La cultura del diritto civile*, Torino, 1990, 123; e in Id., *Studi sul formalismo negoziale*, cit., 23, prospetta, nell'ambito delle relazioni tra imprenditori, una decisa prevalenza della «cultura scritta» su quella orale, sottolineando che il mondo dell'economia sia solito servirsi di schemi formali rigidi tesi a garantire «testi negoziali che ambiscono ad una sorta di chiusa e impenetrabile completezza».

(13) Cfr. P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., 140 s.; F. Di Giovanni, *Accordi sulla forma e accordi sulla «documentazione» del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Scritti in onore di Michele Giorgianni*, cit., 94 ss.; Favale, *Forme «extralegali» e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, 50 ss.; Id., *Le clausole di forma scritta e la tutela del contraente debole*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e Caterini, III, Rende, 2007, 297 ss.; Verdicchio, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002, 75 ss.; Cerdonio Chiaromonte, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma dei futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 241 ss.; Pagliantini, *La forma del contratto: appunti per una voce*, cit., 165 s.; Fazio, *op. cit.*, 13 s. La conclusione è già da tempo sostenuta dalla dottrina straniera: cfr. Dehn, *Die Bedeutung mündlicher Nebenabreden bei formellen Verträgen nach bürgerlichem Rechte*, Diss. Leipzig, 1908, 7; Guesnu, *De la rédaction d'un ecrit conventionnellement érigée par les parties en condition de formation d'un contrat*, th. Toulose, 1947, 8 s.; Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, 4ª ed., Berlin-Heidelberg-New York, 1992, 249 s. Per più ampi riferimenti sull'incidenza che, nella formulazione letterale *dell'art. 1352 c.c.*, ha avuto l'esperienza storica romanistica e sulla tendenza a risolvere i problemi del formalismo convenzionale richiamando la contrapposizione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, sia consentito il rinvio a Addis, Contractus in scriptis fieri placuit. *Setzer e il formalismo convenzionale*, in Setzer, *Sulla pattuizione dello scritto. In particolare della L. 17* de fide instrumentorum, trad. it. di Addis, Napoli, 2005, 1 ss. (quest'opera è stata presentata l'11.11.2005 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Molise e le relative relazioni – di Favale e Verdicchio – sono state pubblicate, entrambe con il titolo *Le forme convenzionali nell'opera di Setzer*, in *Ann. Univ. Molise*, 7/2005, 9 ss. e 19 ss.; e in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2006, 135 ss. e 179 ss. L'intervento conclusivo di chi scrive è invece consultabile in *Ann. Univ. Molise*, 7/2005, 37 ss.; e, con marginali modifiche e il titolo *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 296 ss.; e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, cit., 1 ss.).

(14) È infatti pacifico in Germania, dopo il leading case di RG, 5.6.1923, 923/22 II, in *JW*, 1924, 405 s., con nota di M. Leo, che non esiste alcun uso commerciale favorevole all'utilizzo della lettera di conferma e diretto a privare di efficacia giuridica l'eventuale contrattazione orale alla quale essa non faccia seguito: cfr. K. Becker, *Bestätingunsschreiben*, in *RuH*, 1927, c. 5 ss.; Friedenthal, *Das kaumännische Bestätigungsschreiben*, Berlin, 1929, 11; A. Beckmann, *Das kaufmännische Bestätigungsschreiben in seinen Wirkungen zum Vertragsschluß*, Diss. Erlangen, 1929, 20 ss.; Winkelmann, *Einfluß und Wirkung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben*, Diss. Göttingen, 1931, 19 s.; Aretz, *Das Bestätigungsschreiben, der Bestellschein und die Kommissionscopie unter besonderer Berücksichtigung der heutigen Wirtschaftslage*, Diss. Erlangen, 1933, 2 s.; Zlotnitski, *Das Schweigen auf Bestätigungsschreiben*, Diss. Freiburg, 1935, 53 s. e 75; Kuchinke, *Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens*, in *JZ*, 1965, 167, nt. 5; Diederichsen, *Der «Vertragsschluß» durch kaufmännisches Bestätigungsschreiben*, in *JuS*, 1966, 130 s.

(15) Sia consentito il rinvio a Addis, *Lettera di conferma e silenzio*, Milano, 1999, spec. 73 ss. e 323 ss., ove è altresì contenuta un'ampia disamina dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale tedesca in ordine alla possibilità di estendere le soluzioni previste nell'ambito di un contratto stipulato tra imprenditori all'ipotesi in cui solo il destinatario della lettera di conferma opera nell'ambito commerciale. Per una recente sintesi evocativa dei molteplici problemi sottesi a tale figura, cfr. anche Sacco, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, in *Tratt. Sacco*, 3ª ed., Torino, 2004, 237 ss.; Id., *Lettera di conferma*, in *Digesto civ.*, *Agg.*, VI, Torino, 2011, 615 s.

(16) Cfr. L. Modica, *op. cit.*, 222; Fazio, *op. cit.*, 75 ss., che, tuttavia, non considera con la dovuta attenzione il fatto che i dati normativi da lui citati – relativi alla protezione consumeristica – più che evidenziare una progressiva rivalutazione del requisito della forma nell'ambito del «mondo mercantile degli operatori commerciali», confermano solo la precisa volontà del legislatore comunitario di sopperire alla debolezza informativa di chi non è professionista attraverso una rigida procedimentalizzazione del contratto, senza nulla disporre per le relazioni commerciali in senso stretto, ancora evidentemente sottratte ad una scelta legislativa di carattere vincolistico. Un'attenta disamina delle implicazioni sistematiche sottese al tentativo concettuale di riaggregare, in un unico paradigma concettuale, incentrato sulla «debolezza contrattuale», le diverse discipline normative dedicate ai consumatori e agli imprenditori, è svolta da Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari»*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, 549 ss.

(17) Il quesito, per come è formulato, prescinde dall'indagine sull'ammissibilità teorico-concettuale di un contratto «terzo», capace di assumere una posizione di autonomia rispetto ad altri statuti quale quello degli artt. 1321 ss. c.c. e quello dedicato ai contratti del consumatore in ragione della diversa forza contrattuale posseduta dagli imprenditori che si collocano in un determinato mercato. Sul tema, che ha formato ampio oggetto di riflessione nei contributi confluiti nel già ricordato volume collettaneo *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, cit., che è stato sinteticamente descritto da E. Minervini, *Il «terzo contratto»*, in *Contr.*, 2009, 493 ss., e che è da ultimo attentamente analizzato da R. Franco, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, spec. 35 ss., sembra possibile limitarsi ad osservare che, fino a quando si vuole ipotizzare la possibilità di porre le tre tipologie contrattuali su un piano di parità fenomenologica, la questione rischia di non avere un'effettiva soluzione, perché è fatalmente destinata a risolversi nel tentativo di comparare entità non misurabili, posto che la prima di esse (cioè il contratto «in

generale») è dotata, in virtù *dell'art. 1323 c.c.*, di una capacità precettiva per definizione più ampia di quella propria degli altri due statuti contrattuali, che dovranno dunque ad essa rivolgersi per individuare le norme applicabili in assenza di una diversa previsione desumibile dalla loro disciplina specifica. Le norme solitamente richiamate per comporre la pretesa categoria del «terzo» contratto fissano, in altri termini, una disciplina settoriale e specifica, suscettibile di allargamento attraverso il ricorso a criteri ermeneutici di valenza sistematica – come, ad esempio, quello incentrato sulla regola di buona fede, secondo le approfondite riflessioni di Castronovo, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 44 s.; e in *Contratto e Costituzione in Europa. Convegno di studio in onore del prof. Giuseppe Benedetti*, a cura di Vettori, Padova, 2005, 50 ss.; Id., *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, 409 ss.; in *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di Plaia, Milano, 2008, 11 ss.; e in *Studi in onore di Marco Comporti*, a cura di Pagliantini, E. Quadri e Sinesio, I, Milano, 2008, 581 ss.; e, in una prospettiva diversa, di Zaccheo, *Le «tuileries» del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 33 ss.; e di Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova categoria generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 663 ss.; e in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, cit., 277 ss. [questi ultimi due scritti (il primo di essi con il titolo *Il canone della totalità nell'era della tecnica*) possono altresì leggersi in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, rispettivamente III, 2189 ss. e II, 963 ss.] – ma comunque inidonea a garantire alla categoria stessa un'autoreferenzialità e una completezza adeguati per permetterle di contrapporsi, da ogni punto di vista, agli altri due statuti normativi. Assunto in questa prospettiva, il problema del «terzo» contratto cessa di divenire meramente numerologico e disvela, secondo quanto già chiaramente evidenziato da Vettori, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 764 ss.; e in *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di Vettori, cit., 231 ss.; Id., *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 751 ss., spec. 760 s.; in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, Padova, 2008, 271 ss., spec. 280 s.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, cit., 2145 ss., spec. 2153 s., il reale profilo delle questioni che, intorno ad esso, si agitano: quello concernente l'individuazione di un'*eadem ratio* idonea a giustificare l'applicazione analogica, ai diversi tipi contrattuali stipulati tra imprenditori, delle specifiche previsioni dettate per taluni di essi dalla più recente legislazione.

(18) Cfr. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 25 ss. e 202 ss.; Id., *Le nullità di protezione*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di Ruscello, I, Napoli, 2008, 627 ss.; E. Minervini, *Trasparenza e riequilibrio delle condizioni bancarie*, Milano, 1997, 106 ss.; Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 75 ss.; E. Quadri, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 2001, 1143 ss.; V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Riv. dir. privato*, 2001, 489 ss.; e in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, 199 ss.; Id., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 201 ss.; Id., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, *ivi*, 2005, I, 459 ss.; in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, cit., 413 ss.; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, cit., 809 ss.; Id., *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 283 ss.; in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile*, 16-18.12.2004, Grand Hotel Telese Terme, a cura di P. Perlingieri, Napoli, 2005, 125 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, cit., 1863 ss. (tutti questi scritti possono altresì leggersi in Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, 647 ss., 619 ss., 683 ss. e 43 ss.; i primi tre scritti, inoltre, sono da ultimo consultabili in Id., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 167 ss., 125 ss. e 195 ss.); Id., *Il contratto e le invalidità*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del codice civile nel momento storico attuale*, Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista, Treviso, 23-25.3.2006, in *Riv. dir. civ.*, 6/2006, 237 ss.; Id., *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e S. Mazzamuto, II, *Proprietà. Obbligazioni. Contratti*, Milano, 2007, 465 ss.; Id., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 843 ss.; in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, 983 ss.; e in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, cit., 231 ss. (questi ultimi tre scritti, con marginali modifiche nei relativi titoli, possono altresì leggersi in Id., *Il contratto in trasformazione*, cit., 237 ss., 419 ss. e 263 ss., insieme con il saggio *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, *ivi*, 375 ss.); Putti, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, spec. 367 ss.; A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, spec. 76 ss. e 305 ss.; Id., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, 57 ss.; S. Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. privato*, 2002, 693 ss. (da cui la successiva citazione); e in *Studi in memoria di Vincenzo Ernesto Cantelmo*, a cura di Favale e Marucci, II, Napoli, 2003, 265 ss.; Id., *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2006, 215 ss.; Id., *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, a cura di Pagliantini, E. Quadri e Sinesio, III, cit., 1813 ss.; Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. privato*, 2004, 347 ss.; Filanti, *Nullità. III) Nullità speciali*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 2004, 1 ss.; Venosta, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, *Nullità e inesistenza*, Milano, 2004, 125 ss.; Iacono, *Rilevabilità d'ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, I, 27 ss.; F. Di Marzio, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 837 ss.; e in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e Caterini, III, cit., 239 ss.; Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 167 ss.; Id., *L'azione di nullità tra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 407 ss.; Gorassini, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 199 ss.; Mar. Nuzzo, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Il diritto civile tra principi e regole*. Liber amicorum *per Francesco Donato Busnelli*, II, Milano, 2008, 233 ss.; A. Cataudella, *Il concetto di invalidità del contratto e il suo permanente vigore*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, cit., 407 ss.; D. Russo, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, 50 ss.; D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 121 ss. e 231 ss.; Id., *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 487 ss.; Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, 322 ss.; L. Modica, *op. cit.*, 207 ss.; Gentili, *La «nullità di protezione»*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 77 ss.; R. De Rosa, *op. cit.*, 125 ss.; Fazio, *op. cit.*, 157 ss.; nonché i volumi collettanei *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007; *Professione e ricerca. Attualità e problematiche in materia di nullità*

*relative*, Atti del Convegno di Bari, 4-5.7.2008, Monopoli, 2009; *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009; *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011.

(19) L'importanza di un approccio metodologico al diritto di origine comunitaria che tenga attentamente conto della sua origine sovranazionale e della conseguente necessità di interpretarlo previa individuazione di criteri ermeneutici che muovano da un dialogo tra i diversi ordinamenti giuridici europei è costantemente segnalata da G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, I, Roma, 1997, 63 s.; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 17 s. (da cui la successiva citazione); e in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 801; Id., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai Principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 310 (da cui le successive citazioni); e in *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, *Diritto civile*, Milano, 2005, 4246 s.; Id., *Quale ermeneutica per il diritto europeo?*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 1 ss.; e in *Il ruolo della civilistica italiana nel processo di costruzione della nuova Europa*, a cura di V. Scalisi, cit., 187 ss.; Id., *Nell'interpretazione si «incarna» il diritto (riflessioni sulla* Prima Lezione *di Paolo Grossi)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 655 ss. Per più ampi riferimenti all'incidenza che l'entrata in vigore del c. cons. può avere sull'impiego di tale approccio, sia consentito il rinvio a Addis, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 872 ss.; e in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di Ruscello, I, cit., 15 ss.

(20) Cfr. A. Bucci, *La disciplina delle locazioni abitative dopo la riforma*, Padova, 1999, 18 s.; Grasselli, *La locazione di immobili nel codice civile e nelle leggi speciali*, Padova, 1999, 10 s.; G. Stella Richter, *Nullità del contratto per difetto di forma e locazione di fatto degli immobili ad uso abitativo*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 382; Gioia, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corriere giur.*, 1999, 611; Mar. Nuzzo, *La forma del contratto di locazione degli immobili ad uso abitativo tra regole di validità e disciplina della prova*, in *Le locazioni urbane. Vent'anni di disciplina speciale*, a cura di Cuffaro, Torino, 1999, 153 s.; Benincasa, *Sulla forma della locazione urbana ad uso abitativo*, in *Le locazioni abitative*, a cura di Vettori, Padova, 2002, 706 ss.; Id., *Formalismo e contratto di locazione*, cit., 89 ss. e 225 ss.; Petrolati, *Sulla ragione della forma del contratto di locazione abitativo*, in *Rass. locazioni e cond.*, 2005, 387 ss.; M. Di Marzio, *La forma del contratto di locazione abitativa*, *ivi*, 405; Morelato, *op. cit.*, 35 s. e 151 ss.; Lazzaro e M. Di Marzio, *Le locazioni per uso abitativo*, 4ª ed., Milano, 2007, 76 ss.; R. De Rosa, *op. cit.*, 92 s. e 119; e, in giurisprudenza, Trib. Nuoro, 2.6.2007, in *Riv. giur. sarda*, 2009, 1143 ss.; Trib. Catanzaro, 27.5.2008, in *Giur. di Merito*, 2009, 653 ss., con nota di M. Falabella, *Locazione abitativa conclusa verbalmente e nullità dedotta dal locatore*. Pur non prendendo espressamente posizione sul tema, anche Cuffaro, *Locazione. V) Locazione ad uso abitativo*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 2001, 2; L. Modica, *op. cit.*, 280 ss., spec. 287; e Fazio, *op. cit.*, 128 ss., spec. 132, non esitano a ricondurre l'*art. 1, 4° co., l. 9.12.1998, n. 431*, nel novero di quelle previsioni che, per quanto non essendo specificamente dettate nell'ambito della tutela consumeristica, fissano vincoli formali connessi ad un'asimmetria di potere contrattuale, relativa a profili informativi e alla ponderazione del conduttore. Ma, su quest'ultimo punto, una più approfondita individuazione delle ragioni di «debolezza» del conduttore e della loro rilevanza all'atto del rinnovo (e non della stipulazione) del contratto di locazione è condotta da Bivona, *Il bisogno abitativo del locatore fra autonomia privata e funzione sociale della proprietà*, Napoli, 2003, 87 ss.; Ciocia, *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli, 2009, 84 ss. È rimasta infine isolata la tesi di Lazzaro, *Limiti di forma e c.d. derogabilità nelle tipologie locatizie abitative*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 119 ss., secondo cui la violazione della regola di forma non determinerebbe la nullità, ma l'annullabilità del contratto di locazione.

(21) Fondamentale resta l'ammonizione di Mengoni, *Dogmatica giuridica*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 6 s.; e in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996, 50 s.: «in quanto hanno un'origine empirica, essendo derivati per induzione dai concetti legali, i concetti ordinatori formati dalla dogmatica non possono fornire principi di giudizi determinativi (sussuntivi di casi particolari sotto una regola data), ma soltanto principi di riflessione su casi che devono essere tematizzati ai fini della ricerca della soluzione *secundum ius*. I "procedimenti di integrazione delle lacune mediante costruzione di concetti ordinatori" sono legittimi, e anzi rappresentano un momento ineliminabile del lavoro del giurista educato alla forma del pensiero sistematico, se utilizzati nei limiti di una funzione euristica (o saggiatoria) per l'elaborazione di ipotesi provvisorie di soluzioni fondate sull'analogia. Poiché non sono disponibili criteri scientifici rigorosi per sceverare le qualità essenziali dalle qualità non essenziali di uno stato di cose o di un evento ai fini della comparazione con un caso già risolto, la decisione sull'applicabilità del criterio dell'analogia è una scelta determinata da un giudizio valutativo, della quale occorre poi verificare criticamente l'adeguatezza al caso in questione. La verifica dovrà accertare che la qualificazione del caso secondo criteri valutativi fissati in concetti dogmatici non abbia scartato circostanze di fatto che, prive di valore informativo dal punto di vista del sistema precostituito, assumono invece, se apprezzate da altri punti di vista (etici, economici, sociologici, ecc.), rilevanza di indici di un problema nuovo, estraneo al quadro originario di riferimento problematico da cui quei concetti sono stati derivati e fuori dal quale essi perdono significato». Per una valutazione critica di siffatto ammonimento, già ricavabile, sia pure implicitamente, dall'accusa di sostanziale provincialismo della cultura giuridica italiana contenuta in Id., *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 321 ss.; e in Id., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 80 s., e, più in generale, dell'utilità di riaffermare la validità dell'impiego del concetto di dogma nella consapevolezza che esso, da solo, non possa più offrire risposte definitive ai problemi della modernità, cfr. però anche Galgano, *I dogmi nel diritto*, in *Contratto e impresa*, 2010, 905 ss., spec. 924 s.; e in Id., *Dogmi e dogmatica nel diritto*, Padova, 2010, 7 ss., spec. 46 s.; e, con specifico riferimento all'incidenza del diritto di produzione comunitaria, Sacco, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 417 s.; Vettori, *Diritti, principi e tecnica rimediale nel dialogo fra le Corti*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 238 s. Per una più ampia valutazione storica del tema, cfr. infine G. Benedetti, *Appunti storiografici sul metodo dei privatisti e figure di giuristi*, in *Prelazione e retratto*, Seminario condotto da G. Benedetti e L.V. Moscarini, Milano, 1988, 3 ss.; e in *Scritti in memoria di Angelo Lener*, a cura di Carpino, Napoli, 1989, 239 ss.; Id., *Elogio di un civilista convinto: una testimonianza del sistema scientifico di Francesco Santoro-Passarelli*, in *Riv. dir. privato*, 1996, 497 s.; Id., *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Convegno di studio in onore del prof. Angelo Falzea, Messina, 4-7.6.2002, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 1229 ss.; Id., *Filippo Vassalli*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 669 ss., spec. 679 ss.; e in *Riv. internaz. filosofia del diritto*, 2005, 593 ss., spec. 601 ss.

(22) Cfr. G. Benedetti, *Nuova disciplina delle locazioni e autonomia privata. Appunti per una Relazione*, in *Atti del Convegno nazionale «Le locazioni abitative alle soglie del 2000»* (Battipaglia, 7-8.6.1999), in *Rass. locazioni e cond.*, 1999, 348 s.; e in *Le locazioni abitative*,

a cura di Vettori, cit., 678 s.; Id., *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, in *Scrittura e diritto*, Milano, 2000, 80-82; Scarpa, *Forma scritta e locazione di fatto*, in *Rass. locazioni e cond.*, 1999, 15; A.M. Siniscalchi, *Profili della nullità formale*, Milano, 2000, spec. 56 ss. e 94 ss.; Id., Solemnitates *e* probationes *all'alba della prima codificazione italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 377 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, cit., 1931 ss., ove è altresì svolta un'attenta disamina tesa ad individuare le analogie storiche di tale soluzione con quelle prospettate sotto il vigore del c.c. del 1865; Tarantino, *La nullità del contratto di locazione per vizio di forma*, in *Rass. locazioni e cond.*, 2004, 316; Breccia, *op. cit.*, 543 e 713 s. (che, tuttavia, ricostruisce la richiesta di riconduzione come una sorta di «sanatoria» dell'atto invalido); Bertolini, *Forma e locazione: spunti per una riflessione sul diritto europeo dei contratti*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Atti del Convegno, Pisa, 25-26.5.2007, a cura di Navarretta, Milano, 2007,725 s.; L. Modica, *op. cit.*, 282 s.; App. Roma, 12.5.2010 e Trib. Roma, 16.6.2011, entrambe inedite. A conclusioni non dissimili perviene Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., 217-219; Id., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., 33, il quale pone l'accento sull'operatività anche in via di eccezione del rimedio previsto dall'*art. 13, 5° co., l. 9.12.1998, n. 431*, al fine di rilevare che, qualora il locatore decida di approfittare della violazione di forma per far valere la nullità, al conduttore rimarrà la possibilità di eccepire la richiesta di riconduzione del rapporto alla previsione di legge, sì da ottenere comunque la prosecuzione della relazione. L'adesione a questa conclusione, però, non sembra necessariamente giustificare la tesi secondo cui il locatore, in quanto «responsabile della condotta prevaricatrice», non conserverebbe un «*legittimo* interesse ad agire» e per questo non potrebbe «giovarsi degli effetti di una sentenza d'accertamento» della nullità, perché in tal modo si rischia di lasciar intendere che il giudice possa rigettare la richiesta di dichiarazione di nullità proveniente dal locatore anche d'ufficio, nell'eventuale ipotesi in cui il conduttore decida di non ricorrere al procedimento fissato dalla legge. Dal momento che quest'ultima soluzione si pone in senso diametralmente opposto a quanto ricavabile dalla formulazione della norma, è più lineare osservare che spetterà al conduttore decidere se avvalersi della richiesta di conformazione, così da precludere la strada alla dichiarazione di nullità, o, al contrario, rinunciare a tale possibilità per far valere altri rimedi, ferma restando la possibilità per il giudice di dichiarare nullo il contratto e di rilevare d'ufficio la violazione in esame, fatta salva soltanto l'ipotesi in cui la violazione del difetto di forma sia riconducibile proprio e solo al conduttore, che si sia ingiustificatamente rifiutato di procedere alla stipulazione per iscritto nonostante le sollecitazioni sul punto del locatore, perché, in tal caso, l'accoglimento della sua pretesa alla riconduzione si porrebbe in evidente contrasto con le finalità protettive perseguite dalla norma in esame. Su quest'ultimo punto, cfr. l'attenta analisi di A.M. Siniscalchi, *La violazione dell'onere di forma nella locazione abitativa*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 826 ss., che riprende il caso deciso da Trib. Catanzaro, 27.1.2011, inedita.

(23) Cfr. Scarano, in *Il nuovo diritto delle locazioni abitative*, a cura di S. Patti, Milano, 2001, 54 s.; Paparo, in *Le locazioni abitative*, a cura di Vettori, cit., 40 s.; G. Gabrielli, in G. Gabrielli e Padovini, *La locazione di immobili urbani*, 2ª ed., Padova, 2005, 129 s.; Breccia, *op. cit.*, 627 ss.; Bertolini, *op. cit.*, 724 s.

(24) Cfr. Camardi, *op. cit.*, 570 ss.; Id., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 831 ss.; Scarso, *Il contraente «debole»*, Torino, 2006, 125 ss.; Navarretta, *La complessità del rapporto fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Nuova giur. comm.*, 2007, II, 415 ss.; e in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, cit., 161 ss.; Breccia, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, cit., 72 s.; in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 387 s.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di G. De Cristofaro, Delle Monache e De Giorgi, I, Padova, 2010, 285 s.; R. Franco, *op. cit.*, 70 ss.; e, con più ampio riferimento alla categoria dei contratti d'impresa, P. Perlingieri, *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impresa*, 2006, 323 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., 1345 ss. *Contra*, per un utilizzo generalizzato della nozione di «asimmetria contrattuale» per raggruppare tutte le ipotesi in cui uno dei contraenti è da considerarsi (economicamente) più «debole», Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. privato*, 2001, 769 ss.; Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, *ivi*, 2007, 695 ss.; e in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, cit., 289 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in Id., *Il contratto del duemila*, 3ª ed., Torino, 2011, 23 ss. e 45 ss.); Id., *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il «terzo contratto»)?*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di Vettori, cit., 207 ss.; e, con il titolo *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giur.*, 2009, 267 ss.; F. Di Marzio, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, cit., 721 ss.; Id., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive. Appunti sul nuovo diritto dei contratti asimmetrici d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2007, I, 789 ss.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di G. De Cristofaro, Delle Monache e De Giorgi, I, cit., 797 ss.; Id., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 681 ss.; e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, cit., 815 ss.; e, sia pure con maggiore cautela, L. Modica, *op. cit.*, 231 ss. Per una rilettura in chiave storica del problema, cfr. Nicolussi, *I consumatori negli anni Settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 901 ss.; e in *Gli anni Settanta del diritto privato*, a cura di Nivarra, Milano, 2008, 397 ss.

(25) Cfr. G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 348; Id., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 657 ss.; e in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, cit., 321 ss.; G. Benedetti, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., 22 s.; Valentino, *op. cit.*, 45 ss.; Smorto, *Clausole abusive e diritto dei consumatori*, Padova, 2001, 238 ss.; De Poli, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, 35 ss.; Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. privato*, 2003, 241 ss.; Id., *Asimmetrie e rimedi fra disciplina generale e norme di settore*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, cit., 393 ss.; e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, cit., 3011 ss.; Ciraolo, *L'informazione nel diritto europeo dei contratti*, Messina, 2004, 50 ss.; Macario, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 872 ss.; e in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, II, *Rapporti civili. Rapporti etico-sociali*, Atti del II Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri, 18-20.4.2006, Napoli, 2007, 150 ss.; Cenini, *La «trattativa individuale» nei contratti con il consumatore: spiegazioni esaurienti o concreta influenza?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 323 ss.; P. Gallo, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, *ivi*, 2007, I, 641 ss.; e in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, cit.,

567 ss.; Camilleri, *Contratti a valle, rimedi civilistici e disciplina della concorrenza*, Napoli, 2008, 379 ss.; Fazio, *op. cit.*, 88 ss. Sottolineano, però, che la protezione del consumatore mira anche ad evitare che il professionista goda di ingiustificati vantaggi concorrenziali, alterando il gioco della libera contrattazione, C. Osti, *L'abuso di dipendenza economica*, in *Merc. concorr. regole*, 1999, 46 ss.; Maugeri, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 174 ss.; Sirena, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 787 ss.; in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, cit., 1973 ss.; e, con il titolo *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di Macario e Miletti, Milano, 2006, 617 ss.; R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Napoli, 2004, 89 s.; S. Mazzamuto, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 1075 ss.; in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Milano, 2005, 362 ss.; in V. Mannino, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, 278 ss.; e, con il titolo *La gerarchia dei rimedi nella vendita dei beni di consumo*, in S. Mazzamuto, *Rimedi specifici e responsabilità*, Perugia, 2011, 164 ss.; Id., *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contratto e impresa Europa*, 2005, 531; P. Perlingieri, *La tutela del contraente tra persona e mercato*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e Caterini, III, cit., 7 ss.; Caterini, *Lineamenti di diritto civile italo europeo. Dal mercato alla persona*, Napoli, 2009, 119 ss.

(26) Cfr. G. Amadio, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di «abuso di dipendenza contrattuale»)*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 296 s.; in Id., *Letture sull'autonomia privata*, Padova, 2005, 237 s.; e in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, cit., 459 s.; Id., *L'ipotesi del terzo contratto*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, cit., 329 ss.; e, con il titolo *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, cit., 16 ss. (da cui la successiva citazione); Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese*, cit., 564 ss.; S. Mazzamuto, *Postfazione*, in *Diritto civile e diritti speciali*, a cura di Plaia, cit., 284; Gitti, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 491 ss.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di G. De Cristofaro, Delle Monache e De Giorgi, I, cit., 1210 ss.; Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515 ss. (da cui la successiva citazione); e in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, II, cit., 3015 ss. (gli ultimi due scritti possono altresì leggersi in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, cit., 461 ss. e 355 ss.); Valentino, *Il contratto «incompleto»*, in *Riv. dir. privato*, 2008, 509 s.; e in *Studi in onore di Davide Messinetti*, a cura di Ruscello, I, cit., 939 s.; G. D'Amico, *Formazione del contratto*, cit., 602 s.; E. Minervini, Status *delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 10 s.; in *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, a cura di Cavazzoni, Di Nella, Mezzasoma e V. Rizzo, Napoli, 2008, 78; in *Studi in onore di Marco Comporti*, a cura di Pagliantini, E. Quadri e Sinesio, II, cit., 1790 s.; e in *Diritto privato comunitario*, a cura di P. Perlingieri e L. Ruggeri, I, Napoli, 2009, 438 s.; E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contratto e impresa*, 2009, 120 ss. Ma, per un ripensamento, cfr. anche Orlandi, *Autonomia e sovranità*, in *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, cit., 187 ss.; Id., *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, cit., 152 s.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di G. De Cristofaro, Delle Monache e De Giorgi, II, cit., 1811 ss.; Macario, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, 311 ss.; e in *Un maestro del diritto commerciale. Arturo Dalmartello a cento anni dalla nascita*, a cura di Dolmetta e Portale, cit., 127 ss.

(27) Cfr. G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 37 (l'opera, recensita da Oppo, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 372 ss.; e, con il titolo *Dal contratto al negozio unilaterale*, in Id., *Scritti giuridici*, III, *Obbligazioni e negozio giuridico*, Padova, 1992, 452 ss., ha conosciuto due ristampe anastatiche, rispettivamente nel 2000 e nel 2007, quest'ultima con prefazione di G.B. Ferri, *L'art. 1333 c.c. e le idee di Giuseppe Benedetti*, che può altresì leggersi in Id., *Il potere e la parola e altri scritti di diritto civile*, Padova, 2008, 379 ss.; e recensione anonima in *Giust. civ.*, 2008, II, 239 ss.): «in genere può affermarsi che la variabilità dei procedimenti, la quale all'interno si giustifica in relazione al mutevole atteggiarsi degli interessi strumentali, trova all'esterno il limite nella disciplina della fattispecie operata dalla legge in relazione al tipo. La forma solenne, quale elemento della fattispecie, impedisce la variabilità dei procedimenti, in ordine ad uno stesso tipo, almeno fino al punto del ricorso a un procedimento incompatibile. Non è che la forma, di per sé, alteri la struttura del procedimento, implicando uno specifico congegno contrattuale: il meccanismo proposta-accettazione, ad esempio, rimane inalterato sia che le parti lo realizzino con uno scambio di dichiarazioni non solenni, sia che lo realizzino nella forma solenne dell'atto pubblico. Tuttavia la forma può influire sul procedimento, come nell'esempio paradigmatico della donazione, nel senso di non permettere, in ragione della necessità di quella forma solenne, un procedimento diverso, previsto tassativamente dalla legge per le donazioni di modico valore (art. 783) e per la donazione obnuziale (art. 785)». Il passaggio è espressamente ripreso anche in G. Benedetti, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, cit., 76. In una prospettiva sensibilmente diversa, perché attenta all'incidenza che il vincolo formale ha nella determinazione (per iscritto) degli atti prenegoziali diretti alla stipulazione, il profilo è valutato anche da Minniti, *Il formalismo negoziale tra procedimento e fattispecie*, in *Quadrimestre*, 1993, 433 ss.; e, con specifico riferimento all'inesistenza di una forma *ad protectionem*, che possa assurgere ad una vera e propria categoria ordinante, contrapposta alla distinzione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., 17 s.

(28) Favorevoli all'adozione della teorica del procedimento per analizzare le fasi di formazione di un contratto si mostrano Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 80 ss.; e in Id., *Scritti minori*, II, Milano, 1980, 1005 ss. (sulla cui concezione cfr. P. Perlingieri, *La concezione procedimentale del diritto di Salvatore Romano*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 432 ss.; in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 589 ss.; e in *Salvatore Romano giurista degli ordinamenti e delle azioni*, Milano, 2007, 59 ss.; Landini, *op. cit.*, 37 ss., spec. nt. 30); A. Cataudella, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 457; Id., *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 940 (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 1991, 24 e 57 s.); Id., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 19 s., testo e nt. 38, 42 s.; Schlesinger, *Complessità del procedimento di formazione del consenso ed unità del negozio contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, 1345 ss.; e in *Studi in onore di Paolo Greco*, II, Padova, 1965, 1003 ss.; G.B. Ferri, *In tema di formazione progressiva del contratto e di negozio formale «per relationem»*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, II, 198, testo e nt. 5; Id., *Considerazioni sul problema della formazione del contratto*, *ivi*, 1969, I, 192 s. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in Id., *Saggi di diritto civile*, rist. 2ª ed., Rimini, 1994,

286 s. e 312 s.); Alabiso, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, 31; Vitucci, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, 22 ss.; G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 48 ss., 106 s.; Id., *Dichiarazione e funzione partecipativa*, Milano, 1970, 27 s.; Id., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 314 ss.; Id., *La rescissione*, in *Tratt. Bessone*, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2007, 46 s.; Id., *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2007, 26 s.; e in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo dell'Olio*, I, Torino, 2008, 55 s.; Id., *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e S. Mazzamuto, II, cit., 349 ss.; A. Rizzi, *L'accettazione tardiva*, Milano, 2008, 275 ss.; nonché Perego, *I vincoli preliminari e il contratto*, Milano, 1974, 1 ss., spec. 10 s., che tuttavia mostra poco dopo (13-15) di accogliere una nozione molto lata di procedimento, intesa come «successione di fattispecie definitive, con la conseguenza della produzione di effetti definitivi prima del completamento del procedimento e quindi della formazione della fattispecie complessa finale» e dunque inidonea ad assicurare una reale differenziazione dalla logica della fattispecie (alla medesima critica si espongono le ricostruzioni, sul punto, di Ravazzoni, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 5 ss.; Del Fante, *Buona fede prenegoziale e principio costituzionale di solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, 146; Verdicchio, *op. cit.*, 199; And. D'Angelo, *Proposta e accettazione*, in *Tratt. Roppo*, I, cit., 3 ss. e 107 ss.). Il richiamo della figura della fattispecie a formazione progressiva è invece compiuto da D. Rubino, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 107 ss.; Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 179 ss.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, 77 ss.; Ricca, *Contratto e rapporto nella permuta atipica*, Milano, 1974, 60 ss., spec. 77; di Prisco, *Procedimento*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 865. Di recente v. anche V. Scalisi, *La conclusione del contratto tra regole e principi*, in Id., *Il contratto in trasformazione*, cit., 294, per il quale «quella dell'accordo è da considerare inoltre una fattispecie a ineliminabile formazione progressiva che, sebbene sembri ripetere – valutata in una prospettiva dinamica – i generici tratti della sequenza procedimentale, del procedimento in realtà non possiede i connotati tecnico-giuridici propri di esso, essendo il procedimento contraddistinto sì da una pluralità di atti in sequenza, ma destinati a rimanere, sebbene funzionalmente collegati, pur sempre strutturalemte distinti. Nel caso di proposta e accettazione o di altri equivalenti comportamenti, gli stessi invece si integrano e combinano tra loro, sebbene non già per fondersi in un tutto unico – perché l'accordo in prospettiva analitica "non è un'altra realtà", bensì quelle stesse realtà in rapporto tra loro – quanto piuttosto per concorrere a costituire una più ampia e complessa fattispecie, la quale soltanto nella sua globalità e interezza, superando gli interessi strumentali di cui sono portatori i singoli atti, è in grado di esprimere e concretamente esprime l'effettivo interesse sostantivo perseguito dalle parti, che è ciò che, tenendo insieme e in rapporto di consonanza le rispettive condotte, garantisce l'unità dell'operazione contrattuale, determinando il sorgere del vincolo e la produzione dei corrispondenti effetti». Ma sia consentito il rinvio a Addis, *Vincoli preparatori e contratto avente per oggetto l'obbligazione di non interrompere le trattative*, in *Domenico Rubino*, a cura di Perlingieri e S. Polidori, I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, 711 ss.

(29) Cfr. Lombardi, *op. cit.*, 86 ss. e 161 ss.; L. Modica, *op. cit.*, 54 ss. e 127 ss.; Id., *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contratto e impresa*, 2011, 16 ss.; e in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, cit., 465 ss. (da cui la successiva citazione); G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 42, nt. 10; Id., *Formazione del contratto*, cit., 568 s., testo e nt. 10; V. Scalisi, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro nel nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 420 ss.; e in Id., *Il contratto in trasformazione*, cit., 410 ss.; Id., *La conclusione del contratto tra regole e principi*, cit., 307, 315 e 319; nonché, in una prospettiva più attenta alla disciplina consumeristica, V. Rizzo, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, 538; Amagliani, *op. cit.*, 74 ss.; Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., 243 ss.; Nazzaro, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, 214 ss.; Polidori, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 946 s.; Id., *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, *ivi*, 2007, 703 s. (da cui le successive citazioni); e in *Studi in onore di Marco Comporti*, a cura di Pagliantini, E. Quadri e Sinesio, III, cit., 2575 ss.

(30) Cfr. A.M. Benedetti, *L'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili sostanziali e processuali*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2003, 109 ss.; Maffeis, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *Contr.*, 2003, 623 ss.; A. Bregoli, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. privato*, 2003, 715 ss.; E. Minervini, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2003, I, 189 ss.; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, cit., 579 ss.; Adamo, *La nullità di cui all'art. 7 d.lgs. 9.10.2002, n. 231, in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Resp. comunicaz. e impresa*, 2004, 145 ss.; R. Conti e G. De Marzo, *I ritardi nei pagamenti della pubblica amministrazione dopo il d.lgs. n. 231/2002*, Padova, 2004, 171 ss.; A. Perrone, *L'accordo «gravemente iniquo» nella nuova disciplina sul ritardato adempimento delle obbligazioni pecuniarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2004, I, 64 ss.; G. Salvi, *«Accordo gravemente iniquo» e «riconduzione ad equità» nell'art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002*, in *Contratto e impresa*, 2006, 166 ss.; Spoto, *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, 2007, 215 ss.; Nanna, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 72 ss.

(31) Cfr. Vardi, *Il d.lgs. n. 231 del 2002 di attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratto e impresa Europa*, 2003, 1036 s.; Pandolfini, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, 43 s.; U. Scotti, *Aspetti di diritto sostanziale del d.lgs. 9.10.2002, n. 251*, in *Giur. di Merito*, 2003, 619; E. Russo, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contratto e impresa*, 2003, 478 s.; Id., *Pagamento (transazione commerciale)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 2004, 14; Id., *Le transazioni commerciali. Commento teorico-pratico al d.lgs. n. 231/2002 sulla repressione dei ritardi nei pagamenti*, Padova, 2005, 196 ss.; Carano, *Clausole in deroga alla disciplina legale*, in *I ritardi nei pagamenti. La tutela dei creditori nelle «transazioni commerciali». Aspetti civili, processuali, fiscali, contabili*, a cura di Stevanato e Venchiarutti, Milano, 2004, 43 s.; Finessi, in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Commentario a cura di G. De Cristofaro, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 540 ss.; Chiné, *I confini oggettivi e soggettivi di applicazione della disciplina sui pagamento nelle transazioni commerciali*, in *La disciplina dei pagamenti commerciali*, a cura di Cuffaro, Milano, 2004, 73 ss.; Venuti, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, 103 s.; R. Bocchini, *La disciplina degli interessi di mora e la normativa sulla lotta ai ritardi di pagamento*

*nelle transazioni commerciali*, in *Studi in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, cit., 4292 ss.; e in *Strumentario avv.*, 2010, 5 ss.; S.G. Simone, *Il pagamento tardivo*, Napoli, 2005, 77 ss.; Id., *Pagamenti nelle transazioni commerciali*, in *Digesto civ.*, *Agg.* ***, II, Torino, 2007, 858; Breccia, *La forma*, cit., 547 e 707 s.; Mingozzi, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'interpretazione delle norme nazionali di attuazione delle direttive comunitarie*, Padova, 2007, 159 ss.; Fazio, *op. cit.*, 135.

(32) Cfr. M. Cian, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Leggi civ. comm.*, 2004, 1163 s.; Vettori, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contr.*, 2005, 9 ss.; Id., *I contratti di distribuzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, cit., 486 s.; Guerrini, *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, in *Contratto e impresa*, 2005, 1263 ss.; Morelato, *op. cit.*, 80 ss. e 168; Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., 26 s., 34 s. e 94 ss.; nonché L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 179 e 240, che, tuttavia, ritiene comunque possibile sostenere la natura relativa della nullità determinata dall'inosservanza del requisito formale. Similmente, R. De Rosa, *op. cit.*, 121, non esita ad equiparare la norma in commento a quelle previste per la tutela dei consumatori, lasciando chiaramente intendere che, in caso di sua violazione, la nullità del contratto dovrebbe essere rilevata dal solo contraente debole. Ma in senso contrario a quest'ultima conclusione e per la riaffermazione delle notevoli differenze intercorrenti con la tutela consumeristica, cfr. De Nova, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Contr.*, 2004, 763; C. Leo, in De Nova, C. Leo, A. Venezia, *Il* franchising, Milano, 2004, 13 s.; Livi, in *L'affiliazione commerciale*, a cura di Cuffaro, Torino, 2005, 129; Amadio, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., 17 s.; Fazio, *op. cit.*, 134 s.; nonché G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 55 s., il quale pone altresì l'accento sul fatto che, mentre nei contratti dei consumatori l'informazione è rivolta alla concessione di un *jus poenitendi* destinato ad intervenire a contratto già concluso, qui è finalizzata a permettere di evitare il perfezionamento del contratto (il profilo è ripreso e approfondito in Id., *Formazione del contratto*, cit., 574 ss. e 596 s.). Su quest'ultimo punto, però, è sufficiente rinviare all'approfondita disamina di Pilia, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, spec. 492 ss., per la dimostrazione delle ragioni che inducono a ricondurre nella dinamica del procedimento di formazione del contratto anche il riconoscimento di un diritto di pentimento in capo al consumatore. Per una piena adesione a quest'ultima tesi e per più ampie indicazioni bibliografiche sul punto, sia altresì consentito il rinvio a Addis, *Diritto comunitario e «riconcettualizzazione» del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 869 ss.; e in *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del IV Convegno nazionale S.I.S.Di.C., 16-18.4.2009, Grand Hotel Quisisana, Capri, Napoli, 2010, 273 ss. Da ultimo, sul tema cfr. C. Ferrari, *Ipotesi di* qualificazione *per il recesso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, 1 ss.

(33) Cfr. G. De Nova, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 705 ss.; e in Id., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 343 ss.; Pasa, *op. cit.*, 18 ss. e 254 ss.; e, con specifico riferimento all'ambito consumeristico, L.V. Moscarini, *Formalismo negoziale e documento informatico*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti*, Milano, 1998, 1047 e 1068 (da cui la successiva citazione); e in Id., *Diritto privato e interessi pubblici. Scritti minori di L.V. Moscarini*, I, Milano, 2001, 301 e 315; Id., *Diritti e obblighi di informazione e forma del contratto*, *ivi*, 347 ss.; Rossi Carleo, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. privato*, 2004, 349 ss.; e in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, III, cit., 1705 ss.; Pagliantini, *op. ult. cit.*, 65 ss.; Fazio, *op. cit.*, 93 ss.; nonché, sui rapporti tra tali obblighi e il principio di trasparenza, E. Minervini, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, I, 104 ss.; V. Rizzo, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Napoli, 1997, 24 ss.; F. Di Giovanni, *Le regole di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, 20 ss.; Marcatajo, *Asimmetria informativa e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di* consumer protection*: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa dir. priv.*, 2000, 751 ss.; Senigaglia, *Buona fede e trasparenza contrattuale nella disciplina dei consumi*, Napoli, 2004, 141 ss.; Id., *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007, 50 ss.; Morelato, *op. cit.*, 109 ss.; Onorato, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto stipulato col consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 601 ss.; Venosta, *Forme telematiche e precetto di trasparenza*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 968 ss.; L. Modica, *op. ult. cit.*, 150 ss.; Landini, *op. cit.*, 129 ss.

(34) Cfr. M. Cian, *op. cit.*, 1171; Delli Priscoli, Franchising*, obblighi di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2004, I, 1163 ss.; Tanzarella, *La nuova disciplina del* franchising, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 567 ss.; G. D'Amico, *Il procedimento di formazione del contratto di* franchising *secondo l'art. 4 della l. 129/2004*, in *Riv. dir. privato*, 2005, 769 ss., spec. 771 s.; Pandolfini, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul* franchising, in *Contr.*, 2005, 73; Breccia, *op. ult. cit.*, 554 s. e 696; Morelato, *op. cit.*, 104 ss.; Di Biase, *La violazione degli obblighi di* disclosure *nel contratto di* franchising *e l'abuso di dipendenza economica*, in *Europa dir. priv.*, 2007, 801 ss.; V. Farina, *Attività d'impresa e profili rimediali nel* franchising, Napoli, 2011, 44 ss.

(35) In ordine a quest'ultima previsione, cfr. E. Minervini, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. comm.*, 2000, I, 216 ss.; Musso, *La subfornitura*, in *Comm. Scialoja e Branca*, a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2003, 88 ss.; Polidori, *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, cit., 700 ss.; Gitti, *Problemi dell'oggetto*, in *Tratt. Roppo*, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, 56 s.; L. Modica, *op. ult. cit.*, 255 ss.

(36) Cfr. G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 44 ss.; Id., *Formazione del contratto*, cit., 593. In termini pressoché identici si esprimono anche Frignani, *Disciplina della subfornitura nella l. n. 192/1998: problemi di diritto sostanziale*, in *Contr.*, 1999, 191; Tosi, *La forma del contratto di subfornitura*, in *Subfornitura*, a cura di V. Franceschelli, Milano, 1999, 109; F.L. Gambaro e A. Martini, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contratto e impresa Europa*, 2003, 522; Grazzini, in C. Berti e Grazzini, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive. Commento alla l. 18.6.1998, n. 192, come modificata dalla l. 5.3.2001, n. 57 e dal d.lgs. 9.10.2002, n. 231*, Milano, 2003, 57 s.; L. Modica, *op. ult. cit.*, 276; S. Patti, *I contratti di impresa: caratteristiche e disciplina*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 328; Fazio, *op. cit.*, 139.

(37) Cfr. G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 55 ss.; Roppo, *Contratto. II) Formazione del contratto (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 1 ss.; Trabucchi, *Il contratto come fatto giuridico. L'accordo. L'impegno*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, I, cit., 4 ss.; Maggiolo, *Il contratto predisposto*, Milano, 1996, 58 ss.; Sacco, in Sacco e De Nova, *op. cit.*, 65 s. Da ultimo, secondo V. Scalisi, *La conclusione del contratto tra regole e principi*, cit., 303, il dibattito dottrinale in tema di «scambi senza accordo» ha avuto il merito «di chiarire, penso definitivamente, che l'accordo essenziale al contratto non sempre si realizza mediante lo schema

*dialogico* classico di proposta e accettazione». Su tale dibattito, avviato dalle riflessioni di Irti, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 347 ss.; e in Id., *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, 2001, 128 ss.; Id., *«È vero, ma...» (Replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 273 ss.; Id., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1165 s.; Id., *Lo scambio dei* foulards *(replica semiseria al prof. Bianca)*, *ivi*, 2000, 601 ss., cfr. le diverse posizioni di Oppo, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 525 ss.; G. Benedetti, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, cit., 87 s.; Id., *Diritto e linguaggio. Variazioni sul «diritto muto»*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 148 s.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, 43 s.; Id., *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in *Vita notarile*, 2001, 1120 ss.; Id., *Tecniche di formazione del contratto e nuove tutele: alla ricerca di un diritto privato europeo*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, cit., 886 ss.; F. Gazzoni, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, 655 ss.; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, cit., 313 ss.; U. Majello, *Essenzialità dell'accordo e del suo contenuto*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 115 ss. Per una valutazione critica della sostanziale svalutazione di tale conclusione operata nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti, sia consentito il rinvio a Addis, *La formazione dell'accordo nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 8 ss.; e in *Studi in onore di Giovanni Giacobbe*, II, *Attività economiche fra autonomia e tutela*, Milano, 2010, 891 ss.; Id., *La formazione dell'accordo*, in *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti.* Acquis communautaire *e diritto privato europeo*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009, 305 ss.

(38) Cfr. G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 107 ss.; Id., *La funzione partecipativa*, in Id., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale. Studi. Parte generale*, Napoli, 1991, 130; Id., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 334 ss.; e, in una prospettiva sensibilmente diversa, perché più attenta all'interesse dell'oblato a sottrarsi, mediante la manifestazione non conforme alla proposta, alla rigida alternativa in quest'ultima contenuta, Menti, *Atti di esecuzione e di appropriazione nella conclusione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 529 ss. Ma l'affermazione secondo cui *l'art. 1327 c.c.* mira a tutelare solo il proponente è genericamente sostenuta anche da Campagna, *I negozi «di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 225 s.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, cit., 118; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, cit., 239; A.M. Benedetti, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 61 s. Dei rischi insiti nella riaffermazione di tale posizione sembra accorgersi lo stesso G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 46, testo e nt. 18, che, dopo aver prospettato il carattere «eccezionale» *dell'art. 1327 c.c.*, precisa comunque che tale «eccezionalità» mirerebbe ad indicare «il distacco dall'*ordinario* procedimento di conclusione del contratto, non anche una sorta di "tassatività" delle fattispecie previste, atteso che le ipotesi in cui (secondo la disposizione *dell'art. 1327 c.c.*) la conclusione del contratto può avvenire mediante esecuzione sono ipotesi "aperte"». Ma in senso critico cfr. Lombardi, *op. cit.*, 124 ss., la quale sottolinea che l'eccezionalità (dell'art. 1327 rispetto *all'art. 1326 c.c.* e dell'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, rispetto *all'art. 1327 c.c.*) è requisito predicabile dopo aver esattamente definito la portata applicativa diretta della previsione e dunque in nulla alterabile dalla diffusione più o meno ampia delle circostanze che consentono l'applicazione della norma.

(39) Cfr. Cenni, *La formazione del contratto tra consensualità e realità*, Padova, 1998, 18; Realmonte, *La formazione del contratto mediante l'inizio di esecuzione*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, 2, Torino, 2000, 80; Lombardi, *op. cit.*, 119 ss.; A. Orestano, *Schemi alternativi*, in *Tratt. Roppo*, I, cit., 188 ss.; Venosta, *Inizio dell'esecuzione e conclusione dei contratti formali: gli artt. 1327 c.c. e 2, 2° co., della l. sulla subfornitura*, in Id., *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, 16 s., 29 e 35 s.; e in *Rass. dir. civ.*, 2010, 1143 s., 1158 s. e 1163 s. (da cui le successive citazioni); nonché, con specifico riferimento ai rapporti con l'opzione, E. Panzarini, *Il contratto di opzione*, I, *Struttura e funzione*, Milano, 2008, 126. Per più ampi riferimenti sui rapporti tra usi e autonomia privata, sia consentito il rinvio a Addis, *Le clausole d'uso nei mercati regolati dalle Autorità indipendenti*, in *Riv. dir. privato*, 2003, 319 ss.; in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, 109 ss.; e in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, III, cit., 3 ss.

(40) Così Gitti, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 269 ss., spec. 273; similmente, Sacco, *op. ult. cit.*, 322 ss.

(41) Cfr. Gitti, *Gli accordi interprofessionali «in deroga» alla disciplina legale del contratto di subfornitura*, in *Contr.*, 1999, 300 s.; Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., 217 s.; A. Orestano, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000, 247 ss.; Lombardi, *op. cit.*, 61 ss. e 101 ss.; e, per il tentativo di individuare, nell'ambito della subfornitura, un uso commerciale idoneo a legittimare il ricorso *all'art. 1327 c.c.*, Grazzini, *op. cit.*, 58 s., alla quale replica G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 46, nt. 19. Una volta rimessa all'autonomia del subfornitore la scelta in ordine alle modalità di perfezionamento del contratto, però, permane l'esigenza del committente di essere tempestivamente informato dell'avvenuto inizio di esecuzione, sicché, nonostante il silenzio sul punto della norma in commento, l'obbligo del pronto avviso deve essere riaffermato anche in questa ipotesi, come rilevato da Nicolini, *Subfornitura e attività produttive. Commento alla l. 18.6.1998, n. 192*, Milano, 1999, 48; V. Franceschelli, *La subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in *Subfornitura*, a cura di V. Franceschelli, cit., 18; Prati, *La sanzione della nullità nel contratto di subfornitura*, in *Contr.*, 1999, 294; Venosta, *op. ult. cit.*, 1169 s.

(42) Cfr. G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 109 s. e 113 s.; Id., *La funzione partecipativa*, cit., 127 ss.; Id., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 321 s. e 326 s.; Id., *La formazione del contratto*, cit., 366 s. e 369; Di Raimo, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, 126 s.; Id., *Linee evolutive dei procedimenti di formazione dei contratti (dal c.c. alla legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri e Caterini, I, Rende, 2004, 128; Lombardi, *op. cit.*, 110 ss.; A. Orestano, *Schemi alternativi*, cit., 179 ss.; G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 47. Si mostrano invece favorevoli alla riconduzione dell'inizio di esecuzione ad un'accettazione «per fatto concludente» Ravazzoni, *op. cit.*, 373; Messineo, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XXI, 1, Milano, 1973, 351; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, IV, 2, 3ª ed., Torino, 1980, 61 ss.; Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, continuato da Mengoni, XXI, 2, Milano, 1987, 537; Bellelli, *Il principio di conformità tra proposta ed accettazione*, Padova, 1992, 139; C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, 239 s.; Realmonte, *op. cit.*, 88 ss.

(43) Cfr. S. Patti, *L'accordo e la sua formazione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, cit., 188. È proprio muovendo da questo assunto che M. Segni, *Autonomia privata e valutazione legale tipica*, Padova, 1972, 36 ss., spec. 39, dà avvio alla sua opera di decostruzione della posizione dottrinale tesa a ricondurre ad un «negozio presunto» le ipotesi in cui la legge attribuisce, a condotte non negoziali valutate tipicamente dal legislatore, i medesimi effetti del negozio vero e proprio.

(44) Cfr. L.V. Moscarini, *Formalismo negoziale e documento informatico*, cit., 1050; Delfini, in *La subfornitura*, a cura di De Nova, Milano, 1998, 13 s.; Nicolini, *op. cit.*, 45; Gioia, *I rapporti di subfornitura*, in *Giur. it.*, 1999, 673; Bortolotti, *I contratti di subfornitura. La nuova legge sulla subfornitura nei rapporti interni ed internazionali*, Padova, 1999, 79 s.; Bertolotti, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, 64 s.; G. Benedetti, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, cit., 77; Schininà, in *L. 18.6.1998, n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Commentario a cura di N. Lipari, in *Leggi civ. comm.*, 2000, 378 s.; Musso, *op. cit.*, 104; G. Tucci e Calia, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della l. 18.6.1998, n. 192*, in *Riv. dir. privato*, 2006, 117 s.; Doria, *Note in tema di subfornitura tra i dubbi della dottrina e i timori della giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 2007, 2901; L. Modica, *op. ult. cit.*, 277; Cagnasso e Cottino, *Contratti commerciali*, in *Tratt. Cottino*, IX, 2ª ed., Padova, 2009, 366 s.; Venosta, *op. ult. cit.*, 1168 s. e 1174; e, con specifico riferimento alla possibilità di rispettare il requisito formale con comunicazioni telematiche, Pagliantini, *La forma del contratto: appunti per una voce*, cit., 145 ss.; Id., *La forma nei Principi* Acquis *del diritto comunitario dei contratti:* Textform*, forme di protezione e struttura del contratto*, in *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti*, a cura di G. De Cristofaro, cit., 116 s. e 143 ss.; Id., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., 72 ss. e 119 ss.

(45) Cfr. Realmonte, *op. cit.*, 90, nt. 43; Sacco, *op. ult. cit.*, 328; A. Orestano, *op. ult. cit.*, 196 s.; Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, 2ª ed., Milano, 2011, 118. La giurisprudenza è solita esprimere la medesima conclusione con specifico riferimento alla stipulazione di contratti con la p.a., per i quali, come è noto, è richiesta la forma scritta *ad substantiam* dalle norme in tema di contabilità pubblica: cfr. Cass., 2.11.1959, n. 3234, in *Giur. it.*, 1960, I, 1, 1272 ss.; *Cass., 8.8.1992, n. 9399,* in *Arch. locazioni*, 1993, 304 ss.; *Cass., 12.5.1995, n. 5179,* in *Rep. Foro it.*, 1995, *Contratti della p.a.*, 86; *Cass., 29.9.2000, n. 12942, ivi*, 2000, *voce cit.*, 91; *Cass., 12.7.2001, n. 9428, ivi*, 2001, *voce cit.*, 107; *Cass., 15.3.2004, n. 5234* e *Cass., 27.7.2004, n. 14099,* entrambe *ivi*, 2004, *voce cit.*, 207 e 209; *Cass., 22.6.2005, n. 13385, ivi*, 2005, *voce cit.*, 736; *Cass., 14.12.2006, n. 26826, ivi*, 2006, *voce cit.*, 259. Nonostante non contengano alcun espresso riferimento al tema in esame, Venosta, *op. ult. cit.*, 1137 s., testo e nt. 11, ritiene possibile individuare un primo, parziale superamento di tale conclusione in *Cass., 24.7.1999, n. 8027,* in *Corriere giur.*, 2000, 183 ss., con nota di Fittipaldi, *Privatizzazione dei pubblici servizi, mancato pagamento del «ticket» in un parcheggio incustodito e giudizio di equità*; e in *Cass., 26.2.2004, n. 3863,* in *Foro it.*, 2004, I, 2132 ss., con nota di Bitetto, *Il contratto di parcheggio: declino del potere normativo d'impresa e tutela del contraente debole nelle «quick hand transactions» (contratti di massa a conclusione rapida)*; in *Resp. civ. e prev.*, 2004, 717 ss., con nota di M. Gorgoni, *Parcheggio e custodia: tra negazione dell'utilità della disciplina contrattuale di diritto comune e svalutazione del consenso*; in *Giur. it.*, 2005, 268 ss., con nota di Caterina, *La costosa custodia: la qualificazione del contratto di parcheggio e le sue conseguenze*; in *Giust. civ.*, 2005, I, 799 ss.; e in *Nuova giur. comm.*, 2005, I, 528 ss., con nota di Arlotta, *Parcheggio automatizzato e responsabilità del gestore* (su quest'ultima pronuncia, cfr. anche Cappabianca, *Furto d'auto in parcheggio automatizzato: non sempre risponde il gestore*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 805 ss.), per il fatto che tali pronunce hanno ritenuto la p.a. responsabile del furto di un'autovettura in un parcheggio a pagamento non custodito, considerando inconoscibile e dunque inefficace la clausola delle relative condizioni generali di contratto che esonerava la proprietaria del parcheggio dalla relativa custodia. Per quanto da ultimo *Cass., S.U., 28.6.2011, n. 14319,* in *Foro it.*, 2011, I, 2292 ss., con nota di Piombo; e in *Corriere merito*, 2011, 823 ss., con nota di Travaglino, *Aree di parcheggio incustodite e responsabilità del gestore*, abbia comunque riaffermato la tesi opposta, ritenendo la clausola *de qua* conoscibile usando l'ordinaria diligenza da parte di chi accede al parcheggio, è importante rilevare che, in tutte le ipotesi descritte, il contratto di parcheggio è stato ritenuto validamente perfezionato attraverso il comportamento concludente del cliente e la formulazione per iscritto della relativa proposta, in ragione del fatto che quest'ultima, configurando un'offerta al pubblico, rispetta il vincolo *ad substantiam* previsto nell'ambito della normativa di contabilità a misura che sia formulata per iscritto con modalità tali da rendersi facilmente individuabile, senza che la previsione di forma vincolata debba necessariamente estendersi all'accettazione dell'oblato. Per una rilettura critica della riconduzione di quest'ultima modalità di stipulazione *all'art. 1327 c.c.*, cfr. però G. Benedetti, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 324; L. Follieri, *Il «semplice fatto» e la conclusione del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 424 ss. Scarsamente rilevante pare invece il richiamo, operato dallo stesso Venosta, *op. ult. cit.*, 1139 ss., alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea (confermata, da ultimo, in Italia da Trib. Torino, 24.4.2008, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2009, 640 ss.; *Cass., S.U., 10.9.2009, n. 19447,* in *Rep. Foro it.*, 2009, *Giurisdizione civile*, 138) nell'ambito della clausola attributiva di competenza prevista dall'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 27.9.1968 (ora riprodotto dall'*art. 23 regolamento CE 22.12.2000, n. 44/2001*): tale previsione, infatti, non prevede una forma scritta *ad substantiam*, ma ammette che la clausola sia introdotta mediante una serie articolata di modalità di stipulazione, che trascorrono dall'atto orale, confermato per iscritto, al vero e proprio comportamento concludente, quando gli usi del commercio internazionale o le pratiche stabilite concordemente tra le parti lo consentano. È dunque evidente che il riconoscimento di una pluralità di forme consente di rendere compatibile la clausola con l'utilizzo *dell'art. 1327 c.c.* senza bisogno di negare rilievo generale alla regola per cui quest'ultima previsione non è invocabile a fronte di una forma scritta legislativamente vincolata. Per più ampi riferimenti al tema, sia comunque consentito il rinvio a Addis, *La conferma per iscritto della proroga verbale di competenza (art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, in *Annali 1997 (Quaderni dell'Istituto giuridico della Facoltà di Economia dell'Università degli Studi della Tuscia, n. 3)*, Viterbo, 1998, 207 ss.; e in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 831 ss.

(46) Cfr. Lombardi, *op. cit.*, 116 ss.; Breccia, *La forma*, cit., 472, 543 e 686 s. Parlano a tale proposito di «onere formale asimmetrico» avente la finalità di bilanciare il maggiore potere contrattuale del committente Dell'Utri, *La conclusione del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, 61 s.; C. Berti, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo tra imprese*, Milano, 2000, 86 s.; Musso, *op. cit.*, 91, testo e nt. 7; Grazzini, *op. cit.*, 53; Lazzarelli, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica: una «ragionevole» interpretazione della legge sulla subfornitura*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 116; Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese*, cit., 559 s.; G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 50, testo e nt. 28. Perde, in questa prospettiva, gran parte del suo rilievo l'attenta disamina di Venosta, *op. ult. cit.*, 1156 ss., tesa a dimostrare che il fondamento giustificativo *dell'art. 1327 c.c.*, anche alla luce delle moderne evoluzioni tecnologiche, che hanno enormemente accelerato le comunicazioni a distanza, non può più essere individuato nell'esigenza di celere realizzazione del contratto con cui tradizionalmente si legittimava la previsione, in consapevole dissenso, sul punto, con la posizione di G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 108; Id., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 327 e 333; Id., *La formazione del contratto*, cit., 370 s., che, invece, riafferma la stretta correlazione tra l'interesse all'urgenza e la

scelta del procedimento in esame, pur precisando che tale semplificazione «non ha rilievo meramente cronologico». Preso atto che, nell'ambito della contrattazione d'impresa, prevale l'interesse alla libertà della stipulazione, l'utilità del ricorso *all'art. 1327 c.c.* è facilmente individuabile nell'esigenza di rendere inutile un'accettazione espressa, precludendo, del resto, all'oblato ogni possibilità di revocarla.

(47) Cfr. Lombardi, *op. cit.*, 161 ss., che riprende e sviluppa un analogo rilievo di E. Minervini, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, cit., 219; e di A.M. Benedetti, *op. ult. cit.*, 57. Meno recentemente, ad esiti non dissimili – con specifico riferimento all'opzione immobiliare – era già pervenuto Perego, *op. cit.*, 113; ma, per una critica a quest'ultima posizione, cfr. Venosta, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, cit., 106 ss. e 129 ss.; E. Panzarini, *op. cit.*, 121 s.

(48) Cfr. Venosta, *Inizio dell'esecuzione e conclusione dei contratti formali*, cit., 1153 ss.

(49) Cfr. G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., 62 s.; Id., *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 315 e 317 ss.

(50) Cfr. Pagliantini, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., 19-22; Venosta, *op. ult. cit.*, 1153 s. e 1177.

(51) Secondo la ben nota prospettiva di P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., 41 ss., cui presta piena e convinta adesione Polidori, *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, cit., 700 s.; ma, in ordine proprio alla disciplina della subfornitura, cfr. anche G. Benedetti, *Parola scritta e parola telematica nella conclusione dei contratti*, cit., 78 s.; e, per la riaffermazione dell'impossibilità di utilizzare la tecnica procedimentale per negare rilievo all'analisi strutturale del contratto, Id., *La formazione del contratto*, cit., 350 s.

(52) Una diversa soluzione potrebbe essere prospettata sottoponendo a disamina critica il requisito di «conformità» tra proposta e accettazione, al fine di verificare se esso possa dirsi rispettato, a fronte di una previsione formale vincolata, solo se entrambe le manifestazioni di volontà siano rese secondo schemi eguali o, al contrario, in presenza di una corrispondenza solo funzionale, cioè di un'univoca riconduzione delle molteplici manifestazioni ad un identico intento comune, del quale sia sufficiente offrire un «principio di prova» per iscritto. L'analisi delle prassi giurisprudenziali in tema di «equipollenti» della sottoscrizione potrebbe indurre ad osservare che quest'ultima conclusione non è affatto arbitraria come potrebbe a prima vista sembrare. Un primo spunto di riflessione in tal senso è condotto da O. Lombardi, *op. cit.*, 174 ss., che, tuttavia, non si è sentita di portare fino in fondo la riflessione perché ha rilevato l'esistenza sul tema di contrasti dottrinali e giurisprudenziali non ancora sopiti.

(53) Non si può tuttavia mancare di rilevare che il rischio di una incondizionata equiparazione tra le due ipotesi è quello di prospettare nuovamente, sia pure su basi diverse, la tesi della eccezionalità *dell'art. 1327 c.c.*, così da pervenire a conclusioni non dissimili da quelle di G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 46 s., nt. 20, secondo cui «la diversità del meccanismo "procedimentale" di cui *all'art. 1327 c.c.* risiede nel fatto che, mentre nella logica di un "accordo" che si concluda *tacitamente*, la valutazione della "concludenza" del comportamento (*inizio dell'esecuzione*) dipende dalle circostanze del (singolo) caso *concreto* (ed è quindi aperta alla possibilità che l'oblato sia ammesso a fornire la prova contraria...), viceversa nella fattispecie di cui *all'art. 1327 c.c.* la valutazione di "concludenza" viene, per così dire, effettuata *a priori* e *tipicamente*, con la conseguenza che... il comportamento "esecutivo" assume *senz'altro* il significato di atto perfezionativo dell'accordo..., senza che all'oblato sia consentito contestare *come tale* codesta conseguenza del suo contegno» (in termini simili, ma meno chiaramente, si esprimeva già R. Leccese, *Subfornitura*, in *Digesto comm.*, *Agg.*, I, Torino, 2000, 754). Ragionando in tale prospettiva, infatti, sembrerebbe fatalmente riaffermata l'insuscettibilità di un'applicazione analogica e della norma codicistica e, sulla sua scorta, di una norma, quale quella prevista dalla legislazione speciale in tema di subfornitura, che costituirebbe un'«eccezione all'eccezione» incapace di scardinare il principio generale della vincolatività dell'accordo esclusivamente mediante scambio di dichiarazioni partecipative. Per giungere a conclusioni diverse, è invece necessario rilevare la sostanziale inutilità del riferimento al «fatto concludente» per giustificare l'ipotesi *dell'art. 1327 c.c.* e riaffermare che il legislatore, senza dubbio muovendo dal dato di rilevanza statistica secondo cui, specie nell'ambito commerciale, l'inizio di esecuzione è ispirata dall'intenzione dell'oblato di perfezionare il contratto, ha tuttavia deciso di non attribuire espresso rilievo a tale dato, subordinando l'accertamento dell'avvenuto perfezionamento del contratto alla individuazione, sia pure in via presuntiva, di una tale intenzione, ma ha semplicemente individuato, in ogni caso, l'avvenuto perfezionamento del contratto nel mero fatto dell'iniziata esecuzione, sicché quest'ultima, lungi dall'assumere valenza esemplificativa per legittimare l'ammissibilità di un'accettazione «in via concludente», si limita a rappresentare l'esito di una valutazione legalmente tipizzata, secondo quanto da ultimo rilevato da A.M. Benedetti, *op. ult. cit.*, 45 s.; V. Scalisi, *La conclusione del contratto tra regole e principi*, cit., 298-301; Sacco, *op. ult. cit.*, 317 s., che, tuttavia, richiama a tal fine *l'art. 2028 c.c.*; e, con specifico riferimento ai rapporti con il mero silenzio, A.M. Siniscalchi, *Inizio dell'esecuzione e silenzio. Spunti in tema di modificazione del rapporto contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1994, 526 ss. In questa prospettiva, diviene agevole comprendere perché, ad esempio, l'art. 2:205 dei Principi Lando dedichi due diversi previsioni all'«inizio di esecuzione» e all'«accettazione mediante esecuzione». Sull'importanza sistematica di questo rilievo, cfr. G. Benedetti, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione*, cit., 325 ss.; Id., *La formazione del contratto*, cit., 368.

(54) Cfr. Pagliantini, *op. ult. cit.*, 25 s.; R. De Rosa, *op. cit.*, 120. Si discute se il committente possa evitare tale esito chiedendo la conclusione del contratto mediante accettazione scritta o comunque la tempestiva restituzione della proposta con duplice sottoscrizione. Favorevoli a tale possibilità si mostrano Delfini, *op. cit.*, 18; Nicolini, *op. cit.*, 48 s.; Schininà, *op. cit.*, 379 s.; Bortolotti, *op. cit.*, 81 s.; Bertolotti, *op. cit.*, 66 ss.; F. Prosperi, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica. Profili ricostruttivi e sistematici*, Napoli, 2002, 103; Grazzini, *op. cit.*, 60 s.; Musso, *op. cit.*, 109 s.; Lombardi, *op. cit.*, 134 ss.; L. Modica, *op. ult. cit.*, 278 s.; Venosta, *op. ult. cit.*, 1158 s. e 1170 s., secondo i quali il committente potrebbe comunque invocare l'art. 1326, 4° co., c.c. In senso contrario, però, cfr. Dell'Utri, *op. cit.*, 72; G. D'Amico, *op. ult. cit.*, 51 s. e 77, nt. 99; Id., *Formazione del contratto*, cit., 595 s., testo e nt. 138, i quali rilevano, non senza ragione, che così argomentando si rischia di depotenziare gran parte della rilevanza pratica della previsione.

(55) Cfr. G. Stella Richter, *op. cit.*, 384, testo e nt. 7; Pagliantini, *La forma del contratto: appunti per una voce*, cit., 136. Preferisce invece ricondurre la previsione *all'art. 2126 c.c.*, sì da ipotizzare un vero e proprio rapporto contrattuale «di fatto», Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 157 ss.; Id., *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, cit., 705 s.; ma, per un'efficace replica, è sufficiente ricordare che, secondo F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, 250, la «salvezza dell'esecuzione avvenuta del negozio nullo... è ancora, spinta al limite, un'affermazione del principio di conservazione del negozio, come atto di autonomia privata. Ciò non considera la dottrina

che ravvisa invece nel fenomeno una limitazione dell'autonomia negoziale e assume, per giunta con un'arbitraria generalizzazione, l'esistenza di rapporti negoziali o contrattuali di fatto, rilevanti come tali».

(56) Cfr. De Nicola e L. Colombo, *La subfornitura nelle attività produttive. Il nuovo contratto di subfornitura* ex *lege 18.6.1998, n. 192. Disciplina civilistica e fiscale*, Milano, 1998, 24; Bortolotti, *op. cit.*, 74 s. Il profilo sfugge a Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, cit., 205 ss.; Putti, in *La subfornitura*, Commento alla *l. 18.6.1998, n. 192*, a cura di Alpa ed A. Clarizia, Milano, 1999, 72 s. e 86 s.; Andrini, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contratto e impresa*, 2001, 227; Musso, *op. cit.*, 113; Grazzini, *op. cit.*, 64 s.; Breccia, *La forma*, cit., 715; Morelato, *op. cit.*, 77 s. e 167; G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 45 e 53 s.; Id., *Formazione del contratto*, cit., 593, testo e nt. 128; nonché L. Modica, *op. ult. cit.*, 238 s. e 272 ss.; Id., *Formalismo negoziale e nullità*, cit., 472, che non esita a parlare di «conservazione parziale degli effetti prodotti dal contratto».

(57) Lo rileva con chiarezza, ancorché con prevalente riferimento alla mancata o inesatta determinazione dell'oggetto del contratto e, in particolare, del prezzo, A. Albanese, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Europa dir. priv.*, 1999, 1194, ma, in senso critico e per la riaffermazione della necessità di applicare i criteri determinativi dell'oggetto del contratto fissati nel c.c. per i singoli tipi contrattuali che danno origine al rapporto di subfornitura, Gitti, *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, cit., 94 s.

(58) Cfr. G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 49, nt. 26; Id., *Formazione del contratto*, cit., 594, nt. 132, il quale non esita a ritenere, per questo, illecita la formulazione di una proposta orale e a ricondurre ad una responsabilità extracontrattuale l'obbligo di risarcimento previsto a carico del committente. Prevale però la tesi che riconduce l'obbligo risarcitorio *all'art. 1338 c.c.*, non ricollegandolo dunque alla violazione della regola di forma, ma, piuttosto, alla mancata informazione sulla necessità di concludere il contratto per iscritto: cfr. Putti, *op. ult. cit.*, 87; Musso, *op. cit.*, 115 ss.; e, per il richiamo *dell'art. 1337 c.c.*, Grazzini, *op. cit.*, 64 s.; ma, per un'efficace replica a questa posizione, cfr. anche L. Modica, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 273 s., secondo cui, così argomentando, si presupporrebbe che l'onere di conoscere la legge valga solo per il committente e non per il subfornitore e, per evitare tale rilievo, sarebbe necessario concludere che il termine «risarcimento», impiegato nella previsione in commento, mira piuttosto ad indicare un «ristoro» o un «rimborso» delle spese «ragionevolmente necessarie (buona fede in senso oggettivo) per l'esatto adempimento del contratto».

(59) Cfr. A. Tullio, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione della l. n. 192 del 1998 e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 275 s.; Nicolini, *op. cit.*, 31 s.; Prati, *op. cit.*, 297; Bertolotti, *op. cit.*, 62 s.; Schininà, *op. cit.*, 380; E. Quadri, *op. cit.*, 1183; Polidori, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 119 s.; Musso, *op. cit.*, 137 s.; Sica, *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Comm. Schlesinger*, continuato da Busnelli, Milano, 2003, 422 s.; Morelato, *op. cit.*, 166 s.; Maugeri, *Contratti caratterizzati da squilibrio di poteri. Costruzione di un modello unitario di rimedio invalidatorio o pluralità di modelli?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, V, Milano, 2007, 249 ss.; Girolami, *op. cit.*, 389 ss.; G. D'Amico, *La formazione del contratto*, cit., 75 s.; Id., *Formazione del contratto*, cit., 596, nt. 140; Zoppini, *op. cit.*, 540, testo e nt. 86; R. Franco, *op. cit.*, 84 s. *Contra*, nel senso del carattere relativo della nullità determinata dall'inosservanza della forma scritta, G. Gioia, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contratto e impresa*, 1999, 1362; Putti, *op. ult. cit.*, 77 ss.; Longu, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 373; F. Prosperi, *op. ult. cit.*, 118 ss.; Monticelli, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, cit., 697; Grazzini, *op. cit.*, 54 s. e 70 ss.; La Spina, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 128 s., testo e nt. 32; Lombardi, *op. cit.*, 76 ss.; L. Modica, *op. ult. cit.*, 236 ss.; Fazio, *op. cit.*, 137, nt. 72.

(60) Cfr. Valentino, *op. ult. cit.*, 258. Pur non prendendo espressamente posizione sui rapporti tra l'*art. 2, 2° co., l. 18.6.1998, n. 192*, e *l'art. 1327 c.c.*, prospetta una generalizzata applicazione del vincolo di forma a tutti i rapporti in cui una delle parti sia da considerarsi economicamente più «debole» dell'altra anche Polidori, *Riflessioni in tema di forma dell'appalto privato*, cit., 707 s. e 710 ss., spec. 715 s.

(61) Cfr. Venosta, *op. ult. cit.*, 1149 s. e 1154 ss. La necessità di distinguere tra la previsione di forma vincolata e la mera imposizione di formalità preliminari, di natura informativa, che non incidono sulla libertà di scelta in ordine ai procedimenti di stipulazione di un contratto, è ampiamente valorizzata da Pagliantini, *La forma del contratto: appunti per una voce*, cit., 114 ss.; Id., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., 22-25.

**PROSPETTIVE DEL DIRITTO CONTRATTUALE EUROPEO. DAL CONTRATTO DEL CONSUMATORE AL CONTRATTO ASIMMETRICO?**

Roppo Vincenzo

Dir. 13-11-2007, n. 2007/64/CE
Dir. 10-08-2006, n. 2006/73/CE
Dir. 12-12-2006, n. 2006/123/CE
Dir. 12-12-2006, n. 2006/114/CE
c.c. art. 1321

**FONTE** Corriere Giur., 2009, 2, 267 *Diritto contrattuale europeo*

L'autore esamina le principali fonti del diritto europeo dei contratti - sia "formale" (direttive, regolamenti, comunicazioni della Commissione) sia "informale" (PECL, DCFR) - nella prospettiva di una specifica questione: la categoria del "contratto del consumatore" sta forse perdendo almeno in parte la sua tradizionale rilevanza e centralità? e se sì, come valutare questa tendenza? A tale questione offre alcuni elementi di risposta, rilevando che l'evoluzione del diritto europeo dei contratti sembra segnare un certo spostamento dalla politica di protezione del consumatore a una più ampia politica di protezione del cliente, e in alcuni casi a una politica di protezione delle imprese deboli di fronte alle impresa con superiore forza di mercato. Sintetizza questa linea con la formula "dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico", e ne segnala i possibili vantaggi soprattutto dal punto di vista di una meno frammentata (e dunque migliore) sistematica del contratto.

Sommario: Diritto contrattuale europeo e acquis communautaire - Diritto contrattuale europeo e contratto del consumatore: due domande - Regolazione europea di contratti B2B: contratti di garanzia finanziaria - L'obiettivo di protezione dell'impresa "debole": lo Small Business Act, e il B2B contracts acquis - Una prima famiglia di direttive: la protezione dell'impresa che fornisce la prestazione caratteristica - Le direttive sugli agenti di commercio e sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali - Segue: un confronto con la disciplina di protezione del consumatore - La protezione del destinatario della prestazione caratteristica: dal consumatore al cliente - Una seconda famiglia di direttive: la protezione del cliente (destinatario della prestazione caratteristica) - La direttiva generale sui servizi - Le direttive in materia di assicurazione (vita e non-vita) - La direttiva sui servizi della società dell'informazione (e-commerce) - La direttiva sui servizi di investimento (Mifid) - La direttiva sui servizi di pagamento - Dalle direttive ai regolamenti: il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali - Dal diritto "comunitario" al diritto "comune" europeo - I Principles of European Contract Law (PECL) - Il Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico - Per una migliore definizione del contratto asimmetrico: contratto fra soggetti di mercato; contratto caratterizzato da asimmetrie socialmente fisiologiche e non patologiche - La tendenza al superamento del contratto del consumatore: valutazione dal punto di vista politico - Segue: valutazione dal punto di vista tecnico (unità vs. frammentazione del sistema del diritto contrattuale) - Potenzialità di recupero dell'unità del sistema, e rischi di nuove frammentazioni: contratto asimmetrico o "terzo contratto"?

## Diritto contrattuale europeo e acquis communautaire

Per immaginare il futuro del diritto europeo dei contratti, è necessario definirne il presente. Il presente è costituito da tanti diversi fattori, tutti in qualche modo rilevanti per cogliere l'odierno stato dell'arte: numerose direttive; alcuni regolamenti (da quelli in tema di *block exemptions* per gli accordi restrittivi della concorrenza, al recente regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali); programmi di azione della Commissione (primo fra tutti, naturalmente, l'*action plan* lanciato nel 2003) (1); e poi la *case law* elaborata dalla Corte di giustizia.

Tuttavia, il nucleo fondamentale è rappresentato senza dubbio dalle direttive.

In uno scritto del 2005 Karl Riesenhuber indica 19 direttive rilevanti per il diritto dei contratti (2): dalla più antica (84/450 sulla pubblicità, adesso peraltro sostituita dalla direttiva 2006/114) alla più recente (2004/39 sui mercati degli strumenti finanziari - Mifid di I livello). Forse Karl avrebbe potuto considerare anche la direttiva 2002/47 sui contratti di garanzia finanziaria. E comunque oggi è obbligatorio integrare l'elenco almeno con altre quattro direttive: 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali; 2006/73 sull'organizzazione e l'attività delle imprese di investimento (Mifid di II livello); 2006/123 sui servizi nel mercato interno; 2007/64 sui servizi di pagamento (che fra l'altro sostituisce la direttiva 97/5 sui bonifici transfrontalieri).

Partendo di qui, si pone una domanda cruciale: è possibile, è desiderabile pensare che il diritto contrattuale delle direttive esistenti costituisca il nucleo fondamentale di un futuro diritto europeo dei contratti, costruito su livelli più alti di generalità e organicità? O al contrario è preferibile che il processo di formazione del diritto contrattuale europeo ignori l'*acquis communautaire* incorporato nelle direttive, o almeno non lo consideri come il proprio principale fattore di sviluppo?

A questa domanda si danno risposte diverse, in relazione alle diverse opinioni che i commentatori hanno riguardo all'*acquis* in materia di contratto. Si potrebbe forse dire: in relazione al diverso grado di simpatia che nutrono nei confronti del diritto contrattuale delle direttive.
Alcuni commentatori hanno un alto grado di simpatia per l'*acquis communautaire* in materia di contratto. Sia dal punto di vista tecnico: perché lo considerano un corpo normativo sufficientemente organico e basato su principi capaci di assicurare un buon livello di coerenza [(3)]. Sia dal punto di vista politico: perché ritengono che esso realizzi un giusto, razionale ed efficiente equilibrio dei valori in gioco (da una parte l'autonomia privata e la libertà di scelta e di azione degli operatori; dall'altra parte la protezione imperativa di interessi socialmente rilevanti); e quindi vedono il futuro diritto contrattuale europeo essenzialmente come uno sviluppo e un perfezionamento dell'*acquis* esistente. Stefan Grundmann è probabilmente il più deciso e autorevole fautore di questo indirizzo [(4)].
Altri commentatori hanno un'opinione profondamente diversa: pensano che il futuro diritto europeo dei contratti non possa e non debba costruirsi sulla matrice dell'odierno *acquis*. In questo giudizio talora prevalgono ragioni tecniche: in particolare l'idea che le direttive in materia di contratto disegnino un quadro normativo troppo frammentario, incoerente, contraddittorio per poterne ricavare un "sistema" di diritto contrattuale accettabilmente razionale [(5)]. Altre volte prevalgono ragioni di *policy*, ed è interessante notare che queste possono avere ispirazioni molto diverse o addirittura opposte.
Così, qualcuno pensa che l'*acquis communautaire* in materia di contratto (e in particolare quello relativo ai contratti dei consumatori) sia caratterizzato, o per meglio dire inquinato, da una concezione "strumentale": una concezione tutta centrata sull'obiettivo economico dell'integrazione dei mercati, e poco sensibile alle esigenze di giustizia delle relazioni contrattuali. Per questo l'*acquis* non sarebbe un adeguato punto di partenza per l'edificazione di un diritto europeo dei contratti, che secondo questa visione dovrebbe basarsi sull'idea di giustizia contrattuale [(6)].
In una prospettiva molto diversa, altri pensano invece che l'*acquis* esistente garantisca in modo efficace e soddisfacente un adeguato livello di protezione dei consumatori, concepiti come la "parte debole" delle relazioni di mercato. E sono contrari all'idea che questo complesso di regole evolva verso un sistema normativo di portata più generale, perché temono che un allargamento del suo raggio di azione possa - in nome di altri interessi - scolorire la sua positiva specificità di disciplina *consumer oriented*, e soprattutto indebolire il suo potenziale di tutela della parte debole del rapporto [(7)].

## Diritto contrattuale europeo e contratto del consumatore: due domande

Le due opinioni appena esposte sono molto lontane fra loro, ma partono da un presupposto comune, che mi interessa sottolineare: entrambe identificano l'*acquis communautaire* in materia contrattuale con il *consumer acquis*, e cioè con le direttive che si occupano di contratti dei consumatori, e più precisamente di contratti fra consumatori e professionisti.
Questo presupposto ha un fondamento innegabile: si deve riconoscere che il diritto europeo dei contratti, quale emerge dalle direttive, è nato essenzialmente come diritto dei contratti dei consumatori, e viene anche oggi comunemente concepito come diritto dei contratti dei consumatori, scritto per regolare quelle specifiche relazioni di mercato che siamo abituati a chiamare B2C.
Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, l'area coperta da queste regole viene concepita in modo molto restrittivo e chiuso. Si nega la possibilità di allargarne i confini verso territori delle relazioni sociali popolati da soggetti che non siano consumatori allo stato puro. Questo atteggiamento è rappresentato bene da una decisione come quella del caso Gruber, in cui la Corte rifiuta di applicare regole dettate per il "consumatore" a un contratto riguardante una fornitura destinata per il 60% a scopi familiari-personali, e per il 40% a scopi professionali del compratore [(8)].
Una posizione del genere sembra implicare una chiara ripartizione di ruoli e di aree di intervento fra Comunità e Stati membri: alle istituzioni comunitarie la regolazione dei rapporti contrattuali B2C, mentre la regolazione dei rapporti contrattuali B2B, intercorrenti fra soggetti di mercato non identificabili come consumatori, resterebbe affidata alle scelte degli Stati membri [(9)].
Partendo da questi dati, mi pongo due domande. Innanzitutto: è forse possibile vedere nella più recente evoluzione del diritto contrattuale comunitario il manifestarsi almeno embrionale di una diversa linea di sviluppo, e cioè una certa tendenza a considerare come oggetto di regolazione europea anche le relazioni (e più specificamente le relazioni contrattuali) B2B, fra un'impresa e un'altra impresa?
E poi: se la risposta alla prima domanda fosse sì, quali implicazioni e giudizi se ne possono ricavare sul piano tecnico e politico?
Si cercherà di offrire qualche elemento di risposta a queste due domande.

## Regolazione europea di contratti B2B: contratti di garanzia finanziaria

La direttiva 2002/47 sui contratti di garanzia finanziaria è un primo, chiarissimo esempio di regolazione comunitaria di contratti B2B [(10)].
L'art. 1.2 stabilisce infatti che le parti di esso - il "beneficiario" e il "datore di garanzia" - sono necessariamente soggetti che in nessun caso presentano le caratteristiche tipiche del consumatore: o perché agiscono per scopi che rientrano nella sfera

della loro attività imprenditoriale o professionale (autorità pubbliche, banche centrali o organismi assimilati, enti finanziari etc.); o perché non sono persone fisiche (sono, appunto, le "persone diverse dalle persone fisiche", di cui parla la lettera *e*).
Qui l'obiettivo della regolazione non è correggere asimmetrie del mercato, offrendo protezione alla parte debole nel rapporto con la controparte più forte. È invece, semplicemente, "migliorare la certezza giuridica dei contratti di garanzia finanziaria" (recital 5), e in questo modo favorire "l'integrazione e l'efficienza del mercato finanziario..., nonché la stabilità del sistema finanziario dell'Unione europea e pertanto la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione dei capitali nel mercato unico dei servizi finanziari" (recital 3).

### L'obiettivo di protezione dell'impresa "debole": lo Small Business Act, e il B2B contracts acquis

Ma non sempre è così. Anzi, normalmente non è così. Normalmente l'obiettivo che ispira la regolazione dei contratti B2B per mezzo di direttive comunitarie è contrastare le asimmetrie informative, gli squilibri di potere negoziale e le altre *market failures* che minacciano la giustizia e l'efficienza delle relazioni fra imprese. E quindi realizzare - all'interno dei rapporti di mercato asimmetrici - la protezione dell'impresa debole contro l'impresa forte.
L'obiettivo appena indicato sembra riconducibile a quella più generale politica di favore e sostegno per le piccole-medie imprese (small-medium enterprises, SME), che si è tradotta nell'importante documento della Commissione europea usualmente denominato "uno *Small Business Act* per l'Europa" [(11)].
È vero che il documento non indica in modo specifico, fra gli obiettivi dell'azione comunitaria, lo sviluppo di una legislazione che assicuri la protezione delle imprese più deboli nei loro rapporti contrattuali asimmetrici con le imprese dotate di superiore forza di mercato. Tuttavia, questo obiettivo si legge in trasparenza dietro molte delle politiche prefigurate per dare attuazione ai dieci principi che costituiscono la base del programma. Per esempio, là dove si programmano "iniziative... per aiutare le piccole-medie imprese a partecipare alle catene globali di fornitura " [(12)]. È infatti noto che uno dei principali problemi che si pongono nell'ambito delle *supply chains* - area caratterizzata tipicamente dalla presenza di contratti B2B - è proprio l'asimmetria di potere di mercato fra le imprese collocate ai diversi livelli della catena, e l'esigenza di proteggere l'impresa in posizione di debolezza nell'ambito di quelli che Fabrizio Cafaggi chiama *hierarchical contractual networks* [(13)].
Inoltre, nel quadro del sesto principio esso viene enunciato in modo esplicito, con riferimento a un particolare problema che costituisce materia di regolazione dei rapporti contrattuali asimmetrici B2B: "L'UE e gli Stati membri dovranno... sviluppare un contesto giuridico ed economico che favorisca la puntualità dei pagamenti nelle transazioni commerciali " [(14)]; e nella parte introduttiva della Comunicazione si preannuncia, in modo più puntuale, la presentazione di una proposta per la "modifica alla *direttiva 2000/35/CE* sui ritardi di pagamento per fare sì che le piccole-medie imprese siano pagate puntualmente in tutte le transazioni commerciali " [(15)].
Una precisazione, per definire meglio l'*acquis communautaire* (già esistente, o programmato per il futuro) del quale sto parlando. Esso è caratterizzato dal fatto di coprire contratti B2B, e dall'obiettivo di proteggere la parte debole contro la parte dotata di superiore forza di mercato, in una logica di superamento delle *market failures*: possiamo convenzionalmente denominarlo "*B2B contracts acquis*". Ma questo *acquis* non può guardarsi come un blocco normativo omogeneo e indifferenziato. Al contrario, si devono individuare al suo interno componenti diverse, che conviene distinguere se si vuole cogliere in modo sufficientemente preciso e profondo le *rationes* - non sempre uguali - che animano le varie discipline che lo compongono.
Propongo, come ipotesi di lavoro, di distinguere all'interno del *B2B contracts acquis* due categorie di regolazioni.

### Una prima famiglia di direttive: la protezione dell'impresa che fornisce la prestazione caratteristica

La prima categoria comprende direttive che coprono relazioni contrattuali con le seguenti caratteristiche significative:
*i*) sono relazioni connotate sul piano soggettivo come esclusivamente B2B, in cui non c'è spazio per la figura del consumatore: entrambe le parti del rapporto sono necessariamente imprese o comunque soggetti che agiscono nell'ambito della loro attività professionale;
*ii*) la parte penalizzata dalle asimmetrie di mercato, e per questo destinataria della protezione legislativa, è la parte che nell'ambito del rapporto contrattuale risulta impegnata a eseguire la "prestazione caratteristica", e cioè a fornire il bene o il servizio che definiscono il tipo contrattuale in gioco, mentre l'altra parte è impegnata a una prestazione "neutra" come quella che consiste nel pagamento di un corrispettivo in denaro.
Almeno due direttive possono rientrare in questa categoria: la direttiva 86/653 sugli agenti di commercio, e la direttiva 2000/35 sui ritardi di pagamento dei crediti commerciali.

### Le direttive sugli agenti di commercio e sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali

Nella direttiva 86/653 la parte protetta è l'agente di commercio - un operatore professionale indipendente -, a cui spetta eseguire la prestazione tipica del contratto di agenzia. Egli è protetto contro il principale, che a sua volta è un operatore professionale - generalmente un'impresa. La ragione della protezione legislativa è la particolare asimmetria di mercato di cui l'agente soffre nei confronti del principale, e tale asimmetria ha la sua radice precisamente nel fatto che l'agente è il fornitore

della prestazione contrattuale caratteristica, consistente in un'attività di distribuzione: in vista di questa attività, l'agente affronta spesso investimenti specifici che rendono estremamente rischiosa per lui la prospettiva di una fine prematura del rapporto, e quindi lo pongono in una posizione di sostanziale dipendenza economica dal principale [(16)].
Un ragionamento analogo vale per la direttiva 2000/35. Essa copre esclusivamente rapporti B2B: riguarda solo le "transazioni commerciali", e "non disciplina i contratti con i consumatori" (recital 13); riguarda, più precisamente, rapporti "tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni" che abbiano per oggetto "la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro pagamento di un prezzo" (art. 2, n. 1).
La parte protetta è l'impresa che ha fornito merci o servizi, ed è quindi creditrice del prezzo: essa ha già eseguito la prestazione caratteristica a suo carico, ma non ha ancora ricevuto il corrispettivo monetario. Sta proprio in questa situazione l'asimmetria a suo carico, e dunque la ragione della protezione: l'impresa fornitrice sta finanziando gratuitamente la controparte, acquirente del bene o del servizio; e corre il rischio di una eccessiva durata di questo finanziamento surrettizio, che la esporrebbe a "pesanti oneri amministrativi e finanziari", particolarmente gravosi per le imprese "di piccole e medie dimensioni" (recital 7).

### Segue: un confronto con la disciplina di protezione del consumatore

Se si confronta questo tipo di regolazione con il modello regolatorio dei contratti del consumatore, emergono una somiglianza e una differenza.
La somiglianza sta nel fatto che entrambe le regolazioni si propongono di correggere asimmetrie di mercato, che rendono una parte del contratto più "debole" e bisognosa di protezione.
La differenza è che nella regolazione dei contratti del consumatore la parte protetta è quella che acquista beni o servizi sul mercato pagando in cambio denaro (e dunque non è la parte impegnata alla prestazione caratteristica del contratto), mentre nella regolazione dei contratti asimmetrici B2B qui considerati la parte protetta è quella che fornisce beni o servizi sul mercato (e dunque è la parte impegnata alla prestazione caratteristica del contratto).
Questa differenza merita di essere segnalata, perché indica una certa qual atipicità dei rapporti di mercato di quest'ultimo genere, e della corrispondente regolazione. Infatti - come vedremo - nella generalità dei rapporti di mercato asimmetrici la regola è che la parte "forte" sia la parte che sta sul lato dell'offerta, ed esegue la prestazione contrattuale caratteristica; mentre la parte "debole", destinataria della protezione legislativa, è la parte che - stando sul lato della domanda - risulta destinataria della prestazione caratteristica. In una parola: è il cliente.

### La protezione del destinatario della prestazione caratteristica: dal consumatore al cliente

L'esigenza di una protezione del cliente, che vada al di là della protezione del consumatore, è percepita ed enunciata dal legislatore comunitario perfino nel momento in cui si occupa specificamente di protezione dei consumatori. Porto due esempi al riguardo.
Un primo esempio riguarda la direttiva 2005/29 sulle pratiche commerciali sleali. È vero che questa regola solo "le pratiche commerciali sleali lesive degli interessi dei consumatori ", a cui le imprese rivolgono l'offerta di beni e servizi sul mercato. E tuttavia il legislatore aggiunge che "esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i *consumatori*, possono danneggiare ... i *clienti* "; e afferma che "la Commissione dovrebbe valutare accuratamente la necessità di un'azione comunitaria ... al di là delle finalità della presente direttiva e, ove necessario, presentare una proposta legislativa che contempli questi altri aspetti ".
Un altro esempio, ancora più significativo, si ricava dal libro verde della Commissione europea sulla revisione del *consumer acquis* (2006) [(17)]. Esso riflette un progetto di azione rivolto in modo specifico ed esclusivo alla regolazione di rapporti B2C, che presuppongono necessariamente la presenza di un soggetto di mercato qualificabile come "consumatore" in senso proprio e stretto. E tuttavia, in un passaggio del documento si legge: "Some businesses, such as *individual entrepreneurs or small businesses, may sometimes be in a similar situation as consumers when they buy certain goods or services*, which raises the Quesitos whether they should benfit to a certain extent from the same protection provided for to consumers " [(18)].
La possibile linea di tendenza che implicitamente ne emerge è chiara. Si comincia a pensare che, in una serie di rapporti di mercato, vi sono parti che meritano di essere protette non per il fatto specifico di essere "persone fisiche che agiscono per fini che non rientrano nel quadro delle loro eventuali attività commerciali, industriali, artigianali o professionali" (la classica definizione comunitaria di "consumatore"), ma per il fatto più generale di collocarsi sul lato della domanda di determinati beni o servizi. In breve: meritano di essere protette non perché sono "consumatori", ma perché sono "clienti".
Descriviamo questa tendenza con la concisione e l'immediatezza offerte dalla lingua inglese: "*from consumer protection to customer protection*".

### Una seconda famiglia di direttive: la protezione del cliente (destinatario della prestazione caratteristica)

Si riconducono precisamente a questa linea le direttive della seconda categoria. Esse riguardano rapporti contrattuali caratterizzati come segue:

*i*) sono rapporti soggettivamente neutri, nel senso che possono essere sia B2B sia B2C: una parte è necessariamente un'impresa, ma la controparte può essere sia un'impresa, sia un consumatore, sia un soggetto che non rientra in nessuna di queste due categorie (ad esempio un ente *non profit*);
*ii*) la parte protetta è la parte che si colloca sul lato della domanda e risulta quindi destinataria della prestazione caratteristica; l'asimmetria di mercato che determina il suo bisogno di protezione sta principalmente nel fatto che rispetto alla prestazione caratteristica essa è un *outsider*, come tale priva delle informazioni specifiche che la controparte - *insider* rispetto alla prestazione caratteristica - invece possiede.
Quest'ultima caratteristica, evidentemente, accomuna il modello regolatorio in esame al modello dei contratti del consumatore. Ciò è importante, perché permette di pensare alla possibilità di estendere a questo genere di rapporti B2B regole di protezione originariamente pensate per i rapporti per i soli rapporti B2C.
Le direttive che rientrano in questo modello hanno un ulteriore elemento comune: riguardano attività economiche consistenti in servizi; e quindi si occupano di contratti che hanno per oggetto la prestazione di servizi, e non la fornitura di beni.

## La direttiva generale sui servizi

Partiamo dalla direttiva generale sui servizi, 2006/123: la "direttiva servizi" per antonomasia.
Martin Schauer [(19)] ha dimostrato che - nonostante le prime apparenze, e nonostante la *contraria protestatio* dello stesso legislatore europeo [(20)] - essa contiene significativi elementi di diritto dei contratti [(21)]. Questo nucleo di regolazione contrattuale si basa sull'idea di una possibile asimmetria tra fornitore e destinatario del servizio (rispetto al quale il primo è *outsider*, il secondo *insider*); e persegue una *policy* di protezione del destinatario.
Ma chi è, per la direttiva, il destinatario del servizio? Non certo un soggetto qualificabile strettamente come "consumatore", bensì un soggetto definito in termini molto più ampi: "qualsiasi persona fisica o giuridica... che, per scopi professionali o non professionali, utilizza o intende utilizzare un servizio" (art. 4.3). E quindi: "relations both B2B and B2C fall within the scope of the Directive" [(22)].
Il medesimo modello regolatorio della direttiva sui servizi in generale - "dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente" - si riflette in altre direttive concernenti specifici servizi offerti su particolari mercati: alcune anteriori, altre posteriori alla direttiva 2006/123.

## Le direttive in materia di assicurazione (vita e non-vita)

In questa prospettiva, possiamo inizialmente considerare le direttive in materia di assicurazione. Esse, in verità, non contengono molto diritto contrattuale: la posizione del legislatore europeo, infatti, è che "l'armonizzazione della normativa in materia di contratto di assicurazione non è una condizione preliminare per la realizzazione del mercato interno delle assicurazioni; ... quindi la possibilità lasciata agli Stati membri di imporre l'applicazione della propria normativa ai contratti assicurativi che coprono rischi situati sul loro territorio è tale da offrire garanzie sufficienti ai contraenti assicurati che necessitano di una particolare tutela " [(23)]. E tuttavia, se anche non molto, almeno un po' di diritto contrattuale si trova in queste direttive.
È un diritto che persegue certamente un obiettivo di tutela minima degli assicurati verso la controparte (impresa di assicurazione). Si riconducono senza dubbio a questa *policy* le norme sul diritto di recesso e sugli obblighi informativi in favore dell'assicurato nell'assicurazione vita [(24)]. Ma vi si riconducono allo stesso modo alcune norme in materia di assicurazione non-vita: per esempio quelle sul divieto di discriminazione fra assicurati di un'impresa di assicurazione in liquidazione, relativamente ai contratti stipulati in regime di prestazione di servizi [(25)], e sugli obblighi di informazione precontrattuale verso l'assicurato [(26)].
Con altrettanta certezza queste norme hanno un raggio di applicazione che copre indistintamente tutti i contratti con tutti gli assicurati, e in ogni caso non si limita ai soli contratti stipulati da consumatori [(27)]. È vero che la seconda direttiva (88/357) sull'assicurazione non vita accenna a regimi differenziati, in relazione a diverse categorie di assicurati con differente bisogno di tutela: da una parte i "contraenti assicurati che per la loro qualità, la loro importanza o la natura del rischio... non necessitano di una particolare tutela nello Stato in cui il rischio è situato ", ai quali "occorre accordare... la piena libertà di fare ricorso al più ampio mercato possibile delle assicurazioni "; dall'altra parte tutti gli "altri contraenti assicurati ", ai quali "occorre... garantire un adeguato livello di protezione ". Ma le conseguenze normative che se ne traggono sono molto modeste: per i contratti con contraenti della prima categoria, identificati con quelli che esercitano "un'attività commerciale, industriale o liberale", si consente una possibilità più ampia di scelta della legge applicabile; per tutti gli altri contratti, con contraenti non professionisti, tale possibilità di scelta è ristretta [(28)].
Una regola così limitata e marginale non è sufficiente per affermare che la direttiva introduce due diverse discipline del contratto di assicurazione: una per le assicurazioni B2B e una per le assicurazioni B2C. Il corpo sostanziale delle regole comunitarie si applica in modo indifferenziato a tutti i contratti, quale che sia lo *status* del contraente assicurato [(29)]. Esso opera a protezione dei clienti in generale, non dei soli clienti consumatori.

### La direttiva sui servizi della società dell'informazione (e-commerce)

Ma vediamo altre direttive, che incorporano dosi più consistenti di diritto contrattuale. Il loro esame testimonia, in modo ancora più evidente, la presenza dello stesso modello: una regolazione dei contratti orientata a proteggere non i soli consumatori, ma più in generale i clienti.

Lo constatiamo già con la direttiva 2000/31 sui servizi della società dell'informazione. Anche qui, l'obiettivo è proteggere il destinatario del servizio - *outsider* rispetto alla prestazione contrattuale tipica - nel suo rapporto asimmetrico con il fornitore. E qui il destinatario del servizio - il cliente - è definito in termini che esplicitamente vanno ben oltre la figura del consumatore: qualunque "*persona fisica o giuridica* che, a *scopi professionali o non*, utilizza un servizio della società dell'informazione" (art. 2, lettera *d*) [(30)]. È vero che la direttiva contiene alcune previsioni specificamente destinate non ai destinatari dei servizi in generale, ma ai soli destinatari che abbiano le caratteristiche di consumatori: artt. 10.2 e 11.1-2. Ma si tratta di previsioni veramente marginali, di contenuto scarsamente significativo: si limitano a stabilire che certe regole su diritti e doveri delle parti possono essere convenzionalmente escluse se il cliente non è un consumatore; sono invece inderogabili se il cliente è un consumatore. Al di là di questo, la parte sostanziale e rilevante della regolazione contrattuale in questione si applica per la protezione di tutti i clienti - dunque anche a contratti B2B -, e non ai soli contratti B2C con clienti-consumatori.

### La direttiva sui servizi di investimento (Mifid)

La medesima linea di tendenza si coglie nella regolazione dei servizi di investimento, introdotta dalla Mifid (articolata come noto, secondo la c.d. architettura Lamfalussy, in una direttiva di primo livello - 2004/39, e in una direttiva di secondo livello - 2006/73).

La Mifid contiene un nucleo importante di diritto contrattuale, relativo ai contratti con cui le imprese di investimento collocano sul mercato i loro prodotti o servizi [(31)]. La *policy* generale di questa disciplina è la protezione di coloro che domandano e acquistano tali prodotti e servizi. Essi sono chiamati, in generale, "investitori" o "clienti", e in nessuno modo coincidono con la figura del "consumatore". L'investitore o cliente può essere una persona fisica, ma anche una persona giuridica; può agire per scopi estranei alla propria eventuale attività imprenditoriale o professionale, ma anche per scopi inerenti a tale attività: in tutti questi casi, beneficia ugualmente di una protezione legislativa che gli viene accordata come rimedio dell'asimmetria che egli soffre in quanto *outsider* rispetto al prodotto o al servizio (così sofisticato, così pericoloso) fornitogli da chi è *insider* del mercato di riferimento.

È vero che alla disciplina protettiva standard, applicabile in generale a qualsiasi "cliente", nella regolazione della Mifid si affiancano discipline differenziate, in relazione a diverse tipologie di clienti: discipline meno protettive (basate su uno standard meno rigoroso e stringente) per le "controparti qualificate" e per i "clienti professionali"; discipline più protettive (basate su uno standard più rigoroso e stringente) per i "clienti al dettaglio". Ma questo non significa riflusso nel modello del "consumatore". Siamo sempre nella logica di protezione del "cliente": semplicemente, il legislatore ha voluto graduare il livello della protezione, in relazione al grado di asimmetria con l'impresa di investimento, che può variare da tipo di cliente a tipo di cliente. E perfino il cliente caratterizzato dal massimo grado di asimmetria, e per questo beneficiario del massimo livello di protezione - il "cliente al dettaglio" -, non si identifica con il "consumatore": cliente al dettaglio è qualsiasi cliente che non sia un "cliente professionale"; può essere tale, pertanto, anche una persona giuridica; e anche un soggetto che operi nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale. Il contratto fra un'impresa di investimento e un cliente al dettaglio può essere un contratto B2B, o comunque può non essere un contratto B2C [(32)].

### La direttiva sui servizi di pagamento

Veniamo infine alla più recente direttiva sui servizi di pagamento (2007/64 del 13 novembre 2007) [(33)]. Anch'essa contiene un notevole apparato di diritto dei contratti; e anch'essa esprime la medesima impostazione/struttura regolatoria della Mifid, in modo perfino più netto.

Tale impostazione/struttura riceve una formulazione molto chiara nel recital 20 della direttiva: "Dato che i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione, non necessitano dello stesso livello di protezione. Mentre è importante garantire i diritti dei consumatori con disposizioni cui non si può derogare per contratto, è ragionevole fare sì che le imprese e le organizzazioni stabiliscano diversamente. Tuttavia, gli Stati membri dovrebbero poter stabilire che le microimprese... debbano essere trattate al pari dei consumatori. In ogni caso alcune disposizioni centrali della presente direttiva dovrebbero essere sempre applicabili a prescindere dallo status dell'utente ".

In coerenza con ciò, la direttiva contiene tre diverse classi di norme sui rapporti contrattuali fra i prestatori di servizi di pagamento (che sono necessariamente imprese o comunque soggetti o enti che agiscono su basi "professionali") e gli utenti di tali servizi: classi che si definiscono in relazione agli ambiti soggettivi di applicazione delle norme in esse comprese.

La prima classe comprende norme che si applicano sempre e comunque (senza possibilità di deroghe convenzionali) a tutti i contratti con tutti gli utenti, indipendentemente dalla qualifica di questi: siano consumatori, siano imprese - grandi, medie, piccole, microimprese -, siano infine soggetti non qualificabili né consumatori né imprese. Sono tutte quelle (su "diritti e obblighi relativi alla prestazione e all'uso di servizi di pagamento") contenute nel titolo IV della direttiva, esclusi soltanto i

nove articoli specificamente indicati nell'art. 51.1. Esse rappresentano il *core* della disciplina contrattuale introdotta dalla direttiva. Pertanto si può dire che questa è, in linea di principio, una disciplina che si applica in modo necessariamente indifferenziato ai rapporti B2C, ai rapporti B2B e più in generale a tutti i rapporti con qualsiasi utente di servizi di pagamento; è dunque, tipicamente, una disciplina di protezione dei clienti, e non dei consumatori.
La seconda classe comprende norme destinate ad applicarsi inderogabilmente ai soli contratti in cui l'utente è un consumatore. Invece nei contratti in cui l'utente non è un consumatore, tali norme non operano se le parti convengono di escluderne l'applicazione; mentre si applicano regolarmente al rapporto, se le parti non pattuiscono tale esclusione. Sono le norme (su "trasparenza delle condizioni e requisiti informativi per i servizi di pagamento") contenute nel titolo III; sono, inoltre, quelle dettate nei nove articoli elencati dall'art. 51.1. La direttiva autorizza infatti le parti a derogare convenzionalmente a tali norme, quando l'utente non è un consumatore (artt. 30.1 e 51.1): se ciò accade, tali norme non si applicano. Ma è ovvio che le parti - il prestatore di servizi, e l'utente non consumatore - possono non avvalersi dell'autorizzazione, e non pattuire alcuna deroga: in tal caso, anche queste norme si applicano non solo ai contratti B2C, ma anche ai contratti B2B e a tutti gli altri contratti fra un prestatore e un utente. In altre parole: nel campo dei servizi di pagamento, il diritto (dispositivo) dei contratti B2B coincide con il diritto (imperativo) dei contratti B2C. Le norme che lo compongono manifestano così la loro natura di norme dirette a proteggere (al di là della ristretta categoria dei clienti consumatori) la totalità dei clienti genericamente intesi.
La terza classe comprende norme, anzi una norma, rispetto alla quale gli Stati membri sono autorizzati (dall'art. 51.2) a prevederne l'applicazione ai soli contratti con i consumatori: si tratta dell'art. 83 della direttiva, in tema di procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie fra prestatori e utenti. Negli ordinamenti che si avvarranno dell'autorizzazione, l'art. 83 sarà una norma riservata ai contratti B2C; negli ordinamenti che non se ne avvarranno, sarà una norma di applicazione generale a prescindere dallo status dell'utente.
Il quadro deve essere completato con un ultimo dato, di grande rilevanza. Si è visto che vi sono norme, i cui ambiti e condizioni di applicazione sono influenzati dalla circostanza che l'utente sia un consumatore: norme che si applicano inderogabilmente solo se il contratto è B2C, mentre sono derogabili nei contratti B2B (seconda classe); norme che si applicano ai soli contratti B2C (e non agli altri), negli ordinamenti degli Stati membri che abbiano scelto tale opzione (terza classe). Bene: vi è la possibilità che lo stesso trattamento normativo riservato su queste basi ai contratti B2C, si applichi anche ad alcuni contratti B2B: i contratti in cui l'utente è una "microimpresa" (come definita nell'allegato alla Raccomandazione della Commissione del 6 maggio 2003 sulla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese) [(34)]. Questa possibilità dipende dalla scelta degli Stati membri: la direttiva, infatti, li autorizza a prevedere che le norme "si applichino alle microimprese così come ai consumatori" (art. 30.2 per le norme del titolo III; art. 51.3 per le norme del titolo IV).
È chiaro che cosa accade nel mondo delle norme, se gli Stati membri utilizzano l'autorizzazione: norme riservate in origine ai soli contratti B2C diventano norme che si allargano a coprire anche contratti B2B (non tutti i contratti B2B, ma solo quelli in cui la parte utente è una microimpresa): ciò, evidentemente, perché si ritiene che i consumatori e alcune imprese - le microimprese - abbiano il medesimo bisogno di protezione nel loro rapporto (asimmetrico) con le imprese che prestano servizi di pagamento.

## Dalle direttive ai regolamenti: il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali

Fin qui abbiamo considerato il diritto contrattuale europeo incorporato in direttive. Ma tale diritto non si compone soltanto di direttive (benché queste ne rappresentino l'elemento fondamentale). Esso comprende altri tipi di fonti formali: in particolare, i regolamenti.
Non mi occupo qui dei regolamenti sulle *block exemptions* per gli accordi restrittivi della concorrenza, che pure hanno notevole rilevanza per la riflessione che stiamo sviluppando (essi sono infatti, tipicamente, regolazione europea di contratti relativi a rapporti B2B).
Mi concentro invece sul recente *regolamento 593/2008* in tema di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), che sostanzialmente recepisce (e sostituisce) la vecchia Convenzione di Roma del 1980.
Anche il regolamento Roma I testimonia il progressivo affermarsi di un modello di regolazione dei rapporti di mercato asimmetrici che non si limita alle relazioni B2C, ma copre anche le relazioni B2B: essenzialmente nella prospettiva di affiancare (e forse sovrapporre) alla tradizionale e più ristretta *policy* di protezione del consumatore una *policy* più ampia di protezione del cliente.
Il regolamento indica in modo molto forte, tra i propri obiettivi di *policy*, la protezione della parte debole del rapporto contrattuale. Lo dice con chiarezza il recital 23: "Per quanto riguarda i contratti conclusi da soggetti considerati deboli, è opportuno proteggere tali soggetti tramite regole di conflitto di leggi più favorevoli ai loro interessi di quanto non lo siano le norme generali ".
Per definire l'area della protezione, è significativo l'*incipit* del recital 24, che si collega idealmente al precedente: "Per quanto riguarda *più in particolare* i contratti conclusi da consumatori... ". Esso significa che i consumatori sono un segmento importante (diciamo pure il più importante) della categoria delle "parti deboli": tanto è vero che ad essi il

regolamento dedica, con l'art. 6, una specifica e articolata disciplina di protezione. Ma significa anche che essi sono solo un caso "particolare" all'interno della categoria, la quale ha un orizzonte più vasto e comprende anche soggetti diversi dai consumatori: per esempio imprese che soffrono di asimmetrie nei rapporti contrattuali con altre imprese. E quindi la *policy* di protezione del regolamento è enunciata in termini che coprono sia contratti B2C sia contratti B2B.
Ne troviamo una prima conferma all'art. 4, che individua la legge applicabile in mancanza di scelta delle parti. Dall'insieme delle sue previsioni, emerge che il fondamentale criterio legale di *default* è la residenza della parte impegnata a eseguire la prestazione caratteristica: il criterio è enunciato in modo esplicito all'art. 4.2; ma risulta implicitamente anche dall'art. 4.1, lettere *a*) e *b*), che fanno riferimento alla residenza abituale del venditore e del prestatore di servizi (nei contratti corrispondenti sono queste parti, infatti, a eseguire la prestazione caratteristica).
Ciò premesso, consideriamo ora l'art. 4.1, lettere *e*) e *f*), in base a cui la legge regolatrice dei contratti di *franchising* e di distribuzione è quella del paese di residenza abituale del *franchisee* e rispettivamente del distributore. Ricordiamo che i contratti di *franchising* e di distribuzione sono contratti necessariamente B2B, e contratti tipicamente asimmetrici (dove il *franchisee* e il distributore sono, per ragioni ampiamente spiegate dalla letteratura giuridico-economica, la parte debole del rapporto). E osserviamo che per essi la legge applica il criterio fra tutti più favorevole e protettivo nei confronti di tale parte - quello della loro residenza abituale -, distaccandosi dal criterio generalmente dominante (la residenza della parte impegnata alla prestazione caratteristica) [(35)]. Conclusione: questa disciplina può leggersi come una tipica disciplina di protezione della parte debole in rapporti contrattuali asimmetrici B2B.
Un giudizio analogo può applicarsi alla disciplina contenuta negli artt. 5 e 7 del regolamento, visti in rapporto all'art. 6. L'art. 6 contiene regole per la scelta della legge applicabile ai contratti dei consumatori, dove la *policy* di protezione della parte debole si esprime nel tendenziale favore [(36)] per la legge del paese di residenza abituale del consumatore. Ma questa disciplina non vale per due tipi contrattuali: i contratti di trasporto e i contratti di assicurazione. Anche se la parte destinataria del servizio di trasporto o del servizio assicurativo è un consumatore, la scelta della legge applicabile al contratto non è regolata dall'art. 6, bensì rispettivamente dall'art. 5 e dall'art. 7 (art. 6.1).
La ragione è espressa nel recital 32. Per il loro "carattere particolare", i contratti di trasporto e di assicurazione richiedono "disposizioni specifiche" che "dovrebbero garantire un adeguato livello di tutela dei passeggeri e degli assicurati"; e quindi l'art. 6 sui contratti dei consumatori "non dovrebbe applicarsi nel contesto di tali particolari contratti", i quali sono invece regolati dalle "disposizioni specifiche" degli artt. 5 e 7.
La formulazione di questa *ratio legis* è molto significativa dal nostro punto di vista. Essa infatti indica chiaramente due dati, che aprono la strada a una conclusione.
Il primo dato è che la disciplina degli artt. 5 e 7 vuole essere una disciplina di protezione per una parte del rapporto contrattuale, identificata negli utenti dei servizi di trasporto e assicurativi. La ragione per proteggere questa parte è la natura asimmetrica del rapporto, determinata - come sempre - dal fatto che chi sta sul lato della domanda è in posizione di passività rispetto alla prestazione contrattuale caratteristica, mentre controparte gode della posizione dominante tipica di chi sta sul lato dell'offerta e quindi è *dominus* della prestazione caratteristica.
Il secondo dato è che tale disciplina protettiva copre indifferentemente contratti B2C, contratti B2B e contratti in cui il cliente non è né consumatore né professionista.
La conclusione è evidente. Siamo di fronte a una disciplina di protezione della parte debole di rapporti di mercato asimmetrici, che protegge questa parte non perché è un consumatore, ma perché è un cliente. Ancora una volta: *from consumer protection to customer protection.* E contrariamente a quanto accade di solito, qui la *policy* di protezione del cliente (destinatario della prestazione caratteristica) si presenta più forte della *policy* di protezione del consumatore (persona fisica che agisce per scopi non imprenditoriali o professionali): infatti la prima mette fuori gioco la seconda, e non viceversa [(37)].

## Dal diritto "comunitario" al diritto "comune" europeo

Abbiamo considerato fin qui direttive e regolamenti. Ma il diritto europeo dei contratti può concepirsi anche in un orizzonte più vasto, che non si limita a fonti del diritto di tipo formale, bensì comprende anche componenti che non hanno formalmente il rango di fonti del diritto.
Può essere utile introdurre qui una distinzione fondamentale. Abbiamo da un lato un diritto europeo "comunitario" (*European Community Law*), che trova le sue fonti in direttive e regolamenti e dunque nasce per così dire "dall'alto", nelle sedi istituzionali dell'Unione, attraverso il lavoro delle burocrazie di Bruxelles e le mediazioni politiche che lo accompagnano. Ma c'è, dall'altro lato, un diritto "comune" europeo (*European Common Law*): un corpo di regole, principi, categorie che non si genera per via di autorità e di burocrazia, bensì nasce "dal basso" per via di elaborazioni intellettuali, di mediazioni culturali, di circolazione e progressiva condivisione di modelli, entro un processo non istituzionalizzato in cui si integrano e interagiscono gli apporti delle diverse "comunità giuridiche" nazionali [(38)].
Penso che rientrino perfettamente in questa nozione di diritto "comune" europeo prodotti come i *Principles of European Contract Law* (PECL) della Commissione Lando [(39)], e il più recente *Draft Common Frame of Reference* [(40)]. Vorrei adesso considerare questi due testi, per vedere quali indicazioni essi offrono circa la linea di sviluppo su cui stiamo qui ragionando.

## I Principles of European Contract Law (PECL)

Cominciando con i PECL, trovo molto significativo che essi ignorino totalmente la figura del consumatore, e la categoria dei contratti del consumatore: sul piano nominale, non usano mai il termine "consumatore"; sul piano della sostanza normativa, non contengano nessuna disciplina specifica per i rapporti contrattuali B2C. È vero che leggendo alcuni dei *Principles*, è impossibile non pensare a una tale disciplina: perché vi ritroviamo regole chiaramente ricavate dalla direttiva 93/13 sulle clausole abusive nei contratti del consumatore [(41)]. Ma il punto è che nei *Principles* - a differenza di quanto prevede la direttiva - la condizione di applicabilità di quelle regole non è che siano in gioco rapporti fra consumatori e professionisti; bensì solo che siano in gioco rapporti non individualmente negoziati (e per questo caratterizzati da asimmetria di potere contrattuale fra parte predisponente e parte aderente).

In breve. I PECL non si occupano di contratti del consumatore; ma più in generale di contratti asimmetrici, che possono essere B2C ma anche B2B. Essi riconoscono che l'esigenza di protezione individuata per i primi può essere presente anche nei secondi, quando risultino caratterizzati da asimmetria fra le imprese contraenti. E su questa base estendono alla generalità dei contratti asimmetrici le regole del diritto europeo costruite in origine per i soli contratti dei consumatori.

## Il Draft Common Frame of Reference (DCFR)

A differenza dei PECL, il DCFR considera in modo specifico e differenziato i contratti B2C, ai quali dedica regole speciali ispirate ovviamente alla protezione della parte consumatore [(42)]. Fra queste, inoltre, alcune presuppongono che il *business* entri in rapporto con una figura di *consumer* ulteriormente qualificata da una posizione di "particolare svantaggio" [(43)]. E tuttavia, a mio giudizio il DCFR esprime un modello molto diverso dal modello che all'inizio di questa relazione abbiamo definito "tradizionale": il modello in cui alla disciplina contrattuale di "diritto comune", applicabile a prescindere dagli status socio-economici delle parti, si affianca una corposa disciplina di "diritto speciale" identificata in modo esclusivo con le regole sui contratti fra professionisti e consumatori.

Osservo in primo luogo che la nozione di "consumatore" nel *Draft* è alquanto diversa - meno restrittiva - della nozione accolta nelle direttive e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. La definizione [(44)] parla di "*any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession*": dove importante è l'avverbio "*primarily*", che sembra una replica diretta alla decisione della Corte nel caso Gruber [(45)].

Ma soprattutto osservo che nel DCFR la categoria del contratto del consumatore non ha un'evidenza e una posizione sistematica particolarmente forti; al contrario, si presenta come un elemento piuttosto debole e marginale nella complessiva architettura del testo. Solo riguardo a un particolare tipo contrattuale - la vendita - la figura del contratto B2C viene ritenuto degna di comparire nel titolo di un capitolo [(46)]. Questo privilegio sistematico non le è riconosciuto in relazione ad altri tipi contrattuali [(47)]. E soprattutto - cosa ancora più rilevante - non le è riconosciuto nel quadro della disciplina del contratto in generale, che il DCFR dispone nei Libri II e III: dove al contratto del consumatore non si intitola nessuna articolazione significativa del testo - nessun capitolo, e anche nessuna sezione.

Per contro, il DCFR attribuisce una certa evidenza sistematica alla categoria dei contratti caratterizzati dal fatto che una parte ha qualità e ruolo di "professionista" (*business*), ma che non sono contratti B2C perché l'altra parte non è (o potrebbe non essere) un consumatore. In questo quadro, un primo gruppo di norme è dedicato ai rapporti contrattuali in cui la controparte del *business* è indicata genericamente come "*another person*" o "*another party*" non meglio qualificata (sicché potrà essere, indifferentemente, un *business* a sua volta, oppure un consumatore, oppure un soggetto terzo) [(48)]. Un altro gruppo comprende norme che presuppongono invece una precisa qualificazione della controparte, identificata anch'essa in un *business*: sono quindi norme espressamente dedicate a contratti B2B [(49)].

Uno fra essi - l'Art. II.-9:406 - definisce il concetto di "*unfair term*" nei contratti "*between businesses*". Lo segnalo, perché ad esso corrisponde un altro articolo che si occupa invece degli *unfair terms* nei contratti "*between a business and a consumer*" (Art. II.-9:404), e questa corrispondenza mi pare significativa sul piano sistematico. Il DCFR ha scelto di non dedicare una sezione ai contratti del consumatore, nel cui ambito regolare gli *unfair terms*. Ha preferito dedicare una sezione agli *unfair terms* (la sezione 4 del capitolo 9 del Libro II), e nel quadro di questa introdurre una norma sugli *unfair terms* nei contratti B2C, affiancata però da un'altra norma che regola lo stesso oggetto nei contratti B2B.

Dal punto di vista contenutistico, la disciplina degli uni è certamente diversa da quella degli altri [(50)]. Ma dal punto di vista sistematico, gli uni e gli altri sono collocati sul medesimo piano: la categoria del contratto del consumatore tende così a perdere quella posizione di centralità e privilegio che il diritto contrattuale europeo sembrava riservarle fino agli inizi degli anni 2000; altre categorie contrattuali con diversa connotazione soggettiva - e in particolare la categoria dei contratti B2B - reclamano e in qualche misura ottengono pari dignità sistematica.

Questa opzione sistematica del DCFR ha naturalmente una base politica, che si collega con la definizione degli interessi socialmente rilevanti e meritevoli di protezione giuridica. La troviamo enunciata in alcuni passi dell'Introduzione al DCFR, dove si esprime con grande chiarezza l'idea che i consumatori non hanno il monopolio esclusivo del bisogno di tutela nelle relazioni con le controparti professionali, perché questo bisogno riguarda anche altri soggetti di mercato (in particolare le piccole imprese), caratterizzati anch'essi da asimmetria di potere contrattuale rispetto a controparti più forti [(51)].

Proviamo a tradurre questa linea di tendenza in una formula. Potrebbe essere: "dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico".

## Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico

Proviamo adesso a ricavare, dai dati che si sono esposti nelle pagine precedenti, qualche considerazione conclusiva capace di offrire elementi di risposta alle due domande formulate in apertura di questo scritto. Con una avvertenza: non presenterò qui tesi compiute e definite, che richiederebbero un lavoro di analisi e ricostruzione molto più ampio e profondo di quello che fin qui ho potuto svolgere; mi limiterò a suggerire ipotesi da coltivare con un impegno di riflessione e indagine ulteriore. In altre parole: non offrirò i risultati di una ricerca, che ancora non è svolta con l'ampiezza e il rigore necessari; più semplicemente, indicherò le possibili linee di una ricerca che attende di essere più compiutamente sviluppata.
Con riferimento alla prima domanda, formulo queste ipotesi di lavoro.
La posizione della categoria dei contratti del consumatore sembra perdere, almeno in parte, quella posizione centrale e dominante che tradizionalmente aveva nel sistema del diritto contrattuale europeo.
Infatti, sempre più spesso i *rulemakers* europei tendono a regolare le relazioni contrattuali che intercorrono fra soggetti del mercato, a prescindere dalla circostanza che si tratti di relazioni specificamente B2C. In alcuni casi, la regolazione riguarda contratti B2B. In altri casi riguarda la generalità dei rapporti che determinati operatori stringono con le loro controparti, senza nessuna distinzione basata sullo *status* di tali controparti (che possono essere, indifferentemente, consumatori o professionisti o soggetti non qualificabili né consumatori né professionisti).
Nella prima serie di casi, la regolazione assume che nel rapporto regolato vi siano un'impresa "forte" e un'impresa che per varie ragioni si presenta come più "debole", e merita perciò di essere protetta (perché è un'impresa piccola o media, o una micro-impresa; o perché è in posizione di dipendenza economica dalla controparte; o perché il rapporto la espone a un rischio finanziario nei confronti della controparte; etc.). La crescente sensibilità europea verso questo tipo di regolazione può esprimersi con la formula: dalla protezione del consumatore nei contratti B2C alla protezione dell'impresa debole nei contratti B2B squilibrati.
Nella seconda serie di casi, la regolazione riguarda per lo più rapporti tra il fornitore e il destinatario di un bene o di un servizio che costituisce la prestazione contrattuale caratteristica; e assume che il destinatario della prestazione sia in posizione di debolezza contrattuale proprio perché si presenta come *outsider* rispetto alla prestazione stessa, che rientra nella sfera di dominio e controllo tecnico-economico del fornitore. La formula capace di esprimere questa linea di azione regolatrice può essere: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente [(52)].
In tutti i casi considerati, la *policy* della regolazione è, in generale, la protezione della parte più debole all'interno di rapporti che si presentano come "asimmetrici" perché le parti si trovano in posizioni di mercato differenti, che - per qualcuna delle ragioni considerate sopra - attribuiscono all'una e all'altra differenti gradi di forza contrattuale. La formula generale che potrebbe esprimere questo fenomeno è: dalla regolazione dei contratti del consumatore alla regolazione dei contratti asimmetrici.

## Per una migliore definizione del contratto asimmetrico: contratto fra soggetti di mercato; contratto caratterizzato da asimmetrie socialmente fisiologiche e non patologiche

La categoria dei contratti asimmetrici comprende in sé la categoria dei contratti del consumatore (che ne sono una componente molto importante), ma è più ampia e generale di questa, perché non si limita ai rapporti B2C. Tuttavia, è opportuno delimitarne i confini.
La categoria si riferisce, prima di tutto, a contratti che intercorrono fra soggetti di mercati, e servono a rivestire giuridicamente operazioni di mercato: ciò è coerente, fra l'altro, con il fatto che la regolazione europea su cui basiamo queste considerazioni è tipicamente, *market regulation*. Il presupposto, dunque, è che almeno una delle parti sia un operatore professionale del mercato. Dalla categoria vanno perciò esclusi i contratti in cui nessuna delle parti sia un operatore professionale del mercato.
In secondo luogo, l'asimmetria che divide le parti ed esige la protezione dell'una verso l'altra è un'asimmetria che si presenta come socialmente "fisiologica", e non "patologica". Ciò significa che essa deriva dalle obiettive situazioni del mercato, e più precisamente da qualcuna delle ordinarie *market failures* che appartengono appunto alla "fisiologia" e non alla "patologia" del mercato: perché la concorrenza perfetta esiste solo nella teoria, mentre nella realtà la concorrenza è sempre imperfetta, sicché il mercato è sempre - e dunque fisiologicamente - esposto a fallimenti che richiedono misure di regolazione.
Alla categoria qui considerata restano perciò estranee le asimmetrie di potere contrattuale che sono invece socialmente "patologiche", perché non dipendono dall'oggettivo funzionamento del mercato, bensì derivano da fattori anomali e devianti rispetto alla normale dinamica delle relazioni sociali, e incidono in modi individualizzati e non standardizzati nella sfera del contraente che li subisce: a questi fenomeni il diritto dei contratti reagisce con rimedi diversi da quelli che si applicano ai contratti caratterizzati da fisiologiche asimmetrie di mercato. Penso in particolare ai vizi della volontà (errore, dolo, violenza); o a casi di *laesio enormis* nei contratti conclusi in condizioni anomale (stato di pericolo o di bisogno). La debolezza contrattuale della parte in errore, ingannata, minacciata, pressata da condizioni di pericolo o di bisogno dipende

da fattori individuali e socialmente "patologici"; la debolezza contrattuale dell'agente di fronte al principale, del *franchisee* di fronte al *franchisor*, del creditore commerciale di fronte al debitore, del cliente di fronte al fornitore, etc., dipendono invece da fattori di mercato, socialmente "fisiologici".

### La tendenza al superamento del contratto del consumatore: valutazione dal punto di vista politico

Se la prima domanda implicava giudizi di fatto (circa l'esistenza di un certo processo di sviluppo del diritto contrattuale europeo), la seconda implica prevalentemente giudizi di valore: ammesso che quel processo sia effettivamente in atto, le sue conseguenze devono ritenersi desiderabili e meritevoli di approvazione dal punto di vista tecnico e dal punto di vista politico? Anche su questi temi, non esporrò tesi compiute e definitive; formulerò ipotesi provvisorie da sottoporre a un più approfondito vaglio critico, o proporrò semplici spunti bisognosi di più adeguata elaborazione.
Da un punto di vista di *policy*, l'allargamento della regolazione protettiva dall'area dei soli rapporti contrattuali B2C a un'area più vasta di relazioni di mercato asimmetriche (che includono anche rapporti B2B, e rapporti fra professionisti e soggetti diversi dai consumatori) mi sembra un obiettivo condivisibile. Esso realizza in modo più completo quella strategia di intervento contro le *market failures*, di cui le politiche di protezione dei consumatori sono un aspetto importante, ma non esclusivo. Proteggere anche imprese deboli o altri soggetti diversi dai consumatori, nelle loro relazioni contrattuali con imprese più forti (e per questo esposte alla tentazione di comportamenti opportunistici), può introdurre nel mercato apprezzabili elementi di giustizia (o almeno *fairness*), razionalità, efficienza.

### Segue: valutazione dal punto di vista tecnico (unità vs. frammentazione del sistema del diritto contrattuale)

La tendenza che stiamo considerando può essere guardata con simpatia, anche collocandosi nella prospettiva di un giudizio tecnico. La dimensione tecnica del discorso implica qui, essenzialmente, una questione di "sistematica normativa": riguarda il modo in cui prospetta la struttura o architettura generale del sistema di diritto dei contratti.
Da questo punto di vista, si deve riconoscere che l'ingresso prepotente e l'insediamento ingombrante del contratto del consumatore nel sistema contemporaneo del diritto contrattuale ha determinato conseguenze notevoli: molte decisamente positive; alcune, forse, discutibili. Fra le conseguenze discutibili, penso che si possano indicare quelle di tipo sistematico. Il prezzo che il sistema del diritto dei contratti paga alla categoria del contratto del consumatore è una marcata frammentazione del sistema stesso. Tradizionalmente il sistema dei contratti era costruito secondo un'articolazione binaria: una parte "generale", dedicata al contratto come tale, non qualificato in termini di tipo; e una parte "speciale", dedicata a singoli tipi contrattuali. Il contratto del consumatore rompe questa struttura, perché non è né parte "generale" né parte "speciale". È un terzo elemento che penetra sia nell'una sia nell'altra, spezzandole e creando al loro interno una separata nicchia normativa: ad esempio, la disciplina particolare delle clausole vessatorie all'interno della parte generale; la disciplina particolare delle garanzie di conformità all'interno della disciplina speciale del tipo vendita.
Questa trasformazione strutturale del diritto dei contratti può suscitare qualche preoccupazione: non per cieca fedeltà a un vecchio ordine sistematico; non per timore di perdere l'eleganza dogmatica della tradizione; non per nostalgia verso l'unità del soggetto del diritto, conquistata dalla Pandettistica in parallelo con l'elaborazione della categoria del negozio giuridico e adesso minacciata dalla frammentazione del soggetto secondo le diverse qualificazioni socio-economiche ("consumatore", "professionista"). No, non è questo ciò che preoccupa. Preoccupa il rischio che questo processo di rottura dell'unità, indotto dalla categoria del contratto del consumatore, non si limiti a rendere il sistema del diritto dei contratti (come è giusto) uno strumento articolato e flessibile quanto occorre per offrire le opportune risposte a esigenze sociali differenziate; bensì si estenda e si accentui al punto tale da deformare il diritto contrattuale in un coacervo normativo troppo frammentato e incoerente per funzionare come efficace macchina di regolazione e governo dei rapporti sociali.
La consapevolezza di questo rischio sembra affiorare nello stesso pensiero della Commissione Europea: che sempre più spesso riconosce nella disciplina di protezione dei consumatori il difetto di un'eccessiva frammentazione, e afferma l'esigenza di superarla [(53)].
È un obiettivo che merita di essere condiviso. E il processo di sviluppo del diritto europeo descritto sopra - che rimette in discussione la posizione del contratto del consumatore come corpo separato all'interno della categoria e della disciplina generale del contratto - va precisamente in questa direzione: perché può essere funzionale al recupero di un superiore livello di unitarietà di quella categoria, di quella disciplina.

### Potenzialità di recupero dell'unità del sistema, e rischi di nuove frammentazioni: contratto asimmetrico o "terzo contratto"?

Ho detto "può" essere: e sottolineo che si tratta solo di una potenzialità, la cui attuazione non è affatto scontata. Esiste anche il rischio che quella linea di sviluppo non porti a ridurre la frammentazione del sistema, ma al contrario la estenda e la aggravi. Tutto dipende dal modo in cui il processo di ridimensionamento del contratto del consumatore si svilupperà, e dai risultati a cui approderà. Al riguardo, possono immaginarsi due diversi scenari dell'evoluzione normativa.
Il primo scenario immagina un'evoluzione normativa segnata dal moltiplicarsi di discipline dedicate specificamente ai contratti B2B fra imprese con differente forza di mercato. Se questa sarà la tendenza prevalente, temo che ne deriveranno risultati contrari all'auspicato recupero di unitarietà del sistema. Accanto alla categoria e alla disciplina generale del

contratto, avremo infatti non più soltanto una categoria e una disciplina speciale - il contratto B2C -, ma due categorie e discipline speciali, distinte dal contratto in genere, e distinte fra loro: il contratto B2C e il contratto B2B. Il sistema del diritto contrattuale non recupererebbe unitarietà, ma al contrario soffrirebbe un aggravamento della propria frammentazione.
Riduzione della frammentazione e recupero di unitarietà del sistema possono invece attendersi, se l'evoluzione in atto procederà secondo uno scenario differente: e cioè se prevarrà una produzione normativa non dedicata in modo settoriale ai contratti B2B fra imprese con differente forza di mercato, ma più in generale a tutti i contratti fra soggetti di mercato più forti e soggetti di mercato più deboli (siano questi consumatori, oppure professionisti, oppure soggetti terzi).
Nell'ambiente giuridico italiano si sta sviluppando, da due o tre anni, un dibattito scientifico che riguarda precisamente l'alternativa fra questi due scenari. Le parole d'ordine che riassumono le posizioni in campo sono: "terzo contratto" e "contratto asimmetrico".
Chi parla di "terzo contratto" si riferisce a una figura e disciplina contrattuale che si distingue sia dal contratto in genere, sia dal contratto del consumatore: e coincide sostanzialmente con l'area dei rapporti contrattuali B2B fra imprese con differente grado di forza di mercato. Punto centrale di questa posizione è l'idea che la protezione della parte debole nei rapporti B2B implichi presupposti, obiettivi e tecniche di regolazione non assimilabili a quelli che valgono per la protezione dei consumatori verso i professionisti [(54)].
Invece, chi prospetta la più generale categoria del "contratto asimmetrico" riconosce un'ampia convergenza (di presupposti, obiettivi e tecniche di tutela della parte debole) fra contratti del consumatore e contratti asimmetrici B2B; e quindi ammette la possibilità di costruire un paradigma contrattuale tendenzialmente unitario, capace di coprire in modo omogeneo l'intero universo dei rapporti fra soggetti di mercato divisi da asimmetrie informative o da altri fattori che generano *inequality of bargaining power* [(55)].
È un dibattito che mi sembra interessante; ma per procedere e raggiungere risultati più maturi, ha ancora bisogno di molto lavoro e molti contributi. Per questo mi auguro che possa uscire dai confini della penisola meridionale, per entrare in un più vasto orizzonte continentale; che cessi di essere un dibattito italiano, e diventi un dibattito europeo.

---

[(1)] *Communication - A More Coherent European Contract Law - An Action Plan,* COM (2003) 68 final.
[(2)] K. Riesenhuber, *System and Principles of EC Contract Law, in European Review of Contract Law*, 2005, 301-302. Tre delle direttive citate riguardano la stessa materia: prima (1973), seconda (88) e terza (1992) direttiva sull'assicurazione non-vita.
[(3)] K. Riesenhuber, *System und Prinzipien des Europaeischen Vertragsrechts,* Berlin, de Gruyter, 2003.
[(4)] V. ad esempio S. Grundmann, *European Contract Law(s) of What Colour,* in *European Review of Contract Law*, 2005, 184, specialmente 204 ss..; S. Grundmann, *Il codice europeo opzionale - Fondamenti di una codificazione progressiva sulla base dell'acquis communautaire,* in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca,* I, Milano, 2006, 201 ss.
[(5)] Cfr. P. Roth, *Transposing "Pointillist" EC Guidelines into Systematic National Codes - Problems and Consequences*, in *European Review of Private Law*, 2002, 761 ss..; e già H. Koetz, *Rechtsvereinheitlichung - Nutze, Koste, Methoden, Ziele,* in *Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches und Internationales Privatrecht*, 1986, 1 ss.
[(6)] C. U. Schmid, *The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire* in *Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code*, in *European Review of Contract Law,* 2005, 211 ss.
[(7)] G. Howells, *The Scope of European Consumer Law*, in *European Review of Contract Law,* 2005, 360 ss.
[(8)] *Gruber* v. *BayWA AG* (2005): 464/01
[(9)] In questa prospettive si segnalano ad esempio: per l'Italia, la *legge n. 192/1998* sulla subfornitura, e la *legge n. 129/2004*; per la Francia, la legge n. 96-588 sulla lealtà e l'equilibrio delle relazioni commerciali.
[(10)] Che *l'acquis communautaire* in materia contrattuale comprenda anche la regolazione di contratti B2B, è segnalato con chiarezza da K. Riesenhuber, *System and Principles of EC Contract Law*, cit., 305-306.
[(11)] Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 25 giugno 2008: COM(2008) 394 final.
[(12)] Principio VII dello *Small Business Act*.
[(13)] "Hierarchical contractual networks exist when one party has significant market and contractual power, and there can be cases where this party may abuse that power... Control of power and unfairness should enable the striking out of clauses in linked contracts when they express an abuse of contracting power ": F. Cafaggi, *Contractual Networks and the Small Business Act: Towards European Principles?*, in *EUI Working Papers*, Law 2008/15, 27.
[(14)] Ne parleremo fra poco, con riferimento alla direttiva 2000/35: par. 6.
[(15)] Comunicazione della Commissione, cit., in chiusura del paragrafo 3.
[(16)] Diversa la logica della direttiva 2002/92 sulla intermediazione assicurativa, che pure riguarda una categoria professionale - quella degli agenti di assicurazione - per molti aspetti analoga a quella degli agenti di commercio. Infatti tale direttiva regola esclusivamente le interazioni fra intermediari (agenti) assicurativi e consumatori, in una prospettiva esclusivamente B2C; le è del tutto estranea qualsiasi prospettiva B2B, in quanto non si occupa in alcun modo del rapporto contrattuale fra gli intermediari (agenti) assicurativi e le imprese di assicurazione per conto delle quali essi operano.
[(17)] Commissione delle Comunità Europee, Libro verde sulla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori, 8 febbraio 2007: COM(2006) 744 final.
[(18)] Punto 4.1 del questionario per la consultazione.
[(19)] M. Schauer, *Contract Law of the Services Directive*, in *European Review of Contract Law,* 2008, 1 ss.

[20] Recital 90: "Le relazioni contrattuali tra il prestatore e il cliente... non sono soggette alla presente direttiva".
[21] Essenzialmente, in materia di obblighi di informazione precontrattuale e divieti di discriminazione.
[22] M. Schauer, *Contract Law of the Services Directive*, cit., 5.
[23] Recital 18 della terza direttiva (92/49) sull'assicurazione non vita: ma il rilievo vale anche per l'assicurazione vita.
[24] Artt. 35 e 36 della direttiva 2002/83 sull'assicurazione vita.
[25] Art. 20 della seconda direttiva (88/357) sull'assicurazione non vita.
[26] Art. 21 della seconda direttiva (88/357), relativo ai soli contratti stipulati in regime di prestazione di servizi; art. 31 della terza direttiva (92/49).
[27] In realtà, questa distinzione ha senso per i contratti di assicurazione non vita. Ha meno senso, o forse nessun senso, per i contratti di assicurazione vita.
[28] Art. 7.1, lettera *b*).
[29] E infatti, nel linguaggio delle direttive, la controparte dell'impresa di assicurazioni viene designata con formule neutre da punto di vista socio-economico: "contraente", o "assicurato", o "contraente assicurato". L'uso del termine "consumatore" nel recital 52 della direttiva 2002/83 sull'assicurazione vita non non sembra avere un preciso e rilevante significato tecnico.
[30] E cfr. il recital 20 della direttiva.
[31] G. Ferrarini*, Contract Standards and the Market in Financial Instruments Directive (MiFID). An Assessment of the Lamfalussy Regulatory Architecture,* in *European Review of Contract Law,* 2005, 19 ss.; S. Grundmann e J. Hollering, *EC Financial Services and Contract Law - Developments 2005-2007*, in *European Review of Contract Law,* 2008, 45 ss.; V. Roppo, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Rivista di diritto privato*, 2008, 487 ss; L. Gandolfi, *La disciplina comunitaria: la MIFID e le relative misure di esecuzione. Le fonti comunitarie e i limiti al* gold plating, in questa *Rivista*, 2008, 4,570.
[32] Esiste tuttavia un particolare settore delle contrattazioni del mercato finanziario, regolato da norme che si applicano esclusivamente ai rapporti B2C: la "commercializzazione a distanza di servizi finanziari", che la direttiva 2002/65 disciplina sul presupposto che le offerte "a distanza" del fornitore di servizi finanziari siano rivolte non a qualunque cliente, ma a clienti con lo speciale status di consumatori.
[33] Essa assorbe e cancella, a partire dal 1 ° novembre 2009, la direttiva 97/5 sui bonifici transfrontalieri (art. 93).
[34] C(2003) 1422.
L'art. 2.3 dell'allegato definisce microimpresa "un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro". Le piccole imprese sono quelle in cui il numero dei dipendenti è compreso fra 10 e 19, e il fatturato o totale annuo di bilancio è compreso fra 2 e 10 milioni di euro (art. 2.2). Si definiscono medie imprese quelle in cui i corrispondenti valori stanno nel *range* fra 20 e 250 dipendenti, e fra 10 e 50 milioni di euro di fatturato annuo o fra 10 e 43 milioni di bilancio annuo (art. 2.1).

[35] In un rapporto con le caratteristiche del *franchising*, tuttavia, non è facile dire se la prestazione caratteristica sia quella del *franchisor* o quella del *franchisee*.
[36] Subordinato, peraltro, alla condizione che il professionista svolga o diriga le sue attività commerciali o professionali nel paese in cui il consumatore ha la residenza abituale, e che il contratto rientri nell'ambito di tale attività.
[37] Altra questione (interessante, ma qui non sviluppata) è se questa soluzione penalizzi o invece favorisca il consumatore rispetto alla soluzione alternativa: per rispondere, occorrerebbe mettere a confronto le due discipline - quella specifica per il consumatore (art. 6), e quella per il cliente in generale (artt. 5 e 7), per valutare quale fra esse realizzi il più alto livello di protezione.
[38] V. Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Europa e diritto privato*, 2004, 441-444.
[39] O. Lando - H. Beale (Ed.), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague-London. -Boston, 2002.
[40] C. von Bar, E. Clive e H. Schulte-Noelke (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition,* Berlin, Sellier, 2008.
È vero che il testo è un risultato del processo messo in moto da un'iniziativa "ufficiale" come l'*Action Plan* della Commissione Europea (2003): sopra, nota 1. E tuttavia i modi della sua produzione ne fanno un prodotto essenzialmente "culturale", e dunque un prodotto di diritto europeo "comune" molto più che "comunitario": lo dimostra anche il fatto che i suoi autori insistono a definirlo come un semplice "*academic*" CFR, precisando che la sua trasformazione in "*political*" CFR richiederà le decisioni e gli atti formali delle istituzioni dell'Unione (Introduzione, n. 4).

[41] In particolare, gli Artt. 2:104 e 4:110.
[42] Segnalo gli Artt.: II.-1:106/7; II.-3:102; II.-3:103; II.-3:104; II-3:106/3; II.-3:107/1; II.-3:107/5; II.-3:401; II.-5:106; II.-5:201; II.-5:202; II.-9:102/4-5; II.-9:402/2; II.-9:403/4-5; II.-9: 404; II.-9:408/2; II.-9:410; II.-9: 411; IV.A.-1:204; IV.B.-1:102.
[43] Artt. II.-3:103; II.-3:107/1.
[44] Annex 1, lemma "Consumer".
[45] Che in base alla definizione del DCFR sarebbe stato deciso in modo diverso da come è stato deciso: sopra, par. 2, nota 8.
[46] IV.A. Capitolo 6
[47] Nel campo dei contratti di *lease of goods*, la categoria del contratto del consumatore è evocata solo nel titolo di un articolo: Art. IV.B.-1:102.
[48] Artt. II.-3:101/1; II.-3:105; II.-3:106/1; II.-3:107/2-3; II.-9:102/2-3.
[49] Artt. II.-3:101/2; II.-4:210; II.-9:406; IV.A.-4:302; IV.-C.-4:108.
[50] Nei contratti B2C il criterio dell'*unfairness* è il significativo svantaggio per il consumatore; nei contratti B2B è la notevole deviazione dalla *good commercial practice.* Per entrambi, tuttavia si indica un medesimo criterio ulteriore: il contrasto con i principi di buona fede e *fair dealing*.

(51) In relazione al "Model of society and economic system", l'Introduzione (n. 20) parla di "spectrum between free market and fair competition theories and more invasive approaches in favor of consumers, victims of discrimination, small and medium sized enterprises and the many other possibly weaker parties to contracts ".
E ragionando di "Restrictions on freedom to determine contents of contract" (n. 27), osserva: "Grounds on which restrictions might be justified include inequality of information. ..; and lack of bargaining power. Such problems are most common when a consumer is dealing with a business, but can also occur in contracts between businesses, particularly when one party is a small business that lacks expertise ".

(52) Deve riconoscersi, tuttavia, che il quadro della regolazione si presenta in termini più complessi di quelli appena schematizzati nel testo: ai quali pertanto deve attribuirsi valore tendenziale, e non assoluto. In particolare, non ha valore assoluto l'idea che la parte "debole", per questa protetta dalla legge, sia il cliente, destinatario della prestazione caratteristica. Questo è vero in moltissimi casi, ma non in tutti. Non è vero, come si è visto, nei casi dell'agente di commercio e del fornitore che a fronte della fornitura vanti crediti commerciali; non è vero nel caso del subfornitore considerato dalla legge italiana n. 192/1998. Qui la parte debole, beneficiaria della protezione legislativa, non è il cliente bensì il fornitore. La ragione è che - in queste particolari situazioni - la posizione del fornitore presenta specifici elementi di debolezza che prevalgono sul generico elemento di forza consistente nell'essere *insider* della prestazione contrattuale caratteristica.
(53) Nell'ambito del Principio VII dello *Small Business Act* si legge: "La Commissione... si adoprerà per eliminare la frammentazione delle norme a tutela dei consumatori".
(54) Questa posizione si riflette in molti dei contributi raccolti in G. Gitti e G. Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, Il Mulino, 2008.
(55) V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in V. Roppo, *Il contratto del duemila,* II ed., Torino, 2005, 23 ss., specie 51 ss.; V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto"),* in *Riv. dir.priv.,* 2007, 669 ss., specie 682 ss.

**ANCORA SU BUONA FEDE E ABUSO DEL DIRITTO. UNA REPLICA A GALGANO**
D'Amico Giovanni

c.c. art. 1337
c.c. art. 1372
c.c. art. 1375
**FONTE** Contratti, 2011, 7, 653 *Abuso del diritto*

Sommario: Abuso del diritto e buona fede: un "doppione concettuale"? - Abuso del diritto a pacta sunt servanda - Abuso del diritto e controllo "causale" - Epilogo

## Abuso del diritto e buona fede: un "doppione concettuale"?

Osservava anni fa Rodolfo Sacco - tornando ancora una volta sul tormentato concetto di "abuso del diritto" che "....La dottrina dell'abuso non contiene contraddizioni, né errori ... Ma la dottrina dell'abuso è superflua... Essa è in qualche caso un medio logico inutile; negli altri casi un inutile doppione. L'inclusione di una categoria parassita non vale ad arricchire il sistema del giurista; lo rende più confuso" (1).

L'idea del "doppione concettuale" chiamava in causa (nel saggio citato) il concetto di buona fede. Pochi anni prima, del resto, l'illustre Maestro aveva concluso un altro brillante saggio su "*L'abuso della libertà contrattuale"* (2) scrivendo che "Regola di buona fede e divieto di abusare della libertà non sono entità né diverse, né lontane, né incomparabili. Ma la buona fede dell'art. 1337 è entrata nel discorso legale per prima, non ha meritato critiche, non ha scatenato suggerimenti di sostituirla con altre formule equivalenti o, in ipotesi, migliori. *Si vorrà evitare, allora, di imporle la compagnia di un doppione inutile"*.

Anche Galgano (3) crede nella "buona fede", e anche lui ritiene (come Sacco) che "abuso del diritto" sia tutt'altro che un "non senso logico", o comunque un problema che possa risolversi esclusivamente nella "questione di congruenza logica di un concetto"), ma - *a differenza di Sacco* - non si pone il problema della duplicazione concettuale. L'autore, anzi, scrive espressamente che "Il canone della buona fede è costantemente posto dalla giurisprudenza a fondamento della repressione dell'abuso del diritto, e tanto nella materia contrattuale, per la quale è legislativamente formulato, quanto fuori di questa ...".

Da quest'ultima affermazione sembrerebbe ricavarsi che per Galgano "buona fede" e "abuso del diritto" siano concetti interfungibili (quando applicati all'esercizio dei diritti); comunque che non è necessario differenziarli (l'A., anzi, critica espressamente qualsiasi tentativo in tal senso).

Non c'è, ovviamente, nessuna ragione per non accettare l'idea che - nel contesto di un discorso scientifico - possa concepirsi l'utilizzazione di concetti *equivalenti* (o - se si vuole - l'utilizzazione di nomi diversi per indicare la medesima sostanza concettuale).

A chi scrive, tuttavia, era parso (e continua a sembrare) che - volendo mantenere nello strumentario del giurista entrambi i concetti (intesi come allusivi ad altrettante "tecniche di controllo" degli atti di autonomia privata) - occorresse (occorra), prendendo sul serio l'obiezione di Sacco sopra riportata, fare lo sforzo di *differenziare* le due nozioni; non per annullare l'una o l'altra di esse, ma semmai per individuarne un distinto modo di operare (4).

Può, ovviamente, non condividersi tale tentativo (o avanzare - in sostituzione di quello proposto - un diverso criterio di distinzione tra i due concetti e le due "tecniche di controllo dell'autonomia privata" in questione), ma appare arduo limitarsi ad affermare apoditticamente la *coesistenza dei due concetti*. La vecchia formula del frate francescano Guglielmo di Occam *"entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem"* - ispiratrice palese dell'obiezione di Sacco, ricordata all'inizio - dovrebbe suggerire, altrimenti, di eliminare (almeno) uno dei due concetti.

A meno di non concepire lo "statuto teorico" di uno essi (ma, ipotizzatane l'identità, - a ben vedere - anche dell'altro) in maniera così generica e indeterminata, da farlo assomigliare *all'Assoluto* di Schelling, di cui Hegel - nel famoso brano della Prefazione alla *Fenomenologia dello Spirito* - ebbe ad osservare che era paragobaile alla "notte nella quale, come si suol dire, tutte le vacche sono nere" (5).

Rifiutare tale indeterminatezza, non significa allora, compiere un vuoto esercizio di "virtuosismo concettuale"; significa invece rispondere alla necessità di disporre di concetti sufficientemente individuati e "precisati" nel loro contenuto, di modo da poter costituire anche degli strumenti concretamente utilizzabili; e utilizzabili (va aggiunto) attraverso procedimenti che siano a loro volta razionalmente controllabili (e che evitino il rischio del puro "decisionismo" giudiziale).

## Abuso del diritto a pacta sunt servanda

La dottrina da ultimo richiamata suscita perplessità anche sotto profili più specifici, ma non meno rilevanti.

All'obiezione (6) secondo la quale - arrivando "a privare di effetti un'inequivoca pattuizione o quanto meno a depotenziarla in maniera significativa" - l'utilizzo della teorica dell'abuso del diritto (o per lo meno il suo "cattivo uso", quale gli autori citati imputano a Cass. n. 20106 del 2009) finirebbe per dare un colpo mortale a "quel che resta del vincolo contrattuale", si

replica che "questo vincolo sta, a ben guardare, nel *pacta sunt servanda*, non nella facoltà di sciogliersi dal contratto, che per *l'art. 1372 c.c.* è l'accezione alla regola" [(7)].
La replica è poco persuasiva: è appena il caso di osservare che il *pacta sunt servanda* riguarda *tutte le pattuzioni contrattuali,* comprese quelle mediante le quali le parti regolano (eventualmente) le modalità di scioglimento unilaterale dal rapporto. Il controllo attraverso la tecnica dell'abuso del diritto non dovrebbe (di per sé) mettere in discussione il contenuto della singola pattuizione (se esso non presenti - per altri versi - profili di illiceità e/o di immeritevolezza), ma semmai sottoporre a sindacato l'esercizio di un *diritto*, che si suppone esistente (ossia validamente sorto) *in base al contratto.*
Tutto ciò finisce per essere ammesso (sebbene contraddicendo la propria precedente affermazione) dalla stessa dottrina in esame, la quale poco più avanti riconduce l'*abuso del diritto* (perpetrato, nel caso di specie, attraverso l'esercizio asseritamente anomalo della facoltà di recesso dal contratto) alla fattispecie generale dell'inadempimento dell'obbligazione di eseguire il contratto secondo buona fede (*art. 1375 c.c.*), con ciò riconoscendo che anche la facoltà *convenzionale* di recesso rientra nell'orbita dei "*pacta*" che "*sunt servanda*".

## Abuso del diritto e controllo "causale"

Un'altra obiezione scarsamente persuasiva - rivolta, in questo caso, all'affermazione secondo la quale l'abuso del diritto costituirebbe una "tecnica" volta a effettuare un controllo (in senso lato) "causale" sull'atto di esercizio del diritto (per verificare se detto esercizio è coerente con lo *scopo* per il quale il diritto è riconosciuto al soggetto) - è quella secondo cui (con riferimento al diritto di recesso) "la causa cui fare riferimento è la causa del contratto dal quale si recede, nella specie la causa della concessione di vendita, non la causa del recesso preso a sé ..." [(8)].
L'osservazione non sembra colpire nel segno: non si capisce - a tacer d'altro - come l'esercizio di un diritto di recesso possa essere valutato in termini di coerenza o incoerenza *con la causa del contratto* (si tratti del contratto di concessione di vendita, come pure di qualsiasi altro contratto). È evidente, invero, che il *recesso* (ossia lo scioglimento unilaterale dal rapporto contrattuale) è di per sé un atto che *contraddice il programma negoziale* (o, comunque, la intenzione di continuarne a perseguire la realizzazione), e con esso la *causa* stessa del contratto. Dopodiché, quel che rimane - appunto - da controllare (non è la coerenza con questa causa - *che, come appena detto, è di per sé esclusa* - ma piuttosto) la sussistenza in concreto delle *ragioni* per le quali il suddetto diritto di recesso è stato (dalla legge direttamente, ovvero - nei limiti consentiti - dalla stessa volontà delle parti) riconosciuto in capo ad uno dei contraenti. Il controllo che (con termine forse inappropriato, perché foriero di qualche equivoco) abbiamo proposto di definire "causale" è, dunque, un controllo che riguarda *proprio e solo (l'esercizio de)l diritto* di cui trattasi, sebbene naturalmente detto esercizio debba essere valutato alla stregua della complessiva relazione negoziale nella quale esso si inserisce.
Ancora. Non convince neanche l'idea che la differenza tra il recesso *ad nutum* e il recesso c.d. "causale" si collochi sul piano processuale, nel senso che "sul recedente per giusta causa incombe l'onere di provare le ragioni di recesso", mentre "quando il recesso è *ad nutum* incombe sull'altro contraente, che impugna l'atto di recesso, l'onere di provare che esso è "arbitrario"..." [(9)].
Ci sembra indubitabile, invece, che la differenza tra le due figure sia prima di tutto ed essenzialmente *sostanziale*, e che il recesso *ad nutum* (come indica il nome stesso) sia un recesso che può essere esercitato senza che il recedente abbia bisogno di addurre a giustificazione di tale esercizio alcuna motivazione (fermo restando, ovviamente, che le modalità di esercizio del recesso non devono essere "scorrette").

## Epilogo

Infine, merita di essere valutata un'ultima osservazione che Galgano muove ai critici della sentenza n. 20106 del 2009, accusati di prodursi in "sterili bizantinismi" (propri di un atteggiamento "provinciale"), e di non essersi accorti di quel che in Europa tutti ormai vedono (a dieci anni dall'entrata in vigore della Carta di Nizza, e dall'introduzione del citato art. 54).
L'osservazione (benché chi scrive non se ne senta toccato, se non altro perché da tempo fautore di un più largo uso della clausola che vieta l'abuso del diritto) merita certamente attenta considerazione, ma non soltanto sotto il profilo evidenziato da Galgano.
Va brevemente ricordato, in proposito, che il legislatore europeo (oltre che aver, di recente, codificato il principio generale del divieto di abuso del diritto) disciplina anche, specificamente, il rapporto di concessione di vendita (*ivi compreso l'aspetto concernente il recesso del concedente*), e lo fa precisamente nell'ambito di regolamenti di esenzione per categoria ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 81 par. 3 Trattato CE [(10)].
Orbene, quel che preme sottolineare è che il diritto di recesso esercitato dalla società concedente nella vicenda che ha dato luogo alla decisione della Corte di Cassazione sopra ricordata, risultava perfettamente conforme alla normativa comunitaria vigente all'epoca dei fatti, in particolare con riferimento al termine di preavviso (che, nel contratto, era previsto in un anno, e che risulta essere stato rispettato). Quanto alla non necessità di una "giustificazione" del recesso, va altresì ricordato che solo con il Regolamento comunitario di esenzione n. 1400/02 del 31 luglio 2002 (*successivo a quello vigente all'epoca dei fatti*) si è stabilito - *innovando rispetto ai regolamenti precedenti* ed esclusivamente *ai fini dell'esenzione* di cui all'art. 81

par. 3 Trattato CE - uno specifico *"onere" di motivazione* a carico del recedente [(11)], onere che dunque in precedenza non poteva dirsi sussistente.
Sarebbe interessante capire quale potrebbe essere la reazione di un'impresa di un altro Paese europeo che si accorga che in Italia non è sufficiente osservare le disposizioni previste dal legislatore europeo (*a tutela - si badi - della concorrenza*!), perché è possibile che l'esercizio di diritti che pur sia avvenuto nel pieno rispetto di queste disposizioni possa essere sindacato come "abusivo".
Non sappiamo se questi imprenditori considereranno l'idea dell'*abuso del diritto* come una *stranezza* (o, magari, un pericoloso "*bizantinismo*") della giurisprudenza (teorica e pratica) del nostro ordinamento (giudizio che certamente sarebbe sicuramente da respingere). È prevedibile però che - *specie di fronte ad utilizzazioni improprie di quel concetto* - essi saranno, questa volta veramente, portati a considerare il nostro paese come *una "provincia"* (anche sul piano giuridico), riottosa al rispetto di regole che tutti gli altri condividono.

---

(1) Sacco, *Il diritto soggettivo*. *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 2001, 373.
(2) Sacco, *L'abuso della libertà contrattuale,* in *Diritto Privato 1997*, III, *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, 217 ss., 234.
(3) Galgano, *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, 311 ss.
(4) Sia consentito, al riguardo - evitando lunghe ripetizioni - rimandare a D'Amico, *Recesso* ad nutum*, buona fede e abuso del diritto*, in questa *Rivista*, 2010, 11.
(5) Hegel, *Fenomenologia dello spirito* (trad. it. di E. Negri), Firenze, 1960, 2ª rist. 1976, 12-13.
(6) Sollevata da Palmieri-Pardolesi, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Foro it.*, 2010, I, 95.
(7) Così Galgano, *op. cit.*, 314.
(8) Così Galgano, *op. cit.,* 316, rivolgendo la critica a quanto affermato in D'Amico, *Recesso ad nutum,* cit.
(9) Così Galgano, *op. cit.*, 317.
(10) In successione temporale, v. Regolamento della Commissione n. 123/85 del 12 dicembre 1984, in vigore sino al 30 giugno 1995; Regolamento della Commissione n. 1475/95 del 28 giugno 1995, in vigore sino al 30 settembre 2002; infine, Regolamento della Commissione n. 1400/02 del 31 luglio 2002.
(11) V. art. 3 par.4 del Regolamento n. 1400/02, cit

**RECESSO AD NUTUM, BUONA FEDE E ABUSO DEL DIRITTO**
D'amico Giovanni

Cass. civ. Sez. III Sent., 18 settembre 2009, n. 20106
**FONTE** Contratti, 2010, 1, 5 *Abuso del diritto*

Sommario: Il fatto - Le decisioni dei due gradi di merito - La sentenza della Cassazione - Prime osservazioni - La differenza tra il sindacato dell'esercizio del diritto alla stregua del criterio dell'abuso (del diritto), e il sindacato alla stregua del canone della buona fede

## Il fatto

Nel marzo del 1997 un rilevante numero di ex concessionari auto Renault citavano in giudizio Renault Italia SpA esponendo che tra il 1992 e il 1996 la società convenuta aveva "inopinatamente e inaspettatamente" esercitato il recesso dai contratti di concessione di vendita intercorrenti con gli attori (e che avevano una durata media di circa dieci anni).
In particolare gli attori (dopo aver sottolineato la situazione di "dipendenza economica" dalla controparte (argomentavano che il diritto di recedere ad nutum attribuito contrattualmente alla Renault (contraente forte) era stato comunque esercitato dalla società convenuta con modalità "abusive" (contrarie a buona fede) perché: a) la recedente aveva, sollecitando l'effettuazione di nuovi investimenti, suscitato nei concessionari un legittimo affidamento nella continuazione del rapporto; b) pur avendo intimato il recesso a quasi 200 concessionari, la rete di vendita non risultava ridotta, in quanto molti "territori contrattuali" (zone) già serviti dai concessionari "revocati", erano stati inseriti in una nuova rete di vendita, formata per lo più da ex dirigenti della Renault (da essa indotti a dimissioni spontanee, in cambio di una "fuoriuscita morbida" dalla struttura); c) scorrettamente la società convenuta aveva "pubblicizzato" sulla stampa locale la cessazione del rapporto di concessione con un annuncio che rendeva nota questa cessazione alla clientela.
Ciò premesso, gli attori - sulla base della asserita esistenza di "profonde analogie" intercorrenti tra il contratto di concessione di vendita in esclusiva e quello di agenzia (chiedevano che (analogamente a quanto previsto per l'ipotesi di scioglimento di quest'ultimo contratto) venisse riconosciuto anche a loro favore il diritto ad una indennità per la perdita di clientela oltre il risarcimento dei danni.
La società convenuta replicava che: a) del tutto infondato era l'assunto della preordinazione dei recessi intimati agli attori ad una ipotetica sistemazione dei propri dipendenti dimissionari, laddove invece essi si collocavano nel quadro di una complessa e vasta ristrutturazione della rete di vendita, determinata dalla notevole flessione del mercato dell'auto, iniziata nel 1992 e proseguita negli anni successivi; b) la detta ristrutturazione si poneva in linea con la finalità della normativa comunitaria in materia, la quale mirava a garantire un'adeguata assistenza alla clientela (finalità a cui era diretta anche la ristrutturazione della rete di vendita, attuata dalla Renault anche al fine di migliorare i servizi ai clienti); c) che era stato attribuito un congruo termine di preavviso; d) che infondata era l'analogia che gli attori intravvedevano con rapporti contrattuali (agenzia, franchising) che lo stesso legislatore comunitario aveva provveduto a tenere distinti dalla concessione di vendita; e) che, in particolare, la ratio dell'indennità di fine rapporto riconosciuta a favore dell'agente (nel contratto di agenzia) risiede nel riconoscere un corrispettivo per l'apporto (non remunerato dalle provvigioni) al preponente di una clientela fissa, apporto che non è ravvisabile nel contratto di concessione di vendita; f) infine, anche le richieste di risarcimento del danno per spese ed oneri asseritamente sostenuti dai concessionari, erano infondate in quanto si trattava di esborsi effettuati nell'adempimento di precisi obblighi contrattuali.

## Le decisioni dei due gradi di merito

Il Tribunale Roma decideva sulla domanda dei concessionari nel 2001, respingendola [(1)].
Pur riconoscendo che il concessionario è la parte "debole" del rapporto contrattuale, destinato in via di principio a subire i modelli pattizi dall'altro predisposti, il giudice romano osserva che i concessionari, per altro verso, "operano attraverso strutture produttive e in un tipo di mercato sufficientemente duttili ed idonei pertanto ad assorbire i trasformismi necessari alla conservazione dell'impresa, anche in caso di cessazione del rapporto con l'originario produttore", come sarebbe stato dimostrato anche nel caso di specie dalla circostanza (allegata dalla società convenuta) che molti dei concessionari revocati erano già passati alla rete di altri produttori.
Del resto, alla luce della stessa normativa comunitaria (ammesso che essa sia interpretabile come volta a tutelare i concessionari (quali ipotetica parte "debole" del rapporto contrattuale) [(2)] (costituisce un indice molto significativo, a parere del Tribunale di Roma, da un lato la circostanza che comunque "si sia ritenuto sufficiente ai fini della legittimità del recesso del produttore il termine di preavviso di un anno,almeno secondo il regolamento vigente nell'epoca in cui sono intervenute le revoche che hanno interessato gli attori [(3)], dall'altro che non sia stato previsto a favore del concessionario revocato alcuno dei presidi che assistono la cessazione del rapporto del contraente debole in altre ben note fattispecie negoziali, come quella di agenzia...." [(4)].

Infine, la sentenza del Tribunale di Roma respinge anche la deduzione dei concessionari circa un (preteso) "abuso del diritto di recesso" da parte della concedente, osservando: a) quanto alla affermazione secondo cui l'intera operazione di ristrutturazione della rete fosse stata posta in essere dalla concedente al solo fine di "piazzare" alcuni dei suoi ex dirigenti (che "riesce invero davvero difficile ipotizzare che un'impresa delle dimensioni di quella della convenuta non fosse in grado di assorbire in maniera più naturale la cessazione del rapporto con un ristretto numero di dipendenti e avesse pertanto bisogno di ricorrere ad una scelta così traumatica e potenzialmente destabilizzante come una diffusa revoca dei rapporti di concessione in atto"; b) quanto alla colpevole induzione nei concessionari dell'affidamento (ragionevole) circa la continuazione del rapporto (nonostante la notificazione del preavviso di recesso) (che "non si vede come esso [id est: il ragionevole affidamento] possa essere stato ingenerato dalla richiesta di adeguamento delle strutture e del capitale investito, una volta che non viene neppure dedotto che la richiesta stessa era estranea alla normale gestione del contratto e/o che è avvenuta con modalità ex se incompatibili - secondo una ragionevole interpretazione - con una sua interruzione a breve termine".
Proposto appello avverso la pronuncia del Tribunale, la Corte d'appello capitolina ha confermato la sentenza impugnata [(5)], incentrando la propria decisione sul tema della sindacabilità del recesso alla luce del principio che vieta l'abuso del diritto.
Mentre il Tribunale aveva (implicitamente) ammesso tale sindacabilità, pur concludendo che nel caso di specie non potesse riscontarsi alcun esercizio abusivo del diritto di recesso, la Corte d'appello sembrerebbe (almeno apparentemente) [(6)] escludere in radice che l'atto di esercizio del diritto di recesso da parte della società concedente potesse essere sottoposto a sindacato da parte del giudice. "...Una volta stabilito che la Renault era titolare del diritto di recesso ad nutum (osservano i giudici d'appello (correttamente il Tribunale ha escluso di poter esercitare un controllo dell'atto di autonomia. Se l'autonomia privata ha riconosciuto la possibilità di recedere dal contratto, non è necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere...." [(7)].
Ragionare diversamente - aggiungono i giudici della Corte d'appello (avviando un ragionamento, che rappresenta la parte certamente più discutibile della sentenza) (significherebbe "introdurre un controllo di opportunità e di ragionevolezza sull'esercizio del potere di recesso, (...) una valutazione politica, non giurisdizionale", che finirebbe per intaccare "diritti fondamentali di rilevanza costituzionale, quali la libera iniziativa economica privata, da inquadrare nell'autonomia privata, a cui si applica la riserva che soltanto la legge può limitarne la libertà (artt. 13, secondo e ult. comma, art. 14 secondo e terzo comma, art. 15 secondo comma, art. 16, art. 18 primo comma, art. 21, terzo, quinto e sesto comma, Costituzione) (...)". La Corte d'appello, infine, così conclude: "(...) Vi è un'impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito privatistico e, particolarmente, in ambito contrattuale (...) Solo allorché ricorrono contrasti con norme imperative, può essere sanzionato l'esercizio di una facoltà, ma al di fuori di queste ipotesi tipiche, normativamente previste, residua la ampia libertà della autonomia privata, che si è detto, costituisce la regola fondamentale (...)".

## La sentenza della Cassazione

Sono proprio le ultime affermazioni (riportate alla fine del paragrafo precedente) della Corte d'appello di Roma a formare oggetto di risoluta critica da parte della Cassazione, nella sentenza che qui si commenta.
I giudici del Supremo Collegio premettono che "l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce ... un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica", e che la rilevanza di tale obbligo "si esplica nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge" [(8)], sicché - prosegue la sentenza in esame (il criterio della buona fede costituisce "strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi" [(9)].
La pronuncia si sofferma poi sui rapporti tra buona fede e (divieto di) abuso del diritto, con una serie di affermazioni per la verità non sempre lineari. Si asserisce, infatti, dapprima che l'abuso del diritto sarebbe un "criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva", ma poco più avanti il rapporto (tra i due concetti) sembra invertirsi, laddove in particolare i giudici osservano che con il divieto dell'abuso "l'ordinamento pone una regola generale [(10)], nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva" (con il che, appunto, sembrerebbe, questa volta, la contrarietà del comportamento a buona fede ad essere prospettata quale criterio rivelatore dell'abuso del diritto) [(11)].
Dal richiamo, poi, alle numerose (e, in verità, alquanto eterogenee) pronunce [(12)] in cui la stessa Cassazione ha negli ultimi anni fatto applicazione del principio del (divieto di) abuso del diritto, la sentenza in commento trae la conclusione secondo cui sarebbe da ritenere "ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano".
A questo punto, e alla luce delle premesse così individuate, i giudici passano infine all'esame e alla critica della sentenza impugnata.

È bensì vero - essi osservano - che "non è compito del giudice valutare le scelte imprenditoriali", ma ciò non vale "quando, nell'ambito dell'attività imprenditoriale, vengono posti in essere atti di autonomia privata", che sono (nel caso in cui sorga controversia tra le parti) sottoposti al potere di interpretazione (e dunque al controllo) del giudice.
In particolare - secondo la Cassazione –, nell'interpretare il contratto (e le clausole che lo compongono) ai sensi *dell'art. 1366 c.c.* [13], il giudice deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra gli interessi delle parti, onde la Corte d'appello di Roma avrebbe (potuto e) dovuto "valutare e interpretare le clausole del contratto - in particolare quella che prevedeva il recesso ad nutum - anche al fine di riconoscere l'eventuale diritto al risarcimento del danno per l'esercizio di tale facoltà in modo non conforme alla correttezza e alla buona fede" [14].
Secondo i giudici del Supremo Collegio non esiste (contrariamente a quanto affermato dalla Corte d'appello) alcuna impossibilità di procedere ad un giudizio di ragionevolezza in ambito contrattuale, né può dirsi che una siffatta valutazione sia una "valutazione politica" e non giuridica.
Quanto, poi, agli indici rivelatori dell'abuso, la sentenza della Cassazione contesta l'idea (fatta propria dai giudici della Corte d'appello) secondo cui per la configurabilità di un "abuso del diritto" occorre accertare una "volontà di nuocere" [15], ed afferma che rileva invece la "proporzionalità dei mezzi usati" [16].
La sentenza della Cassazione da ultimo ribadisce, nella parte finale, l'inaccettabilità delle conseguenze cui (a suo dire) condurrebbe la posizione sostenuta dalla Corte d'appello di Roma: "La esclusione della valorizzazione e valutazione della buona fede oggettiva e della rilevanza anche dell'eventuale esercizio abusivo del recesso, infatti, consentirebbero - concludono i giudici del Supremo Collegio (che il recesso ad nutum si trasformi in un recesso arbitrario, cioè ad libitum, di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico (...)".

## Prime osservazioni

Non c'è dubbio che la decisione della Cassazione (di cui abbiamo sopra riportato i passaggi essenziali) [17] susciti più d'una perplessità con riferimento all'esito (or ora ricordato) cui essa approda [18].
Proprio questo esito sembra far riemergere, infatti, i timori (che da sempre accompagnano, per vero, la controversa nozione di "abuso del diritto") che l'ammissione di un sindacato giudiziale dell'esercizio del diritto possa finire per infliggere un vulnus alla certezza delle situazioni giuridiche (e del loro contenuto) e, in definitiva, alla certezza del diritto.
Il caso del recesso ad nutum - che è la fattispecie con la quale si confrontavano i giudici nella vicenda in esame (esemplifica assai bene il "rischio" di cui si parla, al tempo stesso offrendo un terreno che consente di mettere in evidenza quali dovrebbero essere (in una prospettiva corretta) natura e limiti del controllo dell'esercizio del diritto attraverso il criterio (del divieto) dell'abuso [19].
È noto come, nei contratti a tempo indeterminato - se pur con alcune importanti eccezioni [20] (si ritenga generalmente accordata alle parti la possibilità di recedere (ad nutum) dal rapporto, dando alla controparte un congruo preavviso [21]. Si tratta di una regola che (sebbene non formulata espressamente, viene considerata implicita nel sistema, in quanto espressione di un principio generale (di ordine pubblico) in base al quale devono considerarsi inammissibili vincoli personali perpetui o comunque a tempo indeterminato [22].
Le disposizioni da cui si desume tale regola sono molteplici [23], e si tratta di norme che (considerata la ratio che le ispira (sembrerebbero certamente da considerarsi inderogabili, quanto meno nel senso che non dovrebbe ritenersi consentito all'autonomia privata di escludere (per quanto detto) la recedibilità da un rapporto a tempo indeterminato [24]. Non può invece ritenersi preclusa all'autonomia privata la possibilità di prevedere la necessità che l'esercizio del recesso (anche da un contratto a tempo indeterminato) sia "giustificato" (analogamente a quanto avviene - in linea di principio - per lo scioglimento unilaterale anticipato da un contratto a termine) [25], mentre per quanto concerne il profilo della durata del periodo di preavviso, sebbene esso sia tendenzialmente rimesso alla volontà delle parti, va evidenziato come non di rado il legislatore regoli questo aspetto con previsioni (anziché di carattere dispositivo o suppletivo) di natura imperativa (con conseguente limitazione, ancora una volta, dell'autonomia privata) [26].
Quel che comunque preme sottolineare è che, nei casi in cui opera (in assenza di diversa pattuizione) la regola (generale) della libera recedibilità (salvo preavviso) da un rapporto a tempo indeterminato [27], in luogo di una regola di recedibilità (che potremmo definire, per distinguerla dalla prima) "causale" [28], ciò non può che significare che il legislatore ha valutato tale forma di recesso come congrua rispetto agli interessi (particolari e generali) rilevanti [29].
In tale situazione, ammettere un sindacato sulla "causa" del recesso [30] - causa che, per quanto appena detto, deve in questo caso ritenersi irrilevante (significherebbe introdurre un tipo di controllo che in thesi è stato escluso (in tale forma di recesso) dal legislatore [31].
La conclusione così raggiunta, e cioè l'esclusione della possibilità (nel caso considerato) di un controllo alla stregua del criterio dell'abuso del diritto [32], vale - sia ben chiaro - proprio (e solo) perché, in ipotesi, ci si trova di fronte ad un recesso ad nutum, e non ad un recesso che debba essere "motivato" (o meglio: debba risultare sorretto da una determinata "causa") [33]

Infatti, il (tipo di) controllo dell'atto di esercizio del diritto, che il sindacato basato sullo strumento dell'abuso implica, si fonda essenzialmente - come indica una formula assai diffusa (sull'accertamento di una deviazione dell'esercizio del diritto

rispetto allo "scopo" per il quale il diritto stesso è stato attribuito [34]. Ma lo "scopo" per il quale il diritto di recesso ad nutum - nelle varie ipotesi in cui esso opera - viene ammesso dal legislatore (che avrebbe, in teoria, potuto prevedere una regola opposta, di recesso "causale"), è, appunto, non altro che quello di consentire al recedente di potersi sciogliere dal contratto (di norma, dando un preavviso alla controparte) senza la necessità di addurre alcuna particolare motivazione (e/o alcuna causa giustificatrice). Questo "scopo" non è, dunque, violato se il contraente recede "immotivatamente", e pertanto non può censurarsi l'esercizio del diritto sotto il profilo della "causa" (rectius: motivo) che lo ha determinato, quale che sia tale causa, perché così facendo (lo si ripete) si introdurrebbe ex post una (nuova) qualificazione del diritto (nel senso che si trasformerebbe un diritto di recesso ad nutum in un recesso "causale") ad opera del giudice.
Su questo punto, allora, va riconosciuto che la sentenza della Corte d'appello di Roma probabilmente non merita(va) le censure che le sono state rivolte dalla Cassazione. Quando, infatti, i giudici della Corte d'appello scrivono - come già si è ricordato - che "(...) se l'autonomia privata ha riconosciuto la possibilità di recedere dal contratto, non è necessario alcun controllo causale circa l'esercizio del potere (…)", essi non intendono probabilmente dire cosa diversa da quella che abbiamo appena precisato: e cioè che va mantenuta ferma la differenza tra un diritto di recesso per dir così qualificato (rispetto al quale si giustifica un controllo "causale" dell'atto di esercizio della prerogativa) [35] e un diritto di recesso ad nutum (qual era quello previsto, nella fattispecie in esame, dal contratto a favore della Renault), il quale ultimo invece prescinde da una "causa" giustificatrice di cui debba accertarsi la ricorrenza in concreto.

## La differenza tra il sindacato dell'esercizio del diritto alla stregua del criterio dell'abuso (del diritto), e il sindacato alla stregua del canone della buona fede

Dire che, nel caso di specie, l'esercizio del diritto (trattandosi di un recesso ad nutum (non era sindacabile alla stregua del criterio dell'abuso (del diritto) in quanto esso sfuggiva (per il suo stesso contenuto) ad un controllo di tipo "causale" (nel senso or ora precisato), non significa peraltro escludere che tale esercizio sia (fosse) sottratto come tale a qualsivoglia (altra) forma di controllo da parte del giudice [36].
In particolare deve riconoscersi che anche l'esercizio di un diritto di recesso ad nutum, se pur sfugga (come appena detto) ad un controllo di tipo teleologico, non si sottrae invece ad un controllo in ordine alle modalità con le quali il recesso risulti (nelle circostanze date) esercitato. Non si sottrae, insomma, ad un controllo in base al canone della buona fede, che costituisce fondamentale criterio di valutazione del comportamento delle parti nell'esecuzione del contratto (*art. 1375 c.c.*) [37].
Ha dunque ragione - sul piano dell'affermazione di principio - la Cassazione quando, nella sentenza in commento, sostiene la sottoposizione dell'atto di esercizio del diritto di recesso (che veniva in considerazione nel caso di specie) al criterio valutativo della buona fede. Ma questa affermazione è, al contempo, un'affermazione che si palesa erronea nel momento in cui i giudici che la fanno mostrano di ritenere che tale controllo si identifichi con il controllo alla stregua del criterio dell'abuso del diritto.
È questo il punto fondamentale sul quale intendiamo richiamare l'attenzione in queste pagine. È noto, infatti, come una delle più recenti ed approfondite indagini sul tema dell'"abuso del diritto", sia pervenuta alla conclusione secondo cui tale concetto, sebbene si sottragga alle obiezioni di contraddittorietà "logica" che da sempre vengono sollevate nei suoi confronti, non sfugga tuttavia ad un ulteriore (e decisivo) rilievo: quello di essere, in definitiva, un concetto superfluo (una "superfetazione"), in quanto destinato a coprire un terreno già occupato (e a svolgere una funzione già assolta) dal criterio della buona fede [38].
Chi scrive ritiene invece che i due concetti (come già si è accennato (non siano coincidenti [39]. Rimane, però, ancora da assolvere (sia pur con la sinteticità che l'occasione richiede) l'onere di indicare nel modo il più possibile chiaro in cosa il criterio dell'abuso del diritto si differenzi da quello della buona fede, sul terreno del controllo degli atti di esercizio di un diritto (o, più in generale, di una "prerogativa" soggettiva) [40].
Come in altra occasione si è avuto modo di sottolineare [41], il controllo (di tipo "causale") che il principio che vieta l'abuso del diritto consente rispetto agli atti di esercizio di un "diritto" mira essenzialmente a verificare che attraverso tale esercizio il titolare del diritto non cerchi di appropriarsi di "utilità" diverse ed ulteriori rispetto a quelle che con l'attribuzione del diritto l'ordinamento intende assicurargli.
Si tratta di una situazione diversa - va subito precisato (da quella in cui il diritto sia (in ipotesi) esercitato fuori dalla ricorrenza dei presupposti ai quali l'ordinamento ricollega il suo sorgere e/o la possibilità del suo esercizio. Anche in quest'ultimo caso (al pari di quello in cui si "abusa" del diritto di cui si è titolari), il soggetto mira ad appropriarsi di utilità che non gli spettano; solo che (a differenza di quel che accade nel caso di "abuso" (si tratta proprio delle utilità che ineriscono (in astratto) al contenuto di quel diritto (e non di utilità diverse e ulteriori) e che però in concreto non sono legittimamente pretendibili, essendo assenti (in ipotesi) i presupposti per il sorgere e/o per l'esercizio del diritto; sicché, sindacando l'esercizio del diritto si contesta in realtà l'esistenza stessa del diritto [42].
Quando, invece, si ragiona in termini di "abuso" la situazione è - in un certo senso (opposta rispetto a quella appena descritta. In ipotesi, esistono infatti, questa volta, tutti i presupposti ai quali l'ordinamento ricollega il sorgere e/o la possibilità di esercizio del diritto, e il soggetto è quindi pienamente legittimato ad appropriarsi delle utilità che l'attribuzione

del diritto gli assicura. Può darsi, però - come sopra si accennava - che il soggetto eserciti il potere che gli è attribuito, non per conseguire queste utilità, che ineriscono alla situazione di vantaggio di cui è titolare, bensì (essenzialmente) per conseguire altre e diverse utilità.
La situazione descritta è presa, in verità, in considerazione dal nostro legislatore con riferimento (non tanto all'esercizio del diritto già verificatosi, quanto piuttosto) alla minaccia di far valere un diritto, diretta a conseguire "vantaggi ingiusti", ipotesi disciplinata *dall'art. 1438 c.c.* [43]. Questa norma rende annullabile l'atto di autonomia quando la "minaccia" di esercitare il diritto (minaccia che, in sé considerata, non potrebbe certo dirsi "illecita") sia posta in essere non tanto per manifestare l'intenzione di "pretendere" le utilità che ineriscono al diritto in questione, quanto piuttosto per esercitare una (indebita) "pressione" sull'altra parte, costringendola (o, comunque, cercando di indurla) a concludere un contratto, alle utilità scaturenti dal quale (diverse - com'è chiaro - dalle utilità che ineriscono al diritto di cui si prospetta l'esercizio) mira evidentemente l'autore della minaccia [44].
Si potrebbe osservare che l'ordinamento sanziona questo comportamento con l'annullabilità del contratto, e che la situazione ipotizzata dalla norma sia perciò quella in cui la minaccia abbia avuto effetto, e il minacciato (in cambio dell'impegno del minacciante di astenersi (magari solo per un certo tempo) dall'esercizio del suo diritto [45] (abbia dunque "accettato" di concludere il contratto in tal modo "estorto". Nulla direbbe invece la norma con riferimento alla situazione opposta, ossia alla situazione in cui il minacciato non abbia ceduto al "ricatto", e il minacciante abbia dato seguito alla minaccia, esercitando il diritto.
Tuttavia (anche ammesso ciò (non c'è dubbio che, se pur indirettamente, *dall'art. 1438 c.c.* si desuma una chiara qualificazione negativa [46] del comportamento di chi attraverso l(a minaccia di) esercizio del diritto miri a procurarsi utilità diverse e ulteriori rispetto a quelle che il contenuto del diritto garantisce.
Certo, per riprendere il ragionamento precedente, se il tentativo fallisce e queste (diverse e ulteriori) utilità non vengono conseguite, si può anche pensare che l'esercizio del diritto (che a quel punto sarà in grado di procurare al suo titolare nulla più di quanto legittimamente gli spetta) non sia (o, se si vuole: torni a non essere) soggetto a sindacato e a censura.
Ma questa conclusione (anche a volerle dare credito nella formulazione appena riferita (non si attaglia comunque all'ipotesi che stiamo facendo, che è diversa. L'ipotesi che consideriamo, infatti, è quella che attraverso l'esercizio del proprio diritto (si miri ad ottenere e) si ottenga effettivamente (a spese della controparte) un'utilità non rientrante (come tale) nel contenuto del diritto, cosicché possa senz'altro dirsi che il diritto è stato "utilizzato" per uno scopo diverso da quello che ne aveva giustificato l'attribuzione al suo titolare. In altre parole, il soggetto, esercitando con queste finalità il diritto, consegue bensì le utilità che ineriscono al diritto stesso, ma consegue altresì (a spese della controparte) delle utilità ulteriori, che costituiscono il vero motivo per il quale il diritto è stato esercitato [47].
Ora, non sembra dubbio che, generalizzando il "principio" che (al di là della fattispecie specifica considerata dalla norma) si desume *dall'art. 1438 c.c.*, un simile comportamento non possa non dirsi riprovato dall'ordinamento, siccome comportamento che merita appunto di essere qualificato come "abuso del diritto", e che ricorre dunque quando l'esercizio del diritto è posto in essere essenzialmente (se non, addirittura, unicamente) per conseguire un "risultato" diverso da quello che costituisce l'utilità garantita dall'ordinamento attraverso quel diritto [48].
Restando nel campo del diritto di recesso, potrebbe ricorrere la fattispecie dell'abuso - a volere tentare una prima "concretizzazione" della direttiva appena enunciata (se (in presenza dei presupposti che ne consentono l'esercizio) il recesso venga posto in essere non tanto per porre termine al rapporto, quanto piuttosto per indurre (ad es. durante il decorso del periodo di preavviso) la controparte a "rinunciare" (in vista di una revoca del recesso) ad alcune pretese (derivanti dal pregresso svolgimento del rapporto), o per "rinegoziare" un rinnovo del rapporto a condizioni più vantaggiose [49] e da una posizione di maggiore "forza" (derivante dal timore della controparte che la relazione contrattuale possa interrompersi definitivamente) [50].
Nei rapporti tra imprese, in cui una delle parti si trovi in situazione di "dipendenza economica" rispetto all'altra, la situazione descritta potrebbe integrare (oggi), più specificamente, gli estremi dell'abuso di dipendenza economica (art. 9 d.lgs. n. 192 del 1998, sulla c.d. subfornitura), che il legislatore ha previsto possa consistere anche nella interruzione arbitraria della relazione contrattuale [51]: con la conseguenza che - ove ciò si verifichi - il rimedio non sarà quello (generale) che normalmente consegue all'abuso del diritto (e cioè: il risarcimento del danno) [52], ma sarà lo "speciale" rimedio "invalidatorio" previsto dal cit. *art. 9 l. n. 192 del 1998* [53].
La fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, da ultimo richiamata, è peraltro (è bene precisarlo (in sé considerata, una fattispecie di abuso di una situazione di fatto, non di abuso del diritto [54]: anche quando l'abuso ex *art. 9 l. n. 192 del 1998* si realizzi attraverso l'esercizio "strumentale" di un diritto [55] (ad es. di recesso), ciò che appare scriminante (ai fini della possibilità di ritenere sussistente la fattispecie in esame) è che il comportamento "abusivo" [56] sia (stato) reso possibile non (tanto e non solo) dalla titolarità del diritto esercitato, quanto piuttosto dalla situazione di "dipendenza economica" in cui si trova la controparte.
Per concludere su questo punto, merita di essere infine evidenziato che il sindacato degli atti di esercizio dei diritti attraverso la tecnica dell'abuso del diritto (e cioè attraverso un controllo "causale") deve ritenersi, per sua natura, idoneo a condurre alla affermazione della sussistenza dell'abuso solo in ipotesi (tendenzialmente) limitate e circoscritte. E in tal senso

i criteri che solitamente vengono valorizzati dalle dottrine sull'abuso del diritto (l'intenzione di nuocere, e, soprattutto, la circostanza che lo scopo ulteriore che attraverso l'esercizio del diritto si persegue appaia come lo scopo essenziale, se non l'unico, per il quale il diritto stesso è stato esercitato) possono fornire delle utili direttive per evitare che il controllo sull'esercizio dei diritti veicoli forme di valutazione giudiziale eccessivamente ampie e, in definitiva, improprie [(57)].

Limitazioni alle quali si sottrae il (diverso) tipo di "controllo" che viene posto in essere quando si valuta l'esercizio dei diritti (in particolare: dei diritti che scaturiscono da un contratto) attraverso il canone della buona fede in executivis, sancito *dall'art. 1375 c.c.*

La differenza tra le due forme di "sindacato" (per venire così al punto centrale e al contempo conclusivo del ragionamento che, sia pur sinteticamente, si è inteso svolgere in queste pagine (va precisamente riposta in ciò, che mentre l'applicazione della tecnica dell'abuso del diritto implica (come già visto) un controllo "causale" dell'atto di esercizio del diritto (perché mira ad evitare che quest'atto di esercizio possa ipoteticamente essere stato posto in essere per conseguire uno scopo/risultato diverso e ulteriore rispetto alle utilità che l'ordinamento garantisce al titolare della situazione giuridica attiva), nel caso in cui il controllo sull'esercizio del diritto viene operato attraverso il canone della buona fede non si sindaca lo "scopo" per il quale tale esercizio è avvenuto (scopo che, in thesi, si deve immaginare corrispondente alla finalità per la quale è avvenuta l'attribuzione del diritto), ma si censurano piuttosto le modalità con le quali esso si è realizzato [(58)], modalità che per l'appunto possono essere tali da fare ritenere sleale la condotta del contraente [(59)] (ad es.: recesso improvviso, esercitato nonostante il comportamento precedente del recedente abbia colposamente indotto nella controparte il legittimo affidamento circa la continuazione del rapporto) [(60)].

Tornando alla vicenda concreta che veniva in rilievo nel caso di specie, appare chiaro allora che ciò che i concessionari "revocati" lamentavano - assumendo che il recesso era risultato (nonostante l'avvenuta intimazione del "preavviso") inaspettato e sorprendente, avendo la società concedente col proprio comportamento ingenerato il legittimo affidamento circa la continuazione del rapporto - era proprio una violazione del dovere di buona fede, più che un "abuso" del diritto (di recesso) [(61)].

Violazione il cui accertamento - se è vero quanto si è cercato in queste pagine di argomentare - da un lato non è condizionato e "circoscritto" dalla necessità di riscontrare particolari circostanze "(de-)qualificanti" (ad es. il dolo, inteso come intenzione di nuocere) [(62)], ma dall'altro deve limitarsi ad un controllo di tipo esclusivamente "procedurale" (il controllo sulle modalità dell'agire), che non può spingersi a sindacare i motivi (o lo "scopo") per il quale il recesso (ad nutum) è stato posto in essere [(63)].

Il non avere tenuto distinti questi (diversi) piani è uno degli errori che possono imputarsi alla pronuncia commentata, la quale (non riuscendo a cogliere il distinto modo di operare del criterio dell'abuso e di quello della buona fede, e anzi realizzando una (indebita) commistione e confusione tra queste (diverse) tecniche di controllo degli atti di esercizio dei diritti - finisce non solo per non risolvere il problema del rapporto tra buona fede ed abuso, ma anche per rendere più confuso il profilo teorico di ciascuno di questi due "concetti", che si vede attribuite caratteristiche e funzioni che non gli sono proprie e che sono invece proprie dell'altro.

---

[(1)] Cfr. Trib. Roma, Sez. III, 11 giugno 2001, n. 22540 (giud. Amedola). Trattandosi di una pronuncia inedita, abbiamo ritenuto opportuno riportare nel testo ampie citazioni tratte dalla motivazione.

[(2)] Cosa che il Tribunale di Roma contesta, in quanto - così si esprime l'estensore della sentenza ("ad un esame scevro da apriorismi sembra ... che l'ottica della regolamentazione comunitaria sia più quella della razionalità della distribuzione, in vista della salvaguardia delle esigenze del consumatore, che non quella della tutela di un ipotetico contraente debole". Senza entrare nel merito di questo profilo - che è rimasto estraneo alla pronuncia della Cassazione che qui si commenta -, ci limitiamo a ricordare che il legislatore europeo disciplina il rapporto di concessione di vendita (ivi compreso l'aspetto concernente il recesso del concedente) nell'ambito di regolamenti di esenzione per categoria ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 81 par. 3 Trattato CE (in successione temporale, v. Regolamento della Commissione n. 123/85 del 12 dicembre 1984, in vigore sino al 30 giugno 1995; Regolamento della Commissione n. 1475/95 del 28 giugno 1995, in vigore sino al 30 settembre 2002; infine, Regolamento della Commissione n. 1400/02 del 31 luglio 2002, attualmente in vigore e la cui efficacia cesserà il 31 maggio 2010, scadenza in vista della quale nel mese di luglio del 2009 la Commissione ha emanato una Comunicazione dal titolo "Il futuro quadro normativo in materia di concorrenza applicabile al settore automobilistico": v. Commissione CE, COM(2009) 388 def., del 22 luglio 2009). Su tale normativa si veda, con ampiezza di analisi e di riferimenti, P. Fabbio, Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale, in Riv. dir. comm., 2004, II, 1 (commento a Trib. Roma 5 novembre 2003, Soc. Autofur c. Società Renault Italia).

[(3)] Cfr. art. 5, comma 2, del Regolamento Ce n. 123/1985, citato nella nota precedente.

[(4)] Il Tribunale di Roma, nella sentenza di cui riferiamo, dal canto suo esclude che possano applicarsi analogicamente al contratto (atipico) di concessione di vendita, le norme relative al contratto di franchising e, più ancora, quelle del contratto di agenzia (norme che i concessionari che avevano subito il recesso avevano invocato ai fini di vedersi riconosciuto il diritto ad una "indennità di clientela"). Quanto al primo, il Tribunale osserva che l'asserita "similitudine" con il franchising - ammessane la sussistenza - resterebbe priva di effetto, perché "nel rapporto contrattuale di franchising è inesistente il diritto all'indennità di clientela". Rispetto all'agenzia, poi, sono evidenti - sempre a giudizio del Tribunale di Roma (le differenze: nel contratto di agenzia, il diritto dell'agente all'indennità di clientela trova il suo fondamento nella circostanza che l'attività dell'agente è indirizzata in via diretta e immediata all'incremento degli affari del preponente; nella concessione di vendita, invece, il concessionario agisce verso i consumatori "in proprio", onde resta preclusa ogni

applicazione estensiva o analogica dell'istituto dell'indennità di cessazione del rapporto. Anche su questo profilo (marginale nella pronuncia della Cassazione in commento (pronuncia che, peraltro - almeno su questo punto, e in continuità con un consolidato orientamento del Supremo Collegio - sembra concordare con le valutazioni operate dai giudici di merito) (non ci soffermiamo in particolare, limitandoci a rinviare per un sintetico quadro della questione e per il richiamo alle principali posizioni dottrinali e giurisprudenziali, oltre che per alcuni raffronti comparatistici, a Baldi-Venezia, Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising, 8a ed., Milano, 2008, 109 ss., spec. 124 ss.

(5) App. Roma, 18 gennaio 2005, n. 136, inedita. Come per la sentenza di primo grado, il carattere inedito della pronuncia in esame giustifica la scelta di effettuare con una certa larghezza citazioni testuali di brani della motivazione.

(6) Vedremo più avanti come l'affermazione dei giudici di appello che riportiamo subito infra nel testo possa, in realtà, essere interpretata in altro (e più corretto) significato, che non sia quello di una radicale (e aprioristica) esclusione della sindacabilità in base al criterio del divieto di abuso del diritto.

(7) Il brano citato prosegue, poi, così: "....In altri termini la Renault Italia non necessariamente doveva tener conto dell'interesse della controparte o di interessi diversi da quello che essa aveva alla risoluzione del rapporto. L'interesse in questione poteva anche consistere nel determinare la cessazione dei rapporti contrattuali in corso proprio al fine di realizzare una rete di vendita più razionale o più rispondente ai propri interessi (anche quello di inserire nella vendita eventi propri dipendenti e così alleggerire gli oneri produttivi). Anche in tal caso trattasi di scelta imprenditoriale visto che era modificato l'assetto di vendita, scelta che non era diretta tanto a creare danno all'altro contraente quanto di ottenere un risparmio mediante la riduzione del personale collocandolo nella rete distributiva...". Del resto, i giudici non mancano di sottolineare, ad ogni buon conto, come il recesso avesse riguardato un numero rilevante di concessionari (dai 395 iniziali si era passati ai 205 attuali), il che dimostra(va) "che si è trattato di una scelta imprenditoriale circa l'organizzazione di vendita e, quindi, il recesso non era evidentemente suscettibile della qualificazione in termini di illiceità, ai sensi degli *artt. 1343 e 1344 c.c.*, restando esclusa anche la configurabilità di un atto discriminatorio".

(8) Si noti come, nel brano citato, la Corte in realtà modifichi (inconsapevolmente?) la corrente definizione della buona fede, che si legge in (ormai) numerose sue precedenti pronunce: "atteggiamento di cooperazione e di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di tenere, al di là degli specifici obblighi scaturenti dal vincolo contrattuale e dal dovere del neminem laedere, quei comportamenti che senza comportare apprezzabile sacrificio a suo carico risultino idonei a salvaguardare gli interessi dell'altra parte" (cfr., ad es., *Cass. 22 novembre 2000, n. 15066;Cass. 11 gennaio 2006, n. 264;Cass. 7 giugno 2006, n. 13345*). È agevole osservare che manca, nel brano citato nel testo, l'inciso che abbiamo evidenziato in corsivo nella "definizione" or ora riportata. Il senso della formula ne risulta alquanto modificato, e su un profilo tutt'altro che marginale.

(9) I corsivi sono aggiunti.

(10) Qualche riga più avanti si legge, peraltro, una frase del tutto opposta, e cioè che "nel nostro codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto".

(11) È probabile - comunque - che i giudici utilizzino "abuso del diritto" e "contrarietà a buona fede" come formule equivalenti ed interscambiabili. In un (altro) passaggio della motivazione, peraltro, si legge che "i due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata, e prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti".

(12) Nei settori più disparati dell'ordinamento: dal diritto tributario - dove il principio dell'abuso del diritto è invocato come sinonimo di una "clausola generale antielusiva" che si vorrebbe presente nel sistema (al diritto societario, dove si è molto discusso ad es. di "abuso del voto" da parte della maggioranza ai danni della minoranza.

(13) Poco prima - nella motivazione della pronuncia - si legge peraltro l'affermazione (che sembrerebbe in contrasto con quanto viene detto subito dopo) secondo la quale il primo strumento di interpretazione è costituito dal senso letterale delle parole e delle espressioni adoperate, "con la conseguente preclusione del ricorso ad altri criteri interpretativi, quando la comune volontà delle parti emerga in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate, e sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa...".

(14) Si noti - invero - come impropriamente la sentenza della Cassazione invochi qui, al fine di fondare il diritto al risarcimento del danno, la regola sull'interpretazione del contratto secondo buona fede. Le regole di interpretazione (e anche quella di cui *all'art. 1366 c.c.*), infatti, servono (solo) a ricostruire il significato delle clausole contrattuali, e dunque a stabilire quali diritti e quali (corrispondenti) situazioni passive scaturiscano dal contratto, e con quale contenuto. Dopodiché un eventuale risarcimento del danno che - come ipotizzano i giudici del Supremo Collegio (si ricolleghi all'esercizio di uno di tali diritti (derivanti dal contratto) in maniera non conforme al canone di buona fede, troverà il suo fondamento non *nell'art. 1366 c.c.* (che fa riferimento ad una attività - l'interpretazione - che di per sé ha natura "intellettuale"; e ciò anche a sorvolare sulla questione di chi sia l'effettivo destinatario della regola in esame, se le parti o non piuttosto il giudice), ma semmai nell(a violazione dell') *art. 1375 c.c.*

(15) Più avanti, i giudici della Cassazione osservano che "In ipotesi di eventuale, provata disparità di forza fra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica".

(16) Oscuro è, peraltro, il brano immediatamente seguente, laddove i giudici del Supremo collegio affermano che codesta proporzionalità "esprime una certa procedimentalizzazione nell'esercizio del diritto di recesso (per es. attraverso la previsione di trattative, il riconoscimento di indennità ecc.)".

(17) Per una prima valutazione della sentenza v. Macario, Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione, in Corr. giur., 2009, 1577 ss., il quale si sofferma anche (in particolare nella seconda parte del contributo) su alcune problematiche che attengono specificamente al contratto di concessione di vendita quale fattispecie ascrivibile all'area del c.d. "terzo contratto", ossia del contratto tra imprese in situazione di diseguale potere contrattuale (cfr. AA.VV., Il terzo contratto, a cura di G. Gitti-G. Villa, Bologna, 2008, passim). Profilo, quest'ultimo, che non verrà esaminato nel presente Commento.

[18] A ciò si aggiunga che l'iter argomentativo seguito dai giudici appare, in diversi passaggi (alcuni dei quali già segnalati nelle pagine precedenti), poco lineare, se non addirittura confuso.
[19] Controllo che - come vedremo più avanti - deve, a nostro avviso, ammettersi in via di principio, ma delimitandone rigorosamente l'ambito e le modalità.
[20] La più rilevante di tali eccezioni è costituita dal rapporto di lavoro subordinato, dal quale il datore di lavoro non può liberamente sciogliersi unilateralmente (ossia, appunto, mediante recesso), perché la legge richiede comunque l'esistenza di una "giusta causa" o di un "giustificato motivo". Per quanto riguarda il rapporto contrattuale che qui interessa (ossia, la concessione di vendita), merita di essere evidenziato che il Regolamento comunitario di esenzione n. 1400/02 del 31 luglio 2002 (attualmente vigente), innovando rispetto ai regolamenti precedenti, ha introdotto (ai fini dell'esenzione di cui all'art. 81 par.3 Trattato CE) uno specifico "onere" di motivazione a carico del recedente (v. art. 3 par.4 reg. cit., il quale recita testualmente che "L'esenzione si applica a condizione che l'accordo verticale concluso con un distributore o riparatore preveda che un fornitore che intenda recedere da un accordo ne dia notifica per iscritto e specifichi i motivi particolareggiati, obiettivi e trasparenti del recesso", norma che - come si evince dal Considerando n. 9 del Regolamento è stata introdotta "onde evitare che un fornitore receda da un accordo perché un distributore o riparatore tiene un comportamento atto a stimolare la concorrenza, come ad es. ....l'attività multimarca ..."; sul punto si veda anche l'Opuscolo esplicativo al Regolamento n. 1400/02, predisposto dalla Direzione generale della concorrenza della Commissione europea, dove al par. 5.3.8., ancor più esplicitamente, si legge che "questa condizione [id est: l'onere di motivazione del recesso] è stata introdotta per impedire ad un fornitore di sciogliere un contratto perché un distributore o un riparatore tengono comportamenti che favoriscono la concorrenza, come le vendite attive e passive a consumatori stranieri, le vendite di marche di altri fornitori o il subappalto dei servizi di riparazione e manutenzione"). Sulla questione della idoneità delle norme dettate con i regolamenti d'esenzione per categoria di perseguire, oltre che obiettivi di tutela della concorrenza (per i quali tali norme sono specificamente dettate) anche finalità proprie della tutela prettamente "privatistica", v. Fabbio, op. cit., spec. par. 3.
[21] Cfr. Franzoni, Degli effetti del contratto, in AA.VV., Commentario del codice civile a cura di Schlesinger, Milano, 1998, sub art. 1373, 325-326, ove si legge che "nei rapporti a tempo indeterminato, qualora manchi la facoltà attribuita ad una parte di adire il giudice per la fissazione del termine, il recesso si configura come rimedio di carattere sussidiario e generale nel contempo (...) Avendo il recesso una portata generale, sarà dato ogni qualvolta il legislatore non abbia diversamente disposto, con il solo limite del rispetto della buona fede, che può comportare l'osservanza di un preavviso, seppure non previsto nel contratto ..." (corsivo aggiunto).
[22] È questa la giustificazione che viene solitamente prospettata in dottrina: cfr., nella letteratura sul tema dell'ultimo cinquantennio, in part., Mancini, Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro, I, Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario, Milano, 1962; Galgano, Degli effetti del contratto, in Commentario del codice civile, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1993, 62 (il quale osserva che, al fine di evitare vincoli perpetui, la legge impiega le due figure del termine finale e del recesso legale); Franzoni, Degli effetti del contratto, cit., 323 (ove si osserva esplicitamente che "il divieto dei vincoli perpetui è espressivo di un principio di ordine pubblico" e si giustifica in virtù dell'esistenza di detto "principio" la possibilità di attribuire portata "generale" al recesso, sebbene questo sia per altro verso un istituto che deroga alla regola *dell'art. 1372 c.c.* circa la forza vincolante del contratto per ciascun singolo contraente); Roselli, Il recesso dal contratto, in Trattato di diritto privato, diretto da Bessone, XIII, Il contratto in generale, 5, Torino, 2002, 268-69. In difformità da questa opinione v. Gabrielli-Padovini, voce Recesso (dir. priv.), in Enc. dir., XXXIX, 1988, 29 ss., i quali obiettano che la mancanza di un termine finale non necessariamente comporta la perpetuità del vincolo, poiché "il disinteresse manifestato in ordine alla durata del rapporto non implica affatto interesse alla perpetuità dello stesso" (onde - secondo questi autori - l'attribuzione di un potere di recesso in mancanza di un termine finale va spiegata diversamente, e "non corrisponde ad una valutazione negativa del vincolo da parte dell'ordinamento"). Al che si è, tuttavia, replicato che "se manca un termine finale, il rapporto è sicuramente a tempo indeterminato", e anche quest'ultimo tipo di rapporto "seppure in misura minore rispetto al vincolo perpetuo, è causa di quella limitazione all'esercizio dell'autonomia privata che i rimedi dettati in numerose disposizioni [tra cui il diritto di recesso] tendono ad evitare ..." (così Franzoni, Degli effetti del contratto, cit., 325).
[23] Un elenco di tali disposizioni si legge in De Nova, Il recesso, in Sacco-De Nova, Il contratto, 2, in Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, 737-738.
[24] È diffusa la tesi che configura il diritto di recesso dai contratti a tempo indeterminato come "recesso determinativo", ossia come atto che serve a determinare l'oggetto del contratto, delimitandolo dal punto di vista della durata della prestazione: v. in part., Gabrielli-Padovini, Recesso, cit., 29 ss., e la letteratura ivi citata, cui adde, ad es., Sirena, I recessi unilaterali, in Roppo, Trattato del contratto, III, Effetti, a cura di M. Costanza, Milano, 2006, 113 ss., spec. 117, 121. Al riguardo v. anche Franzoni, Degli effetti del contratto, cit., 339 (ove si legge che "il ricorso al giudice per la fissazione di un termine o il recesso costituiscono modalità alternative per l'integrazione del contratto, qualora il rapporto sia di durata e manchi la previsione della scadenza"), e 340 (ove si precisa che "Nella funzione determinativa non va ... compresa quella di rendere determinato l'oggetto della prestazione dedotto in contratto", osservandosi che nei contratti di durata "la determinabilità della prestazione non è in funzione della possibilità di indicare un termine finale, ma della persistenza dell'interesse di almeno una parte a ricevere la prestazione continuativa", e così - ad es. - "il corrispettivo di una somministrazione deve essere pattuito a prescindere dalla durata del rapporto che può non essere prefissata, senza che da ciò derivi una indeterminatezza dell'oggetto del contratto, da determinarsi successivamente con il recesso...").
[25] Si può tanto prevedere che la possibilità di recesso sia collegata alla sussistenza di determinate "cause" già predeterminate, sia che essa richieda soltanto l'esistenza (generica) di "una causa", nel qual ultimo caso si tratterebbe più che altro di un onere di motivazione che verrebbe posto a carico del recedente.
[26] Il profilo del preavviso (di recesso) è variamente disciplinato dal legislatore. Ad es. *l'art. 1569 c.c.* statuisce che si può recedere dalla somministrazione (a tempo indeterminato) dando preavviso entro il termine pattuito o in quello stabilito dagli usi ovvero, in mancanza, in un "termine congruo" avuto riguardo alla natura della somministrazione. Nel contratto di agenzia a tempo indeterminato, *l'art. 1750 c.c.* prevede che il recesso (ad nutum) possa essere esercitato con un preavviso, la cui determinazione viene lasciata alla autonomia dei contraenti, ma questa volta con fissazione legale di limiti "minimi" (limiti che arrivano sino a sei mesi nel caso di contratto che duri da sei

anni o più). Nel contratto di affiliazione commerciale, la norma dell'*art. 3 l. n. 129 del 2004*, che regola propriamente la durata minima del contratto (disponendo che essa deve essere sufficiente all'ammortamento degli investimenti effettuati dall'affiliato, e comunque non può essere inferiore a tre anni), consente probabilmente di desumere (implicitamente) una regola di non recedibilità dal contratto di affiliazione commerciale (ma v. anche la nota seguente) in ipotesi stipulato a tempo indeterminato se non siano trascorsi almeno tre anni dall'inizio del rapporto (e salva naturalmente la ordinaria possibilità di risoluzione del contratto per inadempimento).

(27) Si potrebbe osservare che dal principio (di ordine pubblico) secondo il quale l'ordinamento non ammette (e comunque non favorisce) l'esistenza di vincoli perpetui, deriva semplicemente la necessità di riconoscere alla parte di un rapporto a tempo indeterminato una facoltà di "recesso", non anche una facoltà di recesso ad nutum, ossia immotivato. Se si accedesse a questo ordine di idee, si aprirebbe la strada all'idea che - se un dato contratto non è regolato (contratto atipico), o non contiene in sede di disciplina legale alcuna previsione in ordine alla facoltà di recesso (l'interprete possa colmare la "lacuna" anche pervenendo in thesi al riconoscimento sì di un potere di recesso, ma tuttavia di un potere di recesso non libero bensì subordinato alla sussistenza di una "giustificazione". Conclusione alla quale - oltre che dalla eventuale applicazione analogica di specifiche previsioni in tal senso contenute nella disciplina di un contratto "simile" -, l'interprete potrebbe ritenersi legittimato a pervenire magari in applicazione del canone di buona fede. Osserviamo, tuttavia, che: a) una recedibilità (dai rapporti a tempo indeterminato) eventualmente subordinata non solo all'onere di un (congruo) preavviso, ma anche alla sussistenza di una "causa giustificatrice", potrebbe non costituire attuazione (piena) del principio che vieta la costituzione e la permanenza di vincoli perpetui. Il bilanciamento degli interessi (contrapposti) delle parti,e in particolare la tutela del contraente che subisce il recesso, pare assicurabile piuttosto attraverso una adeguata disciplina del profilo del "preavviso"; b) desumere dal canone di buona fede uno specifico obbligo/onere di motivazione del recesso presuppone che si aderisca all'indirizzo (diffuso, ma tutt'altro che pacifico) secondo cui la buona fede - anche nel nostro ordinamento - può essere configurata come uno strumento di controllo dell'autonomia privata, in particolare sia nel senso di costituire un parametro di validità del contratto e/o delle clausole contrattuali, sia nel senso di porsi come fonte di obblighi e/o di oneri ulteriori (integrativi) rispetto a quelli previsti dall'autonomia privata. Sulla figura del recesso ad nutum cfr., specificamente, Sangiorgi, Rapporti di durata e recesso ad nutum, Milano, 1965.

(28) Nel senso "forte", di recesso possibile solo in presenza di determinate "cause" (più o meno tassativamente individuate), ovvero nel senso "debole", di recesso che debba essere accompagnato da una "motivazione". V. supra, nota 25.

(29) Cfr. Roselli, op. cit., 276, dove - con riferimento alle fattispecie di recesso ad nutum (si osserva che "in tanto il legislatore permette il recesso di questo tipo in quanto ritiene di poter attenuare la forza vincolante del contratto, senza pregiudizio di interessi particolarmente rilevanti sotto il profilo socio-economico o addirittura tutelati a livello costituzionale".

(30) La causa (rectius: il motivo) del recesso potrebbe essere stato esplicitato dal recedente (sebbene la legge non lo richieda), o comunque risultare dagli atti di causa.

(31) Se, infatti, non è richiesta una "causa" per recedere, non c'è neanche un "oggetto" su cui esercitare un controllo in questa direzione; e, quand'anche, accidentalmente, il motivo (o scopo) del recesso risultasse enunciato e/o fosse comunque individuabile (v. la nota precedente), non per questo esso cesserebbe di essere irrilevante, né per questo diventerebbe possibile un suo sindacato.

(32) Sul problema (più generale) se vi siano figure di diritto non suscettibili di "abuso" v. Breccia, L'abuso del diritto, in Diritto privato1997, III, L'abuso del diritto, Padova, 1998, 5 ss., 72 ss. (e ivi il richiamo alla distinzione tra droits discrétionnaires o non causés da un lato e droits contrôlés o droits causés dall'altro).

(33) Intendiamo dire che un controllo basato sul criterio dell'abuso del diritto sarebbe ben possibile con riferimento a fattispecie di recesso "qualificato" (e dunque, non ad nutum), come pure - più in generale (con riferimento all'esercizio di altri diritti soggettivi. In ogni caso, poi - come vedremo nel paragrafo seguente (l'esclusione del controllo in base al criterio dell'abuso, non esclude che anche l'esercizio del diritto di recesso ad nutum debba avvenire in conformità al canone della buona fede.

(34) Quello indicato nel testo è, in verità, solo uno dei criteri che vengono indicati (e sono, talora, anche "codificati" legislativamente) come indici di un esercizio "abusivo" del diritto (si veda in proposito Breccia, L'abuso del diritto, cit., 26-27), ma è anche quello che meglio si presta a ricomprendere (e, per così dire, ad assorbire) gli altri (intenzione esclusiva di nuocere, inammissibile sproporzione tra l'interesse perseguito e quello sacrificato, ecc.)

(35) E può, pertanto, verificarsi una discrasia tra lo/gli scopo/i per il/i quale/i il diritto di recesso è ammesso, e lo scopo concreto in vista del quale esso è stato esercitato.

(36) Come invece sembrerebbe affermare la sentenza della Corte d'appello di Roma, che - se così fosse - sarebbe certamente non condivisibile con riferimento a tale affermazione "di principio".

(37) È questo un punto che può considerarsi ormai abbastanza consolidato, sia in dottrina che in giurisprudenza. Quanto alla prima si veda ad es. Bianca, Diritto civile, 3, Il contratto, Milano, 2000, 740-741 (secondo il quale il rispetto del principio di buona fede esige, fra l'altro, che il potere di recesso unilaterale sia esercitato in maniera da salvaguardare l'interesse dell'altra parte se ciò non comporti per il recedente un apprezzabile sacrificio: "così - scrive B. - l'importanza che il rapporto può avere per la parte, e la difficoltà di trovare un immediato rimpiazzo, possono richiedere che l'atto di recesso sia comunicato con un congruo preavviso"; corsivo nostro); Santoro, L'abuso del diritto di recesso ad nutum, in Contr. e impr., 1986, 766 ss. (quest'a. - che muove, peraltro, dalla identificazione tra "abuso del diritto" ed esercizio "scorretto" o di mala fede del diritto (configura l'ipotesi dell'abuso in presenza di un "affidamento" della controparte e della mancanza di una "giusta causa" che renda ragione dell'atto abdicativo, e per parare l'obiezione secondo cui in tal modo si finisce per eliminare qualsiasi differenza tra il recesso ad nutum e le altre ipotesi per le quali il legislatore prevede l'esistenza di una "giusta causa", osserva che la distinzione permarrebbe, oltre che per la diversa distribuzione dell'onere della prova [nel caso di recesso ad nutum spettando a chi subisce il recesso l'onere di dimostrare il carattere "affatto inopinato del recesso"], anche perché nel caso di recesso ad nutum l'assenza di una attendibile ragione non viene in rilievo in sé, ma solo quale indice di un esercizio "scorretto" del diritto); C. Scognamiglio, Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto, in AA.VV., Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2001, 357 ss. Quanto alla giurisprudenza, va soprattutto menzionata quella in materia di esercizio "abusivo" (rectius: di mala fede) del diritto di recesso della banca dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato (v., tra le ormai numerose pronunce sul punto, nell'arco di poco più di un decennio: *Cass. 21 maggio 1997, n. 4538,* in Giust. civ., 1998, I,

509, con nota di Costanza; *Cass. 14 luglio 2000, n. 9321,* in Corr. giur., 2000, 1479 ss, con nota di Di Majo, La buona fede correttiva di regole contrattuali; nonché *Cass. 21 febbraio 2003, n. 2642,* in Giust. civ. Mass. 2003, 375): su questa giurisprudenza v. anche Galgano, Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca, in Contr. e impr., 1998, 18 ss., Baraldi, Le "mobili frontiere" dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo indeterminato, in Contr. e impr., 2001, 927, e, nella più recente manualistica, D'Amico, Comportamento del creditore. Mora accipiendi, in AA.VV., Diritto civile, III, Obbligazioni, 1, Il rapporto obbligatorio, a cura di Lipari-Rescigno, Milano, 2009, 218 ss.

(38) Cfr. Sacco, Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto, in Trattato di diritto civile, diretto da Sacco, Torino, 2001, 373 (ove si legge: "....La dottrina dell'abuso non contiene contraddizioni, né errori ... Ma la dottrina dell'abuso è superflua... Essa è in qualche caso un medio logico inutile; negli altri casi un inutile doppione. L'inclusione di una categoria parassita non vale ad arricchire il sistema del giurista; lo rende più confuso"); e v. anche, con riferimento a questo profilo, Gentili, A proposito de "Il diritto soggettivo", in Riv. dir. civ., 2004, II, 367. La sovrapposizione tra buona fede e abuso del diritto è abbastanza diffusa in dottrina (oltre che in giurisprudenza, come dimostra la sentenza qui in commento): cfr. ad es. - volendo limitarsi a due citazioni che si collocano rispettivamente all'inizio e alla fine dell'ultimo cinquantennio (Natoli, Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, 26 ss., e Galgano, Trattato di diritto civile, II, Padova, 2009, 556, spec. 568 ss. (il quale intitola il cap. XV "Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto", anche se poi quest'ultimo a. concretamente prospetta un'interferenza tra i due criteri solo a proposito dell'esecuzione del contratto, osservando che "la violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto può anche configurarsi come abuso del diritto", e fa l'esempio - fra l'altro - del recesso ad nutum dal contratto di apertura di credito). Riguardo a tale sovrapposizione va intanto osservato come - anche a tacere degli altri argomenti cui alludiamo nel testo (la possibilità di fondare l'abuso sulla regola di buona fede sembra avere una sua plausibilità (ma solo, comunque, in via di posizione astratta del problema), per quanto riguarda il nostro ordinamento, solo in materia di diritti "relativi" e più in generale di diritti scaturenti da un contratto: diritti per il cui esercizio, appunto, il legislatore enuncia (negli *artt. 1175 e 1375 c.c.*) il criterio della correttezza/buona fede (ed è, infatti, limitatamente a questo ambito che le due nozioni vengono accostate, ad es., in Rescigno, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1965, I, 225 ss., 232; e v. anche Cattaneo, Buona fede obiettiva e abuso del diritto, in Riv.trim. dir. proc. civ., 1971, 634 ss.), che non trova riscontro invece (almeno esplicitamente) nella disciplina di altri diritti (ad es. il diritto di proprietà), per i quali pure si può porre un problema di esercizio "abusivo". Diverso è il caso di altri ordinamenti, come ad es. quello svizzero (che è, fra l'altro, uno degli ordinamenti che "codifica" espressamente il divieto di abuso del diritto in termini generali), nel quale la norma che prevede l'abuso (*art. 2 del cod. civ.* svizzero: "1. Ognuno è tenuto ad agire secondo la buona fede così nell'esercizio dei propri diritti come nell'adempimento dei propri obblighi. (2. Il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge") istituisce uno stretto legame tra questa figura e la violazione del dovere di buona fede.

(39) Sebbene con una impostazione diversa da quella sostenuta in queste pagine, considera indebita la sovrapposizione tra (divieto di) "abuso del diritto" e regola di buona fede anche Restivo, Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto, Milano, 2007, passim, e spec. 147 ss.

(40) Per la necessità di non escludere dall'ambito di operatività del principio che vieta l'abuso, le libertà e più in generale l'esercizio di semplici "prerogative" accordate ad un soggetto, v. per tutti la fondamentale indagine di Rescigno, L'abuso del diritto, cit., 225 ss., e, più di recente, Breccia, L'abuso del diritto, cit., 69 ss. In particolare, sulla possibilità di (e sui limiti entro cui è possibile) ricondurre al principio in esame anche il c.d. "abuso della libertà contrattuale" sia consentito anche il rinvio a D'Amico, L'abuso di autonomia negoziale: nozione e rimedi, Relazione svolto all'Incontro di studio di Siena, 18 settembre 2009 sul tema "La formazione del contratto", in corso di pubblicazione. Per una nozione più ampia di "abuso contrattuale" (quale ipotesi comunque riconducibile allo schema dell'"abuso del diritto" v., invece, Di Marzio, voce Abuso contrattuale, in Enc. giur., 2007, I, 1 ss.

(41) Il riferimento è a D'Amico, L'abuso di autonomia negoziale: nozione e rimedi, cit. alla nota precedente.

(42) Si pensi - per restare nel campo del diritto di recesso (all'ipotesi in cui un datore di lavoro effettui un licenziamento "in tronco" di un lavoratore, in mancanza di una "giusta causa" di recesso dal rapporto di lavoro. Costituisce un'ipotesi di esercizio "illegittimo" del diritto di recesso (e non di "abuso") anche quella in cui sia dichiarata "fittiziamente" (simulatamente) la presenza di un certa causa del licenziamento, che in realtà avviene per motivi diversi (ad es. per "liberarsi" di un lavoratore "scomodo", perché impegnato sindacalmente).

(43) Per il richiamo (fra le altre) alla disposizione *dell'art. 1438 c.c.*, nella materia dell'abuso del diritto, v. già Natoli, Note preliminari, cit., 34 ss., e, più di recente, Sacco, L'esercizio e l'abuso del diritto, cit., 355 ss. (dove *l'art. 1438 c.c.* viene - riassumendo le indicazioni provenienti dalle analisi dottrinali - individuato come uno dei momenti di emersione normativa della riprovazione dell'abuso). Sulla fattispecie *dell'art. 1438 c.c.* ci permettiamo di rinviare a D'Amico, voce Violenza (dir. priv.), in Enc. dir., XLVI, 1993, 858 ss., spec. 870 ss. (ed ivi ulteriori riferimenti).

(44) Il vantaggio "ingiusto", di cui parla la norma in esame, è un vantaggio non dovuto, un vantaggio che non rientra nel contenuto del diritto di cui si minaccia l'esercizio.

(45) Cfr. Del Prato, La minaccia di far valere un diritto, Padova, 1990.

(46) Tanto da assimilare il comportamento considerato a quello di chi estorca il contratto attraverso la minaccia di un male "ingiusto" (cioè di un male che il minacciato non è tenuto a subire, non essendoci in ipotesi un "diritto" del minacciante di infliggere tale male).

(47) Il fatto che nel testo si parli di "motivo", non deve far pensare che ci si intenda riferire ad una componente "psicologica" (o comunque "soggettiva"). Deve essere chiaro, infatti, che l'indagine che l'interprete deve compiere al fine di accertare l'"abuso" è un'indagine eminentemente (ed esclusivamente) "oggettiva", volta ad accertare se dall'esercizio del diritto sia stata tratta una "utilità" diversa e ulteriore rispetto a quelle assicurate di per sé dal contenuto del diritto, e se questa utilità sia il vero scopo (nel senso, appunto, oggettivo di "risultato") al quale l'esercizio del diritto era diretto.

(48) La disposizione *dell'art. 1438 c.c.* appare così il dato normativo che forse meglio consente di enucleare i caratteri dell'abuso del diritto. Meglio (sicuramente (*dell'art. 833 c.c.* (relativo alla classica figura della aemulatio), nel quale (ad es.) appare discutibile, perché troppo restrittivo, il requisito rappresentato dalla assenza di qualsiasi utilità per l'autore dell'atto di esercizio del diritto.

[49] È opportuno, peraltro, sottolineare che la rinegoziazione delle condizioni contrattuali, dopo aver esercitato il recesso dal rapporto, non è di per sé indice di un comportamento di "abuso" del diritto di recesso. Può ben darsi infatti che una parte si sia riservata nel contratto la facoltà di recedere (e che l'altra parte abbia accordato tale facoltà) proprio al fine di disporre di uno strumento per potersi sciogliere dal vincolo in presenza di una mutata situazione di mercato, o, comunque, di un cambimento delle condizioni dalle quali deriva la convenienza (soggettiva) dell'operazione. In tal caso, rinegoziare con la medesima controparte le condizioni del rapporto, al fine di pervenire (eventualmente) alla stipula di un nuovo (e più conveniente) contratto, non costituisce di per sé un comportamento che denoti l'abusività del precedente recesso.
[50] Si tratta di fattispecie che - come è agevole intuire - potrebbero, ricorrendo tutti gli altri presupposti, integrare l'ipotesi di cui *all'art. 1438 c.c.* (alla quale si è sopra fatto riferimento): così ad es. nel caso in cui la (minaccia de)l recesso sia prospettata al fine di concludere una transazione vantaggiosa, oppure per stipulare un accordo modificativo e/o novativo dei precedenti patti (anche in questo caso, a condizioni vantaggiose per il virtuale "recedente"). V. anche quando diciamo subito infra (nel testo e nella nota seguente), a proposito della qualificabilità di tali fattispecie (quando ineriscano a un contratto tra imprese) anche alla stregua dell'art. 9 l. subfornitura (ove ricorrano, ovviamente, tutti gli altri elementi richiesti da tale norma), con la possibilità però in tal caso che sia diverso anche il rimedio (la nullità, anziché l'annullabilità ex *art. 1438 c.c.* o il mero risarcimento del danno).
[51] Va, peraltro, osservato che non sembra questo il caso della fattispecie decisa nei tre gradi di giudizio conclusisi con la sentenza della Cassazione n. 20106/2009. In primo luogo perché, nel caso concreto, all'epoca dei fatti (ossia all'epoca in cui era stato esercitato il diritto di recesso) la legge 18 luglio 1998, n. 192 sulla subfornitura non era ancora stata emanata (per una fattispecie in cui, invece, poteva - almeno astrattamente (trovare applicazione ratione temporis la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, v. la già citata ordinanza di Trib. Roma 27-10/5-11-2003, Autofur s.r.l. c. Renault Italia S.p.a., che ha peraltro negato in concreto la ricorrenza nella specie di una ipotesi integrante gli estremi di cui all'art. 9 l. subforn. ). In secondo luogo perché, quand'anche tale legge fosse già stata in vigore, non sembra che il recesso concretamente esercitato dalla Renault nei confronti dei suoi concessionari presentasse carattere "abusivo", nel senso che abbiamo cercato di precisare nel testo (appropriazione - nei confronti della controparte (di una utilità diversa e ulteriore rispetto a quelle assicurate dal contenuto del diritto).
[52] V. anche infra, nota 63.
[53] La fattispecie dell'art. 9 richiede la presenza di elementi "specificanti" (rispetto al "generico" contesto, nel quale può verificarsi un "abuso del diritto"), che giustificano la più "specifica" sanzione disposta dal legislatore rispetto al semplice risarcimento del danno: tra tali elementi, va ricordato in particolare quello per cui una delle imprese contraenti deve trovarsi in una situazione di "dipendenza economica", e cioè in una situazione che in particolare si caratterizzi per la mancanza di una reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Mentre quindi - per dirla altrimenti e in maniera semplificata - un "generico" abuso del diritto di recesso dà luogo (e poteva dar luogo anche prima della *l. n. 192 del 1998*) ad una reazione in termini meramente "risarcitori", un recesso che risulti (oggi) integrare la fattispecie "specifica" di un abuso di dipendenza economica sarà suscettibile di implicare l'applicazione di un rimedio non solo di tipo risarcitorio, ma altresì di tipo "reale" (nullità del recesso; a meno che si escluda che la formula di cui al 3° comma dell'*art. 9 l. n. 192 del 1998* possa essere applicata, sia pure in via di interpretazione estensiva anche ad atti unilaterali - oltre che ai "patti" (attraverso i quali possa essersi realizzato un "abuso" di dipendenza economica). Il che dà ragione del novum introdotto, anche sotto il profilo considerato, dalla legge sulla subfornitura.
[54] Con l'abuso del diritto, l'ipotesi dell'abuso di dipendenza economica ha in comune la circostanza che anche qui colui che "abusa" cerca di ottenere "vantaggi" ai quali non ha "diritto" (per la descrizione del fenomeno, e per i doverosi riferimenti bibliografici, si consentito il rinvio a D'Amico, Il terzo contratto. La formazione, in AA.VV., Il terzo contratto a cura di G. Gitti-G. Villa, Bologna, 2008, 61 ss.). Per la distinzione tra "abuso del diritto" e "abuso di una situazione di fatto" v. (per una più ampia argomentazione) D'Amico, L'abuso di autonomia negoziale: fattispecie e rimedi, cit. Come già accennato supra, alla nota 50, secondo peraltro un orientamento alquanto diffuso, sarebbe possibile ricondurre al concetto e alla problematica dell'"abuso del diritto" anche le situazioni di "abuso" del potere contrattuale (nelle varie configurazioni che possono assumere: abuso di posizione dominante, abuso di dipendenza economica, clausole "abusive" nei contratti dei consumatori, ecc.): cfr., ad es., oltre Di Marzio, Abuso contrattuale, già citato, Macario, Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?, in Riv. dir. civ., 2005, I, 663 ss.; Breccia, L'abuso del diritto, cit., passim e spec. 37 ss.; Sacco, L'abuso della libertà contrattuale, in Diritto privato 1997, cit., passim. Posizione questa che è, ad un tempo, causa ed effetto (a nostro avviso (della sovrapposizione tra "abuso del diritto" e regola di "buona fede" (v. supra, testo e nt. 38), che non a caso è fondamentalmente "assunta" (sia pure in prospettive diverse) dagli autori or ora citati.
[55] Ciò che non sempre accade, ben potendosi avere comportamenti "abusivi" ex *art. 9 L. 192/98* che non consistono in atti di esercizio di un "diritto".
[56] Rectius: contrario a buona fede. È il caso di ricordare che (anche prima dell'introduzione della legge sulla subfornitura, e senza invocare la teorica dell'abuso del diritto (la dottrina aveva fatto ricorso al principio di buona fede come principio idoneo a governare "il delicato intreccio di interessi provocato dalla fine della cooperazione tra i partners" nei rapporti di distribuzione integrata (cfr. Pardolesi, voce Contratti di distribuzione, in Enc. giur. Treccani, IX, 1988, 8 ss.; e, già prima, Id., I contratti di distribuzione, Napoli, 1979, 299 ss.). In questa prospettiva, era stata sollevata in particolare "l'esigenza di proteggere il concessionario e gli investimenti da lui compiuti contro il pericolo di recesso unilaterale o del mancato rinnovo da parte del produttore", e - prendendo appunto a base il principio di buona fede (*art. 1375 c.c.*), oltre che alcune disposizioni specifiche (*artt. 1671, 2237 e 1727 c.c.*) (si era proposto di considerare illecito il recesso intimato dal concedente (senza giusta causa) prima che fosse trascorso un lasso di tempo sufficiente ad accordare al concessionario una ragionevole chance di recupero degli investimenti che lo scioglimento rende irrecuperabili, e di riconoscergli conseguentemente una tutela risarcitoria (cfr. Pardolesi, I contratti di distribuzione, cit., 323 ss.; e v. anche Cagnasso, La concessione di vendita. Problemi di qualificazione, Milano, 1983, 118 ss.).
[57] Il pericolo è, soprattutto, che attraverso l'esigenza di reprimere gli "abusi" si finiscano per introdurre forme di controllo che possano rimettere in discussione diritti e/o prerogative riconosciute dall'ordinamento ai soggetti. Bisogna evitare ad es. che attraverso il controllo sull'abuso il giudice arrivi a sindacare il merito delle scelte imprenditoriali, quando queste debbano ritenersi essenzialmente libere in

quanto incidenti sul rischio che l'imprenditore assume nello svolgimento della propria attività (ad es.: esigenze di ristrutturazione della rete di vendita, che siano poste a base del recesso; come avveniva nella vicenda di cui ci stiamo occupando). Peraltro va osservato che l'esperienza giurisprudenziale, in un campo abbastanza emblematico qual è quello dei licenziamenti dei lavoratori subordinati, mostra come i giudici si guardino bene dal sindacare (in presenza di un giustificato motivo "oggettivo", e in particolare di un licenziamento per ristrutturazione aziendale) il merito delle scelte dell'imprenditore, mostrando così consapevolezza che un tale sindacato finirebbe per risolversi nella lesione della fondamentale libertà di iniziativa economica privata, tutelata *dall'art. 41 Cost.*

(58) La distinzione tra i due profili - va ammesso -, per quanto chiara sul piano concettuale, può in concreto (e in relazione a determinate fattispecie) rivelarsi difficile da operare. Emblematico è, ad es., il caso delle "clausole vessatorie" o "abusive" (fattispecie che a nostro avviso va inquadrata nel fenomeno dell'abuso del diritto: v. D'Amico, L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori, in Riv. dir. civ., 2005, I, spec. 646 ss.): e, infatti, l'utilizzazione dello speciale "potere" di autonomia contrattuale (che l'ordinamento accorda all'imprenditore consentendogli di adoperare "condizioni generali di contratto") per uno "scopo" diverso da quello per il quale quel potere è accordato (profilo che consente, appunto, di richiamare lo schema dell'abuso del diritto) si intreccia con la violazione della buona fede (si veda la definizione di clausola vessatoria ora contenuta nell'art. 33 cod. cons., e sempre che si accetti di interpretare la "buona fede" cui allude questa norma come buona fede in senso oggettivo, e non come buona fede in senso soggettivo). Un esempio speculare è fornito dall'ipotesi dell'"abuso" di dipendenza economica (fattispecie che a nostro avviso non va inquadrata nel fenomeno dell'abuso del diritto), la quale pure mostra come la violazione della buona fede possa in taluni casi emergere proprio attraverso la considerazione dello scopo del comportamento (scopo che - nell'ipotesi di "abuso" di dipendenza economica (consiste nel tentativo dell'imprenditore in posizione di dominanza relativa di appropriarsi, in sede di svolgimento del rapporto, di una parte dell'utile che in base al contratto spetterebbe alla controparte contrattuale).

(59) È l'indicazione che si ricava dalla giurisprudenza, già sopra citata, sul recesso ad nutum dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato (v. supra, nota 37).

(60) La valutazione di questo profilo (che attiene, peraltro, ad una tipica questione di fatto) non era mancata - come già si è avuto modo di segnalare (nei due gradi di merito del giudizio relativo alla vicenda in esame (e soprattutto nel primo). L'esistenza di un "legittimo affidamento" (nella prosecuzione del rapporto) era stata, in particolare, esclusa con due argomentazioni: a) anzitutto perché il supposto "affidamento" sarebbe dovuto sorgere a recesso già intimato (e in pendenza del termine di preavviso), il che già di per sé indeboliva la tesi dei concessionari; b) in secondo luogo perché l'effettuazione di (ulteriori) "investimenti" (anche, talora, con apertura di nuove sedi) da parte dei concessionari era avvenuta per iniziativa di questi ultimi e non su sollecitazione della società concedente, e comunque rientrava nell'ambito dell'osservanza degli obblighi contrattuali alla quale i concessionari erano tenuti anche in pendenza del preavviso di recesso (della durata di un anno) e sino alla data di scioglimento del rapporto. Attesa l'insindacabilità nel merito di queste valutazioni nel giudizio in Cassazione, i giudici del Supremo Collegio avrebbero potuto ritenere (eventualmente) contraddittoria e/o illogica la motivazione sul punto dei giudici di merito. Essi, invece, hanno scelto la strada di cassare (con rinvio) la sentenza impugnata, per erronea interpretazione e applicazione di principi di diritto (in particolare del principio che vieta l'abuso del diritto), rimettendo al giudice del rinvio una valutazione fattuale che in realtà era stata già effettuata (e che evidentemente la Cassazione non ha condiviso).

(61) V. anche la nota precedente.

(62) La terminologia è quella di Sacco (op. cit., 326,341), il quale individua (descrittivamente) l'atto "abusivo" come "l'atto reso tale da circostanze concomitanti che lo dequalificano".

(63) Anche sul piano dei rimedi - come si è avuto modo, sia pure incidentalmente, di accennare nel corso di questa Nota (abuso del diritto e violazione della buona fede si pongono su piani diversi. Mentre, infatti, la violazione del dovere di buona fede (fattispecie dell'esercizio "scorretto" di un diritto in sede di esecuzione del contratto) comporta come tale un rimedio di tipo risarcitorio, l'abuso del diritto - sebbene anch'esso sanzionato tendenzialmente attraverso una forma di "responsabilità" (lascia aperta la possibilità di una tutela (per così dire) "reale", che si esprima attraverso rimedi diversi dal mero risarcimento del danno (sul punto v. ad es. Breccia, L'abuso del diritto, cit., 30 ss.).

**BUONA FEDE E ABUSO DEL DIRITTO DI RECESSO AD NUTUM TRA AUTONOMIA PRIVATA E SINDACATO GIURISDIZIONALE.**

Giurisprudenza Commerciale, fasc.2, 2011, pag. 295
Eugenio Barcellona -

**Classificazioni:** OBBLIGAZIONI E CONTRATTI - Buona fede nell'esecuzione del contratto
Sommario: 1. Il caso. — 2. La sentenza della Corte di Cassazione. — 3. La rilevanza della «buona fede» nei contratti: a) buona fede e interpretazione. — 4. Segue. b): buona fede ed esecuzione del contratto. — 5. Alcune considerazioni in tema di «abuso di diritto». — 6. Illegittimità del recesso: effetti.

1. *Il caso.* — Fra un noto gruppo automobilistico e un numero assai cospicuo di imprese di distribuzione intercorrevano altrettanti contratti di cd. concessione di vendita, contenenti (*inter alia*) una clausola che attribuiva al concedente la facoltà di recesso *ad nutum.*
In seguito all'esercizio del recesso da parte del concedente, i concessionari adivano il Giudice sostenendo che il recesso era stato esercitato abusivamente, con il pretesto di una riorganizzazione della rete di vendita ma in realtà con il preciso fine di riallocare taluni ex dipendenti del gruppo, e chiedevano di conseguenza il risarcimento del danno.
La domanda dei concessionari veniva respinta in entrambi i gradi di merito; i Giudici di prime e seconde cure, infatti, avevano ritenuto che la condotta del concedente fosse conforme al regolamento pattizio, non modificabile dal Giudice; non sussisteva inoltre — secondo i Giudici di merito — alcuna violazione degli obblighi di buona fede, peraltro insuscettibili di generare obbligazioni autonome (1) , né veniva in rilievo l'istituto dell'abuso del diritto, mancando l'*animus nocendi* e l'assenza di benefici per il titolare del diritto.
2. *La sentenza della Corte di Cassazione*(2) . — La Corte di Cassazione, nell'accogliere il ricorso dei concessionari, rinviando al Giudice di merito per un nuovo giudizio, fonda la propria decisione su due capisaldi: segnatamente, (i) principio di «buona fede» e (ii) «abuso di diritto», senza che sia sempre agevole stabilire a quale fra i due principi debba attribuirsi la supremazia gerarchica nell'economia dell'impianto motivazionale (3) , come pare, peraltro, essere consapevole la stessa Suprema Corte: «*i due principi* — essa statuisce — *si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione fra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti*».
Ad ogni modo, vuoi muovendo dal canone generale della buona fede, vuoi muovendo dal principio generale per cui nessun diritto soggettivo assoluto e/o nessun potere (conferito da legge o da contratto) legittima il titolare ad esulare dall'ambito o «funzione» per cui esso è previsto, la Corte perviene alla conclusione — vero *quid* della sentenza in commento — della sindacabilità nel merito, a certe condizioni e su certi presupposti, anche del recesso *ad nutum.*
Ora, sebbene tale conclusione non costituisca affatto, nel suo contenuto strettamente dispositivo, una particolare novità nel panorama giurisprudenziale italiano (4) , è netta la percezione che la Corte abbia voluto non semplicemente limitarsi a ribadire un principio di diritto piuttosto consolidato, quanto illustrare — a mo' di «trattato» o addirittura di «manifesto» e con spirito più didascalico che non rigorosamente nomo-filattico (5) — una complessiva rivisitazione di un diritto privato che si vorrebbe ri-orientato «socialmente» alla luce di una rinnovata attenzione ai valori costituzionali della «solidarietà sociale» (art. 2, Cost.) e della «funzione sociale» della proprietà (art. 42, Cost.) (6) .
3. *La rilevanza della «buona fede» nei contratti:* a) *buona fede e interpretazione.* — In relazione al primo caposaldo della sua decisione *principio di buona fede*), la Corte enfatizza in massimo grado il ruolo della clausola generale di buona fede e correttezza — intesa come vero e proprio «*tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico*» (7) —, e tanto fa con riferimento ad ogni momento della complessa vicenda negoziale: l'*iter* di formazione del vincolo (art. 1337 c.c.); l'interpretazione del regolamento pattizio (art. 1366 c.c.); l'esecuzione del programma obbligatorio/negoziale (artt. 1175 e 1375 c.c.).
In relazione al momento interpretativo, la Corte dedica largo spazio al ruolo «correttivo» (o integrativo) della interpretazione secondo buona fede (art. 1366 c.c.) dei contratti, affermando senza esitazioni che «*il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare*, *anche in senso modificativo od integrativo* [sic]*, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi*».
Tale ragionamento solleva perplessità circa quanto meno due aspetti.
In primo luogo, l'imputazione al criterio ermeneutico di buona fede (art. 1366 c.c.) di una funzione (non semplicemente e per l'appunto ermeneutica in senso proprio, bensì) «*modificativa*» o «*correttiva*» del regolamento pattizio, seppur condiviso da taluna dottrina (8) , non pare tener conto della radicale differenza tra il procedimento interpretativo e quello modificativo/correttivo. Il primo, infatti, è finalizzato a «razionalizzare» il procedimento di accertamento di una regola pattizia formulata difettosamente e a risolvere possibili conflitti interpretativi *inter cives* e, quindi, sempre puramente *privatistici*; il secondo, invece, è lo strumento risolutorio del conflitto tra «*autonomia privata*» e «*Stato*», conflitto che, per l'appunto, si risolve non sul piano dell'interpretazione bensì su quello «correttivo» o «modificativo», vale a dire sul piano

«invalidatorio»/«caducatorio» (9) . Attribuire alle norme di interpretazione una valenza correttiva/modificativa appare dunque contrario al ruolo stesso delle norme interpretative.
In secondo luogo, l'impiego del criterio di buona fede per ripristinare (*ope iudicis*) il «*giusto equilibrio degli opposti interessi*», il tutto all'insegna del canone costituzionale della «*solidarietà sociale*» di cui all'art. 2, Cost., pare scontrarsi con il principio — fondamentale in uno Stato di diritto — che solo al legislatore, e non al giudice, compete l'istituzione della norma imperativa (cui spetta il potere eccezionale di modificare e correggere la volontà mercantile); solo al legislatore, non al giudice, compete la sanzione di «vessatorietà» o di «abusività», nonché la definizione dei presupposti ricorrendo i quali al giudice è consentito modificare e correggere la volontà mercantile.
Né poi pare convincere il collegamento tra intepretazione secondo buona fede e solidarietà sociale di matrice costituzionale, principio negli ultimi tempi troppo facilmente e sbrigativamente invocato.
L'art. 2 Cost. stabilisce che «*la Repubblica [...] richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*». La solidarietà sociale (unitamente a quella politica e economica) legittima dunque non indebiti interventi *giudiziari* bensì interventi del legislatore che, per l'appunto, viene autorizzato dalla nostra Carta fondamentale, a pretendere *ex auctoritate* dai cittadini sacrifici, anche economici. Certamente, dunque, la solidarietà sociale autorizza, *inter alia*, spostamenti di ricchezza di tipo non-mercantile (dunque, tendenzialmente non-contrattuale), ma la «deroga» alla logica mercantile viene messa, dalla Costituzione, non nelle mani dei giudici, bensì, nelle mani del legislatore, che ne può far uso attraverso interventi di c.d. *welfare state.*
4. *Segue.* b): *buona fede ed esecuzione del contratto.* — La Corte ha fatto «aggio» poi anche su una seconda «declinazione» del canone di buona fede: quella della buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) o nell'adempimento del rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.) (10) .
Sebbene il canone di buona fede *in executivis* sia chiamato in causa con ben maggiore pertinenza rispetto al canone di buona fede *in interpretativis*, in quanto le parti effettivamente contendevano sulle modalità di esercizio in concreto della facoltà di recesso da parte del gruppo automobilistico, resta comunque non condivisibile la conclusione cui la Corte perviene: quella secondo cui il principio di buona fede può condurre, ricorrendo certi presupposti concreti, a rendere addirittura *contra ius* l'esercizio del diritto contrattualmente previsto.
Secondo la Corte — che con ciò ripete un orientamento ampiamente consolidato in giurisprudenza (11) — il principio di buona fede nell'esecuzione del negozio consiste in un «*generale dovere di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali quanto dal dovere extracontrattuale di* neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico*».
Orbene, a nostro parere, dinanzi ad una clausola negoziale che attribuisca ad una delle parti la facoltà di recesso *ad nutum*, delle due l'una:
— o la clausola è inefficace/invalida per qualche ragione: ed allora si comprende perfettamente che il diritto di recesso non possa essere esercitato *non già* semplicemente con riguardo a certe specifiche modalità (potendolo invece secondo altre altenativa), ma proprio in nessun caso, venendo meno «a monte» (in quanto caducato) il titolo sul quale quel diritto poggiava nella sua «interezza»;
— o, al contrario, la clausola è valida: ed allora, il principio di buona fede *in executivis* può, sì, condurre a condizionare le modalità concrete di esercizio del diritto, ma non può mai pervenire a far cadere per intero il diritto, pena una indebita e subdola «conversione» di una non-dichiarata causa di nullità/inefficacia in una (scorrettamente) dichiarata causa di contrarietà a buona fede (12) .
Nel caso di specie, dunque, la clausola di buona fede poteva, sì, condurre a ritenere legittime certe modalità di esercizio del recesso *ad nutum* e illegittime certe altre, ma non avrebbe mai potuto, invece, condurre ad escludere, sempre e in ogni caso, la legittimità del recesso *ad nutum* (il che avrebbe presupposto una ben più grave delibazione, a monte, circa l'inefficacia/invalidità del titolo negoziale).
Sul punto, invece, la Corte di legittimità appare ambigua.
In un passo, essa sembra — condivisibilmente — limitarsi ad affermare che il principio di buona fede nell'esecuzione di un diritto di recesso *ad nutum* possa richiedere nient'altro che una sua certa «*procedimentalizzazione*» (13) ; in altri passi, invece, pare spingersi molto oltre: «*le circostanze allegate dai destinatari dell'atto di recesso*» potrebbero, a suo dire, risultare non solo «impeditive» di *quelle specifiche modalità attuative del diritto di recesso* (in ipotesi) prescelte dal titolare, ma addirittura *«impeditive del suo esercizio*», trasformando così il recesso *ad nutum* in recesso *per giusta causa.*
E come è parso assai discutibile che la buona fede *in interpretativis* potesse essere «piegata» a fini di modificazione/correzione del regolamento pattizio, così, in tal caso pare ugualmente discutibile una analoga forzatura della buona fede *in executivis* in funzione di (surrettizia) correzione dell'equilibrio delle parti (14) .
Discutibile pare, infine, anche radicare la buona fede *in executivis* nel principio costituzionale di «solidarietà sociale», operazione pur avallata dal filone ormai dominante della dottrina e della giurisprudenza degli ultimi decenni (15) .

Infatti, il canone di buona fede *in executivis,* lungi dall'essere figlio di «solidarietà sociale» e di «fratellanza universale», serve in realtà a far risparmiare i costi di negoziazione, secondo un'ottica niente affatto «moralistica» ma puramente filo-mercantile: essa consente, infatti, a ciascuna parte di poter confidare che, anche laddove il contratto lasci (inevitabilmente) spazi alla «discrezionalità» esecutiva dell'obbligato, costui non potrà trasformare la discrezionalità in arbitrio, dovendo sempre tenere a mente il significato sociale tipico del regolamento sinallagmatico effettivamente raggiunto (16) .

Se, dunque, il senso della buona fede *in executivis* è quello di fornire un criterio di massima che, in omaggio all'equilibrio sinallagmatico insindacabilmente voluto dalle parti, limita gli (inevitabili) ambiti di discrezionalità esecutiva (17) — così riducendo gli oneri di preventiva negoziazione eccessivamente dettagliata —, si conferma *a fortiori* come l'art. 1375 c.c. può, sì, indurre il titolare di un recesso *ad nutum* a optare per alcune modalità attuative del suo diritto in luogo di altre, ma non può mai legittimare l'impedimento o preclusione di un diritto che, ove validamente pattuito, non può che resistere *tel quel*: come diritto di recesso *ad nutum* e non, cosa ben diversa, come diritto di recesso per giusta causa.

5. *Alcune considerazioni in tema di «abuso di diritto».* — L'altra macro-prospettiva da cui la Suprema Corte ha guardato alla fattispecie in oggetto è, come detto, quella del cd. «abuso di diritto».

La Corte, dopo un lungo «*excursus esemplificativo*» circa le fattispecie di formazione giurisprudenziale che avrebbero contribuito a rendere lo «abuso di diritto» una figura ormai (quasi) generale (18) , perviene alla sostanziale conclusione che, a dispetto della scelta del legislatore del codice civile di non includere la figura generale dell'abuso (la norma del progetto preliminare suonava così: «*nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto*»), tale figura generale dovrebbe comunque ritenersi implicitamente operante nel nostro ordinamento. La novità della decisione in commento non sta, però, tanto nella rievocazione della figura dell'abuso di diritto, quanto piuttosto nell'esplicita esclusione che suo elemento essenziale debba essere altresì la specifica intenzione di nuocere (il cd. *animus nocendi*) (19) .

Facendo applicazione di tali principi al caso concreto, la Suprema Corte — sempre con modalità piuttosto apodittiche — istituisce una *summa divisio* fra il recesso *ad nutum* (legittimo) e il recesso *ad libitum*, a suo dire «*di sicuro non consentito dall'ordinamento giuridico*». A parte la assoluta opacità della distinzione fra le due figure, appare piuttosto affrettata la conclusione secondo cui, in forza del nostro diritto privato, alle parti sarebbe preclusa, nel disciplinare interessi disponibili, l'attribuzione ad uno dei contraenti della facoltà incondizionata e illimitata di risolvere il contratto. In realtà, fintantoché oggetto del contratto siano diritti disponibili (il che, in fatto di diritto privato, costituisce la regola), non si vede proprio quale ragione di ordine pubblico possa precludere una simile pattuizione — peraltro diffusissima in tutta la prassi negoziale interna e internazionale — la quale, a nostro avviso, assolve all'evidente interesse (ben meritevole di tutela) di consentire al titolare la massima flessibilità nella ad-locazione e dis-locazione dei propri investimenti e dis-investimenti. Certo, il diritto di recesso *ad nutum* o *ad libitum* (a nostro avviso, la stessa cosa) comportano un significativo «*risk transfer*» dal soggetto titolare del potere al soggetto che vi è esposto: costui — dinanzi alla manifestazione della volontà di recesso — può trovarsi, in ipotesi, nella condizione di non poter più ammortizzare investimenti effettuati nell'auspicio di una più lunga durata del rapporto. Ma è anche vero che, per un verso, colui che ha validamente accettato una clausola di recesso *ad nutum* non può che essere perfettamente consapevole del rischio di una inefficiente (impossibilità di piena) ammortizzazione degli investimenti, e, per altro verso, proprio in ragione di tale consapevolezza, egli sarà stato in grado — al momento della pattuizione — di negoziare una adeguata «monetizzazione» del maggior rischio assunto.

Una volta, dunque, che si ammetta la rilevanza causale del recesso *ad nutum* e quindi la sua validità secondo i principi del nostro ordinamento (come sembra fare anche la Suprema Corte), ci sembra piuttosto ovvio riconoscere che lo scopo per cui il potere è attribuito è *social-tipicamente* quello di consentire ad una parte la più ampia flessibilità nella «movimentazione» delle proprie risorse e capacità *lato sensu* produttive: il che val quanto dire, quello di consentire ad uno dei contraenti di anteporre le proprie valutazioni di convenienza circa il mantenimento o risoluzione del vincolo pendente a valutazioni afferenti a eventuali disfunzionalità del rapporto, la cui rilevanza — quando il recesso è *ad nutum* — è per l'appunto consensualmente esclusa.

Ora, se tutto questo è vero, ne consegue che il diritto di recesso *ad nutum* è esercitato *in perfetta conformità rispetto al proprio scopo tipico* e quindi senza la più piccola parvenza di un «abusivo» eccesso di potere, tutte le volte in cui il recedente abbia posto fine al vincolo pattizio, conformemente alla clausola di recesso *ad nutum*, sulla base di una propria valutazione di convenienza (sia pure quella di sciogliere la propria rete di concessionari di vendita per riallocare propri ex dipendenti) (20) . Tutto questo appartiene, insomma, non alla patologia, bensì alla fisiologia del diritto di recesso *ad nutum.*

Poi, beninteso, si potrà pure ritenere che, alla stregua del parametro di buona fede *in executivis*, anche a dispetto di un parziale vuoto contrattuale, il recedente possa esser tenuto ad adottare alcune cautele «procedimentali»: piena informativa circa il recesso (senza ingiustificato ritardo della *disclosure*) così da consentire all'altra parte di minimizzare i «danni»; concessione di preavviso quand'anche non previsto, ecc. Ma certamente in nessun caso la considerazione degli interessi altrui può finire col rendere «abusivo» il diritto di recesso *ad nutum* in quanto tale: giacché, se si pervenisse a questa conclusione, allora (e di questo occorre essere pienamente consapevoli), non si starebbe affatto semplicemente contestando *l'abusività* dell'esercizio in concreto del diritto di recesso *ad nutum*, ma si starebbe, ben più gravemente, censurando *la stessa validità*, a monte, della pattuizione: affermare che sia abusivo il recesso *ad nutum* di chi scioglie il vincolo per

valutazioni di convenienza equivale ad affermare che la clausola di recesso *ad nutum* sia, per qualche motivo, invalida «a monte».
Constatata e ampiamente illustrata la scarsa coerenza «interna» dell'applicazione della figura dell'abuso operata dalla Corte, non ci si può esimere dallo svolgere alcune considerazioni generali sulla figura dell'«abuso del diritto» e sulla sua effettiva autonomia e rilevanza scientifica e sistematica (21) .
Ci pare, infatti, che sempre più frequentemente si utilizzi in modo non ortodosso tale categoria per affermare la sussistenza di responsabilità aquiliana. Attraverso l'abuso, infatti, anziché valutare la sussistenza della responsabilità extracontrattuale attraverso la verifica della rispondenza della fattispecie concreta ai requisiti di cui all'art. 2043 c.c., l'interprete fa derivare la responsabilità dal preteso superamento dei limiti entro cui il diritto soggettivo (ex diritto di proprietà o un qualsiasi diritto contrattuale) doveva essere esercitato.
Si parla di abuso di diritto — in fattispecie ove si ritiene che l'obbligazione risarcitoria sussista — solo per affermare che l'obbligazione *de qua* sussiste a prescindere dalla ricorrenza di un diritto che, evidentemente, non viene neanche «visto» dalla norma risarcitoria. Altrimenti detto: si parla di abuso del diritto solo per sottolineare che, in certe fattispecie di illecito civile, la titolarità di un certo diritto è *tamquam non esset* (leggi: è giuridicamente irrilevante) (22) . Ma, dunque, proprio per questa ragione, ci sembra che allora la sussistenza della responsabilità aquiliana possa essere affermata sulla sola base dell'art. 2043 c.c., senza lunghi peripli intorno ad un (irrilevante) diritto soggettivo e ad un preteso superamento dei limiti di esercizio dello stesso.
Tornando al diritto di recesso *ad nutum*, fintantoché il recedente miri a massimizzare il proprio profitto, avvalendosi della libertà di risolvere il rapporto per una più efficiente allocazione delle proprie risorse imprenditoriali, egli si limita ad avvalersi della facoltà contrattuale secondo il suo scopo social-tipico, perseguendo finalità mercantili, meritevoli di tutela, di maggior convenienza economica.
Naturalmente, qualora il recedente dovesse esercitare il recesso, non per avvalersi della flessibilità contrattuale in vista di migliori impieghi delle risorse, bensì — in via di ipotesi — solo per assestare un duro colpo alla controparte che egli sa versare in cattive acque, ecco che allora l'ordinamento ben potrebbe guardare alla fattispecie *non più* attraverso le lenti del diritto di recesso (in tal caso irrilevante, e giustamente degradante al livello di mero «fatto»), *bensì*, se del caso, attraverso le lenti (autonome e indipendenti) dell'obbligazione risarcitoria e, segnatamente, dell'obbligazione risarcitoria da concorrenza sleale (art. 2598, n. 3, c.c.).
Si potrà poi, se proprio si vuole, parlare per casi simili di «abuso» del diritto di recesso così come si parla di abuso del diritto, la minaccia del cui esercizio è funzionale all'alterazione del processo negoziale (art. 1438 c.c.). Ma, *iuxta auctoritatem* di Rodolfo Sacco (23) , l'espressione è, se non dannosa, del tutto inutile. In realtà, ciò che qui si ha di fronte è una fattispecie di concorrenza sleale rispetto alla quale l'esercizio del diritto (in tal caso «diritto di recesso *ad nutum*», nel caso di storno di dipendenti: «libertà di contrarre», nel caso di screditamento degli altrui prodotti: «libertà d'opinione», *et cetera*) degrada, rispetto al «tipo di problema», alla dignità di mero «fatto».
6. *Illegittimità del recesso: effetti.* — Resta, da ultimo, da commentare brevemente quali sarebbero, secondo la Corte, gli effetti dell'accertamento dell'illegittimità del recesso «abusivo». Nel rinviare alla Corte di merito la nuova delibazione circa la abusività o meno del recesso operato dal gruppo automobilistico, la Corte di Cassazione è parsa adottare la prospettiva secondo cui, accertata in ipotesi la abusività del recesso, la conseguenza dovrebbe essere quella «obbligatoria» del risarcimento del danno (24) . In altri passi della motivazione, tuttavia, la Corte sembra decisamente alludere — seppur in via di *obiter dictum* (i concessionari hanno esperito unicamente il rimedio risarcitorio) — anche ad un esito alternativo dell'ipotizzata accertata illegittimità del recesso: quella, «reale», della inefficacia *tout court* dell'atto di esercizio del recesso (25) .
Tali allusioni della Corte di legittimità, per quanto estranee alla *ratio decidendi*, suscitano non poche perplessità.
Se è, infatti, vero che l'espressione (inutile e dannosa) «abuso del diritto» è evocativa di una situazione ove il diritto, degradando a mero «fatto», compare in una fattispecie di illecito aquiliano (o, segnatamente, di illecito da concorrenza sleale), non potrà non discenderne la logica conseguenza che ciò di cui si può parlare è solo e soltanto un'eventuale obbligazione risarcitoria e non anche l'inefficacia/nullità dell'atto di recesso.
Peraltro, come anche notato da alcuni commentatori (26) , molti sono gli indici normativi che confermano quella che appare una soluzione persino scontata: la minaccia di far valere un diritto *ex* art. 1438 c.c. può rendere invalido il contratto il cui processo decisionale è stato turbato, ma, di certo, non fa cadere il diritto di credito che, comunque, è perfettamente valido, efficace ed esistente. Ancora: l'illecito da inganno compiuto dal contraente che induce la controparte ad un contratto a condizioni economiche diverse espone, sì, al risarcimento del danno, ma non intacca il contratto che, ai sensi dell'art. 1440 c.c., resta perfettamente integro e in piedi (a dispetto di quella «sostanziale» correzione che consegue alla combinazione fra la clausola contrattuale «iniqua» e l'obbligazione da risarcimento del danno da determinarsi in funzione della non-pattuita clausola «equa») (27) . Ancora ed infine: lo storno di dipendenti compiuto dal concorrente sleale espone, sì, al risarcimento del danno dell'impresa depauperata di capitale umano, ma non rende affatto invalidi e/o inefficaci gli atti, rispettivamente, di risoluzione dei rapporti contrattuali con l'impresa vittima dello storno o quelli di instaurazione dei nuovi rapporti contrattuali con l'impresa che di esso è artefice.

La confusione fra rimedi «obbligatori» e rimedi «reali» è frutto — ci pare — della stessa confusione metodologica di coloro che usano con *nonchalance* l'espressione impropria e contraddittoria di «abuso del diritto». In luogo di muovere dal «fatto lesivo» per decidere se esso può essere ascritto ad un soggetto che, *inter alia*, è anche titolare di un certo diritto (irrilevante), costoro muovono «essenzialisticamente» dal «diritto» per denunciarne il «cattivo» uso: ma, così facendo, essi sono poi *naturaliter* indotti a confondere il rimedio davvero adeguato al «tipo di problema» evocato dalla fattispecie con un rimedio che, invece, con essa non ha nulla a che vedere: giacché — ribadiamo — allorquando si ha a che fare con fattispecie di cd. abuso del diritto, la disfunzionalità che l'interprete è chiamato a «gestire» è quella di, rispettivamente, illecito aquiliano (art. 2043 c.c.), concorrenza sleale (art. 2598 c.c.), turbative nel processo di formazione della volontà negoziale (art. 1438 c.c.) e giammai quella relativa al diritto (in ipotesi) «abusato».

**Note:**

(1) App. Roma, 13 gennaio 2005, n. 136, inedita: «non è pertinente il richiamo degli artt. 1175 e 1375 c.c., perché i principi di correttezza e buona fede non creano obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti».

(2) Per i primi commenti, tutti più o meno marcatamente dissenzienti, si rinvia a Macario, Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione, in Corr. Giur., 2009, 1577; Orlandi, Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106), in N. giur. civ. comm, 2010, II, 129; C. Scognamiglio, Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva del contratto?), ibidem, 139; Viglione,Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto, ibidem, 148; D'Amico, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, in Contr. imp., 2010, 5; Monteleone,Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto, in Giur. it., 2010, 557; Scaglione, Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica, ibidem, 560; Baraldi, Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto, in Contr. imp., 2010, 41; Palmieri — Pardolesi, Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa, in Foro it., 2010, I, 95; R. Natoli, Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica, in Contr., 2010, 524; Mastrorilli, L'abuso del diritto e il terzo contratto, in Danno e resp., 2010, 347. Più neutrale L. Delli Priscoli, Abuso del diritto e mercato, in questa Rivista, 2010, II, 834.

(3) D'Amico, (nt. 1), 14.

(4) Fra i precedenti di legittimità, ad es., Cass., 19 marzo 2001, n. 3925, in Mass. giur. it., 2001; Cass., 19 ottobre 2005, n. 20197, in Contr., 2006, 5, 481 con nota di Rocca (la quale, applicando la nullità per motivo illecito ex art. 1345 c.c. anche ai negozi unilaterali ai sensi dell'art. 1324 c.c., ha ritenuto «nullo» un recesso, esercitato nel quadro di un rapporto di agenzia, che era risultato «ispirato dalla sola finalità di rappresaglia e di ritorsione» per la condotta sindacale della controparte); conformi: Cass., Sez. Un., 2 agosto 2002, n. 11633, in Foro it., 2002, I, 3000; Cass., 26 maggio 2001, n. 7188, in Dir. prat. lav., 2009, 1849; Cass., 26 maggio 2004, n. 10179, in Gius, 2004, 3708; Cass., 14 luglio 2005, n. 14816, in Dir. prat. lav., 2009, 2237. Fra i precedenti di merito, ad es., Trib. Roma, 5 novembre 2007 (ord.), in Corr. Mer., 2008, 2, 149 (che ha ritenuto sindacabile il recesso, esercitato nel quadro di un rapporto di conto corrente, sotto il profilo della buona fede). La non-novità della sentenza in esame sotto il profilo della sindacabilità, a certe condizioni, del recesso ad nutum, è rilevata anche da C. Scognamiglio, (nt. 2), 139. Sulla sindacabilità del recesso ad nutum, peraltro, si veda, peraltro, Id., Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto, in Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive, Milano, Giuffrè, 2004, 358 ss.

(5) Così, Scognamiglio, (nt. 2), 139.

(6) Come ha osservato Viglione, (nt. 2), 148: «il ragionamento della Cassazione conferma quanto va delineandosi da tempo nell'intero sistema giuridico italiano, nel quale i giuristi 'sembrano occuparsi sempre meno di regole, e sempre più di princìpi o valori' [l'A. cita Barberis, Etica per i giuristi, Bari, Laterza, 2006, IX]; e fra questi ultimi, il principio di buona fede appare certamente il più idoneo a giustificare forme di creatività giurisprudenziale in ambito contrattuale».

(7) Si legge, nella motivazione (rievocativa di Galgano,Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto, in Galgano (a cura di), Tratt. dir. civ., Padova, Cedam, 2009, 557): «In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009, n. 5348; Cass. 11.6.2008, n. 15476)».

(8) Parrebbe, in particolare, aver imputato, al canone di interpretazione secondo buona fede, una funzione «correttiva» del regolamento negoziale, anche sub specie di nullità (relativa) della clausola imposta in mala fede del contraente «forte», Galgano, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente, in Contr. imp., 1997, 41; Id., (nt. 7), 565. Diversa è, invece, la prospettiva di Capobianco, La determinazione del regolamento, in Trattato del contratto (a cura di V. Roppo), vol. II (a cura di G. Vettori), Milano, Giuffrè, 2006, 342 ss., per il quale, mentre è possibile che il canone di buona fede possa essere utilizzato per rendere il regolamento pattizio conforme ai doveri inderogabili di solidarietà sociale di cui all'art. 2, Cost., l'attività ermeneutica dovrebbe comunque limitarsi a scegliere una delle possibili interpretazioni oggettive della clausola negoziale (dunque, senza alcuna funzione «correttiva», bensì più limitatamente, per così dire, «selettiva»). Per un quadro del dibattito, Riccio, Ancora sull'equità correttiva e sui poteri del giudice, in Contr. imp., 2006, 712. La questione della pretesa funzione «correttiva» del canone di interpretazione buona fede di cui all'art. 1366 c.c. non può, beninteso, essere confusa con quella (sia pur tangente) della «buona fede» come (pretesa) fonte integrativa del contratto secondo la tesi di Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, Milano, Giuffrè, 1970, 117 ss, cui hanno aderito anche, ad es., Bianca, Il contratto, Milano, Giuffrè, 1987, 472; Franzoni,Buona fede ed equità fra le fonti di integrazione del contratto, in Contr. imp., 1999, 93; Id., in Le obbligazioni, a cura di Franzoni, III, Fatti e atti fonti di obbligazione, I, 73; parzialmente, Alpa, La buona fede integrativa: note sull'andamento parabolico delle clausole generali, in Studi in onore di Burdese, Atti del convegno, marzo 2001, I, 155 ss.. In senso contrario (buona fede come mero criterio di valutazione ex post della legittimità della condotta esecutiva dei contraenti): Natoli, L'attuazione del rapporto obbligatorio — Appunti delle lezioni, Milano, Giuffrè, 1968, I, 35 ss.; Bigliazzi Geri, La buona fede nel diritto privato, in AA. VV., Il principio di buona

fede, Milano, Giuffrè, 1987, 55 ss.; Breccia, Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio, Milano, 1968, 55 ss.. Recentemente con notazioni assai convincenti, Scognamiglio, in Trattato Rescigno-Gabrielli, I, 2, Torino, Utet, 1999, 1039 ss.

(9) Sulla nullità (parziale) per violazione di norme imperative con la automatica sostituzione del precetto normativo in luogo di quello pattizio invalido (artt. 1339 e 1419, comma 2º, c.c.), ci si limita a rinviare al «classico» Betti, Teoria generale del negozio giuridico, in Tr. Vassalli, XV, Torino, Utet, 1960, 488; Scognamiglio, Dei contratti in generale, in Commentario Scialoja-Branca, 231; Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, (nt. 8), 41 ss.

(10) Fra l'ampia letteratura in materia, ai fini dei questo scritto, può citarsi Di Majo, L'esecuzione del contratto, Milano, Giuffrè, 1967, 206 ss.; Breccia, (nt. 8), 97 ss.; Gazzoni, Equità ed autonomia privata, Milano, Giuffrè, 1970, 227 ss.; Bigliazzi Geri, voce «Buona fede», in Dig. disc. priv. (sez. civ.), II, Torino, Utet, 1988, 154 ss.

(11) Cfr., ex multis, Cass., 7 giugno 2006, n. 13345, in Resp. Civ., 2007, 594, con nota di Gliatta; Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in Contr., 2006, 894; Cass., 18 ottobre 2004, n. 20399, in Contr., 2005, 429, con nota di Selvini; Cass., 4 marzo 2003, n. 3185, in Giur. It., 2005, 958, con nota di Garda; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in Danno e resp., 2003, 174, con nota di Partisani.

(12) Proprio commentando la sentenza di cui si discute, Orlandi, (nt. 2) 134, ha osservato: «guadagnata che sia la qualifica di validità, essa non muta, e non è suscettibile di vicende empiriche, ossia legate al correre del tempo. L'atto (valido) segue l'ineluttabilità degli accadimenti storici. Factum infectum fieri non potest. Le successive vicende, che elidessero gli effetti dell'atto, sono sempre e solo vicende degli effetti e non mai della validità. Una vicenda della validità è logicamente inconcepibile» [corsivi originali].

(13) Cfr. Bianca, (nt. 8) 705.

(14) Nella stessa prospettiva anche, ad esempio, Scognamiglio, (nt. 8), 958 ss., nonché (proprio a commento della sentenza in discussione) Id., (nt. 2), 147.

(15) La letteratura su «buona fede» e «solidarietà sociale» è, notoriamente, sterminata. Il riferimento obbligatorio è, innanzitutto, a Rodotà, Le fonti di integrazione del contratto, (nt. 8), 117 ss. (ove ampi riferimenti), nonché a Bigliazzi Geri, La buona fede nel diritto privato, (nt. 8) passim; Natoli, (nt. 8), 35; Breccia, (nt. 8), passim; Di Majo, Delle obbligazioni in generale, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, 354. In giurisprudenza, basti citare, tra le ultime, Cass., 5 marzo 2009, n. 5348, in Mass. giur. it., 2009; Cass., 29 maggio 2007, n. 12644, in Mass. giur. it., 2007; Cass., 15 febbraio 2007, n. 3463, ibidem.

(16) Nello stesso senso, cfr. Trimarchi, Istituzioni di diritto privato, Milano, Giuffrè, 2000, 288. Nella stessa prospettiva anche, ad esempio, Scognamiglio, (nt. 8), 958 ss., nonché (proprio a commento della sentenza in discussione) Id., (nt. 2), 147, che conclude così: «resta [...] estranea anche ai progetti di diritto privato europeo l'idea di una torsione dello strumento interpretativo al raggiungimento di finalità di controllo degli atti di autonomia privata, davvero incongruamente evocata dalla sentenza della Corte di cassazione».

(17) Di Majo, (nt. 15), 354; Scognamiglio, (nt. 8), 1172 ss.

(18) Tra i precedenti richiamati dalla Corte: Cass., 8 aprile 2009, n. 8481, in Corr. Trib., 2009, 1476; Cass., 20 marzo 2009, n. 6800, in Mass. Giur. It., 2009; Cass., 4 giugno 2008, n. 14759, in Mass. Giur. It., 2008; Cass., 11 maggio 2007, n. 10838. La Corte, inoltre, fa particolare riferimento a: (i) fattispecie di abuso in materia societaria:- abuso del diritto di voto in assemblea (Cass., 11 giugno 2003, n. 9353, in Soc., 2004, 188, con nota di Malavasi);- abuso del diritto di esclusione del socio: Cass., 19 dicembre 2008, n. 29776, in Società, 2009, 286);- abuso della personalità giuridica: Cass., 16 maggio 2007, n. 11258, in Mass Giur. It., 2007 Cass., 25 gennaio 2000, n. 804, in Società, 2000, 804, con nota di Civerra; (ii) fattispecie di abuso in materia bancaria, quali l'abuso, giustappunto, del diritto di recesso: Cass., 6 agosto 2008, n. 21250, in questa Rivista, 2010, II, 229; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2642, in Arch. Civ., 2003, 1342; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321, in Corr. Giur., 2000, 1479; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in Giust. Civ., 1998, I, 507, con nota di Costanza; o l'abuso della compensazione automatica (Cass. 28 settembre 2005, n. 18947, in N. giur. civ. comm., 2006, 887, con nota di Belviso); (iii) fattispecie di abuso in materia tributaria, con riferimento al principio antielusivo ormai ripetutamente affermato dalla Sezione Tributaria del Supremo Collegio: per tutte, cfr. Cass., S.U. 23 ottobre 2008, n. 30055, in Obbl. e contr., 2009, 212, con nota di Corasaniti. Per l'abuso in materia tributaria, cfr. Gentili, Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche, in Riv. dir. comm., 2009, I, 403 ss.

(19) Queste le parole della Corte: «in ipotesi [...] di eventuale, provata disparità di forze tra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica».

(20) Come, a nostro avviso, ben giustamente, era stato riconosciuto proprio dalla sentenza della Corte di Appello romana: «l'interesse in questione [NdR: quello alla risoluzione del rapporto] poteva anche consistere nel determinare la cessazione dei rapporti contrattuali in corso proprio al fine di realizzare una rete di vendita più razionale o più rispondente ai propri interessi (anche quello di inserire nella vendita eventuali propri dipendenti e così alleggerire gli oneri produttivi) [corsivo aggiunto]».

(21) Sul punto restano, a nostro avviso, ancora insuperate le parole di un Maestro quale Rodolfo Sacco: «la dottrina dell'abuso è superflua [...]Essa è, in qualche caso, un medio logico inutile; negli altri casi un inutile doppione. L'inclusione di una categoria parassita non vale ad arricchire il sistema del giurista; lo rende più confuso» (Sacco, Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto, in Trattato Sacco, Torino, Utet, 2001, 373).

(22) Proprio commentando la sentenza in oggetto, Orlandi, (nt. 2), 129 ss., ha osservato come la teoria dell'abuso sia sostenuta da due diversi punti di vista: quella «intrinseca» della irrilevanza (ovvero: occorre interpretare la fonte del diritto per comprendere cosa vi cada al di fuori e possa, quindi, essere fonte di illecito) e quella «estrinseca» della doppia rilevanza (ovvero: una stessa condotta, in quanto esercizio del diritto, rileva come tale e produce gli effetti connessi; se, e in quanto, illecito aquiliano, espone altresì l'autore al risarcimento del danno).

(23) Cfr., nt. 21.

(24) Si legge nella sentenza: «Il giudice del rinvio [...] dovrà riesaminare la questione, tenendo conto delle indicazioni fornite e dei principi enunciati, al fine di riconoscere o meno il carattere abusivo del recesso e l'eventuale, consequenziale diritto al risarcimento del danno».

(25) Queste le parole testuali della Corte: «Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti — ed i diritti connessi — attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alternarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata». E oltre: «[L]a Corte di merito — di fronte ad un recesso non qualificato — non poteva esimersi dal valutare le circostanze allegate dai destinatari dell'atto di recesso — [si noti] — quali impeditive del suo esercizio, o quali fondanti un diritto al risarcimento per il suo abusivo esercizio». Una delle massime ufficiali della sentenza in commento, riportate in epigrafe, è, peraltro, la seguente: «Ricorrendo tali presupposti [NdR: quelli dell'abuso], è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale [...] [corsivi aggiunti]».

(26) Orlandi, (nt. 2), 135 ss.

(27) Lo rammenta Orlandi, (nt. 2), 137.

**IL RECESSO DEL CONSUMATORE: L'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA (*)**

Europa e Diritto Privato, fasc.4, 2012, pag. 1007

Patti Francesco Paolo

**Classificazioni:** UNIONE EUROPEA - Ce - - protezione dei consumatori

Sommario: 1. I caratteri del diritto di recesso del consumatore. - 2. Le finalità perseguite dal legislatore europeo con il recesso del consumatore. - 3. La disciplina del recesso del consumatore nel codice del consumo. - 4. Obblighi informativi e termini per esercitare il recesso. - 5. Segue. Diritto di recesso e obblighi d'informazione: l'apporto della giurisprudenza e dell'Autorità garante della concorrenza per garantire l'effettività della tutela del consumatore. - 6. Forme di esercizio e tempestività del recesso. - 7. Gli effetti del recesso del consumatore. - 8. Segue. Le obbligazioni restitutorie. - 9. Cenni sul diritto di recesso nel Bürgerlisches Gesetzbuch e sulla giurisprudenza del Bundesgerichtshof. - 10. La nuova direttiva 2011/83/UE, sui diritti dei consumatori. - 11. Segue. Il recesso nella nuova direttiva: i cambiamenti più rilevanti. - 12. Il recesso nella recente proposta di regolamento per una disciplina comune europea della vendita.

1. Negli studi dedicati al tema, un primo oggetto di riflessione riguarda la pluralità di significati che il termine "recesso" assume nel linguaggio legislativo, rilevandosi come la funzione degli atti indicati con questa espressione si manifesti in modo differente nelle varie fattispecie previste dall'ordinamento (1). Preso atto dell'inesistenza di un concetto unico e di un significato in un certo senso univoco e unitario di recesso, se si prescinde dalla definizione, a sua volta insufficiente (ai fini della comprensione delle problematiche connesse alle singole ipotesi di recesso previste dal legislatore) di "dichiarazione di volontà recettizia" (2), si tende ad un raggruppamento per categorie, integrando il termine "recesso" con un aggettivo, che dovrebbe sintetizzare il carattere essenziale delle diverse figure. Si distingue così tra: *a*) recesso "determinativo", destinato a segnare la fine dei contratti di durata privi di un termine; *b*) recesso "penitenziale", finalizzato a permettere ad una delle parti di pentirsi rispetto ad un vincolo contrattuale volontariamente assunto; e *c*) recesso "impugnativo", diretto ad attribuire alla parte il potere di reagire avverso vizi originari del contratto o sopravvenuti nel corso dell'esecuzione del rapporto (3).

Crescente fortuna presenta il recesso "penitenziale" che, in attuazione degli obblighi assunti dal nostro Paese a livello europeo, svolge un ruolo di fondamentale importanza come strumento di tutela dei consumatori (4).

Posto, infatti, che secondo una tesi diffusa, il riconoscimento del recesso di pentimento consente alla parte di sciogliersi dal contratto, senza che tale scioglimento sia legato ad alcun presupposto (5), nell'ambito dei contratti in cui è parte un consumatore, la facoltà di cambiare idea rispetto ad un contratto già concluso è il frutto di una dichiarata e specifica logica volta alla speciale protezione che l'ordinamento intende attribuire al contraente più debole. Il conferimento dello *ius poenitendi* si fonda, conseguentemente, sull'asimmetria di potere contrattuale che connota la contrattazione tra professionisti e consumatori ed è volto a riequilibrare le posizioni dei contraenti (6).

In effetti, con riguardo al tradizionale diritto comune dei contratti, in particolar modo alla norma dell'art. 1372 c.c., che attribuisce "forza di legge" al contratto, il recesso del consumatore - attesa l'attenuazione della vincolatività dell'accordo che esso genera - appare uno strumento eversivo, comprensibile soltanto alla luce delle particolari esigenze di protezione ad esso sottese. Nell'ottica del legislatore europeo il periodo di tempo intercorrente tra il momento della conclusione del contratto e il termine per l'esercizio del diritto di recesso, nel contesto internazionale comunemente denominato *cooling-off period*(7), occorre al consumatore per valutare - "a mente fredda", una volta superato l'"entusiasmo" generato dal compimento dell'operazione economica - l'effettiva convenienza dell'affare. Con il recesso, pertanto, non si vuole proteggere il consumatore sotto il profilo del contenuto del contratto bensì, in virtù delle modalità di formazione dello stesso, si vorrebbe porre rimedio a casi nei quali il consenso del consumatore è dipeso (esclusivamente o prevalentemente) dalle peculiari tecniche di "adescamento" adottate dal professionista (8). In questa prospettiva, si rileva che il principio *pacta sunt servanda* non subisce una deroga in senso proprio, poiché lo *ius poenitendi* ha lo scopo di garantire la libertà di scelta del consumatore e, in ultima analisi, la sua autonomia contrattuale, possibilmente viziata a causa delle strategie commerciali del professionista che lo hanno indotto all'affare (9). Il principio, a ben vedere, mantiene il suo vigore, ma soltanto dopo il decorrere del periodo di riflessione.

Ulteriori caratteristiche del recesso del consumatore sono la piena discrezionalità nel suo esercizio e la gratuità. Infatti, come già ricordato, il diritto di svincolarsi dal contratto non è subordinato ad alcun presupposto, sicché il consumatore, da un lato, non è tenuto ad esternare il motivo per il quale decide di tornare sui suoi passi recedendo dal contratto, dall'altro lato, non può essere tenuto a sostenere alcun costo per l'esercizio del recesso, fatte salve in alcune ipotesi le spese legate all'eventuale già avvenuta esecuzione (v. *infra*, n. 8).

Alla luce delle caratteristiche sopra indicate, alle quali deve aggiungersi l'irrinunciabilità, derivante dal valore imperativo delle norme poste a protezione del contraente debole, e della precipua finalità svolta nell'ambito della contrattazione consumeristica, al recesso del consumatore viene attribuita natura eccezionale, in quanto può operare soltanto nei casi previsti (10), dovendosi, anche sotto tale aspetto, considerare le norme a tutela dei consumatori alla stregua di un diritto speciale.

2. Come testimoniato dalla sequenza dei molteplici interventi del legislatore di Bruxelles, il diritto di pentimento è uno degli strumenti di tutela più efficaci nell'ambito della disciplina consumeristica (11). L'istituto riflette pienamente l'approccio del diritto di fonte europea, volto a perseguire specifici obiettivi di natura economica e ad orientare l'andamento del mercato non preoccupandosi troppo delle "architetture concettuali e dei raccordi con i diversi sistemi giuridici che procede ad armonizzare" (12). In questa prospettiva - si ricordi che, nell'ottica europea, sarebbe prediletto un diritto "particolarmente orientato ai rimedi, più che alla attribuzione astrattizzante dei diritti" (13) - il recesso del consumatore risulta innegabilmente la figura di spicco (14), manifestando il pragmatismo del legislatore sovranazionale, diretto a concentrarsi esclusivamente sul settore di volta in volta regolato e sulle esigenze specifiche ad esso connesse (15).
Nel quadro appena abbozzato, il recesso del consumatore, oltre a proteggere il contraente più debole a fronte di un contratto che non corrisponde realmente ai suoi interessi, ha la funzione di assicurare a quest'ultimo la possibilità di tornare rapidamente sul mercato per soddisfare le sue esigenze, accrescendo la concorrenzialità e il livello qualitativo del mercato stesso (16). Tali scopi - in termini generali - contraddistinguono tutta la legislazione europea in materia di diritto dei consumatori.
Se dal punto di vista delle finalità di tipo economico il diritto di recesso penitenziale mira costantemente a garantire una maggiore concorrenza nel mercato, in relazione agli interessi del consumatore coinvolto nella vicenda contrattuale, con riguardo ai diversi settori in cui il recesso è previsto, risulta invece che allo strumento non è sottesa una *ratio* unitaria. Così, ad esempio, nell'ambito dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali (nell'esempio più emblematico, le vendite c.d. porta a porta), lo *ius poenitendi* è destinato a proteggere il consumatore rispetto ad una tecnica commerciale idonea a coglierlo di sorpresa. Infatti, in questo tipo di contrattazione, il consumatore, oltre a non essere sufficientemente preparato all'incontro con il professionista (o imprenditore, se si preferisce) neppure è mosso dall'intenzione di stipulare un contratto. A ben vedere, si pone in rilievo la circostanza che, in queste fattispecie, non è il compratore che raggiunge il "locale commerciale" per rispondere ad una sua necessità, bensì è il venditore stesso a muoversi, lasciando i locali commerciali e andando incontro al consumatore (che spesso non aveva avvertito il bisogno del bene o del servizio) per "sollecitare" la stipula del contratto attraverso un'iniziativa di natura "abbastanza pressante" (17), ritenuta persino "aggressiva" (18).
Nei contratti a distanza, invece, il motivo del conferimento di un diritto di recesso risiede nella lontananza che separa i due contraenti (19), dalla quale deriva: *a*) la difficoltà per il consumatore di sincerarsi della serietà dell'altro contraente; *b*) l'impossibilità per il consumatore di esaminare materialmente il bene che si accinge ad acquistare; e, conseguentemente, *c*) la difficoltà di valutare se il bene offerto risponda realmente alle sue esigenze (20). In questa tipologia di contratti si persegue, inoltre, l'obiettivo di ridurre le barriere che spingono i consumatori a desistere dal concludere contratti transfrontalieri. Infatti, i problemi che si incontrano abitualmente nelle contrattazioni a distanza, si presentano in modo ancor più accentuato a livello sovranazionale, frequentemente, a causa delle difficoltà derivanti dalla scarsa conoscenza della lingua adoperata dal professionista. Dal punto di vista delle Istituzioni europee, il recesso e gli obblighi informativi posti in capo ai professionisti assumono quindi un ruolo strategico per l'attuazione di un mercato unico digitale del commercio elettronico (21).
In considerazione delle tecniche di stipulazione indicate, la tutela "tradizionale" riconosciuta ai contraenti nella fase precontrattuale, incentrata principalmente sull'obbligo di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (art. 1337 c.c.) e sulla disciplina dei vizi del consenso (art. 1427 ss. c.c.), si mostrerebbe insufficiente per proteggere gli interessi del consumatore (22). Invero, tali istituti, oltre a presupporre un'effettiva negoziazione - elemento generalmente assente nella contrattazione telematica a distanza, in cui il consumatore aderisce a modelli *standard* predisposti dal professionista (23) -, impongono costose indagini circa gli stati soggettivi dei contraenti, di talché, nell'ottica europea, risulta più efficiente consentire al consumatore una rimeditazione dell'affare concluso, a prescindere dalla prova di un effettivo perturbamento del processo di volizione (24).
Nonostante le *rationes* individuate, in virtù delle caratteristiche del recesso del consumatore - da considerare alla stregua di un vero e proprio diritto potestativo, al quale corrisponde la posizione di soggezione del professionista - il diritto di "uscire dal contratto" (come spesso si dice, riferendosi all'espressione usuale nel gergo comune anglosassone: diritto di "*exit*") opera altresì allorché il soggetto che intende avvalersene, pur avendo esattamente compreso tutto il regolamento ed essendo perfettamente a conoscenza del tipo di merce che sta comprando, semplicemente cambi idea circa l'opportunità di concludere il contratto (25).
Nelle due ipotesi esaminate (contratti stipulati fuori dai locali commerciali e a distanza), il legislatore europeo ha dettato una disciplina che tocca trasversalmente tutti i tipi contrattuali (fatta eccezione per alcune tipologie di beni o servizi individuati dalla legge, purché siano state osservate le modalità indicate). Diversamente, in altre ipotesi - che in questa sede possono essere trascurate - come nel caso del contratto di multiproprietà, o di vendita di pacchetti turistici o ancora di credito al consumo, lo *ius poenitendi* è conferito al consumatore indipendentemente dalle circostanze che hanno accompagnato la conclusione del contratto (26).
Sebbene sia ormai trascorso molto tempo dall'adozione delle prime direttive in materia e l'avvento di nuove tecniche di commercializzazione abbia modificato il modo di operare del consumatore nel mercato, nell'ottica del legislatore europeo i caratteri del recesso e le sue funzioni non sono mutati (27). Così, la nuova direttiva ad armonizzazione totale sui diritti dei

consumatori n. 83/2011 (28) (v. *infra*, nn. 10 e 11), alla quale l'ordinamento giuridico italiano dovrà adeguarsi, si orienta ancora ai dati appena enunciati. Tuttavia, la direttiva presenta diversi elementi di novità, poiché non si limita ad uniformare la disciplina del recesso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e nei contratti a distanza (29) (obiettivo già parzialmente raggiunto dal legislatore italiano con il codice del consumo), ma ha tenuto conto di alcune significative sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea, nonché di diverse opinioni dottrinali espresse nel corso degli anni.

In proposito, partendo dalle soluzioni privilegiate dal codice del consumo, è opportuno segnalare le principali decisioni giurisprudenziali che, cercando di contemperare i contrapposti interessi delle parti, nel rispetto delle indicate *rationes* sottese all'istituto, hanno fornito le basi per il successivo intervento delle Istituzioni europee (v. *infra*, nn. 3-8). Infatti, al di là della necessità di semplificare il quadro normativo e di armonizzare le discipline nazionali attuative delle direttive, l'indice principale per valutare l'esigenza di un ammodernamento delle disposizioni di conio europeo sono ovviamente le decisioni giurisprudenziali, giacché intervengono su questioni interpretative emerse nella casistica. In questo senso, in tema di *ius poenitendi* l'esperienza giuridica italiana ha ben poche sentenze da offrire (30) e conviene attingere, oltre alla giurisprudenza della Corte di giustizia, a decisioni giurisprudenziali del tribunale di ultima istanza tedesco, il quale più volte è stato chiamato a dirimere controversie di notevole interesse (v. *infra*, n. 9). Da ultimo, in prospettiva futura, occorre altresì avere riguardo alla disciplina del recesso della recente proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (31) al fine di comprendere i rapporti con la nuova direttiva che gli Stati membri sono chiamati ad attuare (v. *infra*, n. 12).

3. La disciplina attuativa della direttiva sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali (d.lgs. 15-1-1992 n. 50) e quella sulle vendite a distanza (d.lgs. 22-5-1999 n. 185) sono confluite nel codice del consumo (d.lgs. 6-9-2005 n. 206), il quale dedica al diritto di recesso un'intera sezione (artt. 64 ss. c. cons.) nell'ambito del capo I, del titolo III, relativo a "particolari modalità di conclusione del contratto" (32). Qualora sussistano i presupposti per qualificare un contratto concluso per via telematica alla stregua di un contratto a distanza, ai sensi dell'art. 50 c. cons., è a quest'ultima disciplina che occorre fare riferimento (33). Infatti, il d.lgs. 9-4-2003 n. 70, attuativo della direttiva sul commercio elettronico 8-6-2000 n. 31, non reca una disciplina del diritto di recesso del consumatore, limitandosi, all'art. 13, a porre in capo al fornitore l'obbligo di accusare ricevuta dell'avvenuto ordine, informando il consumatore della possibilità di recedere dal contratto.

Nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza il diritto di recesso ha una portata applicativa di carattere generale, fatti salvi i casi di esclusione previsti (ai sensi degli artt. 46 e 55 c. cons.): tra i quali si segnalano i contratti aventi ad oggetto generi alimentari; e, per i soli contratti a distanza, quelli relativi a beni confezionati su misura o chiaramente personalizzati (34); prodotti audiovisivi o *software* informatici sigillati (35); giornali periodici e riviste. L'esclusione è prevista anche per i contratti di fornitura di alcuni determinati servizi (come, ad esempio, quelli relativi all'alloggio, al trasporto, alla ristorazione e al tempo libero). La finalità della suddetta disciplina, con riguardo ai contratti di servizio, è quella di evitare l'ingiustificato arricchimento che potrebbe derivare al consumatore-recedente dall'impossibilità di restituire le prestazioni eseguite, che si contrappone alla consueta ripetibilità dei beni - presupposto per esercitare il recesso - che, nell'arco del *cooling-off period*, sono già stati consegnati al consumatore (36).

Il diritto di recesso è escluso altresì quando la fornitura di servizi è già iniziata con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine previsto dall'art. 64, 1º comma, c. cons. Pertanto, ove acconsenta all'esecuzione del contratto nel periodo di pendenza del termine per esercitare il recesso, il consumatore non ha il diritto di esercitare lo *ius poenitendi*. Viceversa, il diritto di recedere non è escluso qualora il professionista, nel medesimo periodo, cominci a fornire il servizio in mancanza del consenso del consumatore e quest'ultimo non è tenuto a pagare per le prestazioni già eseguite. In caso contrario, la decisione del consumatore in ordine al recesso non sarebbe pienamente libera, potendo essere influenzata dai costi da sostenere per i servizi prestati (37). Sulla stessa linea si pone l'art. 67 *duodecies*, 5º comma, c. cons., secondo cui, nell'ambito della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, è escluso il recesso ove il contratto sia stato eseguito da entrambe le parti "su esplicita richiesta scritta del consumatore", durante il decorso del termine per recedere (38). Gli elementi discretivi rispetto alla disciplina generale dei contratti a distanza - che rafforzano il grado di protezione riconosciuto al consumatore, alla luce della tendenziale maggiore pericolosità dell'operazione economica posta in essere - risiedono nella forma scritta del consenso, necessaria ai fini dell'esclusione del diritto di recesso, e nel fatto che, per impedire il recesso, l'esecuzione deve essere portata a compimento da entrambi i contraenti.

Nelle due segnalate ipotesi, il consenso del consumatore conferma la volontà manifestata al momento della conclusione del contratto e, nell'ottica del legislatore, dovrebbe fugare o comunque ridurre i dubbi sulla mancata ponderazione del consumatore riguardo alla convenienza del contratto concluso, la quale, come rilevato, è la precipua finalità cui è destinato il diritto di recesso. D'altra parte, tale disciplina è anche volta a impedire che il professionista esegua in fretta la propria prestazione al solo scopo di eludere la possibilità di esercitare il recesso (39).

4. La salvaguardia della certezza giuridica negli scambi commerciali impone che l'esercizio del recesso avvenga entro determinati limiti temporali, onde evitare il protrarsi della situazione di incertezza riguardo all'efficacia del contratto. Il recesso di pentimento, inoltre, è inserito in un più ampio meccanismo di tutela costituito da una serie di obblighi informativi, volti ad assicurare che il consumatore comprenda a pieno il contenuto del contratto e sia reso edotto dell'esistenza del diritto di recesso (40). Allo scopo di rispondere a entrambe le esigenze, la normativa tende a far decorrere il termine per il recesso soltanto a partire dal momento in cui, in virtù degli obblighi informativi previsti per la modalità di

contrattazione prescelta, il consumatore possa avere piena cognizione circa il contenuto del contratto e riguardo ai propri diritti. A tal proposito, a maggior tutela del consumatore, nei contratti a distanza, oltre a un lungo elenco di informazioni da comunicare al contraente debole prima della stipulazione del contratto, è posto in capo al professionista un obbligo di conferma scritta (o su altro supporto duraturo), successiva alla conclusione del contratto (art. 53 c. cons.) (41). Dalla mancata informazione discende in taluni casi un'estensione del periodo entro il quale esercitare il recesso.

In base alle disposizioni del codice del consumo, il consumatore ha diritto di recedere entro il termine di dieci giorni lavorativi a far data, ai sensi dell'art. 65, 2º comma: *a*) per i beni, dal giorno del ricevimento da parte del consumatore, ove siano stati soddisfatti gli obblighi d'informazione di cui all'art. 52 (ai sensi del 5º comma, in caso di commercio elettronico gli obblighi informativi del professionista sono da integrare con le informazioni previste dall'art. 12 del d.lgs. n. 70/2003), o a partire dal giorno in cui tali obblighi siano stati soddisfatti, se successivo alla conclusione del contratto (e comunque non oltre il termine di tre mesi dal giorno della conclusione del contratto); *b*) per i servizi, dal giorno della conclusione del contratto o dal giorno in cui sono stati soddisfatti gli obblighi di informazione di cui all'art. 52 c. cons., qualora ciò avvenga in seguito alla conclusione del contratto (ancora, entro il termine di novanta giorni dal giorno della conclusione del contratto).

Il terzo comma dell'art. 65 c. cons. prevede un regime speciale in caso di violazione degli obblighi d'informazione di cui all'art. 47 e, per i contratti a distanza, alle lettere *f*) e *g*) dell'art. 52 c. cons. (ovvero, rispettivamente, qualora il professionista ometta di informare il consumatore dell'esistenza del diritto di recesso o dell'esclusione dello stesso, ai sensi dell'art. 55, 2º comma, c. cons. o delle modalità dei tempi di restituzione o di ritiro del bene, una volta esercitato il diritto di recesso; oppure in caso di mancata conferma scritta, o su altro supporto duraturo, delle informazioni dovute, ai sensi dell'art. 53 c. cons.) (42). Al ricorrere di una delle suddette ipotesi, il termine per l'esercizio del diritto di recesso è rispettivamente di sessanta o novanta giorni a far data dal ricevimento dei beni o dalla conclusione del contratto di servizio. In base all'art 65, 4º comma, la medesima disciplina si applica nel caso in cui il professionista fornisca un'informazione incompleta o errata che non consenta il corretto esercizio del diritto di recesso. L'incompletezza o l'erroneità dell'informazione devono essere tali da non rendere possibile, ad un consumatore normalmente diligente, di esercitare il diritto di recesso (43).

Vige una disciplina diversa nell'ambito del commercio a distanza di servizi finanziari. Ai sensi dell'art. 67 *duodecies* c. cons., il consumatore dispone di un termine di quattordici giorni e di trenta giorni per i contratti aventi ad oggetto assicurazioni sulla vita (44). Il termine per esercitare il diritto di recesso decorre alternativamente dalla data della conclusione del contratto o in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 67 *undecies* c. cons., se successiva a quella della conclusione del contratto. Quest'ultima norma vale anche per le assicurazioni sulla vita, per le quali, in via ordinaria (*ex* art. 67 *duodecies*, 3º comma, lett. *a*, c. cons.), il termine comincia a decorrere dal momento in cui il consumatore viene informato della conclusione del contratto. In questa tipologia di contratti, il consumatore può dunque recedere fino a quando il professionista non adempie gli obblighi informativi elencati dall'art. 67 *undecies* c. cons.

Il regime del prolungamento del termine di recesso ha lo scopo di prevenire comportamenti scorretti del professionista, volti ad occultare l'esistenza del diritto del consumatore. In tal senso, si segnala che l'estensione del termine di recesso è uno dei mezzi coniati dal diritto europeo per sanzionare la violazione degli obblighi informativi precontrattuali posti in capo ai contraenti (45). Tuttavia, alla luce di modelli stranieri che prevedono discipline maggiormente protettive degli interessi del consumatore - giungendo, in alcuni casi, addirittura a sancire l'integrale nullità del contratto che non contiene l'informazione sul diritto di recesso (46) -, l'efficacia della normativa italiana che mira a dissuadere il professionista dall'omettere l'informazione sul diritto di recesso, viene revocata in dubbio (47). Come già ricordato, nel contesto italiano, un'eccezione è però costituita dal recesso nel settore del commercio a distanza degli strumenti finanziari, la cui disciplina, prevedendo che il termine per esercitare lo *ius poenitendi* inizi a decorrere soltanto quando il professionista ha adempiuto i prescritti obblighi informativi, esplica un effetto deterrente maggiore rispetto alla disciplina ordinaria stabilita per i contratti a distanza, consistente in una mera estensione del *cooling-off period* di novanta giorni.

Infine, come spesso (se non nella maggior parte dei casi) avviene in materia di diritto dei consumatori, alle parti è concesso di derogare ai termini legali soltanto in senso favorevole al consumatore, cioè con termini più lunghi per l'esercizio del recesso (art. 65, 5º comma, c. cons.).

5. Il contributo del formante giurisprudenziale europeo alla definizione dei rapporti tra diritto di recesso ed obblighi informativi è stato cospicuo con riferimento alla dir. 20-12-1985 n. 577 sui contratti conclusi fuori dai locali commerciali. I principi affermati, sebbene non sempre estensibili alla disciplina del recesso del consumatore prevista da altre direttive, costituiscono un ausilio interpretativo di carattere generale, idoneo a comprendere il nesso che lega gli obblighi informativi al diritto di recesso, garantendone l'effettività. In tal senso, l'importanza dell'informazione sul diritto di recesso è emersa in modo esemplare nel noto caso *Heininger*(48), nel quale la Corte di giustizia lussemburghese ha affermato che «la direttiva sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali osta a che il legislatore nazionale applichi un termine di un anno dalla stipulazione del contratto per l'esercizio del diritto di recesso, qualora il consumatore non abbia beneficiato dell'informazione su tale diritto e sulle sue modalità di esercizio» (49). Pertanto, violano il diritto europeo le discipline che stabiliscono un termine finale per il recesso, nei casi in cui non siano state fornite al consumatore le prescritte informazioni circa il suo esercizio.

Il ragionamento seguito dalla Corte lussemburghese può riassumersi così: a differenza di altri testi normativi (cfr. art. 5 della dir. 94/47, in materia di contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili; art. 6 della dir. 97/7, in materia di contratti a distanza), la dir. 85/577 non dispone alcun termine di "decadenza" qualora il professionista non abbia rispettato gli obblighi informativi vertenti sul recesso. Il risultato pratico della sentenza in esame - che denota in modo chiaro l'importanza dell'informazione quale ineludibile completamento del diritto di recesso - consiste nel fatto che indipendentemente dal momento in cui è stato concluso il contratto o è stata ricevuta la merce, il consumatore non perde la facoltà di esercitare lo *ius poenitendi* fino a quando non sia informato, in maniera corretta ed esauriente, sul diritto di recesso e le relative modalità di esercizio, e non sia decorso il termine (minimo) di decadenza previsto dalla legge. Di conseguenza, dal momento che le *chances* di ottenere un'informazione sul recesso tendono a scemare quanto più ci si allontana dalla data della conclusione del contratto, «si può immaginare che non di rado il diritto di recesso sia destinato a rimanere in piedi *sine die* (salvi gli effetti preclusivi derivanti dal consumo o deterioramento dei beni consegnati ovvero dall'esecuzione dei servizi promessi)» (50).

La suddetta decisione, pur non potendosi considerare riferibile alla contrattazione telematica, generalmente effettuata a distanza (51), mostra la propensione della Corte di giustizia ad esigere il massimo rispetto degli obblighi informativi per la tutela del consumatore, laddove la norma di matrice europea lasci qualche spiraglio all'attività interpretativa dei giudici. L'atteggiamento fatto proprio dalla Corte di Lussemburgo si spiega alla luce del rischio che la disinformazione del consumatore sull'esistenza del diritto di recesso riduca l'effettività della normativa. Al riguardo è sufficiente considerare che, se il consumatore non viene correttamente informato circa l'esistenza dei propri diritti, la posizione di vantaggio accordata dal legislatore al consumatore, consistente nell'attribuzione di un periodo per ponderare la convenienza dell'affare e nel riconoscimento di condizioni favorevoli per uscire dal contratto si affievolisce notevolmente, fino a scomparire (52).

Ancora, in tema di informazione sul diritto di recesso, come già rilevato, il legislatore europeo prescrive determinate forme che il professionista è tenuto a rispettare al fine di tutelare la posizione del consumatore. Quest'ultimo, il più delle volte, si trova di fronte a contratti redatti su moduli o formulari che rendono difficoltosa la comprensione della portata complessiva della pattuizione, considerando altresì l'attitudine del contraente più debole ad aderire al contratto senza leggere fino in fondo le clausole che ne compongono il contenuto. In proposito, la Suprema Corte, nel tentativo di accrescere la protezione riconosciuta al consumatore-aderente, ha posto in capo al professionista-predisponente due ulteriori obblighi di tipo topografico, attinenti alla dimensione dei caratteri utilizzati, da rispettare nel *drafting* contrattuale. Infatti, la clausola che conferisce il diritto di recesso «deve restare separata dalle altre onde rendere chiara, immediata e trasparente l'informazione (sicché deve ritenersi inammissibile il suo inserimento in un contesto uniforme di clausole di apparentemente pari rilevanza, inserite secondo una sequenza numerata), il secondo obbligo attiene alla evidenza grafica dell'informazione, che deve avere caratteri di scrittura eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento» (53).

Come già ricordato, il diritto dei consumatori non è volto soltanto a proteggere il contraente posto in una posizione di debolezza rispetto alla controparte, ma anche a garantire l'uniformità di comportamento degli operatori commerciali e ad aumentare la concorrenzialità del mercato. Sotto questo profilo, in materia di recesso del consumatore si segnalano interessanti pronunce dell'Autorità garante della concorrenza, le quali denotano come un'errata informazione sul diritto di recesso possa altresì, in taluni casi, configurare gli estremi del messaggio pubblicitario ingannevole. Così, si è affermato che risulta ingannevole il messaggio pubblicitario che prometta all'acquirente di essere rimborsato dell'importo speso, quando la garanzia offerta si riferisce in termini generici al diritto di recesso in materia di contratti a distanza, in assenza di riferimenti sintetici al contenuto effettivo della garanzia medesima o di rinvii ad un testo facilmente conoscibile dal consumatore (54).

Un ulteriore intervento dell'Autorità garante della concorrenza ha riguardato la diffusione, su un sito Internet dedicato alla vendita *on-line*, di informazioni ingannevoli in tema di diritto di recesso nei contratti di compravendita a distanza. In particolare, l'Autorità garante ha stabilito che integrano pratiche commerciali scorrette i comportamenti posti in essere dal professionista consistenti nel prevedere, nel modulo contrattuale utilizzato, che il diritto di recesso debba esercitarsi entro un termine massimo più breve rispetto a quello stabilito dal codice del consumo e che il bene ricevuto debba essere restituito a condizioni più sfavorevoli per il consumatore rispetto a quanto previsto dalla legge (55). Derogando alla disciplina del codice del consumo in senso sfavorevole al soggetto consumatore, tali clausole contrattuali sono già di per sé nulle ai sensi dell'art. 143 c. cons. (56). Nondimeno, alla luce della scarsa propensione del consumatore ad agire in giudizio - giustificata dalla tendenziale bassa rilevanza degli interessi economici in gioco -, la pronuncia si segnala per l'importanza di inibire comportamenti illeciti che, in mancanza di un provvedimento dell'Autorità garante, rischierebbero di restare impuniti rendendo inefficace la disciplina posta a tutela del consumatore.

6. Per esercitare il recesso, il consumatore è tenuto ad inviare una comunicazione in forma scritta alla sede del professionista mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. La comunicazione può altresì essere inviata a mezzo di telegramma, telex, posta elettronica o fax, entro lo stesso termine: ai fini dell'efficacia, è però necessario che il recesso venga confermato mediante raccomandata con ricevuta di ritorno, entro 48 ore dalla prima comunicazione. In entrambi i casi la raccomandata si ritiene spedita in tempo utile se consegnata all'ufficio postale entro i termini previsti dal codice del consumo o dal contratto, ove diversi (art. 64, 2º comma, c. cons.).

La suddetta disciplina è intesa, in primo luogo, a garantire la certezza del rapporto giuridico e l'affidamento del professionista, il quale deve essere reso edotto dell'avvenuta cessazione del rapporto mediante un mezzo che possa assicurarne l'effettiva venuta a conoscenza. Dal punto di vista del contraente debole, la norma ha l'ulteriore funzione di agevolare la posizione del consumatore sotto il profilo dell'onere della prova, dal momento che l'utilizzo della raccomandata con ricevuta di ritorno consente di stabilire con esattezza se l'invio è avvenuto nei termini prescritti dalla legge e se il professionista ha ricevuto la comunicazione. Alla luce delle finalità appena descritte si deve ammettere che il consumatore possa utilizzare anche mezzi diversi rispetto a quelli elencati dalla legge, purché riesca a provare l'avvenuta ricezione da parte del professionista (57). Non è tuttavia ammesso che il consumatore receda per fatti concludenti (restituendo la merce ricevuta senza inviare una comunicazione al professionista), salvo l'ipotesi in cui tale possibilità sia espressamente prevista nell'offerta o nell'informazione concernente il diritto di recesso (art. 64, 3º comma, c. cons.).
Come si vedrà più avanti (*infra*, n. 11), al fine di agevolare ulteriormente - soprattutto nell'ambito di scambi transfrontalieri - la posizione del consumatore sul quale grava l'onere di provare di aver esercitato il recesso entro i termini stabiliti dalla legge, la nuova direttiva sui diritti dei consumatori (dir. 2011/83) ha introdotto un modulo-tipo armonizzato di recesso.
Il consumatore ha l'obbligo di inviare la comunicazione entro il termine stabilito dalla legge. Pertanto, la comunicazione risulta tempestiva se spedita prima della scadenza. Affinché il recesso produca effetti è però necessario che il professionista riceva la comunicazione (art. 66 c. cons.). Ne consegue che, da un lato - per valutare la tempestività dell'invio - il recesso viene trattato alla stregua di un atto non recettizio e, dall'altro lato - ai fini dell'efficacia, in modo analogo alle altre fattispecie di recesso previste dall'ordinamento giuridico - è da considerare un atto recettizio. Tale doppio regime, destinato a favorire il consumatore riconoscendo un periodo di ponderazione effettivamente pari alla durata indicata dalla legge, è particolarmente congeniale agli interessi del contraente debole laddove questi si serva di mezzi di comunicazione rapidi e sicuri, idonei ad evitare che nel lasso di tempo che intercorre tra l'invio e la ricezione della comunicazione del recesso possano accadere eventi tali da onerarlo di obblighi restitutori o risarcitori (58).
7. Particolarmente controverso è il tema degli effetti del recesso del consumatore e dalla lettura dei numerosi scritti dedicati alla materia si evince come le relative problematiche siano state affrontate da prospettive diverse.
L'istituto ha appassionato la dottrina in primo luogo da un punto di vista puramente dogmatico. In questo senso, gli sforzi ricostruttivi si sono concentrati intorno alla questione del perfezionamento del contratto. Alcuni autori, al fine di salvare la forza del vincolo contrattuale espressa dalle norme generali sul contratto, ritengono spostata l'effettiva conclusione del contratto alla scadenza del termine per recedere - come se il consenso manifestato dai contraenti diventi definitivo solo allo spirare del termine per recedere (59) - o sostengono che solo a partire da quest'ultimo momento il contratto inizierebbe a produrre effetti (60). Secondo un diverso indirizzo, più complesso, con il recesso al consumatore sarebbe invece riconosciuto *ex lege* un diritto di opzione al quale sarebbe subordinata la definitiva conclusione del contratto, che si considera esercitato allo spirare del termine stabilito per esercitare il recesso (61).
Alle ricostruzioni appena esposte si contrappone un indirizzo pragmatico, ancorato al dato normativo - che fa leva, pertanto, sull'inequivocabile lettera dell'art. 66 c. cons., secondo cui per effetto dell'esercizio del recesso "le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni" - il quale ritiene evidente l'incidenza del recesso del consumatore su un contratto già concluso e perciò da considerarsi pienamente efficace (62). D'altra parte, alla luce delle considerazioni svolte in apertura, in merito alle caratteristiche della legislazione europea, questo approccio, per così dire teleologico-letterale, sembra quello più consono per spiegare il corretto funzionamento del diritto di recesso del consumatore.
A ben vedere, molte delle ricostruzioni dottrinali ricordate (63), volte a intendere il diritto di recesso come un fenomeno appartenente al procedimento formativo del contratto, sono dovute alla circostanza che il rimedio in esame può essere esercitato non solo con riferimento a un contratto perfezionato, ma anche a una semplice proposta contrattuale. Quest'ultima ipotesi, in base alle categorie concettuali utilizzate dal codice civile, induce a pensare a un errore di qualificazione, in quanto l'art. 1328 c.c. discorre di revoca della proposta, revoca che, peraltro, per ciò che riguarda gli effetti e i tempi di esercizio, si atteggia in modo sensibilmente diverso rispetto al recesso del consumatore (64).
Anche in quest'occasione la scelta del legislatore comunitario appare comprensibile alla luce dell'obiettivo perseguito, ossia quello di evitare che il professionista elabori congegni idonei ad eludere l'applicazione delle norme a tutela del consumatore, facendo risultare il soggetto debole come "proponente" dell'affare stipulato e il professionista come parte "accettante", nonostante il contratto sia stato interamente predisposto dal secondo. Il fenomeno descritto si riscontra nel campo degli acquisti in rete, in cui il consumatore, scegliendo la merce che intende acquistare e inviando l'ordine, non aderisce a un'offerta ma - spesso, senza rendersene conto - formula una proposta contrattuale. Pertanto, la finalità di prevedere il recesso dalla proposta contrattuale del consumatore è «sostanzialmente quella di sanzionare d'irrilevanza l'inversione dei ruoli che le parti (quella forte in particolare) hanno effettuato (quella debole sostanzialmente subito) nel procedimento di formazione del contratto» (65). In definitiva, la normativa si fonda sull'assunto che, alla luce delle tipologie di scambi in cui è coinvolto, il consumatore è da considerare proponente soltanto in via fittizia perché in realtà aderisce ad un contratto che si perfeziona nel momento in cui invia l'ordine.
Anche nel caso in cui la proposta sia un atto effettivamente riferibile al consumatore, non essendosi verificata l'inversione dei ruoli solitamente preordinata dal professionista, i termini della questione non mutano e il soggetto debole avrà a

disposizione un doppio binario per svincolarsi dalla proposta contrattuale (66): il diritto di recesso accordato dal codice del consumo, e dall'altro lato l'ordinaria facoltà di revoca *ex* art. 1328 c.c. Tuttavia, ad eccezione dell'ipotesi in cui il termine per l'esercizio del relativo diritto sia scaduto, per il consumatore è sempre preferibile scegliere la strada del recesso, che come si vedrà, diversamente dalla revoca, ai sensi dell'art. 1328 c.c., non obbliga il recedente al pagamento dell'indennizzo per le spese e le perdite subite a causa dell'iniziata esecuzione del contratto da parte del contraente in buona fede.

8. L'atto di recesso del consumatore esercitato tempestivamente determina lo scioglimento del rapporto contrattuale e, qualora le prestazioni scaturenti dal contratto siano state nel frattempo in tutto o in parte eseguite, in capo ai contraenti si configurano obbligazioni restitutorie (art. 67 c. cons.).

Il consumatore è obbligato a restituire il bene al professionista, secondo le modalità e i tempi previsti dal contratto; il termine per la restituzione non può comunque essere inferiore a dieci giorni lavorativi decorrenti dalla data del ricevimento del bene. Anche in questo caso, il termine si ritiene rispettato se prima della scadenza la merce sia stata soltanto consegnata all'ufficio postale o allo spedizioniere. Per i contratti aventi ad oggetto beni, la sostanziale integrità del bene è condizione essenziale per il diritto di recesso, essendo, tuttavia, considerato sufficiente che il bene sia restituito in un normale stato di conservazione, in quanto custodito ed eventualmente adoperato con l'ordinaria diligenza (art. 67, 2º comma, c. cons.). Ne discende che, ove il contratto abbia ad oggetto beni che per loro natura sono deteriorabili o non sono suscettibili di un'utilizzazione plurima, il consumatore non potrà recedere da contratto (67).

In virtù del carattere di sostanziale gratuità del diritto di recesso, le spese che il consumatore è tenuto a sostenere sono soltanto quelle dirette alla restituzione del bene al mittente e unicamente ove ciò sia espressamente previsto dal contratto (art. 67, 3º comma, c. cons.). Sui costi relativi al diritto di recesso è intervenuta altresì la Corte di giustizia, la quale nella sentenza *Heinrich Heine* ha affermato che, nell'ambito dei contratti a distanza, è in contrasto con il diritto dell'Unione europea la normativa nazionale, secondo cui il fornitore-professionista può addebitare le spese di consegna dei beni al consumatore qualora questi eserciti il suo diritto di recesso (68). Nell'ulteriore decisione *Messner*, di poco precedente, la Corte lussemburghese si era pronunciata nel senso che nella contrattazione a distanza, pur non essendo il consumatore obbligato, in via generale, a indennizzare il venditore per l'uso della merce acquistata, in determinate circostanze esso può essere tenuto a pagare un compenso per l'utilizzo dei beni acquistati di cui ha fatto uso in modo incompatibile con il principio di buona fede (69).

I suddetti interventi dei giudici europei finiscono così per integrare le normative nazionali, prevedendo: *a*) il divieto di subordinare il diritto di recesso al pagamento delle spese di consegna dei beni; le uniche spese che - di regola - il consumatore è tenuto a sostenere sono quelle di restituzione (spedizione dei beni al mittente); *b*) la possibilità che il consumatore sia obbligato al pagamento di un indennizzo se abbia usato il bene in modo non conforme ai normali canoni di utilizzo.

La decisione *Heinrich Heine*, di cui al punto *sub a*), intende evitare che l'addebito delle spese di consegna, sebbene il consumatore fosse stato informato sul punto, induca quest'ultimo a non esercitare il diritto di recesso, compromettendo la ripartizione dei rischi tra le parti, voluta dal legislatore di Bruxelles (70). La sentenza *Messner* mira, invece, a non avallare comportamenti scorretti dei consumatori che pretendono di recedere immotivatamente dal contratto dopo aver goduto del bene. È interessante fin d'ora rilevare che il contenuto di entrambe le decisioni è stato fatto proprio dal legislatore europeo nella recente direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/UE (cfr. *infra*, nn. 10 e 11), potendosi notare nella circostanza un proficuo dialogo tra formanti del diritto europeo, quello giurisprudenziale e quello legislativo, passando per quello dottrinale, il quale - con molteplici commenti alle due sentenze - ha fornito le basi teoriche per l'innovazione della normativa (71).

Se il consumatore esercita il recesso in modo conforme a quanto stabilito dalla legge, il professionista è tenuto al rimborso delle somme versate al consumatore nel minor tempo possibile e in ogni caso entro trenta giorni dal momento in cui è venuto a conoscenza dell'esercizio del diritto di recesso. Trascorso infruttuosamente tale termine il professionista è da considerarsi in mora e dovrà corrispondere altresì gli interessi maturati sulla somma da restituire.

Il codice del consumo prescrive poi norme specifiche qualora il consumatore abbia effettuato il pagamento per mezzo di effetti cambiari: se non sono stati ancora presentati all'incasso, il professionista deve restituirli, altrimenti deve procedere alla corresponsione delle somme ricavate secondo le regole ordinarie (art. 67, 5º comma, c. cons.).

Infine, il diritto di pentirsi si ripercuote anche sul contratto di credito eventualmente stipulato dal consumatore per coprire parzialmente o interamente il prezzo d'acquisto del bene o del servizio. In tali ipotesi, il professionista ha l'obbligo di comunicare al terzo che ha concesso il credito l'avvenuto esercizio del recesso da parte del consumatore e di rimborsare a quest'ultimo le somme già versate, senza alcuna penalità, fatti salvi gli interessi legali nel frattempo maturati (art. 67, 6º comma, c. cons.).

9. Alla luce della breve disamina relativa al recesso del consumatore nell'ordinamento giuridico italiano, appare certamente significativo un confronto con l'esperienza giuridica tedesca, nell'ambito della quale in materia di *ius poenitendi* - ma il dato è agevolmente estensibile all'intero diritto europeo dei consumatori - è possibile riscontrare un numero di decisioni dei giudici di legittimità ben maggiore rispetto al nostro contesto nazionale. Infatti, sebbene le direttive che conferiscono un diritto di recesso al consumatore siano state attuate da molti anni, in Italia le ricerche giurisprudenziali offrono ancora

risultati deludenti. Tra i motivi che spiegano questo fenomeno, occorre considerare le note questioni legate all'inefficienza e alla lentezza della giustizia italiana e probabilmente la minor litigiosità/maggior arrendevolezza che connota la figura del consumatore italiano, poco incline ad iniziare un procedimento per somme di ammontare non elevato. Peraltro, ad avviso di chi scrive, le ragioni della difformità tra i due Paesi, per ciò che concerne la mole di precedenti giurisprudenziali sul recesso del consumatore, hanno radici più profonde, risiedendo nella modalità di attuazione delle direttive europee e nei metodi di insegnamento dell'istituto.

Sotto il primo profilo, con la riforma del diritto delle obbligazioni del 2002, le discipline attuative delle direttive sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza sono state inserite all'interno del codice civile tedesco (72). Il trapianto delle nuove normative nel *Bürgerlisches Gesetzbuch* (nella consueta abbreviazione, BGB) è avvenuto nel rispetto dell'ordine sistematico della codificazione, inserendo un 2º sottotitolo al titolo primo della parte terza, del libro secondo, relativa ai rapporti obbligatori derivanti da contratto, in cui vengono elencate le "particolari forme di distribuzione" (*besondere Vertriebsformen*) (73) per le quali sono previsti diritti di recesso e obblighi informativi. La disciplina unitaria del diritto di recesso (esercizio ed effetti), paragonabile ai nostri artt. 64-67 c. cons. (74), si trova invece nel titolo quinto, parte terza, libro secondo, ed è preceduta dalle norme sulla risoluzione del contratto (*Rücktritt*), alle quali, per quanto riguarda gli effetti del recesso, il § 357, 1º *Absatz*, rinvia "nella misura in cui non sia altrimenti stabilito" (75). La collocazione sistematica si ripercuote sull'insegnamento dell'istituto che, nella manualistica più tradizionale in aderenza all'ordine stabilito dal BGB, viene annoverato tra i mezzi di scioglimento del rapporto obbligatorio (76).

Anzitutto è stata risolta in senso positivo la questione dell'applicabilità del diritto di recesso agli acquisti compiuti sulle piattaforme di vendita *on-line*, nelle quali il consumatore partecipa ad una gara al rialzo entro un determinato periodo di tempo (77). Il problema è sorto in virtù dell'espressa esclusione del diritto di recesso nei casi di acquisto del bene a seguito di una vendita all'asta, ai sensi del § 312 d, 4º Absatz, BGB. Il BGH ha affermato che le uniche aste escluse dal campo di applicazione del diritto di recesso sono quelle in cui il contratto viene concluso mediante uno "*Zuschlag*" (aggiudicazione) *ex* § 156 BGB, che nel processo di formazione del contratto rappresenta l'accettazione della proposta del miglior offerente (78). Nelle vendite all'asta che si svolgono sulle piattaforme telematiche (tipo, *Ebay*) la proposta d'acquisto vincolante - a parere del BGH - viene invece compiuta dal venditore, il quale offre il bene al soggetto che entro il periodo di tempo prestabilito presenta l'offerta più alta (79).

Con riferimento all'informazione sull'esistenza del diritto di recesso, si ritiene che la relativa comunicazione non integri un onere (*Obligenheit*) ma un vero e proprio obbligo che trova fondamento nella legge (*Rechtspflicht*), cosicché dalla violazione dello stesso può scaturire una condanna al risarcimento del danno nei confronti del consumatore (80).

Di notevole interesse, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e delle novità introdotte dalla direttiva sui diritti dei consumatori (sulla quale v. *infra*, n. 10 e 11), sono le decisioni legate ai costi che il consumatore è tenuto a sostenere in seguito al recesso. Ai sensi del § 357, 3º *Absatz*, BGB il consumatore deve corrispondere il rimborso della perdita di valore causata dal deterioramento del bene, se esso è da ricondurre a un rapporto con il bene che va oltre l'esame delle caratteristiche e della modalità di funzionamento, e se, al più tardi, al momento della conclusione del contratto era stato informato in proposito mediante un supporto duraturo. Alla luce delle norme codicistiche, secondo i giudici del BGH il dato determinante riguarda il tipo di attività svolta dal consumatore: purché non si fuoriesca da quanto strettamente necessario alla verifica/prova del bene acquistato, il consumatore non è responsabile del deprezzamento, neppure se la propria attività abbia comportato la completa perdita di valore del bene (81). In definitiva, la responsabilità del consumatore per la diminuzione di valore è legata alle caratteristiche del bene, spettando comunque a quest'ultimo il diritto di "provare" la merce acquistata. Inoltre, sempre secondo i giudici tedeschi, l'eventuale somma da corrispondere va computata non in base al prezzo pattuito ma al valore oggettivo del bene, ove quest'ultimo sia inferiore al primo (82).

Merita, infine, di essere segnalata una decisione che denota l'insufficienza di un approccio puramente dogmatico - dunque rispettoso delle ordinarie categorie utilizzate dal legislatore nell'ambito del diritto dei contratti - alla materia del recesso del consumatore. La finalità preminente di tutelare il consumatore, al di là delle *rationes* sottese alle norme generali sul diritto contrattuale, già in parte emersa nelle pronunce giurisprudenziali ricordate, ha infatti indotto il BGH a riconoscere al consumatore il diritto di recedere da un contratto nullo per contrarietà al buon costume (83). La scelta dei giudici tedeschi è dipesa dagli effetti sfavorevoli che la declaratoria di nullità avrebbe prodotto nei confronti del consumatore, poiché ai sensi del § 817, 2º periodo, BGB la nullità per contrarietà al buon costume non fa sorgere obbligazioni restitutorie, neppure nei limiti dell'arricchimento conseguito dalla controparte (secondo il noto brocardo *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*). La corte ha quindi preferito accordare al consumatore la possibilità di recedere da un contratto (in teoria) del tutto inefficace per consentirgli di ottenere la restituzione di quanto corrisposto in esecuzione del contratto, chiarendo, tuttavia, che il suddetto diritto è circoscritto ad ipotesi in cui, il recesso stesso, non rappresenti un comportamento "abusivo" del consumatore in base alla clausola generale di buona fede (§ 242 BGB).

10. Come è noto, al fine di armonizzare e riordinare sistematicamente gran parte delle normative consumeristiche adottate nel corso degli anni, la Commissione europea ha presentato un progetto di direttiva sui diritti dei consumatori (84). L'approccio della Commissione è stato di tipo orizzontale, avendo la proposta investito molteplici direttive precedentemente adottate.

I problemi riscontrati a livello europeo, da intendere alla stregua di ostacoli verso la costituzione del mercato unico, riguardano le diverse modalità con cui i legislatori nazionali hanno attuato le direttive, dando vita ad un panorama normativo troppo variegato e ottenendo un livello di armonizzazione insufficiente. Tale situazione determina difficoltà nell'ambito del commercio transfrontaliero in via telematica poiché, da un lato, il consumatore sovente desiste dal compiere acquisti all'estero a causa della scarsa fiducia che nutre in un sistema giuridico sconosciuto, dall'altro lato, il professionista per vendere i propri prodotti in Paesi stranieri deve misurarsi con normative di *consumer protection* notevolmente diverse tra loro e affrontare costi aggiuntivi in termini di oneri economici per l'assistenza legale all'uopo richiesta.
L'iniziale progetto prevedeva la sostituzione di quattro direttive (dir. 85/577 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali; dir. 93/13 sulle clausole abusive; dir. 97/7 sui contratti a distanza; e dir. 99/44 sulla vendita di beni di consumo) con un'unica direttiva ad armonizzazione c.d. "massima" che, differentemente dai precedenti interventi legislativi, non avrebbe permesso agli Stati membri né di prevedere un livello di protezione minore rispetto a quello stabilito dalla direttiva, né - ed in ciò la novità - un livello di protezione più elevato. Tale obiettivo si è infranto di fronte alle resistenze opposte da molti Stati, nonché dalle stesse Istituzioni europee, in particolar modo a causa dell'abbassamento del livello di protezione (molto elevato) del consumatore che in alcuni Paesi l'adozione del progetto avrebbe determinato (85).
Le complicazioni emerse durante l'*iter* legislativo hanno portato alla approvazione di una direttiva decisamente più snella rispetto al progetto iniziale (86), il cui campo di applicazione è limitato alla materia del recesso di pentimento nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza nonché agli obblighi informativi. Nell'ambito dei contratti a distanza, la nuova direttiva è pensata, in primo luogo, per le transazioni del commercio elettronico: dagli studi della Commissione è emerso che sono specialmente i traffici transfrontalieri *on-line* a essere fortemente sottodimensionati rispetto alle potenzialità offerte dal mercato (87).
La direttiva sui diritti dei consumatori investirà, quindi, proprio il settore del recesso di pentimento, imponendo agli Stati membri di adeguare il tessuto normativo interno alla nuova disciplina ad armonizzazione "massima" entro il 2013. Il risultato ottenuto dal legislatore di Bruxelles, che rispetto alla proposta del 2008 potrebbe sembrare deludente, è la conseguenza delle molteplici resistenze incontrate dalla proposta nei tre anni precedenti all'adozione definitiva della direttiva. Nel quadro descritto, sono soprattutto due le ragioni per le quali con riferimento al diritto di recesso, diversamente dagli altri settori in partenza presi in considerazione dalla Commissione, è stato possibile trovare un accordo. Anzitutto, alla luce del carattere eminentemente tecnico delle disposizioni che ne caratterizzano la disciplina, è più semplice trovare un'intesa sulla durata del termine di recesso o sull'elenco degli obblighi informativi connessi al diritto di uscire dal contratto, piuttosto che convenire l'utilizzo di clausole generali, come ad esempio la buone fede, o l'introduzione di garanzie per la vendita. Infatti, la seconda ragione - strettamente correlata alla prima - deve essere ravvisata nella circostanza che l'istituto del recesso, a differenza di altri mezzi di protezione, è un prodotto del legislatore europeo, non appartenente alle tradizioni giuridiche degli Stati nazionali (88). Per i Paesi membri risulta più semplice adeguarsi alle scelte del legislatore comunitario, se mediante l'introduzione delle nuove regole non vengono intaccate discipline già presenti negli ordinamenti giuridici nazionali in epoca anteriore all'adozione delle direttive europee (89).
11. Con riguardo alla disciplina del diritto di recesso, il ruolo della nuova direttiva si coglie principalmente in un'ottica internazionale, dal momento che le novità non stravolgono l'impostazione normativa già esistente, mirando in particolar modo a trovare una soluzione soddisfacente per uniformare le diverse regole adottate dagli Stati membri. Tuttavia, in quest'opera di armonizzazione, rispetto alle direttive che in precedenza avevano previsto un diritto di recesso in favore del consumatore, si riscontra un innalzamento del livello di protezione del contraente debole. L'aumento di tutela ha soprattutto lo scopo di soddisfare le esigenze dei Paesi che nell'attuare le precedenti direttive avevano accordato al consumatore una protezione superiore rispetto al tetto minimo fissato dal legislatore europeo.
Ne discende che in alcuni Stati l'attuazione della direttiva sui diritti dei consumatori segna un abbassamento del livello di tutela accordato dalle discipline attuative delle direttive più risalenti. Tuttavia, la breve rassegna delle novità più rilevanti legate allo *ius poenitendi* dimostrerà come per ciò che concerne l'Italia, in seguito all'attuazione della nuova direttiva, il consumatore risulti maggiormente tutelato rispetto al passato.
Il termine per esercitare il diritto di recesso è stato unificato in quattordici giorni, decorrenti, per la fornitura di beni, dal giorno della consegna al consumatore o a un soggetto da lui indicato; per la fornitura di servizi, dal giorno della conclusione del contratto (art. 9, 2º comma) (90). Se il professionista non informa il consumatore dell'esistenza del diritto di recesso, il termine per l'esercizio è prolungato a dodici mesi più quattordici giorni (art. 10, 1º comma). Ove però il professionista informi il consumatore del suo diritto di recesso entro il periodo dei dodici mesi, il termine scade quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni (art. 10, 2º comma) (91). La norma, evidentemente destinata a bilanciare gli interessi dei due contraenti, cercando di evitare comportamenti abusivi del consumatore, è stata criticata poiché determina un abbassamento della tutela di quest'ultimo nell'ambito dei contratti stipulati fuori dai locali commerciali, per i quali a seguito della sentenza *Heininger* della Corte di giustizia - in caso di omessa informazione circa l'esistenza del diritto di recesso - il consumatore poteva uscire dal contratto senza limiti di tempo (92); e inoltre perché è probabile che alla scadenza del termine il contraente non abbia avuto la possibilità di conoscere il diritto di recesso (93).

La direttiva prevede un modello informativo standard, che nell'ambito dei contratti a distanza il professionista è tenuto a inviare al consumatore (allegato I della direttiva). Il modello è suddiviso in due parti: nella parte A vengono fornite al consumatore le istruzioni per esercitare il recesso e le informazioni riguardanti i costi; la parte B reca invece un modulo di recesso tipo che il consumatore può compilare e inviare al professionista. Il professionista può scegliere se adoperare la parte A del modello informativo (art. 6, 4º comma), mentre è obbligato a fornire al consumatore la parte B (art. 6, 1º comma, lett. *h*).
Tale sistema è completato dalla previsione secondo cui gli Stati membri sono obbligati a desistere dal porre in capo al consumatore requisiti formali più gravosi per esercitare il recesso. Al consumatore è comunque riconosciuta la possibilità di esercitare lo *ius poenitendi* servendosi di qualsiasi mezzo, purché idoneo a manifestare la volontà di recedere dal contratto (art. 11, 1º comma). Dal momento che, ai sensi dell'art. 11, 4º comma, l'onere della prova relativa al recesso incombe sul consumatore, il rischio legato all'utilizzo di mezzi diversi rispetto al modulo predisposto, è ancora una volta quello che il consumatore non riesca a dimostrare il corretto esercizio del diritto di recesso.
Per il commercio elettronico è di notevole interesse la previsione secondo cui il professionista può offrire al consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso riportato dal suddetto allegato, o una qualsiasi altra dichiarazione esplicita sul sito *web* del professionista, incombendo su quest'ultimo soltanto l'obbligo di comunicare al consumatore una conferma di ricevimento su un supporto durevole (art. 11, 3º comma). Anche secondo la nuova direttiva il diritto di recesso risulta esercitato tempestivamente se il consumatore invia la relativa comunicazione entro il termine previsto dalla legge (art. 11. 2º comma).
Al fine di rendere più agevole la comprensione della nuova normativa, la direttiva elenca le conseguenze dell'esercizio del recesso in due distinti articoli: art. 13, dedicato agli obblighi del professionista; e art. 14, relativo agli obblighi del consumatore.
Tra gli obblighi del professionista, si segnala quello di eseguire il rimborso delle spese con il medesimo mezzo di pagamento adoperato dal consumatore, entro quattordici giorni dal giorno in cui il professionista riceve l'informazione della decisione del consumatore di recedere dal contratto. Tuttavia, salvo che il professionista abbia offerto di ritirare egli stesso i beni, con riguardo ai contratti di vendita, questi può trattenere il rimborso «finché non abbia ricevuto i beni oppure finché il consumatore non abbia dimostrato di aver rispedito i beni, a seconda di quale situazione si verifichi per prima» (art. 13, 3º comma). Sulla scorta della decisione *Heinrich Heine* della Corte di giustizia (94), è stata poi introdotta la regola secondo cui il professionista non è tenuto a rimborsare i costi supplementari, qualora il consumatore "abbia scelto espressamente un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna offerto dal professionista" (art. 13, 2º comma). Infatti, letta *a contrario*, la norma dispone che il professionista è tenuto alla restituzione delle somme pagate dal consumatore per la consegna del bene, ad eccezione, appunto, del *surplus* di spesa riferibile alla scelta del consumatore di avvalersi di un mezzo di consegna più costoso.
Il consumatore deve restituire il bene entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere dal contratto, valendo anche in tale ipotesi la regola in base alla quale il termine è rispettato se il contraente spedisce prima della scadenza (art. 14, 1º comma). Specularmente a quanto previsto con riferimento agli obblighi del professionista, il consumatore è tenuto soltanto al pagamento del costo relativo alla restituzione del bene; tuttavia, ne risponde il professionista nel caso in cui non abbia informato il consumatore sul punto oppure tale eventualità sia stata stabilita dalle parti in via pattizia.
Ancora, facendo seguito a una sentenza della Corte lussemburghese - la decisione *Messner*(95) - l'art. 14, 2º comma, dispone che il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei medesimi diversa da quella necessaria per stabilirne la natura, le caratteristiche e il funzionamento. Pertanto, l'unico uso ammesso dal diritto europeo è quello strettamente legato alla verifica della merce ordinata: ad esempio, il consumatore che acquista su *internet* un paio di scarpe può indossarle per verificarne la misura, ma non può utilizzarle e successivamente esercitare il recesso senza essere considerato responsabile della perdita di valore. Se, invece, il professionista ha omesso di informare il consumatore del suo diritto di recesso a norma dell'art. 6, 1º comma, lett. *h*, quest'ultimo non risponde della diminuzione del valore dei beni. La circostanza che qualsiasi violazione degli obblighi informativi connessi al recesso, richiamati dal suddetto articolo, possa comportare la libertà del consumatore di utilizzare il bene senza incorrere nell'obbligo di rimborso, ha indotto parte della dottrina a ritenere la disciplina eccessivamente squilibrata in favore del consumatore (96).
L'art. 16 elenca i casi nei quali il diritto di recesso non trova applicazione (97). Oltre alle fattispecie già indicate dal codice del consumo, si riscontrano alcune novità. Esse riguardano, ad esempio, i beni sigillati che non si prestano a essere restituiti per motivi igienici o connessi alla protezione della salute; i beni che dopo la consegna risultano per loro natura inscindibilmente mescolati con altri beni; i contratti conclusi in occasione di un'asta pubblica (98); i servizi di noleggio di autovetture (99), di particolare rilevanza nella contrattazione telematica, la fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale (se l'esecuzione è iniziata con l'accordo espresso del consumatore e con la sua accettazione della perdita del diritto di recesso). In conclusione, *ex* art. 25, i diritti conferiti dalla nuova direttiva sono irrinunciabili da parte del consumatore ed eventuali clausole che escludono o limitano i diritti del consumatore non sono vincolanti (100).

12. Il regolamento per una disciplina comune europea della vendita (CESL) è la nuova proposta legislativa che la Commissione europea, facendo seguito alla consultazione avviata con il Libro verde del 2010 (101), ha deciso di presentare al fine di agevolare gli scambi transfrontalieri nel campo della contrattazione sia consumeristica che tra imprenditori (ove una delle parti sia un piccolo o medio imprenditore). In base a studi di mercato, la Commissione ritiene, infatti, che una disciplina facoltativa, strutturata sul modello *opt-in*, possa aiutare a superare gli ostacoli di carattere giuridico che spesso spingono imprenditori e consumatori a desistere dall'operare all'estero, permettendo inoltre di non incidere sul diritto nazionale dei contratti in vigore nei Paesi dell'Unione europea (102). Il progetto interessa quindi in via preminente la contrattazione telematica, ormai divenuta la modalità più diffusa di stipulazione di contratti a distanza, avendo lo scopo di spingere i consumatori ad acquistare via internet in Paesi diversi dal proprio e di agevolare i professionisti che intendono distribuire le proprie merci al di fuori dei confini nazionali.
La nuova disciplina riguarda soltanto il contratto di vendita e i contratti di servizio direttamente a essa collegati (manutenzione, installazione e riparazione), tuttavia contiene una parte generale relativa ad alcuni principi e clausole generali (quali, ad esempio, la buona fede e la ragionevolezza), agli obblighi d'informazione precontrattuale, alla conclusione del contratto, ai vizi del consenso, al diritto di recesso del consumatore; all'interpretazione, alle clausole abusive; al risarcimento del danno, e alla prescrizione (103).
Alla disciplina del recesso il CESL riserva il capo 4, intitolato «Diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali» (artt. 40 ss. CESL), mettendo in chiaro che, diversamente da quanto in genere previsto nello strumento opzionale, il recesso riguarda soltanto i rapporti *business-to-consumer*.
Un motivo d'interesse della suddetta disciplina del recesso è stato ravvisato nella sua collocazione, da un punto di vista sistematico, nell'ambito del diritto contrattuale (della vendita) predisposto dal legislatore europeo (104). È la prima volta che a livello legislativo la disciplina del recesso non è parte di una normativa settoriale ma di un sistema più ampio di conio europeo. Le Istituzioni europee si sono ispirate ai precedenti modelli scientifici dei Principi *Acquis* (Cap. 5) (105) e del *Draft Common Frame of Reference* (Cap. 7) (106), inserendo il capo 4 sul diritto di recesso dopo la parte relativa alla formazione del contratto e prima di quella concernente i vizi del consenso.
Con riguardo agli obblighi informativi e al diritto di recesso, la Commissione ha adeguato la normativa a quanto previsto dalla nuova direttiva sui diritti dei consumatori (dir. 2011/83), sicché, per la materia che qui interessa, salvo qualche difformità di natura linguistica non si riscontrano differenze sostanziali rispetto alle regole della direttiva (107). L'obiettivo delle Istituzioni europee è quello di far convivere i due suddetti strumenti, diversi per quanto concerne l'ambito di applicazione, senza creare antinomie e insicurezze negli scambi commerciali (108). Il livello di tutela riconosciuto al consumatore risulta dunque del tutto uguale a quello garantito dalla direttiva sui diritti dei consumatori e parte della dottrina sostiene che nella versione definitiva del CESL sarebbe preferibile inserire una norma di rinvio alla disciplina del recesso prevista dalla direttiva sui diritti dei consumatori, piuttosto che una riproduzione della stessa (109). Sotto il profilo degli obblighi informativi va tuttavia ricordato che, per applicare la disciplina opzionale della vendita, nei rapporti *business-to-consumer* la proposta di regolamento prevede che il professionista debba inviare al consumatore - prima della conclusione del contratto - una *standard information notice*, contenente la lista dei diritti più significativi, riconosciuti al contraente debole dal CESL (art. 9) (110). L'efficacia del contratto è subordinata al ricevimento di tale modello informativo e al consenso del consumatore di voler utilizzare il CESL. Nell'elenco delle informazioni contenute nel modello, indicato dall'allegato II, è compresa quella sull'esistenza del diritto di recesso (111). Fornendo una lista dei principali diritti riconosciuti dalla normativa opzionale, si offre al consumatore la possibilità di scegliere consapevolmente se applicare al contratto il CESL.
Allo stato non vi è ancora sicurezza sulla sorte del progetto della Commissione europea, ma per quanto riguarda lo *ius poenitendi* e gli obblighi d'informazione nei confronti del consumatore, può dirsi che il risultato dell'armonizzazione piena della disciplina è già stato raggiunto con la direttiva sui diritti dei consumatori che in breve verrà attuata da tutti gli Stati membri. La futura entrata in vigore del diritto comune della vendita, pur offrendo molteplici spunti d'interesse sotto diversi profili, non da ultimo il possibile incremento della mole degli scambi transfrontalieri, non inciderà dunque sulla normativa del recesso imposta dalla nuova direttiva.

Abstract
*The consumer's right of withdrawal: the evolution of the provisions*
Although a lot of time has passed since the first directives have been adopted and the new techniques of commercialization have modified the way of operating of the consumer on the market, the characters and the function of the right of withdrawal have not changed from the point of view of the European legislator. Nevertheless, the consumer right directive no. 83/2011 presents several elements of innovation, as it does not only uniform the regulation on withdrawal in the off-premises and distance contracts (goal which has already been reached partially by the Italian legislator through the Consumer code), but has also acknowledged some significant decisions of the European Court of Justice, as well as different doctrinal opinions developed over the years.
Starting from the solutions favored in the Italian Consumer code, the author points out the main court decisions which, trying to combine the contrasting interests of the parties in respect of the *rationes* included in the legal institution, have

provided the grounds for the successive intervention of the European Institutions. Finally, a comparison between the set of rules of withdrawal foreseen in the new directive and the one contained in the proposed regulation on a common European sales law has been conducted.

**Note:**

(*) Saggio sottoposto a referato.

(1) G. Gabrielli, Vincolo contrattuale e recesso unilaterale (Milano 1985) 1 s.; G. Gabrielli - F. Padovini, Recesso, Enc. dir., XXXIX (Milano 1998), 27 s.

(2) Cfr. A. di Majo, Recesso unilaterale e principio di esecuzione, Riv. dir. comm., 1963, II, 124 s.

(3) La tripartizione già utilizzata in Gabrielli - Padovini, Recesso cit., 29 s., è ora riproposta in modo schematico da F. Padovini, Risoluzione e recesso, Obbl. e contr., 2012, 86. Aderisce alla classificazione, G. De Nova, Recesso, Dig. disc. priv., IV (Torino 1997), 319.

(4) P. Sirena, I recessi unilaterali, Tratt. del contratto, diretto da V. Roppo, III. Effetti, a cura di M. Costanza (Milano 2006), 119 s.; Padovini, Risoluzione.

(5) Cfr. V. Roppo, Il contratto, Tratt. dir. priv., a cura di G. Iudica e P. Zatti² (Milano 2011), 521 s., secondo cui la differenza tra i recessi di pentimento previsti nel codice civile (ad es., art. 1671 c.c., in materia di appalto e art. 1685, 1º comma, c.c., in materia di trasporto) e quelli stabiliti a favore del consumatore è che i primi obbligano il recedente ad indennizzare o risarcire la controparte, mentre i secondi sono del tutto gratuiti per il soggetto che se ne avvale.

(6) Rileva, da ultimo, che il diritto di recesso riconosciuto al consumatore - «consistendo in una regola "diseguale", prevista in favore dell'una e non dell'altra parte» - ha determinato il superamento del principio di parità formale dei contraenti, centrale nell'impostazione del codice, F. Astone, Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale: dal controllo sulle modalità di conclusione di contratto al sindacato sull'equilibrio dello scambio, Rimedi e tecniche di protezione del consumatore, a cura di A.M. Gambino (Torino 2011), 190.

(7) Cfr., ad es., M. Loos, Rights of Withdrawal, G. Howells e R. Schulze (eds.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (Munich 2009), 239.

(8) A.M. Benedetti, Recesso del consumatore, Enc. dir., Annali, VI (Milano 2011), 957. Come si vedrà più avanti, il diritto di recesso è sempre collegato a particolari modalità di stipulazione del contratto nelle quali il consumatore può avere difficoltà ad esprimere in modo lucido e consapevole il proprio consenso (ad es. nei casi di conclusione del contratto fuori dai locali commerciali o a distanza). In questo senso, il recesso del consumatore viene annoverato tra le tecniche di protezione del consumatore fondate sull'effettività del consenso: cfr. F. Astone, Tecniche di protezione dei consumatori in ambito contrattuale cit., 189 s.

(9) Così, ponendo l'accento sulla distinzione tra autonomia contrattuale in senso formale e autonomia contrattuale in senso sostanziale, della quale il recesso sarebbe una forma di manifestazione, C.-W. Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts, Tendenzen zu einer Materialisierung, AcP, 2000, 344 s.

(10) Benedetti, Recesso del consumatore cit., 960. Tuttavia, nei Principi Acquis (Research Group on the Existing EC Private Law, Contract I (Munich 2007)), che dovrebbero rispecchiare il diritto privato europeo esistente, è stato elaborato un articolo, il 5:101, applicabile altresì a soggetti non consumatori qualora, ad es., tale modalità di recesso venga stabilita pattiziamente; l'idea manifestata dai compilatori della norma è che "in termini sistematici" il diritto di recesso non deve essere circoscritto all'area della protezione del consumatore, in quanto un domani potrebbe divenire funzionale alla tutela di soggetti non consumatori posti comunque in una posizione di debolezza strutturale nei confronti della controparte. Sulla disposizione, v. i rilievi critici di G. De Cristofaro, La disciplina unitaria del diritto di recesso, I "principi" del diritto comunitario dei contratti, a cura di G. De Cristofaro (Torino 2009), 372 s.

(11) La prima apparizione dello ius poenitendi risale alla direttiva sulle vendite "porta a porta" (dir. 20-12-1985 n.577); successivamente, in ordine cronologico, il diritto di recesso si trova nelle direttive: sull'assicurazione della vita (dir. 8-11-1990 n. 619); in materia di multiproprietà (dir. 26-10-1994 n. 47, nonché la posteriore dir. 14-1-2008 n. 122); sulle vendite a distanza (dir. 20-5-1997 n. 7); sulla vendita di servizi finanziari a distanza (dir. 23-9-2002 n. 65); e in quella sul credito al consumo (dir. 23-4-2008 n. 48). Infine, da ultimo, il recesso del consumatore è previsto nella recente direttiva sui diritti dei consumatori del 25 ottobre 2011 (dir. 25-11-2011 n. 83): sulla quale v. infra, nn. 10 e 11.

(12) C. Castronovo - S. Mazzamuto, L'idea, Manuale di diritto privato europeo, I, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto (Milano 2007), 12.

(13) Ibidem.

(14) Nel senso che la natura rimediale del recesso di pentimento consente di superare le difficoltà di ordine sistematico e salvaguardare direttamente il bisogno di tutela del consumatore, v. A. di Majo, Il linguaggio dei rimedi, in questa Rivista, 2005, 356 s. Tuttavia, il diritto di pentimento può essere inquadrato nella categoria dei rimedi soltanto in un'accezione più ampia (e "atecnica") rispetto alla definizione di rimedio coniata dalla dottrina (cfr. S. Mazzamuto, La nozione di rimedio nel diritto continentale, in questa Rivista, 2007, 596 s.; Id., Il diritto contrattuale di fonte comunitaria cit., 295; Id., Il contratto europeo nel tempo della crisi, ivi, 2010, 605 s.), secondo cui il rimedio «è un dispositivo tecnico di reazione ad un ordine violato o inattuato per un ostacolo frapposto: un dispositivo che si pone immediatamente a ridosso del bisogno di tutela e presuppone un impulso di parte ed una qualche valutazione del giudice». Inoltre, a parere di P. Sirena - Y. Adar, La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo, Riv. dir. civ., 2012, I, 366, affinché lo strumento di reazione previsto dalla legge possa qualificarsi come "rimedio", la lesione dell'interesse tutelato deve essere imputabile ad un soggetto responsabile. Con riguardo allo ius poenitendi i connotati del rimedio inteso nel significato più ristretto (o in senso "tecnico") sembrano invece ricorrere allorquando il professionista abbia violato lo specifico obbligo di informazione sul relativo diritto e ne sia conseguito un prolungamento del temine per esercitare il recesso (v. infra, nn. 4 e 11). In questo caso, risulta leso l'interesse del consumatore ad essere informato correttamente a causa di un comportamento imputabile al professionista.

(15) V. Roppo, Il contratto del duemila (Torino 2002), 15.

(16) Ancora, in tema di rimedi, Mazzamuto, Il contratto europeo nel tempo della crisi cit., 607, sottolinea come "in ambito europeo il rimedio contrattuale mira a coinvolgere il contratto e le parti nella realizzazione di un fine più ampio prefissato dal legislatore comunitario nell'ambito della sua policy del mercato".
(17) Cfr. N. Scannicchio, Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo, Tratt. dir. priv. europeo, a cura di N. Lipari, III. L'attività e il contratto (Padova 2003), 162.
(18) L'aggettivo si riscontra per la prima volta nell'ambito dell'esperienza giuridica francese, in cui, in epoca antecedente all'entrata in vigore della direttiva 87/577, il legislatore aveva già provveduto a disciplinare le vendite fuori dai locali commerciali con la legge 22 dicembre 1972, n. 72-1137: v., per un confronto tra l'ordinamento francese e quello italiano, D. Valentino, Recesso e vendite aggressive (Napoli 1996), 12 s.
(19) La direttiva 97/7, all'art. 21 n. 1, individua la nozione di contratto a distanza: "qualunque contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza"; secondo il legislatore europeo per "tecniche di comunicazione a distanza" deve intendersi «qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto» (art. 2 n. 4).
(20) Partendo dall'assunto secondo cui in epoca attuale il consumatore dovrebbe essere avvezzo alle modalità di acquisto in via telematica, le quali rappresentano il modello più utilizzato nel contesto della contrattazione a distanza, ad avviso di una recente dottrina i suddetti elementi non sarebbero sufficienti a giustificare un generalizzato diritto di recesso del consumatore nell'ambito dei contratti a distanza: cfr. Loos, Rights of Withdrawal cit., 248; G. Wagner, Zwingendes Vertragsrecht, H. Eidenmüller et al., Die Revision des Verbraucher-Acquis (Tübingen 2011), 24 s.; H. Eidenmüller, Widerrufsrechte, ivi, 131 s., secondo i quali sarebbe preferibile una norma che attribuisca al consumatore esclusivamente il diritto di acquistare l'opzione di recedere dal contratto, poiché l'odierno riconoscimento in termini generali di tale diritto comporta, nella prospettiva della law and economics, un aumento del costo finale dei beni a detrimento della collettività dei consumatori. Da tali affermazioni emerge l'esigenza di evitare che il diritto di recesso, da mezzo di protezione del contraente debole, si trasformi in strumento di abuso dello stesso da esercitare per rispondere a un proprio capriccio, a detrimento - in prospettiva macroeconomica - dell'intera categoria dei consumatori. Nell'ottica dell'analisi economica del diritto, il modello europeo dello ius poenitendi ha suscitato interesse anche presso la dottrina americana: cfr. O. Ben Shahar - E.A. Posner, The Right to Withdraw in Contract Law, The Journal of Legal Studies, 2011, 115 s., i quali, compiendo un confronto con la disciplina di conio europeo, criticano alcune sentenze statunitensi, ritenendo che il diritto di pentimento, quantomeno quale default-rule, debba trovare un riconoscimento più esteso nel continente americano. Infatti, riscontrandosi spesso fattispecie in cui i contraenti inseriscono pattiziamente lo ius poenitendi all'interno del contratto, un diritto dispositivo di pentimento, attualmente previsto, in favore del consumatore, soltanto in alcuni Stati, potrebbe determinare una riduzione dei costi transattivi. Nella dottrina italiana, cfr. G. Grisi, Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato, Riv. crit. dir. priv., 2001, 569 s.
(21) Cfr. la comunicazione della Commissione dell'11 gennaio 2012, "un quadro coerente per rafforzare la fiducia nel mercato unico digitale del commercio elettronico e dei servizi on-line", COM (2011) 942 def. Al fine di aumentare la mole degli scambi transfrontalieri, la Commissione cercherà soprattutto di fornire adeguati strumenti di informazione agli operatori che intendono ricorrere alla contrattazione a distanza in via telematica; con riferimento al diritto di recesso, dagli studi dell'Eurobarometer del 2011, è infatti emerso che solo il 29% dei commercianti sa dove cercare informazioni o ragguagli sulla normativa in materia di tutela dei consumatori vigente in altri paesi europei, mentre il 72% dei venditori a distanza non conosce la durata esatta del termine di recesso per la vendita a distanza nel suo stesso paese (p. 8, nota 32). Sul problema della disinformazione del consumatore con riguardo allo ius poenitendi, v. amplius K. Kroll-Ludwigs, Die Zukunft des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa, ZEuP, 2010, 509 s.
(22) Con riferimento alle c.d. vendite porta a porta cfr. tuttavia R. Sacco, Il contratto³ (Torino 2004), I, 489, secondo cui la sorpresa ingenerata dalla modalità dell'offerta, idonea a cogliere di sorpresa la controparte, dando luogo ad «un momento di menomata capacità» può essere fronteggiata con l'art. 428 c.c.
(23) Sulla conclusione del c.d. e-contract, cfr. da ultimo S. Sica - A.G. Parisi, La tutela del consumatore nel contratto on-line, Rimedi e tecniche di protezione del consumatore cit., 50 s., i quali rilevano che tale tipologia contrattuale può definirsi sostanzialmente un contratto per adesione, in cui il contraente aderisce ad una serie di condizioni generali predisposte "by point and click" (58 s.).
(24) Così F. Delfini, Negoziazione telematica e tutela del consumatore, Studi in onore di C.M. Bianca (Milano 2006), III, 159. Anche se in base alla normativa di conio europeo non si tratta propriamente di un problema probatorio, poiché si prescinde completamente dall'esistenza di un vizio del consenso, il quale non rileva ai fini dell'esercizio del recesso: v. infra, nota successiva.
(25) Sostiene che il recesso è svincolato dalla ricorrenza di una situazione che assurga a giustificato motivo o giusta causa, Corte eur. giust. 22-4-1999 C-423/97, Foro it., 1999, IV, con nota di A. Palmieri. Inoltre, tale conclusione si ricava dalla norma (art. 64, 1º comma, d.lgs. 206/05) secondo cui il consumatore ha diritto di recedere «senza specificarne il motivo» o, secondo la formulazione tedesca (§ 355 BGB), «ohne Angabe von Gründen»: così H. Eidenmüller, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP, 2010, 69; F. Greco, Il diritto di recesso del consumatore, I diritti del consumatore e la nuova class action, a cura di P.G. Demarchi (Bologna 2011), 57; contra M. Atelli, Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito ex lege al consumatore, Riv. crit. dir. priv., 2001, 360 s. In argomento, v. anche C. Ferrari, Ipotesi di qualificazione per il "recesso" del consumatore, Riv. dir. civ., 2010, II, 6 s.
(26) Per le recenti novità che hanno investito il diritto di recesso del consumatore nei settori della multiproprietà e del turismo, cfr. N. Zorzi Galgano, Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà, Contratto e impr., 2011, 1193 s. Ai contratti di "pacchetto turistico" stipulati a distanza o fuori dai locali commerciali si applica la disciplina generale degli artt. 64-67 d.lgs. 206/05 (cfr. infra, nota 32).
(27) Si è osservato invece che parte della dottrina, alla luce dell'accrescersi degli scambi effettuati in via telematica ha - in tempi recenti - iniziato a reputare eccessiva la tutela riconosciuta al consumatore nel settore dei contratti a distanza: cfr. supra, nota 20.
(28) Dir. 15-10-2011 n. 83 del Parlamento europeo e del Consiglio, sui diritti dei consumatori, recante modifica della dir. 93/13 del Consiglio e della dir. 99/44 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la dir. 85/577 del Consiglio e la dir. 97/7 del Parlamento europeo e del Consiglio.

(29) Su questo profilo della direttiva 2011/83 v., in particolare, R. De Hyppolitis, La disciplina unitaria del recesso, Foro it., 2012, V, 186.
(30) Un settore in cui invece si riscontra un ampio contenzioso riguarda il recesso di pentimento nell'ambito dei contratti a distanza aventi ad oggetto strumenti finanziari. In ordine all'ambito applicativo di cui all'artt. art. 30, 6º e 7º comma, d.lgs. 58/1998 (denominato in forma semplificata T.U.F.) si riscontrano molteplici sentenze di merito ed alcune sentenze di legittimità tra loro contrastanti. Con una recente ordinanza la Suprema Corte ha quindi rimesso alle Sezioni unite la questione concernente l'applicabilità alla negoziazione di strumenti finanziari della norma sul recesso senza spese e sulla nullità del contratto in caso di omessa indicazione del diritto di recedere previste dalla disciplina per il collocamento e la gestione di portafogli individuali: Cass. 21-6-2012, n. 10376, reperibile su DeJure.
(31) Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo a un diritto comune europeo della vendita, dell'11 ottobre 2011, COM (2011) 635 def.
(32) La disciplina del diritto di recesso contenuta agli artt. 64-67 d.lgs. 206/05 riguarda i contratti stipulati fuori dai locali commerciali ed i contratti a distanza. Tuttavia, in virtù dei molteplici richiami ai menzionati articoli, contenuti in altre parti del codice del consumo (ad es. nella parte dedicata ai contratti di multiproprietà e ai contratti di acquisto di pacchetto turistico), può affermarsi che la disciplina ha una vocazione generale, potendosi in definitiva applicare, in via residuale, a tutte le ipotesi di recesso del consumatore previste all'interno o all'esterno del codice del consumo (cfr. M. Farneti, Artt. 64-67, Commentario breve al diritto dei consumatori, a cura di G. De Cristofaro e A. Zaccaria (Padova 2010), 496 s.).
(33) L'art. 50 d.lgs. 206/05 fornisce le definizioni necessarie a delimitare il campo di applicazione della normativa:«a) contratto a distanza: il contratto avente per oggetto beni o servizi stipulato tra un professionista e un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal professionista che, per tale contratto, impiega esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso;b) tecnica di comunicazione a distanza: qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, possa impiegarsi per la conclusione del contratto tra le dette parti».
(34) La ragione dell'esclusione risiede nella circostanza che il professionista, ove fosse riconosciuto il diritto di recesso, non potrebbe rivendere il bene perché è stato prodotto ad hoc per una determinata persona. Nel senso che, in caso di fornitura di un capo di abbigliamento confezionato su misura, l'acquirente ha comunque la facoltà di esercitare il recesso se ciò è previsto da una clausola del contratto, cfr. Cass. 12-12-2008, n. 29186, Nuova giur. civ., 2009, I, 571, con nota di E. Bacciardi, Capo di abbigliamento personalizzato e recesso del consumatore: il confezionamento su misura può escludere lo ius poenitendi legale ma non quello convenzionale.
(35) Tali beni anche se acquistati in un locale commerciale - di regola - non possono essere "provati" dal consumatore.
(36) Benedetti, Recesso del consumatore cit., 961.
(37) G. De Cristofaro, Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore, Studium iuris, 1999, 1199, nt. 53, secondo cui, ove il professionista inizi ad eseguire la prestazione, senza il consenso del consumatore, "lo fa 'a suo rischio e pericolo' ", non avendo - a parere dell'a. - neppure diritto ad un indennizzo ex art. 2041 c.c.
(38) In argomento, v. F. Annunziata - E. Guffanti, Il recesso nei contratti finanziari a distanza, Corriere giur., 2006, 5 s.
(39) Così Benedetti, Recesso del consumatore cit., 961 s., il quale nega l'estensione in via analogica della suddetta disciplina del recesso nei contratti stipulati fuori dai locali commerciali, dal momento che «il contatto personale tra il consumatore e il professionista, pur realizzandosi in luoghi tendenzialmente anomali, effettivamente avviene e non raramente il consumatore è in grado di [...] apprendere direttamente dal professionista le caratteristiche del servizio oggetto del contratto».
(40) Cfr., da ultimo, A. Izzo, La tutela contrattuale del consumatore: gli obblighi informativi ed il diritto di recesso anche alla luce dei recenti interventi comunitari, Dir. ed economia mezzi di comunicazione, 2010, 71 s.
(41) In merito si discorre di un neo-formalismo volto a "materializzare" l'obbligo informativo, rivelandosi come il requisito formale è destinato a proteggere sia il consumatore che il professionista, il quale ha l'onere di provare di aver adempiuto gli obblighi informativi: così H. Boucard, Regard français sur les contrats à distance et les contrats hors établissement, L'amorce d'un droit européen du contrat. La proposition de directive relative aux droits des consommateurs, sous la direction de D. Mazeaud, R. Schulze e G. Wicker (Paris 2010), 47.
(42) In base all'art. 53, 2º comma, la conferma scritta delle informazioni non è dovuta per i contratti conclusi a distanza aventi ad oggetto servizi forniti in un'unica soluzione e fatturati dall'operatore della tecnica di comunicazione. Anche in tal caso, tuttavia, il consumatore deve poter disporre dell'indirizzo geografico della sede del professionista cui poter presentare eventuali reclami.
(43) Cfr. tuttavia Benedetti, Recesso del consumatore cit., 969, a parere del quale l'incompletezza si sostanzierebbe in una forma di omissione di una prescrizione formale, già di per sé idonea a determinare il prolungamento del termine.
(44) Cfr. R. Giampetraglia, Art. 67 duodecies, Le modifiche al codice del consumo, a cura di E. Minervini e L. Rossi Carleo (Torino 2009), 437 s.
(45) Sulle sanzioni previste in caso di violazione di obblighi informativi precontrattuali, cfr. A. Börger, Sanktionen für die Verletzung vorvertraglicher Informationspflichten (München 2010), 21 s. spec., in tema di recesso, 78 s.
(46) In merito alla disciplina spagnola, che prevede la nullità del contratto nel caso in cui il professionista non abbia informato il consumatore circa l'esistenza del diritto di recesso, v. Corte eur. giust. 17-12-2009 C-227/08, Raccolta, 2009, I-11939: «L'art. 4 dir. 85/577/Cee per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali non osta a che un giudice nazionale dichiari d'ufficio la nullità di un contratto rientrante nell'ambito di applicazione di tale direttiva a causa della circostanza che il consumatore non era stato informato del suo diritto di recesso, anche qualora detta nullità non sia mai stata fatta valere dal consumatore dinanzi ai giudici nazionali competenti». La recente direttiva sui diritti dei consumatori, ad armonizzazione totale, in caso di omessa informazione sul diritto di recesso, ha però previsto una disciplina diversa, nel senso di accordare al consumatore soltanto un prolungamento del termine per esercitare il recesso: cfr. infra, n. 11. D'altra parte, i giudici lussemburghesi in una precedente sentenza avevano affermato che la medesima direttiva sui contratti stipulati fuori dai locali commerciali deve essere «interpretata nel senso che il legislatore nazionale può prevedere che il diritto di recesso ivi previsto può essere esercitato entro un mese dal pieno adempimento, ad opera delle parti contraenti, degli obblighi derivanti da un contratto di mutuo a lungo termine, qualora il consumatore abbia ricevuto un'informazione errata sulle modalità di esercizio di detto diritto»: Corte eur. giust. 10-4-2008 C-412/06, Foro it., 2009, IV, 255, con nota

di C. Provvedi. Diversamente, la direttiva sulle vendite a distanza di prodotti finanziari (2002/65) che, alla luce delle più intense esigenze di tutela del consumatore, stabilisce l'invalidità del contratto: nell'ordinamento italiano la nullità è comminata dall'art. 67 septies decies, 4º comma, se il fornitore «ostacola l'esercizio del diritto di recesso [...], ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche». Sul punto cfr. G. Alpa, Gli obblighi informativi precontrattuali per i contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune, Contratto e impr., 2008, 891 s.

(47) Benedetti, Recesso del consumatore cit., 970.

(48) Corte eur. giust. 13-12-2001, C-481/99, Foro it., 2002, IV, 57, con nota di A. Palmieri. Cfr. anche il commento di M. Farneti, Corte di giustizia delle comunità europee, sentenza 13 dicembre 2001 (causa C-481/99): le gravi conseguenze della mancata informazione circa il diritto di recesso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, Studium iuris, 2003, 535.

(49) Corte eur. giust. 13-12-2001 C-481/99 cit.

(50) A. Palmieri, nota a Corte eur. giust. 13-12-2001 C-481/99 cit., 57, il quale rileva come una possibile criticità possa profilarsi con riferimento alla disciplina italiana, caratterizzata da un termine di decadenza "lungo" di sessanta giorni qualora l'operatore commerciale abbia omesso di fornire al consumatore l'informazione dovuta oppure abbia fornito un'informazione incompleta o errata, che non abbia consentito il corretto esercizio del diritto di recesso (art. 65 c. cons.).

(51) Diversamente da quanto previsto dalla direttiva relativa ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, in cui la determinazione delle conseguenze della mancata informazione sul diritto di recesso sono rimesse ai legislatori nazionali, nella direttiva sui contratti a distanza, l'art. 6, 1º comma, prevede l'estensione a tre mesi del termine per esercitare il recesso.

(52) M. Loos, The case for a uniform and efficient right of withdrawal from consumer contracts in European Contract Law, ZEuP, 2007, 20.

(53) Così, nell'ambito dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, Cass. 3-10-2003, n. 14762, Foro it., Rep. 2003, Contratto in genere, n. 337.

(54) Autorità garante della concorrenza, 7-4-2004, n. 13085, Rass. dir. farmaceutico, 2004, 1129. Nella specie, si trattava di un messaggio pubblicitario relativo ad un prodotto dimagrante che prometteva all'acquirente che non riuscisse a dimagrire di essere integralmente rimborsato dell'importo speso, richiedendo unicamente l'invio della confezione entro trenta giorni dal ricevimento senza informare sulla necessità, a termini di legge, di disdettare il contratto con lettera raccomandata entro dieci giorni dal ricevimento medesimo, come prescritto dal codice del consumo. Sulla stessa linea, v. già: Autorità garante della concorrenza, 18-1-2001, n. 9129, ivi, 2001, 357.

(55) Autorità garante della concorrenza, 6-4-2011, n. 22278, Giust. civ., 2011, I, 1626.

(56) Sulla portata applicativa dell'art. 143 d.lgs. 206/05, cfr. F. Di Marzio, Contratto illecito e disciplina del mercato (Napoli 2011), 230 s., a parere del quale le ipotesi di nullità riconducibili a tale articolo sono soggette alle regole operative della c.d. nullità di protezione ex art. 36 d.lgs. 206/05.

(57) Cfr., ad es., Trib. Milano, 27-1-1997, Contratti, 1998, 48 s.: «occorre osservare che il legislatore pur indicando palesemente una predilezione per uno strumento che è in grado di fornire la maggior certezza possibile non abbia inteso prescrivere una formalità precisa ed inderogabile di comunicazione a pena di inefficacia del recesso, ma abbia voluto indicare dei contenuti minimi, in termini di certezza ed idoneità della comunicazione, la cui ricorrenza vale a far ritenere valida la disdetta anche ove effettuata in altre forme ugualmente 'sicure'» (nella specie il recesso è avvenuto mediante consegna a mano con contestuale apposizione di data e firma da parte del ricevente). Nel senso che la forma prescritta dal legislatore non è prevista ai fini della validità del recesso, cfr. anche G. di pace Palermo, 16 febbraio 1999, ivi, 1999, 834 s.

(58) Benedetti, Recesso del consumatore cit., 972, il quale fa altresì notare che a differenza dell'art. 1334 c.c., il quale subordina l'efficacia degli atti unilaterali alla conoscenza della persona al quale sono destinati, per il recesso, ai fini dell'efficacia, ai sensi dell'art. 66 c. cons., rileva soltanto la ricezione, non potendo quindi il professionista provare di essere stato nell'impossibilità di averne notizia. Per ciò che concerne l'obbligo di rimborsare al consumatore le somme percepite, l'art. 67, 4º comma, d.lgs. 206/05 fa, invece, decorrere il termine di 30 giorni dal momento in cui il professionista "è venuto a conoscenza dell'esercizio del diritto di recesso".

(59) In questo senso R. Sacco, Conclusioni del contratto, Riv. dir. civ., 1995, II, 210.

(60) Per un'ampia rassegna delle diverse posizioni dottrinali, cfr. Benedetti, Recesso del consumatore cit., 964 s.. La soluzione da ultimo esposta risulta adottata dall'art. 67 duodecies, 4º comma, d.lgs. 206/05 («l'efficacia dei contratti di servizi di investimento è sospesa durante la decorrenza del termine previsto per l'esercizio di recesso») e dall'art. 30, 6º comma, d.lgs. 58/1998, secondo cui «l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede è sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore».

(61) Cfr. Gabrielli, Vincolo contrattuale e recesso unilaterale cit., 71 s., con riferimento alla disciplina dei contratti, aventi per oggetto «valori mobiliari, stipulati mediante vendite a domicilio» dell'acquirente di cui alla l. 23-3-1983 n. 77.

(62) Benedetti, Recesso del consumatore cit., 966; Greco, Il diritto di recesso del consumatore cit., 65 s.

(63) Le quali, allorquando si esprimono nel senso di ritenere il contratto, a cui il recesso afferisce, sospensivamente o risolutivamente condizionato vengono definite da di Majo, Il linguaggio dei rimedi cit., 357, degli «inutili artifici di ordine ricostruttivo».

(64) Cfr. G. Gabrielli, L'attuazione in Germania e in Italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali, in questa Rivista, 2000, 730 s., a parere del quale la normativa italiana si esporrebbe al rilievo "di sapore accademico" secondo cui «se correttamente può dirsi di recesso l'atto unilaterale di scioglimento d'un contratto già concluso (art. 1973 c.c.), con riguardo alla proposta si sarebbe dovuta attribuite, piuttosto, una facoltà di revoca». L'a. sottolinea le differenze rispetto alla disciplina d'attuazione tedesca che, differentemente da quanto avvenuto in Italia, sul punto non si limita a recepire testualmente la direttiva europea (nella specie, si trattava della dir. 85/577), ma, in via unitaria, riferisce il recesso (Widerruf) alla «dichiarazione contrattuale del consumatore diretta alla conclusione di un contratto a titolo oneroso», evitando così di sollevare le incertezze concettuali che hanno tormentato la nostra dottrina. Rispetto al diritto italiano, va comunque considerata una differenza legata al significato del termine Widerruf, il quale nel diritto tedesco designa anche la semplice "revoca": cfr., ad es., la revoca del testamento ex § 2253 BGB (Widerruf eines Testaments).

(65) Benedetti, Recesso del consumatore cit., 967.
(66) Sostiene che al ricorrere di tali ipotesi «la facoltà di recesso si trasforma in facoltà di revocare la propria proposta», V. Zeno-Zencovich, Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori"), Giur. it., 1993, IV, 59.
(67) Sui limiti di utilizzo del bene da parte del consumatore prima dell'esercizio del recesso, cfr., infra, n. 9, la soluzione del diritto tedesco.
(68) Corte eur. giust. 15-4-2010 C-511/08, Giur. it., 2011, 44, con nota di E. Battelli, Gli effetti del recesso in relazione alle spese di consegna dei beni. Nella specie, una società tedesca operativa nell'ambito delle vendite a distanza, aveva previsto nelle sue condizioni generali che il consumatore dovesse pagare, a titolo di spese di consegna, una somma a forfait e che tale somma restasse acquisita al fornitore qualora il consumatore esercitasse il diritto di recesso. Cfr. altresì il commento di L. Mangiarancina, La Corte di giustizia, il recesso nel BGB e l'obbligo restitutorio relativo alle spese di consegna, in questa Rivista, 2011, 1207 s., il quale rileva che i giudici tedeschi, nel recepire la decisione della Corte europea, sono contravvenuti alla c.d. Saldotheorie (la quale implica il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico anche nella fase postcontrattuale) poiché la prestazione del professionista relativa alla consegna del bene è irripetibile.
(69) Corte eur. giust. 3-9-2009 C-489/07, Contratti, 2010, 355, con nota di C.A. Puppo, Contratti a distanza e recesso nella giurisprudenza comunitaria. Sulla sentenza cfr. altresì il commento critico di S. Pagliantini, La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C. giust. CE., 3 settembre 2009, C-489/07), Riv. dir. civ., 2010, II, 281 s. Nella prospettiva della law and economics, sottolineano come un modello efficiente di normativa sul recesso di pentimento dell'acquirente, debba riconoscere al venditore il diritto di ottenere un ristoro in caso di deprezzamento del bene compravenduto, Ben Shahar - Posner, The Right to Withdraw in Contract Law cit., 143. La configurabilità in capo al consumatore di un obbligo di indennizzo (in caso di sostituzione del bene), nell'ambito di applicazione della direttiva 99/44/CE sulla vendita dei beni di consumo, era invece stata negata da Corte eur. giust. 17 aprile 2008 C-404/06, reperibile presso http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index& cID=49, con nota di S. Cherti, L'art. 3 della direttiva 1999/44/CE al vaglio dei giudici comunitari: l'elevato livello di protezione dei consumatori come criterio di interpretazione privilegiata.
(70) Come visto, sotto questo profilo la suddetta norma del codice del consumo, di cui all'art. 64 d.lgs. 206/05, è in linea con la soluzione della Corte di giustizia. In argomento, prima dell'entrata in vigore del codice del consumo, cfr. G. di pace Salerno, 21-4-1997, Giur. mer., 1999, 496: « Secondo la disciplina della c.d. "legge di tutela dei consumatori" (d.leg. 15 gennaio 1992 n. 50) non rientrano nelle spese accessorie che il compratore-consumatore, nell'ipotesi di recesso, deve comunque rimborsare al venditore, i costi di gestione dell'impresa del venditore stesso - quali spese generali, postali, telefoniche, amministrative e simili, non derivate dalla concreta esecuzione dello specifico contratto - e pertanto non è conforme a detta disciplina, e non ha effetto, la clausola prestampata nel contratto pur espressamente sottoscritta dal compratore che prestabilisca una somma forfetaria dovuta a titolo di spesa accessoria nell'eventualità di recesso».
(71) Sui formanti che compongono l'ordinamento giuridico, in prospettiva comparatistica, cfr. R. Sacco, Formante, Dig. disc. priv., VIII (Torino 1992), 438; nonché Id., Introduzione al diritto comparato, Tratt. dir. comparato, diretto da R. Sacco (Torino 1992), 43 s. Sul ruolo svolto dai diversi formanti nel processo di "formazione" del diritto privato europeo, cfr. F. Macario, Le 'forme del diritto' nella storia presente: il nuovo diritto europeo dei contratti tra ordine, ragione e decisione, Quaderni fiorentini, 2012, 442 s.
(72) L'introduzione delle norme sul recesso nel BGB era già avvenuta con la legge del 27 giugno 2000 (BGBl. 2000, I, 897), ma la collocazione attuale risale alla riforma del 2002: cfr. P. Mankowski, Widerrufsrecht und Rückgaberecht, R. Schulze e H. Schulte-Nölke (hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (Tübingen 2001), 357 s.
(73) Nell'Untertitel 2 del titolo I, figurano i contratti negoziati fuori dai locali commerciali; i contratti a distanza; e i contratti conclusi in via telematica.
(74) Diversamente dalla disciplina italiana, le norme del BGB hanno una vocazione "autenticamente" generale, in quanto, ai sensi del § 355, si applicano in tutti i casi nei quali al consumatore viene attribuito per legge un "Widerrufsrecht".
(75) In argomento, cfr. S. Lorenz, Rechtsfolgen von Rücktritt und Widerruf, JuS, 2011, 871 s.
(76) Si noti che, sin dal primo anno di studi nell'università, lo studente che frequenta una facoltà giuridica è abituato a considerare il recesso del consumatore non come l'espressione di una normativa settoriale, ma come uno dei diversi mezzi di scioglimento del contratto disciplinati dal diritto civile. La più elevata attenzione riguardo agli istituti del diritto europeo, del tutto integrati nell'ordinamento nazionale, inevitabilmente influisce sul livello di informazione relativa ai diritti spettanti al contraente debole di chi svolge le professioni giuridiche (avvocatura e giudici) e, indirettamente, degli operatori del mercato. Conviene dunque attingere alla giurisprudenza tedesca per estrapolare alcuni casi di particolare rilevanza pratica decisi dal Bundesgerichtshof (BGH). Cfr., ad. esempio, D. Medicus - S. Lorenz, Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil, 19ª ed. (München 2010), 261 s., in cui il recesso del consumatore viene trattato assieme alla risoluzione e al recesso ordinario.
(77) BGH, 3-11-2004, NJW, 2005, 53.
(78) Il diritto tedesco prevede una normativa speciale per la conclusione del contratto nelle aste (Versteigerungen); ai sensi del § 156 BGB la conclusione del contratto avviene con l'aggiudicazione del bene, la quale equivale a un'accettazione della proposta del maggior offerente.
(79) BGH, 3-11-2004 cit. La conclusione del contratto avviene in questi casi secondo le norme ordinarie di cui ai §§ 145 s. La soluzione della giurisprudenza tedesca poggia dunque su una definizione utilizzata nel BGB e risulta difficilmente estensibile ad altre esperienze giuridiche. Non a caso, come si vedrà infra, n. 11, il diritto di matrice europea ha seguito uno strada diversa. Il discorso rileva anche per l'operatore italiano attesa l'espressa esclusione dell'applicabilità delle norme sulla contrattazione a distanza alle vendite all'asta, prevista dall'art. 51, lett. e, d.lgs. 206/05.

(80) BGH, 26-2-2008, NJW, 2008, 1585; BGH, 19-9-2006, NJW, 2007, 357. L'importanza di tale indirizzo si evince nelle ipotesi in cui il professionista abbia violato i propri obblighi informativi e il consumatore sia, conseguentemente, decaduto dalla facoltà di esercitare il recesso.
(81) BGH, 3-11-2010, NJW, 2011, 56. Nella specie, era stato acquistato mediante un contratto a distanza un materasso ad acqua, modello "Las Vegas" del costo di € 1.265 euro. Il consumatore prima di recedere dal contratto aveva riempito il materasso e il professionista, a fronte dell'impossibilità di rivendere il bene a causa dell'attività compiuta dal consumatore, aveva restituito soltanto € 258. La soluzione del BGH pone diversi interrogativi, soprattutto alla luce del fatto che anche se l'acquisto del materasso fosse avvenuto all'interno di un locale commerciale, il consumatore non avrebbe comunque avuto la possibilità di "provare" il bene. La tutela accordata al consumatore, notevolmente superiore a quella riconosciuta dal codice del consumo, appare a prima vista eccessiva.
(82) BGH, 15-4-2010, JuS, 2010, 915.
(83) BGH, 25-11-2009, NJW, 2010, 610 s. Il caso riguardava un contratto d'acquisto a distanza avente ad oggetto un congegno in grado di rilevare la presenza di "autovelox", contratto più volte considerato nullo per contrarietà al buon costume (§ 138 BGB) dalla giurisprudenza tedesca. Per un commento critico, cfr. M. Würdiger, Doppelwirkungen im Zivilrecht, JuS, 2011, 769, spec. 773, secondo cui gli interessi del consumatore, consapevole dell'illiceità dell'oggetto acquistato, non possono comportare la prevalenza del diritto di recesso sulla nullità del contratto, in considerazione della ratio sottesa all'istituto dell'invalidità per contrarietà al buon costume.
(84) Prop. dir. 8-10-2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, "sui diritti dei consumatori", COM(2008) 614 def. Sulla proposta, v., tra gli altri, G. Howells - R. Schulze, Overview of the Proposed Consumer Rights Directive, in G. Howells e R. Schulze (eds.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, cit., 3 s.; H.-W. Micklitz - N. Reich, Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a "Directive on Consumer Rights", Common Market Law Rev., 2009, 471 s.
(85) Inoltre, sussistono diverse ragioni per le quali si dubita che l'approccio ad armonizzazione "massima" possa realmente aumentare il numero degli scambi transfrontalieri e determinare benefici per la realizzazione del mercato unico. Infatti, le imprese che intendono operare all'estero, in termini di costi, risulteranno comunque svantaggiate dalle più alte spese di consegna, dai costi di adeguamento ad un diverso regime fiscale e, sovente, dalla necessità di apprestare un servizio post vendita in loco. E anche l'assunto sulla maggior fiducia, nell'effettuare scambi transfrontalieri, che siffatta armonizzazione della disciplina di protezione ingenererebbe nei consumatori, viene talvolta revocato in dubbio, atteso che il regolamento Roma I, già in epoca attuale, garantisce al consumatore il livello di tutela apprestato dal proprio ordinamento giuridico, mentre la percezione della maggiore rischiosità di un acquisto transfrontaliero dovrebbe persistere.
(86) Per un primo commento, v. S. Mazzamuto, La nuova direttiva sui diritti del consumatore, in questa Rivista, 2011, 861 s.; R. Pardolesi, Contratti dei consumatori e armonizzazione: minimax e commiato, Foro it., 2012, V, 177 s.; I. Riva, La direttiva ad armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta, Contratto e impr.-Europa, 2011, 754 s.; C. Aubert de Vincelles, Adoption, enfin, de la directive sur les droits des consommateurs, Revue de contrats, 2011, 1224 s.
(87) Tale aspetto è sottolineato dal quinto considerando della dir. 2011/83, ove si legge: «Rispetto alla crescita significativa delle vendite a distanza negli ultimi anni, è rimasta limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet che hanno un elevato potenziale di ulteriore crescita».
(88) Cfr. R. Schulze, The right of withdrawal, Perspectives for European Consumer Law (Munich 2010), 13, secondo cui con il diritto di recesso il legislatore europeo ha esercitato un ruolo pioneristico.
(89) Un esempio è costituito dalle discipline nazionali sul controllo di vessatorietà delle clausole, le quali, atteso l'approccio ad armonizzazione minimale della dir. 93/13 sono rimaste fedeli alla proprie tradizioni, presentando ancora notevoli difformità, essendo caratterizzate da diversi tipi di controllo, nonché da rilevanti disomogeneità quanto agli effetti conseguenti dalla dichiarazione di vessatorietà. Come visto, a causa delle resistenze dei governi nazionali, il tentativo di armonizzarne la disciplina attraverso la direttiva sui diritti dei consumatori è ad oggi fallito poiché la nuova direttiva non prevede l'armonizzazione totale del controllo di vessatorietà delle clausole contrattuali, presente nell'originaria proposta della Commissione del 2008.
(90) Nel considerando n. 40 della direttiva in esame, si segnala come i diversi termini di recesso tra Stati membri sono causa di incertezza giuridica e comportano un aumento dei costi di adempimento.
(91) Tali norme riprendono le soluzioni adottate dai Principi Acquis (art. 5:103) e dal Draft Common Frame of Reference (art. II.5:103): cfr. C. Aubert de Vincelles, Adoption, enfin, de la directive sur les droits des consommateurs cit., 1230.
(92) Corte eur. giust. 13-12-2001 C-481/99 cit., sulla quale v. supra, n. 5.
(93) Cfr. Micklitz - Reich, Crónica de una muerte anunciada cit., 498; E. Hall - G. Howells - J.M. Watson, The Consumer Rights Directive - an Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law, ERCL, 2012, 156 s., i quali riscontrano la difformità delle soluzioni adottate rispetto alle direttive sulla multiproprietà, sugli strumenti finanziari e sul credito al consumo; N. Zorzi Galgano, Dal Codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore, Contratto e impr.-Europa, 2012, 272 s., secondo cui la norma, volta a prevenire un possibile abuso da parte del consumatore, permette al professionista di comportarsi in modo scorretto sfruttando la propria posizione di forza da un punto di vista economico.
(94) Corte eur. giust. 15 aprile 2010 C-511/08 cit. Sulla quale v. supra, n. 8.
(95) Corte eur. giust. 3-9-2009 C-489/07 cit. Sulla quale v. supra, n. 8.
(96) M. Weller, Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften, M. Schmidt-Kessel (hrsg.), Ein einheitliches europäisches Kaufrecht? (München 2012), 168, nota 76, secondo il quale la norma potrebbe legittimare comportamenti abusivi del consumatore e per contemperare gli interessi delle parti occorrerebbe invece verificare se, indipendentemente dalla violazione dell'obbligo informativo, il consumatore sia a conoscenza della possibilità di recedere.
(97) Sul punto, diffusamente, N. Zorzi Galgano, Dal Codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita cit., 279 s., la quale individua le diverse ragioni sottese alla cause di esclusioni.
(98) Per "asta pubblica" ai sensi dell'art. 2 n. 13 della dir. 2011/83 deve intendersi un «metodo di vendita in cui beni o servizi sono offerti dal professionista ai consumatori che partecipano o cui è data la possibilità di partecipare all'asta di persona, mediante una trasparente

procedura competitiva di offerte gestita da una casa d'aste e in cui l'aggiudicatario è vincolato all'acquisto dei beni o servizi». Ne deriva che le aste compiute sulle piattaforme on-line, come ad es. Ebay, nelle quali il consumatore non può partecipare «di persona» - dovendosi con tale locuzione intendere il requisito della possibile presenza fisica del consumatore (si evince dalla terminologia adottata dal testo originale inglese "in person") -, soggiacciono alle norme sul recesso, ove il contratto intercorra tra un consumatore e un professionista: cfr. P. Mankowski, Online-Auktionen, Versteigerungsbegriff und Vernabsatzrechtliches Widerrufsrecht, JZ, 2005, 444 s., nonché, per qualche ulteriore spunto sul diritto tedesco, supra, n. 9.

(99) Anche in questo caso il legislatore europeo ha recepito una sentenza della Corte di giustizia: Corte eur. giust. 10-03-2005 C-336/03, EasyCar (UK) ltd. c. Office Fair Trading, Foro it., 2005, IV, 243, secondo cui l'«art. 3, n. 2, della direttiva 97/7/Ce, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, deve essere interpretato nel senso che la nozione di contratti di fornitura di servizi relativi ai trasporti include i contratti aventi ad oggetto la fornitura di servizi di noleggio di autoveicoli».

(100) Secondo le categorie concettuali adoperate dal codice del consumo la "non vincolatività" (già utilizzata nella dir. 93/13 sulle clausole abusive) dovrebbe equivalere alla nullità di protezione di cui all'art. 36 c. cons.

(101) Libro verde della Commissione, del 1.07.2010, sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese, COM(2010) 348 def.

(102) Cfr. le considerazioni della Vicepresidente della Commissione: V. Reding, Warum Europa ein optionales Europäisches Vertragsrecht benötigt, ZEuP, 2011, 1 s.; Id., The next Step Further Towards a European Contract Law, in Schulze e Stuyck (eds.), Towards a European Contract Law cit., 10 s.

(103) Il risultato cui sono giunte le Istituzioni europee è stato da gran parte della dottrina ritenuto deludente: cfr. C. Castronovo, L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita, in questa Rivista, 2011, 837 s.; S. Mazzamuto, Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario, Contratto e impr.-Europa, 2012, 98 s., il quale alla luce dei recessivi segnali provenienti dai recenti indirizzi politici europei ritiene confermata l'opinione di chi considera l'obiettivo del codice civile europeo attualmente irrealizzabile. Nella dottrina tedesca v. il commento critico di H. Eidenmüller, N. Jansen, E-M. Kieninger, G. Wagner e R. Zimmermann, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ, 2012, 269 s., spec. sul recesso, 277 s.

(104) Schulze, Die Widerrufsrechte im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht cit., 160 s.

(105) Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (eds), Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) Contract II (Munich 2009).

(106) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), C. von Bar - E. Clive et al. (eds.) , Full Edition (Munich 2009).

(107) Una differenza riguarda l'art. 40, 1º comma, b) secondo cui il recesso è escluso per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali di valore inferiore a 50 euro. Infatti, la dir. 2011/83 all'art. 3, 4º comma, riconosce agli Stati membri la facoltà di introdurre il limite di valore pari a 50 euro o a un ammontare inferiore. Sul punto, cfr. R. Schulze, Die Widerrufsrechte im Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, H. Schulte-Nölke et al. (hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht (München 2012), 156, il quale critica la norma del CESL rilevando che la suddetta esclusione dovrebbe operare soltanto allorché entrambe le prestazioni contrattuali vengano immediatamente eseguite alla conclusioni delle trattative, come previsto, sempre nell'ambito dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, dal § 312, Absatz 3, Nr. 2, BGB.

(108) Sui rapporti tra la dir. 2011/83 e la proposta di regolamento, v. G. D'Amico, Direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea?, Contratti, 2012, 611 s.

(109) Weller, Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften cit., 173.

(110) Per il commercio elettronico l'art. 9, 2º comma, dispone: «La nota informative di cui al paragrafo 1 contiene l'hyperlink, se rilasciata in forma elettronica, o l'indicazione, in tutti gli altri casi, di un sito web dal quale potersi procurare gratuitamente il testo del diritto comune europeo della vendita».

(111) L'informazione sull'esistenza del diritto di recesso è redatta in un linguaggio molto semplice al fine di agevolare la comprensione del consumatore: «Se ha acquistato un prodotto fuori dal negozio del professionista o senza incontrarlo personalmente (ad esempio se ha fatto l'acquisto on line o telefonicamente), nella maggior parte dei casi dispone di 14 giorni per annullare l'acquisto. Il professionista deve informarLa al riguardo e fornirLe un modulo tipo di recesso. Se non lo fa, Lei può recedere dal contratto entro un anno». Sui contenuti dell'"information notice", v. K. Riesenhuber, Information über die Verwendung des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, GPR, 2012, 2 s.; e M. Piers - C. Vanleenhove, The Common European Sales Law.

# I NUOVI CONTROLLI SUL CONTENUTO DEL CONTRATTO E LE FORME DELLA SUA ETEROINTEGRAZIONE: STATO E MERCATO NELL'ORIZZONTE EUROPEO (*)

Europa e Diritto Privato, fasc.1, 2008, pag. 33
Mario Barcellona

**Classificazioni:** UNIONE EUROPEA - Ce - - politica commerciale interna
Sommario: 1. La comprensione diffusa dell'intervento sul contenuto del contratto: il doppio registro del legislatore comunitario. - 2. Verso un nuovo approccio: la «filosofia» del legislatore comunitario e la rideterminazione del rapporto tra Stato e mercato. - 3. La ratio unitaria dell'intervento comunitario sull'autonomia privata: a) nella disciplina dei contratti del consumatore. - 4. Segue: b) nella disciplina dei contratti d'impresa. - 5. Il tenore del controllo sul contenuto del contratto. - 6. Le tecniche della correzione del contenuto del contratto.

1. La comprensione diffusa della disciplina comunitaria sul controllo dell'autonomia privata muove da una abbastanza radicale contrapposizione tra intervento nei contratti dei consumatori e intervento nei contratti d'impresa. Nei contratti dei consumatori si darebbe rilevanza esclusivamente alle asimmetrie informative, dunque ad una «debolezza di tipo informativo e/o cognitivo» (1). Nei contratti d'impresa, invece, si darebbe rilevanza essenzialmente alle asimmetrie materiali, dunque ad una «debolezza di tipo contrattuale e/o economica» (2).
Conseguenza di questo diverso orientamento è il diverso tipo di controllo cui questi due ordini di contratti sarebbero sottoposti. Nei contratti dei consumatori sarebbe sottoposto a controllo esclusivamente l'equilibrio normativo del contratto (3). Nei contratti d'impresa, invece, sarebbe sottoposto a controllo anche l'equilibrio economico del contratto (4).
Questo dualismo è stato criticato nella duplice direzione dell'inopportunità del controllo economico e dell'insufficienza del controllo normativo. Nella prima prospettiva non si è mancato di denunciare «l'inopportun(o)[ità di] ogni intervento diretto a sindacare l'equilibrio economico delle prestazioni, in quanto contrario alla piena liberazione delle potenzialità del mercato, e dunque all'interesse generale, traducendosi inevitabilmente in un'alterazione della libertà di concorrenza alla quale è affidato il compito di assicurare l'offerta del prodotto o del servizio migliore al prezzo più conveniente» (5). Nella seconda prospettiva, invece, non sono pochi quelli che approfittano di ogni occasione, legislativa o giurisprudenziale, per additare nell'equità dello scambio e nella giustizia del contratto la nuova frontiera del diritto privato (non solo) europeo, sollecitando interpretazioni che spingano i rimedi contro l'abuso di dipendenza economica oltre i confini dei contratti d'impresa (6).
Entrambe queste impostazioni non convincono, a misura che appaiono ancora irretite in una comprensione della dialettica tra legge e contratto che appartiene tutta al secolo ormai trascorso. La prima appare legata a quella concezione ormai anacronistica del liberismo economico la quale non riesce a distinguere il diverso segno funzionale che l'intervento può, volta a volta, assumere: essa muove da un'identificazione integrale tra la logica simbolica della libertà del volere e la logica funzionale dell'economia di mercato e, così, scambia qualsiasi correzione legale della prima con un'inammissibile interferenza nel funzionamento della seconda. La seconda appare il mero rovescio della prima, a misura che, non avvertendo neanch'essa il diverso segno del nuovo intervento comunitario, ne generalizza ed esaurisce la *ratio* nella protezione del «contraente debole»: essa muove, al contrario, dall'identificazione integrale della «volontà normativa» con finalità ascrivibili al campo della solidarietà e dell'equità sociale e, così, scambia qualsiasi correzione legale del contratto per un nuovo punto da segnare in favore della socialità nel confronto ultracentenario con l'interesse egoistico fomentato dalla logica mercantile.
Una comprensione adeguata del controllo giudiziale del contratto introdotto dal diritto comunitario richiede di andare oltre questo schema di lettura, rideterminando il rapporto tra Stato e Mercato e tra autonomia ed eteronomia che in esso prendeva corpo.
2. Non c'è dubbio che, nella logica del rapporto tra Stato e Mercato che ha attraversato il Novecento, il doppio registro, secondo il quale si sviluppa la disciplina comunitaria di controllo dell'equilibrio contrattuale, sembrerebbe evidenziare una *contraddizione* e soggiacere alla critica di *strabismo sociologico*: essa, infatti, disconosce la «debolezza» economica di chi (come il consumatore), sociologicamente, appartiene, almeno in prevalenza, ai ceti deboli e qualifica come debole chi (come la piccola e media impresa), sociologicamente, si situa, per lo più, tra i ceti forti.
Se ne trova conferma nel confronto con le direttrici dell'intervento nell'epoca del *welfare state*, quando, tutt'al contrario, la correzione legale dell'equilibrio economico del contratto era rivolta alla protezione dei ceti sociologicamente deboli (inquilini, contadini, lavoratori, ecc.) (7) mentre l'ausilio della piccola e media impresa era perseguito attraverso tecniche che influivano sul contratto e sul mercato dall'esterno salvaguardandone il funzionamento e modificandone a monte i presupposti (contributi a fondo perduto, finanziamenti agevolati, domanda aggiuntiva, ecc.) (8).
Ora, non è che tutto questo, sociologicamente, non sia più vero. È che questo non è mai stato il punto di vista dell'ordinamento comunitario e non è più, di conseguenza, il punto di vista dell'ordinamento nazionale.

Quel che è cambiato, nell'ordinamento comunitario e di conseguenza nell'ordinamento nazionale, è, per l'appunto, il rapporto tra Stato e Mercato che presiedeva a quel modello di intervento, anzi, prim'ancora, quel che è cambiato è lo stesso modo di concepire natura e compiti dei due termini di questo rapporto.
L'idea su cui si è venuta sviluppando l'intera costruzione europea è che i fallimenti sociali dell'economia, che avevano presieduto all'avvento ed alla crescita smisurata del *welfare state*, non fossero ascrivibili al mercato ma al suo mancato o difettoso funzionamento. Contro questi fallimenti, dunque, non vi era da attivare una *ratio* politica alternativa bensì semplicemente vi era da introdurre forzosamente il mercato e/o i suoi esiti là dove, rispettivamente, esso mancava o non funzionava secondo i suoi canoni teorici (9).
Quest'idea ha modificato, radicalmente, natura e compiti di Stato e mercato nei loro rapporti reciproci.
Lo Stato (almeno nel suo rapporto con il mercato) è stato privato, in larga misura, del suo carattere propriamente politico ed ha cessato, per conseguenza, di farsi latore di una logica, quella per l'appunto della politica, diversa e alternativa a quella dell'economia.
Il mercato, a sua volta, è stato «defattualizzato», è stato inteso non più come una prassi (che si dà per come, di volta in volta, di fatto si dà) ma come un modello (al quale conformare la prassi degli scambi) e, in quanto tale, è stato accreditato di una funzione politica, quella di garantire quel che la politica prima garantiva (10).
Il rapporto tra Stato e mercato, che in tal guisa è istituito, esclude, dunque, qualsiasi reciproca alternatività e assegna al primo il compito di rendere vero, operativo il secondo: non più uno Stato che, in quanto soggetto politico, fronteggia e corregge il mercato ma uno Stato che, in quanto garante del mercato, ne ripristina il funzionamento o ne simula gli esiti (ove il suo funzionamento non sia ripristinabile) (11).
Su questa filosofia del legislatore comunitario si può pensare quel che si crede. Ciò che non mi sembra, però, discutibile è che essa metta fuori campo sia l'impostazione che, attardatamente, legge qualsiasi intervento sull'equilibrio contrattuale come un'interferenza politica nel funzionamento del mercato sia il suo rovescio che, ingenuamente, gli accredita una logica sempre sociale alternativa a quella mercantile.
3. Con queste premesse il doppio registro dell'intervento comunitario sul contratto riacquista compatta *coerenza*, a misura che esso si lascia ricondurre all'unità di una *ratio* che si propone di rendere operativo il modello ideale di mercato contro le distorsioni della sua prassi.
Tale modello postula che la distribuzione razionale delle risorse sia garantita dal sistema dei prezzi e che il corretto funzionamento di tale sistema sia assicurato dalla presenza delle condizioni di operatività della concorrenza e del libero scambio (12).
Questo postulato, a sua volta, determina i compiti che alla legge spettano rispetto al mercato, e di conseguenza le direttrici dell'intervento autoritativo sul contratto.
Oggetto di questo intervento non sarà, di norma, il prezzo, che per assolvere alle sue funzioni di razionale distribuzione delle risorse deve essere lasciato alle libere determinazioni del mercato; ma le condizioni sulla base delle quali esso si forma, le condizioni sulla base delle quali di volta in volta si determina il rapporto di equivalenza tra merce e denaro, tanto dal punto di vista dell'offerta che dal punto di vista della domanda.
Segnatamente, queste condizioni consistono, rispettivamente, nella concorrenzialità dell'offerta e nel discernimento con cui essa è vagliata dalla domanda. Sicché relativamente all'*offerta* il compito demandato allo Stato, e dunque alla legge, esige la rimozione degli ostacoli alla concorrenza tra venditori e prende corpo, fondamentalmente, nella disciplina *Antitrust*(13). Mentre relativamente alla *domanda* questo compito esige, invece, la rimozione degli ostacoli all'uso avveduto del potere di scelta degli acquirenti e prende corpo, per l'appunto, nella disciplina dei contratti del consumatore (14).
Questo è del tutto evidente nella discipline speciali dei contratti del consumatore, la cui *ratio* è stata concordemente indicata negli obbiettivi della trasparenza contrattuale e del c.d. consenso informato (15). Ma spiega anche la disciplina generale dei contratti del consumatore e la repressione delle c.d. clausole abusive.
L'inserimento nella contrattazione di massa di clausole abusive non si spiega con una maligna propensione dei venditori a vessare i propri clienti o con il piacere sadico di esercitare in danno di questi il loro potere di determinare unilateralmente le regole del rapporto contrattuale. Si spiega, invece, con la loro «naturale» propensione al profitto, ossia con la considerazione che ogni clausola abusiva rappresenta un minor costo del venditore, rappresenta qualcosa che si dà in meno all'acquirente e che, però, rischia di essere da questo pagata come se, invece, gli fosse data.
La repressione delle clausole abusive, perciò, ancor prima ed ancor più che ad una ragione di equità risponde, innanzitutto, ad una ragione di trasparenza del prezzo (16). Tant'è che una clausola, che pur introduca un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi scaturenti dal contratto, non può essere ritenuta vessatoria ove sia stata oggetto di trattativa individuale (art. 34, comma 4), ossia quando il prezzo sia stato accettato dall'acquirente nella consapevolezza di quel che il venditore in realtà gli dà in cambio (17).
Queste considerazioni, per un verso, ridimensionano la contrapposizione tra sindacato dell'equilibrio normativo del contratto e sindacato del suo equilibrio economico: il controllo del contenuto del contratto è, nella sostanza, sempre e necessariamente un controllo sul rapporto di corrispettività. E per un altro verso, danno conto del principio di intangibilità del prezzo proprio del controllo sui contratti del consumatore: esso non discende da una sensibilità sociale ridotta o da un

eccesso di condiscendenza verso il sistema delle imprese, ma dalla filosofia, o - se si vuole - dal dogma, del legislatore comunitario che assume come incontrovertibilmente «giusto» il prezzo determinato in condizioni di libero scambio (18).
4. Ma queste considerazioni, al tempo stesso, spiegano perché rispetto ai contratti tra imprese il registro del legislatore comunitario sia, solo apparentemente, diverso.
Sulla base di quel che si è detto, un orientamento diverso del controllo sul contenuto del contratto supporrebbe due cose: la possibilità di agire sulle condizioni di concorrenzialità dello scambio e/o il proposito di sostituire alla misura mercantile una misura politica.
Nessuna di queste due cose si dà nella disciplina comunitaria dei contratti tra imprese.
L'ambito di applicazione di questa disciplina è, fondamentalmente, costituito da quelle situazioni nelle quali ad un mercato *astrattamente concorrenziale* si giustappongono condizioni *concretamente non concorrenziali* del singolo scambio.
La definizione di quest'ambito procede dal rapporto tra l'art. 9 della l. 192/1998, che disciplina l'abuso di dipendenza economica (19), e (principalmente, ma non solo) l'art. 3 della l. 287/1990, che disciplina l'abuso di posizione dominante (20): a ben vedere, l'autonomia dell'abuso di dipendenza economica rispetto all'abuso di posizione dominante si dà proprio in quanto il primo, a differenza del secondo, non richiede che il mercato, in cui opera l'impresa che lo pratica e quella che lo subisce, versi in una condizione di concorrenza imperfetta, e dunque non suppone che lo squilibrio del contratto, in cui esso (abuso) prende corpo, discenda dal difetto di concorrenzialità del mercato di riferimento (21).
Ma se quando lo squilibrio sia ascrivibile ad un difetto di concorrenzialità del mercato ad essere interpellata deve essere propriamente la disciplina *Antitrust*, allora le condizioni di applicazione della disciplina del controllo dell'equilibrio contrattuale apprestato dall'art. 9 della l. 192/1998 ricorrono quando la condizione di dipendenza economica discende dalla formazione in concreto di condizioni di *hold up*, dalla presenza «occasionale» dei presupposti di fatto per comportamenti contrattuali c.d. opportunistici (22).
In tali condizioni, dunque, una strategia normativa di ripristino della concorrenzialità e di garanzia dell'uso avveduto del potere contrattuale delle parti, quale invece si dà nella disciplina *antitrust* e nella disciplina dei contratti del consumatore, sarebbe assolutamente incongrua, giacché qui questi presupposti *in astratto* non mancano e *in concreto* non possono essere coattivamente ripristinati.
Il problema che le situazioni disciplinate da questa normativa propongono è, piuttosto, quello di un libero scambio che non si può dare e che, perciò, non può che essere «simulato» dal diritto e sovrapposto allo scambio reale. Di guisa che la correzione legale non sostituisce una misura politica alla misura mercantile ma è chiamata a simulare una misura mercantile che non è in grado, nel concreto, di formarsi.
Il che si può anche dire così: quando il funzionamento del mercato non è ripristinabile, la garanzia del modello mercantile, necessariamente, dà al diritto di «simulare» il mercato e di conformare il contratto ad una tale «simulazione».
Dunque, il c.d. controllo economico, nel disegno del legislatore comunitario, non è un di più rispetto al c.d. controllo normativo, ma semplicemente la risposta secondo la medesima logica ad un tipo di problema oggettivamente diverso.
5. Questa unitaria «filosofia» dell'intervento ed il suo orientamento - se così si può dire - a correggere il mercato secondo il mercato (o con il mercato) trovano pressoché pun-tuale riscontro nel carattere del controllo sul contenuto del contratto apprestato dal legislatore comunitario, nel parametro a cui esso richiede di riferire lo scambio e nei criteri da esso deputati alla sua correzione.
Come si sa, una traduzione sicuramente infelice della Direttiva (23) ha contribuito non poco a rendere oscuro il carattere di un controllo del contratto, sul senso e sulla funzione del quale una spassionata lettura dell'ingente letteratura prodotta dalla Commissione e dagli apparati comunitari avrebbe dovuto scongiurare ogni dubbio.
Checché ne dica il relatore del recente Codice del consumo, non sembra seriamente discutibile che non avrebbe senso giuridico il richiamo nella fattispecie di un elemento normativamente irrilevante: se non si dà - come in effetti non si dà - una previa indicazione, legislativa o sistematica, che, in generale, possa far dipendere l'invalidità di una clausola dalla mala fede di chi l'ha predisposta, non vi è ragione perché una norma precisi che tale invalidità non è impedita dalla buona fede del professionista (24).
Il superamento di questo inconveniente redazionale non ha impedito, però, che la comprensione del controllo di vessatorietà introdotto dalla disciplina degli artt. 1469-*bis* ss. (ora trasfusa nel Tit. I del Codice del consumo) rimanesse invischiata in una disputa dottrinaria che non accenna a finire.
L'opinione più accreditata vorrebbe che la «buona fede» sia intesa come criterio di valutazione del «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto» che ne subordina la rilevanza ad un giudizio fondamentalmente equitativo (25).
Precisamente, si assume che una tal «buona fede» non solo non avrebbe niente a che spartire con lo stato soggettivo di un contraente, quale, ad es., è richiesto dall'art. 1153 (c.d. buona fede soggettiva), ma neanche si identificherebbe, propriamente, con l'istanza regolativa introdotta dagli artt. 1337 e 1375 (c.d. buona fede oggettiva). Essa appresterebbe, infatti, una misura meta-positiva, che evocherebbe, sì, i principi etici di «lealtà», di «salvaguardia dell'altro», ecc., non molto dissimili da quelli strettamente connessi (che si dicono) veicolati dalla c.d. buona fede oggettiva, ma, a differenza di

questa, li evocherebbe non per ricavarne obblighi di comportamento dei contraenti ma come parametri di valutazione, e dunque di validità, del regolamento negoziale (26).
Sul piano sistematico, dunque, una tale «buona fede» si presenterebbe, piuttosto, come una mera variante linguistica dell'equità dell'art. 1374 e ne asseconderebbe la vocazione espansiva estendendone l'operatività dalla funzione completiva a quella correttiva (27).
Contro una tale comprensione della «buona fede» e del controllo di vessatorietà cui essa concorre depongono molteplici considerazioni.
Innanzitutto, non del tutto appropriati appaiono il riferimento della buona fede all'equità dell'art. 1374 e la conseguente comprensione del giudizio di vessatorietà come un'estensione in direzione correttiva del medesimo ordine di valutazioni che presiede al completamento del regolamento negoziale.
Nell'art. 1374 all'equità spetta di completare il programma dell'operazione economica impostata dalle parti, sviluppandone la logica specifica (ancorché attraverso l'uso del «materiale» offerto dal mercato). Essa, dunque, muove da un'incompletezza del quadro negoziale e si fa carico di completarlo - se è consentito sviluppare questa metafora pittorica - espandendo ai suoi vuoti il tema e i toni che si traggono da quel che risulta già disegnato e dai colori che l'autore gli ha dato (28).
Assolutamente diverso è, invece, il compito cui l'equità è chiamata nel giudizio di vessatorietà. Ciò che le si chiede, infatti, non è di comprendere e appropriarsi dello specifico equilibrio negoziale organizzato dalle parti e di svilupparlo oltre l'intenzione da esse elaborata ed esplicitamente manifestata, bensì, esattamente al contrario, di sottoporre tale equilibrio al vaglio di una misura ad esso del tutto esterna e sopraordinata. L'asimmetria tra questa equità e quella dell'art. 1374, perciò, non dipende solo dalla irriducibilità della funzione correttiva alla funzione completiva, ma, prim'ancora, dalla natura del riferimento chiamato ad inverarla che si situa sul terreno non dell'«essere» (= la specifica logica privata dello scambio concreto da sviluppare) bensì del «dover essere» (= il parametro deontico secondo cui si dovrebbe vagliare e correggere lo scambio concreto) (29).
Dunque, quest'equità è una cosa diversa da quella dell'art. 1374 e, per come viene intesa, sembrerebbe avere a che fare, piuttosto, con l'idea di «giustizia», con la pretesa che il contratto si conformi al «giusto scambio» (30).
Ma che la buona fede operi nei contratti del consumatore come parametro etico preposto al controllo dell'autonomia privata sembra smentito dal disposto del comma 4 dell'art. 37, che disattiva il controllo di vessatorietà ove la clausola sia stata oggetto di «trattativa individuale» (31).
Se l'obbiettivo del legislatore fosse stato realmente quello di garantire un giusto equilibrio dei contratti del consumatore, non si capirebbe come lo squilibrio dei diritti e degli obblighi da essi scaturenti e l'iniquità delle clausole che vi danno corpo possano venir meno per il semplice fatto che sia intervenuta una trattativa: un equilibrio ingiusto non cessa di esser tale per il fatto di essere stato disputato.
Il fatto è che la «giustizia», cui si vorrebbe ricondurre la valutazione dell'equilibrio contrattuale, evoca un «ordine sostantivo» che, per definizione, si contrappone alla «ragione procedurale» della trattativa (32). E questa ragione, a sua volta, presuppone che ci si affidi al procedimento proprio perché non si dà un metro materiale oggettivo. Il *qui dit contractuel dit just* muove, per l'appunto, dalla premessa che non si dia una misura sostantiva per giudicare la giustizia di uno scambio, che non si dia un prezzo giusto al di là di quello che scaturisce dal procedimento di mercato.
Sicché il credo procedurale recitato dal comma 4 dell'art. 37 esclude che il disposto del co. 1 dell'art. 33 possa rispondere ad una fede sostantiva.
In realtà, quest'equivalenza della buona fede all'equità (o - il che non è molto diverso - questo coordinamento funzionale della prima alla seconda) e, soprattutto, questa risoluzione dell'equità nella giustizia appaiono, essenzialmente, determinate dalla chiave nella quale tradizionalmente è stato letto il rapporto tra Stato e mercato nel c.d. secolo breve: quella che il ruolo dello Stato si determina nella tutela del contraente debole (33) e nell'istanza innanzitutto etico-politica da cui muove il suo intervento correttivo in favore di questi.
Questa, in sintesi, è l'argomentazione più o meno latente: l'intervento protegge il contraente debole; lo protegge in forza di un'istanza (chiamata, anche, sociale o politica, ma percepita innanzitutto come) etica che si sovrappone alla (altrimenti intangibile) ragione individuale dell'autonomia; essendo giustificato da siffatta istanza etica, l'intervento deve essere da essa misurato; la ragione dell'intervento, pertanto, non diviene operativa finché lo squilibrio non giunga a violare siffatta istanza etica.
Il limite di questa argomentazione è che essa muove da un punto di vista che non è quello del legislatore comunitario.
Non è che l'intenzione del legislatore comunitario non si preoccupi della tutela del consumatore, né - tanto meno - che la disciplina di tali contratti non gli appresti importanti presidi. È, invece, che tale tutela non è più - come un tempo - percepita come la sopraordinazione di un'istanza etica a quella mercantile, come la sottoposizione del *mercato* e della sua *ratio procedurale* ad un *valore* ed alla *ratio materiale* che gli è propria.
Come prima si è mostrato, tale tutela è, piuttosto, consegnata all'implementazione del mercato ed al conseguimento di quegli equilibri che il suo corretto funzionamento avrebbe raggiunto e che le sue distorsioni hanno, invece, impedito (34).
Ma se questo è il senso del nuovo intervento comunitario, allora il controllo cui esso sottopone i contratti del consumatore non può che assumere a metro lo stesso mercato. Parametrando sulla buona fede il giudizio di vessatorietà, il legislatore

comunitario ha inteso sancire che non ogni squilibrio, per quanto «significativo», legittima l'intervento ablativo dell'ordinamento ma solo quello che non si sarebbe prodotto in condizioni di mercato efficiente.
Se un riferimento sistematico (interno) di questo modo di operare della buona fede si vuol proprio trovare, lo si può, forse, cercare nel senso e nel modo in cui essa è chiamata dall'art. 1366 a presiedere all'interpretazione del contratto (35): come l'art. 1366 richiede di parametrare l'interpretazione del contratto all'assetto che, nelle condizioni date e nella situazione di mercato concreta, avrebbero raggiunto due operatori economici avvertiti; così l'art. 33 impone di riferire il dosaggio di diritti ed obblighi consegnato nelle clausole dei contratti del consumatore all'equilibrio che in un mercato concorrenziale ed in condizioni di libera e consapevole contrattazione si sarebbe stabilito tra operatori economici accorti.
In entrambi i casi, dunque, la buona fede assume a «misura» del contratto il mercato e gli *out-puts* che esso fornirebbe a due contraenti in grado di avvivare adeguatamente i procedimenti dello scambio: nell'un caso per sciogliere le ambiguità del testo negoziale, nell'altro, invece, per valutare, ed eventualmente correggere, gli assetti unilateralmente predisposti dal professionista.
Ma riferire il dosaggio anche «significativamente» asimmetrico di diritti ed obblighi consegnato in una clausola contrattuale alla «misura» del mercato significa, in buona sostanza, sancire la vessatorietà di quegli squilibri soltanto che non trovino giustificazione nel mercato, o - più esattamente - in un mercato integralmente concorrenziale e bilateralmente esperito.
Su questa base, allora, non è un *valore etico-politico* quello che la disciplina dei contratti del consumatore incorpora bensì la *ratio economica* che è strutturata dal sistema della concorrenza e della contrattazione: vessatoria non è in sé l'asimmetria di diritti ed obblighi ma l'*asimmetria che sia priva di giustificazione economica*(36), ossia che aggravi il bilancio contrattuale del consumatore di costi indiretti senza le contropartite che, avuto riguardo alla «natura del bene o del servizio... alle circostanze esistenti... ed alle altre clausole del medesimo contratto o di altro collegato o da cui dipende» (art. 34, co. 1), un mercato dispiegato gli avrebbe, invece, garantito (37).
Questa risoluzione del giudizio di vessatorietà nella valutazione del carattere *mercantile ingiustificato* delle asimmetrie contrattuali trova puntuali riscontri nel controllo cui il legislatore comunitario sottopone i contratti tra imprese.
Il co. 2 dell'art. 9 della l. 192/1998 considera un «abuso di dipendenza economica» l'«imposizione di clausole *ingiustificatamente* gravose» (38) ed il co. 2 dell'art. 7 del d.lgs. 231/2002 considera «gravemente iniquo» l'accordo diretto a procurare all'impresa debitrice liquidità aggiuntiva a scapito di quella creditrice che non sia «*giustificato da ragioni oggettive*» e quello con cui l'appaltatore (o il subfornitore principale) imponga ai propri fornitori «termini di pagamento *ingiustificatamente* più lunghi» di quelli a lui concessi (39).
Non c'è, allora, una razionalità sostantiva che muove dalla sfera dell'etica e/o della politica che si sovrappone alla razionalità procedurale del mercato e dell'economia, ma vi è una logica mercantile che coattivamente conforma lo scambio che ad essa volesse sfuggire (40).
Con la conseguenza che, con i controlli sul contenuto dei contratti del consumatore e di quelli tra imprese, il legislatore comunitario non ha inteso moralizzare il contratto (41) ma ha voluto, piuttosto, mercantilizzare lo scambio (42).
Insomma: non il «giusto scambio» ma uno *scambio giustificato*.
6. D'altronde, a questa conclusione si dovrebbe giungere comunque anche solo muovendo dall'analisi delle tecniche con le quali queste discipline mandano al giudice di correggere il contenuto del contratto.
La veduta che l'ordinamento matura a proposito di un problema sociale si determina a partire dal rimedio che vi appresta, ossia dal tipo di trattamento cui sottopone la complessità considerata e, soprattutto, dal segno della soluzione con cui vi risponde (43).
L'idea, che i controlli predisposti dalla disciplina dei contratti del consumatore e da quella dei contratti tra imprese perseguano il «giusto scambio», si mostra insostenibile, quando si consideri che ciò che in forza di esse si mette in luogo della clausola ritenuta vessatoria o abusiva ha poco a che spartire con la giustizia (44), con la determinazione di una misura etica o politica, ed ha, invece, molto a che fare con il mercato.
La correzione dello squilibrio vessatorio o abusivo appare affidata, fondamentalmente, a due tecniche.
La prima di tali tecniche, ed anche quella più comunemente considerata, opera per sottrazione ed integrazione: la clausola vessatoria o abusiva è depennata e il suo posto è preso da una determinazione del mercato ricavata da una sua sedimentazione normativa, dalla prassi diffusa o da una simulazione giudiziale.
Ma se non si discute che il posto della clausola vessatoria o abusiva sia preso, alla fine, da una determinazione del mercato o di un suo equivalente, si discute, invece, e non poco, dei dispositivi normativi secondo i quali si giunge ad un tal risultato.
La questione nasce dalla circostanza che siffatta correzione non trova - come nelle ipotesi canoniche del tradizionale interventismo statale - una misura legale (clausola o prezzo) imperativa che soddisfi esattamente le condizioni di applicazione dell'art. 1339 e del co. 2 dell'art. 1419 (45) e dalla (conseguente) considerazione che il suo orientamento ad una misura - come il mercato - non sorretta da un'autonoma prescrittività sembra renderla irriducibile alla dialettica tra autonomia privata e *voluntas legis* tra cui, tradizionalmente, si ripartisce la vincolatività del contratto (46).
Questi nodi, però, sembrano destinati a sciogliersi se si rileggono i dispositivi dell'invalidità parziale/correttiva nella luce che ad essi viene dal nuovo interventismo comunitario.

Se è del tutto plausibile che il principio di conservazione sancito nel co. 2 dell'art. 1419 evocasse in origine le condizioni rappresentate nell'art. 1339, è anche indiscutibile che il suo dispositivo vada determinato in modo diverso una volta che i suoi compiti sono stati incisivamente ridisegnati dal diverso senso e dalla differente funzione che il legislatore comunitario ha impresso alla correzione del contratto.
Si può dire che il co. 2 dell'art. 1419 abbia un senso primario ed un'articolazione che si dà come secondaria.
Il senso primario sta in ciò, che l'alternativa tra conservazione e caducazione del contratto prevista nel co. 1 non trova applicazione tutte le volte in cui la finalità della norma che sancisce l'invalidità sia quella non di impedire un tipo di operazione economica o determinati suoi assetti ma quello di conservarla alle diverse condizioni volute dal legislatore (47).
Nel sistema del tradizionale interventismo statale, tale finalità solitamente coincideva, per l'appunto, con la determinazione di una misura genuinamente politica in luogo di quella convenzionale, operata dalla legge direttamente o per rinvio.
Quest'indice della finalità conservativa, però, non regge più, quando l'intervento non intende sovrapporre alla contrattazione privata la determinazione politica delle ragioni di scambio, ma intende semplicemente far luogo al risultato che il mercato, o una sua simulazione, avrebbe spontaneamente prodotto in assenza di distorsioni o strozzature.
Rispetto a questo mutato segno del nuovo interventismo comunitario si può, allora, ben immaginare che l'art. 1419, co. 2, continui a sancire la nullità parziale/correttiva anche in assenza di leggi ed atti amministrativi che prevedano clausole e prezzi sostitutivi e che la nullità della clausola, in vista della sua *ratio* conservativa, dia accesso ai criteri di integrazione generali dell'art. 1374 (48).
Questo corrisponde al modo in cui, di fatto, sarà decisa una controversia *ex* art. 9 della l. 192/1998: il giudice accerterà l'abusività del prezzo e l'invalidità della clausola che lo reca e, quindi, di fronte alla lacuna così insorta ed all'intento conservativo della norma che la ha procurata, si vedrà chiamato a colmarla sulla base dell'equità dell'art. 1374 e determinerà il corrispettivo che deve sostituire il prezzo abusivo interrogando il mercato o simulandone il funzionamento.
Ma questa ricostruzione, che nel caso dell'art. 9 può sembrare - come direbbe Sacco - una «questione di gusti», si mostra, invece, decisiva quando si tratti di dar conto delle altre ipotesi di correzione del contratto.
La disciplina dei contratti del consumatore e quella dei contratti tra imprese prevedono l'invalidità delle clausole vessatorie o abusive. Talvolta, l'assetto di una contrattazione virtuale si realizza semplicemente per effetto della caducazione di una tale clausola e la reviviscenza delle discipline generali invalidamente derogate (piena responsabilità contrattuale, misura integrale del risarcimento, vincolatività del contratto, ecc.). Altre volte, però, la caducazione di una tale clausola può determinare una «lacuna» del regolamento negoziale. La tecnica di determinazione delle clausole vessatorie o abusive, infatti, di solito non prevede la loro determinazione «per opposizione» alle clausole appropriate; e ciò implica che non si diano nella, o non siano immediatamente ricavabili dalla, norma che commina l'invalidità le clausole che in loro luogo debbano essere inserite nel contratto.
In tali casi, allora, la nullità della clausola vessatoria o abusiva darà luogo semplicemente ad una «lacuna» che non potrà essere colmata che sulla base del paradigma predisposto dall'art. 1374, che attraverso il rinvio al diritto dispositivo, agli usi e all'equità attiva l'interazione di autonomia e mercato (49).
Questa rideterminazione delle condizioni di applicazione del co. 2 dell'art. 1419 e l'apertura del suo asse di operatività dall'art. 1339 all'art. 1374, quindi, non fanno che dare forma al capovolgimento che il nuovo rapporto politica/economia ha operato del senso tradizionale dei dispositivi di correzione del contenuto del contratto. Nata sotto il segno del primato della politica ed in contrapposizione al libero mercato, la correzione del contenuto del contratto si ritrova a svolgere una funzione ausiliaria del mercato, di *enforcement* del suo funzionamento virtuale (e - si assume - virtuoso) rispetto alle deformazioni della pratica negoziale: la deviazione del co. 2 dell'art. 1419 dalla logica politica dell'art. 1339 alla logica di interazione tra autonomia e mercato recata dall'art. 1374 registra, per l'appunto, questo passaggio.
La seconda delle tecniche di correzione del contratto può sembrare, a tutta prima, estranea all'intervento sul suo contenuto e, per questo, non sempre è stata adeguatamente esaminata in una tale prospettiva.
Essa è intesa a dare attuazione al principio di trasparenza dei contratti del consumatore attraverso un dispositivo - che si potrebbe dire - di internalizzazione della rappresentazione precontrattuale del bene o del servizio e la sua garanzia attraverso la tutela risarcitoria.
Esemplari di questa tecnica sono: quanto il co. 2 dell'art. 9 del d.lgs. 111/1995 (ora art. 88, co. 2 del c. cons.) prevede sugli «opuscoli informativi» a proposito della vendita di servizi turistici (50); quanto l'art. 2 del d.lgs. 427/1998 (ora art. 70, co. 3 del c. cons.) prevede sul «documento informativo» a proposito dei contratti relativi all'acquisto di multiproprietà immobiliari (51) e quanto l'art. 1519-*ter*, co. 2 lett. *c*) e co. 3 (ora art. 129, co. 2, lett. *c*) e co. 3, c. cons.) prevede sulle «dichiarazioni pubbliche» del venditore nella vendita di beni di consumo (52).
Solitamente queste discipline sono state esaminate dal punto di vista degli obblighi di informazione e comprese, fondamentalmente, nella prospettiva della responsabilità precontrattuale (53).
In realtà, il dispositivo che esse mettono in opera è ben più incisivo e interviene proprio sul contenuto del contratto: a determinate condizioni, le caratteristiche qualitative e le regolamentazioni negoziali contenute negli «opuscoli informativi» relativi ai servizi turistici, nei «documenti informativi» concernenti le vendite di multiproprietà e nelle «dichiarazioni pubbliche» rese dal venditore di beni di consumo vincolano il professionista al di là e contro lo stesso testo contrattuale.

Il principio di trasparenza considera, in tali discipline, uno specifico rischio dei contratti del consumatore e lo tratta con una tecnica che, a ben vedere, non si limita affatto alla fase precontrattuale ed alla responsabilità che da essa può scaturire.
Il rischio è quello che le informazioni fornite in sede precontrattuale procurino una divergenza tra l'effettivo contenuto del contratto e la soggettiva rappresentazione che di esso si fa il consumatore.
Ed il rimedio che tali discipline forniscono consiste, propriamente, nell'inclusione coattiva dell'informazione precontrattuale nel contenuto del contratto: l'informazione offerta in sede pubblicitaria e/o nel corso delle trattative si sovrappone al contenuto proprio del contratto e ne sostituisce le clausole eventualmente difformi (54).
Ne discende che i termini sui quali va misurato l'adempimento non si identificano più con quanto si evince dal documento contrattuale ma si estendono alla rappresentazione che della prestazione, delle sue caratteristiche e delle sue condizioni il consumatore si era fatta prima di concludere il contratto in esito alle informazioni divulgate o fornitegli dal professionista.
Il professionista, pertanto, verserà in posizione di inadempimento ogni qual volta non offra una prestazione conforme al contenuto così arricchito del contratto ed il consumatore, di conseguenza, sarà legittimato ad aggredirlo con rimedi che vanno dall'esecuzione specifica al risarcimento del pieno interesse positivo.
Anche in questa diversa versione, dunque, il dispositivo tradizionale di correzione del contenuto del contratto mostra di flettersi a riferimenti e funzioni che gli erano un tempo estranei.
Ancora una volta, la correzione non è preordinata a piegare il contratto ad una misura politica o etica superiore. È rivolta, invece, a conformarne il contenuto agli assetti che esso avrebbe presentato ove l'esercizio dell'autonomia privata si fosse sviluppato secondo i postulati che il modello mercantile assegna ai suoi scambi. E poiché, qui, la disfunzione interviene nel circolo che corre tra l'informazione precontrattuale e la conclusione del contratto e dipende dall'asimmetria tra le condizioni dell'offerta e le condizioni dello scambio, la correzione del contenuto negoziale è chiamata a dar vita ad un ripristino coattivo di tale simmetria, che appresta una *strategia di manutenzione del mercato* alternativa alla tradizionale strategia demolitoria dei vizi del consenso e della responsabilità precontrattuale.
Un'ultima considerazione. Questa comprensione della disciplina comunitaria se, da un lato, ne ridimensiona la fondazione etico-politica, dall'altro, non ne sottovaluta affatto gli esiti correttivi di comuni prassi di mercato: per dirlo nei termini di una vecchia dommatica, essa intende mostrare che l'istanza etico-politica può giocare come un «motivo» tra gli altri di una disciplina che ha la sua «causa» innanzitutto nella manutenzione del mercato e nella legittimazione del modello distributivo ad esso legato; con quel che ne segue sul piano della sua corretta rappresentazione ed interpretazione.

Abstract

*New checks on the content of contract and the forms of internal integration: State and market in the European perspective*

The Author focuses on the checks on freedom of contract and the techniques of integration in European law. As far as checks are concerned, informative asymmetries are relevant to consumer contracts, while material asymmetries are relevant to business contracts. The corrective measures, in turn, are not meant to bend contracts to politics or superior ethics, but rather aim to re-establish such symmetry. The conclusion is that the political and ethical demands may be one of the «reasons» behind a regulation that is primarily founded, however, on the protection of the market and the legitimacy of its distributive model.

**Note:**

(*) Questo saggio è destinato agli Studi in onore di Davide Messinetti.

(1) G. Vettori, Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità, Riv. dir. priv., 2003, 243; A. Gentili, Informazione contrattuale e regole dello scambio, Riv. dir. priv., 2005, 555 s.

(2) V. Roppo, Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma, Riv. dir. priv., 2001, 786; F. Volpe, La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato (Napoli 2004), 125 s.

(3) G. Lener, La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore, Foro. it., 1966, V, 146; V. Roppo, Clausole vessatorie, Enc. Giur. Trec., VI, (Roma 1994), 4; A. Barenghi, Sub art. 1469-bis (clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore), La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile, a cura di A. Barenghi (Napoli 1996), 46; S. Troiano, Art. 1469-bis, 1º comma, «Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto», Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, a cura di G. Alpa e S. Patti (Milano 1997), 6 s.

(4) Sulla differenza tra l'«eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi» dell'art. 1469-bis e il «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi» dell'art. 9 della l. 192/1998 v. C. Osti, L'abuso di dipendenza economica, Mercato, Concorrenza, Regole, 1999, 47 e V. Pinto, L'abuso di dipendenza economica «fuori dal contratto», Riv. dir. civ., 2000, II, 393. Ma v. anche C. Berti-B. Grazzini, La disciplina della subfornitura nelle attività produttive (Milano 2003), 182 s.

(5) N. Irti, Persona e mercato, Riv. dir. civ., 1995, 289. Ma v. già G. Marini, Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale, Riv. crit. dir. priv., 1986, 313.

(6) V. in questa direzione E. Scoditti, Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore, Riv. dir. civ., 2006, 119 s., soprattutto a proposito di Cass. 2642/03; C. Medici, Il controllo sul contenuto dello scambio: una recente applicazione giurisprudenziale del divieto di abuso di dipendenza economica, Riv. crit. dir. priv., 2006, 681 s., soprattutto a proposito di Trib. Trieste (ord.) 20-9-2006; A. Riccio, Ancora sull'equità correttiva e sui poteri del giudice, Contr. impr., 2006, 712 s., muovendo da un passo della motivazione di Cass. 21066/06. Ma più in generale v. F. Macario, Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?, Riv. dir. civ., 2005, I, 663 s.

(7) V. al riguardo M. Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo (Torino 2006), 72 s., 87 s., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.
(8) V.D. Serrani, Lo Stato finanziatore (Milano 1971); G. Amato, Economia, politica istituzioni in Italia (Bologna 1977); M.S. Giannini, Diritto pubblico dell'economia (Bologna 1977) e M. Barcellona, Proprietà privata e intervento statale (Napoli 1980), 267 s., 275, ed ivi bibliografia.
(9) Quest'idea, che si può leggere su tutti i documenti europei fin dai tempi della CEE (v., ad es., il Libro verde sulla protezione dei consumatori nell'Unione europea del 2001 e il Libro verde sulla revisione dell'acquis relativo ai consumatori del 2007, corrisponde all'impostazione ordoliberale seguita nella costruzione europea (su cui v. W. Sauter, The Economic Costitution of the European Union, Columbia J. of EuL, 1998, 27 s.) e si trova esemplarmente esposta in forma divulgativa, e con manifesti propositi affabulatori, in A. Alesia-F. Giavazzi, Il liberismo è di sinistra (Milano 2007), 45 s. e 103 s. Ma si v. dal punto di vista dell'analisi giuridico-istituzionale N. Irti, L'ordine giuridico del mercato (Roma-Bari 1998), 65 s. e G. Amato, Il potere e l'Antitrust (Bologna 1998).
(10) Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale cit., 73 s.
(11) Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale cit., 90 s.
(12) Sulle implicazioni giuridiche di questo modello v. P.G. Monateri, I contratti d'impresa e il diritto comunitario, Riv. dir. civ., 2005, I, 491; M. Barcellona, Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria (Torino 1996), 88 s.; Irti, L'ordine giuridico del mercato cit.; Amato, Il potere e l'Antitrust cit.
(13) F. Denozza, Antitrust. Leggi antimonopolistiche e tutela dei consumatori nella CEE e negli USA (Bologna 1988); Amato, Il potere e l'Antitrust cit., 73 s.
(14) V. Roppo, La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori, Riv. dir. civ., 1994, I, 277 s. Ma su questo spirito dell'intera disciplina europea dei contratti e sull'impostazione ordoliberale cui esso risponde v. Monateri, I contratti di impresa e il diritto comunitario cit., 489 s. e A. Jannarelli, La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, Il diritto privato europeo a cura di N. Lipari (Torino 1997), 507 s.
(15) V. Rizzo, La trasparenza nei contratti del consumatore (Napoli 1997); F. Di Giovanni, La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori (Torino 1998); S. Grundmann, L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento, in questa Rivista, 2001, 257 s.
(16) P. Barcellona, Soggetti e tutele nell'epoca del mercato europeo-mondiale, Diritto privato europeo e categorie civilistiche, a cura di N. Lipari (Napoli 1998), 65 s.; Id., Il contratto e l'economia globale, Contratto e Lavoro subordinato. Il diritto dei privati alle soglie del 2000 (Padova 2000), 33 s.
(17) E. Poddighe, I contratti con i consumatori (Milano 2000), 62 s.; S. Troiano, L'ambito oggettivo di applicazione della direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausola «non oggetto di negoziato individuale», Le clausole abusive cit., 606 s.; L.A. Scarano, Commento sub art. 1469-ter, comma 4, ibidem, 607 s. Vale, comunque, osservare al riguardo che la propensione a passare dal sistema della «lista grigia» al sistema della «lista nera» o della «doppia lista» (cfr. V. Roppo, La definizione di «clausola abusiva» nei contratti dei consumatori: echi di un dibattito europeo, Pol. del dir., 2000, 285 s.) si spiega, in quest'ottica, non con il prevalere delle ragioni equitative sulla ratio della trasparenza bensì con la considerazione che quello della «trattativa individuale» è un dispositivo sostanzialmente inefficiente, a misura che, da un lato, non assicura affatto la ponderazione dell'acquirente che vorrebbe garantire e, dall'altro, non si presta a tecniche probatorie affidabili (cfr. P. Sirena, Sub art. 1469-ter, comma 5, Le clausole abusive cit., 657 s.).
(18) Cfr. Monateri, I contratti di impresa cit., 91. Aggiungasi, comunque, che ciò che resta fuori da questo tipo di intervento si assume spesso possa essere recuperato attraverso un'utilizzazione evoluta della disciplina del divieto di intese restrittive della libertà di concorrenza (art. 2, specie lett. a), della l. 287/1990) e dell'abuso di posizione dominante (art. 82 del Trattato istitutivo della C.E. e art. 3 della l. 287/1990), a misura che si può ritenere legittimi anche i consumatori finali ad agire contro l'imposizione di scambi iniqui (ex art. 33): in argomento v., comunque, M. Meli, Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali (Milano 2003), cui si rinvia per le necessarie indicazioni bibliografiche.
(19) M. Maugeri, Abuso di dipendenza economica e autonomia Privata (Milano 2003); R. Natoli, L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato (Napoli 2004).
(20) Meli, Autonomia privata, sistema delle invalidità e disciplina delle intese anticoncorrenziali cit.; S. Bastianon, L'abuso di posizione dominante (Milano 2001).
(21) Al riguardo v. Maugeri, Abuso di dipendenza economica cit., 140 s.; M.S. Spolidoro, Riflessioni critiche sul rapporto tra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica, Riv. dir. ind., 1999, I, 191 s.
(22) Natoli, L'abuso di dipendenza economica cit., 56 s.; C. Alvisi, Subfornitura e autonomia collettiva (Padova 2002), 59 s.; Volpe, La giustizia contrattuale cit., 125 s.; A. Frignani, Disciplina della subfornitura nella l. 192/1998: problemi di diritto sostanziale, Contratti, 1999, 10 s.
(23) G. Cian, Il nuovo Capo XIV-bis (Titolo II, Libro IV) del Codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori, Studium juris, 1996, 411; S. Patti, Le condizioni generali di contratti e i contratti del consumatore, I contratti in generale, a cura di P. Rescigno, I (Torino 1999), 342 s.
(24) G.M. Uda, Art. 1469-bis, primo comma, «Malgrado la buona fede», Le clausole vessatorie cit., 65 s.
(25) L. Bigliazzi Geri, Art. 1469-bis. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti dei consumatori, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli (Padova 1999), 81 s.
(26) C.M. Bianca, Le tecniche di controllo delle clausole vessatorie, Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, a cura di C.M. Bianca-G. Alpa (Padova 1996), 360 s. e P. Sirena, La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede, Riv. dir. civ., 2006, 420, ma vedi contra L. Mengoni, Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile, Studi in onore di Pietro Rescigno, III (Milano 1998), 540 s., secondo cui «la sussunzione dell'equità tra le fonti di integrazione del contratto (non implica) la commistione concettuale della bona fides con l'aequitas».

(27) Sulla pretesa funzione correttiva dell'equità dell'art. 1374 v. F. Gazzoni, Equità e autonomia privata (Milano 1970) e D. Russo, Sull'equità dei contratti (Napoli 2001). Parzialmente diversa sembrerebbe, invece, la tesi di G. D'Amico, Buona fede in contrahendo, Riv. dir. priv., 2003, 345, che Scoditti, Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore cit., 136 s., mostra di condividere: buona fede ed equità/iniquità concorrerebbero nella qualificazione di vessatorietà secondo un paradigma simile a quello dell'art. 1448; di guisa che all'elemento oggettivo dell'«eccessivo squilibrio» si aggiungerebbe l'elemento oggettivo della violazione della buona fede che si darebbe nel carattere «abusivo» dell'esercizio del potere di autonomia. Ma v. anche di G. D'Amico, «Regole di validità» e principio di correttezza nella formazione del contratto (Napoli 1996) e Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto, Riv. dir. civ., 2002, 51 s.

(28) Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale cit., 128 s.

(29) Ciò si mostra con chiarezza quando si consideri che in entrambi questi giudizi si fa riferimento al mercato ma con questa differenza: che nel caso dell'art. 1374 il mercato (rectius: la logica dell'operazione economica costruita dai contraenti sviluppata coniugandola con la logica del mercato) può essere chiamato ad operare come criterio di default nel caso di assenza di una diversa opzione della volontà contrattuale, mentre nel caso del giudizio di vessatorietà esso - come appresso si chiarisce nel testo - funge da criterio di valutazione sopraordinato all'autonomia privata.

(30) In proposito si v. F. Galgano, Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte, Contr. impr., 1997, 417; G. Vettori, Autonomia privata e contratto giusto, Riv. dir. priv., 2000, 20; P. Perlingieri, Equilibrio normativo e proporzionalità degli scambi, Rass. dir. civ., 2001, 334 s.; R. Rolli, Le attuali prospettive di «oggettivazione dello scambio»: verso la rilevanza della congruità dello scambio contrattuale?, Contr. impr., 2001, 611 s.; S. Pagliantini, Tutela del consumatore e congruità dello scambio: il c.d. diritto all'equità nei rapporti contrattuali, La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, a cura di A. Barba (Napoli 2000), 295 s. Ma, in generale, v. anche J. Ghestin, Le contrat: Formation, Traité de Droit Civil (Paris 1988), 197 s.; H. Collins, The Law of Contract (London 1993), 6 s.; J. Gordley, The Philosophical Originino of Modern Contract Doctrine (Oxford 1992).

(31) V. al riguardo G. D'Amico, L'abuso di autonomia negoziale nei contratti del consumatore, Riv. dir. civ., 2005, 636. Ma v. anche E. Minervini, Tutela del consumatore e clausole vessatorie (Napoli 1999), 59 s.

(32) Al riguardo v. in generale Barcellona, Diritto, sistema e senso cit., 79 s. e 356 s.

(33) Cfr. dai saggi raccolti in P. Barcellona, Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole (Milano 1969), a G. Alpa, La protezione della parte debole, Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit, a cura di M.J. Bonell-F. Bonelli (Milano 1997), 225 s. fino a F. Volpe, La giustizia contrattuale cit., 9 s. e passim.

(34) V. nota 9.

(35) Per tutti v. P. Gallo, Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto, Riv. dir. civ., 2002, I, 239 s.; M. Costanza, Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede (Milano 1989); L. Nanni, La buona fede contrattuale (Padova 1988); M. Bessone, Adempimento e rischio contrattuale (Milano 1969).

(36) D'altronde, non a caso D'Amico, L'abuso di autonomia negoziale cit., 650, a proposito del modo in cui qui viene in gioco il principio di buona fede scrive che «si tratterà di stabilire se... lo svantaggio (o il sacrifico) imposto ai consumatori da una determinata clausola contrattuale sia giustificato da un interesse del predisponente meritevole di tutela». Solo che secondo D'Amico «la risposta dovrà essere negativa qualora risulti che quel "sacrificio" non ha altra motivazione se non nell'approfittamento da parte del predisponente della posizione di supremazia economica e/o intellettuale di cui egli gode nei confronti delle controparti contrattuali». Mentre la misura, che qui la buona fede è chiamata ad attuare, non evoca la natura sopraffattoria delle motivazioni del predisponente ma la razionalità economico-mercantile della deroga al diritto dispositivo o all'ordinaria prassi di mercato. Ed in questa direzione, d'altra parte, si muovono le considerazioni dello stesso D'Amico, cit. in nt. 60.

(37) Valle, L'inefficacia delle clausole vessatorie cit., 152 s.

(38) V. in vario senso: F. Prosperi, La subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale, Rass. dir. civ., 1999, 662 s.; A. Barba, L'abuso di dipendenza economica: profili generali, La subfornitura nelle attività produttive, a cura, di V. Cuffaro (Napoli 1998), 343 s.; S. Pagliantini, L'abuso di dipendenza economica, Squilibrio e usura nei contratti, a cura di G. Vettori (Padova 2002), 472 s.; Maugeri, Abuso di dipendenza cit., 145 s.

(39) V. in vario senso: i commenti raccolti in A.M. Benedetti, I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (Torino 2003), nonché G. De Nova-S. De Nova, I ritardi di pagamento nei contratti commerciali (Milano 2003); A. Frignani-O. Cagnasso, L'attuazione della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, Contratti, 2003, 308 s., E. Russo, La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, Contr. impr., 2003, 445 s.; A. Bregoli, La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?, Riv. dir. priv., 2003, 715 s.; M.C. Venuti, Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento (Padova 2004); C. Chessa, Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali, Riv. dir. civ., 2006, 439 s.

(40) Sicché il co. 4 dell'art. 34 non contraddice il co. 1 dell'art. 33 ma semplicemente ne chiarisce il senso.

(41) In questo senso v. Alpa, La protezione della parte debole cit., 240, ma per un quadro generale v. anche Volpe, La giustizia contrattuale cit., 88 s., 98 s. e Macario, Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale? cit., 663 s.

(42) Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale cit., 257 s.

(43) Al riguardo in generale Barcellona, Diritto, sistema e senso cit., 101 s.

(44) Salvo che non si muova dall'idea che la Giustizia consista propriamente nell'economia di mercato. Questo non è insolito ma, forse, sarebbe un po' troppo.

(45) Per tutti v. C. Castronovo, Antitrust e abuso di responsabilità civile, Danno e resp., 2004, 469 s. Ma in generale, su questi dispositivi, si v. P. Barcellona, Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici (Milano 1969).

(46) Così, da taluno si è invocata un'applicazione analogica dell'art. 1339, la quale si presterebbe ad assecondare «la sostituzione delle clausole nulle con regole e valori che, attraverso il mercato, comunque ritrovano la propria origine nell'autonomia privata», A. Barba,

L'abuso di dipendenza economica: profili generali, La subfornitura nelle attività produttive, a cura di V. Cuffaro (Napoli 1998), 354. Da altri, invece, si è provato a by-passare il combinato disposto degli artt. 1419 e 1339, assumendo che nullità parziale e sostituzione con la misura mercantile discenderebbero immediatamente dalla stessa norma di intervento «in quanto la nullità non dipende da una difformità oggettiva tra il contenuto della clausola e la disciplina imposta da una norma imperativa» ma, per l'appunto, dalla«stessa norma che vieta l'abuso..., la cui finalità di tutela rimarrebbe frustrata ove l'invalidità si estendesse all'intero negozio» (A. Albanese, Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto, in questa Rivista, 1999, 1194). Altri ancora, rilevato che «questa nullità non consente... di pensare alla sostituzione di una clausola nulla con una valida... perché tale clausola non [risulta] determinata dalla legge come esige l'art. 1419, co. 2», suggerisce di ricorre ad un'invalidità che corregge senza sostituire, ossia ad una nullità parziale che non travolga l'intera clausola ma solo la parte abusiva di essa, legittimando l'eventuale ripetizione di quanto in eccesso sia stato indebitamente pagato (Castronovo, Antitrust cit). Secondo Maugeri, Abuso di dipendenza economica cit., 189 s., una corretta esegesi dell'art. 1339 farebbe escludere che il dispositivo della sostituzione in esso previsto dipenda dalla predisposizione normativa del prezzo o della clausola sostitutivi.

(47) G. Passagnoli, Nullità speciali (Milano 1995); Valle, L'inefficacia delle clausole vessatorie cit.; V. Scalisi, Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione, Riv. dir. civ., 2005, 459 s.

(48) V. al riguardo Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale cit., 109 s.

(49) In proposito v. Barcellona, Clausole generali e giustizia contrattuale cit., 110 s.

(50) In generale sulla disciplina del d.lgs. 111/1995 e sull'attuale art. 88 c. cons. si v.: A. Bove, Vendita di pacchetti turistici, Diritto dei consumatori e nuove tecnologie, a cura di F. Bocchini, II (Torino, 2003), 325 s.; V. De Sanctis, Viaggi turistici, in G. Zuddas, I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale, VIII - Tempo libero, a cura di P. Cendon, Il diritto privato nella giurisprudenza (Torino 2004), 107 s.

(51) In generale sulla disciplina del d.lgs. 427/1998 e sull'attuale art. 70 c. cons. si v.: G. De Marzo, Trasparenza contrattuale e multiproprietà, Corr. Giur., 1999, 20 s.; G. Smorto, La multiproprietà e la tutela del consumatore: il recepimento della direttiva 94/47/CE, in questa Rivista, 1999, 279 s.; G. Tassoni, I contratti di godimento parziale su immobili, I contratti dei consumatori, a cura di E. Gabrielli-E. Minivervini (Torino 2005), 815 s. Ordinariamente si ritiene che la sanzione degli inadempimenti relativi agli obblighi informativi dia luogo a responsabilità precontrattuale (cfr., ad es., D. Morello, Diritti di godimento a tempo parziale su immobili, le linee di una nuova disciplina, Contratti, 1999, 64 s.). Ma quando si dia una difformità tra le informazioni contenute nel prospetto ed il contenuto del contratto la responsabilità - come si argomenta appresso nel testo - deve ritenersi abbia natura propriamente contrattuale e scaturisca dall'incorporazione nel contratto del contenuto del prospetto e dal relativo inadempimento.

(52) M. De Cristofaro, Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la Direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo (Padova 2000); G. Pisciotta, Scambio di beni di consumo e modelli codicistici di protezione dell'acquirente (Napoli 2003); Commentario sulla vendita dei beni di consumo, a cura di S. Patti (Milano 2004).

(53) Cfr. G. Grisi, L'obbligo precontrattuale di informazione (Napoli 1990) e, rispetto alle discipline dei contratti del consumatore, Rizzo, La trasparenza nei contratti del consumatore, cit.

(54) V. in tal senso Trib. Roma, 13-4-2005, Dir. tur., 2006, 41 s., con nota di A. Giordo. Questa prospettiva è sviluppata da E.L.M. Barcellona, Principio di trasparenza e tutela del consumatore (Catania 2004).