

LA RESPONSABILITA' CONTRATTUALE TRA TRADIZIONE E INNOVAZIONE

TRA GIUSNATURALISMO E COSTITUZIONE REPUBBLICANA

Il fondamento della autonomia contrattuale, e la stessa categoria del negozio giuridico, vengono storicamente ricondotti, senza alcuna mediazione, *alla volontà del soggetto* che, al di là e a prescindere dal sistema di diritto positivo, è legittimato ad esprimerla in forza della sua auto-responsabilità morale - riconosciutagli dal giusnaturalismo razionalista¹ - in guisa di manifestazione “determinante ed efficace”, che assorbe e permea di se l'intero tessuto negoziale².

Il negozio giuridico, svincolato così da qualsivoglia intervento precettivo dell'ordinamento, si sostanzia così in una assorbente dimensione di manifestazione di intenti della persona-soggetto di diritto, esprimendone una volontà che, nella dimensione kantiana dell'essere, si identifica “in legge a se stessa, alimentata dal principio di libertà”.

Sono i tempi in cui *Qui dit contractuel dit juste*.

Sarà compito dello stesso elemento volutaristico quello di assicurare, secondo la costruzione pandettistica, l'attuazione del principio della uguaglianza formale tra le parti, dando vita in Germania, all'alba della codificazione, al tentativo di immettere nel corpo dell'ordinamento istituti come la presupposizione (*Voraussetzung*), in ossequio al principio (tutta volta alla tutela della volontà) del *rebus sic stantibus*, che verrà a fatica temperato, dopo la prima guerra mondiale, dal limite costituito dal cd. fondamento negoziale (*Geschaefgrundlage*) inteso come luogo di incontro delle volontà³.

Sarà il giuspositivismo ad interrogarsi sul reale fondamento dell'autonomia negoziale - se, cioè, la dimensione di giuridicità dell'atto dovesse ricondursi alla manifestazione di volontà del soggetto-autore ovvero farsi derivare da un sistema normativo sovraordinato ed estraneo a quel volere.

La faticosa mediazione, frutto anche di articolate riflessioni filosofiche, tra legge e volontà approderà così alla soluzione della loro coesistenza, senza però sciogliere il nodo della relativa preminenza⁴.

¹ U. Grotio, *De iure belli ac pacis*, Amsterdam 1625, cit. in Navarretta, *L'evoluzione della libertà contrattuale tra ideologie e principi*, in *Quaderni fiorentini* XLIII, 2014, p. 590 nota 1. Nella concezione di Ugo Grotio, fondata sull'etica aristotelico-tomistica, l'unica forma di subordinazione riconosciuta come legittima per il contratto era quella del rispetto della *aequalitas*.

² E' questa l'essenza del dogma volutaristico, concettualizzato dalla Pandettistica tedesca: Von Savigny, *System des heutigen roemischen Recht*, III, Berlino 1840.

³ Il dibattito si nutrì, all'epoca, della celebre polemica tra E. Windscheid e P. Oertmann, il primo fermamente determinato ad “annegare” nel dogma volutaristico l'intero contenuto del negozio giuridico, il secondo favorevole all'introduzione di un principio-limite l'*Opfergrenze* (“il confine del sacrificio”) che determinasse i confini del “sopportabile” dalla controparte.

⁴ Sono gli anni della contrapposizione tra autonomia ed eteronomia negoziale, tra concezione volutaristica del negozio giuridico (per tutti, Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli 1948; Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1961) e la sua ricostruzione in termini di autoregolamento di interessi (Betti, *Teoria*

Un ruolo autodeterminato di mediazione viene allora riservato *alla causa negoziale*, che, con l'adozione del sintagma "economico-sociale" nel corpo della sua definizione, segnerà il primo vero limite di espansione della volontà come fondamento dell'autonomia negoziale⁵.

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana segna una tappa decisiva nella evoluzione della categoria del contratto e dell'autonomia delle parti, spostandone il baricentro sul disposto degli artt. 41 e 42, nella speculare prospettiva o di rinvenirne l'indiretto riconoscimento costituzionale, ovvero di individuarne un semplice quanto decisivo parametro di riferimento sotto l'egida del principio della utilità sociale.

Al di là delle tesi che verranno di volta in volta sposate, l'art. 41 (frutto di un faticoso compromesso tra ordoliberalismo, cattolicesimo e marxismo) divenne così l'indiscutibile referente costituzionale della autonomia contrattuale, correlato direttamente alla clausola di buona fede, sia pur intesa con diversa pregnanza. E sarà attraverso il filtro dell'art. 41, in parallelo con la progressiva valorizzazione delle norme sui diritti fondamentali della persona, che il principio di uguaglianza formale evolverà lentamente verso una più articolata, complessa e problematica visione del contratto inteso come *uguaglianza in concreto*, tesa a garantire alle parti una reale parità di accesso allo strumento negoziale⁶.

Siamo agli albori del dibattito, che animerà tutta la fine de secolo scorso e l'inizio di quello attuale, che si accenderà sul tema *della asimmetria contrattuale*.

Negli anni '60, a coloro i quali ritennero risolto sul piano normativo il problema dell'uguaglianza sostanziale tra i contraenti alla luce del più generale principio di uguaglianza⁷, si contrapporranno le tesi secondo cui⁸, con la codificazione del 1942 (e in particolare alla luce della disciplina degli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c), era stato risolta e tutelata sul piano del diritto positivo la figura del contraente debole, anche se la insufficienza del plesso normativo ideato a tal fine indurrà ad una interpretazione della norma costituzionale volta a demandare alla giurisdizione il compito di assicurare l'uguaglianza sostanziale tra le parti alla luce del canone dell'utilità sociale e della buona fede oggettiva⁹, aprendo la via a quella che sarà, insieme con l'avvento del diritto europeo, il vero grande tema dell'autonomia contrattuale.

Negli anni '70 si assiste ad una svolta interventista della legislazione che, agendo direttamente sulla disciplina della contrattazione privata, "stravolgerà il modo abituale di ricostruzione del negozio giuridico"¹⁰, che, da istituto volto alla

generale del negozio giuridico, Napoli 1950; R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli 1950), mentre, negli anni a venire, discorrerà di un "incontro tra negozio e ordinamento" V. Scalisi, *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano 1998.

⁵ Già nella riflessione di Max Weber (cit. in Navarretta, *Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2014, p. 547 nota 6) "i contratti, se formalmente sono liberi a tutti, di fatto sono accessibili soltanto a pochi".

⁶ Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1969.

⁷ Rescigno, *Principio di uguaglianza nel diritto privato*, Napoli 1959.

⁸ Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, e la valutazione del comportamento delle parti secondo la regola della correttezza*, Milano 1961; Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Torino, 1985.

⁹ Di Majo, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.* 1970, I, 202; Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1975

¹⁰ P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1977; di recente, Patti, *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, Milano 2013.

composizione di interessi contrapposti in una dimensione di libertà sostanziale (e di sostanziale libertà), si trasforma in strumento mediato di un sempre più penetrante intervento pubblico nell'economia.

L'obbligo a contrarre, l'inserzione automatica di clausole, il controllo dei prezzi, la legislazione vincolistica in materia di locazione di rapporti agrari e di lavoro, produrranno una vera mutazione genetica dell'autonomia privata: sembra tramontare la categoria astratta del negozio giuridico (peraltro mai codificata espressamente in Italia, a differenza che in Germania ove il *Rechtsgaschaeft* resta la categoria ordinante dei rapporti intersoggettivi) per lasciare il posto a un modello contrattuale pesantemente inciso dall'intervento del legislatore e dalla nuova lettura delle clausole generali, segnatamente di quella dell'ordine pubblico.

A fianco del corpo normativo costituito dal codice civile si innesta così una legislazione speciale imponente e disorganica, che induce alle prime riflessioni sul fenomeno della decodificazione¹¹, per condurre alla reazione sistemica degli anni '80, che segnano l'avvento di un inevitabile neo-positivismo giuridico.

Economia e diritto, indagate nell'ottica dell'autonomia contrattuale, riacquistano le rispettive dimensioni - alla luce dell'evidente fallimento degli interventi dirigistico-statali (su tutti, la legge sull'equo canone) -, segnate da un prepotente ritorno ad una concezione di autonomia negoziale che, pur letta alla luce della norma costituzionale dell'art. 41, e pur valorizzato l'espresso richiamo alla riserva di legge, "non può subire limiti diversi da quelli posti esplicitamente dalla legge" intesa, nella rinnovata ottica del ritorno al contratto, "come eccezione alla regola della libertà contrattuale¹²".

Ma il moto pendolare della storia dell'autonomia negoziale conosce, nella legislazione del nuovo millennio, una nuova e improvvisa accelerazione per effetto della sempre più penetrante ingerenza del diritto e dei principi dell'Unione europea.

Si assiste nel contempo, attraverso gli interventi delle autorità indipendenti poste a presidio di fondamentali snodi economici del mercato, a partire dalla Consob e dall'Isvap, ad una nuova conformazione del diritto dei contratti, funzionale alla realizzazione di un mercato realmente concorrenziale e di un nuovo principio di parità concreta e sostanziale tra le parti.

La legislazione *antitrust* e la tutela del consumatore segnano, in particolare, il definitivo tramonto del modello contrattuale classico, introducendo correttivi decisivi alle situazioni di asimmetria contrattuale, e riattivando in questa nuova ottica gli stessi strumenti classici dell'obbligo a contrarre e dell'inserzione automatica di clausole, mentre l'enunciazione delle quattro libertà fondamentali evocate dai Trattati dell'Unione – *Libera circolazione di merci e capitali; Libera circolazione di persone; Libera prestazione di servizi; Libertà di stabilimento* – determina, anche attraverso gli interventi della Corte di Giustizia, da un lato, l'ingresso definitivo dei diritti fondamentali della persona e del conseguente principio di libertà "passiva" nell'orbita dell'autonomia contrattuale, dall'altro, un rafforzamento di tale autonomia se rispettosa dei canoni fondamentali imposti dal mercato comune, in una dimensione di

¹¹ Irti, *L'età della decodificazione*, Milano 1979.

¹² Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Padova 2004.

sostanziale equilibrio tra diritti inviolabili e libertà economiche fondamentali, assicurando prevalenza ora agli uni, ora alle altre¹³.

Se il Trattato di Lisbona appare indiscutibilmente volto a privilegiare *l'aspetto personalistico* dell'autonomia contrattuale rispetto a quello mercantile, riaffermando la priorità del primo, il problema della sostenibilità economica del costo dei diritti¹⁴ si andrà specularmente ponendo alla luce di criticità sempre più pressanti, conseguenti alla ciclicità delle crisi economiche che investiranno un mercato sempre più "globale"¹⁵.

La centralità del valore della dignità della persona diviene, poco a poco, la spinta centripeta verso l'approdo sempre più netto *al principio di non discriminazione*¹⁶ per ragioni legate alle qualità personali del contraente, la cui novità consiste nel riferirsi il relativo divieto non soltanto al contenuto dell'atto e al suo sindacato, ma al sindacato della stessa scelta che precede la stipulazione dell'accordo¹⁷, "immettendo nel circuito dell'esercizio dell'autonomia privata un valore fondante del sistema, quello della dignità umana"¹⁸, che giustifica l'adozione di un *corpus* di divieti relativi a singole fattispecie (l'offerta al pubblico, il rapporto col pubblico nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, la generica offerta di beni e servizi) anche se non pare giustificare la generalizzazione di un costante sindacato sulle scelte contrattuali.

Gli interventi sul contratto dettati dall'obbiettivo di realizzare una condizione di mercato effettivamente concorrenziale e una reale dimensione di non discriminazione sono gli strumenti che, insieme alla tutela del consumatore, conducono alla definitiva erosione del dogma dell'astratta uguaglianza formale tra le parti, ed alla sua sostituzione con il principio *dell'uguaglianza sostanziale in concreto*, che travolge definitivamente il mito ordoliberalista di una "giustizia" contrattuale" interna e intrinseca all'atto di autonomia negoziale¹⁹.

¹³ Di questa tensione "bipolare" sembra recente testimonianza la stessa sentenza della Corte costituzionale italiana (Corte cost. n. 235 del 2014) resa in tema di legittimità costituzionale dell'art. 139 del codice delle assicurazioni private, che, nel dichiarare infondata la relativa questione di costituzionalità, non manca di sottolineare, sia pur *in parte qua*, l'esigenza di sostenibilità economica dei costi del risarcimento delle cd. "micropermanenti".

¹⁴ Navarretta, *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale tra ideologie e principi*, cit., p. 630

¹⁵ Rammenta, in proposito, G.B. Ferri, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Scritti in onore di Adolfo Di Majo, Napoli, 2012, p. 17 nota 19, che Ralf Dahrendorf, in un'intervista al Corriere della Sera del 10 novembre 2004, aveva sottolineato come "l'europesismo dei sermoni domenicali, quale rischia di essere anche la recente costituzione europea, non porta lontano, perché le sue affermazioni roboanti non hanno basi concrete, non esistono in nessuna dimensione e porteranno la gente a scoprire un giorno che il re è nudo". E non a caso è stato finemente messo in risalto - ricorda sempre G.B. Ferri - *l'incipit* della Costituzione europea: "Sua maestà il re del Belgio, il Presidente della Repubblica ceca, sua maestà la regina di Danimarca" per concludere il lungo elenco con "sua maestà la regina del Regno unito", mentre la Costituzione statunitense, firmata a Filadelfia nel 1787, comincia con le parole "*We, the people of United States of America*". La prima è un patto tra sovrani, la seconda il patto di un popolo sovrano.

¹⁶ Osserva acutamente Navarretta, cit., 549, che indici normativi del principio in parola sono le disposizioni che colpiscono gli accordi iniqui: dalla disciplina sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori (art. 33 del codice del consumo) alla normativa sull'abuso di dipendenza economica (art. 3 L. 192/1998) alle disposizioni sui ritardi nei pagamenti (art. 7 D.L. 213/2002) alla normativa sulla cessione dei prodotti agro-alimentari (art. 62 D.L. 1/2012), all'abuso di posizione dominante (art. 102 TFUE).

¹⁷ Navarretta, cit., p. 631

¹⁸ Navarretta, *Principio di uguaglianza*, cit. p. 554.

¹⁹ Navarretta, cit., p. 637, che precisa come a presidio dell'obbiettivo di una uguaglianza formale non soltanto astratta ma concreta si pongano il divieto di discriminazione della controparte per ragioni personali (di sesso, lingua, razza,

E' così che, in una dimensione non più pendolare ma (tempestosamente) circolare del problema dell'autonomia negoziale, si rinnova con forza il tema della giustizia contrattuale, proponendosi, di volta in volta, distinzioni tra contratti nobili (conclusi ad armi pari) e contratti asimmetrici²⁰; tripartizioni contrattuali (che postulano la nascita del cd. "terzo contratto"²¹); differenziazioni per "tipi negoziali"²².

Il dibattito si sviluppa nuovamente, sia pur nell'ambito del radicale mutamento di una realtà non soltanto giuridica, felicemente definita "figlia del tempo della complessità"²³, intorno al paradigma *della debolezza contrattuale*²⁴, il cui rischio, se fatto assurgere a clausola generale persino sovraordinata rispetto ad altre, appare peraltro quello di attribuire una sorta di delega in bianco alla sensibilità e all'arbitrio del singolo giudice, pur in presenza del continuo sforzo del legislatore di disegnare espressamente diverse tipologie di asimmetrie contrattuali²⁵.

Di qui l'esigenza di privilegiare *una ricostruzione tipologica* della questione, che tende ad individuare e ad isolare nelle singole previsioni normative il "tipo" di debolezza contrattuale oggetto della tutela attraverso un coordinamento sistematico fra contratti asimmetrici in una effettiva e costante sinergia tra potere legislativo e giurisdizione²⁶, realizzando un sistema di limiti e condizionamenti all'esercizio del potere negoziale privato destinati ad esercitare una "pressione" sul principio dell'autonomia contrattuale di tal guisa da rilanciarne il tema del riconoscimento costituzionale, senza per questo sfociare in una incondizionata *Drittwirkung* di tipo orizzontale che avrebbe l'effetto, se non mediata da previsioni di legge specifiche, di annientarla del tutto²⁷, rimettendo costantemente in discussione la vincolatività dell'accordo, "non potendo il superamento del monopolio del legislatore negli interventi limitativi dell'autonomia privata condurre verso un nuovo monopolio dell'interprete che, indotto dal fascino della giustizia del caso concreto, finisce per rimettere costantemente in discussione il contenuto negoziale"²⁸.

Questione speculare, ma non meno rilevante, è quella della relazione tra responsabilità precontrattuale da contratto valido ma sconveniente e della sua incidenza sui rimedi azionabili²⁹, alla luce del rischio, paventato da molti, che un

religione, orientamenti sessuali) e quello di attuare pattuizioni discriminatorie se detentori di posizioni dominanti sul mercato, ovvero perché favoriti da una specifica relazione contrattuale di tipo asimmetrico (come nella cessione di prodotti agricoli e agroalimentari).

²⁰ Roppo, *Il contratto del 2000*, Torino 2005.

²¹ Franco, *Il terzo contratto*, Padova 2010.

²² Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo*, in *Riv. dir. civ.* 2005, 515; Pagliantini *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, Padova 2002.

²³ Scognamiglio, *La teorica argomentativa dell'abuso del diritto*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Napoli 2010.

²⁴ Navarretta, *L'evoluzione*, cit. p. 640.

²⁵ Navarretta, *op. loco cit.*

²⁶ Navarretta, *op. loco ult. cit.*

²⁷ Navarretta, cit., p. 643.

²⁸ Navarretta, cit. p. 564.

²⁹ In argomento, *funditus*, Cass. III Sez. Civile, 17 settembre 2013, n. 21255, sul cd. caso Cir-Fininvest, ove è messo in luce, sulla premessa della assoluta eccezionalità del caso concreto, il problema dei rapporti tra le due discipline (contratto-illecito) *sub specie* dei rimedi improntati all'ormai irrinunciabile principio della effettività della tutela e della non illimitatezza della risorsa-giustizia.

eccessivo ampliamento del rimedio aquiliano finisca per abrogare di fatto la disciplina dei vizi del consenso.

Né meno rilevante appare, infine, il profilo del controllo dell'autonomia contrattuale nel campo dei contratti associativi, di liberalità e *mortis causa*³⁰.

Mentre ai primi – pur nella previsione di regole di ingresso e di esclusione – non può negarsi l'applicazione del principio di non discriminazione, più complesso è l'ambito dei secondi, rispetto ai quali, invece, il vaglio della non discriminazione appare inapplicabile alla luce della insindacabilità delle relative scelte.³¹

L'AMPLIAMENTO DEI TERRITORI DELLA RESPONSABILITA' CONTRATTUALE³²

La ricerca di un fondamento meta-normativo dell'ampliamento dei territori della responsabilità contrattuale conduce a sua volta ad indagare sulle rinnovate istanze *di tutela del contraente debole*³³.

La sinergia tra la tendenza all'allargamento dell'area della responsabilità civile (frutto della transizione dal codice della proprietà a quello della responsabilità, attraverso il filtro della Carta costituzionale intesa come “codice della persona e della personalità”) ed il suo concreto attuarsi di fronte alla posizione del contraente debole (testimoniato, tra le altre, dalle pronunce giurisprudenziali in tema di clausola penale³⁴, caparra confirmatoria³⁵, preliminare improprio, nullità del divieto convenzionale di sublocazione e ospitalità di terzi³⁶, frazionamento del credito, abuso

³⁰ Navarretta, ult. cit., p. 558.

³¹ Scarselli, *Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale*, in *Riv. dir. civ.* 2001, 823.

³² Il terreno sul quale, di recente, è apparso in dottrina estendersi la portata dell'applicazione delle regole contrattuali di responsabilità è stato quello *della responsabilità per direzione e coordinamento nei gruppi di società* a carico della società controllante per i pregiudizi patrimoniali provocati ai soci e/o ai creditori delle società controllate (Mazza muto, *Questioni sparse al confine tra diritto comune e diritto societario*, in *Contratto e impresa* 2006, p. 1491, che riconduce la fattispecie alla clausola generale di correttezza, idonea a determinare l'insorgenza tra le società del gruppo di un rapporto giuridicamente rilevante, idoneo ad escludere qualsiasi margine di applicabilità delle regole della responsabilità aquiliana, seppur profondamente diverso dal rapporto obbligatorio in senso proprio, tanto da discorrersi di responsabilità contrattuale “in senso debole” in quanto la situazione giuridica tutelata risulta indirizzata al soddisfacimento del mero interesse alla corretta esplicazione di un'attività discrezionale, mentre il pregiudizio lamentato si atteggia come un mero mancato incremento patrimoniale soltanto possibile, qualificabile come perdita di una ragionevole aspettativa economica.

³³ In tema di sovraindebitamento dei debitori ipotecari, va ricordato come il legislatore spagnolo sia recentemente intervenuto, con la *Ley* 1/2013, a disciplinare quella correzione giudiziale riduttiva dei mutui che ha indotto la dottrina spagnola (Hornero Mendez, *Il nuovo diritto civile dei “poveri”*, *Annuario del contratto*, Torino 2013) a parlare espressamente “di diritto civile dei poveri”.

³⁴ Cass. ss.uu. 18128/2005.

³⁵ Corte cost. 248/2013 e 77/2014, che, nel dichiarare inammissibile la questione della riducibilità giudiziale della caparra confirmatoria eccessiva, sottolinea come l'art. 1418 II comma consenta al giudice, in applicazione dei principi di buona fede e solidarietà intesi come limiti all'autonomia privata, di sanzionare con la nullità totale o parziale la previsione di una caparra confirmatoria manifestamente iniqua.

³⁶ Cass. 14343/2009, che ne sanziona la nullità per contrasto con l'adempimento dei doveri di solidarietà ex art. 2 Cost., attraverso una *Drittwirkung* del principio costituzionale che entra direttamente nel contratto.

del diritto³⁷, causa concreta genetica e funzionale³⁸), ha portato non pochi autori a discorrere “di un vero e proprio potere del giudice di manomettere il contratto”³⁹.

L’interrogativo del terzo millennio, che volge lo sguardo soprattutto alla produzione giurisprudenziale degli ultimi anni, è quello se una nuova *Generalklausel* del diritto privato sia costituita **dal divieto di abuso del diritto (e del processo)**⁴⁰, conseguenza di una vera e propria *Entfremdung* giurisprudenziale delle regole contrattuali, che pare volgere verso un nuovo giusnaturalismo ove l’interprete pare chiamato al giudizio secondo il *quod aequum et bonum videbitur*.

Il dato normativo che si suole porre a base del discorso sull’abuso prende spunto dall’idea che un controllo generalizzato dell’equilibrio contrattuale sia stato introdotto nel sistema giuridico italiano dalle discipline di derivazione europea, contenute, da un canto, nel codice di consumo, dall’altro, nelle regole che disciplinano i rapporti tra imprese asimmetriche, tanto che in gergo comune è d’uso discorrere di *secondo* e *terzo* contratto (o, con acronimo assai poco felice, di contratti B2C e B2B)⁴¹.

Ci si interroga così sulla possibilità di desumere, da tale disorganico plesso normativo, la necessità di una riconsiderazione della portata del principio di buona fede alla luce del dettato costituzionale dell’art. 2, che renderebbe inderogabile, anche nell’esercizio del potere di autonomia contrattuale, l’osservanza dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale, rendendo operativo nel nostro ordinamento il principio generale del divieto di abuso del diritto secondo una scansione sinergica *buona fede/solidarietà/abuso*, così che nell’equità dello scambio e nella “giustizia del contratto” andrebbero ravvisati i primi vagiti di un nuovo diritto privato non solo europeo.⁴²

Non va peraltro trascurato di considerare che la proprio normativa europea consta di interventi specifici e settoriali, attraverso la quale si riconosce rilevanza o alle asimmetrie di tipo *informativo/cognitivo*⁴³ (la disciplina dei contratti dei consumatori), ovvero a quelle di tipo *contrattuale/economico*⁴⁴ (le normative sull’abuso di dipendenza economica ex art. 9 L. 192/98 e sull’abuso di posizione dominante ex art. 3 L. 287/90), di talché parrebbe più corretto affermare che i controlli sul contenuto dei contratti del consumatore e tra imprese non sembrano destinati (nemmeno nelle intenzioni del legislatore europeo) a realizzare una più

³⁷ Cass. 2016/2009, su cui *amplius, infra*.

³⁸ Cass. 10490/2006.

³⁹ GB Ferri, *Autonomia privata e poteri del giudice*, *Dir. e giur.* 2004, 5 ss, discorre “di una cittadella dell’autonomia privata da preservare di fronte al moltiplicarsi di un potere profondamente eccentrico”.

⁴⁰ In argomento, *funditus*, Cass. ss, uu. 26242 e 26243/2014, in tema di rapporti tra la nullità negoziale e le azioni di impugnativa contrattuale.

⁴¹ M. Barcellona, *Equilibrio contrattuale e abuso del diritto*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, Napoli 2012.

⁴² Scoditti, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.* 2006, p.119; Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?* *Ivi*, 2005, p. 663.

⁴³ Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.* 2003, 243.

⁴⁴ Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, *ivi* 2001, p. 786; Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli 2004. Conseguenza di questa diversa incidenza delle asimmetrie contrattuali risulta il diverso tipo di controllo, che si appunta sull’equilibrio normativo nei primi e (anche) su quello economico nei secondi (M. Barcellona, cit., p. 490).

ampia e generalizzata funzione volta a “moralizzare il contratto in se”, quanto piuttosto a “mercantilizzare” coattivamente lo scambio in ben determinati settori⁴⁵.

In sede giurisprudenziale, la linea interpretativa che unisce buona fede, abuso del diritto e principio solidaristico assunti a parametro di controllo dell’esercizio dell’autonomia privata trova il suo più significativo riconoscimento nella sentenza n. 20106 del 2009 della Corte di legittimità, resa in tema di recesso *ad nutum*, i cui passaggi argomentativi essenziali possono così riassumersi:

- La buona fede oggettiva costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale;
- Il principio dell’abuso del diritto consente di valutare le condotte che, nell’ambito della formazione ed esecuzione dei rapporti negoziali, le parti adottano;
- I due principi si integrano a vicenda, onde il controllo deve tener presente le posizioni delle parti al fine di valutare se posizioni di supremazia e di eventuale dipendenza anche economica dell’altra siano stati forieri di comportamenti abusivi.

La sentenza, notissima, è stata oggetto di una articolata difesa delle sue linee portanti⁴⁶ e di una altrettanto penetrante critica mossa sul piano dei principi.

Nel dividerne le argomentazioni, si è fatto notare che la categoria dell’abuso del diritto è strumento del quale la giurisprudenza di legittimità si è avvalsa da tempo, sia in materia proprietaria che all’interno del diritto delle obbligazioni e dei contratti⁴⁷, e che l’essenza stessa del vincolo contrattuale sta nell’esigenza di rispettarlo, non già nel potere di recedere, così che il conferimento al giudice della facoltà di scrutinare le modalità di esercizio del diritto di recesso sarebbe funzionale ad una più efficace tutela del vincolo contrattuale e non a un indebolimento del medesimo, mentre gli strumenti tecnici di esercizio giudiziario del potere di governo della discrezionalità contrattuale sarebbero costituiti dal parametro della meritevolezza di tutela dell’interesse (art. 1322 comma 2 c.c.), dall’equità contrattuale (art. 1374 c.c.) da intendersi anche in guisa correttiva, e dalla buona fede nell’interpretazione (art. 1366) quale criterio principale e non più sussidiario di lettura del tessuto negoziale. Non senza aggiungere che una prospettiva attraverso la quale indagare il tema della giustizia del contratto potrebbe risultare, in termini di analisi economica del diritto, addirittura un potente fattore di sviluppo economico sotto il profilo dell’incremento della propensione a contrattare e della fiducia del mercato⁴⁸.

L’atto abusivo in materia contrattuale non sarebbe, dunque, un atto illecito produttivo di una semplice obbligazione risarcitoria, bensì un atto invalido, come tale destinato ad essere privato di effetti (con il corollario della sua perdurante efficacia nonostante il recesso abusivo).

⁴⁵ M. Barcellona, cit., p. 499; Alpa, *La protezione della parte debole*, p. 240.

⁴⁶ Galgano, *Qui iure suo utitur neminem laedit?* in *Contratto e impresa* 2011, p. 311

⁴⁷ Si ricordano, tra le altre, il recesso *ad nutum* dall’apertura di credito a tempo indeterminato (Cass. 2642/2003) o dal contratto di fornitura, l’abuso del diritto di voto del socio di società di capitali (Cass. 27387/2003), l’abuso del credito, l’abuso del diritto di chiedere il fallimento del proprio debitore.

⁴⁸ Galgano, cit. p. 314.

Qualora il rimedio invalidatorio non apparisse invece idoneo alla reintegrazione dell'interesse leso, l'accesso all'azione di danni postulerebbe non l'attivazione di un rimedio aquiliana, bensì dell'azione di inadempimento dell'obbligo di eseguire il contratto secondo buona fede.

Perderebbe così consistenza la tesi volta alla dissociazione del nesso fra canone di buona fede e di abuso del diritto (secondo l'assunto che la buona fede dovrebbe essere riferita alle modalità di esercizio del diritto e l'abuso allo scopo per il quale il diritto stesso è esercitato), poiché non sarebbe sostenibile, da un canto, la censurabilità della modalità anomala di esercizio del diritto per contrarietà a buona fede e, dall'altro, la speculare incensurabilità di un'ipotesi ben più grave quale l'esercizio del diritto preordinato ad uno scopo anomalo.

Sul piano del diritto positivo, il fondamento normativo dell'abuso del diritto troverebbe poi la sua collocazione ***nell'art. 54 della Carta di Nizza***, a mente del 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 nella presente Carta”*.

La replica che ha scandito tempi e modi del successivo, nutrito dibattito dottrinale ha tratto spunto proprio dall'analisi dei rapporti tra abuso del diritto e buona fede⁴⁹ e dallo sforzo concettuale necessario per differenziare le due categorie⁵⁰, ritenendo per altro verso che un uso inappropriato della categoria dell'abuso finirebbe per indebolire ulteriormente la forza del vincolo contrattuale, mentre il principio *pacta sunt servanda* si estende anche alle clausole di previsione delle modalità di scioglimento unilaterale del vincolo, restando estranea alla tecnica di controllo del contenuto negoziale ogni valutazione della singola pattuizione, a meno che essa non palesi profili di illiceità/immeritevolezza originaria.

Viene altresì contestato che la tecnica dell'abuso possa realizzarsi attraverso un controllo di tipo causale, non apparendo legittimamente predicabile che l'oggetto della valutazione sia costituita dal singolo contratto non, invece, dalla vicenda del recesso in se considerata, poiché l'esercizio del diritto di recesso non potrebbe essere valutato in termini di coerenza con la causa del contratto, essendo un atto che ontologicamente contraddice l'originario programma negoziale.

Altra penetrante critica mossa alla sentenza è stata quella secondo cui, nel caso di specie, non facendosi questione dell'ascrivibilità della clausola di recesso alla condizione di dipendenza economica tra le parti (tra l'altro, anche per la inapplicabilità *ratione temporis* dell'art. 9 L. 192/98), il controllo era (doveva essere) limitato alla fase esecutiva del contratto, sottoposto per espressa previsione normativa (art. 1375 c.c.) al sindacato giurisdizionale⁵¹, mentre l'interpretazione proposta dalla

⁴⁹ D'Amico, *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, in *I Contratti* 2011, p. 653.

⁵⁰ Che risulterebbero, secondo alcuni, “un doppione concettuale” (Sacco, *Diritto privato* 1997, III, *L'abuso del diritto*, Padova 1998, p. 217, e, dello stesso autore, *Il diritto soggettivo. L'esercizio e l'abuso del diritto*, Torino 2001, p. 373).

⁵¹ “Piuttosto che sul terreno della invalidità, la questione avrebbe dovuto pertanto risolversi sul piano dell'attribuzione alla parte che aveva subito il recesso di un indennizzo teso a compensare la clientela ceduta e gli investimenti effettuati, senza implicare una generale rideterminazione dello statuto del contratto da sottoporre i suoi equilibri originari al

Corte, per un verso consentiva il ricorso al principio di buona fede ex art. 1375 *fuori dal e prima del* contratto, dall'altro le attribuiva una funzione non più *conservativa*, bensì *correttiva* dello stesso equilibrio negoziale originariamente pattuito e accettato dai contraenti.

Né la decisione della S.C. si prendeva cura di valorizzare a sufficienza *l'aspetto storico* della delicata questione dell'abuso del diritto, che aveva ricevuto un espresso riconoscimento dapprima con la formula adottata nell'art. 74 del progetto di codice italo-francese⁵², poi nell'art. 7 del Progetto definitivo delle disposizioni sulla pubblicazione e l'applicazione della legge in generale⁵³, ma era stata poi definitivamente soppressa per l'esplicitata ragione che "la collocazione appariva insufficiente, isolata, indistinta", così che il suo contenuto avrebbe dovuto "rifluire nella trattazione dei singoli istituti": nella Relazione (n. 652) del Guardasigilli al Progetto definitivo si legge infatti che "in relazione al divisamento di trattare in altra sede del cd, abuso del diritto, ho soppresso l'art. 74, il cui secondo comma tanti dissensi aveva sollevato". Ne conseguì l'adozione di norme *ad hoc* (l'art. 833 sugli atti emulativi, l'art. 1337 sulla responsabilità precontrattuale, l'art. 1438 sulla minaccia di far valere un diritto, l'art. 1440 sul dolo incidente, l'art. 1375 sulla buona fede *in executivis*), demandandosi nel contempo alla disciplina dei vizi della volontà il compito di indagare il comportamento delle parti sul terreno della formazione del contratto, così privando deliberatamente l'abuso di quel carattere di formulazione unitaria che aveva inizialmente ricevuto nei primi Progetti, al fine di evitare che l'istituto conducesse alla sovrapposizione di una logica eteronoma rispetto alle determinazioni delle parti attraverso un generalizzato dipanarsi dell'interventismo giudiziario⁵⁴.

Né per altro verso, come meglio si dirà tra breve nell'esaminare la questione dei confini (e degli sconfinamenti) tra i due tipi di responsabilità civile, il paradigma dell'abuso poteva consentire di avvalersi, secondo alcuni, del rimedio aquiliano, restando comunque preferibile, pur in tempi di legislatore "debole", che l'ampliamento del controllo sull'esercizio dell'autonomia privata rimanesse affidato al potere legislativo attraverso novellazioni mirate della disciplina del contratto piuttosto che demandata all'intervento giudiziario attraverso la rottura degli equilibri realizzati dal codice del 1942⁵⁵.

Le contrapposte posizioni dottrinarie sul tema spaziano, in realtà, nel più vasto orizzonte che indaga sul ruolo riservato, oggi, alle modalità argomentative e decisorie per clausole generali⁵⁶, cui riconoscere, secondo alcuni, "una funzione non soltanto omeostatica volta al mantenimento della sintonia del diritto con i mutamenti

vaglio del dispositivo triangolare abuso del diritto/buona fede/solidarietà costituzionale": così, M. Barcellona, cit., p. 506.

⁵² "E' egualmente tenuto al risarcimento colui che ha cagionato danno ad altri eccedendo, nell'esercizio del proprio diritto, i limiti posti dalla buona fede e dallo scopo per il quale il diritto gli fu riconosciuto".

⁵³ "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per cui il diritto medesimo gli è riconosciuto".

⁵⁴ Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 1965, p. 220, che sottolinea come la concezione "generalista" dell'abuso fosse figlia delle influenze socialiste e cattoliche presenti in seno alla stessa costituente.

⁵⁵ M. Barcellona, cit., p. 521.

⁵⁶ C. Scognamiglio, *La tecnica argomentativa dell'abuso del diritto e i rimedi contrattuali*, in *Le tutele contrattuali*, cit. p. 531.

temporali”, bensì quella “di strumento per mantenere la coerenza del diritto in una società multietnica, multiculturale, multi religiosa, incorporando così non il futuro ma la diversità⁵⁷, all’interno di un sistema giuridico che appare sempre più fluido e inadeguato a disciplinare interazioni dominate dall’incertezza”⁵⁸.

In quest’ottica, il convincimento che postula la rigorosa esclusione, nel nostro sistema, dell’operatività del divieto del venire *contra factum proprium*⁵⁹ attraverso la clausola di buona fede potrebbe modificarsi, secondo gli autori più aperti all’idea di una vera e propria mutazione genetica dell’*Inhaltskontrolle* contrattuale, proprio alla luce dell’avvento delle nullità di protezione (art. 36 D.lgs. 206/2005) a tutela del consumatore e di quelle che proteggono l’impresa debole (art. 9 L. 192/98 in tema di subfornitura), trovando conferma, come ricordato poc’anzi, proprio nell’art. 54 della Carta dei diritti dell’unione europea.

Su di versante affatto speculare, fa da contraltro la stessa giurisprudenza di legittimità in materia tributaria, che offre spunti di sicuro interesse anche in relazione alla più vasta area del diritto civile⁶⁰, essendosi chiarito che l’abuso del diritto in materia tributaria non sussiste quando l’operazione si presenti sorretta da ragioni economiche apprezzabili che giustifichino l’operazione, diverse dalla mera aspettativa di un beneficio d’imposta⁶¹. Trasposto nel più vasto ambito civilistico, il principio potrebbe indurre a ritenere non abusiva una condotta negoziale *conforme al canone della ragionevolezza*.

Resterebbe così definitivamente scolpita la pietra di confine tra *clausola generale del divieto di abuso* e *clausola generale di buona fede*, nel senso che il primo si pone sul piano *della ragionevolezza* nell’esercizio dell’autonomia contrattuale, mentre resta affidata alla seconda la verifica dei comportamenti delle parti nella prospettiva *della lealtà e solidarietà*.

*

Altro profilo evolutivo del diritto dei contratti è costituito da una nuova e più moderna attuazione della fattispecie del collegamento negoziale⁶², della quale sono espressione il contratto di locazione finanziaria - ove la sintesi degli effetti negoziali finanziamento-godimento-vendita non sarebbe stata realizzabile attraverso i singoli negozi - e il *sale and lease back*, la cui liceità, ammessa (a fatica, atteso il limite costituito dal divieto di patto commissorio) dalla giurisprudenza di legittimità *sub condizione* del perseguimento della funzione di finanziamento e non di garanzia, non nasconde la realizzazione (anche) di una indiretta funzione di garanzia in favore del concedente, costituita dal diritto di proprietà trasferita al concedente stesso.

A non diversa storia evolutiva appartiene il *Garantievertrag* - affacciatosi nel nostro sistema negli anni ’70 sulla scia del diritto tedesco -, strumento contrattuale del quale, se le prime voci levatesi in dottrina e in giurisprudenza ne rilevarono il potenziale difetto di causa, fu inevitabile il successivo adattamento e il successivo

⁵⁷ Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.* 1967, 83.

⁵⁸ Baumann, *La solitudine del cittadino globale*, Milano 2006

⁵⁹ Così Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.* 1986, p. 5.

⁶⁰ C. Scognamiglio, cit. p. 542

⁶¹ Tra le altre, Cass. 16431/2011.

⁶² Clarizia, *Autonomia contrattuale e garanzie indirette*, in *Le tutele contrattuali*, cit., p.708.

riconoscimento di piena cittadinanza a fianco dell'istituto classico della fideiussione, in mancanza dei quali le imprese italiane si sarebbero trovate in condizioni di non poter partecipare a gare di appalto internazionali⁶³.

L'ultima frontiera (ma sicuramente provvisoria) dell'evoluzione del diritto dei contratti è costituita dalla figura del *contratto alieno*⁶⁴, del contratto, cioè, elaborato sulla base della prassi angloamericana, al quale si applica il diritto italiano, come avviene per le vendite di partecipazioni sociali di controllo di società di capitali - in cui il venditore è italiano, la società oggetto è italiana, il compratore può essere italiano ma il contratto è modellato sullo *share and purchase agreement* statunitense, la cui adozione è pressoché imposta dalla sua capacità di circolazione globale -, ovvero per il *sale of business*, che ignora le norme italiane sulla cessione di azienda. Appare, in proposito, oltremodo significativa la riflessione secondo la quale, se il contratto di ieri era un contratto "che produce effetti con forza di legge", e dalla legge resta disciplinato onde garantirne l'uniformità, il contratto di oggi è conforme ad un modello che, garantendone l'uniformità, non vuole (non vorrebbe) essere regolato dalla legge.

Un capitolo a parte (che non può essere approfondito in questa sede) è costituito, infine, dalla cd. "*dematerializzazione dei contratti*"⁶⁵, che pone delicate questioni di rispetto della forma scritta con riguardo al relativo contenuto normativo, di vincoli delle clausole vessatorie o abusive, di comunicazioni periodiche in forma elettronica, di commercializzazione a distanza dei contratti assicurativi, di informazioni precontrattuali e di verifica di adeguatezza, di diritto di recesso, di distribuzione mediante internet.

*

In una prospettiva di analisi più ampia della questione "dimensionale" del contratto indagata nella diversa ottica della responsabilità, può ancora osservarsi come i territori "sensibili" all'evoluzione dei rapporti contrattuali e, più in generale, alla modificazione "genetica" della stessa responsabilità civile, appaiono, oggi:

- Il contatto sociale e l'obbligazione senza prestazione;
- I doveri accessori di protezione endocontrattuali;
- Gli effetti protettivi del contratto verso i terzi;
- Il consenso informato e gli obblighi di informazione;
- L'*astreint* degli obblighi di fare ex art. 614 bis c.p.c.;
- I nuovi rapporti tra colpa e nesso di causa anche in ambito contrattuale⁶⁶;
- I nuovi rapporti tra causalità civile e penale;
- La teoria della *chance* perduta e la sua applicazione extrapatrimoniale;
- L'estensione dell'area della responsabilità precontrattuale;
- Le nuove regole probatorie sull'inadempimento e la vicinanza della prova;
- Il danno non patrimoniale da inadempimento.

⁶³ Per tutti, Portale, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, Milano 1978.

⁶⁴ Il sintagma costituisce il titolo della raccolta di scritti di G. De Nova, *Il contratto alieno*, Torino 2010, ove si legge, con felice intuizione, che il termine "alieno" ha come suo calco tanto la parola *alius* (altro) quanto quella *alien* (extraterrestre).

⁶⁵ Trapuzzano, *La dematerializzazione dei contratti*, in *Giust. civ. Newsletter*, maggio 2015.

⁶⁶ Sia consentito, in proposito, il rinvio a Travaglino, *La questione dei nessi di causa*, Milano, 2012, 133 ss.

LE NUOVE TUTELE CONTRATTUALI

Il diritto dei rimedi – In una prospettiva “funzionale” di analisi dell’autonomia negoziale, l’autore che più di tutti ha indagato la materia contrattuale sotto il profilo dei rimedi⁶⁷, si interroga, con una felice espressione, sul se sia lecito, oggi, discorrere di una vera e propria *New age* delle tutele contrattuali, considerando, tra l’altro, che nel DCFR (*Draft Common Frame of Reference*) sembra scomparire ogni riferimento (e ogni considerazione) relativa all’oggetto e alla causa del contratto⁶⁸.

L’approccio funzionale al diritto dei contratti privilegia, dunque, ***l’aspetto della tutela*** rispetto all’indagine classica sulla formazione e sui requisiti del negozio, ossia l’aspetto della protezione riservata ai diritti e alle pretese collegati alla fattispecie negoziale, in una prospettiva di diritto comunitario sempre più orientata verso ***una funzione rimediabile*** sotto il duplice profilo *dei particolari settori di mercato* in cui interviene il legislatore (circolazione di beni di consumo, viaggi, proprietà) e *dei soggetti coinvolti* (il consumatore, l’imprenditore). Tutto il diritto privato europeo si discosta progressivamente dalla dogmatica dei diritti soggettivi, secondo modelli di *Common law* sempre più lontani dalle codificazioni continentali, concentrandosi piuttosto sul soddisfacimento dell’interesse secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza (art. 130 Cod. cons., frutto della trasposizione nel diritto interno della Direttiva 1999/44 CE).

L’espressione “responsabilità contrattuale”, storicamente destinata ad evocare il concetto di danno provocato per colpa, cede il passo all’idea che la rottura del rapporto sinallagmatico, anche con riguardo ***al rischio contrattuale*** (che per definizione è concetto assai lontano dalla colpa), sia fonte di risarcimento in presenza ***del fatto obiettivo*** della mancata o inesatta prestazione dovuta, salva la prova di un impedimento oggettivo cui non è dato porre riparo nonostante l’impiego della diligenza richiesta ex art. 1176 c.c.: è la situazione obiettiva di inadempimento (*non performance*) a rilevare ai fini della valutazione e dell’applicazione dei rimedi contrattuali, più vicina all’idea del rischio che non a quella di comportamento antidoveroso.

L’area della responsabilità di matrice contrattuale, storicamente fondata sul principio ***della promessa***, poi sostituita dal principio ***dell’affidamento***, vede così il concetto

⁶⁷ A. Di Majo, *La responsabilità contrattuale*, Torino 2007; Id., *Le tutele contrattuali*, Torino 2009.

⁶⁸ Si osserva, in proposito, con toni peraltro assai critici, che “il legislatore comunitario ritiene di aver sostanzialmente adempiuto al proprio compito quando riesca a far convivere il massimo di efficienza e di effettività con il minimo investimento assiologico e il minimo tasso di riconcettualizzazione e di generalizzazione” (Castronovo-Mazzamuto, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, p. 12), mentre “il concreto operare del rimedio presuppone l’individuazione di ciò cui si intende rimediare, e quindi l’individuazione anche del senso e della storia del sistema in cui il rimedio si inserisce, poiché esso, in se considerato, individua la fine pratica di un tragitto, costituisce un accidente (uno dei tanti accidenti possibili), non anche chiaramente sostanza (G.B. Ferri, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Le tutele contrattuali*, cit. p. 28), aggiungendosi ancora che, in tal modo, “si assiste allo slittamento dell’autonomia privata come strumento possibile di prevaricazione all’autonomia privata come luogo della propria negazione, e sostituzione ad opera di un potere percepito da sempre come massimamente eteronomo, come quello del giudice” (Castronovo, *Autonomia privata e Costituzione europea*, cit. p. 52). Più in generale, per una riflessione critica sulla Costituzione europea e sulle singole norme destinate a regolare il mercato, G.B. Ferri, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, cit. p. 12 ss.

stesso di prestazione evolversi e trasformarsi, trascendendo dal suo originario contenuto rigido e meramente oggettuale, verso una idea di **progetto/previsione** letto kantianamente in termini non soltanto di dovere (*müssen*), quanto piuttosto di dover essere (*sein müssen*).

Il fenomeno della contrattualizzazione della responsabilità aquiliana, frutto della distinzione tra *Leistungsinteressen* e *Schuetzeninteressen*⁶⁹, evidenzia come l'interesse contrattuale non sia solo quello diretto alla prestazione oggetto del contratto, ma anche quello a non subire pregiudizio alla propria persona e alle proprie cose, se coinvolte nell'esecuzione dell'accordo (storicamente, il principio venne sancito con riguardo all'obbligo del locatore, ex art. 1575 c.c., di garantire il buono stato della cosa locata esteso ai membri della famiglia del conduttore), secondo un procedimento di integrazione negoziale *ex fide bona* frutto della cd. **irradiazione degli effetti del contratto**. La dottrina degli obblighi di protezione riveste così di tutela contrattuale vicende morfologicamente appartenenti all'area del torto aquiliano, e trae fondamento e legittimazione di tale approdo dall'essere *la protezione* pur sempre funzionalmente connessa con *la prestazione*.

- 1) **Il ruolo della colpa** – al pari del sistema francese, l'ordinamento italiano conosce una (apparentemente insanabile) antinomia normativa tra causa di giustificazione dell'inadempimento dell'obbligo di prestazione (la **causa non imputabile**, art. 1218, simile alla *cause étrangère* dell'art. 1147 *cod civil*) e **principio di diligenza** (art. 1176 c.c., art. 1137 *code civil*): la prevalenza della prima regola fonderebbe un modello di responsabilità tendenzialmente oggettivo, con il limite del caso fortuito/forza maggiore quale causa di esonero da responsabilità. La dottrina italiana è ancora fortemente tributaria del celebre scritto di Luigi Mengoni sulla distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato⁷⁰ (mentre il linguaggio della colpa sembra sempre più ignorato nei testi transnazionali⁷¹), ma non omette di rilevare la obiettiva difficoltà nel rinvenire una regola chiara sul fondamento della responsabilità da inadempimento, così come, invece, nella enunciazione della responsabilità da illecito ex art. 2043. La regola dell'art. 1218 c.c. (che è in realtà regola probatoria⁷²) è chiaramente figlia della “causa estranea” (art. 1225 c.c. 1865, ulteriormente specificata nei concetti di fortuito e forza maggiore del successivo art. 1226), ma con il codice del 1942 la regola sulla diligenza ha

⁶⁹ STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*, in *Arch Pr.*, 1932, p. 136.. Sostiene l'esistenza, accanto ai più generali doveri di *neminem laedere*, di più specifici doveri, di tipo aquiliano, definiti *Verkehrspflichten*, VON BAHR, *Verkehrspflichten*, 1980, che obbligano il soggetto che opera nel traffico economico a **controllare la sfera di azione in cui agisce**.

⁷⁰ Mengoni, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Riv. dir. comm.* 1954, p. 189.

⁷¹ Nella Convenzione internazionale per la vendita di cose mobili, l'art. 79 prevede che una parte è esente da responsabilità se prova che l'inadempimento era dovuto “ad un impedimento derivante da circostanze estranee alla sua sfera di controllo e che non era ragionevolmente tenuto a prevedere al momento della conclusione del contratto”, dove il concetto di previsione, impropriamente utilizzato, sembra evocare piuttosto una regola causale.

⁷² Secondo CASTRONOVO, *Problema e sistema del danno da prodotti*, la regola generale di cui all'art. 1218 è muta rispetto ai criteri di imputazione, onde ne risulta tuttora aperta la relativa scoperta.

acquistato, specie in giurisprudenza, valenza generale, destinata, peraltro, ad integrarsi con quella del 1218. E' noto che, secondo un primo indirizzo dottrinario, la responsabilità del debitore segue **regole puramente oggettive**, con il solo limite della impossibilità, oggettiva ed assoluta, della prestazione, poiché la regola sulla diligenza non avrebbe alcun nesso con il giudizio di responsabilità, bensì riguardo esclusivo alla valutazione in termini di esattezza/inesattezza dell'adempimento⁷³; secondo l'opposto indirizzo, la responsabilità debitoria sarebbe fondata **essenzialmente sulla colpa**, così coinvolgendo la regola sulla diligenza nella stessa nozione di impossibilità liberatoria⁷⁴, tesi a cui si obietta che la diligenza non può comunque costituire il limite ultimo della responsabilità del debitore, poiché così ogni prestazione si trasformerebbe in prestazione di diligenza, discorrendosi allora di **impedimento a carattere di oggettività relativa**, ove l'allargamento dell'oggetto della prestazione dedotta in obbligazione porta a considerare non soltanto il risultato dovuto al creditore, ma altresì **i mezzi necessari per realizzarlo**: emerge una nozione di impossibilità relativa al contenuto del concreto rapporto in questione⁷⁵, ma pur sempre oggettiva⁷⁶, dove la diligenza è **regola di controllo degli impedimenti sopravvenuti** e non anche limite diretto della responsabilità debitoria (responsabilità sicuramente oggettiva quanto al pagamento di somme di denaro, di consegna di cose generiche, di danni *ex recepto* e da impresa)⁷⁷.

- 2) **La tutela delle sopravvenienze** – La dottrina della responsabilità contrattuale non può prescindere dallo studio dei modi in cui i rischi derivanti dalle sopravvenienze di eventi possano essere ripartiti tra i contraenti. Alla teoria della *clausola rebus sic stantibus* si ispira, originariamente, come si è accennato, l'istituto della presupposizione (*Voraussetzung*), temperata, dopo la prima guerra mondiale, dalla teoria della rilevanza obbiettiva del cd. fondamento negoziale (*Geschaefgrundlage*). Se la riforma del diritto delle obbligazioni tedesco del 2001 ha accolto espressamente (§ 313 BGB) il principio della rilevanza delle sopravvenienze nell'ipotesi di **mutamento significativo** (*Schwerwiegend*), con conseguente adeguamento (*Anpassung*) del contratto al mutamento delle circostanze (*Störung der Geschaefgrundlage*), così rivitalizzando lo stesso concetto di causa negoziale intesa come sintesi di *Grund* e *Zweck* e rendendo legittimo anche sul piano normativo il collegamento tra il momento genetico e oggettivo del programma negoziale e lo scopo che quel programma ha ispirato in concreto, gli stessi principi *Unidroit* prevedono la rinegoziazione dei termini del contratto e la possibilità di intervento del giudice con pronunce conformative di un nuovo equilibrio

⁷³ OSTI, *Riv. Dir. Civ.* 1918, ribadita in *Riv. Trim dir.proc. civ.* 1954.

⁷⁴ BIANCA, *Diritto Civile*.

⁷⁵ Cass. 10490/06 e 26958/07

⁷⁶ Così riproponendosi la teoria del Savigny della **ineseguibilità** della prestazione

⁷⁷ Il concetto di diligenza è a sua volta distinto da quello di buona fede, la prima coprendo l'area dell'attività di prestazione, la seconda quella della relazione tra le parti. Queste possono difatti, limitare l'operatività del dovere di diligenza (art. 1229 c.c.), ma non quello di buona fede: la correttezza non si lascia ridurre.

negoziale (il modello italiano conosce la *reductio ad aequitatem* nell'ipotesi di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, ex art. 1467 c.c.). Si è così in parte avverato negli ultimi anni il timore che sempre più frequentemente fosse demandato al giudice il compito di procedere autonomamente ad interventi sempre più penetranti e significativi di *Anpassung* negoziale, che ha riguardato non soltanto il diritto del contratti, ma gli stessi rapporti tra contratto e processo⁷⁸

- 3) **L'integrazione tra rimedi** – Si fa strada, in dottrina come in giurisprudenza, l'idea della integrazione tra rimedi, intesa come coesistenza, sia pur nelle forma della autonomia, tra annullamento del contratto e risarcimento aquiliano⁷⁹, che, prendendo spunto dalla congenita “doppiezza” del dolo⁸⁰, non mira a svaporare le differenze tra *property rules* e *liability rules*, ma si fonda sulla necessità che una tutela invalidante sia calibrata sul principio di effettività (Cass. ss.uu. 27342/014, in tema di nullità negoziale e azioni di adempimento contrattuale), onde la sostituibilità del rimedio risarcitorio non si risolve in un (inammissibile) panaquilismo risarcitorio⁸¹ ove sopravvenga “l'inutilità del rimedio demolitorio e la conseguente carenza di effettività della tutela in spregio alle stesse norme costituzionali di cui agli artt. 24 e 11 Cost. (Cass. sez. III, 21255/2013⁸²). Così, quando si registra una incertezza obbiettiva sulle restituzioni che scaturiranno dalla caducazione retroattiva del contratto, il rimedio risarcitorio, di per sé atipico, risulta maggiormente efficace perché provvisto di una sua intrinseca e imprescindibile giustificazione, senza che questo, per altro verso, importi una sua sostituibilità *tout court* con il rimedio contrattuale, senza, cioè, che se ne perda la *Subsidiaritaet des Schadenersatzanspruchs*. Né varrebbe, attesa la portata soltanto limitata dell'eventuale analogia, il richiamo al meccanismo apparentemente tramontato della cd. “pregiudiziale amministrativa”, epifania di principi rigorosamente settoriali, volta che l'introduzione dell'azione risarcitoria autonoma (peraltro, grandemente limitata dapprima dal comma 3 dell'art. 30 C.p.A. che impone al

⁷⁸ Cass. ss. uu. 26242 e 26243/2014, cit.

⁷⁹ Teoria di cui antesignano sembrano essere Chardon, *Trattato del dolo e della frode in materia civile e commerciale*, Napoli, 1829, e Savatier, *Etude sue le dol*, Parigi 1881, che darà vita all'immagine del dolo, cara alla dottrina francese, inteso nel contempo come *delit civil*, e come *vice du consentement*, con conseguente facoltà, per il contraente, di promuovere, anziché un'azione di annullamento ex art. 1116 c.c., una domanda risarcitoria ex art. 1382 c.c.

⁸⁰ Che farà scrivere ad A.Trabucchi (*Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova 1937), che l'interesse della parte danneggiata può mutevolmente indirizzarsi verso due azioni, l'annullamento e il risarcimento dei danni, esperibili sia in cumulo che separatamente, per non cadere nell'equivoco di considerare l'azione di annullamento alla stregua di una riparazione reale. Così, se si ritiene impraticabile (Rovelli, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 2000) una rinuncia all'annullamento per poi domandare il risarcimento a titolo precontrattuale, non si esclude d'altro canto che il *deceptus* possa agire in via aquiliana

⁸¹ L'idea di un panaquilismo risarcitorio non è, come potrebbe ipotizzarsi, una novità dei nostri tempi: Già Carnelutti (*Osservazioni a Cass. Firenze 1923, Foro it. 1923 I, 605*), in un caso di raggiro consumato a danno di un costruttore che lamentava di essere stato ingannato sulla cubatura dell'edificio da edificare, scriveva che “*invalidità del contratto e responsabilità del contraente, nell'ipotesi di formazione contrattuale anomala, possono coesistere come possono essere disgiunte*”: Un vizio, anche se incompleto, sempre si presta, secondo le regole generali, ad essere causa “secondo le regole generali dell'art. 1151 ss. c.c. del 1865, di responsabilità”.

⁸² La cui impostazione concettuale risente della mancanza di una norma analoga al § 826 BGB che consente il risarcimento del danno provocato dolosamente e in maniera contraria ai buoni costumi.

giudice di valutare se la mancata impugnazione abbia inciso sul prodursi del danno, e poi dalle successive pronunce del Consiglio di Stato) prescinde del tutto dalla astratta ipotizzabilità dell'utilizzazione del rimedio demolitorio perché quel rimedio resta pur sempre attuabile d'imperio da parte della P.A. in sede di autotutela. In questo senso è lecito discorrere di sussidiarietà sostitutiva, così che la valorizzazione della tutela passa attraverso il realizzarsi di una effettività qualitativa della protezione, che riveste la funzione di valore sovraordinato (art. 13 CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali).

Indice di un "sistema in movimento" appare ancora l'art. 55 CESL, in tema di contratti di vendita transfrontalieri (norme contenute in un Regolamento opzionale), che consente alla parte avente diritto all'annullamento del contratto che l'abbia perduto per decorrenza dei termini o per convalida, di esigere "indipendentemente dall'effettivo annullamento del contratto il risarcimento del danno subito a causa dell'errore, delle minacce, del dolo o dell'iniquo sfruttamento"⁸³.

Il discorso evolutivo non può peraltro, spingersi a ridisegnare il rapporti tra tutela contrattuale e rimedio aquiliano (che resta pur sempre una *Jedermann Haftung*) come possibilità che, attraverso il secondo, venga a rimodellarsi il sinallagma contrattuale. Qualsiasi intervento di *Anpassung*, a tal fine, resta e deve restare tutto iscritto nell'orbita del rapporto negoziale, onde l'impredicabilità dell'applicazione di una *lex Aquilia* "a prescindere", in funzione alternativa e non cumulativa ad un'azione contrattuale – ciò che archivierebbe definitivamente ogni distinzione tra le due forme di responsabilità, aprendo quel "passaggio a Nord Ovest" che, secondo il modello francese, salta la tutela invalidante candidando quella extracontrattuale a rimedio *contro* il contratto.

Il mantenimento di un argine (benché mobile) tra le due forme di responsabilità (e le rispettive tecniche di tutela) resta dunque ancor oggi imprescindibile, come imprescindibile appare ancor oggi l'estrema cautela con la quale operare su quelle che sono state definite, con felice espressione, le mobili frontiere della responsabilità civile.

BREVE PANORAMICA DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

La oggettiva impossibilità di abbracciare, con uno sguardo d'insieme, l'intero panorama giurisprudenziale sviluppatosi nell'ultimo ventennio sul tema della responsabilità contrattuale induce a limitarsi ad una breve e sintetica esposizione di alcune delle tematiche che, più di altre, hanno segnato (seguendo itinerari di pensiero non sempre omogenei e non sempre coerenti) le tappe di quelle innovazioni destinate a formare ciò che comunemente si definisce *das Lebendesrecht* (il diritto vivente) di matrice giudiziaria, destinato via via ad integrare (talvolta affiancandole talvolta

⁸³ Così che, si osserva, "paradossalmente, ci si troverebbe a discorrere di un contratto del terzo millennio che...sta tornando a Carnelutti".

contraddicendole), le innovazioni di sistema che, sul piano funzionale, la produzione normativa (a sua volta non sempre coerente e decifrabile) apportava al modello contrattuale classico e allo stesso principio dell'autonomia privata.

La responsabilità medica

Da almeno un trentennio si è assistito e si assiste ad una crescente proliferazione dei giudizi di responsabilità professionale, segnatamente in campo medico, sia sotto il profilo quantitativo dei processi civili e penali, sia sotto quello qualitativo delle tecniche giuridiche attraverso le quali pervenire ad un'equa distribuzione dei rischi comunque e sempre collegati a tale attività - tendenza, questa, peraltro, comune a tutti i paesi tanto di *Common law* quanto di *Civil law*.

Tale accentuazione segue, non a caso, la parallela evoluzione delle strutture e della natura stessa della responsabilità civile che, disegnata all'epoca della codificazione secondo l'architettura bipolare della responsabilità da contratto e di quella fondata sulla *Generalklauseln* dell'art. 2043 c.c., funzionale alla tutela dei (soli) diritti soggettivi assoluti lesi, viene via via "ripensata", da dottrina e giurisprudenza, secondo una storia (soprattutto intellettuale) sempre più raffinata, come un problema di diritto vivente, da rielaborare incessantemente modellandolo sulle esigenze delle singole epoche storiche in funzione della ricerca di criteri mediante i quali un determinato costo sociale debba venir collocato presso il danneggiato ovvero traslato in capo ad altri soggetti (in ipotesi, anche non diretti danneggianti). Il sistema della responsabilità civile diventa, così, come acutamente osservato, un'opera di ingegneria sociale, commissionata quasi interamente agli interpreti, il cui compito diviene lo studio dei criteri di traslazione del danno⁸⁴. Di qui l'individuazione di *standards* di condotta alla luce dei quali le stesse teoriche della colpa, del nesso causale e del danno, sotto il profilo tanto sostanziale quanto probatorio, ne risulteranno profondamente mutate.

In principio, per la classe medica, fu il tempo della immunità.

- **Cass. Napoli 24.7.1871** richiede la prova "*dell'animo deliberato di malaffare*".
- **Cass. 21.3.1941**: la responsabilità è limitata soltanto al "*grossolano errore*"
- **Cass. 22.12.1225**: *il medico porta seco la presunzione di capacità nascente dalla laurea, e la colpa dovrà consistere nella trascuranza di canoni fondamentali o elementari della medicina;*

Ma, superate le storiche tendenze interpretative volte ad assicurare un'area di sostanziale immunità ai liberi professionisti, di cui si è avvertita ancora eco in pronunce neanche troppo risalenti (Cass. 2439/1975), l'art. 2236 è divenuto una sorta di cartina di tornasole del cambiamento ("rivoluzionario", secondo non poca parte della dottrina italiana) della linea di pensiero, prima ancora che dell'ermeneutica normativa, sviluppatasi sul tema della responsabilità del sanitario. Dapprima a seguito dell'intervento del giudice delle leggi (Corte costituzionale n.166 del 1973),

⁸⁴ Monateri, *Le fonti dell'obbligazione – La responsabilità civile*, Torino 1998.

poi ad opera della giurisprudenza, prima di merito, poi di legittimità, l'art.2236 si caratterizzerà sempre più come norma di limitazione della responsabilità non estensibile alla imprudenza o negligenza, e circoscritta alla sola imperizia (mentre altra parte della dottrina, spingendosi ancora oltre, afferma addirittura che esso non prevede, in realtà, un criterio di responsabilità diverso da quello ex art. 1176 comma 2: una colpa, allora, non “grave”, bensì “circostanziata”). Particolarmente *tranchant* risulterà, sul versante giurisprudenziale, la pronuncia della Corte di legittimità (Cass. 977/1991, Osp. SM degli Angeli/Chiandussi), secondo la quale la colpa del medico non deve essere necessariamente grave, e normalmente in favore del soggetto leso si applica il criterio della *res ipsa loquitur*: si giunge, lungo questo sentiero interpretativo, all'affermazione del principio secondo cui l'attenuazione di responsabilità ex art. 2236 non si applichi a tutti gli atti del medico, ma solo ai casi di particolare complessità o perché non ancora sperimentati o studiati a sufficienza, o perché non ancora dibattuti con riferimento ai metodi terapeutici da seguire.

All'approdo definitivo della ricostruzione della relazione sanitario-paziente nell'ambito di una struttura ospedaliera si perviene nel 1999, quando, con la sentenza n. 589, la giurisprudenza di legittimità rivoluziona gli assetti della responsabilità sanitaria, collocandola nell'alveo del torto contrattuale, dopo essersi ispirata (non del tutto fondatamente) alla teoria dei *FaktischesVertragsVerhaeltnisse*⁸⁵, sviluppata poi (più correttamente) nella fattispecie di responsabilità **da contatto sociale**.

E' la più significativa mutazione genetica cui si assiste nella ricostruzione strutturale delle fonti della responsabilità civile, volta che un fatto geneticamente iscritto nell'orbita del torto aquiliano viene ricondotto, attraverso una ricostruzione del rapporto obbligatorio inteso in termini di *relazione*, alla diversa dimensione della responsabilità contrattuale riferita ad una obbligazione senza prestazione⁸⁶, collocata nell'ambito di un rapporto “che partecipa della natura obbligatoria dell'obbligazione in senso tradizionale senza esserlo”⁸⁷.

La qualificazione contrattuale di questo tipo di responsabilità rileva non per la pienezza del suo contenuto obbligatorio, ma per la dimensione formale nella quale le parti si trovano una di fronte all'altra, all'interno di una duplice dimensione del contratto-rapporto, che, a fianco dello specifico *Leistbeziehung* (e cioè del rapporto di prestazione) conosce la più ampia dimensione del *Rahmenbeziehung* (ovvero del rapporto-cornice), costituito da quegli obblighi, comunemente chiamati accessori, ma in realtà funzionali al corretto svolgersi di quello che, nato da un contatto sociale qualificato, mediante essi si fa rapporto giuridico, che accresce il suo contenuto quando vi si innesta l'obbligo di prestazione⁸⁸.

Il contatto sociale non cancella né sovrappone, ma modifica i confini tra contratto e torto, e li colloca nel territorio dell'esserci/non esserci *una relazione previa* tra

⁸⁵ La definizione di “rapporti contrattuali di fatto” fu coniata da Gunter Haupt, che, nel 1943, pubblica a Lipsia un breve saggio (*Uber Faktische Vertragsverhaeltnisse*)⁸⁵, e rappresenta storicamente la prima voce totalmente contraria, in seno alla dottrina tedesca, all'impero del dogma della volontà negoziale.

⁸⁶ Castronovo, *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Europa e diritto privato* 2009, 679.

⁸⁷ Castronovo, *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*, in *Le tutele contrattuali*, cit., p. 78

⁸⁸ Castronovo, op. loco ult. cit.

soggetti, riservando alla responsabilità contrattuale l'area di tutela non soltanto del diritto del creditore alla prestazione, ma anche dei diritti delle parti che la funzione creditoria del rapporto mette a repentaglio⁸⁹.

L'adozione del modello (para)contrattuale del contatto sociale ha così la funzione di gettare nuova luce sulle due grandi aree di responsabilità, "la cui distinzione non passa più attraverso la separazione tra situazioni assolute tutelate aquilianamente e situazioni relative tutelate *ex contractu*, bensì attraverso la distinzione tra ciò che è e ciò che non è inserito nella dimensione relazionale intesa come essenza prima del rapporto obbligatorio"⁹⁰

All'indomani della fondamentale sentenza del 1999, la giurisprudenza di legittimità procederà diacronicamente verso la creazione di quello che, in dottrina, è stato felicemente definito un vero e proprio sottosistema della responsabilità civile, le cui tappe essenziali (senza alcuna pretesa di completezza) possono così sintetizzarsi:

Il contatto sociale (Cass. 589/1999);

La prova dell'inadempimento incolpevole (che grava sul debitore: Cass. ss. uu. 13533/2001);

La prova della colpa grave (che ricade comunque sul medico-debitore: Cass. 11488/04)⁹¹;

Il danno da perdita di chance (Cass. 4400/04; Cass. 21619/07; Cass. 23846/08);

L'inalterazione della situazione pregressa (Cass. 8826/07)⁹²;

Il contratto ad effetti protettivi verso i terzi (Cass. 14488/04 e Cass. 20320/05, con la distinzione tra errore di diagnosi e somministrazione di farmaci e omessa informazione: Cass. 10741/09)⁹³;

La nascita indesiderata da erronea informazione post-intervento di interruzione di gravidanza (Cass. 2793/1999);

La risarcibilità iure proprio della nascita malformata (Cass. 16754/2012)

La vicinanza della prova e la prova evidenziale (Cass.10297/04);

Il consenso informato (tra Cass. 5444/2006; Cass. 2847/010).

La gestione di un sottosistema di responsabilità così concepito (del quale non è dato in questa sede tracciare né approfondire nemmeno le linee essenziali) troverà un primo segnale di arresto con l'emanazione della cd. legge Balduzzi (D.L. 151/2012, convertito il legge 189/2012), foriero di un aspro dibattito giurisprudenziale ben lontano dall'essersi a tutt'oggi sopito.

⁸⁹ Castronovo, op. loco cit.

⁹⁰ Castronovo, cit., p. 89.

⁹¹ Che, a rigore, eccetta la speciale difficoltà dell'intervento avrebbe l'onere di provare quest'ultima circostanza, ma non anche l'assenza di colpa grave, che spetterebbe al danneggiato.

⁹² Si modifica, dunque, lo schema del peggioramento/insorgenza di nuove patologie: "Il risultato "anomalo" o anormale - in ragione dello scostamento da una legge di regolarità causale fondata sull'esperienza - dell'intervento medico-chirurgico, fonte di responsabilità, è da ravvisarsi non solo in presenza di aggravamento dello stato morboso, o in caso di insorgenza di una nuova patologia, ma anche quando l'esito non abbia prodotto il miglioramento costituente oggetto della prestazione cui il medico-specialista è tenuto, producendo invece, conseguenze di carattere fisico e psicologico. (Con riferimento ad intervento routinario di settorinoplastica effettuato in struttura sanitaria pubblica, è cassata la sentenza d'appello che, pur dando atto esserne conseguito un esito di "inalterazione" - e quindi di sostanziale "insuccesso"- sotto il profilo del pieno recupero della funzionalità respiratoria, aveva ciononostante ritenuto la condotta del medico come non integrante ipotesi di responsabilità)

⁹³ Terzi sono ritenuti, rispettivamente, il nascituro e il padre, oltre alla gestante.

La responsabilità del mediatore - Con una recente (e sotto molti aspetti rivoluzionaria) sentenza, la n. 16382 del 14 luglio 2009, la III Sezione della Corte di legittimità ha “riscritto” i caratteri morfologici e funzionali dell’istituto della mediazione, affermando, nell’ordine:

- a) Che la mediazione tipica, disciplinata dagli artt. 1754 e seguenti cod. civ., è **soltanto quella svolta dal mediatore in modo autonomo**, senza essere legato alle parti da alcun vincolo di mandato o di altro tipo, e **non costituisce un negozio giuridico, ma un’attività materiale** dalla quale la legge fa scaturire il diritto alla provvigione. Tuttavia, in virtù del contatto sociale che si crea tra il mediatore professionale e le parti, nella controversia tra essi pendente trovano applicazione le norme sui contratti, con la conseguenza che il mediatore, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare di aver fatto tutto il possibile nell’adempimento degli obblighi di correttezza ed informazione a suo carico, ai sensi dell’art. 1176, secondo comma, cod. civ., e di non aver agito in posizione di mandatario;
- b) Che il conferimento ad un mediatore professionale dell’incarico di reperire un acquirente od un venditore di un immobile **dà vita ad un contratto di mandato e non di mediazione**, essendo quest’ultima incompatibile con qualsiasi vincolo tra il mediatore e le parti, con la conseguenza che, in tale ipotesi, il c.d. “mediatore”: (1) ha l’obbligo, e non la facoltà, di attivarsi per la conclusione dell’affare; (2) può pretendere la provvigione soltanto dalla parte che gli ha conferito l’incarico; (3) è tenuto, quando il mandante sia un consumatore, al rispetto della normativa sui contratti di consumo di cui al d.lgs. n. 206 del 2005; (4) risponde, nel caso di inadempimento dei propri obblighi, a titolo contrattuale nei confronti della parte dalla quale ha ricevuto l’incarico, ed a titolo aquiliano nei confronti dell’altra parte;
- c) Che il mediatore, tanto nell’ipotesi tipica in cui abbia agito in modo autonomo, quanto nell’ipotesi in cui si sia attivato su incarico di una delle parti (c.d. mediazione atipica, la quale, come si è visto, costituisce in realtà un mandato), ha l’obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede e di riferire alle parti le circostanze dell’affare a sua conoscenza, ovvero che avrebbe dovuto conoscere con l’uso della diligenza da lui esigibile. Tra queste ultime rientrano necessariamente, nel caso di mediazione immobiliare, le informazioni sulla eventuale contitolarità del diritto di proprietà in capo a più persone, sull’insolvenza di una delle parti, **sull’esistenza di iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli**, sull’esistenza di prelazioni od opzioni concernenti il bene oggetto della mediazione.

La responsabilità del notaio - Il principio del consenso informato (*rectius*, e più propriamente, “consapevole”), sorto sul terreno della responsabilità medica, è stato esteso dalla giurisprudenza anche alla responsabilità di alte figure professionali. In particolare, per quanto riguarda **l’attività notarile**, è ormai pacifico in giurisprudenza

che tra gli obblighi gravanti sul notaio rilievo primario ha quello di *informare il cliente di qualsiasi circostanza possa essere rilevante per l'utilità e la validità dell'atto*. Tale obbligo si estende alle circostanze, rilevanti per l'utilità dell'atto, della cui esistenza il notaio abbia anche soltanto un sospetto, e persino quando le parti lo abbiano esonerato dalle visure, poiché egli è tenuto comunque all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, 2° comma, c.c. e della buona fede⁹⁴

La responsabilità dell'avvocato: sia pure solo in epoca relativamente recente, la giurisprudenza ha iniziato ad estendere i principi del consenso informato anche all'area della responsabilità dell'avvocato. Secondo il più recente orientamento di buona parte della giurisprudenza di merito, questi ha il preciso dovere, a mente dell'art. 1176, comma 2, c.c., di informare debitamente il cliente sulle conseguenze probabili, o anche solo possibili, delle sue scelte o delle sue condotte, così che “non può dirsi diligente la condotta dell'avvocato che non acquisisca dal cliente un valido consenso informato⁹⁵, obbligo di natura contrattuale, e non già precontrattuale, il cui adempimento va valutato alla luce del combinato disposto dell'art. 1176, comma 2, c.c., che impone l'obbligo di diligenza, e dell'art. 1375 c.c., che impone l'obbligo di buona fede”. Dal combinato disposto di tali norme discenderebbe che il professionista, dinanzi ad un cliente che sia a digiuno delle norme di diritto, ha il preciso dovere di spiegargli compiutamente quali siano le conseguenze delle scelte processuali suggerite o pretese dal cliente stesso: solo una volta che il cliente abbia ricevuto tali informazioni può ritenersi davvero libera ed informata la sua scelta di assumere decisioni in merito alla strategia processuale: nel che propriamente si sostanzia l'attività del *cavere*, tradizionale e risalente appannaggio dell'avvocato.

L'intermediario finanziario – La pronuncia di cui a Cass. ss. uu. 26724/07 traccia le linee guida con riferimento alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cd. "nullità virtuale"), confermando la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne *la nullità*, specificando poi che la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti può essere comunque *fonte di responsabilità*. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, ***la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni*** che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in

⁹⁴ Cass., sez. III, 06-04-2001, n. 5158, in *Vita not.*, 2001, 953; in senso contrario, peraltro, Cass. 12.10.2009 n. 21612, secondo cui qualora il notaio sia stato espressamente esonerato, per concorde volontà delle parti, con una clausola inserita nell'atto pubblico, dallo svolgimento delle attività accessorie e successive, necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti stesse e, in particolare, dal compimento delle cosiddette “visure catastali” e ipotecarie allo scopo di individuare esattamente il bene e verificarne la libertà, deve escludersi la responsabilità del notaio stesso.

⁹⁵ Trib. Roma 13.1.2007, *Ediltes c. Ricci*, inedita; Trib. Roma 5.6.2006, *Giglio c. Gasperini*, inedita; Trib. Roma 8.3.2006, *Mariotti c. Montevidoni*, inedita; Trib. Roma 12.5.2006, *Rosolin c. Pizzuti*, inedita; Trib. Roma 20.7.2005, *Bertini c. Andreuzzi*, inedita; Trib. Roma 2.6.2005, *Cima c. Cammarota*, inedita; Trib. Roma 21.3.2005, *Macchia c. Ariè*, inedita; Trib. Roma 29.3.2005, *Austeri c. Affenita*, inedita.

base all'art. 6 della legge n. 1 del 1991) può dar luogo a **responsabilità precontrattuale**, con conseguenze **risarcitorie**, ove dette violazioni avvengano nella fase **antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione** destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (cd. "**contratto quadro**", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a **responsabilità contrattuale**, ed eventualmente condurre **alla risoluzione** del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso.

La causa concreta – Nell'evoluzione dei principi e dei criteri posti a presidio e limite della responsabilità contrattuale, un ruolo sicuramente rilevante va riconosciuto all'approdo giurisprudenziale che espressamente e consapevolmente discorre di causa negoziale in termini *di funzione economico-individuale del negozio*⁹⁶.

Si legge, difatti, nella motivazione di *Cass. 10490/06* che per causa del contratto deve intendersi lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato⁹⁷, mentre, nello stesso ordine di idee e di pensiero, *Cass. 26958/07*, affrontando il tema sul piano non più soltanto genetico, ma del rapporto, scriverà che la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 cod. civ., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbligatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile

⁹⁶ In argomento, attesa la evidente impossibilità di indicazione di una completa bibliografia, per tutti, Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966, e, dello stesso autore, *Il negozio giuridico*, Padova 2004, p. 123.

⁹⁷ Nel formulare ed applicare il principio di diritto della causa concreta, la S.C. considerò privo di causa, e conseguentemente viziato di nullità, un contratto concernente un'attività di consulenza avente ad oggetto la valutazione di progetti industriali e di acquisizione di azienda intercorso tra una società di consulenza, che ne aveva contrattualmente assunto l'incarico, e un soggetto che la stessa attività «già simmetricamente e specularmente» svolgeva in adempimento delle proprie incombenze di amministratore della medesima società conferente.

In uno dei primi commenti alla sentenza, F. ROLFI (*Corr. Giur. 2006*) scriverà che "Il decennio 1995 - 2005 ha visto l'affermarsi di grandi svolte giurisprudenziali. Si pensi al definitivo superamento del dogma dell'irrisarcibilità del danno per lesione ad un interesse legittimo. Si pensi, ancora, alla profonda trasformazione (o stravolgimento) che ha interessato l'area del danno non patrimoniale. In un simile quadro di vero e proprio sommovimento, la vecchia concezione bettiana della causa come funzione economico sociale del contratto sembrava resistere, incrollabile, nonostante gli oltre sessant'anni di una vita, peraltro travagliata, vista la costante critica che a quella visione era stata mossa da voci autorevolissime. Sembrava, perché, forse (il condizionale è d'obbligo), la sentenza in commento, toccando uno dei pochi dogmi giurisprudenziali rimasti, ed anzi uno dei più apparentemente intoccabili, ha dato l'inizio ad una revisione della visione tradizionale, e all'affermarsi di una nuova concezione, più articolata, concreta e (aggettivo forse abusato, ma stavolta appropriato) finalmente moderna".

al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione. (Nella fattispecie, relativa ad un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno, la S.C., enunciando il riportato principio, ha confermato la sentenza di merito con cui era stato dichiarato risolto il contratto per impossibilità sopravvenuta invocata dal cliente ed ha condannato l'albergatore a restituire quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera).

LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE⁹⁸

La ragioni del rinnovato interesse e della rinnovata attualità della responsabilità civile posta al confine tra contratto e torto (che si colloca nel più ampio processo di valorizzazione del diritto dei rimedi) sono, oggi, dovute al rinnovato interesse per vicende sempre più attentamente scandagliate dalla giurisprudenza di legittimità e di merito: la responsabilità *per mancata conclusione del contratto*, quella *per la conclusione di un contratto invalido o inefficace*, quella, infine, *per violazione di un obbligo di informazione*.⁹⁹

Discorso a se merita il tema *del recesso ingiustificato dalla trattativa*, che, secondo alcuni autori, dovrebbe essere limitato alle condotte più gravi¹⁰⁰, secondo altri dovrebbe essere applicata fino a consentire alla parte incolpevole il risarcimento commisurato addirittura al proprio interesse positivo¹⁰¹.

Dibattuto, sul piano morfologico, è tutt'ora il tema *della natura della responsabilità precontrattuale*: se da un canto l'art. 2043 consente di discorrerne in termini di extracontrattualità, è pur vero che il principio della atipicità delle fonti dell'obbligazione rende "aperta" la soluzione in entrambe le direzioni¹⁰².

Il problema, che si pone soprattutto ai fini prescrizionali, potrebbe tra breve divenire inattuale, attesa la tendenza di tutti gli ordinamenti europei, e di quello sovranazionale, a non differenziare più tra i vari tipi di prescrizione. In questo caso, la questione diverrebbe "soltanto una questione di gusto"¹⁰³, anche se resta aperto il tema dell'applicabilità dell'art. 1225 c.c. sulla limitazione del risarcimento alla prevedibilità del danno.

⁹⁸ In argomento, *funditus*, AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008.

⁹⁹ La nascita di uno studio sistematico della responsabilità precontrattuale si fa coincidere con il lavoro di G. FAGGELLA, *Dei periodo precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica*, Napoli, 1906.

¹⁰⁰ BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*. In Germania, l'istituto è stato oggetto di codificazione (§311 BGB) in occasione della recente riforma del diritto delle obbligazioni.

¹⁰¹ GALLO, *La responsabilità precontrattuale: il quantum*, *Riv. Dir. Civ.* 2004, I, 492.

¹⁰² Nel senso che la responsabilità precontrattuale abbia natura autonoma e costituisca un *tertium genus*, SACCO, *Culpa in contraendo e culpa aquliana*, in *Riv. Dir. Comm.* 1951, II, 86.

¹⁰³ BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953.

La giurisprudenza di legittimità pare quasi unanimemente attestata sul fronte della extracontrattualità¹⁰⁴, e la stessa corte di Giustizia¹⁰⁵ ne ha affermato la natura extracontrattuale in ipotesi di recesso ingiustificato dalla trattativa¹⁰⁶.

Dal suo canto, la stessa giurisprudenza domestica si è occupata a più riprese dell'istituto con riguardo al recesso ingiustificato dalla trattativa, individuandone tre presupposti:

- a) la mancanza di una giusta causa di recesso;
- b) la ragionevolezza o meritevolezza dell'affidamento della controparte;
- c) la prova di un danno risarcibile.

L'idea che questo tipo di responsabilità sia fondato *sulla colpevolezza del recedente* (*culpa in contraendo*) è apparsa, ad una più attenta analisi, non del tutto appagante¹⁰⁷, ritenendosi più opportuno distinguere la responsabilità da recesso ingiustificato, di tipo oggettivo, da quella per fallimento della trattativa, fondata, viceversa, sulla presenza di dolo o di colpa¹⁰⁸.

La responsabilità per fallimento della trattativa opera durante tutta la sua fase e, fondandosi sulla prova del dolo o della colpa, ha la funzione di scoraggiare condotte illecite o maliziose, restando irrilevanti, per converso, comportamenti non caratterizzati da tale elemento soggettivo, poiché, in tal caso, ciascuna parte agisce a proprio rischio¹⁰⁹.

La responsabilità oggettiva per recesso ingiustificato opera invece, sul piano oggettivo, nel più limitato campo della ormai avvenuta determinazione di tutti gli elementi essenziali del futuro contratto, quando, cioè si sia raggiunto la certezza pratica della sua realizzazione (quando, cioè la fase della trattativa vera e propria si sia ormai esaurita), onde la ristrettezza del suo campo di applicazione (oltre che la sua

¹⁰⁴ Cass. 15040/04: la responsabilità precontrattuale derivante dalla violazione della regola di condotta posta dall'art. 1337 cod. civ. a tutela del corretto dipanarsi dell'iter formativo del negozio costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, cui vanno applicate le relative regole in tema di distribuzione dell'onere della prova. Ne consegue che, qualora gli estremi del comportamento illecito siano integrati (come nella specie) dal recesso ingiustificato di una parte (in un contesto connotato dall'affidamento dell'altra parte nella conclusione del contratto), grava non su chi recede la prova che il proprio comportamento corrisponde ai canoni di buona fede e correttezza, ma incombe, viceversa, sull'altra parte l'onere di dimostrare che il recesso esula dai limiti della buona fede e correttezza postulati dalla norma "de qua".

¹⁰⁵ In causa 334/00 del 17.9.2002, Tacconi.

¹⁰⁶ Sostiene invece la natura contrattuale della responsabilità AFFERNI, cit., sviluppando la tesi del contatto sociale, con conseguente applicazione della norma sulla prevedibilità del danno e di quella sulla prescrizione decennale.

¹⁰⁷ Cfr. Cass. 9157/1995: La responsabilità precontrattuale, configurabile per la violazione del precetto posto dall'art. 1337 cod. civ. - a norma del quale le parti, nello svolgimento delle trattative contrattuali, debbono comportarsi secondo buona fede - costituisce una forma di responsabilità extracontrattuale, che si riconnette alla violazione della regola di condotta stabilita a tutela del corretto svolgimento dell'iter di formazione del contratto, cosicché la sua sussistenza, la risarcibilità del danno e la valutazione di quest'ultimo devono essere vagliati alla stregua degli artt. 2043 e 2056, tenendo, peraltro conto delle caratteristiche tipiche dell'illecito in questione. Ne consegue che - essendo l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043, quale componente necessaria del fatto illecito, implicito nella violazione dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, quanto meno sotto il profilo della colpa -, una volta accertato l'obiettivo contrasto tra il comportamento dell'agente e l'obbligo di correttezza imposto dall'art. 1337, non occorre, per l'accertamento della responsabilità precontrattuale, la verifica di un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente, perché sussista l'elemento psicologico necessario ex art. 2043

¹⁰⁸ PATTI, che non riconosce, peraltro, natura oggettiva alla prima delle due forme. AFFERNI, cit.

¹⁰⁹ Cass. 15040/04: Non è legittimamente configurabile un'ipotesi di responsabilità precontrattuale tutte le volte in cui la rottura delle trattative e la mancata conclusione del contratto siano state in anticipo programmate, e costituiscano, pertanto, l'esercizio di una facoltà legittima da parte del recedente.

rigorosa limitazione all'interesse negativo) bilancia l'oggettività della regola operativa.

IL DANNO NON PATRIMONIALE DA INADEMPIMENTO¹¹⁰

1) Premessa - Il danno non patrimoniale contrattuale (che meglio andrebbe definito "da inadempimento", dacché scaturente dal mancato rispetto di un preesistente rapporto obbligatorio intercorrente tra le parti) è ormai destinato, dopo la sentenza 26972/08 delle sezioni unite della corte di cassazione, a calcare le scene della responsabilità civile con effetti potenzialmente non meno rilevanti di quelli che, dal 2003 ad oggi, hanno caratterizzato il danno extracontrattuale alla persona.

Ripercorrere tappe di percorsi ormai storici del danno non patrimoniale offre, all'uopo, utili spunti di riflessione sulla questione del risarcimento del danno da inadempimento, essendosi ormai compiutamente delineata la nozione di danno non patrimoniale risarcibile, ed essendosi ormai riconosciuto pieno diritto di cittadinanza alla fattispecie al massimo livello giurisprudenziale.

2) La tesi contraria - Va in premessa ricordato come la legittimità di un risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento sia stata, in passato, quasi concordemente negata in dottrina e in giurisprudenza¹¹¹, facendo leva sulla *natura patrimoniale della prestazione*, sulla *patrimonialità degli interessi* scaturenti dal contratto ex art. 1321 c.c.¹¹², sulla regola della *irrisarcibilità dei danni imprevedibili*. L'insuperabile ostacolo della natura patrimoniale della prestazione¹¹³ così come sancita dall'art. 1321, sarebbe stata ulteriormente confermata, secondo l'orientamento tradizionale, dalla limitazione della *tipologia* del risarcimento, ex art. 1223, al danno emergente e al lucro cessante.¹¹⁴ Dal suo canto, l'art. 2059 c.c. – unica disposizione espressa del nostro ordinamento funzionale a disciplinare le ipotesi di danno non patrimoniale – non sarebbe apparsa idonea a fondare una vera e propria teoria del danno non patrimoniale contrattuale attesa la sua stessa *sedes materiae*, mancando una relazione biunivoca di richiamo delle norme risarcitorie in ambito contrattuale analoga a quella di cui all'art. 2056.

Alla dottrina tradizionale che escludeva *tout court*, in ragione di tale interpretazione di tipo sistematico, la risarcibilità di tale danno si affiancava poi (in epoca anteriore, peraltro, al 2003) quella, meno restrittiva, che circoscriveva alle sole ipotesi di

¹¹⁰ In argomento, *funditus*, si veda l'approfondita analisi di V. TOMARCHIO, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento*, in *Corriere del merito* 1/2008 (Rassegna monotematica), pp. 5 ss.

¹¹¹ In tal senso, *ex aliis*, Cass. 19769/2003; 1307/2000; 473/1989; Cass. ss. uu. 2981/1984.

¹¹² Sotto il vigore del codice abrogato, CHIRONI, *La colpa contrattuale*, Torino 1897.

¹¹³ Così CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno – la colpa contrattuale*, Torino 1897, 567.

¹¹⁴ La più volte ricordata riforma dello *Schuldrecht* ha introdotto, in Germania, *una disciplina unitaria per i danni*, patrimoniali e non patrimoniali, derivanti tanto da responsabilità contrattuale che da illecito aquiliano: *amplius*, CIAN, *La riforma del BGB in materia di danno immateriale e di imputabilità dell'atto illecito*, in *Riv. Dir. civ.* 2003, I, 125.

*inadempimento-reato*¹¹⁵ le possibilità di risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale.¹¹⁶

Merito di tale orientamento più restrittivo è stato peraltro quello – che torna oggi di grande attualità – di aver segnalato *una esigenza di coerenza interna al sistema*, in quanto il riconoscimento della risarcibilità del danno da inadempimento avrebbe condotto ad una maggiore estensione di tale area rispetto a quella del danno non patrimoniale (ancora vincolato alla riserva di legge ex 185 c.p.): non poteva, difatti, concepirsi che l’ordinamento riconoscesse illimitata risarcibilità al danno contrattuale rispetto alla più grave fattispecie di illecito aquiliano.

3) La tesi del cumulo – Il problema è stato a lungo aggirato dalla giurisprudenza ricorrendo alla teoria *del concorso* tra azione contrattuale ed extracontrattuale, estendendo un orientamento formatosi essenzialmente in materia di trasporto e di lavoro¹¹⁷, anche se la più attenta dottrina si è dichiarata contraria alla teoria del cumulo, ritenendola “difficile da giustificare sul piano dogmatico”, ed oggi sostanzialmente ripudiata dopo l’intervento dell’11 novembre 2008 delle sezioni unite della Cassazione sul danno non patrimoniale.

In realtà, la teoria del cumulo non diverge nella sostanza dalla teoria negatrice, in quanto collega pur sempre all’art. 2059 c.c. il presupposto della risarcibilità, collocandolo, in definitiva, in area extracontrattuale sia sotto il profilo morfologico che funzionale.

4) La tesi favorevole - Essa prende le mosse dalla nuova lettura, svincolata dai limiti di legge, che la Corte di cassazione e la Corte costituzionale hanno operato, nel 2003, della fattispecie del danno non patrimoniale. Da quella interpretazione nascerebbe, dunque, una esigenza di coerenza interna dell’intero sistema risarcitorio del danno non patrimoniale, poiché l’orientamento volto a sanzionare la lesione di *interessi/valori costituzionalmente protetti* non potrebbe trovare ostacolo *nella fonte* (contrattuale o extracontrattuale, ma comunque soltanto legislativa) generatrice del *vulnus* lamentato.¹¹⁸ La norma in parola avrebbe pertanto assunto il ruolo di disposizione di chiusura del sistema, generalmente applicabile a tutte le fattispecie di danno non patrimoniale,¹¹⁹ - anche se, in senso contrario, non si è mancato di osservare che il legislatore, con l’art. 2059, ha voluto espressamente riferirsi ai soli

¹¹⁵ Distinguendo, in proposito, tra “reati-contratto” e “reati in contratto”: LIBERATI, *I reati-contratto e in contratto*, Roma, 1998

¹¹⁶ BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, 215; ZENO ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, Milano 1984, 116; ID., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. Dir. comm.* 1987, 77; BUSNELLI, *Interesse della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1996, 1 ss; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. Dir. civ.* 1957, I, 313; CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale da vacanze rovinare*, *ivi.* 2007, 5, 639, secondo il quale la regola generale della irrisarcibilità dei danni in parola sarebbe legata alla irrisarcibilità dei danni imprevedibili.

¹¹⁷ Cass. ss. uu. 8459/1995 e 4441/1987

¹¹⁸ FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2004; NAVARRETTA-POLETTI, *I danni non patrimoniali*, Milano 2004, 59 ss.; PETTI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale e patrimoniale*, Torino 1999. Sotto il vigore del codice abrogato, in dottrina, DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. Dir. civ.* 1933, 53., e, in giurisprudenza, Trib. Milano 12.6.1909, in *Giur. it.* 1909, I, 1, 583, per una fattispecie di responsabilità di una clinica ritenuta colpevole del suicidio di un paziente con ritardo mentale e conseguente liquidazione dei danni morali alla famiglia sul presupposto della prevedibilità del danno.

¹¹⁹ DE CUPIS, *Il danno*, Milano, 1979, I, 127; RUSSO, *Concorso dell’azione aquiliana e contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.* 1950, 971, NAVARRETTA-POLETTI, cit., 64

danni aquiliani, così che la norma, nella sua nuova interpretazione, potrebbe valere soltanto come riferimento indiretto di una nuova tendenza ad ampliare per quanto possibile la tutela delle situazioni giuridiche non patrimoniali, mentre l'individuazione del referente normativo diretto del principio della risarcibilità del danno contrattuale andrebbe cercato altrove.

La ricerca degli indici normativi approda così al disposto dell'art. 1174 c.c., che discorre di interesse (*anche*) *non patrimoniale* del creditore,¹²⁰ da interpretarsi in senso evolutivo (non v'è dubbio che la sua interpretazione soltanto storica condurrebbe a risultati diversi) nel senso che l'inadempimento di una prestazione patrimoniale può riverberarsi anche su interessi del creditore non suscettibili di valutazione economica.

La rilevanza di tale categoria di interessi deve essere, peraltro, sempre subordinata alla circostanza che essi abbiano influito sulla stipulazione negoziale e sulla relativa determinazione contenutistica,¹²¹ onde essere ricompresi nella sfera "di protezione" costituita dagli obblighi accessori da eseguirsi secondo buona fede, alla luce di un'indagine ermeneutica da compiersi caso per caso, con gli strumenti offerti dall'istituto della presupposizione o, meglio ancora, della causa concreta.¹²² Occorre, cioè, che gli interessi patrimoniali attengano all'*an* della stipulazione, e non siano rimasti confinati nella sfera dei motivi individuali.

La delimitazione dell'ambito di risarcibilità dei danni non patrimoniali contrattuali diviene allora un problema *di prevedibilità* di tali danni al momento del sorgere del rapporto obbligatorio ai sensi del combinato disposto degli artt. 1225 e 1174 c.c.

L'attenzione si sposta allora sulla norma di cui *all'art. 1218*, e sulla necessità di una interpretazione "parallela", nell'orientamento costituzionale, a quella compiuta per l'art. 2059. Nell'art. 1218, difatti, non si rinviene alcuna limitazione circa la natura del danno risarcibile, anche se l'originaria formulazione della disposizione interpretata sul piano storico indurrebbe a ritenere il mancato guadagno e la perdita riferibile, nell'intento del codificatore, al solo danno patrimoniale.¹²³ La lettura "combinata" di questa norma con l'art. 1223 e con l'art. 1174 consente, peraltro, di ritenere che il concetto di "perdita" sia oggi idoneo a ricomprendere non soltanto il danno patrimoniale, per effetto del perdurante processo di "personalizzazione" del diritto privato¹²⁴.

Ulteriore sforzo di interpretazione costituzionalmente orientata viene ancora rivolta al disposto *dell'art. 1453 c.c.* che, nell'attribuire al contraente non-inadempiente, oltre alla facoltà di risoluzione del contratto, il diritto al risarcimento del danno, non specifica, a sua volta, alcuna tipologia di danno risarcibile, e non esclude la risarcibilità quando al mancato appagamento dell'interesse patrimoniale alla

¹²⁰ In argomento, *funditus*, CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in *Riv. Dir. civ.* 1968, 201 ss.; MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele*, Torino 2002, 470.

¹²¹ COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, *Riv. Crit. Dir. priv.* 1987, 128, secondo cui, non potendo applicarsi l'art. 2059 c.c., l'individuazione dei limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento deve fondarsi sulle stesse norme dettate in materia di obbligazioni.

¹²² SAPIO, *Lesione della sfera psico-affettiva emotiva e responsabilità contrattuale*, *Giust. civ.* 1998, 2043 ss.

¹²³ In argomento, *funditus*, BONILINI, cit. 231, che critica la mentalità patrimonialistica che permea molte delle indagini esegetiche delle norme.

¹²⁴ DI MARZIO, *Appunti in tema di locazione e danno esistenziale*, Milano, 2004.

prestazione si sia sovrapposto *il peggioramento della sua condizione esistenziale*, la sua sofferenza morale, la lesione della sua integrità psico-fisica, il deterioramento nella sfera reddituale rispetto alla situazione prefigurabile al momento della conclusione del contratto¹²⁵.

L'inapplicabilità in via analogica della norma di cui all'art. 2059 c.c. avrebbe potuto così condurre ad estendere il raggio dei danni risarcibili *oltre i limiti della riserva di legge* in essa contenuti, onde ricomprendere, insieme con i diritti inviolabili costituzionalmente protetti, tutti quegli *interessi e valori inerenti alla persona del creditore meritevoli di tutela in quanto iscritti nell'orbita della causa del contratto*. Così non è stato, avendo la sentenza 26972/2008 adottato un criterio ben più restrittivo dell'area del danno risarcibile, sostanzialmente trasponendo l'art. 2059 c.c., nella sua ultima e più circoscritta interpretazione, nell'area del danno contrattuale.

Il problema dei limiti alla risarcibilità, di converso, gravitando nell'orbita delle regole, tutte interne al pianeta contrattuale, di cui agli artt. **1174, 1223, 1225, 1227** c.c., avrebbe potuto aver riguardo in particolare *alla prevedibilità* del danno: a volte con riferimento all'oggetto della prestazione (il contratto di viaggio), a volte alla sua finalità (la custodia scolastica), a volte alla diligenza richiesta (la prestazione diagnostica), sostenendosi che, fin dalla conclusione del contratto, entrambe le parti sono consapevoli della incidenza dell'inadempimento nella sfera non patrimoniale del creditore: regole di causalità, di colpa e di prevedibilità avrebbero potuto concorrere a creare un sistema "chiuso" di danno non patrimoniale contrattuale.

Né può trascurarsi di considerare, infine, in un panorama di diritto sovranazionale, che i recenti progetti di diritto europeo dei contratti sono espliciti nel riconoscere la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale nello specifico contesto contrattuale.¹²⁶

5) Le singole fattispecie:

a) Il lavoro – L'art. 2087 e l'art. 2103 hanno tipizzato gli illeciti datoriali: casi di risarcimento sono stati attualmente individuati nel *mobbing*¹²⁷/*bossing*¹²⁸, nel *demansionamento/dequalificazione*¹²⁹; nella *violazione del diritto al riposo settimanale e annuale*¹³⁰; nel *lavoro notturno*¹³¹; nel *trasferimento e licenziamento*

¹²⁵ TOMORCHIO, cit. 18. Le osservazioni sono, ovviamente, precedenti alla sentenza 26972/08.

¹²⁶ L'art. 9.501 dei principi di diritto europeo dei contratti stabilisce che il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende: a) il danno non patrimoniale; b) il danno futuro ragionevolmente prevedibile. A mente dell'art. 7.4.2 dei principi Unidroit, il danno "può essere di natura non pecuniaria e comprendere *la sofferenza fisica e morale*. In argomento, *funditus*, SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale – Il contratto e le tutele*, cit. 467.

¹²⁷ Inteso come maltrattamenti sul lavoro consistenti in condotte vessatorie reiterate e durature, individuali o collettive, di natura orizzontale (tra colleghi) o verticale (dai superiori): individua una fattispecie di vero e proprio danno biologico da mobbing inteso come sintomatologia psico-somatica che arriva pregiudicare le condizioni di salute Cass. 8438/2004.

¹²⁸ Che consiste nella strategia aziendale adottata dal datore di lavoro finalizzata a provocare le dimissioni del lavoratore.

¹²⁹ Ritenuti in violazione dell'art. 2103 c.c. (il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto) da Cass. 12705/1995, 6856/2001, 11045/2004 e da Corte cost. 113/2004, letto in combinato disposto con gli artt. 1 e 2 Cost. E' in relazione al danno da demansionamento che le sezioni unite nel 2006 operarono un formale riconoscimento del danno esistenziale

¹³⁰ Cass. 12763/1998, 9009/2001; Cass. 2569/2001

¹³¹ Cass. 9353/2005 che ha riconosciuto il risarcimento del danno biologico e morale ad un lavoratore ammalatosi di una patologia neurologica

*illegittimo*¹³²; nell'illecita *irrogazione o contestazione di sanzioni disciplinari*; nelle *molestie sessuali*

b) Gli insegnanti – Il danno cagionato dall'alunno a sé stesso, inquadrato nell'ambito contrattuale da contatto sociale dalle sezioni unite della S.C. a composizione di un contrasto di giurisprudenza¹³³, viene ritenuto risarcibile anche sul piano non patrimoniale.

c) La P.A. – anche la responsabilità della P.A., dopo la legge 241/1990, è stata definita da contatto sociale con riferimento alla sua attività provvedimentale nell'ambito di un procedimento amministrativo.¹³⁴

d) La vacanza rovinata – La sentenza C/168-2000 del 12.3.2002 ha stabilito che “il consumatore ha diritto al risarcimento anche del danno morale derivante dall'inadempimento o dalla cattiva esecuzione delle prestazioni da viaggio tutto compreso”, che trova un fondamento normativo nell'art. 13 del D.lgs. 111/1995, oggi trasfuso nell'art. 92 del codice del consumatore, ove si legge che “deve essere risarcito ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto”¹³⁵

Giacomo Travaglino

¹³² Cass. 9530/2002.

¹³³ Cass. ss. uu. 9346/2002, Cass. 8067/2007.

¹³⁴ Cons Stato 1945/2003 (ma l'orientamento non è univoco); Cass. 157/2003.

¹³⁵ Il primo riconoscimento in Italia si ebbe nel 1989, con la sentenza del 6 ottobre del tribunale di Roma. Di recente, Trib. Roma 26.11.2003.