

rivista di diritto privato

2 anno XXII - aprile/giugno 2017

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserochi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

Comitato scientifico: Giorgio De Nova,

Enrico Gabrielli, Natalino Irti, Pietro Rescigno,

Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore: Giorgio De Nova

Condirettori: Mario Cicala, Enrico Gabrielli,

Luigi Augusto Miserocchi, Vincenzo Roppo,

Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci, Giuseppe Vettori

Comitato editoriale: Pietro Abbadessa, Fabio Addis,

Giuseppe Amadio, Franco Anelli, Ciro Caccavale,

Cristina Campiglio, Paolo Carbone, Angelo Chianale,

Massimo Confortini, Giovanni D'Amico,

Francesco Delfini, Massimo Di Rienzo,

Enrico del Prato, Valerio Di Gravio, Fabrizio di Marzio,

Aldo Angelo Dolmetta, Andrea Fusaro, Gregorio Gitti,

Carlo Ibba, Giancarlo Laurini, Raffaele Lener,

Francesco Macario, Vincenzo Meli, Massimo Miola,

Mario Notari, Giacomo Obertero, Gustavo Olivieri,

Mauro Orlandi, Fabio Padovini, Paolo Pardolesi,

Andrea Pisani Massamormile, Giuseppe B. Portale,

Renato Rordorf, Luigi Salvato, Giuseppe Santoni,

Davide Sarti, Michele Sesta, Michele Tamponi,

Federico Tassinari, Marco Tatarano, Gian Roberto Villa,

Fabrizio Volpe, Massimo Zaccheo, Atilio Zimatore,

Andrea Zoppini

Redazione: Adriana Addante, Claudia Morgana Cascione,
Marco Nicolai

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa

del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione in

abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv. in L. 27

febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti: Gli abbonamenti hanno durata annuale e si rinnovano automaticamente per l'anno successivo se non disdetta entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. –
Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,

Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/5214220, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel data base informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri", "Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi delle professioni" sono assoggettati alla procedura di referaggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato Scientifico.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

rivista di diritto privato

2017

Comitato scientifico

Giorgio De Nova
Enrico Gabrielli
Natalino Irti
Pietro Rescigno
Piero Schlesinger
Paolo Spada
Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 2/2017

Saggi e pareri

Gli effetti del contratto nella riforma del Code civil francese <i>di Andrea Fusaro</i>	7
Autoritarismo e interpretazione degenerata della legge <i>di Roberto Calvo</i>	27
Consensualismo e trascrizione <i>di Cristiano Cicero</i>	35
Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale <i>ex art.</i> 2932 c.c. <i>di Alberto Venturelli</i>	57
Riflessioni sulla responsabilità da prodotto difettoso in chiave di analisi economica del diritto <i>di Paolo Pardolesi</i>	87
Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): trasparenza ed adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento <i>di Irene Coppola</i>	113
La causa del contratto di rete: funzione economica e profili di tutela <i>di Francesco Scarongella</i>	127



Saggi e pareri



Gli effetti del contratto nella riforma del Code civil francese

di Andrea Fusaro*

SOMMARIO: A. L'Ordonnance 2016- 131. – 1. Ancora un intervento sul Code civil. – 2. Le novità. – 3. La soppressione della causa. – 4. La nuova disciplina degli effetti del contratto. – 4.1. La forza obbligatoria. – 4.2. L'efficacia reale. – 5. L'introduzione di una disciplina della rappresentanza. – B. Contratto e terzi. – 6.1. Le interferenze nella formazione. – 6.2. Gli effetti verso i terzi. – 6.3. La conclusione per altri, ossia il contratto a favore del terzo. – C. La rappresentanza. – D. Contratto e terzi nel Code civil riformato.

A. La riforma della disciplina dei contratti e del regime generale della prova delle obbligazioni¹ prosegue l'ammmodernamento del Code civil, avviato nel terzo millen-

* Professore ordinario di diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Genova.

¹ L'Ordonnance 10 febbraio 2016, n. 2016-131, è stata pubblicata sul *Journal Officiel* l'11 febbraio 2016; l'entrata in vigore è stata differita al primo ottobre 2016, subordinatamente alla ratifica dal Parlamento entro sei mesi. Essa si applica ai contratti conclusi dal primo ottobre 2016; quelli anteriori restano disciplinati dalle norme precedenti, salvo per le disposizioni relative alle azioni interrogatorie. Sui tempi di entrata in vigore si segnalano le notazioni di GAUDEMET, *Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février*, in *Sem. Jur.*, 2006, n. 19, 958 ss.. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, reperibile all'indirizzo <http://www.scienze giuridiche.uniroma1.it/sites/default/files/docenti/alpa/note-progetto-fr-riforma-dircontratti.pdf>, fornisce un'utile sintesi dei lavori preparatori, informando che "L'iter del testo che è oggetto dell'ordonnance è iniziato nel 2004, ad opera della Commissione presieduta da Pierre Catala, di cui v. il *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil)*. Accantonato quel progetto, una nuova Commissione presieduta da François Terré ha predisposto un altro testo, che Terré ed altri autori hanno commentato in tre volumi (*Pour une réforme du droit des contrats*, Parigi, 2008; *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Parigi, 2011; *Pour une réforme du régime général des obligations*, Parigi, 2013), tutti pubblicati a Parigi. È stata poi composta una nuova versione, a cura del Ministero della Giustizia, che è frutto sempre della supervisione di François Terré. In tempi molto brevi dunque si è pervenuti alla redazione di un testo sottoposto quindi alla Commissione mista paritaria che ha depositato un Rapporto il 13 maggio 2014. L'Assemblea ha riesaminato il testo e, dopo altre audizioni, lo ha approvato il 30 ottobre 2014. Dopo un'altra lettura del Senato si è approvato il testo della legge n. 2015-177 che ha affidato al Governo il potere di modificare il Code civil anche nella parte relativa a contratti, obbligazioni e prove, e ciò mediante ordonnance". Dello stesso Guido Alpa si segnala il lavoro, pubblicato nel 2016, intitolato *Sulla riforma del diritto dei contratti in Francia: una lettura sinottica del Projet e della Ordonnance*, in *Giustizia civile.com*. Sull'Avant-projet Catala va menzionato il volume di CARTWRIGHT, VOGENAUER, WHITTAKER, *Reforming the French Law of Obligations Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (the Avant-projet Catala)*, Oxford, 2009.

nio, incidendo su molti fronti: diritto successorio e delle liberalità in generale², divorzio³, filiazione⁴, incapacità⁵, matrimonio⁶, garanzie⁷, prescrizione⁸, introduzione della fiducia⁹. L'Ordonnance 2016- 131 si colloca nell'ambito degli interventi prefigurati dalla legge¹⁰ che ha delegato il governo ad adottare misure per la modernizzazione e semplificazione di regole sostanziali e processuali¹¹. In precedenza queste disposizioni non avevano subito modifiche, se non nel 1975 circa la clausola penale e nel 2002 per introdurre la disciplina della conclusione in forma elettronica¹².

Il provvedimento richiama alla mente la Schuldrechtsmodernisierung¹³, la quale precedette di un solo anno l'avvio del piano francese¹⁴ e che, oggetto di tanta attenzione anche oltre i confini tedeschi¹⁵, sembra averne rappresentato uno spunto, ve-

² Con la Loi 3 dicembre 2001, n. 2001-1135, pubblicata sul *Journal Officiel* del 3 dicembre 2001 e la Loi 23 giugno 2006, n. 2006-728, in *Journal Officiel* n. 145 del 24 giugno 2006, 9513. Di entrambe avevo dato conto nel saggio *L'espansione dell'autonomia privata in ambito successorio nei recenti interventi legislativi francesi ed italiani*, in *Contr. Impr. Europa*, 2009, fasc.1, 427 ss.

³ Loi n. 2004-439 del 26 maggio 2004.

⁴ Ordonnance n. 2005-759 del 4 luglio 2005 e Loi n.2009-61 del 16 gennaio 2009, cui ho accennato in *I diritti successorii dei figli: modelli europei e proposte di riforma a confronto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2012, n. 12, 747.

⁵ Loi n. 2007-308 del 3 marzo 2007.

⁶ Loi n. 2013- 404 del 17 maggio 2013.

⁷ Ordonnance n. 2006-346 del 23 marzo 2006. Rinvio ancora a un mio saggio: *Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: Euroipoteca e ipoteca ricaricabile*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 553 ss.

⁸ Loi n. 2008-5671 del 17 giugno 2008.

⁹ Con la Loi 2007-211 del 19 febbraio 2007 "instituant la fiducie", in *JORF* n. 44 del 21 febbraio 2007, 3052, testo n. 3, poi estesa alle persone fisiche dalla Loi de modernisation de l'économie 4 agosto 2008, cui ha fatto seguito l'Ordonnance n. 2009 – 112 del 30 gennaio 2009.

¹⁰ Loi n. 2015-177 del 16 febbraio 2015. In tema si rinvia a MOLFESSIS, *Droit des contrats: l'heure de la réforme*, in *JCP*, 2015, 199.

¹¹ In questa sede ha trovato spazio l'abolizione delle azioni possessorie, che erano state inserite nel Code Napoléon da una legge del 1975, a suo tempo studiata da GUARNERI, *Una legge francese sulle azioni possessorie*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 303 e ss.

¹² In concomitanza ha visto la luce la modifica del codice del consumo, delegata dalla Loi Chatel II, n. 2008-3 del 3 gennaio 2008 e dalla Loi Lagarde n. 2010-737 del primo luglio 2010, di cui si segnala il resoconto di SAUPHANOR-BROUILLAUD e AUBRY, *Recodification du droit de la consommation. A' propos de l'ordonnance n. 2016-301 du 14 mars 2016*, in *Sem. Jur.*, 2016, n. 14, 666.

¹³ *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* del 26 Novembre 2001. In proposito il lettore italiano dispone di una bibliografia abbondante e qualificata: CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, a cura di De Cristofaro, Padova, 2003; A.A. V.V., *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. Cian, Padova, 2004; A. DIURNI, P. KINDLER, *Il codice civile tedesco «modernizzato»*, Torino, 2004.

¹⁴ Come già osservato da molti, tra cui COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'ordonnance n.131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. Impr. Europa*, 2016, 1, 311 ss.

¹⁵ In tema è reperibile una bibliografia sterminata in lingua tedesca, nonché numerosi pregevoli contributi pubblicati in italiano, tra cui si segnala ZIMMERMANN, *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*, in *Contr. Impr. Europa*, 2004, 625 ss.

nuto a far corpo con l'insoddisfazione verso un testo tanto datato¹⁶ e con l'aspirazione a promuovere il codice interno sulla scena internazionale¹⁷.

1. Tra i primi commentatori non si registra concordia circa l'individuazione della filosofia della novella¹⁸: vi è stato ravvisato un compromesso ispirato dai progetti Catala e Terré, nonché dai Principi europei del contratto e si è osservato che il risultato appare mediare, per un verso, tra il liberalismo (con la soppressione della causa) e un socialismo temperato (con la disciplina delle clausole abusive e dell'abuso di dipendenza economica, misure tuttavia volte alla tutela del corretto funzionamento del mercato)¹⁹; per altro, tra le preoccupazioni di speditezza (recesso, iniziative unilaterali, semplificazione della cessione del credito) e quelle di equilibrio (il regime dell'imprevisto)²⁰.

Nell'ambito delle direttrici della riforma si è segnalato l'auspicato ridimensionamento del ricorso ai rimedi giudiziari²¹, enunciato attraverso l'indicazione dell'obiettivo di «prevenire il contenzioso o risolverlo senza fare necessariamente ricorso al giudice»²², in linea con una tendenza più diffusa²³. La distribuzione della materia

¹⁶ Come sottolineato, tra gli altri, da MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 432.

¹⁷ Aspetti ampiamente illustrati dalla dottrina francese: MOLFESSIS, *Droit des contrats: Que vive la reforme*, in *Sem. Jur.*, 2016, n. 7, 321; DISSAUX, JAMIN, *Projet de Reforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Parigi, 2016. Si veda altresì il *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (Texte n°25) NOR: JUSC1522466P*, reperibile in ELI:<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2016/2/11/JUSC1522466P/jo/texte>.

¹⁸ Tra i molti interventi si segnalano: VERGES, *Droit de la preuve: une réforme en trompe-l'oeil*, in *Sem. Jur.*, 2016, n. 17, 837; MIGNOT, *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, in *LPA* 20 mars 2016, 6; J. MESTRE, *Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations (suite)*, in *Rev. Lamy dr. civ.*, 2016, 137, in particolare si rinvia alla «Nullité»; MERCADAL, *Réforme du droit des contrats, Dossier pratique*, Francis Lefebvre, 2016, n° 521 ss.; STIJNS, JANSEN, *The French Contract Law Reform: a Source of Inspiration?*, Intersentia, Leuven, 2016; CHANTEPIE, LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Parigi, 2016. Al lettore italiano si offrono le pagine di D. MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese, cit.*, ove l'A. ravvisa la modernizzazione del diritto dei contratti nella consolidazione della giurisprudenza all'interno del testo legislativo, atteso che la dottrina in Francia è quasi un crittotype nascosto dietro la giurisprudenza (come a suo tempo illustrato da GUARNERI, *Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione*, Padova, 1979).

¹⁹ BARBIER, *La violence par abus de dépendence*, in *Sem. Jur.*, 2016, n. 15, 722.

²⁰ BENABENT, AYNES, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, in *Recueil Dalloz* 2016, 434.

²¹ MOORE, *Libres propos d'un juriste québécois concernant le projet de réforme des contrats*, in *RDC*, 2015, 728 ss., spec. p. 731, evoca la «désacralisation de la sanction du droit».

²² AYNES, *Le juge et le contrat, nouveaux rôles?*, in A.A. V.V., *Réforme du droit des contrats: quelles innovations?*, in *RDC*, 2016, 14.

²³ L'Ordonnance è venuta a collocarsi nell'ambito delle riforme contemplate dalla Loi n. 2015-177 del 16 febbraio 2015, la quale ha delegato il governo ad adottare provvedimenti per la modernizzazione e semplificazione del diritto sostanziale e processuale.

guadagna in sistematicità- tra l'altro attraverso la scansione tra obbligazioni e contratto, che in passato erano intrecciate- venendosi a ridurre la distanza tra l'originario testo del Code civil e il BGB; risalta l'introduzione di alcune nozioni di teoria generale, in particolare di atto e fatto giuridico quali fonti di obbligazioni (artt.1100 ss.), nonché di ulteriori definizioni²⁴.

Gli orientamenti tradizionali sono stati recepiti per la maggior parte, ma non nella totalità e talune soluzioni giurisprudenziali risultano variate²⁵: per esempio, la menzione della responsabilità precontrattuale è nuova, mentre le regole adottate rispecchiano le soluzioni vigenti²⁶. Nondimeno si segnalano parecchi ammodernamenti, anche di peso.

2. Vedono la luce alcune disposizioni preliminari (articoli da 1101 a 1110), nel cui ambito sono enunciate la libertà contrattuale (art. 1102) nonché l'esecuzione in buona fede (art. 1103)²⁷, che entra nella formazione del contratto, aggiungendosi al dovere di informazione e al dolo per reticenza; sono quindi definite categorie di contratti- tra i quali quelli per adesione (art. 1108) - precedute dalla conferma della libertà di determinazione del contenuto (art. 1102).

Mentre il testo originario del code civil non si occupava della conclusione²⁸, figurano ora disposizioni in tema: offerta e accettazione, le trattative, accordi preparatori²⁹, l'obbligo di informazione, la promessa unilaterale (la nostra opzione), il patto di prelazione. Altri istituti fanno il loro ingresso: la cessione del contratto, il recesso, la rappresentanza, le restituzioni, la cessione del credito, per la maggior parte attraverso la riproduzione di regole già acquisite alle corti e alla prassi³⁰. Interpelli sono previsti per fare chiarezza in caso di incertezza sull'estensione dei poteri del rappre-

²⁴ Come sottolineato da COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'ordonnance n.131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 318, che si sofferma sull'innovata nozione di contratto, ove "l'attenzione si è spostata dal contenuto delle obbligazioni che il contratto è capace di generare, agli effetti che il contratto è suscettibile di produrre sulle obbligazioni stesse".

²⁵ L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del Code civil: l'ordonnance n.131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, cit., 316, nota 11, segnala gli scostamenti dagli orientamenti giurisprudenziali della nuova disciplina sulla formazione del contratto.

²⁶ Cass. Com., 26 novembre 2003, n. 00-10243, in *Bull. civ.* n°186, 206, nota quale caso Manoukian; Cass. Civ., 12 aprile 2005, n. 03-14842; Cass. Com., 10 maggio 2011, n. 10-10729.

²⁷ Sul punto si rinvia a TOURNAFOND, *Le projet de la chancellerie de réforme du droit des contrats: commentaire passionné et critique*, in *Dr. et patr.*, 2014, 28 ss..

²⁸ In passato il codice francese non solo non si occupava della conclusione del contratto, ma la giurisprudenza maggioritaria seguiva la teoria dell'emissione, mentre ora è fatta propria quella più comune della ricezione, salvo patto contrario: in tema M. A. FRISON - ROCHÉ, *Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1995, 573 ss..

²⁹ La revoca della promessa unilaterale non impedisce la formazione del contratto (art. 1124, alinea 2).

³⁰ Al lettore italiano si offre l'arguta analisi comparatistica di GRAZIADEI, *Le contrat au tournant de la réforme: les choix du juriste français et le précédent italien*, in *Rev. des contrats*, 2015, n.3, 720 ss.

sentante (art. 1158) e in ipotesi di minaccia di azione di nullità (art. 1183). È abbandonata la classificazione romana delle obbligazioni (fare, non fare, dare).

Tra le novità di maggior rilievo sistematico - pertanto oggetto di particolare attenzione da parte degli studiosi - spicca l'abbandono della causa tra i requisiti di validità (art. 1127), sulla scia del precedente offerto dal codice civile olandese³¹; la portata dell'intervento risulta, tuttavia, ridimensionata dalla constatazione che lo scopo trova un limite nell'ordine pubblico (art. 1161). Si segnalano altre innovazioni significative: la sanzione della nullità di un contratto a titolo oneroso quando la controprestazione è simbolica o risibile al momento della conclusione (art. 1167); ancora, la facoltà di domandare al giudice la radiazione delle clausole determinanti uno squilibrio significativo tra le obbligazioni delle parti (art. 1169).

Ulteriori previsioni meritano attenzione. All'articolo 1143 figura una definizione di prevaricazione economica affidata a tre elementi: condizione di dipendenza della vittima, abuso determinante e vantaggio manifestamente eccessivo³². Risalta l'introduzione dell'imprévision, dell'exceptio timoris e della riduzione del prezzo tra le sanzioni di una esecuzione imperfetta.

L'imprevisione (art. 1195) è definita come un imprevedibile mutamento di circostanze che rende l'esecuzione "eccessivamente onerosa". Essa innesta una serie di reazioni crescenti: dapprima una rinegoziazione senza sospensione dell'esecuzione e poi, in caso di insuccesso o di rifiuto, la possibilità di concordare sia una risoluzione consensuale, sia un'istanza congiunta al giudice affinché adegui il contratto; infine, decorso un termine ragionevole, un'istanza unilaterale al giudice per la modifica o l'estinzione del contratto. L'exceptio timoris (art. 1220), che appare ispirata dai Principi europei sul contratto (art. 9: 201), consiste nell'impiego in via preventiva dell'eccezione d'inadempimento: quando è evidente che uno non eseguirà la prestazione, l'altro può notificare l'intenzione di sospendere la propria. La riduzione del prezzo (art. 1223) sembra una generalizzazione dell'azione estimatoria contemplata dall'attuale articolo 1644: un'esecuzione imperfetta può essere accettata come contropartita di uno sconto, indicandolo prima o comunicandolo dopo; essa dev'essere proporzionata ed è sottoposta al vaglio giudiziario per la quantificazione dell'incidenza dell'inferiore qualità.

Si segnalano, poi, la semplificazione della cessione del credito, la previsione del trasferimento del debito, la sostituzione dell'offerta reale attraverso una messa in mora del creditore e l'introduzione di regole sulle restituzioni. La disciplina della condizione (art. 1304) è innovata attraverso l'abbandono dell'efficacia retroattiva, in

³¹ IORLATTI, *Il nuovo codice civile dei Paesi Bassi fra soluzioni originali e circolazione dei modelli*, in *Riv. Dir. Civ.* 1992, 117 ss.; HESSELINK, *Il codice civile olandese del 1992 - un esempio per un codice civile Europeo?*, in ALPA e BUCCICO, *La riforma dei codici in Europa e il progetto di codice*, Milano, 2002.

³² MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., 445 ricorda che la Cassation aveva già configurato quale eventuale vizio del consenso lo sfruttamento abusivo di una situazione di dipendenza economica al fine di trarne profitto.

assenza di espressa pattuizione (art. 1304-6). La cessione del credito (art. 1321) subisce la soppressione dell'attuale articolo 1690; è richiesta la forma scritta per la validità, la cui data s'impone sia tra le parti sia verso i terzi, mentre l'opponibilità al debitore è subordinata a una notificazione o una presa d'atto.

È introdotta la disciplina del trasferimento del debito- l'accollo- (art. 1327 s.), che richiede l'accordo del creditore (art. 1327) e conserva l'esposizione solidale dell'originario obbligato, in assenza di diversa previsione (art. 1327-2). È altresì precisato il regime delle eccezioni opponibili dal sostituito (art. 1328), anche in ordine alle garanzie (art. 1328-1). L'offerta reale è rimpiazzata da una messa in mora del creditore (art. 1345 ss.), idonea a vincere l'ostruzionismo di chi rifiuti il pagamento: dopo il decorso di un bimestre è consentito il sequestro del bene (presso la Cassa depositi per i denari, o un professionista per i mobili), mentre opera la liberazione per le altre obbligazioni di fare.

Le restituzioni (art. 1352 ss.) sono oggetto di regole con vocazione a un'applicazione ampia, indifferente al titolo (annullamento, risoluzione del contratto, ripetizione dell'indebito, azione redibitoria) in base al quale esse sono dovute.

3. Nell'ambito delle innovazioni di maggior peso spicca la soppressione della causa, intervenuta a esito di un dibattito dottrinale risalente³³, e nonostante la prova della sua vitalità offerta dagli impieghi giurisprudenziali³⁴. Tra le ultime applicazioni risalta la preclusione verso la limitazione della copertura a una durata inferiore rispetto alla responsabilità dell'assicurato³⁵: essa è colta quale frutto dell'estensione

³³ Per tutti GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, Parigi, 1993, terza ed, n. 181; più recentemente il dibattito è stato ripreso da TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, coll. *Thèmes et commentaires*, Parigi, 2009; WICKER, *La suppression de la cause et les solutions alternatives*, in *La réforme du droit des obligations en France, 5^e Journées franco-allemandes, Société de législation comparée*, Parigi, 2015, 107 ss.; R. BOFFA, *La cause, une assurance tous risques*, in *Recueil Dalloz*, 2016, 458.

³⁴ A titolo esemplificativo si rinvia a Cass. Com., 14 dicembre 2010, n° 08-21.606, in *Bull. civ.*, IV, n° 200; Cass. Civ., 12 luglio 2005, n° 03-19.820, in *RDSS*, 2005, 871, con nota di Hennion-Jacquet; Cass. Civ., 21 aprile 2005, n° 03-20.683, in *Bull. civ.* II, n° 108, in *D.*, 2005, 1303, in *Just. & cass.* 2006, 308, con nota di Lafargue, e 314, con nota di Kessous; Cass. Civ., 12 aprile 2005, n° 03-20.980, in *Bull. civ.* I, n° 185, in *D.*, 2005, 1302.

³⁵ Cass. civ., 26 novembre 2015, in *Gaz. Pal.* 2016, n° 3, 28, con osservazioni di Blanc; in *RGDA*, 2015, 569, con nota di Dessuet. Nella specie due coniugi avevano affidato in appalto a una società la costruzione di una casa unifamiliare. L'impresa aveva sottoscritto un'assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile e una per i vizi da costruzione. Emerse che i lavori per le fondamenta e per la realizzazione di un muro di sostegno erano stati affidati a un subappaltatore che aveva ugualmente sottoscritto un'assicurazione per la responsabilità, in questo caso facoltativa. A termini di polizza, la garanzia dell'assicurazione era limitata al decennio. Un processo verbale di collaudo senza riserve era stato firmato nel 1995. Lamentando fessure nei muri di sostegno, i committenti avevano denunciato il sinistro alla società assicuratrice dei vizi dell'opera e avevano chiamato a rispondere l'imprenditore principale e il suo assicuratore; quest'ultimo a distanza di un decennio chiamò in garanzia l'assicuratore del subappaltatore. Al centro della disputa si collocava l'estensione della garanzia dell'assicurazione del subappaltatore. Dopo aver condannato l'assicuratore dell'appaltatore principale a indennizzare i committenti, i giudici di merito hanno rigettato le domande dell'assicuratore

della logica alla base dell'orientamento che, appoggiandosi all'art. 1131 code civil, ha colpito le clausole cosiddette "claims made"³⁶, le quali subordinano l'indennizzo alla condizione che in costanza del rapporto intervengano sia il sinistro sia la richiesta di risarcimento; com'è noto, nel nostro ordinamento queste previsioni non solo sono state ammesse³⁷, ma se ne è esclusa la natura vessatoria³⁸. Altra occasione di verifica della portata del concetto è stata la conferma della sentenza di merito che aveva negato un indennizzo, condividendo l'invalidità del contratto rivolto ad assicurare un'operazione con profili di illiceità³⁹.

Nel diritto francese la causa ha assolto molteplici ruoli, i cui principali sono stati il controllo dello scopo e la verifica della corrispettività. A fronte della sua soppressione si registra l'introduzione degli articoli 1169 e 1170, i quali avrebbero attitudine a vicariare alcune funzioni assolute dal concetto abbandonato: per il primo "un contratto a titolo oneroso è nullo quando, al momento della sua formazione, la contropartita accordata al promettente è simbolica o risibile...una clausola che crea uno squilibrio significativo tra i diritti e i doveri delle parti del contratto può essere soppressa dal giudice su istanza del contraente a danno del quale è stata convenuta"; il secondo dispone che "ogni clausola che priva di contenuto l'obbligazione principale del debitore si ha per non scritta"⁴⁰.

principale contro l'assicuratore del subappaltatore, facendo applicazione della clausola di limitazione della durata della garanzia. Secondo i giudici di merito, poiché la responsabilità del subappaltatore era coperta da un'assicurazione facoltativa, l'assicuratore era libero di fissare la durata della garanzia entro il termine di dieci anni. Tale verdetto fu censurato dalla Cassation sulla base dell'art. 1131 code civil, nonché degli artt. L. 124-1 e L. 124-3 code des assurances. Secondo la Cour de Cassation «toute clause ayant pour effet de réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause et doit être réputée non écrite». Si tratta di una tra le applicazioni meno conosciute della causa, testimone di un importante ruolo di questa nozione sul terreno della giustizia contrattuale.

³⁶ Cass. Civ. 1 sez., 19 dicembre 1990, in *JCP* 1991, II,21656, con nota di Bigot; in *RCA*, 1991, n° 81.

³⁷ Cass., 15 marzo 2005 n. 5624; Cass., 17 febbraio 2014, n. 3622; Cass., 13 febbraio 2015, n. 2872.

³⁸ Cass., S.U., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, I, 3190, con nota di R. Simone, *Le sezioni unite e le clausole claims made*, seguita da Trib. Bologna, 12 agosto 2016. Al riguardo si rinvia ad GUARNERI, *Le clausole claims made c.d. miste tra giudizio di vessatorietà e giudizio di meritevolezza*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1238 ss.

³⁹ Si trattava della nota esposizione Our Body: Cass. Civ., 29 ottobre 2014, n° 13-19.729, in *Dalloz*, 2015, 242, con nota di Epstein; 246, con nota di Mainguy, e 529 con osservazioni di S. Amrani-Mekki e Mekki; in *Rev. Trim. Droit civil*. 2015, 102, con osservazioni di Hauser, e 12 con osservazioni di H. Barbier.

⁴⁰ Vi è stata riconosciuta la consacrazione della giurisprudenza Chronopost e Faurecia. Nel primo filone si iscrive Cass. 22 ottobre 1996, in *Dalloz*, 1997, 121 che, in applicazione dell'articolo 1131 Code Civil (relativo alla causa), aveva ritenuto che in ragione del venir meno di un'obbligazione essenziale, la clausola limitativa di responsabilità che contraddice la portata dell'impegno assunto dovesse reputarsi non scritta. Nello stesso senso si sono pronunciate: Cass. Ch. Mix., 22 aprile 2005, n. 02-18326; Cass. Com., 21 febbraio 2006, n. 04-20139; pronunce successive sono però state di diverso avviso, sino al chiarimento apportato da Cass., 29 giugno 2010, n. 09-11.841, in *Dalloz*, 2010, 1832, con nota di Mazeaud, conosciuta come "caso Faurecia", con cui la Chambre Commerciale ha precisato che "deve ritenersi non scritta soltanto

4. Agli effetti del contratto è dedicato il quarto capitolo del primo sottotitolo del terzo libro⁴¹; esso è articolato in quattro sezioni (artt. da 1194 sino a 1231-7), assegnate rispettivamente agli effetti tra le parti e a quelli rispetto ai terzi, alla durata (artt. 1211 ss.), alle conseguenze dell'inadempimento (artt. 1217 ss.).

La distinzione tra gli effetti interni e quelli esterni corrisponde alla scansione tra le due sezioni di apertura; la prima a propria volta ospita due sotto-sezioni dedicate l'una alla forza obbligatoria, temperata dall'imprevedibile mutamento di circostanze (artt. 1194 ss.), l'altra all'efficacia traslativa della proprietà (art. 1196 ss.), inclusiva della soluzione del conflitto tra più acquirenti del medesimo diritto⁴². Anche la seconda sezione è bipartita: dapprima è affrontato il rapporto tra i terzi e il contratto, muovendo dalla relatività per poi misurarne le possibili interferenze, procedendo quindi verso la simulazione; a seguire sono contemplate la promessa del fatto del terzo (art. 1205) e la conclusione per altri (art. 1206 ss.).

La relatività degli effetti contrattuali è ribadita dal nuovo articolo 1199⁴³, ma previsioni a essa riconducibili sono collocate anche altrove. Nell'articolo 1178, primo comma, vede la luce l'accertamento consensuale della nullità⁴⁴ e la portata dell'accordo rivolto a riconoscerla è limitata da quella premessa: esso non rileva nei confronti dei soggetti diversi dalle parti⁴⁵, in particolare verso gli aventi causa, ai quali la retroattività della nullità è inopponibile.

4.1. Nella prima sotto-sezione trovano sede la forza obbligatoria (art. 1194), l'integrazione (art. 1195), nonché i rimedi per l'eccessiva onerosità sopravvenuta a causa di un imprevedibile mutamento di circostanze: la rinegoziazione e la rettifica giudiziale (art. 1196)⁴⁶.

la clausola limitativa del risarcimento che contraddice la portata dell'obbligazione essenziale assunta dal debitore”.

⁴¹ In tema si rinvia a DESHAYES, *Les effets du contrat entre les parties*, in *JCP*, 2015, n. 21, 43 ss.; P. CHAUVIRE, *Les effets du contrat dans le projets d'ordonnance portant réforme du droit des obligations*, in *Gaz. Pal.*, 29 aprile 2015, 29.

⁴² MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., 443 ricorda che, a seguito di Cass. 3 civ., 12 gennaio 2011, n. 09-17068, il conflitto era risolto a favore dell'acquirente che avesse trascritto per primo, sebbene avesse perfezionato il contratto per secondo e in mala fede, mentre ora la prevalenza della pubblicità è subordinata alla buona fede.

⁴³ Il diritto tributario rifiuta di tenere conto di ogni effetto retroattivo dell'accordo: COZIAN, *L'imposition des profits immobiliers en cas d'annulation de l'acte de vente (ou la méconnaissance de la rétroactivité en droit fiscal)*, in *Dalloz*, 1975, 77.

⁴⁴ Senza chiarire la superfluità dell'intervento del giudice, sebbene appaia una conseguenza inevitabile: SERINET, *La constatation de la nullité par les parties: une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité*, in *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 29, 18 luglio 2016, 845.

⁴⁵ GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, con prefazione di P. Ancel, PUAM, Parigi, 1999, 185 ss.

⁴⁶ In tema si segnalano i contributi di: LATINA, *L'imprevision*, in *Blog Dalloz obligation*, 2015; COUSIN, GUIZIOU, LEVENEUR-AZEMAR, MORON-PUECH e STEVIGON, *Regardes comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, in *D.*, 2015, 1115 ss..

Il mantenimento dell'originaria delimitazione della forza obbligatoria del contratto "à ceux qui les ont faits" (art. 1194) non soddisfa quanti auspicavano l'accoglimento delle istanze rivolte all'ampliamento della nozione di parte, sulla scorta di un dibattito dottrinale guidato da voci prestigiose⁴⁷; esso trova, poi, puntualizzazione nel principio di relatività, ribadito più avanti (art. 1200).

L'integrazione del contratto, dall'originario art. 1135, è trasmigrata nell'art. 1195; hanno criticato il suo mantenimento nell'ambito degli effetti quanti hanno rimarcato che sede appropriata parrebbe piuttosto la parte dedicata al contenuto, la terza sotto - sezione⁴⁸. La previsione conserva il riferimento all'equità, le cui potenzialità applicative sono notoriamente amplissime⁴⁹: la giurisprudenza francese vi si è appoggiata, tra l'altro, per arricchire i contratti di trasporto degli obblighi di protezione⁵⁰, quelli assicurativi e bancari del dovere di consulenza⁵¹.

È sottolineata⁵² la portata innovativa dell'introduzione nel Code civil dell'imprevision⁵³, corrispondente a una soluzione diffusa in molti altri ordinamenti, ma per l'innanzi in Francia praticata solo dalla giurisprudenza amministrativa⁵⁴. Con l'adozione di tale regola si realizza l'allineamento ai paesi ove essa trova riconoscimento

⁴⁷ GHESTIN, *La distinction entre les parties et les tiers au contrat*, in *JCP*, 1992, I, 3632, nel senso dell'opportunità di ampliare la definizione di parti integrandola attraverso l'affiancamento ai contraenti dei soggetti che, pur non avendo concluso il contratto, sono nondimeno riguardati dagli effetti obbligatori.

⁴⁸ DISSAUX, C. JAMIN, *Projet de Reforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., p. 93

⁴⁹ Anche in forza della commistione con la buona fede, a somiglianza di quanto avviene in Italia: TENELLA SILLANI, *Il ruolo dell'equità nella moderna disciplina dei contratti: proporzionalità dello scambio e tutela della concorrenzialità dei mercati*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, tomo IV, Milano, 2015, 2949 ss.

⁵⁰ A partire dal caso guida: Cass. Civ., 21 novembre 1911, in *DCP*, 1911, I, 249.

⁵¹ Cass. Civ., 27 marzo 1985, in *Bull. Civ.*, I, 108, circa il contratto di assicurazione.

⁵² Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, cit..

⁵³ Viene quindi respinta l'opposta soluzione risalente a Cass. Civ., 6 marzo 1876, in *Dalloz*, 1876, 1, 193 nel caso "Canal de Craponne", a seguito del quale la giurisprudenza aveva sempre rifiutato di subordinare la risoluzione di un contratto alla eccessiva onerosità sopravvenuta di una delle prestazioni. La pronuncia aveva attirato molte critiche ed era stata disattesa da sentenze anche più recenti le quali, appoggiandosi alla buona fede, hanno imposto l'obbligo di rinegoziare contratti divenuti squilibrati: Cass. Com., 3 novembre 1993, n.90-18.547, in *JCP G*, 1993, II, 22164, con nota di Viramassy; in *RTD Civ.*, 1993, 124 s., con nota di Mestre; in *Defrénois*, 1993, 1377, con nota di Aubert; Cass. Com., 24 novembre 1998, n.96-18.357, in *Defrénois*, 1999, 371, con nota di Mazeaud; in *JCP* 1999, I, 143, con nota di Ch. Jamin; in *RTD civ.* 1999, 98, con nota di J. Mestre e 646 con nota di Gautier; Cass. Civ., 16 marzo 2004, n. 01-15.804, in *D.*, 2004, 1754; Cass. Com. 29 giugno 2010, n. 06-67369, in *RDC*, 2001, 1, 34 ss.; Cass. Com., 11 giugno 2014, n. 13-16481; Cass. Com., 27 maggio 2015, n. 14-11387. Mazeaud, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., p. 441 segnala il carattere apparentemente innovativo della regola rispetto all'opposta soluzione vigente in giurisprudenza (a far data da Cass. Civ., 6 marzo 1876, cit.), tuttavia ridimensionato dalla derogabilità convenzionale.

⁵⁴ L'inserimento è parso coerente con l'art. 60 della legge delega che ha autorizzato il Governo a prevedere "la possibilità per le parti di adattare il contratto in ipotesi di mutamento imprevedibile delle circostanze", in questo modo collocando la Francia tra i paesi europei ove la teoria dell'imprevisto trova riconoscimento come causa moderatrice della forza obbligatoria del contratto.

come causa moderatrice della vincolatività del contratto: la sua adozione ha tratto, quindi, alimento dall'indagine comparatistica ed è stata sollecitata dall'obiettivo di adeguare il diritto dei contratti ai modelli notevoli dell'area europea⁵⁵.

Il primo comma dell'art. 1196 ne individua i presupposti di applicazione: il rilievo è subordinato a un mutamento di circostanze «imprevedibile», che deve rendere l'esecuzione «eccessivamente onerosa» per chi non se ne sia assunto il rischio. Da tali premesse discende il carattere suppletivo della disciplina⁵⁶, derogabile dalle parti intenzionate ad affrontare le conseguenze economiche di circostanze non preventivabili. Pertanto, onde evitare che il meccanismo si traduca in un incentivo a contestazioni dilatorie e al fine di preservare la forza cogente del contratto, alla parte - pregiudicata - che domanda all'altra una rinegoziazione è imposto di dar corso all'adempimento delle proprie obbligazioni. Il secondo comma precisa le conseguenze del rifiuto o dell'insuccesso dell'iniziativa: si può convenire la risoluzione del contratto o inoltrare un'istanza per l'adeguamento del contratto; allo spirare di un termine ragionevole, a ciascuno è consentito rivolgersi al giudice, che potrà allora rettificare il contratto o mettervi fine. L'imprevisione ha, dunque, attitudine a giocare un ruolo preventivo, dal momento che il rischio di scioglimento o di revisione del contratto dovrebbe indurre le parti a negoziare.

La dottrina francese ha, peraltro, osservato che la portata della novella è ancora debole: i presupposti di applicazione sono tassativi ed è imposto l'adempimento nell'attesa della rinegoziazione, ciò che intuitivamente può richiedere tempo⁵⁷; inoltre è paventata l'eventualità che una parte rifiuti la rinegoziazione sull'assunto che l'altra avesse accettato il rischio tacitamente; infine, alcuni si interrogano sull'effettiva portata dell'innovazione in considerazione della rinunciabilità preventiva⁵⁸.

4.2. Nella seconda sotto-sezione è sancito il consensualismo traslativo, riferito alla circolazione della proprietà o di un altro diritto (art. 1197 ss.); del principio sono precisati il momento di operatività, facendolo coincidere con la conclusione del contratto (art. 1197), nonché le conseguenze sul trasferimento dei rischi, gli obblighi di custodia (art. 1197 e 1198) e rispetto alla soluzione del conflitto tra più acquirenti della cosa mobile (art. 1199)⁵⁹.

⁵⁵ Par. 313 BGB; Art. 6:111 PECL.

⁵⁶ La questione si è posta per la maggior parte della disciplina introdotta dalla riforma: C. PÉRÈS, *Règles impérative et suppletives dans le nouveau droit des contrats*, in *Sem. Jur.*, 2016, n. 16, 770 ss.

⁵⁷ CHAUVIRE, *Les dispositions relatives aux effets du contrat*, in *La réforme du droit des contrats: du projet à l'ordonnance, Journée nationale Association Henri Capitant*, Tomo XX, Parigi, 2016, 43 ss; BOFFA, CHAUVIRE, *Le changement en droit des biens*, in *RDA*, 2015, 67 ss..

⁵⁸ Sembra trasponibile la regola dettata in diverse occasioni dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui il contraente non deve essersi trovato per sua colpa in tale situazione.

⁵⁹ BÉNABENT, L. AYNÈS, *Réforme du droit des contrats et des obligations*, cit., 436 osservano come l'art. 1199 assegni la prevalenza al primo acquirente in buona fede, applicando il principio "prior bona fide, potior tempore".

È stata abbandonata la menzione dell'obbligo di consegna⁶⁰, che ora è contemplato autonomamente nella disposizione successiva.

5. La rappresentanza è una tecnica per entrare in rapporto con i terzi e la nuova disciplina è una svolta per la Francia, che in precedenza tendeva a confonderla con il mandato⁶¹. Il code civil conteneva solo disposizioni sparse sulle diverse forme (in particolare il mandato, agli articoli 1984 e seguenti), senza definire l'istituto.

Il quadro è innovato dal nuovo paragrafo secondo, ove sono inserite regole ispirate ai principi europei ed è tracciato un regime generale, che prescinde dalla fonte (convenzionale, legale o giudiziaria).

B. Il Codice napoleonico riprendeva la tradizione romanistica assai riduttiva nei confronti dei riverberi esterni del contratto⁶², concepito quale rapporto interno alle parti⁶³, e liquidava con pochi cenni⁶⁴ la conclusione per altri⁶⁵. La prospettiva si diffuse con la circolazione di quel modello legislativo e influenzò la maggior parte dei sistemi dell'area civilistica⁶⁶, ma con il tempo è stata sottoposta a revisione⁶⁷.

In Francia la mentalità si è da tempo modificata, tra l'altro disattendendo la regola scritta (art. 1121) che contemplava la stipulazione a favore di terzi soltanto quale condizione di un contratto concluso in proprio o di una donazione; superando tale restrizione, si è ritenuto implicito nella conclusione del patto l'interesse dello stipulante⁶⁸. La giurisprudenza risulta da tempo incline a un'applicazione larga,

⁶⁰ Al riguardo si segnalano gli approfondimenti di FERRANTE, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, 22 ss.

⁶¹ E concepiva il mandato ad agire in nome proprio quale ipotesi di simulazione, come ha rilevato GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui: undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, Trento, 1996.

⁶² Il vecchio art. 1165 recitava "Le convenzioni producono effetti soltanto tra le parti contraenti; non nuociono ai terzi e non procurano loro vantaggi tranne che nell'ipotesi prevista dall'articolo 1121".

⁶³ RAMPENBERG, *Brève perspective comparative sur les destinées de la règle alteri stipulari nemo potest*, in P. Remy Corlay e D. Fenouillet (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Thèmes et commentaires*, Parigi, 2003, 143 ss.

⁶⁴ L'art. 1121 contemplava la stipulazione a favore di terzi quale condizione di un contratto concluso in proprio o di una donazione.

⁶⁵ Art. 1119: «È consentito impegnarsi in generale e stipulare soltanto a proprio nome e per proprio conto».

⁶⁶ Una panoramica è reperibile in L. VACCA (cur.), *Effetti del contratto nei confronti dei terzi nell'esperienza storico-comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2001.

⁶⁷ Ciò è avvenuto anche in Common Law: SUMMERS, *Third Party Beneficiaries and the Restatement (Second) of Contracts*, in *Cornell Law Review*, Vol. 67, n. 4, aprile 1982; VOGENAUER, *Contracts in Favour of a Third Party*, in BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN, STIER (cur.), *The Max Planck Encyclopaedia of European Private Law*, 2012, ix; SUTHERLAND, *Third-Party Contracts*, in HECTOR L. MACQUEEN & REINHARD ZIMMERMANN (cur.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edinburgh UP, 2006, 215-216; JOUBERT, *Agency and Stipulatio Alteri*, in ZIMMERMAN, VISSER (cur.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Oxford, Oxford UP, 1996, 356.

⁶⁸ La giurisprudenza ha sottolineato la sufficienza della volontà delle parti: Cass. Com., 9 ottobre 2012, n. 11-25518; Cass. Civ.2, 10 luglio 2014, n. 13-20620.

ed è giunta a riconoscere una pretesa tutelabile in capo al terzo anche in difetto di espressa stipulazione a suo favore; ad esempio, si è talora consentito al destinatario di una cosa trasportata di agire su base contrattuale contro il vettore, configurandolo quale beneficiario del patto⁶⁹.

Per questa via si è attinto a esiti applicativi non troppo distanti da quelli sortiti in Italia dal contratto con effetti protettivi per i terzi che, com'è noto, ricorre quando la prestazione è pattuita a favore della parte, ma è destinata a toccare la sfera di altri⁷⁰: la costruzione conduce a sottrarre l'eventuale lesione alla disciplina della re-

⁶⁹ Esempio Cass. Civ., 2 dicembre 1891, in *Rec. Dalloz*, 1892, 1, 161, con nota di R. Sarraut. In tempi successivi Cass. Com., 3 aprile 2001, n. 98-21233.

⁷⁰ Doveroso il rinvio a CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, voce *dell'Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, 1 ss., Id., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, 1 ss., i cui scritti hanno alimentato un ricco dibattito (nel cui ambito si segnala il contributo di C. AMATO, *Affidamento e responsabilità*, Milano, 2012), di recente riepilogato da FAVALE, *Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel diritto tedesco*, in Stoll, Favale, Feola, Procida Mirabelli di Lauro (cur.), *L'obbligazione come rapporto complesso*, Torino, 2016, 57 ss.. La giurisprudenza ne ha fatto applicazione in alcune occasioni. In materia di tutela della salute è stata riconosciuta la responsabilità contrattuale del datore di lavoro nei confronti dei familiari conviventi del prestatore, cui nell'ambito di un contratto di portierato era stato assegnato un alloggio malsano ove si erano ammalati (App. Roma, 30 marzo 1971, in *Foro Pad.*, 1972, I, 552); altro settore è l'erogazione di false informazioni, in particolare dalle banche (App. Milano, 2 febbraio 1990, in *Giur.it.* 1993, I, 2, 49), in alternativa alla configurazione di responsabilità extracontrattuale (Cass. sez. III, 18 luglio 2002, n. 10403). Nella maggior parte dei casi la costruzione è stata utilizzata per affermare che il contratto di ricovero ospedaliero della gestante obbliga l'ente ospedaliero non soltanto a rendere alla stessa le cure e le attività necessarie per il parto, ma altresì ad effettuare tutte le altre prestazioni necessarie a garantire la nascita al fine di evitare danni al feto e al neonato. Detto contratto, intercorso tra la partoriente e l'ospedale, produce effetti protettivi a favore del concepito, alla cui tutela tende quell'obbligazione accessoria, ancorché le prestazioni debbano essere assolte, in parte, anteriormente alla nascita. Il soggetto leso – una volta nato – è stato ammesso ad agire direttamente. Il figlio, che aveva acquistato la capacità giuridica, è stato ammesso ad agire per far valere la responsabilità contrattuale per l'inadempimento delle obbligazioni accessorie, cui l'ente era tenuto in forza del contratto stipulato col genitore o con terzi (Cass., sez. III, 11 maggio 2009, n. 10741). Più recentemente la Cassazione si è pronunciata con le note sentenze del 2011 (la n. 24438 del 21 novembre e la n. 27648 del 20 dicembre, annotate in senso favorevole da C. Castronovo, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur.dir.priv.*, 2012, 1227 ss.; da SCOGNAMIGLIO, *Tutela dell'affidamento, violazione dell'obbligo di buona fede e natura della responsabilità precontrattuale*, in *Resp. civ.prev.*, 2012, 1949 ss.; ha espresso valutazioni positive L. Nivarra, *Alcune precisazioni in tema di responsabilità contrattuale*, in *Eur.dir.priv.*, 2014, 58 ss.) attraverso le quali ha affermato che la responsabilità derivante dal mancato rispetto del dovere di buona fede “non è contrattuale... nel senso proprio del termine, mancando una valida obbligazione da contratto... né attiene ad una ipotesi di ingiusta lesione di un diritto da parte di un terzo in relazione all'art. 2043 c.c., avendo invece a fondamento il contratto tra le parti del futuro contratto (Cass. 21 novembre 2011, n. 24438). Invero, successivamente la cassazione è talvolta tornata all'impostazione tradizionale (per tutte si veda Cass. 6 febbraio 2013, n. 4802), tuttavia la dottrina ha osservato che le due pronunce del 2011 rappresentano l'avanguardia di una discussione cui la giurisprudenza non dovrebbe più sottrarsi (TENELLA SILLANI, *Culpa in contrahendo, contatto sociale e “incoerenze” della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, 4, 1250).

Da tempo la Cassazione ravvisa obblighi di comportamento allo scopo di proteggere la persona o il suo patrimonio, applicando lo schema contrattuale del “contatto sociale” (formula richiamata anche nelle citate pronunce del 2011). In proposito si è evidenziato che “in talune circostanze, la complessità dei rapporti tra

sponsabilità aquiliana per ricondurla nell'ambito di quella contrattuale⁷¹, con le conseguenti ricadute specie in termini di onere della prova e di prescrizione⁷². Tale dilatazione risulta, tuttavia, più avanti abbandonata dalla giurisprudenza francese⁷³.

È, inoltre, accresciuta la protezione dalle eventuali interferenze nella formazione del contratto, in origine confinata al rilievo della violenza e del dolo del terzo⁷⁴, con il tempo arricchita configurando una responsabilità in capo al soggetto che abbia dato origine alla nullità, oppure sia stato reticente circa la presenza di vizi in grado di causarla⁷⁵.

La tendenza ha, poi, coinvolto l'esecuzione, ravvisando un fatto illecito a danno del creditore contrattuale, nella condotta di quanti coscientemente determinano

privati... rende necessario l'impiego dell'intero sistema delle fonti delle obbligazioni" (M. FRANZONI, *Il contatto sociale non vale solo per il medico*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1700 ss.). La costruzione della categoria dei doveri di protezione dei terzi è stata, invero, operata dalla dottrina italiana già dalla seconda metà del secolo scorso (per tutti, si rinvia a BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, p. 99 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni di "risultato" e obbligazioni di "mezzi"*, in *Riv.dir.comm.*, 1954, I, 368 ss.; BENATTI, *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*, in *Riv.trim.*, 1959, p. 1342 ss. Una ricostruzione storica è offerta da L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007; Id., *Responsabilità civile e obblighi di protezione*, in *Danno resp.*, 2008, 129 ss.) ed è stata, in seguito, fatta propria dalla giurisprudenza; il fondamento è stato individuato negli artt. 1175 e 1337 c.c.: "entrambe le disposizioni presuppongono un contatto tra due sfere d'interesse il quale esige dalle parti un atteggiamento particolarmente riguardoso e corretto, volto ad evitare eventi dannosi, nonché un impegno di collaborazione per raggiungere lo scopo cui esse tendono" (BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 133 ss.; circa il riferimento all'art. 1175 c.c.: CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 2 ss.). La giurisprudenza ha ravvisato il concretizzarsi di un qualificato contatto sociale generalmente laddove una delle parti esercitava un'attività professionale tale da ingenerare nell'altra un affidamento circa il suo agire con prudenza, perizia e diligenza, in ragione di precisi obblighi di comportamento (a titolo esemplificativo: Cass. 11 gennaio 2008, n. 577, Cass. 14 luglio 2009, n. 16382); le applicazioni sono state numerose, da ultimo in tema di responsabilità notarile da Cass., 9 maggio 2016, n. 9320.

⁷¹ Anche se questi soggetti protetti rimangono comunque terzi, perciò impediti a esercitare i rimedi contrattuali, che restano riservati alle parti: BIANCA, *Diritto civile*, Vol. 3, *Il contratto*, Milano, 2015, p. 572.

⁷² Come nel caso esaminato da Cass. 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 550, con nota di CARUSI, relativo alla malattia causata da errato trattamento alla nascita, dove l'azione aquiliana era ormai prescritta. In Italia molti studiosi hanno contestato questa teoria (F. BENATTI, *Doveri di protezione*, in *Dig. Disc.priv., Sez.civ.*, VII, Torino, 1991, 221 ss.), sottolineando le notevoli differenze tra il diritto tedesco e quello italiano- tra l'altro- quanto all'impostazione della responsabilità civile, che là è basata sulla tipicità dell'illecito e perciò copre un numero più limitato di pretese (perplexità manifestate anche da A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 1 ss.; MAGGIOLÒ, *Effetti contrattuali a protezione del terzo*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 39 ss.).

⁷³ Cass. Civ.1 sez, 28 ottobre 2003, in *Bull. Civ.*, I, n°219; in *JCP.*, 2004, II, 10006, con nota di G. Lardeux. In Italia è, come noto, intervenuta la legge Balduzzi a riportare all'art. 2043 c.c. la responsabilità del medico dipendente da una struttura ospedaliera.

⁷⁴ Le regole francesi coincidono con quelle italiane: per l'art. 1137, 3 comma il dolo del terzo rileva se la parte che era a conoscenza ne ha tratto vantaggio; la violenza invece vizia in ogni caso (art. 1141).

⁷⁵ VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3 ed., Parigi, 2008, n°201; PIMONT, *La responsabilité en cas de nullité d'un contrat*, in M.Boudot e P.-M., Vecchi (dir.), *La théorie des nullités*, Parigi, 2009, 128 ss.

l'inadempimento⁷⁶. A tale titolo sono stati condannati: colui che aveva assunto un dipendente altrui vincolato da un contratto di lavoro o da un patto di non concorrenza⁷⁷; l'acquirente di un bene che sapeva esser stato promesso in vendita ad altri oppure riguardato da un patto di prelazione⁷⁸; ancora, chi si era approvvigionato da un fornitore seppur fosse informato che costui aveva stipulato un patto di esclusiva⁷⁹; infine, il compratore di un alloggio che aveva accettato modalità di conclusione dell'affare nella consapevolezza della loro idoneità ad aiutare il venditore a sottrarsi al pagamento della mediazione⁸⁰.

La diversa e ulteriore questione della responsabilità dell'inadempiente verso i terzi è stata al centro di contrasti circa i suoi presupposti e la disciplina. Per lungo tempo la giurisprudenza ha onerato l'attore della dimostrazione di una colpa autonoma rispetto all'inadempimento⁸¹, poi si è operata un'assimilazione tra la prospettiva contrattuale e quella aquiliana, in modo da esonerare dalla prova dell'inadempimento⁸²; successivamente la Cour de Cassation con la sentenza resa dall'assemblea plenaria nel 2006 ha statuito che «*i terzi rispetto a un contratto possono invocare, sulla base della responsabilità aquiliana, un inadempimento contrattuale allorché esso abbia causato loro un danno*»⁸³, anche se pronunce più recenti si sono dimostrate meno nette⁸⁴.

6.1 Alla trasgressione consapevole di un impegno a stipulare, la riforma collega l'invalidità dell'accordo lesivo: il contratto concluso in dispregio di un'opzione (qui individuata come promessa unilaterale) è nullo in ipotesi di malafede (art. 1124, 3 c.). Ancora, la violazione di un patto di prelazione consente di ottenere il risarcimento del danno dalla controparte; inoltre, se il terzo conosceva il vincolo e l'intenzione del beneficiario di avvalersene, a quest'ultimo è consentito agire per far dichiarare la nullità del contratto concluso o domandare al giudice di farlo subentrare (art.

⁷⁶ STARCK, *Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui*, in *JCP*, 1954, I, 1180. In tema merita segnalazione la monografia di GARDELLA TEDESCHI, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2008. Si tratta peraltro di un indirizzo ormai risalente e sviluppatosi contemporaneamente anche in Italia

⁷⁷ Cass. Soc., 5 gennaio 1967, in *Bull. Civ.*, IV, 4; Cass. Com., 5 febbraio 1991, in *Bull. Civ.*, IV, n°34.

⁷⁸ Cass. Ch. mixte, 26 Ottobre 2006, ha subordinato la responsabilità dei terzi per violazione del patto di preferenza alla doppia condizione della conoscenza del patto e dell'intenzione del beneficiario di avvalersene, come infra illustrato.

⁷⁹ P. JOURDAIN, *Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseaux*, Parigi, 1990, *Chron.*, 43.

⁸⁰ Cass. ass. plén., 9 maggio 2008, n. 07-12.449, in *Dalloz*, 2008, 2328.

⁸¹ Cass. Com., 17 giugno 1998, in *JCP*, 1998, I, 144, con osservazioni di G. Viney.

⁸² Cass. Civ. 1, 18 maggio 2004, in *Rev. Trim. Droit civ.*, 2004, n. 3, 516.

⁸³ Cass. ass. plén., 6 ottobre 2006, n. 05-13.255, caso «Myr'ho», Parigi, 2006, 2825, con nota di Viney; in *JCP*, 2006, II, 10181; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 2007, 115

⁸⁴ Cass. 15 dicembre 2011 n. 10-17.691, *Dalloz*, 2012, 659, con nota di D. Mazeaud, ha ripreso l'assimilazione tra colpa contrattuale e aquiliana.

1123, 4 c.)⁸⁵. La severità della soluzione è temperata dalla previsione di interpello scritto, da riscontrare entro un termine ragionevole.

L'innovazione risulta ispirata da un precedente giurisprudenziale di legittimità⁸⁶, il quale aveva statuito che, quando viene concluso un contratto in violazione di un patto di prelazione, il beneficiario può agire per farne dichiarare la nullità, oppure per ottenere la propria sostituzione al terzo nel contratto medesimo, purché quest'ultimo fosse consapevole sia della prenotazione, sia dell'intenzione del beneficiario di avvalersene. Il progetto aveva evitato di riprodurre quest'ultimo requisito, per lo scetticismo circa la conseguibilità della relativa prova, contando piuttosto sulla possibilità di presumere la mala fede sulla base del riscontro della conoscenza del patto, ma la redazione finale ha superato quel pessimismo.

6.2. La seconda sezione (quarto capitolo del primo sottotitolo del terzo libro) è dedicata agli effetti del contratto verso i terzi. Nel testo originario del Code civil era evocata soltanto la relatività⁸⁷, che la dottrina invitava a relegare agli effetti diretti, in questo modo ridimensionando la portata letterale della previsione⁸⁸. Viene ora ricevuta la partizione suggerita tra efficacia e opponibilità, tra la dimensione interna e quella esterna⁸⁹, sebbene non sia stata recepita la formula del progetto Catala (art. 1165-2) nei termini di "opponibilità del contratto ai terzi e da parte loro". Si prescrive il dovere di chiunque di rispettare la situazione giuridica creata dal contratto⁹⁰, ponendo la base per configurare la responsabilità a titolo aquiliano dei terzi che abbiano contribuito alla violazione⁹¹.

⁸⁵ "I terzi possono domandare per iscritto al beneficiario di confermare entro un termine ragionevole, l'esistenza di un patto di prelazione e se intende avvalersene, precisando che in assenza di risposta entro il termine il beneficiario de patto non potrà più sollecitare la sostituzione nel contratto con il terzo o la nullità del contratto" (art. 1123, alinea 3 e 4).

⁸⁶ Cass. Ch. Mixte, 26 maggio 2006, n. 03- 19.376, Parigi, 2006, 1861, *Dalloz*, 2006, 2638; in *Rev. Trim. Droit civ.*, 2006, 550.

⁸⁷ L'articolo 1165 recitava «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121».

⁸⁸ «Pris au pied de sa lettre, le texte laisse croire qu'un contrat ne peut avoir aucune incidence sur la situation des tiers, qui seraient bien fondés à ignorer l'existence de celui qui leur nuit et mal fondés à se prévaloir de celui qui leur profite (...). L'absurdité d'un tel système saute aux yeux» (M. GRIMALDI, *Le contrat et les tiers*, in *Mél. Jestaz*, Parigi, 2006, 164).

⁸⁹ FONTAINE, *Les effets «internes» et les effets «externes» des contrats*, in Fontaine, Ghestin (dir.), *Les effets des contrats à l'égard des tiers, Comparaisons franco-belges*, Parigi, 1992, 40.

⁹⁰ Sebbene difetti la proclamazione del generale dovere di astenersi dall'interferire con l'adempimento. O. SABARD, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, in [http:// reform-obligations.dalloz.fr/2015/04/01/les-effets-du-contrat-a-legard-des-tiers/](http://reform-obligations.dalloz.fr/2015/04/01/les-effets-du-contrat-a-legard-des-tiers/), mostra tuttavia soddisfazione per la visione del contratto non solo quale fonte di obbligazioni, ma pure come fatto sociale opponibile erga omnes.

⁹¹ Come rilevato, tra gli altri, da MAZEAUD, *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, cit., 437.

In molti lamentano sia sfumata l'occasione per affrontare la questione della responsabilità dell'inadempiente verso i terzi⁹², dal momento che il nuovo testo si limita a indicare che costoro possono «avvalersene per la prova di un fatto», con formulazione dalla quale emerge solo che dalla mancata esecuzione di un contratto è ricavabile la dimostrazione di una colpa, ma non che ne sia la prova sufficiente nella prospettiva dell'articolo 1382. Sebbene un progetto avesse preso posizione in senso negativo⁹³, la formula suggerita non è stata riprodotta: è bensì esplicitata la preclusione ai terzi a domandare l'adempimento del contratto, tuttavia una tesi preferisce riferirla al diritto di pretendere l'esecuzione, senza estenderla al debito, così da configurare l'inadempimento quale fatto illecito⁹⁴.

Si è immaginato che quanti fonderanno l'azione esclusivamente su un inadempimento invocheranno le regole della responsabilità contrattuale e quindi si confronteranno con le condizioni contenute nell'accordo (patti di limitazione o esclusione, competenza giudiziaria), senza trovare ostacolo nella relatività degli effetti. Per contro, chi intenderà sottrarsi a tali vincoli cercherà di appoggiarsi al regime del fatto illecito, ma dovrà basare la sua pretesa sulla prova di un fatto generatore di quel tipo di responsabilità; per questa via questi potrebbe avvalersi del contratto, pur essendo sottratto alle sue regole, dal momento che non gli sarebbero opponibili le clausole di limitazione o esonero della responsabilità e quelle sulla competenza. Poiché il regime aquiliano aggira le previsioni contrattuali, la parte inadempiente verrebbe a soggiacere a una disciplina diversa da quella che aveva negoziato e la responsabilità potrebbe risultare più pesante nei confronti di un terzo piuttosto che della controparte⁹⁵.

6.3. Piuttosto che sulla disciplina della simulazione (artt. 1202, 1203) e della promessa del fatto altrui (1205), merita soffermarsi su quella del contratto a favore del terzo (artt. 1206-1210), la quale risulta ben più diffusa rispetto al passato, quando figurava una sola disposizione. Il lessico impiegato si riferisce alla conclusione per altri (art. 1203 ss.), replicando l'espressione impiegata in precedenza: il vecchio art. 1121 consentiva di stipulare a favore di un terzo quando tale era la condizione di una donazione o di un accordo concluso a nome proprio, mentre il nuovo art. 1206 si limita a permetterlo senza aggiungere limiti, consolidando il diritto giurispruden-

⁹² Art. 1200: «Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat. Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait.». Il terzo è così ammesso ad avvalersi del contratto, pur essendo sottratto alle sue regole, dal momento che non gli sono opponibili le clausole di limitazione o esonero della responsabilità e quelle sulla competenza. Poiché il regime aquiliano aggira le previsioni contrattuali, la parte inadempiente soggiace a un regime diverso da quello che aveva negoziato, la responsabilità può risultare più pesante nei confronti di un terzo piuttosto che della controparte.

⁹³ Projet Terré, art. 124, alinea 2.

⁹⁴ DISSAUX, JAMIN, *Projet de Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, cit., 101.

⁹⁵ SABARD, *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, cit.

ziale⁹⁶. Il beneficiario può essere un soggetto futuro, purché individuato (art. 1206), come si impone per l'assicurazione sulla vita; la destinazione a favore del terzo è revocabile sino a quando costui non l'abbia accettata (art. 1207); la revoca e l'accettazione possono provenire anche dagli eredi (artt. 1208 e 1209).

Il nuovo testo non prende posizione sulla possibilità di imporre obblighi a carico del beneficiario, che la Cour de Cassation aveva ammesso⁹⁷.

C. La nuova disciplina esordisce con intonazione istituzionale, indicando che il rappresentante deriva i suoi poteri dalla legge, da un provvedimento giudiziario o dall'accordo, e che è legittimato ad agire soltanto nei limiti dell'investitura (art. 1153). La disposizione successiva riprende la distinzione tra la rappresentanza perfetta, quando il rappresentante agisce a nome e per conto del rappresentato, e quella imperfetta - che noi identifichiamo come mandato senza rappresentanza - ove il rappresentante agisce per conto altrui, ma contratta a suo nome. Sono individuati gli atti che il rappresentante può compiere, a seconda del tenore generale o speciale (art. 1155); nella seconda ipotesi, sia quelli per cui è abilitato, sia gli ulteriori strumentali.

È chiarito il vizio integrato dal superamento dei poteri (art. 1156), a lungo controverso in giurisprudenza: piuttosto che la nullità dell'atto compiuto, è comminata la sua inopponibilità (primo capoverso). Al fine di preservare la sicurezza giuridica, si recepisce la teoria dell'apparenza elaborata dalle corti: se, in linea di principio, il rappresentante che ha valicato l'investitura non è obbligato verso i terzi, ciò non vale quando dalle circostanze risulti che costoro avrebbero potuto legittimamente fare affidamento sui suoi poteri (art. 1156). In ipotesi di esorbitanza è previsto un secondo vizio: l'azione per far dichiarare la nullità è subordinata alla prova di aver ignorato il difetto (secondo capoverso), sempre fatta salva la ratifica del rappresentato (terzo capoverso).

Ricorre lo sviamento di potere quando il rappresentante agisce bensì nel limite dell'investitura, ma per perseguire uno scopo diverso da quello convenuto o previsto dalla legge: la disposizione (art. 1157) opta per la nullità in favore del rappresentato, a condizione che i terzi siano in malafede (se abbiano avuto conoscenza o non avrebbero potuto ignorare lo sviamento). Altrimenti, a somiglianza di quanto previsto dai progetti di armonizzazione europea e da alcuni ordinamenti stranieri, è introdotta un'azione interrogatoria in favore dei terzi (art. 1158), al fine di fugare i dubbi circa l'estensione dei poteri del rappresentante. Gli effetti sul rappresentato sono individuati in base alla fonte della rappresentanza, distinguendo la legale e la giudiziaria, da un lato, quella convenzionale, dall'altro (art. 1159). Per l'ipotesi di conflitto d'interessi sono dettate soluzioni (art. 1161) conformi a quelle previste nei progetti europei.

⁹⁶ Precedente guida Cass. civ, 1 er, 2 aprile 1967, in *Bull.civ.*, n. 125.

⁹⁷ Cass. Civ. 8 ottobre 1987, n. 85-11769, in *Rec. Dalloz*, 1989, 233.

D. La relazione tra il contratto e i soggetti diversi dalle parti riveste notoriamente enorme rilievo sia pratico sia sistematico e coincide con una tematica classica, ove rifluiscono molteplici questioni (tra cui la linea di demarcazione tra situazioni obbligatorie e reali), le quali a propria volta moltiplicano i fronti di indagine -, anche tra loro distanti (dall'azione diretta alla responsabilità per induzione all'inadempimento) - e colgono ulteriori interferenze⁹⁸. In quanto crocevia tra contratto, responsabilità civile e proprietà, risulterebbe inadeguata la trattazione appoggiata esclusivamente al primo fronte, poiché tralascerebbe il rilievo delle reciproche influenze e dei condizionamenti: è risaputo che la delimitazione del confine con il fatto illecito risente del grado di flessibilità delle rispettive categorie⁹⁹; inoltre l'assegnazione di una pretesa fornita dei caratteri della assolutezza o piuttosto dell'obbligatorietà non è sempre scontata e si lascia spesso preferire sulla base di valutazioni articolate¹⁰⁰.

Attraverso la consolidazione di parte del diritto giurisprudenziale vivente, il legislatore francese ha implementato la disciplina del contratto a favore di terzi, nel segno del maggiore favore, esito di maturazioni interne¹⁰¹ e in linea con le tendenze emergenti sia in altri sistemi¹⁰², sia nei laboratori europei¹⁰³, che vedono accrescere la rilevanza esterna.

Qui e là spunta qualche chicca, abolizione della causa a parte. Sul versante degli effetti si è accondisceso a un'opponibilità ampliata del rapporto, attingendo a soluzioni ancora una volta allineate agli indirizzi giurisprudenziali, ma stravaganti rispetto a quelle più diffuse, tra cui la nullità del contratto concluso nella consapevolezza di violare un'opzione o prelazione convenzionale a favore di terzi, che rappresenta la consolidazione di un orientamento giurisprudenziale interno, ma non è in sintonia con le soluzioni vigenti negli altri ordinamenti¹⁰⁴.

⁹⁸ La prospettiva rimediabile acquisisce al discorso l'azione surrogatoria, per un verso, la pubblicità immobiliare, per l'altro.

⁹⁹ Esempio la vicenda del danno da contatto sociale qualificato, al cui riguardo si rinvia a Rossi, *Contatto sociale (fonte di obbligazione)*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ., App. agg.* V, Torino, 2010, 346 ss.

¹⁰⁰ Doveroso il rinvio al celebre lavoro di CALABRESI, MALAMED, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, in *Harvard Law Review*, Vol.85, 1972, 1089

¹⁰¹ Un quadro aggiornato è offerto da DESHAYES, *Les effets du contrat entre parties - Articles 1194 à 1199*, in *Sem. Jur.*, Suppl. al n. 21, 25 maggio 2015, 43 ss.

¹⁰² In tema è reperibile una vasta bibliografia comparatistica: GALLO, voce *Contratto a favore di terzo in diritto comparato*, in *Dig. IV ed., sez. civ.* 1989, vol. IV; GANDOLFI, *Il contratto a favore di terzi nel "codice europeo dei contratti"*, in *Riv. trim. dir. priv. e proc. civ.*, 2003, 903; D.J. JOUBERT, *Agency and Stipulatio Alter*, in R. Zimmerman & D. Visser (cur.), *Southern Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, cit., 356; SUTHERLAND, *Third-Party Contracts*, in H.L. MACQUEEN & R. ZIMMERMANN, *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, cit., 215-6.

¹⁰³ Nei Principi di diritto europeo dei contratti l'Art. 6:110: *Contratto a favore di un terzo*, disponibile in traduzione italiana in CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Torino, 2001, per la cui analisi si rinvia anche a MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2ª ediz., 2015; CASTRONOVO, MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007.

¹⁰⁴ Il § 137 BGB regola gli effetti della violazione di divieti di disposizione di beni o diritti (di fonte sia legale sia negoziale), legittimando la richiesta di risarcimento del danno ed escludendo ogni riverbero sulla validità

Per contro, emerge timidezza nella protezione dei terzi dall'inadempimento e viceversa - ossia nella tutela nei confronti della cooperazione o induzione del terzo -, poiché dalla disposizione in tema di opponibilità sono ricavabili regole corrispondenti solo tramite un'addizione interpretativa. L'esitazione riguarda il trattamento sia della legittimazione dei terzi ad agire nei confronti della parte inadempiente, sia il reciproco, ossia la responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento o per interferenza illecita. Poiché si tratta di responsabilità aquiliana, essa potrebbe trovare considerazione nella relativa riforma.

dell'atto; la giurisprudenza tedesca non dubita che la violazione del diritto di prelazione (sia esso di fonte legale o negoziale) fonda esclusivamente il risarcimento dei danni, cui il terzo acquirente in buona fede non è tenuto. Per quanto riguarda l'opzione (piuttosto inusuale), o meglio la proposta contrattuale- che in diritto tedesco è vincolante-, la sentenza più recente è BGH 21.1.2015 relativa al caso di un produttore di cemento che aveva fatto una proposta per una fornitura all'oblato, dimenticandosi di specificare che la proposta era "nicht bindend" oppure "freibleidend". La revoca della proposta irrevocabile (in forma espressa o per fatti concludenti) in diritto tedesco non è considerata inefficace, ma ha come conseguenza il diritto al risarcimento del danno in favore dell'oblato, quindi non è prevista nullità. Anche nella common law inglese si apre sola la strada del risarcimento del danno. In materia si rinvia ai contributi raccolti in L. Vacca (cur.), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 2001; ALPA, FUSARO, DASSIO, SOMMA, TORIELLO, *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*, Milano, 2000.



Autoritarismo e interpretazione degenerata della legge*

di Roberto Calvo**

SOMMARIO: 1. La doppia anima della rivoluzione nazionalsocialista. – 2. «Anti-stato» e conservazione del codice civile del 1896. – 3. (Segue). La modifica extralegislativa del diritto privato. – 4. Il potere normativo della volontà dittatoriale. – 5. La teoria dell'ordinamento sociale concreto. – 6. Gli attuali pericoli all'unità e autorevolezza del diritto civile.

1. L'esperienza storica del terzo *Reich* ha insegnato che la rivoluzione totalitaria, fondata sul concetto di Stato annichilente le basi filosofico-culturali del liberalismo ottocentesco, è stata attuata in due modi formalmente diversi, seppure coesi dall'identità di obiettivi.

Anzi tutto si è assistito alla militarizzazione della vita sociale e alla penetrazione del regime in ogni ganglio del sistema con l'esito di asservire l'individuo al programma del nuovo ordine politico.

La politicizzazione non ha risparmiato la cultura e i mezzi d'informazione: si pensi all'impegno dedicato dagli ideologi del nazionalsocialismo all'attività propagandistica posta in essere tramite la radio, la televisione e il cinema.

Anche l'arte fu usata come strumento destinato a influire sulla pubblica opinione orientandola verso le idee costituenti le perverse basi concettuali del nuovo Stato illiberale. In questa direzione veniva affermato il superamento dell'individualismo classico, surrogato da un realismo romantico imperniato sulla vanità del superuomo. L'arte totalitaria acclamata dal regime nazista implicava che l'interprete dovesse rappresentare gli eventi rivoluzionari in maniera da rafforzare il senso di appartenenza dei singoli a uno Stato forte e vincente.

La venatura mediana di tale realismo era rappresentata dall'asserita superiorità della razza ariana, concepita come modello di purezza e perfezione estetica e culturale¹. L'evoluzionismo razziale della Germania hitleriana si riverberava pertanto sulla cultura ufficiale, con l'esito di emarginare gli intellettuali che non si piegavano alla

* Testo della relazione tenuta presso l'Università di Bari il 29 settembre 2016 in occasione del Convegno su «L'interpretazione tra legge e contratto».

** Ordinario

¹ E. LANFRANCHI, *Il concetto di arte «degenerata» durante la Germania nazionalsocialista*, Diss., Trieste, 2005, p. 71. Il tema è stato approfondito dai seguenti studiosi: G. COSTANTINI, *Entartete Kunst, l'arte negata*, in *Quaderni di Olokaustos*, Bologna, 2005, p. 201 ss.; A. GUYOT e P. RESTELLINI, *L'arte nazista. Un'arte di propaganda*, Milano, 1992, *passim*.

Weltanschauung totalitaria. Vale la pena di notare che nel rappresentato scenario proteso alla mortificazione delle libertà, la raffigurazione del nudo era vista come un modo particolarmente adatto a simboleggiare la purezza della razza ariana e la forza vitale dei suoi appartenenti, i quali facevano pertanto parte di uno Stato efficiente e invincibile, che si elevava a modello insuperabile di perfezione estetica, culturale e politica².

Movendo da questi postulati affiora l'odio serbato dai teorici del terzo *Reich* verso le forme artistiche che non si allineavano al dianzi evocato realismo venato dall'ideologia del sangue e della terra («*Blut und Boden*»), imperniata sulla combinazione di criteri giuridico-naturalistici quali il *ius sanguinis* e il *ius soli*. Di lì l'idea di distruggere l'arte degenerata, ossia le avanguardie sviluppatasi in Europa nel primo ventennio del Novecento (si pensi al futurismo, alla metafisica, al surrealismo e al dadaismo). L'arte di Stato doveva avere un carattere nazionale e popolare. Doveva, in altre parole, assolvere una funzione educativa volta a esaltare le capacità di condottiero di Hitler³.

2. Nel campo del diritto privato il regime nazionalsocialista, all'opposto, non distrusse né smantellò il codice del 1896, espressione del tanto detestato liberalismo ottocentesco⁴. Prevalse dunque un atteggiamento apparentemente conservatore, che tuttavia celò la degenerazione del sistema illiberale, il quale – in altri settori della vita civile – mise in pratica la teoria del c.d. antistato tramite la cancellazione delle garanzie su cui si ergeva lo Stato di diritto.

Il totalitarismo illiberale – teorizzato da Carl Schmitt⁵ – che innervava tali direttive politico-ideologiche permise d'inclinare l'asse del sistema verso la conversione del diritto nel suo opposto. Ne discese che i valori razional-liberali, da cui trassero ispirazione le codificazioni ottocentesche, finirono con il diventare un nemico acerrimo del moderno Stato dispotico.

La nuova «religione» diede impulso alla legislazione escludente il diritto di cittadinanza a chi non fosse di sangue tedesco o affine⁶; il folle credo sotteso dagli accennati provvedimenti faceva leva sulla persuasione che la vitalità socioculturale di un popolo fosse condizionata dalla trasmissione ereditaria di taluni dati biologici⁷.

² E. LANFRANCHI, *Il concetto di arte «degenerata» durante la Germania nazionalsocialista*, cit., p. 72.

³ È appena il caso di avvertire che le opere dell'arte degenerata, là dove scamparono alla distruzione, furono prima sequestrate, poi vendute fuori confine.

⁴ Il legislatore del terzo *Reich*, riguardo al diritto privato, intervenne perlopiù con provvedimenti di settore aventi per oggetto il lavoro (1934), il matrimonio e il testamento (1938).

⁵ C. SCHMITT, *Nationalsozialistisches Rechtsdenken*, in *Deutsches Recht*, 1934, p. 225 ss.

⁶ Legge del 15 settembre 1935. Cfr., diffusamente, V. DI PORTO, *Le leggi della vergogna. Norme contro gli ebrei in Italia e Germania*, Firenze, 2000, pp. XXIII e 23, ove vengono altresì prese in considerazione le disposizioni razziali adottate in epoca fascista.

⁷ Per ulteriori riferimenti si veda V. DI PORTO, *Le leggi della vergogna*, cit., p. XXVII.

Ai sensi del § 1 *BGB* «La capacità giuridica della persona inizia all'atto della nascita». Il regime nazionalsocialista attuò la politica discriminatoria e antisemita attraverso questa logica degenerata: nel nuovo Stato la nozione di persona implicava l'appartenenza all'etnia ariana. L'adeguamento del preesistente diritto scritto (e quindi del succitato § 1) alle nuove idee giustificava pertanto il corollario che non erano persone in senso giuridico gli appartenenti alla comunità ebraica. Questi principi divennero il manifesto costitutivo del partito nazionalsocialista (NASDAP)⁸. Ne conseguì l'effetto di determinare la c.d. morte sociale di chi veniva a perdere la cittadinanza tedesca per ragioni etniche o religiose⁹.

Le clausole generali ed i concetti indeterminati sarebbero dovuti essere concretati dai tribunali in aderenza alle concezioni nazionalsocialistiche¹⁰. Detti tasselli dell'«antico» ordinamento liberale divennero pertanto la porta attraverso cui inserire nel diritto civile l'ideologia del *Führer*: da lì la parabola del magistrato-funzionario, che si mette al servizio del potere politico diventando una pedina del perverso scacchiere illiberale¹¹.

Anche chi, dall'alto della propria autorevolezza, agli albori del cancellierato nazista denunciava il rischio dell'incertezza nella vita giuridica imputabile all'uso di concetti vaghi come buona fede (§ 242 *BGB*), equità e via discorrendo (che tra l'altro mettevano a repentaglio il principio *pacta sunt servanda* e l'affidamento sulla forza vincolante degli accordi contrattuali)¹², alla fine ne legittimava l'uso quando ragioni contingenti imponessero l'esercizio discrezionale del potere politico come strumento di governo e di attuazione dell'interesse collettivo¹³.

3. Le lacune dell'ordinamento dovevano essere colmate per realizzare il mutamento di rotta voluto dal regime totalitario in antitesi alle coordinate del «vecchio» modello liberale, sì da attuare l'auspicata trasformazione extralegislativa del diritto privato favorente il nuovo corso dell'«era» totalitaria.

L'interpretazione delle regole orientate dall'ideologia nazista divenne un mezzo di allineamento (*Gleichschaltung*) per assicurare il controllo universale della società, contro ogni forma d'individualismo¹⁴.

L'ideologia illiberale, nel sistema antidemocratico che si sta descrivendo, si trovava alla sommità dei «valori» informanti di sé l'ordinamento quale fonte extrapositiva del diritto: la legislazione «tradizionale» era quindi a essa subordinata di guisa che, ove fosse emersa un'antinomia, prevaleva sempre l'«antidiritto», dotato dell'autorità di modificare, in chiave applicativa, il preesistente *ius positum* che restava formal-

⁸ Cfr. B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München, 1988, p. 92.

⁹ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, cit., p. 95.

¹⁰ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, cit., p. 31.

¹¹ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht*, cit., pp. 21 e 23.

¹² J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933, p. 70.

¹³ J.W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, cit., p. 73 ss.

¹⁴ Cfr., con riguardo alla nozione di proprietà, F. WIEACKER, *Bodenrecht*, Hamburg, 1938, p. 26.

mente intatto¹⁵. Talché, di fronte all'apparente continuità si celava la sconvolgente rottura con il passato, che di lì a poco avrebbe drammaticamente segnato le sorti dell'umanità.

Da questa prospettiva riusciamo a distinguere gli architravi del c.d. doppio Stato, nel quale diritto e «antidiritto» convivevano; ma si trattava di una mera suggestione perché, in realtà, l'ordinamento era segnato dall'indiscussa prevalenza dell'«antinormativismo»¹⁶, ossia del punto di vista del dittatore¹⁷.

Il rinnovamento giuridico avvenne quindi in modo occulto, essendo il portato dell'egemonia dell'ideologia autoritaria sulla legge scritta¹⁸. Tale primazia era teorizzata dai giuristi di regime, i quali affermavano che la rivoluzione nazionalsocialista si doveva appunto concretare stravolgendo, di fatto, il diritto senza rettificarne la lettera allo scopo di vincere le iniziali resistenze provenienti dall'apparato statale¹⁹.

4. L'emancipazione della vita pubblica dal primato della legge scritta generò una specie di vuoto giuridico colmato dalla tirannia hitleriana²⁰, svincolata da ogni postulato morale²¹ e da ogni controllo di legalità, che assunse le sembianze istituzionali del c.d. Stato discrezionale (o «antinormativo»)²², regolato – in ogni sua espressione – dai provvedimenti insindacabili del *Führer*²³. Egli è il nuovo legislatore e la sua volontà assurge a dignità di legge²⁴; la legalità è dunque l'immagine della sua determinazione²⁵ affrancata da ogni responsabilità politica o istituzionale²⁶.

Nel tratteggiato clima oscurantista il diritto civile, che pur (come notammo) conservava sostanzialmente intatto il suo monumento più elevato rappresentato dalla codificazione del 1896, divenne mancipio dello Stato illiberale. Tale diritto smarri infatti tragicamente la propria vocazione ad assicurare a ciascuno il suo (*suum cuique tribuere*), ossia a permettere ai singoli – senza distinzione di razza, religione, censo o altro – una vita libera e dignitosa, in maniera da bilanciare l'interesse del

¹⁵ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, cit., p. 24.

¹⁶ E. FRAENKEL, *Il doppio Stato*, cit., p. 21 ss.

¹⁷ W. GRAF VITZTHUM, «Die Wiederherstellung der vollkommenen Majestät des Rechts». *Deutscher Widerstand, staatsrechtlich betrachtet*, in F.J. DÜWELL e T. VORMBAUM (Hrsg.), *Themen juristischer Zeitgeschichte* (1). *Schwerpunktthema: Recht und Nationalsozialismus*, Baden-Baden, 1998, p. 51 s.

¹⁸ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, cit., p. 25.

¹⁹ H. LANGE, *Vom alten zum neuen Schuldrecht*, Hamburg, 1934, p. 36.

²⁰ E. FRAENKEL, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* (1974), trad. it., Torino, 1983, p. 21.

²¹ E. FRAENKEL, *Il doppio Stato*, cit., p. 73.

²² E. FRAENKEL, *Il doppio Stato*, cit., pp. 23 e 63.

²³ E. FRAENKEL, *Il doppio Stato*, cit., p. 46; F. VON HIPPEL, *Die Nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre*, Tübingen, 1946, p. 7.

²⁴ H. FRANK, *Zum Geleit*, in *Süddeutsche Monatshefte*, 1934, p. 257.

²⁵ F. VON HIPPEL, *Die Nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre*, cit., p. 8.

²⁶ F. VON HIPPEL, *Die Nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre*, cit., p. 12.

singolo con quello della collettività indistinta. Esso si convertì in un marchingegno di terrore, usato allo scopo di perpetrare la degenerazione di cui si è detto²⁷.

Ci troviamo in definitiva di fronte ad un sistema spoglio di legalità, giacché costruito attorno al potere in bianco rimesso nelle mani del dittatore²⁸.

5. La massima legittimazione dell'«antinormativismo» fu decretata dalla teoria dell'ordinamento sociale concreto, professante l'idea secondo cui il sistema vive nelle azioni sociali dei suoi componenti²⁹: il vincolo dei consociati al diritto deriva perciò dalla sua effettiva esistenza nella comunità indipendentemente dalla fonte che lo produce, la quale può senz'altro essere extralegislativa. Di lì il corollario a mente del quale il fondamento del diritto è di tipo esistenziale e non già normativo, come dimostra il rilievo che esso s'impone ai consociati in forza della loro semplice appartenenza al corpo sociale³⁰.

La finzione raggiungeva l'apogeo là dove si sosteneva, con il malcelato proposito di coprire le degenerazioni razziali e la tirannide dell'«antidiritto», che il legislatore – pur non essendo limitato nelle sue azioni da una legge di rango superiore – trova pur sempre nello spirito popolare il proprio limite paralizzante il rischio di arbitrio, siccome il legislatore stesso forgia regole e principi insiti nello spirito della nazione³¹.

Secondo la grammatica totalitaria il diritto non era una somma di prescrizioni positivamente sancite, bensì una forma di manifestazione della vitalità del popolo: la rivoluzione nazionalsocialista si sostanzava pertanto nella lotta fra il diritto modellato dallo spirito del popolo e quello formale dei giuristi e della tecnica da loro teorizzata³².

Ne conseguì l'attribuzione all'ideologia nazista del ruolo di fonte del diritto: lo spirito nazionalsocialista, che idealizzava l'odio razziale, era quindi dotato di forza vincolante; in ipotesi di contrasto con il «vecchio» diritto scritto l'autorità magistratuale avrebbe dovuto dare prevalenza alla fonte non scritta radicata nella volontà del *Führer* (*Führerwille*), che primeggiava su ogni altra fonte giuridica³³.

Il magistrato-funzionario non aveva pertanto alcun potere di sindacato in merito alla legalità delle decisioni del *Führer*. Da qui la dicotomia fra *Herrschaft* e *Führung*: chi esercita la prima è insignito di un potere ufficiale, laddove il titolare della seconda (appunto il *Führer*) è fornito di autorità riconosciutagli dai seguaci, i quali ravvi-

²⁷ B. RÜTHERS, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, cit., p. 14.

²⁸ F. VON HIPPEL, *Die Nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre*, cit., p. 30.

²⁹ K. LARENZ, *Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule*, in *Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie*, I, 1935, p. 45.

³⁰ K. LARENZ, *Volksgeist und Recht*, cit., pp. 47 e 57.

³¹ K. LARENZ, *Volksgeist und Recht*, cit., p. 58.

³² H. LANGE, *Lage una Aufgabe der deutschen Privatrechtswissenschaft*, Tübingen, 1937, p. 15 s.

³³ *Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters vom 14. Januar 1936*, in *Deutsche Rechtswiss.*, 1936, p. 123 s.

sano in lui un potere carismatico che lo legittima a guidarli fuori di ogni regola scritta³⁴.

6. Quali sono i pericoli che corre oggi il diritto civile? Quali sono i rischi che il giuscivileista deve combattere per evitare – pur entro le apparentemente rassicuranti colonne del sistema democratico su cui si eleva lo Stato di diritto – che il *ius privatum* smarrisca la propria inclinazione ad assicurare la libertà dei singoli³⁵ ed i presupposti per la sua perpetua attuazione?

In primo luogo il discorso va a cadere sulla tecnica di redazione delle leggi. Una legislazione civile priva di rigore e di metodo, frutto di scelte contingenti e confuse, le quali non rispettino le direttrici ordinanti il nostro codice civile, costituisce forse uno dei più insidiosi attacchi all'ordinamento privatistico, che oltre a ferire la dignità del *ius privatum*, annienta l'autorevolezza dello Stato e delle sue istituzioni. L'autorità della legge non può prescindere dalla sua autorevolezza; in caso contrario il diritto scritto si tradurrebbe in un mero esercizio di forza³⁶.

Nel rappresentato scenario il giurista accademico deve assumersi le sue responsabilità: deve cioè vigilare costantemente sulle tecniche di legislazione, cercando – con realismo (abbandonando, di conseguenza, atteggiamenti snobistici o intrisi di un inutile disfattismo) – di denunciarne le falle, con l'effetto di mettere fra l'altro a nudo le patologie ascrivibili a una classe politica non all'altezza dei propri compiti. Perché ciò sia possibile bisogna garantire l'autonomia dello studioso e la sua indipendenza dai poteri forti: il superamento dei confini tra università e politica o la confusione dei ruoli rende il parere dell'accademico meno prestigioso, perché proviene da un soggetto che ha deteriorato in tal modo la propria reputazione e il credito che i terzi in lui dovrebbero riporre.

L'educazione dei giovani studiosi deve condurre alla loro maturazione piena, come se si dovesse procedere a una sorta di «*Gradus ad Parnassum*». La grammatica giuridica deve contemperare l'amore per la conoscenza con il rigore nello studio, sì da affinare l'*esprit de géométrie* senza smarrire l'*esprit de finesse*³⁷. Razionalismo e intuizione, ossia armonizzare sapientemente la «tecnica» plasmata dalla civilistica tradizionale con la capacità d'arricchirla dei valori universalmente validi, rappresentano uno dei più proponimenti della ricerca scientifica. La scienza non deve però essere autoreferenziale, né può fornire modelli errati, ma deve sempre orientare (con

³⁴ Come rileva P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano* (1958), trad. it., Firenze, 1962, p. 539, il *Führer* «non viene formalmente investito di una carica, ma si crea da se stesso quello che è il suo potere; non vi è legge che possa istituire un *Führer* o impedirne l'azione».

³⁵ Si veda *Inst.*, I,1,1.

³⁶ Sia consentito rinviare a R. CALVO, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, Milano, 2013, spec. p. 14 ss.

³⁷ In questa direzione l'opera di Aurelio Gentili, presentata e discussa in questo Convegno, costituisce un valido paradigma.

onestà e senso delle proporzioni) il proprio percorso antepo-
nendo l'interesse generale a quello individuale.

La magistratura, dal canto suo, deve rinverdire il dialogo con gli studiosi, che è oggi alquanto flebile. Si ha peraltro la sensazione che non pochi magistrati, specie quelli appartenenti alle generazioni più giovani, abbiano un'idea poco chiara di cosa sia la dottrina. Per arginare l'additata stortura l'ordine accademico non può abdicare al proprio ruolo di formazione anche postuniversitaria³⁸; in quest'ordine d'idee occorrerebbe porre mano a una riforma del sistema di reclutamento dei magistrati, il quale si dimostra oggidi debole sotto il profilo non già organizzativo ma, per così dire, metodologico.

Su questo sfondo la cultura del precedente giudiziale deve essere rimodulata. Il dialogo con il diritto delle corti (*ius vivens*) non deve essere un'occasione di sudditanza né, all'inverso, di prevaricazione, ma di confronto lungimirante nel rispetto dei ruoli. La letteratura deve cercare di proporre soluzioni persuasive e realistiche, che tengano anche conto dell'esperienza comparativa; la giurisdizione deve, sotto il profilo applicativo, valutarne l'efficacia e la tenuta sottoponendole al banco di prova della fattualità.

Volgendo all'esito di questo interrogarsi, diremo che uno dei più efficienti antidoti contro la «deculturazione» del diritto civile sia dato dalla sensibilità sistematica, che aiuta a discernere i principi dalle regole e a identificare le impalcature del sistema privatistico, all'interno delle quali vanno collocati con pazienza e attenzione i singoli tasselli del tessuto normativo. Grazie a questa rinnovata pedagogia si evita che l'ordinamento del caso concreto, destinato a risolvere tramite il verdetto giudiziale (*decisum*) il conflitto contingente d'interessi, segua parabole adespote, le quali incrinano inevitabilmente l'unitarietà del sistema, la prevedibilità delle decisioni e la certezza della legge.

³⁸ Ruolo che è peraltro stato in gran parte tradito – secondo un'idea ampiamente diffusa e condivisa – dalle Scuole di specializzazione di cui all'art. 16 d. lgs. 17 novembre 1997, n. 398.



Consensualismo e trascrizione

di Cristiano Cicero*

SOMMARIO: 1. Il problema della riflessione sulla regola consensualistica. – 2. Consenso delle parti legittimamente manifestato, ovvero l'accordo raggiunto nei modi di legge. – 3. La trascrizione immobiliare quale strumento di soluzione del conflitto fra più aventi causa dal medesimo autore. Il problema della rilevanza del contratto nullo di fronte ai terzi. – 4. L'esigenza di dare affidamento al terzo. – 5. La trascrizione del titolo e i diversi percorsi acquisitivi ex artt. 1159 (usucapione immobiliare decennale) e 2644 c.c. – 6. La negazione del consensualismo. – 7. "Consenso delle parti legittimamente manifestato" e le eccezioni al modello traslativo generale consensualistico.

1. La riflessione sull'efficacia traslativa del "consenso delle parti legittimamente manifestato" deve affrontare un duplice ordine di considerazioni, volte a determinare cosa concretamente l'art. 1376 c.c. intenda con il termine consenso, e se sia poi vero che il consenso sia per sé solo sufficiente - secondo l'accezione dominante - a determinare l'effetto reale. La regola consensualistica introdotta dal *Code Napoleon*, che fonde nel contratto (di vendita, in via paradigmatica) *modus* e *titulus*¹, rifiutando la necessità della loro separazione², era tesa a semplificare il sistema di circolazione della proprietà. Il *Code Napoleon* elimina la consegna dal quadro degli atti di disposizione, perché se il negozio fondamentale è volto a far nascere l'obbligazione di trasferire una cosa determinata, la proprietà passa *ex lege* al promissario (art. 1138 c. fr.)³; il sistema germanico ammette l'astrattezza della consegna (*Übergabe*) e della alienazione dell'immobile (*Auflassung*). Il legislatore italiano del 1942 - differentemente rispetto al codice delle obbligazioni svizzero⁴ o ad es. al *Bürgerliches Gesetzbuch*⁵, ove in tema di vendita il § 433 recita che 1) con il contratto di vendita il

* Professore ordinario di Diritto Privato nell'Università di Cagliari.

¹ Va immediatamente rilevato che il *Code* dettò una disciplina tesa a dirimere la lite tra diversi acquirenti del medesimo bene mobile, col criterio insito nel possesso di buona fede, laddove per gli immobili non dispose alcunché, e anzi abrogò la legge ipotecaria del 1798; per la disciplina del conflitto tra più aventi causa occorrerà attendere l'emanazione della legge sulla trascrizione del 23 marzo 1855.

² V. ora le pagine di R. Sacco, voce *Causa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, IX, Torino, 2014, spec p. 48 ss.

³ Sul punto, v. il recente studio di F. AZZARRI, *Res perit domino e diritto europeo*, Torino, 2014, p. 1 ss.

⁴ Art. 184: La compera e vendita è un contratto per cui il venditore si obbliga a consegnare l'oggetto venduto al compratore ed a procurargliene la proprietà e il compratore a pagare al venditore il prezzo.

⁵ BGB, § 433: (1) Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer einer Sache verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. (2) Der Käufer ist verpflichtet, dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen.

venditore di una cosa è obbligato a consegnare la cosa al compratore. 2) il compratore è obbligato a pagare al venditore il prezzo pattuito - ha accolto il modello consensualistico, ha recepito l'unificazione tra *titulus* e *modus acquirendi* che il *Code Napoléon* aveva fatto propria, eliminando talune norme superflue del cod. 1865, sol che si pensi all'art. 1062 cod. 1865, il quale precisava l'effetto reale della donazione a prescindere dalla consegna⁶.

La regola vigente è dunque - almeno in apparenza - netta: il consenso produce effetti reali, ovverosia traslativi, con riferimento ai contratti aventi ad oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata. Ciò che tuttavia va indagato è se la regola consensualistica sia espressione di una norma imperativa ovvero dispositiva, anche valutando, già a livello codicistico, se il modello imperniato sulla traslatività ad opera del solo consenso conviva o meno con il diverso modello della separazione. Se il principio della traslatività del consenso è espressione dell'esaltazione della dimensione volontaristica, allora dovrebbe ritenersi contrario alla sua stessa *ratio* pretendere che l'effetto reale scaturisca, sempre, direttamente e immediatamente, dall'accordo dalle parti raggiunto, anche quando emerga una loro diversa volontà in tal senso. Se così fosse, parrebbe, infatti, delinearsi l'imposizione di un "congegno" traslativo non più teso alla piena affermazione della volontà delle parti, ma addirittura contrario alla manifestazione di volontà unanime delle stesse.

L'affermazione del principio dell'efficacia traslativa del consenso, in ragione del quale il trasferimento o la costituzione del diritto è effetto immediato del contratto, ha condotto al tendenziale superamento del differente modello traslativo, imperniato sulla regola dell'investitura formale quale requisito imprescindibile per la trasmissione del diritto⁷. Nell'esperienza del diritto romano classico⁸, che ha influenzato le elaborazioni della pandettistica tedesca, il contratto era diretto esclusivamente alla costituzione di rapporti obbligatori. L'acquisto della proprietà a titolo derivativo, lungi dall'essere conseguenza immediata dell'accordo raggiunto dalle parti sulla funzione socio - economica pattiziamente programmata, avveniva per il tramite di atti traslativi tipici (la *mancipatio*, l'*in iure cessio* e la *traditio*). Così, la *conventio*, l'accordo sullo scopo pratico perseguito con il negozio, assumeva rilevanza ai fini del trasferimento nella sola ipotesi della *traditio*, fattispecie acquisitiva avente natura cau-

⁶ In argomento, F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, I, 2a ed., in *Cod. civ. comm. Schlesinger*, Milano, 1998, p. 1 ss.; A. Luminoso, *La vendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu - Messineo - Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 9 ss.

⁷ C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, 1, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1993, p. 82 ss.; R. Calvo, *Diritto civile*, III, 1, *La vendita*, Bologna, 2016, p. 29 ss.

⁸ Sul tema del trasferimento della proprietà nel diritto romano, fra i tanti, si vedano: G. Pugliese, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, p. 25 ss.; C.A. Cannata, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, ibidem, II, cit., p. 413 ss.

sale, integrata dalla consegna della cosa⁹. La compravendita romana non era dunque preordinata al trasferimento del diritto, ma da essa scaturiva la mera obbligazione in capo all'alienante di *possessionem tradere*¹⁰, ossia di immettere il compratore nella materiale disponibilità del bene. La necessità della consegna quale generale mezzo di trasmissione della proprietà, nel rispetto della tradizione romano - classica, era diffusa anche nei primitivi sistemi germanici¹¹ per affermarsi, poi, nel diritto comune, e successivamente assistere ad un lento fenomeno di erosione del principio¹². Al fine di favorire la rapidità dei traffici, nelle regioni di *droit coutumier*, di diretta tradizione romanistica, va sottolineata infatti la preponderante diffusione di forme di *traditio* spiritualizzate o meramente simboliche, che conducono ad un progressivo superamento del principio che subordinava il trasferimento alla materialità della consegna.

Il *Code Civil* del 1804 per primo consacra un modello traslativo di tipo consensualistico, optando per il superamento della tradizione e recependo la prassi che già si era diffusa nelle regioni di *droit coutumier*¹³. L'art. 1138 *Code Civil* prevede che *l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parts contractants. Elle rend le créancier propriétaire*; e, inoltre, con particolare riferimento al contratto di compravendita, l'art. 1583 *Code Civil* precisa come *elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé*. Entrambe le disposizioni citate paiono porre in discussione *prima facie* una piena affermazione del principio della traslatività del solo consenso. Il trasferimento pare pur sempre intermediato dall'obbligazione di consegna, alla quale si dà tuttavia adempimento mediante una *traditio ficta*; l'obbligazione si ritiene già adempiuta al momento stesso della conclusione del contratto, per effetto del mero accordo fra le parti. È lo stesso contratto causale a costituire, al contempo, ragione giustificativa e fattispecie acquisitiva del diritto, in forza dell'adempimento impli-

⁹ A. Burdese, *Editto publiciano e funzioni della compravendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico - comparatistica*, I, cit., p. 119 ss.; E. Ferrante, *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, p. 11, nota 19.

¹⁰ La questione è in verità controversa nella dottrina romanistica. Da un lato, infatti, la dottrina maggioritaria ritiene che si debba escludere che effetto naturale dell'*emptio - venditio* sia il sorgere di un'obbligazione di dare, cfr. V. Arangio - Ruiz, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1952, *passim*; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 429 ss.; dall'altra, invece, si registrano taluni orientamenti inclini ad ammettere che dall'*emptio - venditio* sorga in capo all'alienante una vera e propria obbligazione di trasferire la proprietà al compratore, cfr. G. Pugliese, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ C.A. Funaioli, *La tradizione*, Padova, 1942, p. 82.

¹² Nel diritto bizantino tendono così ad affermarsi forme di trasferimento nelle quali si fa esplicitamente a meno della consegna materiale della cosa e ci si accontenta della menzione della *traditio* nel documento (*παράδοσις*). Si veda in tal senso M. Talamanca, *op. cit.*, p. 438 ss.

¹³ P.M. Vecchi, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicative*, Torino, 1999, p. 28 ss., ha osservato che le ragioni dell'accoglimento del principio del consenso traslativo nel *Code Civil* sono state pressoché ideologiche, improntate al superamento delle regole romanistiche.

cito dell'obbligazione di dare, che si considera già eseguita in virtù dell'accordo nel momento stesso in cui è sorta¹⁴. Le incertezze sull'efficacia traslativa del consenso emergono anche dal citato art. 1583, il quale aveva indotto parte della dottrina francese a ritenere che in verità l'accordo fosse sufficiente a trasferire una proprietà per così dire "relativa"¹⁵, nei soli riguardi del venditore, mentre l'acquisto del diritto assoluto, come tale opponibile *erga omnes*, sarebbe invece conseguenza delle necessarie formalità ulteriori: la consegna per i beni mobili e la pubblicità per gli immobili.

Una conferma della traslatività dell'accordo causale era sembrata desumersi dal tenore dell'art. 1459 c.c. italiano 1865, che dichiarava nulla la vendita civile di cosa altrui¹⁶, analogamente a quanto disposto dall'art. 1599 *Code Civil*. Difatti, se l'alienante non ha il potere di disporre del diritto al momento della conclusione del contratto, il suo difetto di legittimazione non può che impedire radicalmente il verificarsi di un trasferimento contestuale, alla stregua del principio per cui *nemo plus iuris ad aliud transferre potest quam ipse haberet*, precludendo così l'immediata traslatività del contratto. Ne deriva, dunque, che la nullità della vendita di cosa altrui sia anch'essa un evidente indice sintomatico di un sistema traslativo, in cui il superamento della separazione fra *titulus e modus acquirendi* si è ormai spinto fino al punto da negare la validità di un accordo con il quale le parti differiscano anche solo sul piano cronologico l'effetto reale, il quale deve discendere immediatamente dall'accordo raggiunto dalle parti sulla funzione socio-economica programmata con la conclusione del contratto.

Nel codice civile vigente il consensualismo raggiunge la sua piena enunciazione. L'art. 1376 c.c., rubricato "contratto con effetti reali", recepisce il contenuto del precedente art. 1138 c.c. abrogato, superando qualsiasi intermediazione dell'obbligazione di consegna, ed imputando il trasferimento direttamente ed immediatamente al consenso delle parti legittimamente manifestato. La vendita viene, dunque, pacificamente delineata come contratto consensuale e traslativo, in cui tanto gli effetti obbligatori, quanto l'effetto reale, conseguono tutti immediatamente all'accordo raggiunto dalle parti al momento della conclusione del contratto, senza la

¹⁴ R. Sacco, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, in Sacco – De Nova, *Il contratto*, I, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco, Torino, 1993, p. 720 s.; A. Chianale, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 28 ss.

¹⁵ C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., p. 84 ss.

¹⁶ È necessario, peraltro, precisare che, mentre la vendita civile di cosa altrui era dichiarata nulla dall'art. 1459 c.c. abrogato, l'art. 59 del cod. comm. 1882 dichiarava invece la validità della vendita commerciale di cosa altrui e recitava per l'appunto che, con essa si "obbliga il venditore a farne l'acquisto e la consegna al compratore".

mediazione di alcuna obbligazione di dare¹⁷. La volontà di obbligarsi a trasferire è convertita in volontà di trasferire¹⁸.

2. L'art. 1376 c.c. individua la fonte dell'effetto reale nel consenso delle parti legittimamente manifestato. Dalla previsione testuale della norma parrebbe, in prima istanza, desumersi la piena traslatività per effetto del solo consenso delle parti contraenti, il quale, se manifestato nel rispetto dei modi di legge, sarebbe necessario ed al contempo sufficiente a determinare l'effetto reale. Così, parrebbe che, nei contratti preordinati al trasferimento della proprietà o di altro diritto, il mero consenso raggiunto dalle parti circa l'assetto di interessi dalle stesse pattiziamente programmato sia da sé solo idoneo a determinare il trasferimento, senza alcuna necessità di attendere un successivo e distinto atto di alienazione.

L'enunciazione generale della regola impone una prima riflessione, volta a determinare se il "consenso" sia sempre necessario per il raggiungimento dell'accordo contrattuale. La concezione del contratto nell'accezione di incontro delle volontà, di fusione dei consensi delle parti contraenti¹⁹, è figlia delle elaborazioni dottrinali del diritto naturale, dell'affermazione del noto "dogma della volontà", che ricerca ed individua la fonte di ogni effetto giuridico nella mera volontà del soggetto. In questo orizzonte, l'accordo implicava necessariamente il consenso, inteso come fusione dell'interno sentire delle parti, che muovendo da posizioni diverse, convergono verso una volontà comune, generatrice degli effetti contrattuali. In verità, la volontà, quale fatto psicologico ed intimistico, attiene al foro interno del singolo, non è afferrabile e tangibile. In altri termini, non è fatto so-

¹⁷ Si ripudia così la concezione francese, ancora accolta dal codice civile del 1865, che riteneva pur sempre necessario il tramite logico dell'obbligazione di dare, tacitamente adempiuta con il raggiungimento dell'accordo. Per questa via è superato il passaggio logico che portava a ritenere che la vendita attribuisse il solo diritto personale ad ottenere l'adempimento dell'obbligazione di trasferire e si afferma il principio per cui è la vendita stessa a trasferire il diritto, divenendo la vicenda reale effetto necessario dell'accordo negoziale. In dottrina, cfr. G. Mirabelli, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1968, p. 12; D. Rubino, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1962, p. 297 ss.; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., p. 95 ss.

¹⁸ Lo osserva A. Chianale, *op. cit.*, p. 94.

¹⁹ L'origine della teoria del contratto come incontro dei consensi è individuata da G. Gorla, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, p. 257, nota 7, nel D., 2, 14, *De pactis*, 1, 3, che dopo aver definito il *pactum*, l'accordo, come *duorum pluriumve in idem placitum et consensus*, così prosegue: *nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis loci in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt*. L'A. rileva come il consenso, nel suo intimo significato di "venire in unum locum", "cum – sentire", "in unum consentire", sia stato in più occasioni applicato dalla stessa giurisprudenza di legittimità (Cass. 5 maggio 1951, n. 1082, commentata dallo stesso Gorla in *Offerta ad incertam personam*, in *Foro it.*, 1965, I, p. 433 ss.), che, secondo l'A., quasi utilizzando le parole del citato passo romano, ha ritenuto elemento essenziale per la conclusione del contratto il consenso, inteso per l'appunto come l'incontro delle volontà dirette ad un fine comune, volontà che, partendo da posizioni diverse, convergono in una volontà sola, nella volontà contrattuale.

ziale, che possa essere riconosciuto e valutato, e così confondersi con l'altrui volere. Ben presto la nostra dottrina ha avvertito l'esigenza di dare rilevanza alla volontà manifestata; più che di incontro dei consensi, dovrebbe parlarsi di incontro delle dichiarazioni di volontà dei contraenti, perché solo per il tramite dell'esternazione del pensiero, sì da renderne ad altri riconoscibile il significato in essa oggettivato, i soggetti di diritto possono creare fra loro vincoli e rapporti reciproci²⁰. Si dovrebbe allora rivalutare la distinzione fra l'accordo contrattuale, fatto oggettivo che allude alle scelte legislative circa l'incontro delle dichiarazioni di volontà dei paciscenti, ed il consenso, ossia il soggettivo concordare delle volontà, che non sarebbe invece sempre necessario per la conclusione del contratto²¹. A riprova, non poche sono le ipotesi contemplate dal nostro ordinamento nelle quali il contratto risulta concluso, ossia l'accordo si considera raggiunto, benché l'interno volere di una delle parti contraenti difetti o risulti viziato. Che l'accordo non si identifichi necessariamente con l'incontro dei consensi emerge dalla stessa disciplina relativa al perfezionamento del contratto. L'art. 1326, comma 1, c.c., in particolare, enuncia il principio della cognizione, per cui il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui chi ha fatto la promessa ha conoscenza dell'accettazione dell'oblato, tenendo conto della presunzione di cui all'art. 1335 c.c. Ma, se in queste circostanze può affermarsi che un vero e proprio incontro delle volontà si sia raggiunto, non lo stesso può dirsi quando alla proposta segua l'inizio dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 1327 c.c., ovvero il mero silenzio dell'oblato. In tale ultima ipotesi, nella quale, a norma dell'art. 1333 c.c., il contratto si considera concluso per effetto del mancato rifiuto nel termine richiesto dalla natura dell'affare, è evidente come la conclusione del contratto (sempre che di contratto si tratti) sia del tutto svincolata dall'incontro dei consensi, posto che manca qualsivoglia manifestazione di volontà dell'oblato.

La disciplina della revoca dell'accettazione permette di desumere il possibile scollamento fra incontro delle volontà ed accordo²². L'art. 1328, comma 2, c.c. dispone, infatti, che l'accettazione può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione. Come emerge dalla norma summenzionata, il contratto è concluso benché la manifestazione di volontà dell'oblato, esternatasi nell'accettazione, non corrisponda più al suo attuale volere. Il perfezionamento dell'accordo, lungi dall'essere un evento apprezzabile naturalisticamente, non coincide con l'individuazione di un momento che sia il frutto di conseguenze logiche

²⁰ È in particolare E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2a ed., Napoli, 1994, p. 54 ss., a rilevare la natura del negozio come atto sociale, che consiste in una dichiarazione o in un comportamento.

²¹ Di contrario avviso risulta, invece, F. Messineo, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1968, p. 381 ss., secondo il quale per la conclusione del contratto non sarebbe sufficiente l'incontro delle dichiarazioni di volontà nei modi di legge, ma sarebbe, altresì, necessario l'incontro delle reali volontà dei dichiaranti; l'incontro delle sole dichiarazioni sarebbe sufficiente nel solo caso che, dietro l'accordo, non vi sia dissenso.

²² G. Gorla, *La «logica illogica» del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, cit., p. 262 ss.

necessitate, ma è espressione di scelte di politica legislativa, che appalesano come in verità non esista un momento di automatico incontro dei consensi²³. Già in questi termini si individua una prima limitazione del valore del consenso traslativo. L'art. 1376 c.c. non fa riferimento ad un effetto reale che consegua ad una presunta fusione fra le volontà interiori delle parti contraenti, ma al consenso legittimamente manifestato, ovvero al raggiungimento dell'accordo contrattuale in uno dei modi previsti dalla legge agli artt. 1326 ss. c.c.

Chiarito che per consenso delle parti legittimamente manifestato deve intendersi l'accordo raggiunto nei modi di legge, occorre ora spendere una riflessione in relazione alla presunta sufficienza del solo accordo a determinare il trasferimento del diritto. A ben guardare, il dato testuale pare il frutto della ricorrente identificazione definitoria fra contratto ed accordo, per cui il primo si ridurrebbe ad una dichiarazione bilaterale di volontà, al consenso unanime dei contraenti: i termini accordo e contratto sarebbero, dunque, sinonimi e come tali interscambiabili²⁴.

L'art. 1321 c.c. dispone che il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale. Secondo l'enunciazione generale pare indubbio che, dal punto di vista strutturale, il contratto sia essenzialmente accordo. L'accordo, dunque, deriva dalla volontà unanime delle parti contraenti; volontà che però non si limita all'atto, ma si estende agli effetti che da esso derivano. È volontà diretta ad uno scopo²⁵, finalizzato a regolare il rapporto giuridico patrimoniale nel modo che meglio corrisponda all'interesse delle parti contraenti. Alla stregua di tale previsione parrebbe potersi sostenere che, per la conclusione di un contratto perfetto ed efficace, sia sufficiente che le parti raggiungano un accordo finalizzato²⁶ al raggiungimento del risultato pratico-economico da esse perseguito, con la generica consapevolezza della giuridicità del vincolo assunto vertente su un rapporto suscettibile di valutazione economica. Sennonché, tale ricostruzione risulta insostenibile nell'ottica di un inquadramento sistematico dell'art. 1321 c.c., indispensabile per qualificare in maniera esaustiva l'istituto contrattuale. Benché l'articolo identifichi il contratto con il solo accordo, l'art. 1325 c.c. dispone, infatti, che "requisiti del contratto sono 1) l'accordo; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità". È vero che l'accordo viene nuovamente menzionato, ma il contratto non si esaurisce più in esso. Accanto all'accordo si individuano ulteriori elementi strutturali essenziali, la cui portata si coglie tramite il riferimento all'art. 1418, comma 2, c.c., che contempla le cause di nullità (strutturale), disponendo che sia proprio la

²³ G. Gorla, *op. cit.*, p. 272 ss

²⁴ P.G. Monateri, *La sineddoche*, Milano, 1985, p. 192 ss.; e Id., *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Milano, 2008, p. 54 ss., ha rilevato che è diffusa la tendenza ad identificare, sul piano definitorio, il contratto con il mero accordo fra le parti e ad analizzare solo in seguito e separatamente gli altri elementi comunque necessari per la sua valida conclusione, fra i quali in particolare la causa.

²⁵ F. Santoro - Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9a ed., Napoli, rist. 1997, p. 107 ss..

²⁶ V. Roppo, *Il contratto*, 2a ed., in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 37 ss.

manca (o il vizio) di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325 c.c. a determinare la nullità del contratto. In altri termini, l'art. 1321 c.c., a livello definitorio, induce *prima facie* a ritenere che il contratto si esaurisca nel solo accordo, mentre da una visione complessiva, incentrata sul combinato disposto degli artt. 1321, 1325 e 1418, comma 2, c.c., si deduce chiaramente che esso rappresenti solo uno dei requisiti strutturali del contratto, parimenti necessari per la sua valida conclusione²⁷. Poniamo pure che il contratto sia stato concluso in uno dei modi di legge e che, pertanto, sussista l'accordo; ciò non sarebbe da sé solo sufficiente alla validità del contratto, perché il contratto potrà dirsi perfetto solo se, oltre all'accordo, siano presenti una giusta causa, un oggetto possibile, lecito, determinato o, perlomeno, determinabile ed infine la forma solenne, quando sia dalla legge richiesta a pena di nullità. L'inquadramento sistematico dell'art. 1376 c.c. consente così di meglio comprenderne il significato e di verificare come non sia il mero il consenso ad essere "traslativo", ma in verità la complessa fattispecie contrattuale, della quale l'accordo, l'incontro delle volontà delle parti, costituisce solo uno dei molteplici elementi costitutivi.

3. La spiritualizzazione della vicenda circolatoria, che il consenso reca con sé, sembrerebbe in grado di pregiudicare la certezza delle contrattazioni. Il consenso contrattuale è vicenda tutta interna ai contraenti e, pertanto, di regola, nota soltanto ad essi. In assenza di un segno esteriore visibile, quello del consenso traslativo risulta principio insidioso, perché ad esso è estranea ogni esteriorità, sì da rendere difficoltoso il passaggio della rilevanza negoziale da una dimensione meramente individuale, dei soli contraenti, ad una dimensione collettiva, riguardante la generalità dei consociati. Di qui il pericolo che l'alienante, pur spogliatosi giuridicamente del diritto, si presenti davanti ai terzi come soggetto in apparenza legittimato a disporre, con la conseguente eventuale nascita di conflitti tra titoli di acquisto inerenti al trasferimento del medesimo bene.

Nell'ambito della vendita immobiliare, la regola generale del consenso traslativo di cui all'art. 1376 c.c. sembra trovare una rilevante eccezione nel principio della trascrizione. Tale eccezione si manifesta, con particolare evidenza, nelle vicende di

²⁷ Si tratta di una sineddoche ancora più accentuata rispetto a quella rilevata nel sistema francese da P.G. Monateri, *Contratto e trasferimento della proprietà*, cit., p. 53. Infatti, il *Code Civil*, all'art. 1101, definisce il contratto come "*une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose*" ed il successivo art. 1108 dispone poi che "*quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: - le consentement de la partie qui s'oblige; - sa capacité de contracter; - un objet certain qui forme le matière de l'engagement; - une cause licite dans l'obligation*". È evidente che una sineddoche vi è pur sempre, perché il contratto viene definito come convenzione fra le parti. Ma il successivo art. 1108 enuncia i requisiti essenziali affinché la convenzione possa dirsi valida ed efficace e così, sostanzialmente, l'art. 1101 fa riferimento alla convenzione, con essa volendo certamente intendere una convenzione che sia rispettosa di tutti i requisiti essenziali per la sua validità di cui all'art. 1108 c.c.

doppia vendita di immobili. Chi si accinge ad acquistare la proprietà per il tramite di uno strumento contrattuale, dunque a titolo derivativo, deve sincerarsi che il proprio dante causa sia effettivamente titolare del diritto che è oggetto del trasferimento programmato (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*). Orbene, la scelta di ricollegare all'accordo la produzione dell'effetto traslativo potrebbe esporre l'acquirente al rischio che il proprio dante causa, pur in senso ampio apparente titolare, in realtà non lo sia, perché ha ad es. precedentemente disposto dello stesso diritto a favore di un altro soggetto. Se l'ordinamento si fosse, dunque, affidato esclusivamente al principio della priorità temporale ricollegato all'accordo, non avrebbe soddisfatto adeguatamente l'esigenza di certezza del traffico giuridico. Ogni possibile alienante si sarebbe infatti trovato a dover fornire alla controparte la prova negativa di non aver operato precedenti trasferimenti "conflittuali" di diritti. D'altra parte, se il legislatore avesse predisposto una tutela dell'acquirente fondata esclusivamente sulla garanzia per evizione, e quindi sulla mera risoluzione del contratto con conseguente risarcimento del danno, non avrebbe adeguatamente fatto fronte alle esigenze della sicurezza del traffico giuridico, che postulano soluzioni atte a rendere l'acquisto inattaccabile. Come conciliare, allora, la fisiologica collocazione dell'accordo in una dimensione circoscritta fra le parti, con le esigenze della circolazione giuridica? In ogni tempo si è avvertita la necessità di assicurare una qualche forma di pubblicità dell'atto, collegata all'osservanza di comportamenti ulteriori rispetto al semplice raggiungimento dell'accordo in ordine al trasferimento del diritto. Si è avvertita l'esigenza di fare ricorso a "indici di segnalazione" che consentissero al contratto, quale fatto produttivo di una vicenda circolatoria, di assurgere ad una certa rilevanza anche al di là del piano riguardante strettamente le parti contraenti. In altre parole, si vuol dire che ai meccanismi propri della trascrizione il legislatore ha attribuito il ruolo di criterio atto a stabilire quando il contratto di alienazione possa essere ritenuto opponibile ai terzi, ossia dotato di un grado di rilevanza tale da prevalere su altri fatti fondanti situazioni giuridiche incompatibili²⁸.

L'applicazione più importante della trascrizione è probabilmente inerente alla soluzione del conflitto fra più aventi causa dal medesimo autore. L'art. 2644 c.c. stabilisce che gli atti enunciati nell'art. 2643 c.c. "non hanno effetto riguardo ai terzi che a qualunque titolo hanno acquistato diritti sugli immobili in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione degli atti medesimi", e che "eseguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore". Sotto il profilo della fattispecie primaria costituita dal contratto, una seconda alienazione dello stesso diritto è un atto di disposizione del diritto altrui, posto che l'alienante si è già spogliato del diritto in favore del primo acquirente per effetto del consenso già intervenuto col precedente acquirente. Ma il

²⁸ G. Vettori, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 10.

legislatore ha stabilito che l'applicazione del principio *prior in tempore potior in iure* dovesse trovare applicazione non con riferimento all'atto di acquisto del diritto (il contratto), bensì con riferimento alla fattispecie secondaria costituita dalla pubblicità. Pertanto, nel conflitto fra i più aventi causa dal medesimo autore non prevarrà colui a favore del quale si sia perfezionato anteriormente un valido titolo d'acquisto, ma chi per primo avrà provveduto a trascriverlo.

Diverse ricostruzioni sono state proposte, è a tutti noto, per spiegare il rapporto fra il disposto dell'art. 1376 c.c. e quello dell'art. 2644 c.c., ma non è questa la sede per soffermarsi diffusamente su tale problema²⁹. Basti solo ricordare che non sono mancate letture tese a negare al nudo patto una portata immediatamente traslativa, in favore del riconoscimento di una efficacia strettamente acquisitiva della trascrizione. Secondo l'opinione assolutamente prevalente, tuttavia, la trascrizione non integra la fattispecie di acquisto del diritto. L'art. 2644 c.c. non prevede dunque un'ipotesi di pubblicità costitutiva, ma dichiarativa. Nella prospettiva che si accoglie, essa vale a rendere la fattispecie acquisitiva opponibile ai terzi.

Posto che la trascrizione non incide sulla validità o efficacia della fattispecie primaria, ad essa non si ricollega - seguendo un'impostazione autorevole e condivisibile (Salvatore Pugliatti; Giovanni Giacobbe; Francesco Gazzoni) - alcuna funzione sanante di eventuali vizi dell'atto. Questo significa che se si dispone di un titolo invalido, la priorità della trascrizione non gioverà nel conflitto con un altro avente causa dal medesimo autore che vanta un titolo valido, pur trascritto successivamente. Il conflitto fra un avente causa che abbia trascritto prima il proprio acquisto invalido e un altro che abbia successivamente reso pubblico il proprio acquisto valido, si risolve sempre a favore di quest'ultimo. Solo in casi particolari la trascrizione, assieme ad altri requisiti, può valere a rendere inopponibile ai terzi subacquirenti il vizio dell'atto (art. 2652, n. 6, c.c., in tema di domanda diretta a far dichiarare la nullità o l'annullamento di atti soggetti a trascrizione).

4. Il codice civile assoggetta all'onere della trascrizione numerose domande giudiziali (artt. 2652-2653 c.c.) con cui un soggetto (attore) cita in giudizio un altro soggetto (convenuto) per ottenere dal giudice un determinato provvedimento³⁰. La trascrizione in questi casi ha la funzione di portare a conoscenza dei terzi l'esistenza di una controversia (introdotta, appunto, con domanda giudiziale), inerente a un diritto reale immobiliare sopra un determinato bene, il cui esito sarà opponibile anche agli aventi causa dal convenuto. Il problema sul quale è destinata ad operare la pubblicità delle domande giudiziali (a parte i nn. 2 e 3 dell'art. 2652, perché in questi due casi il conflitto è uguale a quello risolto ai sensi dell'art. 2644 c.c.), è

²⁹ In particolare nella moderna letteratura, R. Triola, *La trascrizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2012; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 457 ss.; E. Ferrante; A. Vitucci, *La trascrizione nel procedimento traslativo*, Napoli, 2014, p. 57 ss.

³⁰ G. Frezza, *Trascrizione delle domande giudiziali*, in *Cod. civ. comm. Schlesinger e Busnelli*, Milano, 2014, p. 3 ss.

quello che riguarda i rapporti tra colui che propone la domanda e i terzi (subacquirenti) che hanno acquistato diritti da colui contro il quale la domanda è stata proposta. Il conflitto ora ipotizzato è sostanzialmente diverso da quello risolto in via generale dall'art. 2644 c.c. Questa disposizione risolve, infatti, il conflitto tra più aventi causa da un medesimo autore.

La trascrizione delle domande giudiziali è destinata a svolgere una funzione prenotativa, vale a dire che chi trascrive la domanda prenota gli effetti che produrrà la sentenza in un secondo momento³¹. La ragione di tale effetto prenotativo è riconducibile al principio per il quale il tempo necessario a decidere una lite giudiziaria non deve andare a detrimento di chi agisce in giudizio per chiedere tutela³². Sotto un profilo pratico, pertanto, è come se la sentenza venisse pronunciata nel momento in cui viene proposta la domanda. Nonostante la diversità strutturale del conflitto regolato dall'art. 2644 c.c. rispetto a quello disciplinato agli artt. 2652-2653 c.c., può tuttavia ravvisarsi, in relazione alle norme appena menzionate, una *ratio* comune. Anche nell'ambito delle domande giudiziali, infatti, il legislatore decide di "premiare" colui che per primo abbia reso pubblico il proprio titolo; se a trascrivere per primo è stato l'attore in giudizio, questo potrà opporre al terzo (avente causa dal convenuto) la mancanza di trascrizione del suo acquisto e ottenere che il giudice decida come se l'acquisto non si sia verificato. Viceversa, se a trascrivere per primo è stato il terzo, quest'ultimo potrà opporre la mancata trascrizione della domanda giudiziale e far sì che il giudice decida come se la domanda non sia stata proposta. Anche con riferimento alle domande giudiziali, pertanto, la trascrizione costituisce un requisito di opponibilità, con la precisazione che, in alcuni casi, essa deve concorrere con ulteriori requisiti quali la buona fede, l'onerosità del titolo, il decorso di un certo periodo di tempo (vedi art. 2652 nn. 4, 5, 6, 7, 8 c.c.).

Secondo l'art. 2652 c.c., n. 6 e 7, si devono trascrivere:

- le domande dirette a far dichiarare la nullità o a far pronunciare l'annullamento di atti soggetti a trascrizione, nonché quelle dirette ad impugnare la validità della trascrizione (art. 1445 c.c.). In questo caso, l'acquisto del terzo è fatto salvo se egli ha trascritto il proprio acquisto prima della trascrizione della domanda giudiziale, se è in buona fede, e se sono passati almeno 5 anni fra la data di trascrizione dell'atto impugnato e la data di trascrizione della domanda giudiziale. Se, però, la domanda è volta ad ottenere l'annullamento per causa diversa dalla incapacità legale, basterà che il terzo abbia trascritto il proprio acquisto prioritariamente rispetto alla trascrizione della domanda (anche se questa stata trascritta prima che siano decorsi 5 anni dalla data di trascrizione dell'atto impugnato), che sia in buona fede e che abbia acquistato a titolo oneroso.

³¹ Frezza, *op. cit.*, p. 23 ss.

³² Cass., Sez. Un., 23 marzo 2011, n. 6597, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 2015, con nota di G. Frezza.

- le domande con le quali si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte. La norma in questo caso dispone che se la domanda viene trascritta oltre 5 anni dopo la trascrizione dell'acquisto, la sentenza di accoglimento non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede che abbiano acquistato, a qualunque titolo, da colui che appariva essere erede o legatario. Sono fatti salvi i commi 2 e 3 dell'art. 534 c.c. La norma deve essere, pertanto, coordinata con le regole sulla salvezza dell'acquisto dall'erede apparente.

Un profilo di estremo interesse è quello dell'eventuale rilevanza che l'ordinamento riconosca al contratto nullo di fronte ai terzi. Si dovrebbe correttamente prendere le mosse dalla nozione di invalidità, che va inserita nel concetto - più ampio - di irregolarità giuridica. Spesso si legge, anche in dottrina, in maniera generica ed errata, che la nullità comporta la definitiva inidoneità dell'atto a produrre gli effetti suoi propri, sì che il contratto nullo sarebbe inefficace, o senza effetto, fin dall'origine; ma chi lo afferma non tiene conto del rapporto tra contratto e trascrizione. La radicale inefficacia del contratto di regola implicherebbe la piena opponibilità della sentenza nei confronti dei terzi subacquirenti, i cui acquisti sarebbero pertanto pregiudicati insieme all'intera vicenda circolatoria in attuazione del principio *resoluto iure dantis resolvitur et ius accipientis*. La totale e definitiva inefficacia del contratto nullo implica che eliminato il diritto del titolare, cadono anche le posizioni da esso dipendenti. Perlomeno, aggiungerei sommessamente, dovrebbero cadere!! E infatti la lettura ad es. di Rodolfo Sacco induce a riflettere che il legislatore attribuisce ad un contratto nullo una certa quantità di effetti. I teorici generali del diritto sanno che addirittura la norma abrogata conserva molteplici effetti, seppure indeboliti, e *a fortiori* questo accade per gli atti viziati e gli atti nulli.

Nella logica del vecchio codice civile 1865, i terzi acquirenti di diritti immobiliari da colui che appariva titolare del diritto in base a un negozio successivamente dichiarato nullo o annullato, non potevano trovare alcuna difesa se non nelle regole dell'usucapione³³. Il legislatore del 1942 ha previsto una regola particolare per i mobili registrati o i beni immobili se l'atto nullo sia trascritto nei pubblici registri. Se la domanda di accertamento della nullità viene trascritta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto nullo, la sentenza che dichiara la nullità dell'atto non è opponibile ai terzi che in buona fede abbiano acquistato diritti in base ad un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale (art. 2652, n. 6, c.c.). La disciplina è complessa, perché ha lo scopo di coordinare il principio pubblicitario fondato sulla tutela del subacquirente che acquista in buona fede con la disciplina sostanziale delle invalidità contrattuali³⁴. Rosario Nicolò individuava la *ratio* della norma nell'esigenza di dare affidamento al terzo il quale abbia acquistato a suo dire bene, facendo appunto affidamento sulle risultanze dei pubblici registri. Si comprende subito allora perché tutti sono ovviamente concordi nell'escludere dalla por-

³³ R. Nicolò, *La trascrizione*, III, Milano, 1973, p. 116

³⁴ Lo avverte G. Frezza, *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 360.

tata della norma la fattispecie ad es. del negozio nullo per difetto di forma scritta. Si tratterebbe, in altri termini, di tutelare l'affidamento creato dalla apparente validità del contratto, in quanto trascritto³⁵. Spesso, la nostra dottrina ha risolto la questione discorrendo di pubblicità sanante. Diversamente, Salvatore Pugliatti³⁶ riteneva di dover discorrere di acquisto *a non domino*, ove la trascrizione si pone quale elemento della fattispecie. L'atto nullo resta invalido e continua a non produrre effetti. Cionondiméno, l'ordinamento protegge il soggetto che abbia contrattato in buona fede con chi vantasse un titolo di provenienza nullo, e confidando sulle risultanze dei pubblici registri. Non saprei dire, tuttavia, se alle medesime conclusioni si possa pervenire in caso di inesistenza oppure di contratto c.d. illecito³⁷. Per certo, nell'ipotesi di conflitto tra un acquisto *a domino* ed un acquisto *a non domino* dello stesso bene, non opera l'istituto della trascrizione, la cui funzione legale – esclusa ogni efficacia sanante i vizi da cui fosse eventualmente affetto l'atto negoziale trascritto – è solo quella di risolvere il conflitto tra soggetti che abbiano acquistato lo stesso diritto, con distinti atti, dal medesimo titolare.

È principio recepito da tempo quello secondo il quale i terzi non possono interferire dolosamente nelle posizioni contrattuali altrui, ad esempio, attraverso la stipulazione di un contratto incompatibile con l'assetto negoziale preesistente. In base a tale principio, il terzo si comporta *non iure se*, in violazione della regola di correttezza, conclude un contratto nella consapevolezza della sua incompatibilità con l'assetto preesistente, indipendentemente dall'efficacia obbligatoria o reale del contratto che tale assetto ha costituito³⁸. La nostra Corte di Cassazione è ferma da lunghissimo periodo nella configurazione della responsabilità diretta del secondo acquirente primo trascrivente³⁹. Tendenzialmente, va rilevato che per opinione comune la posizione acquistata illecitamente dal terzo in mala fede dovrebbe rimanere impregiudicata. Di qui, discenderebbe quella che è stata efficacemente definita un'aporia logico-giuridica⁴⁰, perché il risarcimento dei danni deriverebbe da un fatto che sarebbe contemporaneamente lecito e meritevole di tutela, e, in quanto tale, produttivo di effetti giuridici, e illecito, in quanto fatto doloso produttivo di danno ingiusto *ex art. 2043 c.c.*, dando così ingresso alla categoria dei contratti a danno di terzi⁴¹. Si è tentato di spiegare questa contraddizione nel sistema con il

³⁵ M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, IV, *Rimedi*, 1, a cura di Gentili, Milano, 2006, p. 99.

³⁶ S. Pugliatti, *Trascrizione*, II, a cura di G. Giacobbe e M.E. La Torre, in *Tratt. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1989, p. 476.

³⁷ In tema, di recente v. almeno F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, p. 123.

³⁸ In letteratura, B. Troisi, *Appunti sul contratto a danno di terzi*, in *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, p. 269.

³⁹ Cass., 8 gennaio 1982, n. 76, in *Foro it.*, 1982, I, c. 393; in dottrina, di recente, A. Vitucci, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁰ B. Troisi, *op. cit.*, p. 270.

⁴¹ B. Troisi, *op. loc. ult. cit.*; A. Saffa, *Contratti a danno di terzi*, in *Riv. dir. comm.*, 1903, I, p. 453 ss.

principio di separazione tra regole di validità e regole di responsabilità⁴². Se ciò non bastasse, occorre considerare la circostanza che il codice civile, pur essendo ispirato al mito dell'efficienza produttiva, garantisce sempre un minimo di moralità nei traffici commerciali e non arriva mai a premiare la mala fede e il comportamento fraudolento, ma, al contrario, è costantemente governato dal principio di tutela dell'affidamento.

In termini più generali, va sottolineato che l'art. 2644 tutela il legittimo affidamento del secondo acquirente-primario trascrivente, dando così attuazione al principio di apparenza. La regola della trascrizione si conferma così in funzione dirimente della circolazione conflittuale, laddove nella circolazione acconfittuale la proprietà si acquisisce indipendentemente da essa⁴³. Ancora, è pienamente convincente la tesi già propria della nostra più acuta letteratura - tesa a limitare la tutela al solo secondo acquirente di buona fede, escludendo l'applicazione dell'art. 2644 per l'ipotesi di sua malafede; si da pervenire, in ultima analisi, alla dichiarazione di inefficacia della seconda vendita e così a configurare la possibilità per il primo acquirente di trascrivere il suo titolo di acquisto verso il dante causa. La regola della trascrizione d'altronde è da intendere rivolta non già a favorire l'acquirente di mala fede, ma a favorire l'ulteriore circolazione del bene.

Occorre seguire quel canone ermeneutico che impone di assegnare a ogni singola disposizione il significato che la renda compatibile con il sistema normativo nel suo complesso, prima di tutto con i principi costituzionali: in particolare, nel nostro caso, con il principio di solidarietà, in termini di lealtà e salvaguardia, e con quello di eguaglianza, in termini di ragionevolezza. È, allora, corretto affermare che la regola sulla trascrizione sia da intendere non già come rivolta a favorire l'acquirente di mala fede che abbia trascritto per primo (ché, se l'acquirente fosse di buona fede, sarebbe tutelato in forza del principio di affidamento), bensì come rivolta a favorire l'ulteriore circolazione del bene⁴⁴.

5. Con riferimento alla trascrizione del titolo è opportuno spendere una riflessione in ordine ai diversi percorsi acquisitivi ex artt. 1159 (usucapione immobiliare decennale) e 2644 c.c., in tema di effetti della trascrizione. La norma da ultimo richiamata recita che seguita la trascrizione, non può avere effetto contro colui che ha trascritto alcuna trascrizione o iscrizione di diritti acquistati verso il suo autore, quantunque l'acquisto risalga a data anteriore. Il duplice alienante, in breve, spogliatosi del proprio diritto con il primo contratto appare essere *non dominus* al pari chi non ha mai vantato la titolarità del diritto, e può sembrare curioso che la legge di-

⁴² G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, *passim*; C. Cicero, voce *Regole di validità e di responsabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, IX, Torino, 2014, p. 539 ss.

⁴³ A. Bizzarro, *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, Napoli, 2012, p. 147.

⁴⁴ B. Troisi, *op. cit.*, p. 276.

versifichi i percorsi acquisitivi delle fattispecie presenti agli artt. 1159 e 2644. In entrambe, infatti, l'acquisto avviene sicuramente (seguendo la regola consensualistica) *a non domino*. In altri termini, chi contrae con il vecchio (l'ex) *dominus* acquista con la prioritaria trascrizione ed a prescindere dalla buona fede (2644), e chi contrae con chi *dominus* non è stato mai (la distinzione, all'interno della categoria del non *dominus*, tra non *dominus*-precedente *dominus* e non *dominus*-mai stato *dominus* appare forzata e irrilevante nella lettera della legge), acquista – se in buona fede – dopo dieci anni dalla trascrizione (1159). Vero è che l'art. 2644 presuppone necessariamente una pluralità di acquisti a titolo derivativo, tale essendo, si sostiene dai più, anche quello del secondo avente causa che per primo trascrive, giacché nel caso dell'art. 2644 l'alienante appare *dominus* dai pubblici registri. Sarebbe la situazione di apparenza, allora, a creare l'effetto acquisitivo. In senso diverso, appare preferibile sottolineare come l'acquisto ex art. 1159 prescinde da qualsiasi comunanza d'autore fra il soggetto che usucapisce e quello che viene privato del diritto usucapito. Se in un'ottica consensualistica il dante causa è *non dominus* sia ex art. 2644 sia ex art. 1159, va evidenziato che nel secondo caso non vi è contatto con le due catene che terminano, rispettivamente, con l'usucapente e con l'usucapito. Di più, appare del tutto peculiare il ruolo della trascrizione nell'usucapione abbreviata, ruolo volto non tanto ad opporre l'acquisto, quanto a rivestire una forma di cautela nei riguardi del *dominus*.

Vale la pena, a tale riguardo, sottolineare come di recente le Sezioni Unite della Suprema Corte⁴⁵, in tema di donazione di beni altrui (nella fattispecie, così si legge in sentenza, si trattava di un bene solo in parte altrui, appartenente *pro indiviso* a più comproprietari per quote differenti e donato per la sua quota da uno dei coeredi), abbia ribadito la nullità di siffatta liberalità individuando una via volta – per così dire – ad ammetterne la validità per il caso che il donante abbia nell'atto espressamente dichiarato la propria consapevolezza dell'attuale non appartenenza del bene al suo patrimonio. Partendo dalla nullità della donazione di beni altrui, se ne afferma in via di eccezione la validità se vi è il riferimento in atto a detta altruità. A voler prescindere da una considerazione pragmatica sulla scarsa probabilità di vedere nella pratica siffatta liberalità, con la variante - si vuol dire - dell'espresso riferimento all'altruità, neppure convince l'argomentazione sotto il profilo dogmatico. Ovverosia, intanto, il fondamento della nullità. Le Sezioni Unite utilizzano l'argomento insito nella presenza o meno dello spirito di liberalità. Argomentazione che pare azzardata, non fosse altro per la difficoltà della questione della *causa donationis*. Se l'atto è stipulato in assenza della consapevolezza dell'altruità del bene, mancherebbe lo spirito di liberalità, e dunque la liberalità sarebbe affetta da nullità per difetto di causa in concreto. A mio avviso, in senso contrario, volendo ragionare in siffatto modo, si dovrebbe meglio argomentare che lo spirito di liberalità presuppone sempre l'appartenenza della cosa al

⁴⁵ Cass., Sez. un., 15 marzo 2016, n. 5068, in *Giur. it.*, 2016, p. 1081.

donante, e allora ne dovrebbe discendere in sua mancanza la sanzione di nullità senza distinzione di sorta in riferimento alla presenza o all'assenza in atto (in sé inverosimile) di formule circa la conoscenza dell'altruità del bene. Perché mai, se ci si riflette, la conoscenza dell'altruità del bene dovrebbe garantire la sussistenza dello spirito di liberalità? Anzi, probabilmente la coscienza dell'esclusione dell'arricchimento dovrebbe indurre – *a fortiori* – a dubitare della sussistenza della *causa donandi*. Più convincente è il provvedimento laddove, nell'ottica di valutare la salvezza della donazione, ricorda che l'art. 769 c.c. configura oltre alla donazione a efficacia reale anche quella a efficacia obbligatoria⁴⁶, a prescindere dunque dall'indagine sulla sussistenza – perlomeno a quel fine – dello spirito di liberalità. Di più, neppure basterebbe credo ai fini della validità della donazione la formulazione – in atto – della consapevolezza dell'altruità del bene; mi domando, d'altra parte, se potrebbe discettarsi della validità di quella donazione di cosa altrui in relazione alla quale, pur non risultando in atto la *scientia* dell'altruità del donante, il donatario riesca in giudizio a raggiungere la relativa prova di conoscenza. Nell'ottica prescelta dalla sentenza, decisiva non dovrebbe essere – se non mi inganno – la *scientia* dell'altruità a salvare la liberalità, quanto piuttosto la previsione da parte del donante dell'impegno a far acquistare il diritto al donatario. Se così è, al di là della ricorrenza di formule sulla *scientia* o sull'impegno ad obbligarsi, raramente ricorrenti nell'atto di liberalità, dovrebbe valutarsi in termini di validità la donazione di beni altrui in relazione alla quale il donatario riesca a raggiungere la prova circa la volontarietà di obbligarsi del donante. La criticità del nuovo orientamento della Suprema Corte si appalesa in realtà soprattutto allorché si rifletta sull'idoneità del titolo donativo ai fini dell'usucapione abbreviata. Ha affermato in passato la nostra giurisprudenza⁴⁷, orientamento che sembra a oggi *ius receptum*, che la donazione dispositiva di un bene altrui, seppure nulla alla luce della disciplina complessiva della donazione, e, in particolare, dell'art. 771 c.c., poiché il divieto di donazione dei beni futuri ricomprende tutti gli atti perfezionati prima che il loro oggetto entri a comporre il patrimonio del donante, è idonea ai fini dell'usucapione decennale prevista dall'art. 1159 c.c.; e ciò, in quanto il requisito dell'esistenza di un titolo che legittimi l'acquisto della proprietà o di altro diritto reale di godimento, che sia stato debitamente trascritto, va inteso nel senso che il titolo, tenuto conto della sostanza e della forma del negozio, deve essere suscettibile in astratto e non in concreto di determinare il trasferimento del diritto reale, ossia tale che l'acquisto del diritto si sarebbe senz'altro verificato se

⁴⁶ Sul punto, B. Biondi, *Le donazioni*, in *Trattato di dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1961, p. 346; F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, cit., p. 112; M. Tamponi, *La nullità del contratto di donazione*, in *Tratt. successioni e donazioni Bonilini*, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, p. 1052.

⁴⁷ Cass., 5 maggio 2009, n. 10356, in *Corriere Giur.*, 2009, p. 1225.

l'alienante ne fosse stato titolare⁴⁸. Va da sé ora in senso diverso, alla luce del nuovo arresto, che se la nullità della donazione di beni altrui va identificata non più nella assenza di titolarità del donante, ma in un vizio che si riflette sulla causa, e dunque in una nullità strutturale, difficilmente può continuare ad affermarsi che il titolo sia idoneo per l'usucapione abbreviata⁴⁹.

6. La negazione del consensualismo in materia immobiliare, sebbene non condivisibile, manco può di sicuro essere tacciata di errore logico. Essa giunge e arriva ad adottare nei fatti una prospettiva che fa della pubblicità il momento conclusivo del trasferimento immobiliare; la pubblicità verrebbe allora elevata a modo di acquisto del diritto immobiliare⁵⁰. In quest'ottica, enfatizza la difficoltà di conciliazione tra regola del consenso e esigenza di pubblicità, ad es. l'ipotesi un tempo sostenuta del c.d. deposito notarile nella vendita immobiliare, previsto originariamente nella legge di stabilità del 27 dicembre 2013 all'art. 66, ove si leggeva che eseguita la registrazione e la pubblicità dell'atto e verificata l'assenza di formalità pregiudizievoli rispetto a quelle esistenti alla data dell'atto, il notaio provvede senza indugio a disporre lo svincolo degli importi depositati a titolo di prezzo. Certamente il c.d. deposito del prezzo sarebbe a salvaguardia del soggetto debole e lo tutelerebbe da incauti acquisti immobiliari, e di più aumenterebbe la trasparenza, pure per fini fiscali e di lotta al riciclaggio, tuttavia solleva perplessità sul coordinamento tra momento di acquisto della proprietà - col consenso - e seguente esigibilità dell'obbligo di pagamento del prezzo, non più ricollegabile parrebbe all'effetto reale ma alla pubblicità; senza tacere che la regola non tutelerebbe dal pericolo della c.d. doppia vendita immobiliare, sol che si pensi che lo svincolo del prezzo è dovuto in assenza di iscrizioni pregiudizievoli alla data dell'atto e non per le successive.

Sia chiaro, a scanso di equivoci, che soltanto l'interprete ingenuo può stupirsi della violazione della regola consensuale produttrice di effetti reali, e ciò ben oltre e a prescindere dei suoi rapporti con la trascrizione. Si pensi in via di esempio, sebbene in campo assai diverso, alle difficoltà che ha nel tempo incontrato l'operatore professionale allorché cercava di spiegare al proprio assistito la *ratio* della regola giurisprudenziale in tema di opponibilità ai terzi del provvedimento di assegnazione della casa coniugale, che, avendo data certa, era opponibile al terzo acquirente ancorché non trascritto, e ciò per nove anni dall'assegnazione⁵¹. Com'è noto, oggi l'art. 337 *sexies* c.c. ammette espressamente la trascrivibilità del provvedimento di asse-

⁴⁸ M. D'Auria, *Donazione di beni altrui ed idoneità del titolo (spunti per uno studio sul principio consensualistico)*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 1211.

⁴⁹ M. Rinaldo, *La "nuova" nullità della donazione di beni altrui*, in *Liber amicorum per Bruno Troisi*, Napoli, 2017, p. 1063.

⁵⁰ In dottrina, v. le osservazioni di E. Ferrante, *Consensualismo e trascrizione*, cit., p. 115.

⁵¹ Cass., Sez. Un., 26 luglio 2002, n. 11096, in *Fam. dir.*, 2002, p. 461; in letteratura, v. ora G. Frezza, *Casa familiare e trascrizione*, in *La casa familiare nelle esperienze giuridiche latine*, a cura di Carapezza Figlia, De Verda y Beamonte, Frezza, Virgadamo, Napoli, 2016, p. 223 ss.

gnazione. Non viene risolta allo stato tuttavia la grave questione della trascrivibilità della domanda di assegnazione della casa familiare⁵². Vero è, che una corretta latitudine delle norme sulla trascrizione impone oramai, seguendo l'impronta esegetica delle Sezioni Unite, di ritenere che una certa domanda possa comunque essere ritenuta meritevole di trascrizione pur in assenza di esplicita tipizzazione espressa nel formante legislativo⁵³.

Ancora, proseguendo nell'analisi volta alla verifica delle mutevoli ipotesi di violazione della regola consensualistica, in materia di petizione di eredità, con disposizione innovativa rispetto al codice civile del 1865, il terzo comma dell'art. 534 c.c. stabilisce che quanto stabilito al comma precedente (nel senso che sono fatti salvi i diritti acquistati per effetto di convenzioni onerose) non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente⁵⁴. La norma è evidentemente intesa a rafforzare la posizione del vero successore, in quanto sancisce l'asimmetria delle posizioni dei soggetti in conflitto: all'erede o legatario "vero", in considerazione della preminenza dell'interesse di cui è portatore, è sufficiente curare tempestivamente in via alternativa o la trascrizione *ex art. 2648 c.c.* o quella della domanda giudiziale esperita contro l'erede apparente; il terzo, per contro, deve rendere pubblico tanto il proprio acquisto, quanto quello *mortis causa* vantato dal suo autore, prima che venga eseguita da parte del vero successore anche una sola delle trascrizioni di cui sopra⁵⁵.

Va richiamato io credo l'insegnamento di Salvatore Pugliatti, il quale sottolinea come la pubblicità è strumento di tutela degli interessi dei terzi; finché l'atto rimane occulto non può essere efficace di fronte ai terzi, poiché la sua efficacia *erga omnes* è subordinata alla conoscibilità legale che consegue all'attuazione della pubblicità⁵⁶. La legge combina diversamente le esigenze sottese alla esplicazione dell'au-

⁵² Problema oggi dipanato con equilibrio da G. Frezza, *Trascrizione delle domande giudiziali*, cit., p. 325, ove si legge che l'unica via che residua, presupposta l'intrascrivibilità della relativa domanda, è nell'ottica delle questioni di legittimità costituzionale da risolversi con sentenza della Consulta interpretativa additiva.

⁵³ Cass., Sez. Un., 12 giugno 2006, n. 13523, in *Nuova giur. comm.*, 2007, I, p. 480. *Contra*, G. Frezza, *op. ult. cit.*, p. 51 ss.

⁵⁴ L. Sitzia, in C. Cicero e L. Sitzia, *Petizione di eredità*, in *Cod. civ. comm. Schlesinger e Busnelli*, Milano, 2014, p. 5 ss.

⁵⁵ L. Sitzia, *op. cit.*, p. 158, il quale precisa che "sotto il profilo pratico-applicativo, tale soluzione comporta che l'acquisto del terzo debba ritenersi perfezionato a far tempo dalla data dell'atto di disposizione e non da quello dell'esecuzione della duplice trascrizione, e che, conseguentemente, ove il vero successore non abbia provveduto a rendere pubblico il proprio acquisto *mortis causa* o la domanda giudiziale nei confronti dell'erede apparente, il terzo possa ritenersi munito di un valido titolo nei confronti di chiunque a prescindere dalla trascrizione dell'atto di acquisto a titolo oneroso e dell'accettazione dell'eredità compiuta dal proprio dante causa".

⁵⁶ S. Pugliatti, *La trascrizione*, I, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cico e Messineo, Milano, 1957, p. 424.

tonomia privata e quelle connesse alla sicurezza del traffico giuridico e alla tutela dei terzi incolpevoli, e ciò risulta anche dalla combinazione che l'ordinamento opera in chiave antivolontaristica tra opposti principi, quando ad esempio si deve contemperare la regola del *nemo plus iuris*, fondativa del consensualismo derivativo, con la protezione della buona fede del terzo.

7. Chi identifica il "consenso delle parti legittimamente manifestato" nell'accordo causale, deve porsi il problema di delimitare l'esatto perimetro dell'art. 1376 c.c., per verificare se, nonostante la tendenziale assolutezza della sua formulazione, non residuino - per così dire - dei margini nei quali il trasferimento del diritto risulti diversamente congegnato. In altri termini, è legittimo domandarsi se il principio consensualistico conviva o meno, al di là delle declamate enunciazioni generali, con la diversa regola della scissione⁵⁷; se esso costituisca un dogma, ovvero una semplice tendenza⁵⁸.

Esistono - perlomeno *prima facie* - diverse fattispecie codicistiche rispetto alle quali parrebbe possibile rilevare l'eccezione al modello traslativo generale consensualistico. Vengono in rilievo le obiezioni anticonsensualistiche di Rodolfo Sacco⁵⁹, secondo il quale a chi ben guardi risulterà che il principio consensualistico non si applica a tutti i diritti assoluti; non si applica a tutti i contratti; non si applica a tutte le cose; non si applica a tutti gli effetti del trasferimento. In relazione a taluni diritti, ad alcuni beni, ad alcuni contratti, ad alcuni effetti, s'impone ancora oggi il vecchio modo di acquisto, l'atto esecutivo della convenzione⁶⁰. Nonostante la proclamazione del principio consensualistico in termini di tendenziale assolutezza, si vuol dire, non sono pochi i casi nei quali la consegna, pur non figurando quale fattispecie traslativa nell'impianto generale del codice, pur tuttavia, risulta necessaria o addirittura sufficiente al trasferimento del diritto.

La regola del consenso traslativo non dovrebbe - secondo l'insegnamento comune - trovare applicazione con riguardo ai contratti costitutivi di garanzie reali⁶¹, derogatori rispetto a quanto statuito dall'art. 1376 c.c., ove la costituzione del diritto reale di garanzia consegue esclusivamente allo spossessamento, nel pegno, ovvero all'iscrizione nei pubblici registri, nell'ipoteca. Ai sensi dell'art. 2786, comma 1 c.c., infatti, il pegno si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa. E, analogamente, l'art. 2808, comma 2, c.c., dispone che l'ipoteca si costituisce mediante iscrizione nei registri

⁵⁷ Sul punto si vedano, in particolare, P. Sirena, *Sulla derogabilità del principio consensualistico*, in *Colloqui in ricordo di Michele Giorgianni*, Napoli, 2007, p. 1071 ss.; C. Camardi, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999.

⁵⁸ R. Sacco, *La consegna e gli altri atti di esecuzione*, cit., p. 878.

⁵⁹ R. Sacco, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁰ R. Sacco, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 8 ss., in merito all'insufficienza del consenso dell'avente diritto per determinare la circolazione.

⁶¹ R. Sacco, *op. ult. cit.*, p. 882 ss.; P.M. Vecchi, *op. cit.*, p. 59 ss.

immobiliari. Lo spossessamento per il pegno e l'iscrizione nei registri immobiliari per l'ipoteca consentono l'effettività della garanzia patrimoniale del creditore⁶², esposto, in difetto, ad una soddisfazione residuale rispetto al creditore privilegiato, senza che di tale vicenda abbia potuto tener conto al momento del sorgere del vincolo obbligatorio. Non avrebbe, invero, senso alcuno ritenere che lo spossessamento per il pegno e l'iscrizione per l'ipoteca siano meri requisiti richiesti ai soli fini dell'opponibilità del diritto agli altri creditori, perché proprio nell'assicurare la soddisfazione prioritaria rispetto ad essi risiede la funzione stessa dei diritti reali di garanzia.

Fra le deroghe al principio del consenso traslativo sarebbe ascrivibile anche la categoria dei contratti reali⁶³. In realtà, anche quando si prendano in considerazione i contratti reali traslativi, quali il mutuo, il riporto o la donazione manuale, dell'asserito contrasto con il principio consensualistico pare di doversi dubitare. È vero che in tali fattispecie negoziali il trasferimento del diritto consegue alla *traditio*, ma è altresì indubitabile che, prima ancora che sotto il profilo effettuale, essa rileva ai fini del perfezionamento del contratto. Il presunto contrasto fra contratti reali traslativi e principio consensualistico discenderebbe da una errata interpretazione dell'art. 1376 c.c., secondo cui sarebbe sufficiente il mero incontro dei consensi per determinare l'effetto reale.

Fra le presunte deroghe al principio del consenso traslativo potrebbero essere individuate, ulteriormente, quelle disposizioni codicistiche nelle quali la mera consegna pare da sé sola sufficiente a determinare il perfezionamento della fattispecie acquisitiva del diritto. Il riferimento va, in particolare, alla volontaria esecuzione della donazione e della disposizione testamentaria nulla (artt. 799 e 590 c.c.), che danno luogo ad irripetibilità dell'attribuzione patrimoniale spontaneamente eseguita dall'erede. Nonostante la mancanza di un obbligo giuridicamente vincolante, la mera volontaria esecuzione dell'erede pare idonea a determinare il prodursi della vicenda traslativa.

Le limitazioni all'operatività del principio consensualistico trovano la loro giustificazione in esigenze connesse alla natura dei diritti trasferiti ovvero ai particolari e, di volta in volta, prevalenti interessi sottesi alla vicenda acquisitiva⁶⁴. La regola consacrata dall'art. 1376 c.c. non costituisce nel complessivo quadro legislativo un principio assoluto, ma piuttosto una mera tendenza, che non esclude *in nuce* la convivenza con aree governate dal diverso fenomeno della separazione. L'emersione di fattispecie in relazione alle quali il trasferimento, in ossequio alla preminenza di interessi ritenuti prevalenti dal legislatore, non pare direttamente ascrivibile all'accordo causale, consente di interrogarsi circa la possibilità di individuare ambiti di rilievo dell'obbligazione di dare nel nostro ordinamento. Il codice civile italiano non ripete il principio sancito dal legislatore francese per cui *promesse de vente vaut vente*

⁶² P.M. Vecchi, *op. cit.*, p. 60.

⁶³ R. Sacco, *op. utl. cit.*, p. 855 ss.

⁶⁴ P.M. Vecchi, *op. cit.*, p. 55 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 491 ss.

e, pertanto, non pare essere negata in radice la possibilità che le parti si accordino per regolare il trasferimento del diritto mediante una sequenza bifasica, che scinda il contratto ad effetti obbligatori dal successivo atto di adempimento perfezionativo dell'acquisto.



Pericolo d'inadempimento e proposizione della domanda giudiziale *ex art. 2932 c.c.*

di Alberto Venturelli*

SOMMARIO: 1. Il principio di diritto di una recente decisione della Cassazione. – 2. Mancata scadenza del termine ed esercizio dei rimedi previsti contro l'inadempimento. – 3. La rilevanza del comportamento processuale del debitore convenuto. – 4. La risoluzione del contratto a fronte dell'«univocità» del futuro inadempimento.

1. La formulazione letterale dell'art. 2932 c.c. evidenzia che l'emanazione della sentenza costitutiva chiamata a produrre «gli effetti del contratto non concluso» può essere pretesa solo quando «colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione».

Il rimedio regolato dalla norma, dunque, deve essere collegato all'esistenza di un attuale inadempimento, che, a sua volta, deve integrare i connotati fissati dall'art. 1218 c.c., cioè dipendere da un fatto imputabile al debitore che abbia inciso sulla materiale esecuzione o sulla tempestiva realizzazione della prestazione dovuta, impedendo l'attuazione del rapporto obbligatorio secondo il piano regolamentare originariamente concordato all'atto della sua costituzione.

L'assenza di tale situazione fattuale preclude l'esercizio del rimedio: mancando il presupposto specificamente indicato dalla norma, la domanda giudiziale eventualmente priva dell'allegazione di una preesistente violazione sembrerebbe inevitabilmente condannata al rigetto.

Questa conclusione, tuttavia, non riesce ancora a dar conto con sufficiente precisione dei criteri di individuazione del momento cronologico a decorrere dal quale la constatazione dell'assenza dell'inadempimento legittima il rifiuto dell'emanazione della sentenza.

Essa, in particolare, non può escludere che la sussistenza dell'inadempimento sia compiuta anche in corso di causa e in ragione dell'atteggiamento oppositivo assunto dal convenuto, il quale dimostri di non avere alcuna intenzione di adempiere all'obbligazione di perfezionare il contratto, sicché la proposizione della domanda possa essere collegata anche a fatti diversi dall'inadempimento vero e proprio, ancorché idonei ad innalzare statisticamente il rischio che il contratto dovuto non sia stipulato, quando, all'esito del processo, appaia univocamente riscontrabile quella violazione che, sola, giustifica l'emanazione della sentenza.

* Professore Associato di diritto privato Università degli Studi di Brescia.

Se questo assunto fosse stato adeguatamente preso in considerazione e sviluppato dal giudice di legittimità, non vi sarebbe stata alcuna ragione di interrogarsi sui risvolti teorico-concettuali e sistematici di una recente decisione, nella quale si legge che il promissario acquirente è legittimato all'avvio immediato dell'azione *ex art.* 2932 c.c. ogni qual volta il promittente venditore, prima della scadenza del termine indicato per la stipulazione del definitivo, abbia iniziato generiche trattative dirette alla vendita a terzi del bene promesso, in ragione del fatto che, in questo modo, egli avrebbe posto in essere un inadempimento «anticipato» sufficiente a consentire alla controparte l'immediata attivazione di tutti i rimedi per esso prescritti, ivi compreso quello diretto all'ottenimento di una sentenza costitutiva che, tenendo gli effetti del contratto non concluso, assicurerebbe all'attore quella prestazione traslativa che il convenuto non sarebbe più disposto ad eseguire¹.

¹ Cfr. Cass., 22 maggio 2015, n. 10546, in *Corr. giur.*, 2015, p. 1518 ss., con nota di F. ASTONE, *Anticipatory Breach e termini di pagamento della parte non inadempiente, tra clausole generali e interpretazione letterale del contratto*, che, per quanto qui rileva, osserva: «la Corte d'appello (sent. pp. 4 e 5) ha affermato l'interesse ad agire dei promissari acquirenti *ex art.* 2932 poiché l'istruttoria compiuta aveva confermato che il S., nell'estate 2001 e dopo la stipula del preliminare dedotto in giudizio, aveva (anche con l'intervento di mediatori e dispiego di planimetrie) avviato trattative di vendita a terzi dello stesso compendio immobiliare, sottacendo, allo scopo, la circostanza che quest'ultimo fosse già stato promesso agli attori. La valutazione del quadro probatorio (basato essenzialmente su convergenti e qualificate dichiarazioni testimoniali) deponeva dunque per ritenere dimostrato "il comportamento del S. il quale, in violazione del principio di buona fede contrattuale, nonostante l'impegno assunto con gli attori, intavolava trattative con terze persone per la vendita dell'immobile già promesso agli attori. Tale comportamento legittima la proposizione dell'azione *ex art.* 2932 c.c., l'unico mezzo che poteva assicurare ai promissari acquirenti l'effettiva acquisizione dell'immobile" (sent. p. 6). Ora, l'accertamento in fatto così compiuto dal giudice di merito deve costituire un punto fermo ed intangibile nell'affermazione dell'inadempimento dei convenuti, il cui comportamento, in contrasto con l'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, denotava, a giudizio della Corte d'appello, univoca volontà di non dare corso al preliminare, così come stipulato con gli attori; dai quali avevano d'altra parte già ricevuto acconti per 200 milioni di lire. Questo convincimento – tanto più a fronte di una censura incidentale basata esclusivamente sulla violazione o falsa applicazione di legge, non già su carenze motivazionali – non può trovare qui smentita, costituendo espressione di una tipica valutazione di merito; a sua volta derivante da una determinata e concorde ricostruzione, da parte dei giudici di primo e secondo grado, della fattispecie concreta sulla base delle prove conseguite. Significativo è che, in proposito, i ricorrenti incidentali sollecitino espressamente la cassazione della sentenza su questo punto in esito ad una diversa e più esauriente "analisi delle risultanze istruttorie" da parte del giudice di appello; con ciò palesando di voler (inammissibilmente) invalidare il giudizio della Corte territoriale proprio sotto il profilo dell'accertamento in fatto del loro inadempimento agli obblighi derivanti dal preliminare e, segnatamente, attraverso una diversa e più gradita valutazione probatoria. Quanto allo stretto profilo della conformità normativa della decisione impugnata, rileva che correttamente la Corte d'appello ha individuato il presupposto dell'azione *ex art.* 2932 c.c. nell'inadempimento al preliminare da parte dei promittenti venditori. Inadempimento colto sia nella sua attualità, di violazione dell'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto (obbligo che avrebbe dovuto indurre i promittenti venditori ad astenersi dal dedurre gli immobili in concrete trattative di vendita a favore di terzi); sia nella sua inequivoca proiezione futura, di evidente volontà di sottrarsi all'adempimento del preliminare. Anche quest'ultimo profilo deve reputarsi in linea con il presupposto normativo dell'azione *ex art.* 2932 c.c., posto che l'inadempimento contrattuale può concretarsi anche prima della scadenza prevista per l'adempimento, qualora il debitore – in violazione dell'obbligo di buona fede

La sentenza impugnata, attribuendo decisiva importanza alla mancata offerta formale della controprestazione pecuniaria da parte del promissario acquirente, che, nell'atto introduttivo del giudizio, sia era limitato a dichiarare la sua disponibilità al versamento del prezzo, aveva riscontrato una violazione dell'art. 2932, 2° co., c.c. e – senza negare l'inadempimento del promittente venditore – aveva respinto la domanda di sentenza costitutiva, che il Tribunale aveva, invece, accolto parzialmente, condizionando l'emanazione della sentenza al pagamento del prezzo.

La Cassazione, accogliendo il ricorso principale del promissario acquirente, ha osservato che, stante il momento di proposizione della domanda, la prestazione pecuniaria cui il ricorrente era tenuto avrebbe dovuto essere considerata ancora inesigibile e, in quanto tale, non avrebbe dovuto essere formalmente offerta².

Respingendo il ricorso incidentale del promittente venditore, essa ha altresì aggiunto che l'inesigibilità della prestazione relativa alla stipulazione del definitivo non legittima il comportamento da lui tenuto, perché l'avvio di una trattativa costituirebbe, contestualmente, attuale violazione della regola di buona fede e proiezione sufficientemente univoca della futura intenzione di non stipulare il definitivo, così da legittimare la controparte ad agire subito con l'unico strumento processuale capace di impedire il valido trasferimento a terzi dell'immobile³.

– tenga una condotta incompatibile con la volontà di adempiere alla scadenza (Cass., 21 dicembre 2012, n. 23823). Va d'altra parte considerato come sia stata proprio l'anticipata manifestazione della volontà di non eseguire il preliminare da parte dei promittenti venditori a determinare nei promissari acquirenti l'interesse concreto ed attuale a proporre, anche prima della data fissata per il rogito di trasferimento, la domanda *ex art. 2932 c.c.*: la cui trascrizione, *ex art. 2652, n. 2, c.c.*, li tutelava nell'ipotesi di alienazione dell'immobile a terzi. Nemmeno in ciò, in definitiva, si ravvisa un profilo di violazione normativa; posto che l'azione *ex art. 2932 c.c.* può essere proposta anche prima della scadenza del termine di adempimento, qualora risulti già conclamata la volontà di non adempiere dell'altra parte».

² Così argomentando, il giudice di legittimità riafferma che l'art. 2932, 2° co., c.c. impone l'offerta della controprestazione solo quando quest'ultima è già esigibile prima della proposizione della domanda diretta all'ottenimento della sentenza costitutiva, che dunque deve essere emessa in forma condizionata ogni qual volta il pagamento del prezzo sia stato concordato al momento della stipulazione del definitivo. Per quanto si tratti di una conclusione ampiamente condivisa in giurisprudenza, si è già avuto occasione di evidenziare che essa non trova riscontro nella formulazione letterale della norma, che, nulla disponendo circa il momento in cui deve essere valutata l'inesigibilità della controprestazione pecuniaria, legittima a non identificarlo con quello della proposizione della domanda e a porre attenzione proprio e solo al momento dell'emanazione della sentenza: sia consentito il rinvio ad A. VENTURELLI, *Sentenza costitutiva e offerta di prestazione da eseguirsi all'atto della stipulazione del contratto definitivo*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 901 ss.

³ Il richiamo della regola di buona fede per dimostrare che l'inadempimento «anticipato» riguarda una prestazione accessoria distinta da quella inesigibile non è privo di riscontri dottrinali: cfr. A. RAVAZZONI, voce *Mora del debitore*, in *Noviss. dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 907; G. MURARO, *L'inadempimento prima del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 141 ss.; ID., *L'inadempimento prima del termine*, *ivi*, 1975, I, pp. 278 s. e 285 ss.; M. FRAGALI, *La dichiarazione anticipata di non volere adempiere*, in *Riv. dir. comm.*, 1966, I, p. 250 ss.; e in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, II, Milano, 1967, p. 295 ss.; A.M. PRINCIGALLI, *La dichiarazione orale e anticipata di non voler adempiere*, in *Corti Bari, Lecce, Potenza*, 1970, pp. 253 ss., spec. 269; e, con marginali adattamenti, in *Le obbligazioni in generale*, Corso per problemi e casi, svolto nell'anno accademico 1970-1971, nell'Università di Bari, dal prof. Michele Spinelli, Bari, 1971, pp. 285 ss., spec. 296; M.

Il prezzo da pagare per pervenire a questo risultato non è stato tuttavia marginale, né dal punto di vista applicativo, né in una prospettiva sistematica.

Ammissa l'esistenza dell'inadempimento, non vi è motivo per escludere la possibilità di invocare anche la risoluzione del contratto, sicché la pronuncia in esame ha implicitamente delineato un singolare caso di esercizio «anticipato» del rimedio perentorio che non è facilmente compatibile con le ipotesi a tal fine tradizionalmente richiamate.

In ordine alla posizione giuridica dei terzi che hanno condotto le trattative con il promittente venditore, riesce difficile credere che non si possa invocare la ricostruzione volta ad ancorare la loro responsabilità alla sussistenza di una complicità nell'inadempimento, nonostante tale conclusione induca ad un radicale ripensamento dei connotati caratterizzanti la fattispecie.

È infatti ormai prevalente in dottrina e pacifica in giurisprudenza la tesi secondo la quale il terzo che ostacola l'attuazione di un rapporto obbligatorio che non lo vede parte può essere considerato responsabile in via aquiliana quando il suo atteggiamento doloso abbia reso impossibile l'esatto adempimento e, in particolare, abbia assicurato il perfezionamento di un contratto incompatibile con quello preesistente, così da generare una lesione del credito sufficiente ad integrare i connotati del danno «ingiusto» ex art. 2043 c.c.⁴.

GIORGIANI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, 3ª ed., Milano, 1975, p. 178 s.; G. PANZA, *Contributo allo studio della prescrizione*, Napoli, 1984, p. 20 ss.; E. CONTINO, *Casi e questioni in materia di inadempimento prima del termine e possibili rimedi*, in *Quadr.*, 1988, p. 247 ss.; M.G. CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, Torino, 1995, p. 151 s.; A. VISCOMI, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, 1997, p. 235 ss.; G. VISINTINI, in G. VISINTINI e L. CABELLA PISU, *L'inadempimento delle obbligazioni*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, 1, Torino, 1999, p. 245; ID., *Inadempimento e mora del debitore*, 2ª ed., in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2006, p. 500; P. CORRIAS, *Disesto dell'assicuratore e tutela contrattuale dell'assicurato. Contributo allo studio del rapporto di garanzia*, Milano, 2001, pp. 152 ss., spec. 160 s.; P.M. VECCHI, *Buona fede e relazioni successive al rapporto obbligatorio, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, a cura di L. GAROFALO, IV, Padova, 2003, p. 356 ss.; G. SARDO, *Pericolo di inadempimento ed exceptio inadimpleti contractus*, in *Contr.*, 2004, p. 455 s.; M. FACCIOLI, *Il dovere di comportamento secondo buona fede in pendenza della condizione contrattuale*, Padova, 2006, p. 78 s., nota 4; V. PUTORTI, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, Milano, 2001, p. 66 s.; ID., *La risoluzione anticipata del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 153 ss.; ID., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, p. 232 ss. Nessun autore, tuttavia, aveva finora sostenuto che l'avvio di una trattativa finalizzata alla stipulazione di un contratto incompatibile con quello già perfezionato costituisce un'ipotesi di inadempimento «anticipato»: i casi richiamati negli scritti indicati, al contrario, riguardano esclusivamente la determinazione di una situazione di impossibilità anticipata della prestazione per fatto imputabile al debitore, la violazione dell'attività preparatoria dell'adempimento e la manifestazione – per atto dichiarativo – di un ingiustificato rifiuto dell'adempimento stesso.

⁴ Cfr. F.D. BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, p. 250 ss.; ID., *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 288; F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, 2ª ed., Milano, 1979, spec. p. 220 ss.; C. VERDE, *Note in tema di responsabilità del terzo per induzione all'inadempimento*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 421 ss.; G. VISINTINI, *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, in *Contr. impr.*, 1985, p. 651 ss.; G. FERRANDO, *La lesione del*

Finora, tuttavia, non si era dubitato del fatto che la condotta antecedente a que-

diritto di credito da parte di terzi, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 51 ss.; D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 125 ss.; ID., *Doppia alienazione immobiliare e «responsabilità extracontrattuale da contratto»*, *ivi*, 1991, p. 768 ss.; ID., *Regole risolutive di conflitti e tutela risarcitoria. Contributo allo studio della responsabilità aquiliana da contratto*, Pisa, 2003, p. 85 ss.; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988, p. 183 ss.; ID., *La violazione del contratto*, in *La responsabilità civile. Aggiornamento 1988-1996*, diretta da G. ALPA e M. BESSONE, I, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIAVI, Torino, 1997, p. 320 ss.; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 25 s.; ID., *La tutela aquiliana del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA e M. BESSONE, IV, 2, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, fondata da W. BIGIAVI, Torino, 1991, p. 1056 ss.; ID., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1993, p. 173 ss.; ID., *La tutela aquiliana del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, 2ª ed., II, in *Trattato dei contratti*, diretta da P. RESCIGNO ed E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 1935 ss.; ID., *Degli effetti del contratto*, 2ª ed., I, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2013, p. 283 ss.; F.D. BUSNELLI ed E. NAVARRETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 172 ss.; R. MESSINETTI, *La tutela della proprietà «sacrificata». Contributo allo studio delle circolazioni acquisitive legali*, Padova, 1999, p. 177 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 145 ss.; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 1 ss.; E. MOSCATI, *Il contratto e la responsabilità dei terzi*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del IV Congresso internazionale Aristec, Roma, 13-16 settembre 1999, a cura di L. VACCA, Torino, 2001, p. 260 ss.; nonché, con specifico riferimento al caso della doppia alienazione immobiliare, R. TRIOLA, voce *Trascrizione*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 950; ID., *Della tutela dei diritti. La trascrizione*, 3ª ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, IX, Torino, 2012, p. 145 ss.; E. GABRIELLI, *Doppia alienazione e trascrizione nella teoria dei fatti illeciti (problemi e prospettive)*, in *Quadr.*, 1993, p. 31 ss.; ID., *La doppia vendita immobiliare*, in *Dir. priv.*, 1995, p. 65 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in ID., *Studi sui contratti*, Torino, 2000, pp. 285 ss. e 407 ss.); F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, 2ª ed., I, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1998, p. 545 ss.; ID., *L'effetto dichiarativo*, in *Trattato della trascrizione*, a cura di E. GABRIELLI e F. GAZZONI, I, 2, Torino, 2014, p. 52 ss.; E. FERRANTE, *La tutela risarcitoria contro la doppia alienazione immobiliare*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1135 ss.; ID., *Consensualismo e trascrizione*, Padova, 2008, spec. p. 105 ss.; B. GARDELLA TEDESCHI, *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparatistica*, Milano, 2008, spec. p. 314 ss.; G. BARALIS, *La pubblicità immobiliare fra eccezionalità e specialità*, Padova, 2010, p. 28 ss.; A. BIZZARRO, *La priorità temporale nella circolazione giuridica contrattuale*, Napoli, 2012, spec. p. 57 ss. (opera recensita da C. CICERO, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 959 ss.); F. BARTOLINI, *Doppia alienazione immobiliare*, in *Trattato di diritto immobiliare*, diretto da G. VISINTINI, II, *I diritti reali limitati e la circolazione degli immobili*, Padova, 2013, p. 727 ss.; A. VITUCCI, *La trascrizione nel procedimento traslativo. Contributo allo studio del doppio trasferimento immobiliare*, Napoli, 2014, p. 57 ss.; R. MANCO, *Negozi in danno dei terzi e circolazione dei beni*, Napoli, 2016, p. 57 ss. Ma, per una serrata contestazione dell'adeguatezza del richiamo dell'art. 2043 c.c., cfr. anche A. LUMINOSO, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano, 1972, p. 113 ss.; G. GABRIELLI, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, p. 319 ss.; C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 320 ss.; ID., *Le frontiere nobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 566 ss.; e in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi fra crisi dogmatiche e riforme legislative*, Atti del Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1988, Padova, 1991, p. 621 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, 3ª ed., Milano, 2006, p. 134 ss.; P. TRIMARCHI, *Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 225 ss.; A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento. Un'indagine sul danno non aquiliano*, Milano, 1998, p. 598 ss.

sto momento, per quanto funzionalmente diretta ad avviare il compimento dell'interferenza, non debba essere con quest'ultima confusa, perché, traducendosi nella realizzazione di atti ancora inidonei ad assicurare il perfezionamento della fattispecie lesiva, può tutt'al più assumere valore indiziario nella ricostruzione dell'atteggiamento psicologico doloso alla cui dimostrazione è subordinata qualunque azione s'intenda rivolgere nei confronti del terzo.

Muovendosi nella direzione tracciata dalla Cassazione, invece, bisognerebbe necessariamente individuare nella condotta tenuta dai terzi – perlomeno ove risulti provata la loro consapevolezza circa l'esistenza del preliminare – il compimento di un'interferenza dolosa sufficiente ad assumere contorni di immediata illiceità e a legittimare il promissario acquirente ad agire anche nei loro confronti a titolo aquiliano.

Non è difficile evidenziare che tale conclusione si pone in netto contrasto con le più elementari regole dedicate alla formazione del contratto e, segnatamente, con il principio generale di libera interruzione delle trattative che trae origine dalla disciplina della revoca di proposta e accettazione (art. 1328 c.c.) e trova solo un marginale temperamento nell'applicazione del principio di buona fede *ex art. 1337 c.c.*, che, senza imporre la stipulazione del contratto al quale le trattative stesse erano finalizzate, può essere invocato esclusivamente per ottenere il risarcimento – a titolo di responsabilità precontrattuale – dei danni causalmente riferibili alla perdita di tempo sottesa all'infruttuoso svolgimento delle trattative e alla lesione dell'affidamento ingenerato dalla condotta di chi abbia fatto credere di essere disposto a contrarre salvo poi interrompere bruscamente ed ingiustificatamente la relazione⁵.

Il fatto che la Cassazione non abbia dedicato alcuna attenzione a questi rilievi, circoscrivendo la sua analisi esclusivamente al rapporto obbligatorio originato dal preliminare che si è assunto inadempito, può essere facilmente compreso solo ponendo attenzione alla specifica dinamica processuale della controversia e, segnatamente, al fatto che, tra la proposizione della domanda e la pronuncia di legittimità, erano ormai trascorsi quasi quindici anni, durante i quali il promittente venditore aveva ampiamente dimostrato di non essere intenzionato a stipulare il definitivo, continuando a porre l'accento sulla condotta processuale della controparte per sottrarsi all'adempimento di una prestazione divenuta ormai esigibile.

La cristallizzazione del conflitto tra le parti, dunque, dovrebbe indurre a confinare il principio di diritto in esame entro i limiti di una soluzione equitativa meritevole di accoglimento nella vicenda esaminata ma estendibile a casi diversi da essa solo

⁵ Sul tema sono recentemente tornati, sia pure muovendo da visioni nettamente contrapposte in ordine alla rilevanza giuridica del «contatto sociale», C. CASTRONOVO, *La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 1233 ss.; A. ZACCARIA, *La natura della responsabilità per «culpa in contrahendo» secondo il punto di vista del gambero*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 344 ss.; C. TENELLA SILLANI, *«Culpa in contrahendo», «contatto sociale» e «incoerenze» della Suprema Corte*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 1247 ss.; F. PIRAINO, *La natura contrattuale delle responsabilità precontrattuali (ipotesi sull'immunità)*, in *Contr.*, 2017, p. 35 ss.

attraverso l'elaborazione di un paradigma argomentativo del tutto diverso da quello ricavabile dalla pronuncia.

Poiché tuttavia si è già assistito ad un'eccessiva generalizzazione della conclusione della Cassazione – puntualmente documentabile dalla consultazione dell'attenta nota di commento che ha subito accompagnato la pubblicazione della sentenza – conviene dedicare attenzione ai risvolti teorici e sistematici che la tesi del giudice di legittimità può contribuire a delineare, evidenziando con maggiore precisione le ragioni che inducono a considerare inaccettabili gli esiti ivi prospettati e ad auspicare che la categoria dell'inadempimento «anticipato» sia utilizzata con maggiore parsimonia.

2. Meritevole di attenzione è, anzitutto, il fatto che la Cassazione rafforza la conclusione appena sintetizzata richiamando una pronuncia del 2012 che, in modo egualmente apodittico, aveva lamentato l'immediata scorrettezza insita nella condotta di chi altera la futura realizzazione di una prestazione ancora inesigibile⁶.

In quest'ultimo caso, infatti, era stata riconosciuta la possibilità di risolvere anticipatamente il preliminare perché il promittente venditore, incaricato di eseguire alcuni lavori di ristrutturazione sull'immobile promesso in vendita, non li aveva avviati nonostante l'imminente scadenza del termine per la loro ultimazione ed aveva invece aperto una porta di comunicazione con un altro appartamento di proprietà dello stesso venditore, così da indurre i promissari acquirenti a convincersi della sua intenzione di cedere a terzi l'intero piano dell'edificio.

Una lettura integrale della sentenza appena richiamata avrebbe dunque permesso ai giudici di legittimità di rilevare che, in quella occasione, la risoluzione del contratto era stata solo apparentemente collegata all'affermazione dell'esistenza di un obbligo integrativo fondato sul principio di buona fede e avrebbe dovuto essere più correttamente riferita alla realizzazione di una vera e propria impossibilità della prestazione principale per fatto imputabile al promittente venditore, il quale, assunte obbligazioni accessorie che non erano state tempestivamente adempiute, aveva altresì alterato irreversibilmente l'oggetto della prestazione stessa, rendendolo materialmente insuscettibile di un futuro esatto adempimento.

Solo presupponendo che il richiamo della pronuncia del 2012 sia dipeso dalla frettolosa consultazione di una massima «mentitoria» è possibile comprendere perché una vicenda incentrata sulla realizzazione di un'impossibilità anticipata sia stata posta a fondamento della legittimazione di un rimedio avente una disciplina che, nella stessa formulazione letterale della norma che lo regola (art. 2932 c.c.), impone

⁶ Cfr. Cass., 21 dicembre 2012, n. 23823, in *Contr.*, 2013, p. 553 ss., con nota di M. DELLA CHIESA, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, a cura di A. VENTURELLI, Torino, 2013, p. 383 ss.

quale condizione preliminare per il suo accoglimento di valutare che la prestazione sostituita dalla sentenza costitutiva sia ancora materialmente possibile⁷.

Ciò non toglie che il riconoscimento della legittimità dell'esercizio «anticipato» dei rimedi previsti per l'inadempimento costituisca una soluzione applicativa ormai del tutto consolidata, che non ha conosciuto, sotto il vigore del c.c. del 1942, alcun dissenso giurisprudenziale⁸.

⁷ Cfr. G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1970, p. 152 ss.; L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, p. 183 ss.; G.N. CARUGNO, *Contratto preliminare, sentenza costitutiva e interesse delle parti*, in *Dir. giur.*, 1983, p. 922 ss.; E. GABRIELLI, *Il «preliminare ad effetti anticipati» e la tutela del promissario acquirente*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, II, p. 316 ss.; A. DI MAJO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 4; ID., *La tutela civile dei diritti*, 4^a ed., Milano, 2003, p. 312 ss.; R. SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, p. 58 ss.; R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati. Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare o in favore di terzo*, Padova, 1991, p. 80 ss.; M. PALADINI, in A. GIUSTI e M. PALADINI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, p. 204 ss.; C. RIMINI, *Il problema della sovrapposizione dei contratti e degli atti dispositivi*, Milano, 1993, p. 169 s.; N. VISALLI, *L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.)*, Padova, 1995, p. 52 ss.; F. RICCI, *La sentenza «condizionata» ex art. 2932 c.c.*, in *Legal. giust.*, 1997, p. 104 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, 2^a ed., in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, XX, 2, Torino, 1997, p. 389 ss.; M. MANTELLO, *L'inadempimento del contratto preliminare di vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 2002, I, p. 539 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 3^a ed., II, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. SACCO, Torino, 2004, p. 284 ss.; F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, 3^a ed., estratto aggiornato da G. ALPA, G. CHINÉ, F. GAZZONI, F. REALMONTE e L. ROVELLI, *Il contratto in generale*, II, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, Torino, 2010, p. 148 ss.; ID., *La domanda diretta ad ottenere l'esecuzione forzata in forma specifica dell'obbligo a contrarre*, in *Trattato della trascrizione*, II, cit., p. 87 ss.; R. MARUFFI, *Sentenza costitutiva del contratto definitivo e accertamento dell'appartenenza del bene promesso in vendita*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1365 ss.; G. LA ROCCA, *Un secolo di teorie sul contratto preliminare*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 656 ss.

⁸ Tali non possono essere considerati neppure Cass., sez. un., 18 maggio 2006, n. 11624, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2009 ss.; in *Corr. giur.*, 2006, p. 1394 ss., con note di E. BOLONDI, *L'adempimento del contratto preliminare di vendita di un bene integralmente altrui*; e di G. TRAVAGLINO, *Preliminare di vendita di cosa altrui e modalità di trasferimento del bene al promissario acquirente*; in *Contr.*, 2006, p. 975 ss., con nota di E. CALICE, *Contratto preliminare di vendita di cosa altrui*; in *Vita not.*, 2006, p. 802 ss.; in *Giur. it.*, 2007, p. 330 ss., con nota di V. TOMARCHIO; e in *Obbl. contr.*, 2007, p. 109 ss., con nota di C. TOMASSETTI, *La promessa di vendita di cosa altrui e l'adempimento del terzo*; Cass., 23 novembre 2007, n. 24448, *ivi*, 2008, p. 596 ss., con nota di C. TOMASSETTI, *La promessa di vendita di cosa altrui e la garanzia per evizione*; Cass., 2 marzo 2015, n. 4164, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Contratto in genere*, n. 372, che hanno escluso l'estendibilità dell'art. 1479 c.c. al preliminare di vendita di cosa altrui quando il promissario acquirente scopra, prima della scadenza del termine fissato per la stipulazione del definitivo, che il bene promessogli non è nell'attuale e diretta disponibilità della sua controparte: la negazione dell'immediata risoluzione del contratto ha infatti trovato giustificazione nella constatazione secondo cui, stante l'efficacia obbligatoria del preliminare, l'assunzione dell'impegno del promittente venditore non è condizionata dall'attuale disponibilità giuridica della *res*, sicché non vi sono margini per considerarlo attualmente inadempiente allorché, prima della scadenza, si sia limitato a mantenere un atteggiamento omissivo in ordine al recupero della proprietà della cosa, visto che quest'ultimo ben potrebbe essere efficacemente conseguito entro l'ambito temporale disegnato dal preliminare. La conclusione conferma l'incidenza strutturale dell'inesigibilità nel rapporto obbligatorio, perché, fino a quando il creditore è privo della facoltà di pretendere l'immediata realizzazione dell'adempimento, una condotta che, senza alterarne materialmente la futura esecuzione, si limiti a non darvi avvio

La Cassazione, però, avrebbe dovuto ricordare che continuano a registrarsi contrasti in ordine all'individuazione delle situazioni fattuali in presenza delle quali tali rimedi possono essere esercitati, perché, a fronte di sentenze esclusivamente incentrate sulla necessità di dimostrare la presenza di un rifiuto dell'adempimento del debitore⁹, non mancano pronunce in cui, stando al tenore della massima, l'«univocità» della valutazione prognostica circa il futuro inadempimento serve ad allargare l'ambito di operatività della risoluzione anche a situazioni nelle quali il debitore non ha manifestato la sua intenzione di non eseguire una prestazione ancora inesigibile¹⁰ ed è sufficiente considerare decisioni più specificamente dedicate alla tutela dilatoria *ex art. 1460 c.c.* per riscontrare richiami a concetti ancora più evanescenti, come la

costituisce atto perfettamente legittimo e corrispondente al piano di regolamentazione degli interessi sotteso alla scelta del differimento.

⁹ Cfr. Cass., 16 giugno 1951, n. 1589, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 338; Cass., 30 giugno 1959, n. 2064, *ivi*, 1959, voce cit., n. 203; Cass., 8 ottobre 1963, n. 2677, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 651 ss.; Cass., 18 febbraio 1965, n. 265, in *Rep. Foro it.*, 1965, voce cit., n. 329; Cass., 12 dicembre 1975, n. 4089, in *Foro it.*, 1976, I, c. 1613 ss.; e in D. PALMIERI, *La risoluzione per inadempimento nella giurisprudenza*, Milano, 1994, p. 585 ss.; Cass., 17 marzo 1982, n. 1721, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2524 ss., con nota di N. MATASSA; in *Dir. autore*, 1982, p. 418 ss.; e in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1306 ss., con nota di V.M. DE SANCTIS, *Inadempimento, prima del termine, del contratto di edizione*; Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, in *Danno resp.*, 1997, p. 727 ss., con nota di A.M. PRINCIGALLI, *La dichiarazione anticipata di non voler adempiere*; Cass., 16 luglio 2001, n. 9637, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 471 (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 231 ss., 256 ss., 281 ss., 292 ss., 324 ss., 338 ss., 365 ss. e 369 ss.).

¹⁰ Cfr. Cass., 10 febbraio 1944, n. 79, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1944, p. 467 s., con nota di V. ANDRIOLI, *Negoio condizionato e risoluzione per inadempimento*; Cass., 26 febbraio 1944, n. 123, *ivi*, p. 490 (s.m.); Cass., 17 gennaio 1949, n. 46, *ivi*, 1949, I, p. 58 ss., con nota di D. RUBINO, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale* [questa nota può altresì leggersi in ID., *Studi giuridici*, Milano, 1970, p. 241 ss. (da cui le successive citazioni)]; Cass., 1 febbraio 1950, n. 271, in *Foro it.*, 1950, I, c. 1032 ss.; e in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, p. 37 ss., con note di D. RUBINO, *In tema di distinzione fra appalto, contratto d'opera e vendita, e Il perimento fortuito dell'opera prima dell'accettazione nel contratto d'opera* (entrambe queste note possono altresì leggersi in ID., *Studi giuridici*, cit., p. 429 ss.); Cass., 7 luglio 1952, n. 2060, in *Rep. Foro it.*, 1952, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 262; Cass., 13 maggio 1954, n. 1516, in *Giust. civ.*, 1954, I, p. 1107 s. (s.m.); Cass., 9 giugno 1956, n. 1994, in *Rep. Foro it.*, 1956, voce cit., n. 309; Cass., 29 febbraio 1960, n. 364, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 35 ss.; Cass., 27 giugno 1961, n. 1542, in *Cal. giud.*, 1961, p. 517 ss.; e in *Giur. it.*, 1962, I, 1, c. 336 (s.m.); Cass., 18 luglio 1962, n. 1919, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce cit., nn. 276-277; App. Firenze, 10 marzo 1968, in *Giur. tosc.*, 1968, p. 403 s.; Cass., 4 marzo 1970, n. 529, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 261 ss.; e in D. PALMIERI, *op. cit.*, p. 582 ss.; Cass., 27 luglio 1973, n. 2210, in *Foro it.*, 1974, I, c. 1769 ss.; Cass., 22 febbraio 1974, n. 535, in *Rep. Foro it.*, 1974, voce *Obbligazioni in genere*, n. 32; Cass., 4 marzo 1977, n. 895, *ivi*, 1977, voce *Contratto in genere*, n. 256; Cass., 7 settembre 1977, n. 3900, *ivi*, 1978, voce *Obbligazioni in genere*, n. 38; Cass., 10 dicembre 1986, n. 7318, *ivi*, 1986, voce ult. cit., n. 12 (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 187 ss., 191 ss., 210 ss., 224 ss., 234 ss., 237 ss., 249 ss., 259 ss., 268 ss., 275 ss., 298 s., 302 ss., 308 ss., 316 ss., 327 ss., 329 ss. e 352 ss.).

«previa dimostrazione dell'incapacità di adempiere» o la «ragionevole probabilità» del futuro inadempimento¹¹.

Sul punto, la sentenza in commento si limita a prospettare una generica sintesi argomentativa, che, muovendo dall'intenzione di non stipulare il definitivo che avrebbe sorretto il promittente venditore al momento dell'avvio e della prosecuzione delle trattative con i terzi, sottolinea che il promissario acquirente avrebbe ritenuto univoca tale intenzione e, superando il fatto che essa non fosse stata ancora materialmente manifestata attraverso un vero rifiuto dell'adempimento, avrebbe agito subito con l'unico strumento processuale capace di impedire che l'intimo convincimento della controparte portasse alla realizzazione di atti destinati a creare un pregiudizio irreparabile¹².

In questo modo, la qualificazione si espone ad una contraddizione irrisolta, perché delle due l'una: se si assume che l'avvio delle trattative, in sé e per sé considerato, costituisce immediata violazione della regola di correttezza, la quale, operando in funzione integrativa, impone alle parti di non compiere alcun atto incompatibile con l'assetto vincolante delineato dal contratto già perfezionato, non vi è alcuna necessità di ricercare l'intimo convincimento del promittente venditore o di sottoli-

¹¹ Cfr. Cass., 4 marzo 1940, n. 765, in *Giur. it.*, 1940, I, 1, c. 531 ss., con nota di A. IAMALIO, *Le «restituzioni» e la competenza a giudicare*; e in *Sett. Cass.*, 1940, c. 498 s. (s.m.); Cass., 20 dicembre 1960, n. 3291, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 284-285; Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, *ivi*, 1979, voce *Contratto in genere*, nn. 348-349; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, *ivi*, 1984, voce ult. cit., n. 264; Cass., 9 giugno 1993, n. 6441, *ivi*, 1993, voce ult. cit., n. 475; Cass., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2389 ss.; e in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 778 ss., con nota di A. MANNA, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto*; Cass., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Gius.*, 2003, p. 1570 (s.m.); in *Impr.*, 2003, p. 876 (s.m.); in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 458 ss.; in *Contr.*, 2004, p. 446 ss., con nota di G. SARDO, *op. cit.*; e in *Arch. civ.*, 2004, p. 94 (s.m.); Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, in *Orient. giur. lav.*, 2003, I, p. 966 ss.; in *Arch. civ.*, 2004, p. 1078 (s.m.); e in *Gius.*, 2004, p. 940 s. (s.m.) (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 180 ss., 264 ss., 335 ss., 344 ss., 355 ss., 359 ss., 375 ss. e 378 ss.).

¹² Cfr. F. ASTONE, *op. cit.*, pp. 1521 ss., spec. 1523 s., secondo cui il richiamo della buona fede servirebbe, nell'apparato argomentativo della pronuncia in commento, a superare il rigido formalismo del dato normativo che, attribuendo rilevanza solo alle situazioni di decadenza evocate dall'art. 1186 c.c. o alla dichiarazione scritta di non voler adempiere (art. 1219, 2° co., n. 2, c.c.), impedirebbe di considerare egualmente meritevoli di protezione tutti i casi in cui «nessuna precisa disposizione di legge sarebbe utile a giustificare l'immediato esercizio degli strumenti di tutela concessi dall'ordinamento al creditore della prestazione, prima ancora della scadenza del termine pattuito in favore della controparte». In questa prospettiva, di inadempimento «anticipato» bisognerebbe parlare ogni qual volta «il debitore non possa pretendere un'inutile attesa del termine e questo sia nelle situazioni espressamente previste a livello legislativo ... sia in quelle non espressamente previste e tuttavia caratterizzate da un comportamento incompatibile con l'adempimento». Ma, in senso parzialmente difforme, cfr. già C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Milano, 2008, p. 64 s., il quale, sia pure con esclusivo riferimento all'ipotesi in cui il debitore abbia dichiarato per iscritto di non voler adempiere, prende le mosse proprio dalla qualificazione di tale fattispecie in termini di pericolo d'inadempimento per concludere che l'esercizio «anticipato» dell'azione di esatto adempimento soddisfa una finalità cautelare che legittima il suo allargamento anche a casi in cui non vi è alcuna necessità di riscontrare un'effettiva violazione del sinallagma.

neare che la controparte ha considerato univoca tale intenzione, perché quest'ultima – invero mai manifestata – non avrebbe dovuto assumere alcun rilievo nell'accertamento di un'attuale violazione del rapporto obbligatorio; ove, al contrario, s'intenda sostenere che solo l'univocità della valutazione prognostica circa il futuro inadempimento giustifica il ricorso «anticipato» al rimedio, l'avvio delle trattative dovrebbe essere ricondotto a manifestazione «per fatto concludente» dell'intenzione di non adempiere il preliminare e ciò lascerebbe impregiudicata la valutazione dell'intrinseca revocabilità che connota la condotta in esame, la quale avrebbe potuto, senza alcuna difficoltà, essere immediatamente interrotta proprio per dare puntuale ed esatta attuazione al contratto già perfezionato, il che avrebbe dovuto indurre ad escludere ogni connotato di «univocità».

Sullo sfondo, rimane un problema irrisolto, che attiene all'individuazione dei motivi per i quali il promittente venditore aveva avviato le trattative: se è più facile dedurre la sua volontà di non dar seguito al preliminare dal fatto di voler alienare il complesso immobiliare ad un prezzo più alto di quello concordato con il promissario acquirente, è altrettanto certo che la conclusione avrebbe potuto essere opposta ove il prezzo immaginato fosse rimasto lo stesso o addirittura fosse stato abbassato, posto che, in quest'ultimo caso, un (legittimo) timore del promittente venditore nei confronti della solvibilità della controparte avrebbe potuto giustificare la sua condotta, escludendo la stessa sussistenza della violazione della regola di buona fede.

A tal stregua, l'apporto innovativo della pronuncia in commento si esaurisce nel fatto che essa chiarisce che i rimedi invocabili in pendenza di una causa di inesigibilità della prestazione possono anche non perseguire una funzione perentoria o dilatoria e mirare all'ottenimento della medesima prestazione o, quantomeno, di un suo surrogato quale la sentenza costitutiva che, tenendo gli effetti del contratto non concluso, assicura al promissario acquirente il soddisfacimento di quegli stessi interessi che lo avevano spinto a stipulare il preliminare¹³.

¹³ Viene così superato l'*obiter dictum* contrario all'esperibilità dell'azione ex art. 2932 c.c. in pendenza del termine per la stipulazione del definitivo trasfuso nella massima di Trib. Napoli, 25 luglio 1977, in *Dir. giur.*, 1980, p. 438 ss., con nota di V. DI RIENZO, *Questioni in tema di esecuzione dell'obbligo di contrarre e di divieto del patto commissorio*, in cui appunto si era fatto generico riferimento alla possibilità che il promittente venditore stipulasse il definitivo per escludere che, in via cautelare, la controparte agisse anticipatamente per l'ottenimento della sentenza costitutiva. La lettura integrale della pronuncia, tuttavia, impone di precisare che la portata precettiva di questo rilievo nel caso di specie è stata pressoché inesistente, perché il giudice ha escluso la possibilità di emanare la sentenza costitutiva ponendo l'accento sul fatto che l'immobile promesso in vendita non era di proprietà del promittente e che il contratto preliminare era collegato ad un mutuo e prevedeva che, in caso di mancato adempimento delle relative obbligazioni restitutorie, il debitore avrebbe dovuto considerare il finanziamento ottenuto quale acconto per la vendita di un suo immobile, sicché la controparte, volendo ottenere quest'ultimo, aveva agito ex art. 2932 c.c. prima della scadenza del termine previsto per la restituzione del finanziamento stesso offrendo il saldo del prezzo e il debitore, a sua volta, aveva invocato l'art. 2744 c.c. per sostenere la nullità del patto diretto al trasferimento dell'immobile, dimostrando comunque di essere pienamente in grado di adempiere all'obbligazione restitutoria. La concreta impossibilità di emanare la sentenza costitutiva ha permesso al giudice di aggungere, in via meramente

Anche sotto questo profilo, non si tratta di una clamorosa novità perché già sotto il vigore del c.c. del 1865 numerose pronunce avevano ammesso che il creditore potesse chiedere giudizialmente l'esecuzione di una prestazione prima della scadenza del termine per essa previsto quando, in corso di causa, si fosse effettivamente verificata un'attuale violazione del rapporto sufficiente a legittimare *a posteriori* la reazione del creditore, in ragione di una regola di economia processuale incentrata sull'applicazione della teorica del *jus superveniens* e diretta a verificare quale condotta avesse tenuto il debitore convenuto durante il processo¹⁴.

incidentale, che la mancata scadenza del termine avrebbe imposto al promissario acquirente di attendere prima di presentare la domanda giudiziale. Maggiore attenzione merita invece App. Palermo, 30 giugno 1955, in *Foro sic.*, 1956, p. 28 ss., perché effettivamente relativa ad un caso in cui l'azione ex art. 2932 c.c. era iniziata prima della scadenza del termine previsto nel preliminare, ma il debitore, che aveva oralmente contestato di essere tale, aveva eccepito l'inesigibilità della prestazione solo al momento della sua tardiva costituzione in giudizio, quando ormai il termine era scaduto: i giudici di merito hanno infatti accolto la domanda di sentenza costitutiva rilevando che l'originaria intempestività dell'azione era stata sanata dalla sopravvenuta scadenza del termine in corso di causa, capace di privare di ogni rilievo l'eccezione, meramente dilatoria, proposta dal debitore.

¹⁴ Cfr. App. Casale, 14 dicembre 1877, in *Legge*, 1878, I, p. 740 s.; Cass. Roma, 17 dicembre 1878, in *Foro it.*, 1879, I, c. 14 ss., anche se con un mero *obiter dictum*, visto che nel caso di specie si verteva sulla presunta impossibilità, imputabile ad una delle parti, di avveramento dell'evento dedotto in una condizione, che il giudice ha ritenuto inesistente; Cass. Torino, 21 aprile 1882, in *Cass. tor.*, 1882, I, p. 324 s.; App. Roma, 14 giugno 1883, in *Temi rom.*, 1884, p. 411 ss.; Cass. Napoli, 13 settembre 1887, in *Gazz. proc.*, 1888-1889, p. 150; Cass. Torino, 29 dicembre 1887, in *La Giur.*, 1888, p. 107 s., ancorché con riferimento ad una domanda di mero accertamento dell'esistenza del credito e di infondatezza delle contestazioni del convenuto; Cass. Roma, 6 febbraio 1889, *ivi*, 1889, p. 274 s.; in *Legge*, 1889, I, p. 506 s.; e in *Dir. giur.*, 1889, p. 32 s.; Cass. Napoli, 18 luglio 1890, *ivi*, 1890, p. 222 s.; Cass. Napoli, 17 luglio 1891, in *Foro it.*, 1891, I, c. 1342 (s.m.); in *Mov. giur.*, 1891, p. 69; in *Gazz. proc.*, 1891-1892, p. 498 s.; e in *Legge*, 1892, I, p. 484 s.; Cass. Napoli, 1 marzo 1893, in *Foro it.*, 1893, I, c. 842 s.; Cass. Torino, 21 aprile 1893, in *La Giur.*, 1893, p. 439 s. (s.m.); e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 85 ss.; Cass. Roma, 8 maggio 1894, in *Legge*, 1894, I, c. 878 s.; Cass. Firenze, 2 dicembre 1897, in *Annali giur. it.*, 1897, I, 1, p. 477 s.; App. Palermo, 17 giugno 1901, in *Foro sic.*, 1901, p. 517 ss.; e in *La Procedura*, 1901, p. 342 ss.; Cass. Napoli, 25 luglio 1901, in *Gazz. proc.*, 1901-1902, p. 569 s.; Cass. Roma, 23 maggio 1902, in *Cass. unica civ.*, 1902, p. 205 s.; e in *Corte Suprema Roma*, 1902, II, c. 229 (s.m.; ma *ivi* con la data del 17 giugno 1902); Cass. Torino, 14 luglio 1903, in *La Giur.*, 1903, c. 1364 ss.; App. Milano, 14 febbraio 1900, in *Mon. trib.*, 1900, p. 412; Cass. Napoli, 10 marzo 1908, in *Riv. critica*, 1908, II, p. 48 ss., anche se nel caso di specie, la citazione introduttiva del giudizio di primo grado era stata notificata una seconda volta dopo la scadenza del termine, sicché la causa era materialmente iniziata a fronte di un attuale inadempimento; App. Trani, 3 aprile 1908, in *Foro Puglie*, 1908, II, c. 257 ss.; App. Firenze, 4 aprile 1908, in *La Temi*, 1908, p. 542; Cass. Napoli, 26 febbraio 1910, in *Gazz. proc.*, 1909-1910, p. 35 s., ancorché con un mero *obiter dictum*; App. Milano, 24 febbraio 1914, in *Mon. trib.*, 1914, p. 410 ss.; App. Bologna, 28 febbraio 1924, in *Temi emil.*, 1924, c. 129 ss., con nota di L. ARGENZIANO, anche se con un mero *obiter dictum*, visto che nel caso di specie il debitore fu considerato inadempiente già all'atto della proposizione della domanda; Cass., 3 maggio 1926, n. 524, in *Foro it.*, 1926, I, c. 969 ss., con nota di E. SOPRANO, *Sulla natura giuridica del contratto di apertura di credito*; nonché Cass. Roma, 7 giugno 1898, in *Annali giur. it.*, 1898, I, 1, p. 322 s.; in *Legge*, 1898, II, p. 37; in *Corte Supr. Roma*, 1898, II, p. 310 ss.; e in *Circ. giur.*, 1898, II, p. 279 s., che, tuttavia, non ha applicato quel principio al caso di specie perché ha rilevato che il creditore, dopo la notificazione della citazione e la scadenza del termine, aveva concesso una di-

In questo modo – e non senza richiamare precise indicazioni testuali delle fonti romanistiche¹⁵ – era stato superato un altro orientamento che, attribuendo formalistico rilievo all'inesigibilità della prestazione, imponeva al giudice di valutare una situazione cristallizzata al momento della domanda e di disporre il rigetto di quest'ultima esclusivamente in ragione della sua intempestività, senza dedicare alcuna attenzione alla condotta processuale del convenuto¹⁶.

lazione al debitore, con ciò rinunciando, sia pure temporaneamente, a beneficiare degli effetti favorevoli del *jus superveniens*; e, con specifico riferimento alla possibilità di superare il divieto di giudizi di «mera iattanza» in ragione della presenza, in capo al creditore, di un interesse attuale (simile a quello posto alla base delle azioni di mero accertamento) a premunirsi contro il futuro inadempimento facendo dichiarare giudizialmente l'esistenza del proprio diritto, Cass. Napoli, 27 luglio 1867, in *La Giur.*, 1867, p. 160 ss.; App. Firenze, 6 ottobre 1871, *ivi*, 1872, p. 299 ss.; App. Roma, 30 dicembre 1880, in *Foro it.*, 1881, I, c. 166 ss.; App. Torino, 25 luglio 1883, in *La Giur.*, 1884, p. 62 s.; Cass. Firenze, 29 dicembre 1887, *ivi*, 1888, p. 107 s. Tali pronunce ribadiscono la necessità di applicare il principio del *jus superveniens* alle condizioni di fatto emerse nel giudizio, estendendo quanto previsto, in ordine alla generale operatività del medesimo principio nelle cause di improcedibilità dell'azione, da Cass. Torino, 8 novembre 1875, in *La Giur.*, 1876, p. 449 s.; Cass. Torino, 28 febbraio 1883, e App. Torino, 5 marzo 1883, entrambi *ivi*, 1883, pp. 347 s. (s.m.) e 590 s.; Cass. Torino, 9 aprile 1886, *ivi*, 1886, p. 503 s.; Cass. Roma, 12 agosto 1886, in *Temi rom.*, 1886, p. 469 ss.; Cass. Torino, 13 agosto 1896, in *La Giur.*, 1896, p. 581 ss.; Cass. Firenze, 28 marzo 1898, in *Annali giur. it.*, 1898, I, 1, p. 125 ss.; Cass. Napoli, 12 novembre 1901, in *Gazz. proc.*, 1901-1902, p. 398 ss.; Cass. Palermo, 5 giugno 1902, in *Legge*, 1902, II, p. 453 (s.m.); Trib. Roma, 4 marzo 1904, in *Rep. Foro it.*, 1904, voce *Azione civile*, n. 2; App. Roma, 25 febbraio 1905, *ivi*, 1905, voce *Spese giudiziali*, n. 10; App. Napoli, 23 luglio 1909, in *Foro it.*, 1909, I, c. 1476 s.; App. Roma, 3 maggio 1910, *ivi*, 1910, I, c. 912 ss., con nota di T. GIORGI, *Sull'aforisma «jus superveniens firmit regulam»*; Cass. Torino, 13 marzo 1914, in *La Giur.*, 1914, c. 497 ss.; Trib. Bari, 4 giugno 1929, in *Corte Bari*, 1929, p. 378; App. Bologna, 30 dicembre 1929, in *Temi emil.*, 1931, I, 1, c. 304 ss., con nota di L.V. BERLINI, *Il principio del «jus superveniens» in rapporto alla cosiddetta improponibilità dell'azione*; Cass., sez. un., 8 aprile 1932, n. 1226, in *Riv. dir. proc.*, 1933, II, p. 193 ss., con nota di S. CASTELLETT, *Limiti di applicazione dell'«jus superveniens»*.

¹⁵ Cfr. L 9 § 5 *De pignoraticia* XIII, 7 («qui ante solutionem egit pignoraticia, licet non recte egit, tamen, si offerit in iudicio pecuniam, debet recte pignoratum et quod sua interest consequi») e L 17 *Mandati* XVIII, 1 («Paulus Libro VII ad Sabinum. Si mandavero tibi, ut a Titio decem exigeres, et ante exacta ea mandati tecum egero, si ante rem iudicatam exegeris, condemnandum te esse constat»). Ma, per una posizione contraria all'esercizio anticipato dell'azione di condanna, cfr. anche L 23 *De iudicis* V, 1 («non potest videri in iudicium venisse id quod iudicium acceptum accidisset ideoque alia interpellatione opus est») e L 35 *De iudicis*, V, 1 («non quemadmodum fideiussoris obligatio in pendenti potest esse et vel in futurum concipi, ita iudicium in pendenti potest esse vel de his rebus quae postea in obligationem adventurae sunt. Nam neminem puto dubitaturum, quin fideiussor ante obligationem rei accipi possit: iudicium vero, antequam aliquid debeat, non posse»). Un'attenta traduzione di tutti questi passi può ora leggersi in *Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, a cura di S. SCHIPANI, II, Milano, 2005, pp. 115 e 275; e III, Milano, 2007, pp. 12 e 14. Per un'ampia indagine storica sul punto cfr. E. BARSANTI, *Il diritto sopraggiunto nel giudizio*, in *Annuario della procedura civile*, a cura di E. CUZZERI, (XXII) 1904, Torino, 1904, p. 60 ss.

¹⁶ Cfr. App. Torino, 17 dicembre 1878, in *La Giur.*, 1879, p. 257 s.; App. Lucca, 13 ottobre 1882, in *Legge*, 1882, I, p. 738 ss.; Cass. Torino, 30 agosto 1889, in *La Giur.*, 1889, c. 731 s.; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 68 ss., ancorché con riferimento ad un caso in cui il termine non era materialmente scaduto in corso di causa; Cass. Torino, 28 luglio 1890, in *La Giur.*, 1890, p. 634 (s.m.); App. Torino, 25 febbraio 1893, *ivi*, 1893, p. 282 ss., anche se per un caso in cui la domanda era stata presentata non solo intempestivamente, ma anche dopo una preclusione processuale; App. Perugia,

Già in quel sistema normativo, dunque, una volta confutate le ragioni che inducevano a considerare inesistente il diritto di credito prima della scadenza di un termine, la giurisprudenza aveva elaborato la convinzione secondo cui la preclusione della facoltà di chiedere la prestazione collegata alla presenza del termine stesso non si traduce nell'impossibilità di agire giudizialmente per l'ottenimento di una pronuncia di accertamento volta a confermare l'esistenza del diritto, ma impone solo di evitare che il debitore subisca conseguenze pregiudizievoli per il mero fatto di non aver adempiuto nella pendenza del termine stesso¹⁷.

22 dicembre 1907, in *Foro it.*, 1908, I, c. 124 ss., con nota di N. DE LUCA, *Il reclamo amministrativo come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria contro la Ferrovia*; Cass. Torino, 3 maggio 1910, in *Giur. it.*, 1910, I, 1, c. 959 ss.; in *La Giur.*, 1910, c. 971 ss.; e in *Dir. comm.*, 1910, II, p. 233 ss., con nota di G. TRIONE, *La perizia giudiziale preventiva nei rapporti giuridici civili*; Cass. Roma, sez. un., 18 aprile 1914, in *Mon. trib.*, 1914, p. 601 s.; App. Venezia, 24 marzo 1927, in *Foro ven.*, 1927, p. 311 s.; App. Venezia, 8 novembre 1927, in *Giur. ven.*, 1928, c. 23 s.; Trib. Roma, 11 gennaio 1932, in *Temi rom.*, 1932, c. 568 ss.; nonché, con specifico riferimento all'impossibilità di accogliere una domanda in tema di imposte dirette quando l'azione è iniziata prima della pubblicazione dei ruoli, a nulla rilevando che quest'ultima si sia realizzata in corso di causa, App. Lucca, 11 maggio 1872, in *Annali giur. it.*, 1872, II, p. 448 ss., ancorché con un mero *obiter dictum*; App. Venezia, 3 luglio 1885, in *Imp. dir.*, 1886, p. 318 s.; App. Torino, 12 ottobre 1891, *ivi*, 1892, p. 79 s.; Trib. Modica, 3 dicembre 1905, in *Riv. trib.*, 1906, p. 190 ss.; App. Catania, 31 luglio 1907, in *Riv. trib.*, 1907, p. 141 ss. Ad esiti applicativi identici pervengono anche Cass. Firenze, 24 marzo 1870, in *Annali giur. it.*, 1870, I, 1, p. 164 ss.; App. Milano, 28 febbraio 1871, in *La Giur.*, 1871, p. 312 s.; App. Torino, 24 aprile 1876, *ivi*, 1876, p. 911 ss., secondo le quali la necessità di cristallizzare all'atto della proposizione della domanda la situazione fattuale giudicabile deriverebbe dal divieto di giudizi di «mera iattanza», non regolati nel c.p.c. del 1865. Problematica appare infine la collocazione nell'orientamento in esame di Cass. Firenze, 18 gennaio 1915, in *Foro ven.*, 1915, p. 257 ss.: la massima rileva che «ben può condannarsi il locatore al risarcimento dei danni, quando intimando al conduttore una intempestiva disdetta, contravviene al suo obbligo di lasciare godere a questi pacificamente la cosa locata» e fa intendere che la *ratio* giustificatrice della soluzione sia da individuarsi proprio nella necessità di cristallizzare l'oggetto della decisione al momento della proposizione della domanda. Nel caso di specie il riconoscimento del carattere intempestivo della disdetta ha impedito di ritenere sciolto il contratto di locazione e ha condotto al riconoscimento della sua tacita rinnovazione, sicché l'obbligo risarcitorio può essere spiegato anche ponendo l'accento sul fatto che, nel momento della decisione, il rapporto contrattuale era ancora in esecuzione.

¹⁷ Cfr. F. DE FILIPPIS, *Corso completo di diritto civile italiano comparato*, V, *Diritti di obbligazione*, Milano, 1896, p. 213; L. RAMPONI, *La determinazione del tempo nei contratti*, in *Arch. giur.*, (45) 1890, p. 294 s.; V. POLACCO, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2^a ed., I, Roma, 1915, p. 299; M. AVANZINI, *Sui contratti a termine*, Brescia, 1912, p. 247; C. SCUTO, *La ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, p. 158 s.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano. Parte generale*, 3^a ed. a cura di L. COVIELLO, Milano, 1924, p. 442 s.; G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza*, 7^a ed., IV, rist., Firenze, 1927, p. 440 s.; G. PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II, *Diritto delle obbligazioni*, 2, *Dei contratti in generale*, 2^a ed., Padova, 1936, p. 163 s., i quali attribuiscono rilievo alla definizione di termine di adempimento offerta dall'art. 1172 c.c. del 1865, secondo il quale esso «non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto l'esecuzione». Ma la necessità di svalutare questa previsione assumendo che il diritto di credito è inesistente fino alla scadenza del termine è ribadita da G. BONELLI, *Contributo alla teoria scientifica dei titoli di credito*, in *Giur. it.*, 1897, IV, c. 25 s.; ID., *Sul fondamento e sulla natura dell'obbligazione cartolare nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1904, I, p. 185 ss.; F. MESSINEO, *I titoli di credito*, 2^a ed., II, Padova, 1933, p. 22 ss.; U. NAVARRINI, *La cambiale e l'assegno bancario secondo la nuova legislazione*, Bologna, 1937, p. 68 s.; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti*

La richiesta «anticipata» della prestazione, in altri termini, era stata ammessa a misura che, consentendo al debitore di rispettare la pattuizione originariamente concordata, lasciasse quest'ultimo libero di adempiere fino alla scadenza, il che è proprio quello che accade quando il creditore si limita a chiedere l'adempimento o ad agire con strumenti processuali – quali l'azione *ex art. 2932 c.c.* – che non precludono l'offerta della prestazione, ma anzi la sollecitano, ponendo semplicemente il debitore nella condizione di adempiere¹⁸.

Le conseguenze applicative di questo rilievo hanno perso importanza nel successivo sviluppo giurisprudenziale, che, dedicando sempre minore attenzione all'azione di esatto adempimento¹⁹, si è concentrato sullo strumento perentorio, al fine di chiarire se la risoluzione del contratto possa essere giudizialmente pronunciata non solo quando la prestazione sia già divenuta impossibile prima della scadenza del termine, ma anche laddove il debitore conservi la possibilità materiale di offrirla tempestivamente ed abbia solo manifestato la sua ingiustificata intenzione di non farlo²⁰.

giuridici preliminari, Milano, 1939, pp. 51 s., nota 3, 77 s., testo e nota 1, e 113 ss., che, tuttavia, attraverso la teoria dei c.d. «effetti preliminari» ammette l'esistenza del vincolo obbligatorio; G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940, p. 222. Sotto il vigore del c.c. del 1942, è sufficiente rinviare ad A. DI MAJO, *Rilevanza del termine e poteri del giudice*, Milano, 1972, pp. 6 ss., spec. 13, e 71 s.; ID., voce *Termine (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 218 s.; ID., *Dell'adempimento in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1994, p. 158 s.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3^a ed., Napoli, 2006, p. 654 s.; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 28 ss.

¹⁸ Lo rileva chiaramente App. Torino, 9 febbraio 1895, in *La Giur.*, 1895, p. 260 ss.; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 90 s.: «si ammette che in massima il creditore a termine non può *ante diem* agire contro il debitore per avere il pagamento immediato del suo avere perché ciò che è dovuto a termine non è dovuto prima della scadenza del termine, ma quando avviene che, nella pendenza del termine, il debitore contesta in tutto o in parte il suo debito, sorge allora di diritto nel creditore di provvedere per tempo al suo interesse e di agire contro il debitore per aver la prova del suo credito e stabilirne la sussistenza e l'ammontare. E a tale azione non contrasta punto la legge: l'art. 1174 c.c. prescrive che ciò che si deve a tempo determinato non si può esigere prima, ma l'esazione è cosa distinta dall'accertamento del debito che deve precederla e se per l'altro art. 1171 nel caso di obbligazione condizionale, il creditore prima che si è verificata la condizione epperò prima che il credito sia nato può fare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti, sembra *a fortiori* che nel caso di obbligazione a termine, la quale può esistere sin dal contratto, possa il creditore, prima che sia scaduto il termine, agire contro il debitore per far dirimere la di costui contestazione all'effetto sostanzialmente di conservare le sue ragioni, le quali altrimenti, nel difetto di titolo, potrebbero più tardi essere di difficile prova e, nel caso di morte del debitore, potrebbero anche facilmente andar perdute se, come spesso avviene, il creditore non ha altro mezzo che quello di riferirsi alla coscienza non infirmata dagli eredi».

¹⁹ Dopo la codificazione del 1942, la riproposizione della teoria del *jus superveniens* rispetto ad azioni di esatto adempimento si ritrova ancora in Cass., 10 marzo 1950, n. 623, in *Rep. Foro it.*, 1950, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 254; Cass., 20 maggio 1954, n. 1607, in *Foro it.*, 1954, I, c. 731 ss. (entrambe queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 240 ss., testo e nota 102).

²⁰ La necessità di risolvere il contratto non appena la prestazione sia divenuta impossibile per fatto imputabile al debitore trova già compiuta teorizzazione in App. Milano, 4 febbraio 1908, in *Giur. it.*, 1908, I, 2, c. 239

La riconduzione della situazione appena evocata al pericolo d'inadempimento non aveva precluso al creditore la possibilità di iniziare anticipatamente l'azione di risoluzione: i giudici, infatti, avevano posto l'accento sull'incondizionata revocabilità del rifiuto per esonerare il debitore da responsabilità solo quando questi avesse rispettato il termine originariamente pattuito, offrendo in corso di causa la prestazione²¹.

Si era dunque provato ad estendere al rimedio in esame l'apparato argomentativo incentrato sullo *jus superveniens*, così da concludere che l'avvio intempestivo dell'azione potesse essere superato dalla sopravvenuta manifestazione dell'inadempimento dedotta dal comportamento processuale del convenuto²² e questa conclusione si ritrova anche dopo la codificazione del 1942, in pronunce nelle quali si sottolinea che l'inadempimento *ex art.* 1453 c.c. non rappresenta un presupposto processuale, ma una condizione dell'azione di risoluzione, in quanto tale destinata ad essere accertata all'atto della conclusione del giudizio e non al momento della sua instaurazione²³.

ss., confermata da Cass. Torino, 25 maggio 1909, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 92 ss., ed è successivamente ribadita, anche se a volte con massime più genericamente dedicate al rifiuto dell'adempimento o alla valutazione di «univocità» della condotta debitoria, in Cass., 26 febbraio 1944, n. 123, cit.; Cass., 26 aprile 1951, n. 1024, in *Rep. Foro it.*, 1951, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 289-290; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 228 ss.; Cass., 27 giugno 1961, n. 1542, cit.; Cass., 6 marzo 1962, n. 440, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce cit., n. 280; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 272 ss.; Cass., 6 ottobre 1962, n. 2858, in *Rep. Foro it.*, 1962, voce cit., n. 275; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 278 ss.; Cass., 4 marzo 1970, n. 529, cit.; Cass., 27 luglio 1973, n. 2210, cit.; Cass., 4 marzo 1977, n. 895, cit.; Cass., 4 aprile 1979, n. 1950, cit.; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, cit.; Cass., 10 aprile 1986, n. 2500, in *Riv. not.*, 1986, p. 787 ss.; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, c. 501 ss.; in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, p. 155 ss., con nota di G. CONTE, *Appunti in tema di mancato compimento dell'attività preparatoria e di risoluzione anticipata del contratto*; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 348 ss.; Cass., 10 dicembre 1986, n. 7318, cit.; Cass., 4 novembre 2003, n. 16530, cit.; Cass., 21.12.2012, n. 23823, cit.

²¹ Cfr. App. Genova, 2 maggio 1916, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II, p. 473 ss., con nota di C.A. COBIANCHI, *Sui diritti del creditore a termine di fronte alla dichiarazione fatta dal debitore di considerarsi esonerato dalla prestazione*; in *Temi gen.*, 1916, p. 392 ss.; e in *Dir. comm.*, 1916, II, p. 860 ss.; App. Genova, 26 maggio 1916, in *Temi gen.*, 1916, p. 462 ss.; App. Bologna, 8 giugno 1931, in *La Giur.*, 1931, c. 1470 ss.; e in *Temi emil.*, 1931, I, 1, p. 354 s. (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 109 ss., 112 ss. e 144 ss.).

²² Cfr. Cass., 3 maggio 1930, n. 1507, in *Rep. Foro it.*, 1930, voce *Obbligazioni e contratti*, nn. 282-284; Cass., 15 gennaio 1935, n. 128, in *La Giur.*, 1935, c. 161 ss., ove, peraltro, il contratto non fu risolto in ragione dell'assenza di un vero e proprio inadempimento; Cass., 31 luglio 1939, n. 3109, in *Rep. Foro it.*, 1939, voce cit., n. 385 (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 140 ss., 163 ss. e 174 ss.).

²³ Cfr. Cass., 31 marzo 1947, n. 489, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1947, III, p. 627 (s.m.); Cass., 1 marzo 1955, n. 620, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 166 s., con nota di A. ATTARDI, *Risoluzione del contratto e interesse ad agire*; App. Genova, 19 giugno 1956, in *Temi gen.*, 1956, c. 277 s. (s.m.) (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 205 ss., 247 s. e 253 ss.); Cass., 6 marzo 1962, n. 440, cit.; Cass., 11 febbraio 1987, n. 1497, in *Vita not.*, 1987, p. 719 s.; Cass., 16 novembre 2001, n. 14429, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Obbligazioni in genere*, n. 23; Cass., 20

Questa conclusione trovava puntuali riscontri nella regolamentazione del rimedio perentorio apprestata dal c.c. del 1865.

L'espressa attribuzione al giudice, *ex art.* 1165, ult. cpv., c.c. del 1865 del potere di concessione di una dilazione per l'adempimento tardivo anche dopo l'instaurazione della causa induceva infatti un orientamento per lungo tempo pacifico a considerare il debitore, fino all'emanazione della sentenza costitutiva, incondizionatamente libero di offrire la prestazione con effetti vincolanti per il creditore, così da concludere che lo scioglimento del rapporto avrebbe dovuto ricollegarsi ad una valutazione d'irreversibilità dell'inattuazione dipendente dall'infruttuoso decorso dell'intera durata della causa²⁴.

Se la presenza di un'attuale violazione del rapporto obbligatorio non garantiva al creditore l'immediato scioglimento del contratto, a maggior ragione una simile pretesa non avrebbe avuto concrete possibilità di accoglimento di fronte all'ipotesi in cui l'inadempimento non era ritenuto ancora presente: anche in questo caso il giudice, investito, per espressa previsione legislativa, del ruolo d'indiscusso arbitro nella concessione del rimedio, non avrebbe fatto altro che rinviare la decisione alla scadenza del termine, maturata nel corso del processo, concedendo al debitore, in quel lasso temporale, la possibilità di evitare la risoluzione attraverso un «esatto adempimento»²⁵.

È appena il caso di precisare che, nel sistema normativo previgente, non vi era alcuno spazio per un giudizio prognostico fondato sull'effettiva realizzazione di un futuro

febbraio 2004, n. 3378, in *Arch. civ.*, 2004, p. 1447 (s.m.); e in *Gius.*, 2004, p. 2665 (s.m.); Cass., 1 giugno 2004, n. 10490, in *Vita not.*, 2004, p. 963 s.; in *Corr. giur.*, 2004, p. 999 s. (s.m.); in *Gius.*, 2004, p. 3724 (s.m.); e in *Impr.*, 2004, p. 1640 (s.m.); e, in dottrina, D. RUBINO, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, cit., p. 241 ss.; e, con esclusivo riferimento al contratto sospensivamente condizionato, G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 641 s.; e in *Id.*, *Scritti giuridici*, V, Milano, 2001, p. 161 s. (da cui la successiva citazione); C. PINELLINI, *Il trattamento del contratto condizionale*, in *Arch. giur.*, (169) 1986, p. 290 s.; S. MAIORCA, voce *Condizione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 314, testo e nota 145; V. PUTORTÌ, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, in *Domenico Rubino*, a cura di P. PERLINGIERI e S. POLIDORI, I, *Interesse e rapporti giuridici*, Napoli, 2009, p. 969 ss.

²⁴ Una puntuale ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale è offerta da G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, pp. 171 ss., 422 ss. e 475 ss., spec. 483 ss.; e in *Id.*, *Scritti giuridici*, II, cit., pp. 175 ss., 429 ss., spec. 485 ss.; A. SMIROLDO, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, pp. 257 ss. e 323 ss.

²⁵ In questa prospettiva, ben si comprende perché Cass. Firenze, 7 gennaio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, c. 267 ss., con nota di F. CARNELUTTI; e in *Mon. trib.*, 1918, p. 407 s. (ma *ivi* erroneamente datata 14 gennaio 1918); Cass., 20 ottobre 1924, n. 2198, in *Giur. it.*, 1924, I, 1, c. 1042 ss.; e in *Corte Cass.*, 1925, c. 898 ss.; Cass., 10 novembre 1928, n. 4020, in *Rep. Foro it.*, 1928, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 429; Cass., 16 marzo 1932, n. 968, in *Giur. it.*, 1932, I, 1, c. 513 s. (tutte queste sentenze possono altresì leggersi in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 118 ss., 133 ss., 136 ss. e 150 s.); App. Milano, 29 aprile 1932, in *Foro Lomb.*, 1932, II, c. 184 (s.m.), abbiano genericamente escluso la possibilità di risolvere il contratto per un mero pericolo d'inadempimento, stante l'assenza di un'attuale violazione del rapporto e l'esistenza di una perdurante volontà di adempiere del debitore.

inadempimento o sulla necessità di collegare ad un'attuale violazione della regola di buona fede il riconoscimento della legittimità dell'esercizio «anticipato» del rimedio.

Ammissa la generalizzata possibilità per il debitore convenuto di rispettare l'originaria pattuizione limitandosi ad offrire un adempimento che, ancorché reso in corso di causa, continuava ad essere considerato esatto e, in quanto tale, non avrebbe potuto essere respinto dal creditore, ai giudici non interessava verificare la fondatezza della preoccupazione dell'attore, ma solo impedire che quest'ultimo ricorresse allo strumento processuale per alterare a suo favore il piano esecutivo originariamente concordato.

3. Il tentativo di riproporre la soluzione appena descritta anche dopo la codificazione del 1942 incontra insuperabili ostacoli nella regolamentazione positiva del rimedio perentorio²⁶.

Il principio di economia processuale che è alla base della teorica del *jus superveniens* può infatti operare solo quando al giudice è assicurato un controllo esclusivo sull'esistenza dell'inadempimento in corso di causa e tale presupposto, agevolmente riscontrabile in un sistema legislativo – quale quello del c.c. del 1865 – incentrato sul riconoscimento del carattere giudiziale della risoluzione e sull'attribuzione al debitore di un incondizionato potere di adempiere durante il corso del giudizio, si pone in evidente contrasto sia con il riconoscimento della facoltà del creditore di scegliere liberamente anche modalità stragiudiziali di scioglimento del rapporto, sia, soprattutto, con la specifica regolamentazione dell'azione di risoluzione e, segnatamente, con le preclusioni ricollegate dall'art. 1453, 2° e 3° co., c.c. alla proposizione della relativa domanda.

Se, in particolare, la richiesta di adempimento non può più essere avanzata dopo la proposizione della domanda di risoluzione, il giudice non può dedurre da quest'ultima la prova che l'attore sia disposto a dare pronta esecuzione al rapporto non appena il debitore cambi idea, ma è posto di fronte ad un'alternativa ineludibile: accogliere la domanda per come è formulata, a misura che essa risulti fondata su una ricostruzione in fatto capace di attribuire alle pretese dell'attore la necessaria rilevanza giuridica; o respingerla, in quanto inesattamente o precocemente proposta, in virtù di un mero timore in ordine al futuro inadempimento, ancora allo stato inesistente²⁷.

²⁶ Per una più articolata dimostrazione, sia consentito il rinvio ad A. VENTURELLI, *Dalla minaccia di inadempimento alla violazione «anticipata» del rapporto obbligatorio*, in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., pp. 1 ss., spec. 51 ss.

²⁷ Cfr. A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, pp. 136 ss. e 148 ss.; ID., voce *Interesse ad agire*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 841 s.; A. NASI, voce *Interesse ad agire*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 41; B. SASSANI, voce *Interesse ad agire. I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, p. 10; M. DELLACASA, *Il giudice e la risoluzione del contratto nell'esperienza italiana e nella prospettiva europea*, in *Studium iuris*, 2006, p. 545; ID., *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, in questa *Rivista*, 2007, pp. 560 s. e 564; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2007, pp. 239 e 276 ss.;

Il divieto di offrire l'adempimento dopo la proposizione della domanda di risoluzione si sostanzia nella concessione al creditore di un motivo legittimo di rifiuto dell'offerta stessa e lascia al giudice esclusivamente la possibilità di accertare l'inesistenza di un inadempimento sufficientemente grave, la cui sopravvenuta manifestazione può dunque solo legittimare la formulazione di una nuova domanda, questa volta destinata a trovare accoglimento²⁸.

Qualificare l'inadempimento come condizione dell'azione non consente dunque di escludere la necessaria presenza, quale presupposto processuale, di un attuale interesse ad agire in capo al creditore, che è chiamato a dimostrare, già all'atto della proposizione della domanda perentoria, il proprio bisogno di tutela e, quando la condotta del debitore non si è ancora concretizzata in un'effettiva violazione irreversibile del rapporto sinallagmatico, ciò si rivela impossibile in difetto di un'immediata lesività o antigiridicità della condotta stessa²⁹.

V. PUTORÌ, *La risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 131; ID., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., pp. 239 s., 253 s. e 316 ss.; ID., *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, cit., p. 989 ss.

²⁸ Sottolineano la necessità di «cristallizzare» l'inadempimento al momento della proposizione della domanda di risoluzione G. ANDREOLI, *Appunti sulla clausola risolutiva espressa e sul termine essenziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, pp. 78 e 82; in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*, III, Bologna, 1953, pp. 10 s. e 14 s.; e in ID., *Scritti vari di diritto privato*, Milano, 1968, pp. 52 e 56 s.; A. GUARINO, *La diffida ad adempiere e la gravità dell'inadempimento*, in *Arch. giur.*, (138) 1955, p. 51 s.; e in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, p. 970 s.; A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, p. 32 s.; e in *Scritti giuridici in memoria di Marcello Barberio Corsetti*, Milano, 1965, p. 339 ss.; A. SMIRALDO, *op. cit.*, pp. 296 ss. e 323 ss.; R. ALESSI, *Risoluzione per inadempimento e tecniche di conservazione del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 112, testo e nota 197; U. CARNEVALI, in A. LUMINOSO, U. CARNEVALI e M. COSTANZO, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1990, pp. 81 s. e 97 s.; ID., *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI e M. TAMPONI, *La risoluzione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, *Il contratto in generale*, 8, Torino, 2011, p. 38 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, pp. 305 ss. e 395 ss.; G. SICCHIERO, *op. cit.*, p. 580 s.; R. SACCO, *op. cit.*, p. 636 ss.; M. DELLACASA, *Inattuazione e risoluzione: i rimedi*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2006, pp. 150 s., 168 ss. e 248 s.; ID., *Offerta tardiva della prestazione e rifiuto del creditore: vantaggi e inconvenienti di una risoluzione «atipica»*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 511 ss.; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Torino, 2008, pp. 101 s. e 110 s.; ID., *Il creditore può rinunciare alla risoluzione «di diritto»? Luci ed ombre di una regola giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 21 ss.; ID., *Risoluzione per inadempimento e ricorso al processo*, *ivi*, 2015, p. 40 ss.; L. SITZIA, voce *Importanza dell'inadempimento*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento ******, Torino, 2016, p. 301 ss. Per una più ampia valutazione della prassi giurisprudenziale, sia altresì consentito il rinvio ad A. VENTURELLI, *Il momento preclusivo dell'adempimento ritardato*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 246 ss.

²⁹ Il tema ha trovato ampia attenzione nella dottrina tedesca, che, nonostante il § 259 ZPO ammetta in via generalizzata la possibilità di ottenere sentenze di condanna in futuro, continua a precisare che la domanda in esame ha ad oggetto un mero accertamento riguardante l'esistenza del diritto e si converte in richiesta costitutiva in corso di causa, alla luce della condotta del convenuto: cfr. K. HELMWIG, *Anspruch und Klage recht. Beiträge zum bürgerlichen und zum Prozessrecht*, Jena, 1900, p. 386 ss.; C. CROME, *System des deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, Tübingen-Leipzig, 1900, p. 564 ss.; E. MOOS, *Die*

Di ciò si è ormai resa conto la giurisprudenza maggioritaria, che, anziché richiamare la qualificazione dell'inadempimento come condizione dell'azione, preferisce più

Klage auf künftige Leistung nach Reichsprozeßrecht, Stuttgart, 1902, p. 1 ss.; H. SIBER, *Der Rechtszwang im Schuldverhältniss nach deutschem Reichsrecht*, Tübingen, 1903, p. 79 ss.; R. TUTEUR, *Die Klage auf künftige Leistung nach § 257 der ZPO für das Deutsche Reich*, Diss. Würzburg, 1907, p. 35 ss.; A. BURMANN, *Die gleichzeitige Geltendmachung des Herausgabe- und Schadensersatzanspruches für den Fall der Nichtherausgabe unter besonderer Berücksichtigung der Klage auf künftige Leistung (§ 259 ZPO)*, Diss. Würzburg, 1923, p. 49 ss.; D. PINCUS, *Kann gegenüber einer Klage auf künftige Leistung die Aufrechnung mit einer betagten Gegenforderung geltend gemacht werden?*, Diss. Heidelberg, 1908, p. 15 ss.; J.-O. MURACH, *Rechtsschutzprobleme bei der Klage auf künftige Leistung nach den §§ 257 - 259 ZPO*, Remscheid, 2007, p. 60 ss., i quali evidenziano che una prima formulazione di questa teoria si deve ad H. DERNBURG, *Pandekten*, I, *Allgemeiner Teil*, 1, 6^a ed., Berlin, 1900, p. 435 s.; e con il titolo *Pandette*, I, 1, *Parte generale*, 1^a trad. it. di F.B. CICALA, Torino, 1906, p. 476 s., secondo il quale bisognerebbe distinguere il diritto sostanziale – assente all'atto della proposizione della domanda – dalla pretesa giudiziale – invece comunque presente, perché rivolta al giudice e non alla controparte, in consapevole dissenso con le posizioni di J. VOET, *Commentarius ad Pandectas in quo praeter Romani juris principia ac controversias illustiores, jus etiam hodiernum, ut praecipue fori quaestiones excutiuntur*, VI, Köln, 1735, p. 45 s.; C.G. VON WÄCHTER, *Pandekten*, I, *Allgemeiner Teil*, Leipzig, 1880, p. 120 s.; H. VON BUCHKA, *Die Lehre vom Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß historisch und dogmatisch dargestellt*, II, Rostock, 1847, p. 252 ss.; F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 2^a ed., VI, Leipzig, 1849, p. 89 ss.; e, con il titolo *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. SCIALOJA, VI, Torino, 1896, p. 76 s.; K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, 7^a ed., I, Marburg-Leipzig, 1863, p. 250 s.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6^a ed., I, Frankfurt am Main, 1887, p. 358 s.; e con il titolo *Diritto delle Pandette*, trad. it. di C. FADDA, P.E. BENZA, I, Torino, 1925, p. 442 s. (sul passo, cfr. inoltre i commenti degli stessi traduttori, *ivi*, VI, p. 718 s.); C.F. VON GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia da G. DE MARINIS, con note di C. FERRINI e F. SERAFINI, VIII, Milano, 1890, p. 147 ss., secondo i quali il problema della legittimazione sopravvenuta andrebbe risolto in chiave sostanziale chiedendosi se l'attore possiede, all'atto della proposizione della domanda, un diritto suscettibile di tutela: la risposta negativa al quesito – stante l'inesigibilità della prestazione – dovrebbe portare alla negazione del rimedio. Una sintetica esposizione delle diverse teorie è offerta da H. REICHEL, *Unklagbare Ansprüche*, in *JherJb.*, (59) 1911, p. 408 ss.; e (60) 1912, p. 38 ss.; M. VOLKOMMER, *Die lange Dauer der Zivilprozesse und ihre Ursachen*, in *ZZP*, (81) 1967, p. 102 ss.; e, per la dottrina italiana, da E. CASTELBOLOGNESI, voce *Iattanza (giudizi di)*, in *Enc. giur. it.*, VIII, 1, Milano, 1897, p. 13 s.; L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 9^a ed., I, Torino, 1921, p. 56 s.; ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, *La conciliazione. Il compromesso. Il procedimento di dichiarazione in prima istanza*, 4^a ed., Milano, 1923, p. 239 s.; F. INVREA, *Interesse e azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1928, I, pp. 327 e 331 ss.; G. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, *ivi*, 1933, I, pp. 3 ss., spec. 25 s.; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, 2^a ed., Napoli, 1935, p. 15 s.; L. MONTESANO, *Appunti sull'interesse ad agire in mero accertamento*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 253 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2^a ed., in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. VASSALLI, XIV, 4, Torino, 1994, p. 115 ss.; S. SATTA, *A proposito dell'accertamento preventivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1396 ss.; e in *Studi in onore di Emilio Betti*, V, *Diritto moderno*, Milano, 1962, p. 571 ss.; ID., voce *Condanna (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 715 s.; G. GIANNOZZI, *Interesse ad agire ed azioni di accertamento*, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, c. 842 ss.; F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 59; ID., *Accertamento giudiziale preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 175 ss.; L. LANFRANCHI, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento*, I, Milano, 1969, p. 274 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 646 ss.; e in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, Padova, 1982, p. 146 ss.; E. FAZZALARI, voce *Sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 1250 ss.; G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, spec. p. 129 ss.

semplicemente sottolineare che è già inadempiente il debitore che, prima della scadenza del termine, lascia univocamente intendere che non eseguirà la prestazione³⁰, così da legittimare la controparte all'immediata attivazione di tutti i rimedi previsti contro questa situazione senza alcuna attenzione al loro carattere giudiziale o stragiudiziale, fino ad ammettere risoluzioni «di diritto» per diffide «anticipate»³¹ e per l'applicazione dell'art. 1457 c.c. quando il comportamento oppositivo del debitore evidenzia che non sarà rispettato il termine essenziale³².

L'adesione a quest'ultima posizione, tuttavia, non autorizza ad estendere identica conclusione ai casi in cui il creditore decida di agire con un rimedio conservativo del rapporto quale l'azione di esatto adempimento.

La possibilità di *mutatio libelli* disposta dall'art. 1453, 2° co., c.c. conferma che l'evoluzione processuale della causa continua ad assumere importanza decisiva per assicurare al creditore un adattamento delle proprie determinazioni alla condotta del convenuto, sicché non vi sono motivi per escludere che questa stessa condotta debba formare oggetto di valutazione da parte del giudice³³.

³⁰ Cfr. Cass., 10 febbraio 1944, n. 79, cit.; Cass., 13 maggio 1954, n. 1516, cit.; Cass., 18 maggio 1965, n. 956, cit.; Cass., 29 febbraio 1960, n. 364, cit.; Cass., 30 giugno 1959, n. 2064, cit.; Cass., 18 luglio 1962, n. 1919, cit.; Cass., 20 luglio 1971, n. 2335, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2485 ss., con nota di V. ROPPO; in *Giur. it.*, 1972, I, 1, c. 1204 ss.; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 305 ss.; Cass., 7 settembre 1977, n. 3900, cit.; Cass., 24 aprile 1978, n. 1933, in *Rep. Foro it.*, 1978, voce *Obbligazioni in genere*, n. 15; e in *La tutela sinallagmatica «anticipata» nei contratti a prestazioni corrispettive*, cit., p. 332 ss.; Cass., 17 marzo 1982, n. 1721, cit.; Cass., 9 gennaio 1997, n. 97, cit.; Cass., 16 luglio 2001, n. 9637, cit.

³¹ Cfr. Cass., 9 giugno 1956, n. 1994, cit.; Cass., 27 luglio 1973, n. 2210, cit.; Cass., 5 febbraio 2001, n. 1597, in *Giur. it.*, 2002, p. 1402 ss., con nota di R. ZUCCARO, *La clausola «per sé o per persona da nominare» e contratto preliminare*, anche se con un mero *obiter dictum*.

³² Cfr. Cass., 12 dicembre 1975, n. 4089, cit.

³³ Di ciò si è accorta Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, in *Giur. it.*, 2014, p. 1619 ss., con note di E. D'ALESSANDRO, *Le sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, comma 2, c.c.*; e M. BRUGNOLI, «*Ius variandi*» e risarcimento dei danni: la tutela unitaria del contraente fedele; in *Contr.*, 2014, p. 749 ss., con nota di M. DELLACASA, «*Ius variandi*» e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 991 ss., con nota di D.M. FRENDI, *La Cassazione torna sui suoi passi (ma fino ad un certo punto): l'ammissibilità della domanda risarcitoria e il limite dei fatti sopravvenuti*, che, al fine di ammettere la possibilità di presentare per la prima volta una domanda di risarcimento contestualmente alla modifica della richiesta di adempimento in risoluzione del contratto, ha rilevato che, in forza della previsione in esame, «lo *ius variandi* della vittima dell'inadempimento non può cogliere di sorpresa il debitore. Questi, infatti, è rimasto inadempiente nonostante sia stato sollecitato ad eseguire (o ad eseguire esattamente) la prestazione richiesta, laddove la sua esecuzione successiva alla domanda di adempimento avrebbe rimosso il presupposto della risoluzione. D'altra parte, la domanda di adempimento non può significare rinuncia all'efficacia risolutiva dell'inadempimento nel perdurare dello stato di violazione del contratto ... L'inerzia del debitore, per ogni momento che passa, viene ad aggravare lo iato tra il momento della scadenza ed il momento dell'esecuzione, sicché la scelta iniziale per il rimedio manutentivo in presenza di un inadempimento precorso non distrugge la facoltà di ricorrere alla tutela ablativa per un inadempimento che si rinnova, che cresce o che si aggrava nella pendenza del processo. Prevedendo la reversibilità della scelta inizialmente espressa per la manutenzione del contratto ed offrendo al creditore che ha chiesto l'adempimento la possibilità di cambiare idea e di chiedere la risoluzione, il codice detta, anzitutto, una

Del resto, non si deve dimenticare che il differimento del giudizio sull'esistenza della violazione del rapporto al momento in cui la prestazione è divenuta esigibile rimane tecnicamente possibile anche a fronte della proposizione di una domanda giudiziale di risoluzione: in questo caso, è solo la disciplina preclusiva della facoltà di chiedere l'adempimento ad impedire alla domanda di mutarsi temporaneamente, per superare l'obiezione incentrata sulla sua intempestività, in azione di mero accertamento, finalizzata ad ottenere una pronuncia dichiarativa contenente la riaffermazione della vincolatività del rapporto, salvo poi trasformarsi nuovamente in richiesta perentoria quando l'inadempimento si manifesta in corso di causa³⁴.

Questa obiezione non sussiste a fronte di una richiesta di adempimento, la quale si connota già intrinsecamente per una componente accertativa finalizzata alla riaffermazione dell'esistenza del credito e, in quanto tale, è indifferente al momento cronologico della sua proposizione.

Non è dunque casuale che, per legittimare l'avvio «anticipato» dell'azione *ex art.* 2932 c.c., la sentenza in esame faccia riferimento alla finalità cautelare perseguita dall'immediato ricorso alla richiesta di sentenza costitutiva.

Il reale obiettivo del promissario acquirente è infatti rappresentato, almeno finché non scada il termine originariamente pattuito nel preliminare, dalla preservazione della possibilità materiale dell'adempimento, che sarebbe stata indubbiamente esclusa nel caso in cui le trattative già avviate avessero portato alla stipulazione di un contratto incompatibile.

Il suo interesse ad agire si è concretizzato nella pretesa al ristabilimento della situazione più idonea per prevenire o evitare il verificarsi di un danno futuro, similmente a quanto accade in tutti i casi in cui un'immediata tutela giurisdizionale può essere attivata in funzione preventiva o inibitoria³⁵.

norma di diritto sostanziale che disciplina l'esercizio di un'opzione tra i diversi mezzi di reazione all'altrui inadempimento: un diritto che non può essere ostacolato dall'antecedente scelta per il rimedio manutentivo».

³⁴ Non a caso, per superare questa obiezione, D. RUBINO, *Risoluzione giudiziale in pendenza del termine contrattuale*, cit., p. 242 s., riaffermando la posizione già espressa in Id., *Domanda giudiziale di risoluzione e possibilità di successivo adempimento*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1946, II, p. 102 s.; Id., *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.*, 1947, I, p. 55 ss. (entrambi questi scritti possono altresì leggersi in Id., *Studi giuridici*, cit., pp. 233 e 175 ss.), prospetta l'inapplicabilità dell'art. 1453, 2° e 3° co., c.c. ai casi in cui, al momento della proposizione della domanda di risoluzione, non vi sia alcun inadempimento in atto. La conclusione è ripresa anche da L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 38, nota 3, ma è agevole replicare che, in assenza di una testuale previsione normativa, riesce difficile credere che il rimedio perentorio possa subire una così significativa ed ingiustificata alterazione della disciplina normativa che lo regola. Per una più approfondita analisi del problema, con riferimento all'azione di risoluzione avviata a fronte di un ritardo nell'adempimento, sia comunque consentito il rinvio ad A. VENTURELLI, *Costituzione in mora e risoluzione per inadempimento*, in *Domenico Rubino*, I, cit., p. 891 ss.

³⁵ Un'attenta indagine sul tema è ora offerta da D.M. FREANDA, *Appunti per una teoria dell'inibitoria quale forma di tutela preventiva dell'inadempimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 721 ss.

L'esercizio anticipato dell'azione giudiziale, in altri termini, ha inteso prevenire il realizzarsi dell'inadempimento e offrire all'attore lo strumento più idoneo per ottenere un provvedimento capace di indurre il debitore ad adempiere o, quantomeno, di accelerare i tempi per l'ottenimento della sentenza costitutiva.

La pronuncia in commento non può dunque essere accolta nella parte in cui pretende di estendere gli esiti applicativi ai quali si è pervenuti per il rimedio perentorio ad un'azione avente finalità del tutto diversa.

Riesce infatti impossibile comprendere perché la valutazione prognostica circa l'«univocità» del futuro inadempimento debba essere compiuta per l'azione *ex art.* 2932 c.c. in termini esattamente corrispondenti a quelli previsti per la risoluzione.

Se infatti nel primo caso – a differenza di quanto accade nel secondo – il debitore conserva l'incondizionata facoltà di opporsi all'accoglimento della domanda rispettando la pattuizione, cioè offrendo la stipulazione del definitivo, è del tutto inutile che il promissario acquirente dia conto, all'atto della proposizione della domanda, dell'univocità dell'intenzione della controparte di cedere a terzi il complesso immobiliare, perché l'eventuale difetto di tale dimostrazione non impedirebbe al giudice di accertare, alla luce della linea difensiva prescelta dal convenuto, il mancato rispetto del preliminare da parte sua.

Sarebbe, in altri termini, assurdo immaginare che il promittente venditore possa legittimamente rifiutare la stipulazione del definitivo anche dopo la scadenza del termine solo perché la controparte ha avviato un'azione giudiziaria finalizzata all'ottenimento di quello che il contratto validamente perfezionato già le consentiva di pretendere.

Occorre, al contrario, ribadire che l'inesigibilità della prestazione, correlata alla mancata scadenza del termine, assicura al promittente venditore esclusivamente il diritto di opporsi alla stipulazione fino alla scadenza stessa e di non subire alcuna conseguenza negativa per questo rifiuto temporalmente circoscritto, senza che l'avvio «anticipato» dell'azione influisca sull'onere della prova dell'attore e sulle reali caratteristiche della controversia instaurata tra le parti.

Circostanze fattuali che il richiamo alla teorica dell'inadempimento «anticipato» ha occultato tornano, a tal stregua, ad assumere rilievo decisivo: nonostante la causa sia stata avviata un mese prima della scadenza del termine previsto nel preliminare, quando ormai l'inadempimento del promittente venditore si era già comunque manifestato, egli – senza negarne la sussistenza – si è limitato ad eccepire di aver a sua volta rifiutato l'adempimento in ragione dell'inadempimento altrui, provando a far ricadere la situazione entro i confini dei c.d. inadempimenti reciproci, la cui presenza, ove confermata da entrambi i contendenti, legittima il giudice a dare per accertata la definitiva inattuazione del sinallagma, imponendo solo di ricercare a quale contraente essa debba essere imputata³⁶.

³⁶ Cfr., da ultimo, Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Contratto in genere*, n. 479; App. Cagliari, 3 giugno 2011, in *Riv. giur. sarda*, 2012, p. 405 ss., con nota di C. DORE JR., *Inadempimenti*

Il fatto che, dopo quasi quindici anni dalla scadenza del termine, sia proposto in Cassazione un rilievo incentrato sull'inesigibilità della prestazione esprime una volta di più il definitivo inadempimento del promittente venditore e conferma la necessità di offrire piena protezione alla controparte, indipendentemente dalla qualificazione concettuale che s'intenda offrire alla condotta tenuta prima dell'instaurazione del processo.

Non è difficile scorgere l'esito prefigurato da questi rilievi: la proposizione «anticipata» dell'azione *ex art. 2932 c.c.* avrebbe potuto essere consentita anche laddove l'avvio delle trattative con terzi fosse stato considerato un mero pericolo d'inadempimento, senza alcuna necessità di appurare l'esistenza dei connotati specificamente riferibili all'inadempimento «anticipato».

Ciò non è smentito dalla formulazione letterale dello stesso art. 2932 c.c., che pure fa esclusivo riferimento all'ipotesi dell'inadempimento quale condizione per il ricorso al rimedio: l'argomento di economia processuale già evocato dalla teorica del *jus superveniens* evidenzia la necessità di differire al momento dell'emanazione della sentenza la valutazione dell'effettiva sussistenza della condizione dell'azione, perché, altrimenti, si danneggerebbero irreversibilmente ed iniquamente le ragioni di chi, avviata intempestivamente l'azione, scopre comunque di avere ragione nel merito nel corso del suo svolgimento ed è quindi in grado di dimostrare che la controparte non ha offerto la prestazione dovuta.

Il promittente venditore che voglia evitare l'imposizione della sentenza e far pagare alla controparte i costi per una richiesta intempestiva ed ingiustificata deve operare nel modo fisiologicamente più corretto, cioè offrire un esatto adempimento in modo da dimostrare la sua piena fedeltà al contratto.

Se non lo fa entro i termini originariamente concordati, non vi è ragione di legittimarlo ad invocare l'inesigibilità per occultare il fatto che l'inattuazione è a lui integralmente ascrivibile.

4. Le considerazioni appena svolte non devono indurre a concludere che – limitatamente al rimedio perentorio – l'accertamento dell'inadempimento «anticipato» debba necessariamente dipendere dalla combinazione di una violazione attuale del principio di buona fede e di un giudizio prognostico volto a dimostrare l'«univocità» o la «definitività» della futura inattuazione.

La regola di correttezza conserva un ruolo centrale nel superamento dell'idea secondo cui il momento cronologico di manifestazione della situazione finalizzata a

reciproci e risoluzione del contratto: i criteri per l'individuazione dell'inadempimento prevalente; Cass., 11 giugno 2013, n. 14648, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3482 ss., con nota di D. MUSCILLO; Cass., 18 settembre 2015, n. 18320, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Locazione*, n. 60.

pregiudicare il futuro adempimento costringerebbe il creditore ad una posizione di mera attesa, precludendogli qualunque reazione³⁷.

Solo riconoscendo che, in virtù della nascita stessa del rapporto obbligatorio a prestazione differita, le parti assumono impegni immediatamente vincolanti, in quanto fondati sulla regola di buona fede, diviene possibile evidenziare che il debitore è sempre tenuto a preservare il futuro adempimento e deve evitare di porre in essere condotte che, in quanto risultino finalizzate a pregiudicare la materiale realizzazione della prestazione, lo espongono ad un'immediata reazione della controparte, la quale, agendo «anticipatamente», non pretende affatto di ottenere quello che, per il momento, non è ancora richiedibile, ma si limita a lamentare un oggettivo cambiamento della situazione, che, in quanto non giustificato, altera il vincolo sinallagmatico consentendo di considerare immediatamente inadempiente il suo autore³⁸.

In questa prospettiva, l'esigenza di offrire una ricostruzione concettuale unitaria dell'inadempimento «anticipato» è confermata proprio dall'estensione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede alla fase di pendenza della condizione (art. 1358 c.c.): ammettere che l'obbligo di non pregiudicare il futuro adempimento sussiste – in termini pressoché identici a quelli correlati alla mancata scadenza di un termine – anche a fronte dell'incertezza circa il verificarsi dell'evento condizionante autorizza a ritenere che il creditore possa disinteressarsi di quest'ultimo, perlomeno ove aspiri ad ottenere un'immediata risoluzione del contratto³⁹.

³⁷ Tale è appunto la conclusione di G. PIOLA, voce *Obbligazione. II. Diritto civile*, in *Dig. it.*, XVI, Torino, 1908, p. 828; C.A. COBIANCHI, *op. cit.*, p. 475 s.; G. GIORGI, *op. cit.*, p. 516; F. SALVI, *Impossibilità di prestazione e diritto al termine*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 442 s.; G. ANDREOLI, *Appunti in tema di obbligazioni a termine e di impossibilità della prestazione*, in *Temi*, 1950, p. 305 s.; in *Studi in onore di Antonio Cicu*, I, Milano, 1951, p. 5 s.; e in *Id.*, *Scritti vari di diritto privato*, cit., p. 27 s.; G. MIRABELLI, *Richiesta e rifiuto di adempimento*, in *Foro it.*, 1954, IV, c. 33 s.; *Id.*, *Latto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 387 s.; *Id.*, *Dei contratti in generale*, 3^a ed., in *Commentario del codice civile Utet*, IV, 2, Torino, 1980, p. 620 s.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, IV, Milano, 1964, p. 168 ss.; *Id.*, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. Appunti delle lezioni*, I, 2^a ed., Milano, 1966, p. 160 s.; *Id.*, *L'attuazione del rapporto obbligatorio, I, Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, XVI, 1, Milano, 1974, p. 138 s.; F. ROMANO, *Valore della dichiarazione di non voler adempiere fatta prima della scadenza del termine*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, II, p. 607 s.; L. BRUSCUGLIA, *Cessione del contratto, buona fede e condizione sospensiva*, in *Foro it.*, 1972, I, c. 1367; e in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, p. 330 s.; M. ORLANDI, *Pactum de non petendo ed inesigibilità*, Milano, 2000, pp. 46, 50, 91 ss. e 129 ss.; *Id.*, *Pactum de non petendo e riduzione del rapporto*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1441 ss.; *Id.*, *Clausole riduttive*, in *Clausole negoziali*, a cura di M. CONFORTINI, Torino, 2017, p. 1405 ss.; M. PROTO, *Termine essenziale e adempimento tardivo*, Milano, 2004, p. 70 ss.

³⁸ Cfr. F. BENATTI, *La costituzione in mora del debitore*, Milano, 1968, p. 160 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, p. 218 ss.

³⁹ Cfr. G. AULETTA, *Risoluzione e rescissione dei contratti*, cit., p. 161 s.; C. PINELLINI, *op. cit.*, p. 290 s.; S. MAIORCA, *op. cit.*, p. 314, testo e nota 145; A. BELFIORE, voce *Pendenza*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 882 s.; V. PUTORTÌ, *Morte del disponente e autonomia negoziale*, cit., p. 40 s.; *Id.*, *La risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 143 ss.; *Id.*, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 169 ss.; *Id.*, *Pendenza della condizione e tutela del contraente «fedele»*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 154 ss.; M. FACCIOLO, *op. cit.*, pp. 25 ss. e 44 ss., in consapevole dissenso con la posizione di U. NATOLI, *Della condizione nel contratto*, in

Il richiamo della buona fede, tuttavia, può rivelarsi fuorviante quando porta a concludere che l'obbligo violato dall'autore della condotta diretta ad integrare un inadempimento «anticipato» sia distinto da quello avente ad oggetto la prestazione inesigibile e debba trarre legittimazione dall'impiego in funzione integrativa della regola di correttezza.

Non si tratta di contestare il riconoscimento di siffatta funzione integrativa⁴⁰, quanto piuttosto di interrogarsi sulla reale corrispondenza al dato normativo di una costruzione concettuale diretta a sostenere che, in pendenza di un termine o di una condizione, il debitore sia chiamato ad adempiere una prestazione diversa da quella inesigibile, variamente funzionale a non mettere in pericolo quest'ultima e destinata a cedere il passo alla stessa non appena il creditore possa richiederla.

Per quanto una siffatta costruzione goda di numerosi riscontri in esperienze giuridiche diverse da quella italiana⁴¹, il prezzo da pagare per il suo accoglimento non è affatto modesto, perché si traduce nel superamento della stessa distinzione tra inadempimento e pericolo, il quale perderebbe ogni rilevanza autonoma in quanto ineludibilmente destinato a tradursi in una violazione dell'obbligo dedotto dalla regola di correttezza⁴².

A ciò si oppone proprio la regolamentazione positiva del pericolo d'inadempimento, la quale evidenzia che esso è stato preso in considerazione dal legislatore

Commentario del codice civile, diretto da M. D'AMELIO, E. FINZI, IV, 1, Firenze, 1948, p. 458 s.; P. RESCIGNO, voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 764; G. GABRIELLI, *Il contratto preliminare*, cit., p. 151 s.; ID., *Il rapporto giuridico preparatorio*, cit., pp. 213 ss., spec. 222 s., testo e nota 9, 226 s., nota 13, 230 s., nota 16, 232 s.; V. SCALISI, voce *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 374 s.; in ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, p. 395 s.; e in ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 45 s.; L. BRUSCUGLIA, *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede (art. 1358 c.c.)*, Milano, 1975, p. 99 ss.; G. TATARANO, «Incertezza», *autonomia privata e modello condizionale*, Napoli, 1976, pp. 106 s. e 114 s.; M. COSTANZA, *Della condizione nel contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1997, p. 100, i quali, pur ammettendo la risolvibilità «anticipata» in pendenza di un termine, la escludono a fronte di una condizione proprio in ragione dell'incertezza dell'evento condizionante.

⁴⁰ Una completa ricostruzione del tema è ora offerta da F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015, spec. p. 147 ss.

⁴¹ È sufficiente rinviare a M. VANWIJCK-ALEXANDRE, *Aspects nouveaux de la protection du créancier à terme. Les droits belge et français face à l'«anticipatory breach» de la common law*, Liège, 1982, pp. 275 ss., 337 ss. e 453 s.; V. SCHOTT, *Antizipierter Vertragsbruch und Leistungsgefährdung. Eine Vergleichung des amerikanischen Rechts mit dem internationalen vereinheitlichten Kaufrecht*, Diss. Bonn, 1992, p. 2 ss.; Y.M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, 2004, p. 554 ss.; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Paris, 2007, p. 228 ss.; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Étude comparative*, Paris, 2008, pp. 153 ss. e 307 ss., spec. 314 s.; H. WEIDT, *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Tübingen, 2008, spec. p. 71 ss.; Q. LIU, *Anticipatory Breach*, Oxford-Portland, 2011, p. 52 ss.

⁴² Cfr. A. BELFIORE, voce *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1314, testo e nota 33; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, 2, cit., pp. 88 s. e 92 s.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 220 ss.

come una situazione fattuale ancora inidonea ad assumere contorni di immediata lesività e sufficiente – proprio per l'intrinseca ambiguità che lo contraddistingue – a consentire l'immediata attivazione di rimedi aventi finalità esclusivamente conservativa, cioè volti a modificare temporaneamente l'ordinaria esecuzione del rapporto sinallagmatico senza pregiudicare la possibilità di una sua attuazione conforme al piano originariamente concordato.

Valore paradigmatico assume, a tal stregua, il principio ricavabile dall'art. 1461 c.c., ove letto in combinato disposto con l'art. 71 Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili (CISG): il semplice peggioramento delle condizioni patrimoniali può assumere il valore di situazione esemplificativa di un pericolo d'inadempimento che, anche laddove correlato a fatti diversi, autorizza soltanto a sospendere l'esecuzione della controprestazione fino alla concessione di un'idonea garanzia⁴³.

In questo modo, il legislatore ha depotenziato le ricadute applicative sottese alla necessità di superare il giudizio d'imputabilità, che, pur caratterizzando la teorica dell'inadempimento, non è significativo a fronte del mero pericolo, in quanto cede il passo alla più ampia esigenza di preservare l'attuazione del rapporto ed evitare che la vittima del pericolo stesso tenga comportamenti successivamente destinati a far sorgere pretese di natura restitutoria che potrebbero essere difficilmente soddisfatte.

Ammettere la risolubilità immediata del contratto per queste situazioni fattuali significherebbe snaturare tale finalità, imponendo un giudizio di imputabilità difficilmente realizzabile e, in ogni caso, costringendo il debitore a subire un'ingiustificabile preclusione della facoltà di adempiere, in ragione di una generica scorrettezza della sua condotta, la quale, proprio ove riferita ad obblighi integrativi distinti da quello principale, non potrebbe assumere quella gravità ed irreversibilità che legittima ordinariamente il ricorso al rimedio perentorio.

La valutazione prognostica circa la «definitività» del futuro inadempimento, del resto, è del tutto inutile quando la prestazione è già stata resa materialmente impos-

⁴³ Cfr. F. ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, V, 2, cit., pp. 424 ss., spec. 431 s.; ID., *La tutela dilatoria nei contratti a prestazioni corrispettive nell'ottica della creazione di un diritto privato europeo*, in *Remedies in Contract. The Common Rules for a European Law*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2008, p. 18 ss.; e in *Studi in onore di Giorgio Cian*, a cura di M.V. DE GIORGI, S. DELLE MONACHE E G. DE CRISTOFARO, I, Padova, 2010, p. 16 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, p. 99 ss., le cui conclusioni sono riprese anche da M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., pp. 556 s. e 568; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., p. 99 s.; V. PUTORTÌ, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., pp. 48 ss., 123 ss. e 231 s.; A.M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2011, p. 102 s.; U. CARNEVALI, *Le eccezioni dilatorie*, in U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI, *op. cit.*, p. 251, testo e nota 30; F. PIRAINO, in *Annuario del contratto 2013*, a cura di A. D'ANGELO, V. ROPPO, Torino, 2014, p. 215 ss.; e, con il titolo *A proposito de «Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti» nel canone di Fabio Addis*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2015, p. 253 ss.; S. PAGLIANTINI, *A proposito del libro di Fabio Addis, «Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, in *Pers. merc.*, 2015, III, p. 1 ss.

sibile e, negli altri casi, può solo suffragare la percezione soggettiva del pericolo in quanto si traduce in una previsione incapace di assumere contorni di sicurezza finché si rivolge ad un evento che rimane futuro ed incerto.

L'alternativa si pone dunque in termini stringenti: o si ammette – come accadeva sotto il vigore del c.c. del 1865 – che solo l'analisi di quanto succede al momento in cui la prestazione diviene esigibile può *a posteriori* giustificare l'avvio «anticipato» dell'azione giudiziaria, ed allora si deve riconoscere che il giudizio prognostico non ha alcuna utilità, in quanto ogni rimedio è esercitabile nei confronti del pericolo d'inadempimento a misura che al debitore continui ad essere riconosciuta la possibilità di offrire la prestazione al momento dovuto, con conseguente preclusione per la controparte della facoltà di rifiutare; oppure si prende atto che precisi cambiamenti legislativi rispetto al sistema previgente impediscono un accoglimento generalizzato di siffatta opinione e si riconosce la necessità di ancorare l'avvio del rimedio perentorio all'analisi della situazione materiale esistente al momento del suo esercizio e allora il giudizio prognostico può servire allo scopo di rendere «univoca» la futura inattuazione solo se è ancorato a criteri di valutazione oggettiva, capaci di privare di ogni rilevanza i meri timori personali del creditore.

L'analisi dei casi regolati dagli artt. 1662 e 2224 c.c. conferma che la risoluzione «anticipata» può essere collegata a situazioni in cui il futuro adempimento rimane materialmente possibile ed è solo reso improbabile dalla condotta debitoria, ma in virtù di uno schema procedimentale fondato sulla concessione al debitore della possibilità di sottrarsi all'esito perentorio, interrompendo l'attività contraria al vincolo assunto e dimostrando di essere disponibile al futuro esatto adempimento⁴⁴.

Tale conclusione non è smentita dall'art. 72 CISG che, pur usando, al 1° co., un'espressione letterale – «certezza del futuro inadempimento» – senz'altro incentrata su un giudizio prognostico finalizzato all'individuazione di un *quid* per il momento ancora non riscontrabile, si preoccupa, in realtà, al 2° co., di fissare un procedimento diretto a collegare la risoluzione ad una più articolata valutazione del modo con cui il debitore ha reagito alla richiesta di un'idonea garanzia⁴⁵.

⁴⁴ Sia consentito il rinvio ad A. VENTURELLI, *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e tutela sinallagmatica «anticipata»*, in *Contr. impr.*, 2015, pp. 461 ss., spec. 474 ss.; ID., *Risoluzione in corso d'opera dell'appalto e concorso di rimedi perentori*, in *Prospettive e limiti dell'autonomia privata. Studi in onore di Giorgio De Nova*, a cura di G. GITTI, F. DELFINI e D. MAFFEIS, IV, Milano, 2015, pp. 3147 ss., spec. 3165 ss.

⁴⁵ Cfr. P. SCHLECHTRIEM, *Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers*, in *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984*, herausgegeben von Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung, Zürich, 1985, p. 149 ss.; ID., *Das Wiener Kaufrechtsübereinkommen von 1980 (Convention on the International Sale of Goods)*, in *IPRax*, 1990, p. 282 s.; ID., *Internationales UN-Kaufrecht. Ein Studien- und Erläuterungsbuch zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, 4^e ed., Tübingen, 2007, p. 190 s.; ID., *Calculation of Damages in Case of Anticipatory Breach under the CISG*, in *Commercial Law Challenges in the 21st Century. Jan Hellner in Memoriam*, edited by R. CRANSTON, J. RAMBERG, J. ZIEGLER, Stockholm, 2007, p. 240 ss.; J. AICHER, *Leistungsstörungen aus der Verkäufersphäre. Ein Beitrag zur wesentlichen Vertragsverletzung und zur aliud-Lieferung im UN-Kaufrechtsübereinkommen*, in *Das Einheitliche*

Ciò si rivela necessario per evitare che il creditore approfitti di situazioni ancora ambigue per liberarsi subito di una relazione verso la quale non ha più interesse e costringere la controparte interessata all'adempimento ad avviare una lunga e costosa azione giudiziaria per accertare l'eventuale legittimità di un'offerta della prestazione realizzata entro il termine originariamente concordato.

La logica che regge il ricorso «anticipato» ai rimedi perentori è basata sull'oggettiva dimostrazione dell'inutilità dell'attesa dell'esigibilità della prestazione, correlata alla puntuale descrizione di quello che il debitore ha fatto prima e durante la concessione di un lasso temporale supplementare per l'offerta dell'idonea garanzia.

Ciò non è smentito dal fatto che lo stesso art. 72, ult. cpv., CISG autorizza un'immediata risoluzione del contratto quando il debitore abbia espressamente manifestato la sua ingiustificata intenzione di sottrarsi all'esecuzione con un atto partecipativo, reso attraverso una dichiarazione di non voler adempiere.

Tale conclusione si rivela pienamente corrispondente a quanto ricavabile dal combinato disposto degli artt. 1219, 2° co., n. 2, e 1220 c.c., i quali, disponendo l'immediata caduta in mora dell'autore della dichiarazione scritta e l'altrettanto immediata preclusione della facoltà di impedire tale esito rimediale attraverso un'offer-

Wiener Kaufrecht. Neues Recht für den internationalen Warenkauf, herausgegeben von H. HOYER und W. POSCH, Wien, 1992, p. 131 ss.; U. ZIEGLER, *Leistungsstörungenrecht nach dem UN-Kaufrecht*, Baden-Baden, 1995, p. 243; H.G. LESER, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, herausgegeben von P. SCHLECHTRIEM, 2ª ed., München, 1997, p. 601 s.; e, in lingua inglese, in *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed., edited by P. SCHLECHTRIEM, translated by G. THOMAS, Oxford, 1998, p. 536 s.; K. PIER-EILING, *Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers aus Art. 48 CISG: unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Rechtsbehelfen des Käufers*, Berlin, 2003, p. 169 ss.; P. WINSHIP, in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, Papers of the Pittsburgh Conference Organized by the Center for International Legal Education (CILE), edited by F. FERRARI, H. FLECHTNER and R.A. BRAND, München-London, 2004, p. 766 s.; T. HIMMEN, *Die Lückenfüllung anhand allgemeiner Grundsätze im UN-Kaufrecht (Art. 7 Abs. 2 CISG)*, Gottmadingen, 2007, p. 127 s.; N.J. DABELOW, *Der Kauf mit Spezifikationsvorbehalt des Käufers nach HGB und UN-Kaufrecht*, München, 2008, p. 468 ss.; S. CLAAS KIENE, *Vertragsaufhebung und Rücktritt des Käufers im UN-Kaufrecht und BGB. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Baden-Baden, 2010, p. 272 s.; U. MAGNUS, *Wiener UN-Kaufrecht*, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, 2013, p. 826 ss.; ma, in senso parzialmente difforme, pongono l'accento sulla necessità del giudizio prognostico, in Italia, G. CONTE, *L'uniformazione della disciplina giuridica della risoluzione per inadempimento e, in particolare, dell'anticipatory breach dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 463 ss.; V. PUTORTÌ, *La risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 122 s.; ID., *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, cit., p. 97 ss.; M. DELLACASA, *Inadempimento prima del termine, eccezioni dilatorie, risoluzione anticipata*, cit., p. 561 s.; ID., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, cit., p. 111 ss.; R. FADDA, *La tutela preventiva dei diritti di credito*, Napoli, 2012, p. 262 ss.; ID., in *Delle obbligazioni*, a cura di V. CUFFARO, I, in *Commentario del codice civile*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2013, p. 425 s.; ID., *La tutela del creditore nella pendenza del termine*, in *Contratto e mercato. Liber amicorum per Angelo Luminoso*, I, Milano, 2013, p. 525; M. DELLA CHIESA, *La risoluzione anticipata del contratto in prospettiva comparatistica*, in *Seminari di diritto privato comparato*, a cura di P. PARDOLESI, Bari, 2011, p. 392 ss.; F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, cit., p. 220 ss.

ta di adempimento, autorizzano il creditore a rifiutare l'eventuale offerta presentata alla scadenza del termine in quanto resa in una situazione che, essendo già connotata da margini di irreversibilità, può altresì essere invocata per esercitare immediatamente il rimedio perentorio.

Fuori da questa ipotesi, l'impossibilità di applicare le norme appena citate si traduce nella perdurante legittimità dell'offerta di adempimento, la quale, proprio perché resa da un soggetto che non è ancora caduto in mora, non può che continuare ad assumere contorni di «esattezza» sufficienti ad impedirne il rifiuto da parte del creditore.

Questi potrà solo lamentare un più o meno fondato sospetto circa la possibilità che la controparte contesti l'esistenza o le caratteristiche del rapporto obbligatorio e abbia dunque l'intenzione di non rispettarlo, il che, tuttavia, continua ad assumere i contorni di quel pericolo d'inadempimento dal quale solo il rifiuto espresso riesce a sottrarsi⁴⁶.

L'analisi del sistema normativo offre all'interprete risposte univoche in ordine ai limiti di operatività dell'inadempimento «anticipato» che, escludendo l'impiego di siffatta categoria nel caso qui esaminato, inducono, più ampiamente, ad utilizzare l'apparato rimediale che lo affianca solo laddove le circostanze fattuali maturate nella fase di pendenza evidenzino l'oggettiva inutilità dell'attesa, ancorandola, volta a volta, ad un'attuale impossibilità della prestazione, alla condotta tenuta dal debitore a fronte di una richiesta di idonea garanzia o alla manifestazione ingiustificata dell'intenzione di non adempiere, resa secondo modalità vincolanti in ragione della loro idoneità ad esprimere la serietà e la consapevolezza di chi ha deciso di impiegarle.

⁴⁶ Sia consentito il rinvio ad A. VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento*, Milano, 2013, spec. pp. 296 ss. e 326 ss.

Riflessioni sulla responsabilità da prodotto difettoso in chiave di analisi economica del diritto

di Paolo Pardolesi*

SOMMARIO: 1. Alle radici del problema. – 2. Il percorso evolutivo della responsabilità da prodotto difettoso nell'esperienza giuridica nordamericana. – 3. La parabola europea della responsabilità da prodotto difettoso. – 4. Le peculiarità della soluzione italiana. – 4.1 Attuazione problematica sottesa ai differenti regimi di responsabilità da prodotto difettoso. – 5. L'approccio in chiave di law & economics. – 5.1 Prima regola: la responsabilità oggettiva. – 5.2 Seconda regola: la responsabilità per colpa. – 5.3 Terza regola: la responsabilità oggettiva con la difesa del concorso di responsabilità del danneggiato. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Nella società moderna – contrassegnata da sofisticati processi di fabbricazione industriale, come pure dal propagarsi dei danni ad essi sottesi – la necessità di superare il principio della responsabilità per colpa (quello stesso che, affondando le sue radici nelle istanze liberali ed individualistiche del XIX secolo, era stato salutato come conquista di civiltà giuridica, in grado di limitare l'orizzonte delle possibili esposizioni risarcitorie dell'individuo e dell'impresa)¹ come criterio esclusivo di imputazione del fatto illecito (cui conseguiva, a conti fatti, la dismissione delle aspettative dei consumatori, danneggiati in conseguenza del difetto del prodotto, ma impossibilitati a dimostrare la mancata diligenza del produttore) ha ispirato una normativa sul danno da prodotti volta a garantire tutela all'utente finale del bene².

Prendendo le mosse dalla considerazione che tali “danni sono espressione di un rischio che comporta alti costi sociali”³, si è ritenuto (negli Stati Uniti, prima, e nella Unione europea, poi)⁴ che la responsabilità del produttore, indipendente dalla

* Professore Associato di Diritto privato comparato. Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

¹ MONATERI, *Responsabilità civile in diritto comparato*, in Digesto civ., Torino, XVII, 1998, 12 ss.

² In tal senso R. PARDOLESI, *Commento art. 1 d.P.R. 224/88, La responsabilità da prodotto difettoso*, R. PARDOLESI, PONZANELLI (a cura di), in *Nuove leggi civ.*, 1989, 592.

³ “Costi che pare difficile ridurre anche in presenza di un progresso tecnologico in costante incremento. È pertanto necessario assicurare, da un lato, il più esteso risarcimento a quanti abbiano a risentire pregiudizi dall'esercizio di attività dannose e, dall'altro, operare una razionale distribuzione dei costi che a questi danni sono connessi”: ALPA, BESSONE, *La responsabilità del produttore*², Milano, 1980, 1.

⁴ Per un'approfondita ricognizione sul punto v. CARUSO, R. PARDOLESI, *Per una storia della Direttiva 1985/374/CEE*, in *I venticinque anni di products liability*, a cura di R. PARDOLESI, PONZANELLI, in *Danno e*

sua colpa, costituisse un'adeguata soluzione al problema di una 'giusta' allocazione dei rischi inerenti alla produzione moderna che – in una realtà sociale caratterizzata da una 'poderosa' evoluzione economica ed industriale — veniva sollevata da un criterio esonerativo di diligenza⁵. Tuttavia, la suddivisione per categoria dei difetti di produzione [*a*) difetti di fabbricazione (c.d. *manufacturing defects*)⁶; *b*) difetti di progettazione (c.d. *design defects*)⁷; e, infine, *c*) difetti di informazione (c.d. *information o warning defects*)⁸], finendo per influenzare in maniera rilevante l'onere probatorio a carico del danneggiato, ha complicato la regola di cd. *strict liability* (responsabilità oggettiva), al punto da avvicinarla ad una *negligence rule* (responsabilità per colpa) tutte le volte in cui il malcapitato utente si trovi di fronte alla dimostrazione della sussistenza di difetti di progettazione ed informazione (in ciò ricalcando le orme statunitensi del *Restatement in materia di responsabilità del produttore*)⁹.

Per tutto risultato, i giuristi statunitensi opinano che la responsabilità per i difetti di fabbricazione sia chiaramente oggettiva, mentre quella per i difetti di progettazione o inerenti alle avvertenze sui prodotti si vuole sia informata ai principi della colpa¹⁰. Più in chiaro, nel primo caso risulta semplice dimostrare che un prodotto presenta un difetto di fabbricazione: è 'sufficiente' confrontare il progetto origina-

resp., 2012, (suppl. al n. 11, *gli Speciali*), 9, che rimarcano come, "per comune riconoscimento", la responsabilità oggettiva per danno da prodotti difettosi sia stata inventata negli Stati Uniti (dove, pur fiorendo nel corso degli anni '70 del secolo scorso, è stata successivamente ostracizzata in quanto "accusata di mandare in bancarotta l'economia statunitense, di distruggere l'equilibrio del mercato assicurativo e finanche di essere incostituzionale") e, successivamente, sia stata abbracciata dalla Comunità Economica Europea con la direttiva 374/85/CEE (reale espressione di un compromesso politico che "rifletteva non tanto la crescente forza del movimento pro-consumatori, bensì la crescente rappresentanza degli interessi corporativi all'interno del Parlamento Europeo, delle legislazioni nazionali e dei circoli accademici, attraverso la diffusione incipiente della *supply-side economics*").

⁵ Così i considerando della Direttiva 85/374 CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

⁶ Ricorrenti quando il prodotto non è conforme alla sua progettazione originaria, nonostante nella preparazione e nella commercializzazione del prodotto sia stata impiegata la migliore diligenza.

⁷ Rinvenibili quando i rischi prevedibili di un danno derivante da prodotto avrebbero potuto essere ridotti o eliminati completamente attraverso l'adozione di un *design* alternativo da parte del produttore (o di un altro distributore, o da parte di un altro soggetto che abbia rivestito la posizione di distributore nella catena distributiva del prodotto) e la mancata adozione di tale *design* alternativo ha reso il prodotto non ragionevolmente sicuro.

⁸ Presenti quando i rischi prevedibili del verificarsi di un danno creati dal prodotto avrebbero potuto essere ridotti o eliminati tramite l'apposizione di ragionevoli istruzioni o avvertenze da parte del produttore (o da parte di un distributore, o da un soggetto che ha assunto in precedenza analoga posizione nella catena distributiva del bene) e l'omissione di tali istruzioni e/o avvisi informativi ha reso il prodotto irragionevolmente insicuro.

⁹ Per un'approfondita analisi della peculiarità sottese alle *Section* del *Restatement (Second) of Torts* (1965) e del *Restatement (Third) of Torts* (1997) v. KEATING, *Products liability as enterprise liability*, disponibile su <https://papers.ssrn.com>, 6 ss.

¹⁰ Cfr. PONZANELLI, *La responsabilità del produttore negli Stati Uniti d'America*, in *Danno e resp.*, 1999, 1065.

rio¹¹ con l'unità che ha cagionato il danno per constatarne la difformità e supportare la richiesta di ristoro del pregiudizio patito, senza necessità di dimostrare che l'errore del produttore sia frutto di negligenza, imprudenza o imperizia (ossia una regola di responsabilità oggettiva pura)¹².

Nel secondo caso, invece, la situazione si complica: occorre provare che “esisteva un modo ragionevole di progettare un prodotto più sicuro e la soglia di ragionevolezza richiede necessariamente una *cost-benefit analysis* tra i costi per migliorare l'affidabilità del prodotto ed i benefici che se ne sarebbero tratti in termini di sicurezza, laddove l'affermazione che i benefici per i consumatori avrebbero giustificato i costi per ottenerli riconduce la prova nell'alveo della colpa del produttore per non aver adottato le misure cautelari necessarie. Lo stesso requisito della ragionevolezza del comportamento del produttore ritorna inevitabilmente in primo piano allorché si debba dimostrare l'inadeguatezza delle avvertenze e/o istruzioni fornite dal produttore sui rischi prevedibili connessi all'utilizzo del prodotto”¹³.

Ciò nonostante, asserire che il modello di responsabilità del produttore ha centrato il segno (quello di garantire tutela al *consumer* o al *bystander* vittima di un difetto del prodotto) nel solo caso di difetti di fabbricazione sarebbe riduttivo, considerando che ben più ampi risultati sono stati raggiunti grazie alle spinte del formante dottrinario e all'opera interpretativa della giurisprudenza in tema di responsabilità da prodotto difettoso.

Prima di avventurarci nell'analisi gius-economica delle sfumature, delle problematiche e delle peculiarità funzionali che compongono trama e traccia della responsabilità del produttore, appare opportuno aprire una (sia pur sintetica) parentesi retrospettiva, volta a mettere in evidenza il *background* giuridico e il processo evolutivo nelle realtà statunitense, europea e nostrana.

2. Negli Stati Uniti la disciplina della responsabilità da prodotto difettoso ruota intorno alla progressiva 'abrasione' della dottrina della *privity of contract*¹⁴, regola che – prefiggendosi il fondamentale obiettivo di tutelare la nascente grande impresa dalla 'gravosità' della *cost litigation*¹⁵ — impediva che la persona che avesse patito un

¹¹ Dato facilmente reperibile attraverso le illustrazioni della progettazione fornite dal produttore stesso o, più semplicemente, da un confronto con altri prodotti dello stesso produttore e della medesima serie presenti sul mercato.

¹² In tal senso, OWEN, *Il terzo Restatement*, in *Danno e resp.*, 1999, 1066.

¹³ P. Pardolesi, *Profili comparatistici di analisi economica del diritto*, Bari, 2015, 146.

¹⁴ Per un'incisiva ricognizione della evoluzione della *product liability* negli Stati Uniti si rinvia a KEATING, *op. cit.*, 3: “The crystallization of products liability as strict enterprise liability in tort was itself the product of a long history of common law development”.

¹⁵ A tale proposito, GREEN, *Traffic victims: tort law and insurance*, Evanston, Illinois, 1958, 31, osservava come, sebbene l'impresa fossero giovani e non avessero solide basi finanziarie, costituissero una imprescindibile forza nella società meritevole di essere protetta: “[c]reava posti di lavoro, rendeva disponibili i beni, era essa stessa un buon consumatore, agiva come creditore, con alcuni e come debitore con altri, promuoveva l'impianto di altre imprese (...), pagava le imposte per finanziare le scuole, le strade e altri bisogni sociali, ed

danno a causa di un prodotto malriuscito potesse citare in giudizio il soggetto negligente a meno che non fosse legata a quest'ultimo da un preesistente rapporto contrattuale¹⁶. In altre parole, il dovere del danneggiante di usare la diligenza ragionevole sorge esclusivamente dal contratto e solo come parte di tale rapporto si può citare in giudizio la propria controparte per la violazione di tale dovere¹⁷. Questo significava che un produttore negligente, il quale avesse venduto un prodotto ad un rivenditore perché questi a sua volta lo trasferisse a un terzo, sarebbe stato schermato da responsabilità poiché l'acquirente ultimo era sfornito di un rimedio extracontrattuale nei suoi confronti, nonostante il fatto che fosse stata la sua negligenza (e non quella del dettagliante) a causare il danno.

Ora, malgrado tale principio abbia dominato il XIX secolo con l'intento finale di "promuovere il benessere della collettività"¹⁸, l'esigenza di aprire il varco ad eccezioni per evitare che alle vittime fosse negato qualsivoglia rimedio iniziò a farsi strada nel formante giurisprudenziale. Non a caso, quando, verso la fine dello stesso secolo, il mutare della società, lo sviluppo dell'industria e i nuovi traguardi del processo tecnologico moltiplicarono le occasioni di danno (rendendo insostenibile il sacrificio imposto alla società *at large*), cominciarono "ad accreditarsi linee di tendenza che trasferirono all'impresa un più alto rischio, corrispondente ad una più estesa riparazione dei danni propagati nella società dal consumo dei prodotti difettosi"¹⁹. In particolare, nel diritto nordamericano – a differenza di quello inglese, assai più legato al rispetto della tradizione — si affermarono regole più severe a carico delle im-

inoltre era un valido sostegno della collettività (...). Le sue fortune erano legate alle fortune della classe industriale. 'Volerle male' significava voler male a se stessi e al prossimo".

¹⁶ In tema di *privity of contract* il *leading case* è rappresentato dal caso *Winterbottom v. Wright* [(1842) 10 *M. & W.* 109, 152 *Eng. Rep.* 402] nelle pieghe del quale al postino – che aveva subito una grave menomazione fisica in un incidente dovuto ad un colpevole difetto di manutenzione della diligenza impiegata per svolgere le sue mansioni posta in essere dal convenuto – non venne riconosciuto alcun diritto al risarcimento in virtù del principio della *privity of contract* (ovvero in quanto il convenuto – che si occupava della fornitura e della manutenzione delle diligenze – aveva concluso un contratto con il Ministero delle Poste; si ché, non esisteva alcun rapporto contrattuale che potesse legittimare l'attore a proporre l'azione nei confronti del fornitore".

¹⁷ "[L]a regola di *privity of contract* escludeva che gli effetti del contratto potessero ricadere sui terzi così come escludeva che i terzi potessero acquisire diritti da contratti stipulati da altri. In tal modo, questa regola – divenuta un vero e proprio <<dogma>> — faceva sì che la responsabilità degli operatori economici non si estendesse al di là di quanto stabilivano i contratti volta a volta conclusi. Ogni tutela del pubblico si riduceva pertanto all'esistenza di una serie obblighi dell'intermediario verso l'acquirente del prodotto. Il rischio della produzione di merci difettose era ripartito tra rivenditore ed effettivo acquirente, e l'impresa non rispondeva dei danni provocati ai consumatori non acquirenti": ALPA, BESSONE, *op. cit.*, 195.

¹⁸ Sul punto, ALPA, BESSONE, *op. cit.*, 200 ss., rimarkano come "[l]'orientamento delle corti inglesi – chiaramente esemplificato dalla decisione del caso *Winterbottom* – trova riscontro anche nei modelli di decisioni privilegiati dalle corti nordamericane": "(...) tra risarcire il danno sofferto dalle vittime e addossare il rischio all'impresa, o lasciare il rischio a carico dei soggetti danneggiati, e sottrarre l'impresa ad oneri gravosi di risarcimento, si preferiva la seconda alternativa".

¹⁹ ALPA, BESSONE, *op. cit.*, 207.

prese (che introducevano nella società beni intrinsecamente dannosi o che esercitavano attività pericolose), finalizzate tanto al superamento della *privity of contract* quanto al ridimensionamento degli oneri probatori del danneggiato: “[l]e corti cominciarono a portare numerose eccezioni alla ferrea regola espressa nel caso *Winterbottom v. Wright*, che ne attenuarono la portata. La prima consistette nell’affermare la responsabilità del venditore, che fosse a conoscenza della pericolosità del prodotto per l’uso al quale esso era destinato, e avesse omesso di comunicarlo al compratore (...). Una seconda eccezione servì ad affermare la responsabilità del (produttore) qualora il bene fosse stato venduto per un uso promesso al convenuto, e si trattava l’utente come un promissario. La terza e più importante eccezione riteneva responsabile il produttore nei confronti dei terzi, nella preparazione e nella vendita di articoli immediatamente o intrinsecamente pericolosi per la salute umana. Per più di mezzo secolo questa categoria rimase vaga ed imperfettamente definita. In essa rientravano ovviamente farmaci, cibi e bevande, armi da fuoco ed esplosivi, ma ci furono discussioni infinite se dovessero considerarsi tali prodotti come sapone, tabacco o contenitori di bevanda”²⁰.

Tale ragguardevole cambio di rotta nella realtà a stelle e strisce trovò puntuale conferma nella celebre decisione del caso *Macpherson v. Buick Motor Co.*, in cui il giudice Cardozo dilatò la categoria dei prodotti ‘intrinsecamente’ pericolosi, in modo da abolire concretamente l’obbligo di *privity of contract* in caso di negligenza²¹. In breve, l’eccezione al sistema di responsabilità enunciata in quell’occasione (ovvero che la mancanza di *privity* non è una difesa, se è dato prevedere che il prodotto per negligenza possa causare lesioni a una classe di persone che includa l’attore) finì per acquisire un’importanza tale da ‘inghiottire’ le regole tradizionali e diventare essa stessa regola portante del sistema: “la sentenza resa da Cardozo non si poneva solo come *epic decision* nella evoluzione della disciplina dell’illecito causato da prodotti dannosi, ma si poneva anche come modello di ragionamento logico-giuridico applicabile ad una infinità di altri rapporti”²².

Questo processo evolutivo – che portò a superare il principio del *caveat emptor*, di modo che garanzia esplicita del venditore originario non è limitata al solo rapporto contrattuale concluso con l’intermediario ma si estende anche all’acquirente finale — si sviluppò durante l’inizio del XX secolo per poi consolidarsi negli anni ‘30 con la decisione assunta nel caso *Baxter v. Ford Motor Co.*: la dichiarazione fornita ai

²⁰ Così, PROSSER, *Handbook of the law of torts*, St. Paul, Minn., 1964, 653.

²¹ *Macpherson v. Buick Motor Co.*, 217 NY 382, 111 NE 1050 (NY 1916). In particolare, nel caso di specie, a seguito di un danno causato dal difetto di fabbricazione di un’automobile, il danneggiato aveva adito le vie legali nei confronti della casa produttrice. Quest’ultima aveva tentato di richiamare il principio della *privity of contract* rimarcando come i suoi obblighi/garanzie esistevano solo nei confronti dei rivenditori. Tuttavia, tale linea venne negata dal giudice Cardozo che statuí come il fabbricante di prodotti sottratti a successivi controlli da parte di intermediari ha doveri di diligenza verso il pubblico indipendentemente dall’esistenza di qualsiasi contratto.

²² ALPA, BESSONE, *op. cit.*, 207.

distributori con la quale si assicurava che il parabrezza dell'automobile fosse 'infrangibile' valeva come garanzia esplicita per il compratore finale²³. L'effetto fu quello di consentire agli acquirenti di automobili di recuperare i danni causati da componenti difettosi attraverso una garanzia implicita di commerciabilità, non potendo i costruttori di automobili e i rivenditori limitarsi alla sola sostituzione delle parti difettose, posto che ciò avrebbe comportato una violazione delle regola generale di correttezza nonché dell'ordine pubblico²⁴.

Nondimeno, per quanto riguarda le garanzie implicite, la decisione che ha modificato l'intera disciplina dei rapporti tra produttore e consumatore (creando un contatto diretto tra le imprese e il pubblico dei destinatari dei prodotti)²⁵ è *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*²⁶. In questa fattispecie, seguita successivamente in tutte le giurisdizioni nordamericane, la Corte Suprema del New Jersey — introducendo la cd. responsabilità implicita o obbligo di garanzia del produttore — ha abolito la limitazione *privity* in generale, statuendo che: “*a*) nella contrattazione di massa le garanzie inerenti ai prodotti non sono circoscritte ai singoli rapporti contrattuali intercorsi nella catena di vendite della merce, ma collegano direttamente

²³ Cfr. *Baxter v. Ford Motor Co.*, 168 *Washington* 456, 12 *P2d* 409 [*Washington* 1932]).

²⁴ “Fino alla seconda metà del ventesimo secolo, la *common law* imponeva una regola di responsabilità per colpa sui produttori per difetti dei prodotti che causassero danni ai consumatori. Per ottenere il risarcimento, il consumatore doveva provare che un prodotto difettoso aveva causato il pregiudizio e che la negligenza del produttore aveva determinato il difetto. La seconda articolazione di quest'onere probatorio comportava di solito la dimostrazione che il controllo di qualità adottato dal produttore [...] fosse irragionevole. I consumatori raramente disponevano di elementi relativi al controllo di qualità del produttore atti a soddisfare quest'onere probatorio. Le corti americane nella prima metà del secolo avevano applicato la dottrina della *res ipsa*, a tenore della quale la corte avrebbe dovuto inferire la negligenza del produttore se l'incidente specifico appartiene a un tipo che deriva con regolarità da negligenza [...]; il produttore poteva [esonerasi da responsabilità provando che] il suo controllo di qualità soddisfaceva lo standard. La dottrina della *res ipsa* è stata un passo intermedio verso l'attuale regime di responsabilità”: così, COOTER, PORAT, *Lapse of attention in medical malpractice and road accidents*, (2014), disponibile su ssrn.com.

²⁵ A tale proposito PROSSER, *The fallo f the citadel (strict liability to the consumer)*, 50 *Minn. L. Rev.* 791 (1966), parla di conquista della roccaforte nella quale si erano annidati i principi della tradizione quali la *privity of contract* e il dogma della colpa.

²⁶ *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 *NJ* 358, 161 *A.2d* 69 (1960). La controversia nasceva dall'acquisto di un'autovettura il 7 maggio del 1955 da parte Claus H. Henningsen, prodotta da Chrysler Corporation e venduta da Bloomfield Motors, Inc. L'automobile era il dono per la festa della mamma alla moglie Helen e l'acquisto era stato eseguito esclusivamente dal Sig. Henningsen. Il contratto di vendita stipulato con un *form* di una pagina, conteneva paragrafi in vari formati sul fronte e sul retro del modulo. Il signor Henningsen dichiarò chiamato a testimoniare di non aver letto tutti i paragrafi del contratto. La vettura fu consegnata il 9 maggio 1955 ma creò problemi solo il 19 maggio seguente. Quel giorno, la signora Henningsen stava guidando l'auto a 20 miglia all'ora su una superficie liscia a due corsie quando sentì un forte rumore ed il volante scivolò dalle sue mani, e la macchina improvvisamente si scontrò con un muro. La vettura fu danneggiata gravemente e gli imputati rifiutarono di riparare la macchina in garanzia, in quanto ritennero che la garanzia esplicita fosse limitata solo alla riparazione delle parti difettose e che non fossero responsabili per i danni causati da componenti difettosi. La corte condannò il produttore a risarcire i danni patiti dalla signora Henningsen senza che fosse necessario provare la negligenza del fabbricante.

impresa e ultimo consumatore; *b*) il fabbricante è responsabile di tutti i danni sofferti dal consumatore a causa di prodotti difettosi, anche in assenza di colpa a suo carico; *c*) l'impresa non può inserire nel contratto di vendita clausole di limitazione o di esclusione della garanzia, perché avvalersi di condizioni generali di contratto, per circoscrivere l'area dei rischi a svantaggio di un contraente più debole, è contrario al bene <<pubblico>>; *d*) <<esigenze sociali>> richiedono che si introduca nei contratti di vendita al consumatore una garanzia implicita di idoneità all'uso dei prodotti venduti, in modo che l'impresa risulti responsabile di tutti i danni sofferti dal consumatore²⁷.

In buona sostanza, le regole della garanzia possono riferirsi immediatamente al contratto di vendita stipulato dal produttore dispiegando i propri effetti nei confronti del consumatore/acquirente danneggiato dall'uso del prodotto.

Dal 1930 al 1960 i formanti dottrinale e giurisprudenziale hanno discusso vivacemente sul tema della creazione di una regola di responsabilità oggettiva per l'illecito cagionato dai prodotti difettosi. In tal senso, non poco rilievo assume la celebre *concurring opinion* posta in essere dal giudice della Corte Suprema della California, Roger John Traynor, in *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, ove si individuano una serie di giustificazioni volte ad avvalorare la regola di responsabilità oggettiva per difetto del prodotto: *a*) la negligenza è spesso troppo difficile da dimostrare; *b*) la responsabilità oggettiva comporta incentivi in sicurezza che si appalesano necessari; *c*) il fabbricante è nella posizione migliore per impedire un danno o assicurare o diffondere il costo del rischio; e, infine, *d*) il fabbricante di un prodotto induce l'aspettativa di sicurezza del prodotto nel consumatore²⁸.

Tuttavia, la definitiva affermazione di una *strict liability* del fabbricante negli USA è stata suggellata nel 1963 con la decisione resa dalla Corte Suprema della California nel caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, ove -questa volta con Traynor nelle vesti di *Chief Justice*- si statuisce che il produttore è oggettivamente responsabile se, diffondendo un prodotto sul mercato con la consapevolezza che esso verrà utilizzato senza alcun controllo preventivo, il prodotto risulta pericoloso per la salute dell'uomo²⁹.

Alla luce dell'*excursus* giurisprudenziale delineato si può affermare che nella realtà giuridica statunitense la responsabilità per prodotti difettosi ha progressivamente adottato un'impostazione di *strict liability*³⁰ [riconosciuta nel 1964 dall'*American*

²⁷ ALPA, BESSONE, *op. cit.*, 216 s.

²⁸ *Escola v Coca Cola Bottling Co.* 24 Cal. 2d 453, 150 P.2d 436 (1944).

²⁹ *Greenman v Yuba Power Products Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 377 P.2d 897 (1963).

³⁰ In termini più generali, si è affermato che i benefici di un regime di responsabilità oggettiva per i danni da prodotto siano tre: 1) indurre le imprese a migliorare la sicurezza del prodotto e a investire in ricerca sul tema della riduzione dei rischi connessi all'uso del bene; 2) condizionare il prezzo del prodotto in modo tale che rifletta il rischio connesso al suo utilizzo; 3) compensare le vittime del prodotto difettoso per i danni patiti [CRASWELL, *Passing on the costs of legal rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 *Stanford L. Rev.* 37 Id.1(1991)].

Law Institute nel Restatement (Second) of Tort e oggi disciplinata dalla Section 402 del *Restatement (Third) of Torts*³¹: “[n]el corso del ventesimo secolo, la più parte delle giurisdizioni è passata al regime di responsabilità oggettiva. Il cambiamento ha eliminato il diritto del produttore di difendersi dimostrando di aver adottato un ragionevole controllo di qualità. Se un prodotto è irragionevolmente pericoloso, il produttore è oggettivamente responsabile per il danno che il prodotto infligge ai consumatori, e non v'è misura di controllo di qualità idonea ad esonerare il produttore”³².

A ben vedere, però, “[q]uesta dilatazione dell'esposizione risarcitoria dei produttori fu presto demonizzata nei circoli politici e screditata dal punto di vista intellettuale da orde di giuristi” costringendo il Governo federale e le corti ad introdurre progressivi strumenti di temperamento³³: “(...) products liability fails as strict enterprise liability and becomes negligence liability by default. The products liability sections of the Restatement (Third) of Torts fit nicely into this story. The Third Restatement is conspicuously careful not to repudiate the general concept of strict products liability, but many of its important provisions adopt a view of products liability as negligence liability. The Third Restatement's rendering of products liability law confines strict liability to manufacturing defects, retaining an enterprise conception of responsibility for such defects. It imposes a negligence framework on design defect, warning liability, and victim conduct”³⁴.

Ecco, allora, che non poco stupore sollevò negli ambienti dottrinali nordamericani la direttiva del 1985 con la quale la Comunità economica europea sposava l'idea della responsabilità oggettiva da prodotti difettosi: “[t]utt'ora, agli occhi di molti, la direttiva 374/85/CEE è ambito emblematico di una storia di divergenze transatlantiche”³⁵.

³¹ In particolare, nella Section 402 del *Restatement Third of Tort* del 1998 si statuisce che “a product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design or is defective because of inadequate instructions or warnings”.

³² COOTER, PORAT, *op. cit.*, *passim*.

³³ CARUSO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 9 ss. Per una critica serrata v. SCHWARTZ, *Products liability and judicial wealth redistributions*, 51 *Ind. L. J.* 558 (1976).

³⁴ KEATING, *op. cit.*, 27 s.: “In articulating products liability law as a special case of negligence liability, Third Restatement departed from the law of products liability as it developed in the twenty or so years following California's adoption of strict products liability in *Greenman v. Yuba Power Products* in 1963. Following *Escola*, *Greenmann* and § 402A, products liability in this period aspired to be strict enterprise liability. Unsurprisingly, that aspiration led to a products liability regime markedly different from the regime of the Third Restatement. With respects to the law that it restated, the Third Restatement was revisionary”.

³⁵ CARUSO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 9 ss. Del resto, la stessa autorevole dottrina, rileva come negli anni Ottanta, da un lato, negli Stati Uniti i politici e gli accademici si affannassero per coprire “la crisi della responsabilità da prodotto ed [iniziassero] a contenere i propri indisciplinati tribunali, e, dall'altro, “la Commissione Europea perseguisse la responsabilità oggettiva con entusiasmo crescente. Al fine di ‘vendere’ la direttiva al pubblico, la Commissione si vede costretta a dissipare le forti voci transatlantiche concernenti l'incapacità dei produttori di assicurarsi contro una grande esposizione in termini di responsabilità civile; per farlo, sceglie di enfatizzare le differenze sistemiche tra Europa ed America”. Ciò nonostante, “ad un esame più

3. Nella realtà giuridica europea la responsabilità da prodotto difettoso si afferma, attraverso la direttiva 374/85/CEE, con il precipuo obiettivo di riavvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia di responsabilità dei prodotti³⁶, onde garantire un livello elevato di protezione del consumatore dai danni causati alla persona o ai beni da un prodotto difettoso e ridurre contemporaneamente le divergenze tra legislazioni nazionali in tema di responsabilità che falsano il gioco della concorrenza e limitano la libera circolazione di merci³⁷.

Ben presto, il suo campo di applicazione si estese fino a includere, oltre i beni mobili oggetto di produzione industriale (incorporati o non in un altro bene o in un immobile), anche le materie prime agricole ed i prodotti della caccia. Tale ampliamento si consolidò con la direttiva 99/34/Ce che, a seguito della crisi della c.d. mucca pazza, perseguiva al contempo il fine di ripristinare la fiducia dei consumatori nella sicurezza della produzione agricola ed incoraggiare i produttori e gli importatori a rispettare strettamente le norme e le misure di salvaguardia applicabili assumendo un atteggiamento responsabile in merito alla sicurezza delle materie prime agricole³⁸. Così, può essere chiamato a rispondere oggettivamente dei danni patiti dall'utilizzatore di un prodotto difettoso non solo chiunque partecipi al processo di produzione, ma anche l'importatore del prodotto difettoso, qualsiasi persona che apponga al prodotto il proprio nome, marchio o altro segno distintivo e — quando non può essere individuato il produttore — ogni fornitore a meno che comunichi al danneggiato, entro un ragionevole periodo di tempo, l'identità del produttore.

In questa prospettiva, la responsabilità solidale di tutti gli operatori della catena di produzione veniva prevista al fine di garantire finanziariamente il risarcimento, offrendo al danneggiato l'opportunità di rivolgersi ad uno qualunque dei responsabili fatto salvo il diritto di rivalsa di quest'ultimo: "quella per danno da prodotti difettosi è una responsabilità diretta (verso il consumatore o utente danneggiato) di tutti i fabbricanti che collaborano alla realizzazione del prodotto finale; e la solidarietà trova la sua ragion d'essere in relazione alle dimensioni del rischio nell'eventuale causazione del danno, connesso a quello d'impresa, riferibile a ciascuno"³⁹.

approfondito, comunque, la via europea alla direttiva sulla responsabilità civile da prodotti difettosi appare identica all'itinerario della riforma statunitense degli illeciti civili" perseguendo esattamente i medesimi due obiettivi di uniformità legislativa e di contenimento di un sistema (quello della responsabilità) ritenuto troppo espansivo.

³⁶ Del resto, già a partire dagli anni Sessanta, tutti gli Stati Membri avevano provveduto a sviluppare, per ragioni politiche differenti, le possibilità di accesso al contenzioso, da parte dei consumatori, nei confronti dei produttori di beni difettosi. Per un'analisi approfondita dell'evoluzione della responsabilità del produttore in Europa si rinvia, ancora una volta, a CARUSO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 10 ss.

³⁷ V. R. PARDOLESI, PALMIERI, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*, in *Foro it.*, 2002, IV, 300.

³⁸ In merito al tale ampliamento cfr. PONZANELLI, *Estensione della responsabilità oggettiva anche all'agricoltore, all'allevatore, al pescatore e al cacciatore*, in *Danno e resp.*, 2001, 792.

³⁹ CARNEVALI, *Prodotti difettosi, pluralità di produttori e disciplina dei rapporti interni*, in *Resp. civ.*, 2004, 650.

A ben vedere, però, come osservato da autorevole dottrina, sin dall'esordio della disciplina, nel caso di più produttori dello stesso bene il problema riceve un'impostazione corretta solo quando si pongono a carico solidale di ciascun soggetto le conseguenze della propria attività di fabbricante, elaboratore o manipolatore del prodotto che, a causa dei vizi da cui era affetto, ha provocato un danno, rimanendo espunta la veste di intermediario dello scambio da quella giuridicamente rilevante di produttore⁴⁰. Per quanto concerne la figura del distributore, la Corte di giustizia non ha lasciato spazio a dubbi interpretativi: la responsabilità oggettiva per il danno da prodotti difettosi, di matrice comunitaria, investe esclusivamente il produttore del bene; il distributore risponderà solo nel caso in cui abbia volontariamente celato l'identità del fabbricante⁴¹.

In linea generale, il regime oggettivo di responsabilità non opera quando il produttore riesca a dimostrare: *a)* di non aver messo in circolazione il prodotto; *b)* che il difetto all'origine del danno sia comparso successivamente alla messa in circolazione da parte sua; *c)* che il prodotto non sia stato fabbricato per un vendita da cui avrebbe tratto beneficio; *d)* che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a disposizioni vincolanti emanate dalle autorità pubbliche; *e)* che le conoscenze tecniche al momento della messa in circolazione del prodotto non erano sufficienti per individuare il difetto; *f)* ove si tratti del fabbricante di una componente del prodotto finale, che il difetto è imputabile alla progettazione del prodotto o alle istruzioni fornitegli dal fabbricante⁴². Si impone così sul produttore una presunzione generale di responsabilità che potrà essere rovesciata nei casi previsti; su di lui grava, infatti, il rischio dell'impossibilità di raggiungere la prova dei fatti *supra* cennati, trattandosi però di circostanze di fatto più vicine alla sua sfera di controllo.

Seguendo una regola che si può definire di *strict liability* più *contributory negligence*, il produttore risponderà anche quando il danno sia stato provocato congiuntamente dal difetto del prodotto e dall'intervento del terzo, ma la sua responsabilità (*id est* il risarcimento dovuto) potrà essere diminuita quando si accerti che il danno è stato cagionato congiuntamente dal difetto del prodotto e dalla colpa del danneggiato o di persona di cui la vittima sia responsabile.

⁴⁰ Così FRIGNANI, *La direttiva Cee sulla responsabilità da prodotto e la sua attuazione in Italia*, in *Giur piemontese*, 1986, 671.

⁴¹ C. Giust. CE, 14 marzo 2006, n. 177/04, *Foro it.*, 2006, IV, 317 (con nota di BITETTO, *Responsabilità oggettiva solo per il produttore*). In particolare, nelle pieghe di tale decisione, si rimprovera al governo francese di aver continuato a considerare il distributore del prodotto difettoso responsabile allo stesso titolo del produttore in tutti i casi in cui non sia stato possibile identificare quest'ultimo (nonostante il fatto che il distributore abbia indicato entro un termine ragionevole l'identità di chi gli ha fornito il prodotto) ed al modello danese (ossia la *Produktansvarlov*) che il distributore rischia di essere considerato responsabile in tutti i casi in cui tale responsabilità possa essere addebitata al produttore, assumendo la veste formale di garante in solido di quest'ultimo.

⁴² Così l'art. 7 della Direttiva CE 85/374.

Il modello europeo presenta, inoltre, una responsabilità limitata nel tempo, innanzitutto perché la vittima dispone di un termine di tre anni per chiedere il risarcimento che decorre dal momento in cui l'attore ha avuto o avrebbe dovuto conoscere il danno, il difetto e l'identità del produttore; in secondo luogo, la responsabilità del produttore cessa entro un termine di dieci anni a decorrere dalla data in cui il prodotto è stato messo in circolazione. Sul punto i giudici di Lussemburgo, chiamati a pronunciarsi in merito ai difetti di prodotti sanitari, hanno fatto chiarezza affermando che: 1) i dieci anni per l'estinzione dei diritti del danneggiato decorrono dal momento in cui il prodotto, uscito dal processo di fabbricazione ed entrato in quello di commercializzazione, viene offerto al pubblico per essere utilizzato e consumato; 2) si deve reputare irrilevante che il bene sia stato venduto all'utilizzatore direttamente dal produttore (ovvero che la vendita sia avvenuta nell'ambito di un processo di distribuzione implicante uno o più distributori); 3) il prodotto si considera immesso in circolazione quando è utilizzabile dal paziente, anche presso la stessa struttura di fabbricazione⁴³.

In considerazione del differente potere contrattuale delle parti, nonché del disuguale grado di informazioni in loro possesso, si sancisce l'inderogabilità contrattuale della responsabilità del produttore: vale a dire che non è ammessa nessuna clausola negoziale che permetta al produttore di limitare la propria responsabilità nei confronti della vittima. Alla vittima rimane pertanto l'esiguo compito di provare l'esistenza del danno, il carattere difettoso del prodotto ed il legame di causa ed effetto tra difetto e danno subito. A tal proposito, si ritiene che un'alterazione delle caratteristiche di sicurezza che il pubblico può legittimamente pretendere determina il carattere difettoso del prodotto e che tali caratteristiche si debbano valutare in relazione alla presentazione del prodotto, all'uso ragionevole che di esso ne possa fare l'utente ed alla data di messa in circolazione del prodotto. D'altro canto, l'aver messo successivamente in circolazione un prodotto maggiormente perfezionato non può determinare il carattere difettoso del prodotto in causa.

Se, dunque, nell'ottica della tutela del consumatore/utente meno informato una restrizione c'è, quest'ultima va individuata nella determinazione delle voci di danno risarcibile. La direttiva copre esclusivamente i danni causati dalla morte, da lesioni personali ovvero il danno o la distruzione di cose diverse dal prodotto difettoso, previa detrazione di una franchigia di € 500, purché la cosa sia stata utilizzata dal danneggiato principalmente per uso o consumo privato⁴⁴.

Ma il sistema di tutela delineato dalla direttiva non può incidere sulle garanzie assicurate da ogni sistema nazionale sia a livello contrattuale che extracontrattuale;

⁴³ V. C. Giust. CE, 9 febbraio 2006, n. 127/04, *op. cit.* 317.

⁴⁴ La *ratio* va ritrovata nella volontà del legislatore di affrancare le imprese dall'onere di fronteggiare innumerevoli pretese risarcitorie. In realtà, se la soglia viene applicata come franchigia in senso stretto, non se ne capisce il senso e pare più opportuna la regola britannica: "if the amount of damage done to the property of the plaintiff is worth £275 or more, the whole amount is recoverable including the first £275".

dunque si lasciano impregiudicati i diritti che la vittima può esercitare in base alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva⁴⁵. Alla luce di tali principi il formante dottrinario si è subito posto l'interrogativo se il consumatore/danneggiato potesse continuare ad avvalersi delle soluzioni offerte dal diritto nazionale ogniqualvolta ciò risulti più favorevole, ritenendo che, per non penalizzare la vittima, le si dovesse lasciare la possibilità di decidere *case by case* di agire secondo la normativa che più si adattasse alle condizioni concrete⁴⁶.

4. La cennata normativa europea è stata implementata in Italia dal d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224. La disciplina è successivamente confluita negli artt. 114 -127 del Codice del consumo (promulgato con il d.lg. 6 settembre 2005 n. 206 con la finalità di riordinare e semplificare la normativa sulla tutela dei consumatori). La norma di chiusura del sistema, l'art 127 cod. cons., ribadisce ancora una volta che le disposizioni di origine comunitaria non escludono né limitano i diritti attribuiti al danneggiato da altre leggi, lasciando impregiudicata l'applicazione dell'art. 2043 c.c. (disposizione generale sulla responsabilità per colpa, che – come meglio si vedrà tra un momento – aveva assunto singolari contorni nel caso Saiwa)⁴⁷. Di conseguenza, le due normative (quella codicistica, con più articolazioni, e l'altra, di derivazione comunitaria) convivono una a fianco dell'altra, mantenendo distinte le proprie caratteristiche e garantendo un concorso di azioni (extracontrattuali generali, extracontrattuali speciali e contrattuali) a disposizione del danneggiato, che può scegliere di volta in volta a seconda della convenienza dei rimedi resi disponibili dall'ordinamento.

I primi passi domestici della responsabilità da prodotto in salsa europea sono timidi; ci vorranno tre lustri perché decolli davvero. Ma sin dal debutto appare chiaro che il produttore deve farsi carico di tutti danni cagionati dai difetti del suo prodotto. Prova ne sia una responsabilità svincolata dall'accertamento della colpa, che trova la sua ragion d'essere nell'insufficienza dei rimedi contrattuali propri della vendita al fine di: *a*) raggiungere un elevato grado di sicurezza dei prodotti come conseguenza di un regime di responsabilità idoneo ad esercitare un adeguato grado di pressione sul produttore del bene; *b*) consentire al consumatore acquirente del bene di consumo, legato contrattualmente al solo venditore (il quale è di frequente soggetto ben distinto dal produttore del bene), di ottenere il ristoro del pregiudizio patito dal soggetto (normalmente) più dotato sotto il profilo finanziario; *c*) proteg-

⁴⁵ Così, PONZANELLI, *Dal biscotto alla «mountain bike»: la responsabilità da prodotto difettoso in Italia*, in *Foro it.*, I, 1994, 258.

⁴⁶ In tal senso, BITETTO, *Responsabilità da prodotto difettoso: strict liability o negligence rule?*, in *Danno e resp.*, 2006, 265.

⁴⁷ Cass. 25 maggio 1964 n. 1270, in *Foro it.*, 1965, I, 2098. Per un approfondimento di tali profili v., *infra*, paragrafo 4.1.

gere adeguatamente la posizione dei terzi che possono risentire un danno da prodotto difettoso e che sono, per definizione, estranei alle vicende contrattuali intercorrenti tra il compratore ed il venditore (ovvero i c.d. *bystanders*)⁴⁸.

Più nello specifico, la disciplina – attribuendo al produttore del bene finito il compito di controllare la sicurezza della materia prima o del componente (quantunque tali controlli spettino in prima battuta a chi ha fabbricato le parti specifiche) — contempla tra i potenziali responsabili tutti i soggetti che in qualità di ‘fabbricanti’ (del prodotto finito, di un suo componente, della materia prima) prendono parte all’attività di produzione (escludendo, non senza qualche inconveniente, la soluzione dell’esonero del fabbricante parziario, con conseguente allocazione della responsabilità in capo al produttore del bene finito). Da un lato, si dà consistenza a un’ulteriore remora, per chi organizza l’attività produttiva, a servirsi dell’opera di imprese convenienti sul piano dei prezzi, ma inaffidabili su quello della sicurezza; dall’altro, la corresponsabilità del produttore del bene finito per i danni che già il produttore della parte è tenuto a risarcire comporta l’inconveniente che entrambi dovranno assicurarsi per uno stesso rischio, con relativa duplicazione del premio da pagare⁴⁹.

In linea con la disciplina europea, il fornitore potrà liberarsi da ogni vincolo risarcitorio semplicemente comunicando al danneggiato l’identità ed il domicilio del produttore o della persona che gli abbia fornito il prodotto entro tre mesi dalla ri-

⁴⁸ Sulle tematiche della connessione tra responsabilità da prodotto e sicurezza si rinvia a ARBOUR, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo LIDL e Bilka: un binomio sfasato*, in *Danno e Resp.*, 2007,989.

⁴⁹ Altra questione è la chiamata in causa del produttore c.d. apparente (ovvero chi si presenti al pubblico come produttore perché appone sul bene o sulla confezione il proprio nome marchio o segno distintivo pur avendo delegato a terzi la fabbricazione del prodotto). La responsabilità del produttore apparente poggia le sue basi sulla considerazione che egli abbia sempre e comunque la possibilità di controllare l’attività di chi materialmente produce il bene. A dettare le regole del gioco, in tale ipotesi, sarebbero il buon nome e l’immagine del marchio aziendale che spingono il titolare del segno ad approntare strumenti contrattuali atti a consentirgli di incidere profondamente sulle scelte del fabbricante, sino a sostituirsi allo stesso imponendogli modifiche dell’attività produttiva ovvero delle caratteristiche del bene che porta il suo nome. In via di approssimazione si deve ritenere che il fabbricante dovrà sopportare il costo dei difetti di fabbricazione che ricadono su suo controllo, mentre il produttore apparente, se ha fornito il *know how*, dovrà farsi carico delle perdite derivanti dai *design* e *information defects* quando sia stata omessa la comunicazione delle informazioni rilevanti per un uso sicuro del prodotto. Nella diversa ipotesi in cui il prodotto difettoso sia stato fabbricato oltre i confini della comunità europea, risponderà chiunque abbia importato il prodotto per la vendita, la locazione il *leasing* o qualsiasi altra forma di distribuzione. Con tale previsione si vuole esplicitamente evitare il pericolo che il danneggiato finisca per ottenere ‘vittorie’ successivamente vanificate dalla pratica inattuabilità di un patrimonio (quello del produttore) situato in un paese lontano, con immani difficoltà di procedere in via esecutiva. La responsabilità del produttore incontra, invece, il limite del rischio non conoscibile. Più in chiaro, si escludono i rischi o difetti che riguardano settori caratterizzati da un rapido tasso di mutamento del patrimonio tecnico conoscitivo. In tal senso si rileva una propensione a considerare prevalente la funzione preventiva della responsabilità: la scelta di valutare le aspettative di sicurezza alla luce delle conoscenze scientifiche e tecnologiche esistenti nel momento dell’immissione in circolazione del prodotto si giustifica affermando l’impossibilità di calcolare in anticipo i rischi sconosciuti [Cfr. CAFAGGI, *La responsabilità dell’impresa per prodotti difettosi*, in *Trattato di diritto privato europeo*, LIPARI (a cura di), Padova, 2003, *passim*.].

chiesta della vittima⁵⁰. In altre parole, il ruolo assegnato al fornitore è quello di condurre all'identificazione del fabbricante (giacché è sembrato superfluo – e non risolutivo per la sicurezza dei prodotti – gravare di responsabilità il sistema distributivo), sebbene si rinvenivano circostanze in cui il fornitore, ancor più del produttore, possa essere chiamato a svolgere un ruolo positivo: prova ne sia la presentazione del prodotto e l'esplicazione all'acquirente delle istruzioni o avvertenze per la sua utilizzazione [del resto, il fornitore “è in grado di prevedere e suggerire l'uso al quale il prodotto va ragionevolmente destinato ed i comportamenti da tenere in relazione ad esso; in particolar modo quando provvede (...) alla messa appunto e/o all'installazione del prodotto”]⁵¹.

In merito alla nozione di difetto, la novità del modello italiano è data dall'esplicita menzione della difettosità di un prodotto quante volte esso non offra la sicurezza presente negli esemplari della medesima serie (fatta eccezione per le ipotesi in cui la pericolosità sia stata determinata dal tipo di uso posto in essere dal consumatore). In quest'ottica, occorre sottolineare come in pochissime fattispecie (tra cui l'omesso avviso della possibilità di esplosione di una macchinetta da caffè per occlusione da calcare della valvola di sicurezza) i nostri giudici abbiano rilevato il mancato rispetto delle condizioni di sicurezza per assenza o carenza di istruzioni relative all'utilizzo del prodotto⁵². Nondimeno, al fine di escludere che le istruzioni vengano impiegate dai produttori come *escamotage* esonerativi, i giudici di legittimità hanno precisato (mostrando, per la verità, non poca incertezza)⁵³ che la menzione del possibile materializzarsi di rischi connessi all'utilizzo non preclude la responsabilità nei confronti del consumatore ignaro dell'esistenza del difetto di fabbricazione dovuto ad un insufficiente esercizio dei controlli e/o delle ispezioni di qualità normalmente assicurati all'interno dei processi produttivi⁵⁴.

⁵⁰ Cfr. Trib. Roma 4.12.2003, *Foro it.*, 2004, I, 1632 (con nota di BITETTO, *La responsabilità del produttore nel nuovo sistema del danno non patrimoniale*), a tenore della quale “il fornitore convenuto in giudizio dall'utilizzatore del prodotto può sottrarsi a responsabilità indicando il nome del produttore, ai sensi dell'art. 4 d.p.r. 224/88, nell'arco di tre mesi qualora non siano intercorse comunicazioni anteriormente alla notificazione della citazione, ma la chiamata in causa deve avvenire non oltre la prima udienza di trattazione”.

⁵¹ Così, BITETTO, *La responsabilità del produttore nel nuovo sistema* cit., 1636.

⁵² L'*information defect* sussiste ogniqualvolta le informazioni per un uso corretto del prodotto da parte del consumatore non garantiscono un'adeguata conoscenza in relazione alle modalità di utilizzazione del prodotto stesso: Trib. Vercelli 4.4.2003, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Responsabilità civile*, 204, commentata da PONZANELLI, *Responsabilità oggettiva del produttore e obbligo di informazione*, in *Danno e resp.*, 2003, 1011)

⁵³ V., *infra*, paragrafo 4.1.

⁵⁴ Recentemente, proprio la Suprema Corte ha affermato l'irrisarcibilità del danno patito da un consumatrice di prodotti cosmetici per un'inaspettata e grave reazione allergica, non considerando inadeguata una generica avvertenza in merito alla possibilità di reazioni allergiche al prodotto, senza una precisa indicazione degli elementi chimici idonei a provocare danno alla salute. Cfr. Cass. 15.3.2007, n. 6007 (in *Foro it.*, 2007, I, 2415, con nota di PALMIERI, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*; commentata, altresì, da BITETTO, *Responsabilità da prodotto difetto a passo di gambero!*, in *Danno e resp.*, 2007, 1216).

4.1 Un conto il progetto, tutt'altra cosa la sua attuazione pratica. La responsabilità da prodotto nasceva, negli US, dal riscontro delle difficoltà connesse al tradizionale apparato della *negligence*; eppure, a partire dagli anni '80 il formante dottrinale e giurisprudenziale statunitense si è mosso con forza nella direzione di 'coprire' la profonda crisi della responsabilità oggettiva⁵⁵. Questo 'rigurgito' d'oltre Atlantico induce ad appuntare la nostra attenzione sui controintuitivi sviluppi, talora al limite del tentennamento, del regime introdotto (in Europa e) in Italia. A tal fine, si prenderanno in esame alcune pronunzie rese dal nostro Supremo collegio, prima e dopo l'implementazione della direttiva 374/85/CEE.

Partiamo dall'analisi del già cennato caso Saiwa: fronteggiando una richiesta di risarcimento di danni dovuti all'indigestione di biscotti avariati (che avevano provocato nei malcapitati consumatori una enterocolite febbrile), la Suprema corte – attraverso una spericolata *praesumptio de praesumpto* — aveva condannato al risarcimento l'impresa produttrice, sebbene non fosse stato provato a suo carico alcuna colpa concernente l'esercizio dell'attività industriale: “[...] una volta esclusa (...) ogni colpa del negoziante [i beni prodotti alimentari erano contenuti in involucri sigillati così come ricevuti dalla ditta fabbricante] in ordine all'alterazione del prodotto alienato, ben può il giudice di merito, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, ricollegare l'avaria, attraverso un processo logico presuntivo, alla difettosa fabbricazione del prodotto stesso, quale sua unica possibile causa, cioè praticamente ad una condotta colposa della ditta fabbricante, che la rende responsabile, *ex lege aquiliana*, dei lamentati danni”⁵⁶. Con un salto logico che rimane inesplicito, la normale logica della *res ipsa loquitur* (date le circostanze, il difetto *deve* essersi determinato nella fase produttiva) attiva una presunzione di colpa priva di qualsivoglia riscontro (non è punto detto che il radicarsi del difetto nel processo produttivo sia imputabile a negligenza dell'imprenditore). In altre parole, avvalendosi di un'evidente forzatura interpretativa dell'art. 2043 c.c., i giudici di legittimità individuavano la responsabilità del produttore formalmente a titolo di colpa, ma secondo criteri di responsabilità oggettiva: “[i]n definitiva, la colpa dell'impresa (non è dimostrata, ma) viene presunta; una tecnica, questa, che permette di usare in modo, per così dire, improprio le norme del codice al fine di tutelare il consumatore”⁵⁷.

A ben vedere, però, già in una precedente controversia (concernente la richiesta di risarcimento dei danni patiti da un minore feritosi ad un occhio con una pistola-giocattolo in seguito alla rimozione dell'elemento di protezione contro la dispersione di schegge della cartuccia esplosiva), la Cassazione aveva statuito che l'impiego

⁵⁵ Per un approfondimento di tali profili v., orientativamente, PRIEST, *The current insurance crisis and modern tort law*, 96 *Yale L.J.* 1521 (1987); Id., *La controrivoluzione della responsabilità da prodotti negli Stati Uniti d'America*, in *Foro it.*, 1989, IV, 119; COSENTINO, *Responsabilità da prodotto difettoso: appunti di analisi economica del diritto*, *ibidem*, 139; QUERCI, *Responsabilità da prodotto negli Usa e in Europa. Le ragioni di un revirement «globale»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 136.

⁵⁶ Cass. 1270/1964 cit., 2098 ss.

⁵⁷ ALPA, BESSONE, *op. cit.*, 26.

del criterio della colpa aveva il 'pregio' di rendere più severa la valutazione del comportamento del fabbricante. Nello specifico, la Suprema corte – muovendo dal presupposto che l'impresa produttrice avrebbe dovuto prevedere l'uso anormale del prodotto da parte dei fruitori (circostanza che rientra "nella normalità del comportamento di un bambino, il quale, a parte ogni questione sulla capacità di intendere e di volere, trattandosi di un bambino di appena anni otto, al quale quindi non potrebbe muoversi traccia di poca diligenza o di imprudenza, che richiede capacità di discernimento, era istintivamente portato ad accertare il modo di funzionamento dell'arma e quindi a scomporla e usarla anche senza il copritamburo") – ne riscontrava la negligenza nel non aver predisposto meccanismi idonei a impedire la rimozione del copritamburo⁵⁸: "l'apprezzamento della diligenza, con la quale occorre valutare il comportamento del fabbricante, deve essere collegato alla natura del rapporto cui si riferisce il dovere di condotta e, nell'ipotesi di fabbricazione di prodotti di serie, trattandosi di svolgimento di attività professionale, la diligenza deve identificarsi in quella del produttore memore dei propri impegni e cosciente delle relative responsabilità"⁵⁹.

A conti fatti, e paradossalmente, l'avvento della direttiva europea (e la sua successiva implementazione con il d.p.r. 224/88), pur abbracciando apertamente il modello della responsabilità oggettiva, non ha sortito l'effetto di migliorare in maniera 'sensibile' la tutela dei consumatori⁶⁰. Se possibile, anzi, è sembrata sancirne l'arretramento. Prova ne sia la soluzione diametralmente opposta dettata dalla Corte di legittimità in un caso (affine a quello testé considerato della pistola-giocattolo), concernente la richiesta di risarcimento per il danno patito da un dodicenne che – issatosi in piedi sul seggiolino dell'altalena – aveva inserito la mano nello snodo della

⁵⁸ Cass. 21.10.1957 n. 4004, in *Foro it.*, 1958, I, 46 ss. In particolare il Supremo collegio osserva come: "[i]n tale difetto di previsione [si ravvisa] una mancanza di diligenza ed una imprudenza bastevoli per sé sole a produrre l'evento, e quindi causa giuridica unica ed immediata del danno". In questa prospettiva, "trattandosi di un'arma giocattolo, destinata perciò al divertimento ed all'uso, con relative esplosioni di capsule metalliche, da parte di bambini e conoscendo il costruttore la possibilità dell'avveramento di un sinistro per lo sfrangiamento delle capsule metalliche, tanto che aveva provveduto all'applicazione di un copritamburo destinato ad impedire l'irradiarsi delle schegge a seguito della deflagrazione della carica esplosiva, avrebbe dovuto anche prevedere che i bambini facessero uso della pistola senza copritamburo, essendo questo un fatto prevedibile e rientrante nella normalità degli avvenimenti umani, che nella specie andava considerata in relazione al modo di comportarsi dei piccoli utenti del giocattolo". L'aver rimosso volontariamente il copritamburo (ossia l'uso in modo anormale del giocattolo) "non incideva sulla causalità giuridica dell'evento, risalente al costruttore, e costituiva non altro che l'evento prevedibile e non preveduto, in vista del quale il costruttore avrebbe dovuto adeguare il sistema costruttivo, cosa che, come la Corte di merito ha accertato, ha fatto soltanto per i giocattoli fabbricati dopo l'evento di cui trattasi, dimostrando così l'insita pericolosità del giocattolo e la consapevolezza della stessa".

⁵⁹ ALPA, BESSONE, *op. cit.*, 28.

⁶⁰ "Il nuovo regime non era nei fatti così nuovo, non aveva costituito alcuna minaccia né al mercato assicurativo né ai produttori, ed era rimasto in un certo modo conservatore rispetto alla sua controparte americana": CARUSO, R. PARDOLESI, *op. cit.*, 17.

stessa riportando l'amputazione del pollice sinistro⁶¹. Ebbene, il Supremo collegio, evocando – in maniera francamente opinabile — il criterio di prevedibilità dell'uso della *res* – cristallizzato nell'art. 5, 1° comma, lett. b, della normativa europea (anche se, nella specie, non direttamente applicabile)–, finisce per circoscrivere la responsabilità del produttore entro confini notevolmente più ristretti rispetto al passato: non a caso, sovvertendo quanto disposto nella decisione del 1957 (ove l'uso malaccorto della pistola-giocattolo, rientrando nella normalità del comportamento dei bambini, implicava la negligenza del produttore, reo di non aver predisposto meccanismi idonei a impedire la rimozione del copritamburo), i giudici di legittimità etichettarono come 'abnorme' (e, pertanto, non imputabile al fabbricante) la condotta del minore. Tuttavia, l'argomento 'forte' posto a sostegno della decisione in oggetto (ossia l'irragionevolezza dell'uso dell'altalena da parte dell'utente minorenni, arrampicatosi sul bracciolo mentre sarebbe dovuto rimanere compostamente seduto sul seggiolino) rimuove del tutto la circostanza, dianzi evidenziata, che la vivacità del fruitore dodicenne di un'altalena implica (e, pertanto, rende prevedibili per il costruttore) comportamenti eterodossi, tra i quali non sembra di potere escludere anche un tentativo di arrampicata (alzi la mano chi non l'ha fatto a suo tempo...). Come si è osservato da parte di un primo commentatore, “risulta invece ravvisabile una violazione, da parte del costruttore, del dovere di adottare tecniche di progettazione o di costruzione idonee ad elidere anche il rischio della scalata. In particolare, tale violazione si dimostra di consistente gravità nel caso *de quo*, in quanto, nella progettazione e nella realizzazione dell'altalena, non v'era una protezione che impedisse l'accesso delle mani al punto di frizione della sbarra di sostegno del sedile e, in più, le lamiere si presentavano spigolose e non smussate”⁶².

Infine, il *trend* di 'depotenziamento' del regime di *strict liability* per i danni da prodotto difettoso parrebbe trovare ulteriore conferma in una recente decisione (mi

⁶¹ Cass. 29 settembre 1995 n. 10274, in *Foro it.*, 1996, I, 954 (con nota di CARINGELLA, *La ragionevolezza dell'uso della «res» quale condizione della responsabilità del produttore: il caso di prodotti destinati a minori*).

⁶² CARINGELLA, *op. cit.*, 958: “Né d'altronde, a sostegno della decisione in epigrafe, può essere oltremodo valorizzata l'età non propriamente infantile del minore infortunato, all'epoca dei fatti dodicenne, non trattandosi certo di età alla quale si accompagna abitualmente la piena capacità di intendere di volere, ossia l'attitudine del soggetto non solo a conoscere la realtà esterna, ma anche a rendersi conto del valore sociale, positivo e negativo, degli accadimenti e degli atti compiuti. Si consideri, quanto meno a dimostrazione dell'impossibilità di pretendere, o anche solo di prevedere, una piena capacità di autodeterminazione del soggetto agente, che in ambito penalistico è fissata una presunzione *iuris et de iure* di incapacità di intendere e di volere da parte del minore di quattordici anni, nonché un dubbio relativo alla capacità in capo al soggetto di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni. Ora, se è certamente vero che la normativa penalistica, fissando tetti rigidi, rischia di degenerare in un clemenzialismo illogico nei confronti di minori psicologicamente maturi, specie alla luce delle mutate abitudini socio-culturali, non è men vero che resta intatta la validità della *ratio* di fondo della disciplina, data dall'impossibilità di presumere – nella specie, da parte del produttore – la capacità di soggetti in età preadolescenziale e dalla necessità di affrontare con molta cautela ed attenzione, alla luce del caso concreto, i parametri indicativi della capacità di autoregolazione degli stessi”.

riferisco al caso Wella innanzi richiamato)⁶³ in cui la Suprema corte ha statuito l'irrisarcibilità del danno patito da una consumatrice di prodotti cosmetici per un'insuitata e grave reazione allergica, non considerando inadeguata una generica avvertenza in merito alla possibilità di reazioni allergiche al prodotto (senza una precisa indicazione di fattori idonei a individuare i soggetti esposti al rischio di danno alla salute: un po' come l'automobilista di fronte al cartello che avverte della possibilità di caduta di massi, quanto dire che si procede a proprio rischio e pericolo...). In breve, l'ignara utilizzatrice del colorante per capelli aveva visto respinte le sue richieste risarcitorie perché il prodotto, in commercio da anni, non aveva provocato danni agli altri consumatori: sicché si dovevano considerare condizioni anormali di impiego del prodotto il particolare stato di salute della consumatrice (ossia la peculiare reazione anafilattica del suo organismo verso sostanze normalmente innocue). Ne deriva che, prendendo le mosse dall'esigenza che il danneggiato fornisca la prova del difetto, la Cassazione "imbocca un percorso alquanto tortuoso e propone un criterio di imputazione che finisce per tradire il modello di *strict liability*, cui la disciplina interna (come la sua diretta progenitrice comunitaria) si ispira". Per questa via, il *duty to warn*, che nell'elaborazione originaria serve a trasferire sull'utilizzatore il rischio di prodotti inevitabilmente insicuri (e che pure conviene usare perché, mettiamo, salvano la vita) ovvero irragionevolmente pericolosi in mancanza di avvertimento (ma sicuri quando sia stata fornita l'indicazione rilevante), cambia volto con riguardo all'ipotesi di pericolosità da causa ignota e attribuisce alla semplice menzione della possibile nocività del prodotto – con buona pace della sicurezza che il fruitore dovrebbe legittimamente aspettarsi dal bene — la virtù di liberare il produttore dal fardello della responsabilità (salvo addossarla alla parrucchiera, elevata al ruolo improbabile di *learned intermediary*), senza fornire al consumatore la ragionevole opportunità di neutralizzarlo, e con l'ulteriore remora di rimuovere gli incentivi alla messa in circolazione di prodotti sicuri: "[s]'intravede più a monte un problema di controllo di qualità nel processo produttivo, al fine di azzerare il coefficiente di rischio, anche identificando e togliendo dal giro componenti potenzialmente nocivi. Non resta, allora, che prendere atto di come la *strict products liability* all'italiana, all'esito di una delle prime verifiche probanti, manchi l'opportunità di decollare. L'impressione è che, in maniera sfumata, si subisca il fascino della colpa, sino a svuotare di significato l'imputazione oggettiva. Eppure, se non altro per i difetti di fabbricazione propriamente detti, si tratta del criterio di imputazione universalmente accettato, in quanto più adatto a promuovere gli incentivi alla messa in circolazione di prodotti sicuri"⁶⁴.

⁶³ Cass. 6007/2007 cit., 2415.

⁶⁴ Così, PALMIERI, *op. cit.*, 2418 s. Sul punto, occorre osservare come il Collegio di legittimità abbia avuto modo di fornire una risposta più equa (ed efficiente) al problema, affermando, di lì a poco, come la menzione del possibile verificarsi di rischi connessi all'utilizzo miri a scongiurare il profilarsi di un eventuale *information defect*, ma non precluda la responsabilità nei confronti del consumatore ignaro dell'esistenza del difetto di

5. Alla luce di considerazioni di tal fatta, è plausibile opinare che un approccio di

fabbricazione dovuto ad un insufficiente esercizio dei controlli e/o delle ispezioni di qualità normalmente assicurati all'interno dei processi produttivi [Cfr. Cass. 8.10.2007, n. 20985, *Foro it.*, 2008, I, 143 (con nota di BITETTO, *Prodotto difettoso onere probatorio e comunicazione dei rischi*)]. A ben vedere, nel caso di specie a patire i danni per un grave difetto del prodotto era stata una paziente sottoposta a mastectomia, la cui protesi mammaria inaspettatamente si era svuotata a poco più di un anno dall'intervento di trapianto. Nelle istruzioni della protesi compariva una generica e subdola avvertenza della possibilità di sgonfiamento della protesi, ma nulla sui i possibili tempi di reazione del corpo che facesse presagire la necessità di sottoporsi nuovamente ad intervento chirurgico a così breve lasso di tempo dal trapianto. Lapidario il verdetto: l'art. 122, secondo comma, codice del consumo (*ex art.* 10 del d.pr.224/88) esclude la risarcibilità del danno esclusivamente quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che possa derivare dal suo utilizzo; non, invece, ove abbia avuto mera cognizione della probabilità di rischio connesso all'utilizzazione del prodotto. In merito all'esonero di responsabilità del produttore il legislatore, all'art. 120 cod. cons., accolla espressamente al fabbricante l'onere di provare i fatti che possono escludere la sua responsabilità, concedendogli tra l'altro la possibilità di dimostrare che il difetto non fosse originario. Pertanto, la norma in oggetto, lungi dal voler addossare l'onere di dimostrare l'esistenza del difetto sin dall'origine a carico del consumatore, intende evitare "un'eccessiva pressione sul produttore, scevra di risultati nell'ottica della prevenzione dei danni, nei casi in cui il danno si verifichi quando il prodotto è stato messo in circolazione già da lungo tempo e sia quasi impossibile stabilire il momento e le circostanze in presenza delle quali il difetto si sia determinato" (BITETTO, *Prodotto difettoso onere probatorio cit.*, 143 ss. Sul punto v. CAFAGGI, *op. cit.*, 515 ss.). Ne deriva che, la responsabilità potrà escludersi nei casi in cui il difetto sia sorto successivamente alla messa in circolazione, per causa non imputabile al produttore. Ciò nonostante, affinché sia possibile esimere il produttore dal dovere di risarcire il danneggiato, si dovrà distinguere nitidamente l'esistenza di un difetto dalla sua manifestazione; e non sarà sufficiente che il difetto si manifesti successivamente alla vendita del prodotto [in tal senso v. MATASSA, *Commento art. 6 d.pr. 224/88*, in *La responsabilità da prodotto difettoso*, R. Pardolesi, Ponzanelli (a cura di), in *Nuove leggi civ.*, 1989, 559]. In un quadro di tal fatta, al danneggiato compete provare il danno, il difetto e la connessione causale tra difetto e danno, ma: a) se appare verosimile che il danno sia stato causato da un difetto del prodotto, il giudice può ordinare che le spese della consulenza tecnica siano anticipate dal produttore; b) non gli spetta l'onere di dimostrare la correttezza dell'uso del prodotto; e, infine, c) non deve provare che il prodotto difettoso proveniva dalla fabbrica. È, invece, necessario che il danneggiato allegghi di aver subito un pregiudizio rientrante in quelli previsti come risarcibili dalla normativa italiana, la cui quantificazione è normalmente sorretta dal responso di un perito. La prova del pregiudizio sarà connessa alla dimostrazione del difetto in corso di causa, ma la mancanza di sicurezza del prodotto è un giudizio influenzato dalla già manifesta dannosità del bene [v. Trib. Cesena -Forlì 25.11.2003, *Foro it.*, 2004, I, 1631; Trib. Massa Carrara 20.3.2000, *id.*, 2002, 343; Trib. Milano 13.4.1995, *id.*, Rep. 1996, *Responsabilità civile*, n. 179, e, per esteso, in *Danno e resp.*, 1996, 381 (con nota di PONZANELLI, *Crollo di un letto a castello: responsabilità del produttore-progettista e del montatore*)]. La giurisprudenza, d'altronde, ha riconosciuto l'ammissibilità di principi di prova e presunzioni per dimostrare l'insicurezza e la difettosità del prodotto, ritenendo in alcuni casi raggiunto l'accertamento delle circostanze in presenza delle quali si è verificato il danno anche a seguito di prova testimoniale. Emblematico a tal proposito il riconoscimento del risarcimento del danno subito da un commensale a seguito della rottura di un premolare a causa della presenza di una componente in metallo la cui presenza nel condiviso è stata provata mediante testimonianza della mamma della vittima [v. G.d.P. Monza 20.3.1997, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *Danni civili*, n. 139, e, per esteso in *Arch. civile*, 1997, 876 (con nota di V. SANTARSIERE, *Responsabilità del produttore per danno all'apparato masticatorio da mini corpo metallico finito accidentalmente in preparato commestibile*) si è ammessa la prova testimoniale per la frattura di due premolari di un commensale, per trauma da corpo estraneo, verificatasi durante la masticazione di riso cotto, mischiato a condimento in scatola di prodotti del suolo, nel quale ultimo si trovava un frammento

law & economics sia in grado di fornire indicazioni utili in merito a quale tra i possibili regimi di responsabilità da prodotto difettoso sia in grado di aumentare il benessere sociale alla luce dei probabili comportamenti dei danneggianti e delle vittime⁶⁵. L'analisi economica mette in luce come le regole del diritto sulla responsabilità civile riescano a intercettare i canali della prevenzione atta a minimizzare i costi totali (ossia come le norme influenzino efficacemente il sistema incidendo sui costi della prevenzione e sulla conseguente riduzione dei rischi di incidente)⁶⁶.

Assumendo la veridicità dalla relazione lineare tra responsabilità del produttore e vizi del prodotto (in forza della quale l'accrescere della prima conduce ad una maggiore sicurezza per gli utilizzatori), verrebbe fatto di chiedersi esclusivamente fino a che punto è disposta a pagare la società per ottenere la sicurezza dei prodotti immessi nel mercato. Nondimeno, vi sono circostanze in cui gli esiti di questa semplice equazione (aumentare la responsabilità degli imprenditori implica un conseguente incremento della sicurezza dei consumatori) risultano tutt'altro che scontati: si pensi ai casi di comportamenti susseguenti, quando, al fine di minimizzare i costi sociali degli incidenti, è necessario tener presente il livello di diligenza e le precauzioni adottate tanto dal danneggiante quanto dalla vittima, considerando che il beneficio marginale ed il costo delle precauzioni prese dal primo dipendono anche dal livello di diligenza e dal costo delle precauzioni prese dalla seconda (e viceversa). In ipotesi di tal fatta, il livello ottimale di precauzioni che il danneggiante e la vittima devono assumere deriva dalla loro possibilità di agire congiuntamente per ridurre il rischio di verificazione del sinistro e dai costi della prevenzione⁶⁷.

Valendoci di una 'lente' gius-economica, proveremo (nei paragrafi che seguiranno) a comprendere come le regole del diritto sulla responsabilità civile riescano a intercettare i canali della prevenzione atta a minimizzare i costi totali (ossia come le norme influenzino efficacemente il sistema incidendo sui costi della prevenzione e sulla conseguente riduzione dei rischi di incidente)⁶⁸. A tal fine l'attenzione verterà sulla corretta individuazione del livello di precauzione che minimizza i costi sociali, i quali sono il riflesso, da un lato, del costo stesso dell'assunzione di precauzione e,

di metallo ed il produttore del commestibile non genuino risarcito il danno patrimoniale, subito dal consumatore del lavorato, stante la inavvertita presenza del menzionato corpo nel riso].

⁶⁵ Così, SHAVELL, *Foundations of economic analysis of law*, Cambridge, Massachusetts, London, 2004, 175ss.

⁶⁶ SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, trad. it. a cura di A. Baccini, A. Palmieri, D. Porrini, Torino, 2007, 36.

⁶⁷ A tal proposito NADER, PAGE, *Automobile design liability and compliance with federal standards*, 64 *Geo. Wash. Law Review* 415 (1996), 458, osservano che nel contesto delle cause civili americane per difetti di progettazione degli autoveicoli, il costo di una regola di *underdeterrence* porterebbe nuova linfa vitale, mentre l'attuale costo di un regime di responsabilità aggravata (i.e. un *overdeterrence*) costituisce per le imprese un inutile quanto pesante fardello finanziario.

⁶⁸ SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, trad. it. a cura di A. Baccini, A. Palmieri, D. Porrini, Torino, 2007, 36.

dall'altro, della riduzione dei rischi di verificazione di sinistri in ragione della prevenzione assunta⁶⁹.

5.1 In regime di responsabilità oggettiva, il danneggiante risponde del danno cagionato come conseguenza immediata e diretta della propria attività, a prescindere dalla sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa. In questa ipotesi i costi totali del danneggiante uguagliano i costi sociali totali; sicché egli sarà indotto a minimizzarli scegliendo un livello medio di prevenzione da cui si attende una diminuzione dei costi sociali totali. Ne deriva che i produttori saranno responsabili per i danni causati dal difetto del prodotto sempre e comunque; pertanto, avranno un corretto incentivo ad investire in prevenzione a differenza delle vittime che compensate in ogni caso per le perdite subite in conseguenza del sinistro, risulteranno del tutto indifferenti alla sua verificazione e non adotteranno alcuna precauzione, causando una perdita in termini economici tutte le volte in cui il danno si sarebbe potuto evitare con delle semplici precauzioni adottate dalle vittime stesse.

5.2 Nell'ipotesi di responsabilità per colpa, il danneggiante risponde solo dei danni che siano causalmente riconducibili alla sua negligenza imprudenza o imperizia. Ne deriva che, nelle pieghe di tale regime di responsabilità, i danneggianti saranno indotti ad adottare precisamente lo standard minimo di diligenza imposto dall'ordinamento, dacché tale scelta corrisponde alla massimizzazione dell'utilità dell'*injurer* stesso. Non a caso, se la diligenza adottata eccede lo standard legale, il

⁶⁹ “Proviamo a illustrare tale interrelazione con un esempio pratico. Partiamo dall'assunto che la verificazione del sinistro possa provocare perdite pari a 100 e schematizziamo la relazione tra il costo dell'adozione della prevenzione e la riduzione della probabilità di verificazione del sinistro (e, di conseguenza, le perdite attese dall'incidente).

Tabella 1

Livello di prevenzione	Costo della prevenzione	Probabilità di incidente	Perdite attese per incidente	Costi sociali attesi
Nessuno	0	15%	15	15
Medio	3	10%	10	13
Alto	6	8%	8	14

Se analizziamo la schematizzazione grafica della Tabella 1, vedremo che essa rappresenta il rapporto tra il livello di prevenzione adottato dal danneggiante e la probabilità di verificazione di sinistri che comporterebbero perdite pari a 100. Al fine di comprendere la ragione per la quale un livello di prevenzione medio comporta la minimizzazione dei costi sociali attesi, si dovrà osservare come una decisione così orientata riduca la probabilità di verificazione di sinistri e, dunque, le perdite attese di 5, ma implichi costi pari a 3. I costi sociali attesi diminuiscono, risultando pari a 13. Un livello di precauzione alto, invece, comporterebbe una diminuzione delle perdite attese da incidente (8), ma un aggravio dei costi di prevenzione (6), di talché la riduzione delle perdite si attesterebbe a sole due unità al cospetto di costi addizionali pari a 3 e non sarebbe giustificata in termini economici”: P. PARDOLESI, *op. cit.*, 135 s.

potenziale danneggiante sosterrà costi di prevenzione maggiori non compensati dal minore danno atteso, mentre se la cura adottata si attesta su di un livello inferiore al parametro legale, il maggior danno atteso sovrasterà il risparmio in oneri di precauzione. In altre parole, il danneggiato potrà considerarsi responsabile solo quando abbia adottato un livello di prevenzione inferiore al livello di diligenza richiesto dalla legge⁷⁰. In questa prospettiva, le corti scelgono lo standard di diligenza del produttore e dei consumatori; entrambi risponderanno esclusivamente in caso di mancato rispetto del *due care*. Il sistema aumenterà il benessere sociale solo quando i giudici fisseranno un giusto livello di precauzioni, ma si dovranno considerare comunque le difficoltà per gli utenti danneggiati di dimostrare la colpa dei produttori nella causazione dell'evento.

5.3 Il terzo regime di responsabilità, muovendo dalla premessa che il comportamento della vittima possa influenzare la frequenza e la gravità degli incidenti, mira a scoraggiare il comportamento opportunistico della potenziale vittima che (in quanto 'protetta' dall'obbligazione risarcitoria a carico dell'autore dell'illecito) potrebbe essere tentata di prendere iniziative oltremodo imprudenti (c.d. azzardo morale) solo perché è consapevole che, qualora le cose dovessero andare male, sarebbe comunque risarcita. Per evitare questo effetto perverso, occorre correggere il regime di responsabilità oggettiva mercé l'introduzione di un temperamento in termini di eventuale concorso di colpa della vittima potenziale. Ecco, allora, che il produttore sarà ritenuto responsabile, a meno che la vittima abbia adottato un comportamento meno diligente di quanto richiesto contribuendo colposamente alla verifica del sinistro. In quest'ultima ipotesi la vittima sopporterà le sue perdite. Le parti, saranno così incentivate entrambe ad esercitare un livello di prevenzione efficiente e se, le

⁷⁰ Ne discende che, se la norma fissa uno standard di diligenza a livello socialmente ottimale, il danneggiante sarà indotto ad esercitare la diligenza richiesta.

Tabella 2

Livello di prevenzione	Costo della prevenzione	Responsabilità	Costo atteso per responsabilità	Costi totali del danneggiante
Nessuno	0	Si	15	15
Medio	3	No	0	3
Alto	6	No	0	6

Nell'esempio numerico prospettato (v. Tabella 2), "se l'*injurer* non adotta alcuna precauzione, l'onere da responsabilità eguaglia i costi sociali totali pari a 15. Se invece il danneggiante adotta il livello medio di prevenzione, non incorre in alcuna responsabilità e i suoi costi complessivi sono corrispondenti ai costi in precauzione. Nell'ipotesi in cui scelga un livello alto di prevenzione, nuovamente il danneggiante non incorrerà in responsabilità, avendo superato il livello richiesto dalla legge, ma i suoi costi totali saranno inutilmente più elevati, ragion per cui sarà indotto a correggere la scelta e optare per un livello medio di prevenzione": P. PARDOLESI, *op. cit.*, 137.

corti avranno scelto un giusto livello di diligenza, i costi sociali attesi degli incidenti saranno minimizzati.

6. Sulla scorta di tali osservazioni, coerente ai canoni dell'efficienza appare il sistema introdotto dal legislatore europeo che disegna un regime di responsabilità oggettiva del produttore, mitigato dal principio del concorso di colpa del danneggiato nella produzione del danno, escludendo qualsiasi risarcimento nel caso in cui il consumatore sia al corrente del difetto e dei rischi connessi all'uso del prodotto e nondimeno ne faccia uso, nonostante il rischio di verificazione dell'evento dannoso⁷¹.

Più in chiaro, si apprezza la fissazione di una responsabilità del fornitore meramente eventuale, ritenendo che, se per un verso la possibilità di far sorgere la responsabilità del fornitore di un prodotto difettoso secondo il modello di responsabilità indipendente dalla colpa (che è proprio della direttiva) faciliterebbe le azioni giudiziarie intentate dal danneggiato, il prezzo di tali agevolazioni sarebbe carissimo, poiché per conseguenza i fornitori sarebbero costretti ad assicurarsi contro tale responsabilità, col risultato di provocare a valle un notevole rincaro sui prezzi dei prodotti⁷².

Così come è guardata con favore la regola che incentiva il produttore a comunicare i rischi connessi all'utilizzo del prodotto. A dispetto di un regime di *strict liability* pura, in cui i consumatori sempre compensati per le loro perdite non siano incentivati ad adottare alcuna precauzione, una regola di *contributory negligence* che mitighi la responsabilità oggettiva dei produttori inducendoli a rivelare i rischi connessi all'utilizzo del loro prodotto in modo chiaro ed inequivocabile al fine di scongiurare la responsabilità se i consumatori non assumono la diligenza richiesta, propizia un miglioramento del sistema in termini efficientistici. Infatti, gli utenti, se dotati di corretta informazione, sono indotti ad assumere un adeguato livello di precauzioni e i produttori, per parte loro, non più indifferenti in merito all'opportunità di rivelare ai loro utenti i rischi connessi all'uso dei prodotti, sono stimolati ad investire in informazioni, avendo persino un incentivo a rivelare anche le informazioni sfavorevoli, ossia i difetti del prodotto, al fine di non assumersi il costo delle precauzioni, che potrebbero di lì innanzi ricadere sui consumatori stessi⁷³.

Recentemente, però, la letteratura gius-economica – interrogandosi sulle fattispecie in cui sia socialmente desiderabile un regime di responsabilità oggettiva da prodotto difettoso attraverso un'analisi di costi e benefici – ha prospettato gli effetti

⁷¹ In tal senso v. COOTER, MATTEI, MONATERI, R. PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*², Bologna, 2006, vol. I - *Fondamenti*, 202 ss.

⁷² Sul punto BITETTO, *Responsabilità oggettiva solo per il produttore*, *Foro it.*, 2006, IV, 317, osserva come si stato valutato negativamente il sistema danese, in cui il fornitore assume le vesti di un garante in solido, che non solo ha gravato il fornitore di una responsabilità che il legislatore comunitario ritiene ingiustificata, ma comporta una moltiplicazione delle chiamate in causa che l'azione diretta, esperibile dal danneggiato contro il produttore, mirava a scongiurare.

⁷³ Per un'incisiva riflessione sulle cennate conclusioni si rinvia a POLINSKY, SHAVEL, *Mandatory versus voluntary disclosure of product risks*, <http://ssrn.com/abstract=939546>.

collaterali negativi sottesi alla scelta di un siffatto regime di responsabilità. A ben vedere, infatti, diversi studi hanno dimostrato che la responsabilità da prodotto come incentivo agli investimenti per la sicurezza del bene possa risultare meno persuasiva delle forze del mercato stesso⁷⁴. Si pensi al settore automobilistico e al crollo delle vendite di determinate autovetture allorquando si sia diffusa la consapevolezza nei consumatori di problemi all'acceleratore o al cambio e, per altri versi, il grosso impatto pubblicitario di garanzie sulla sicurezza del prodotto, laddove intere campagne promozionali automobilistiche siano disegnate a mostrare quanto quel determinato modello di autoveicolo garantisca anche in caso di incidenti l'incolumità a conducente e trasportati⁷⁵.

Il rapporto tra la diminuzione delle vendite del prodotto e la sicurezza del bene dipendono dall'informazione e dalla percezione che i consumatori stessi hanno sulla sicurezza di quel prodotto e per i prodotti di largo consumo come farmaci o autoveicoli un ruolo importante va attribuito all'informazione dei media e *social network* che consentono ai clienti di esprimere opinioni sulle reali garanzie offerte dai beni acquistati. A ciò si aggiunga che in molti casi la sicurezza dei prodotti è influenzata dall'ordinamento⁷⁶.

Il beneficio di un prezzo del prodotto che rifletta il rischio della pericolosità nell'utilizzo del bene verrebbe sminuito a causa dell'eccessivo costo delle liti giudiziarie e da uno sproporzionato riconoscimento del risarcimento del danno soprattutto quando ci si trovi di fronte ad incidenti che coinvolgono più persone. Infine, il pagamento di un risarcimento del danno eccessivo causerebbe uno smisurato ricorso all'acquisto di assicurazione anche per danni che normalmente i produttori non dovrebbero risarcire controbilanciando i benefici effetti compensatori delle vittime.

Questo, in buona sostanza, il caso contro la oggettivazione della *products liability*, svolto in prevalenza su quel versante di EAL che ne aveva in precedenza sostenuto il decollo⁷⁷. Nondimeno, appare giocoforza porre l'accento sulle 'risposte' (di segno opposto) alle critiche *supra* cennate. Innanzitutto, si è evidenziato che ritenere la responsabilità oggettiva inadeguata come incentivo sulla sicurezza rispetto alle forze del mercato e alle leggi amministrative imposte sulla sicurezza dei prodotti significa

⁷⁴ POLINSKY, SHAVELL, *The Uneasy Case for Product Liability*, 123 *Harv. L. Rev.* 1437 (2010).

⁷⁵ ANDREWS, *Managing the environment, managing ourselves: A history of American environmental policy*, Yale University Press, 2006, 214.

⁷⁶ Più in generale si veda: BREYER, *Regulation and its reform*, Cambridge, 1982; C. R. SUSTEIN, *Risk and reason: safety, law and the environment*, New York, 2002; VISCUSI, VERNON, HARRINGTON, *Economics of regulation and antitrust*⁴, Cambridge, London, 2005, 789 ss.

⁷⁷ A tale proposito, desta non poco stupore il fatto che a denunciare i guasti individuabili nelle pieghe della soluzione di *strict liability* sia proprio quel Mitchell Polinsky che (nel suo celebre lavoro *Una introduzione all'analisi economica del diritto*², trad. it. a cura di R. PARDOLESI, Roma, 1992, 125 ss.) ne aveva lodato con vigore le virtù osservando come tale opzione fosse avvalorata dall'incapacità del consumatore, afflitto da evidente asimmetria informativa (che non vale, invece, per il produttore, perfettamente consapevole dei costi sociali effettivi causati dalla commercializzazione del suo prodotto), di calcolare il vero onere legato all'uso della bottiglia di soda (piuttosto della più sicura lattina).

affermare che nessuna regola di responsabilità civile possa giocare un ruolo sugli investimenti dei produttori (in vero si è contestato come le considerazioni critiche in oggetto muovano dall'analisi di particolari settori produttivi come quello automobilistico, farmaceutico e della produzione di aeroplani)⁷⁸.

In secondo luogo si è ritenuto inverosimile assumere che le norme amministrative, il sistema di responsabilità civile e le informazioni che i fabbricanti rilasciano al pubblico non interagiscono tra loro finendo per condizionarsi vicendevolmente.

Si è così affermato, per converso, come l'intervento di strumenti regolatori non estrometta il valore (in termini di implementazione della sicurezza dei prodotti) di un sistema oggettivo di responsabilità civile: "even if one were to grant that tort law offers no incremental deterrent effect, this concession provides no grounds for the ultimate conclusion of Uneasy. Rather it provides an argument against redundant incentivizing. This is just as much an argument for dismantling the regulatory regime governing product safety as it is an argument for getting rid of tort law"⁷⁹. In altre parole, se la sicurezza aerea va incrementata attraverso disposizioni normative in ragione dell'importanza del comparto, questo non dovrebbe escludere la possibilità, per un consumatore danneggiato dall'esplosione del suo tostapane di essere risarcito del danno patito⁸⁰. D'altro canto, bisognerebbe porre l'accento su un risarcimento del danno commisurato, soprattutto nelle ipotesi di *design defects* e *duty to warn*, alle concrete possibilità di intervento sulla venuta al mondo del difetto da parte del fabbricante⁸¹.

⁷⁸ GRAHAM, *Product Liability and Motor Vehicle Safety*, in *The liability maze: the impact of liability law on safety and innovation* 120 (Peter W. Huber & Robert E. Litan eds.), 1991.

⁷⁹ Così GOLDBERG, ZIPURSKY, *The easy case for products liability law: a response to professors Polinsky and Shavell*, 123 *Harv. L. Rev.* 1919 (2010), 1931. La 'piccata' risposta a tale osservazione critica non si è fatta attendere troppo a lungo: "We observe that their evaluation of these studies is incomplete, reflects questionable judgments about the interpretation of empirical work, and contains errors. Significantly, Goldberg and Zipursky do not cite any study demonstrating that product liability has led to decrease in product accident rates. In the end, we see no reason to modify our conclusion that the safety benefit of product liability is incremental and that it is often small, especially for widely sold products for which market forces and regulation are strong". Più in chiaro, sebbene sia indubbiamente vero che "product liability would add more to product safety if there were no regulation. However, as we suggested in our article, if one wanted to determine how much product liability would encourage product safety were regulation different from that today, a more appropriate investigation would involve consideration of improved or optimal regulation as a benchmark, not no regulation. Furthermore, if regulation could be modified in a desirable way, it is not clear that regulation would be less strong than it is currently. One might believe that regulation should be strengthened to offset its reduced effectiveness due to imperfections of the political process, including the capture of regulatory agencies. Thus, were we to evaluate the role of product liability relative to a different and better regulatory regime, it is plausible that product liability would have a less important role in promoting product safety than we found in our article" (v. POLINSKY, SHAVELL, *A skeptical attitude about product liability is justified: a replay to professor Goldberg and Zipursky*, disponibile su <http://ssrn.com/abstract=1689272>).

⁸⁰ OWEN, *Products liability law*, § 10.2, at 627-28 (2005).

⁸¹ Così, GOLDBERG, ZIPURSKY, *op. cit.*, *passim*.

Sicché, a mo' di conclusione, vien fatto di constatare che – sebbene la partita sia ancora ampiamente aperta (e in mancanza della sfera di cristallo) – solo gli sviluppi futuri potranno delineare la soluzione più efficace. Attualmente, però, è interessante osservare come – attraverso le ricognizioni in chiave di analisi economica del diritto – sia possibile affermare che un sistema ben congegnato di responsabilità del produttore dovrebbe consentire alla parte che può sopportare al minor costo la prevenzione dei rischi (ossia al produttore) di investire in termini di sicurezza, garantendo al consumatore (che può e deve essere coinvolto nella creazione di un maggiore benessere sociale escludendo la risarcibilità dei danni che egli stesso avrebbe potuto evitare nella misura in cui il produttore abbia adempiuto ad un preciso obbligo di comunicazione di usi vietati e non subdolamente sconsigliati del bene) un ristoro per eventuali pregiudizi patiti a causa di eventuali difetti del prodotto (concernenti la fabbricazione del singolo esemplare e non errori di progettazione o di informazione sulle modalità di utilizzazione del bene).

Markets in Financial Instruments Directive (MiFID): trasparenza ed adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento

di Irene Coppola*

SOMMARIO: 1. MiFID 1 e MiFID 2, garanzia di trasparenza. – 2. L'adeguatezza: tra principio ed istituto in raccordo con la finanza comportamentale. – 3. Il procedimento di formazione del contratto di investimento adeguato. Obblighi di buona fede e correttezza, dal diritto civile al diritto bancario e dei mercati finanziari. – 4. La motivazione, la consulenza su base indipendente e la responsabilità dell'intermediario finanziario. – 5. Conclusioni.

1. Il Parlamento Europeo, il 21 aprile 2004, approva la Direttiva *MiFID Markets in Financial Instruments Directive* del 2004/39 CE per aumentare la tutela dell'investitore e garantire, tra l'altro, massima trasparenza tramite informative obbligatorie al cliente accompagnate da valutazioni sulle operazioni finanziate.

La Direttiva costituisce un passo importante verso la costruzione di un mercato finanziario integrato, efficace e competitivo all'interno dell'Unione Europea (UE) – inquadrata nel più ampio Piano di Azione per i Servizi Finanziari (FSAP 1999) – in Italia applicata nel 2007, con legge n. 13 e con il D. Lgs. n° 164/2007.

Con la MiFID 1, in sostanza, si tende ai seguenti obiettivi: a) la tutela degli investitori, differenziata a seconda del diverso grado di esperienza finanziaria; l'integrità dei mercati; b) il rafforzamento dei meccanismi concorrenziali, con l'abolizione dell'obbligo di concentrazione degli scambi sui mercati regolamentati; c) l'efficienza dei mercati finalizzata anche a ridurre il costo dei servizi offerti; d) il miglioramento dei sistemi di *governance* delle imprese di investimento ed una migliore gestione dei conflitti di interesse.

La MiFID impone alle imprese di investimento di operare una classificazione della propria clientela ai fini di modulare gli obblighi informativi da assolvere e le tutele da garantire.

Non a caso la distinzione in cliente al dettaglio (*o retail*), cliente professionale e controparte qualificata, è di fondamentale importanza perché funzionale all'individuazione degli obblighi informativi da adempiere.

* Professore a contratto Università degli Studi di Napoli Federico II.

Di certo, a prescindere dalla categoria di appartenenza, il cliente ha sempre diritto ad informazioni sufficienti ad effettuare scelte di investimento consapevoli, oneste, chiare e non fuorvianti: la trasparenza e la tutela del risparmiatore consumatore sono l'esigenza primaria delle nuove disposizioni.

Non si possono evitare, pertanto, obblighi informativi nei confronti di tutte le categorie di clienti circa: la classificazione assegnata; gli eventuali conflitti di interessi; le commissioni pagate ai terzi; la descrizione degli strumenti finanziari; la *execution policy*; le informazioni sulle perdite.

Al consumatore al dettaglio, inoltre, vanno comunicate le politiche e le misure per la protezione clienti, la valutazione degli strumenti di portafoglio ed i costi commessi ai servizi forniti.

Di recente, il 15 aprile 2014, Il Parlamento Europeo approva la MiFID 2¹ – proposta di abrogazione della MiFID (1) – volta a rafforzare la protezione degli investitori.

Il nuovo intervento del legislatore europeo persegue l'obiettivo di migliorare il funzionamento dei mercati e del sistema finanziario, accrescendone la sicurezza, la trasparenza e la responsabilità, con un incremento del grado di fiducia degli investitori grazie ad un più elevato standard di protezione; introduce nuove norme relative ai requisiti organizzativi degli intermediari e delle imprese di investimento ed alla *governance* dei prodotti finanziari; sottolinea la vigilanza sul settore della consulenza; implementa gli orientamenti dell'Esma sull'adeguatezza nel servizio di consulenza; avvia l'Albo dei consulenti finanziari con requisiti di professionalità e formazione ad hoc; esprime l'adeguatezza dell'informazioni e dell'investimento in forma continuativa; afferma la consulenza indipendente con una gamma di prodotti selezionati più facilmente distribuibili.

Con la MiFID 2 si apre, altresì, un vigoroso intervento sulla *product governance*: le società che costruiscono e quelle che distribuiscono i prodotti d'investimento saranno tenute a una specie di preselezione e di segmentazione per tipo di clientela, al fine di non consentire, a titolo di esemplificazione, l'offerta di uno strumento troppo complesso o rischioso per investitori privati.

Brevissimamente, va ricordato che la MiFID 2 è un processo di ristrutturazione normativo in attesa di una definizione di programma e di un momento applicativo e, tra le novità più rilevanti, tra l'altro, si evidenziano, altresì, i freni alle negoziazioni iperspeculative, alle speculazioni sui derivati su materie prime e l'affermazione della consulenza di alta specializzazione nel processo di investimento: la consulenza su base indipendente, slegata da vincoli economici dalle società che immettono sul mercato prodotti finanziari².

¹ MiFID 2, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 12 giugno 2014.

*15 aprile 2014 P7_TA-PROV(2014)0386 Mercati degli strumenti finanziari e abrogazione della direttiva 2004/39/CE ***I (A7-0306/2012 – Relatore: Markus Ferber) Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 aprile 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari che abroga la direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (rifiusione) (COM(2011)0656 – C7-0382/2011 – 2011/0298(COD)).

² G. BONANTE e M. GALLICCHIA, *MiFID 2 e MIFIR, Recenti Sviluppi*, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, 2014 in *Diritto Bancario*. it.

2. Tema centrale dell'impianto della *Markets in Financial Instruments Directive*, tra l'altro, è quello dell'adeguatezza del negozio di investimento che, nella geometria dei rapporti contrattuali, è ispirato a vere e proprie regole di finanza comportamentale.

La finanza comportamentale studia il comportamento concretamente più corretto che l'impresa bancaria o, in genere, l'intermediario finanziario, deve tenere, osservare, eseguire ed applicare nella dialettica dei rapporti negoziali di investimento, per evitare le asimmetrie delle posizioni contrattuali.

Trattasi di una sorta di disciplina che impone all'operatore la valutazione dell'incidenza della componente psicologica, emotiva e cognitiva sulle scelte del consumatore/risparmiatore, in ordine alle operazioni di investimento.

L'intermediario finanziario deve proporre operazioni e vendere prodotti adeguati all'investitore, alle sue esigenze, alla sua posizione economica, alle sua capacità e volontà di rischio, consentendogli di effettuare una scelta assolutamente serena e convinta.

L'investitore va studiato nell'atteggiamento, nella sua attività lavorativa, nelle esigenze che esprime nel sociale, nel quotidiano e nelle aspettative che nutre.

La finanza comportamentale trova ragione di essere oggi più che mai, in un momento delicatissimo di crisi e di tutela del contraente debole, stante la necessità di dare un'impronta gestionale degli investimenti e delle operazioni bancarie governate da trasparenza, buone fede e correttezza.

Il rapporto consulente/cliente è decisamente delicato e molto più sofisticato di quanto si sia indotti a pensare: l'intermediario finanziario non deve avere soltanto conoscenze tecniche di finanza, ma deve cercare di capire e carpire i bisogni e le esigenze del cliente in merito alle diverse opzioni di investimento, senza mai sottovalutare che spesso, in concreto, vi sono motivazioni del tutto irrazionali a spingere il consumatore /risparmiatore verso scelte singolari.

La finanza comportamentale interviene nel rapporto personale prima ancora che nel rapporto professionale banca-cliente³, attraverso una descrizione completa, adeguata e dettagliata dell'operazione a farsi.

Il principio di adeguatezza è sicuramente un principio moderno, sorto nell'ambito del diritto bancario e finanziario, ispirato, negli ultimi anni, a regole non scritte di finanza comportamentale.

Dai principi, ovvero da una normazione di principi ad una normazione di concetti, l'adeguatezza assurge a dignità di istituto del diritto bancario e finanziario, atteso che gode di una sua autonomia normativa.

Dall'art. 19 MiFID (1) e dalla proposta MiFID 2, si osserva che il principio di adeguatezza trova espressione nel procedimento di investimento che lega il consumatore/risparmiatore all'impresa o all'intermediario finanziario.

³ P. LEGRENZI, *Psicologia e investimenti finanziari. Come la Finanza Comportamentale aiuta a capire le scelte dell'investimento*. Collana Mondo Economico. del Sole 24 Ore, 2006, 125 ss.

Il concetto di adeguatezza, contiene, però, qualcosa di più della trasparenza stessa.

L'impresa deve: a) agire in modo onesto, equo e professionale per servire gli interessi del cliente/consumatore; b) informare il consumatore in modo chiaro e corretto, senza alcuna indicazione che possa essere minimamente fuorviante o inesatta; c) offrire servizi finanziari che tengano ben conto della situazione patrimoniale attuale dell'investitore e della sua consapevolezza in materia; d) non escludere, comunque, la prospettazione della ricaduta dell'investimento sul futuro patrimoniale del cliente.

Il tutto secondo il generale principio di trasparenza.

Pur tuttavia il principio di adeguatezza presenta un *quid pluris* che lo caratterizza: non solo l'operazione deve essere trasparente in tutte le sue declinazioni, ma deve essere anche e soprattutto "garantita" da una valutazione di congruità tra l'esigenza (*latu sensu*) del consumatore e l'investimento optato.

In altri termini, deve verificarsi esattamente la seguente equazione: l'investimento sta al consumatore come il consumatore sta all'investimento.

La MiFID, però, non esplicita il concetto di adeguatezza.

Il legislatore europeo evita qualsivoglia precisazione in ordine al perimetro del concetto di adeguatezza e, più precisamente, al carattere valutativo dello stesso.

A tal proposito, non può non evidenziarsi, che il giudizio di adeguatezza andrebbe interpretato con riferimento non solo alla situazione patrimoniale dell'investitore/consumatore (elemento oggettivo), ma anche e soprattutto in funzione della convenienza e della soddisfazione di interessi economici del cliente (elemento soggettivo).

Inteso in tal senso, dunque, il concetto di adeguatezza si accosta anche a quello di ragionevolezza e buon senso, elementi imprescindibili nell'acquisto di prodotti bancari e finanziari.

È adeguato anche il prodotto meritevole di acquisto; il concetto di meritevolezza non può essere estraneo al diritto finanziario e bancario per realizzare processi virtuosi nell'ambito dei contratti di investimento.

Il prodotto finanziario, ergo, è adeguato se meritevole di acquisto.

A ben ragione, per adeguatezza, in senso tecnico bancario/finanziario, potrebbe anche intendersi "proporzionalità" o "fattibilità", nel senso che l'impresa deve valutare l'intero portafoglio dell'investitore per esprimere la relativa valutazione in considerazione della proporzione dell'operazione raccomandata. Tale ultimo profilo è stato ben messo in rilievo dalla giurisprudenza sul cd. risparmio tradito⁴ che ha

⁴ L. ZITIELLO, *La Giurisprudenza sul cosiddetto "risparmio tradito"*, Ita, 2005, 350 e ss.

Il Trib. di Ferrara, nel febbraio 2005, ha condannato due istituti bancari alla restituzione delle somme impiegate da piccoli investitori per l'acquisto di obbligazioni Parmalat, Cirio e Del Monte dichiarando la nullità dei contratti di vendita per la violazione da parte degli operatori abilitati dei doveri specifici di comportamento loro imposti dalla normativa di settore. I giudici di Ferrara muovono dalla considerazione del carattere imperativo delle norme poste a tutela del risparmio, definito quale *bene di sicuro rilievo costituzionale*. In tal senso e conformi all'indirizzo della giurisprudenza ferrarese: Trib. Mantova 18/03/2004, Trib.

portato alla declaratoria di nullità di contratti stipulati in dispregio di principi ad trasparenza ed adeguatezza.

Adeguatezza è sicuramente un giudizio relativo e non assoluto, concreto e non astratto: tutti i concetti giuridici sono mutevoli, come ogni idea che serva all'uomo per regolare la sua condotta ed i suoi rapporti con gli altri: "credere nell'immutabilità dei concetti giuridici... è un'idea totalmente immatura che testimonia un'assenza completa di spirito critico nello studio della storia"⁵.

L'adeguatezza è un'esigenza giuridica e civile, prima ancora che giuridica e/o economica e non è funzionale solo ed unicamente al momento dell'investimento, ma a tutta la durata temporale dell'intera operazione finanziaria, nella previsione di un rischio controllato, con riferimento alla scadenza del prodotto e del negozio, altrimenti si avrebbe una valutazione parziale e non corrispondente allo spirito della direttiva europea.

Di certo è un concetto elastico che muta in ragione del tipo di consumatore ed è valutabile, di volta in volta, in concreto, con aderenza al caso specifico: essa governa il processo di investimento prima, durante e dopo e va sempre analizzata nel suo divenire con una relazione *ad hoc sul modus procedendi* dell'operazione bancaria e finanziaria.

3. La MiFID, come già il TUF ed il Regolamento Consob⁶, introduce, una disciplina di settore con un microsistema ed un vero e proprio "sub procedimento di investimento" – con la tecnica della procedimentalizzazione – che richiama il procedimento di formazione del contratto del diritto comune⁷.

Difatti, a caratterizzare il processo di investimento MiFID (1), vi sono tre fattispecie (fattispecie di adeguatezza, fattispecie di appropriatezza, fattispecie di mere disposizioni) che si innestano in un procedimento di formazione del con-

Firenze 30/05/2004, Trib. Mantova 12/11/2004, Trib. Venezia 22/11/2004, Trib. Milano 31/01/2005, Trib. Firenze 18/02/2005, Trib. Genova 18/04/2005 e Trib. Genova 22/04/2005. Notissime, sul punto, le sentenze n. 26724 e 26725 delle Sezioni Unite del 2007 (le c.d. "sentenze gemelle" sull'intermediazione finanziaria o sentenze "Rordorf" dal nome dell'estensore).

⁵ R. VON JERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, IV ed. Leipzig, 1988, 314. "An die Unveränderlichkeit der römischen Rechtsbegriffe zu glauben ist eine völlig unreife Vorstellung, die von einem ganzlich unkritischen Studium der Geschichte zeugt".

⁶ TUF e Regolamento Consob cit.

⁷ C. M. BIANCA, *Diritto Civile 3*, Milano 2013, 206-272; sul procedimento come modello di teoria generale, si veda E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 819 ss., secondo il quale il procedimento si presenta come "una determinata sequenza di "norme" nonché degli "atti" da esse disciplinati e delle "posizioni soggettive" da esse estraibili, in vista del – e compreso il – compimento di un atto finale. Il tema del procedimento giuridico di diritto privato è stato approfondito soprattutto da S. ROMANO: si veda, in particolare, S. ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, *passim*; sul tema si veda altresì N. DI PRISCO, *Procedimento (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 845 ss.

A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 8.

tratto caratterizzato da: a) fase preparatoria, b), fase di stipula, c) fase dell'esecuzione.

La stessa tecnica potrebbe ravvisarsi anche in un'altra disciplina di settore che è quella di diritto fallimentare laddove, con la legge 14 maggio 2005 n. 80, modificata con D.Lgs 12 settembre 2007 n. 169. all'art. 67 bis si è configurato il piano di risanamento, anch'esso espressione di un *sub* procedimento di formazione di un contratto che muove, sostanzialmente, da un accordo di moratoria fino alla conclusione di una convenzione bancaria, adottando la tecnica di procedimentalizzazione del diritto civile.

Ritornando al tema in esame, nella prima fase del procedimento di formazione del contratto di investimento (fase preparatoria), come anticipato, si distinguono tre fattispecie: fattispecie di adeguatezza, fattispecie di appropriatezza, fattispecie di mere disposizioni.

Anche qui, come nel diritto fallimentare⁸, l'impresa bancaria procede, nella prassi, con modelli *standards* di chiara matrice anglosassone che, spesso, mal si conciliano con la necessità di conoscere le esigenze del singolo che ben potrebbero essere del tutto slegate dai rigidi modelli prestampati.

Occorrerebbe procedere a verifiche in concreto stilate al momento, senza moduli prestampati, con domande ulteriori rispetto al pacchetto confezionato ed in perfetto adeguamento alla reale condizione culturale del cliente.

Con una sorta di test, l'intermediario finanziario/impresa bancaria pone al cliente/consumatore alcune domande (cd. intervista) per tracciarne il profilo, fissarne un segmento di protezione e comprendere l'investimento più adeguato alla propria clientela.

In altri termini, l'intermediario, in servizio di consulenza finanziaria, fa una vera e propria intervista al consumatore per verificare gli obiettivi di investimento del cliente e l'adeguatezza alle sue risorse patrimoniali⁹.

Spetta all'intermediario raccogliere tutte le informazioni necessarie per comprendere se le conoscenze e le esperienze del cliente risultino sufficienti per una corretta valutazione delle varie operazioni e dei rischi connessi, anche con più consulenze informative ogni qualvolta si dovesse profilare la necessità di un nuovo investimento.

⁸ Vedi i fac-simile "dell'accordo di moratoria".

⁹ A tal proposito va ricordato MARKOWITZ in *Portfolio selection: efficient diversification of investments*, New York, J. Wiley & Sons, 1959, secondo cui l'investitore sceglie tra il rendimento atteso – variabile positiva da massimizzare – (l'investitore non è mai sazio) ed il rischio – variabile negativa da minimizzare (l'investitore è avverso al rischio) Si veda P.A. CUCHURACHI, *La regola dell'adeguatezza*, in Collana di Studi Giuridici (Università degli Studi di Verona, Dipartimento di Diritto dell'Economia) *La Nuova Disciplina Degli Intermediari dopo le Direttive MiFID, prime valutazioni e tendenze applicative* (Assetti organizzativi. Regola di Condotta. Consulenza in materia di investimenti. Un confronto tra giuristi ed economisti, a cura di M. DE MARI, 2009, Padova, 107.

Le domande rivolte al cliente hanno ad oggetto gli obiettivi dell'investimento, il periodo temporale dello stesso, la propensione al rischio ed il profilo di rischio, la situazione finanziaria, la consistenza del reddito, il patrimonio, il portafoglio, i debiti, i crediti, la conoscenza o l'esperienza nell'ambito dei prodotti di finanziari, la frequenza delle operazioni finanziarie, il livello di istruzione e di occupazione.

Se l'intermediario non ottiene informazioni non può effettuare raccomandazioni.

Il primo problema deriva dal fatto che il test di adeguatezza, come già brevemente espresso, non è strettamente personalizzato, ma anzi, di solito, nella pratica attuazione della fattispecie, viene fatto in forma standardizzata, su di un modello prestampato, prescindendo da informazioni capillari, dettagliate e personali, a seconda del tipo di cliente.

In altri termini, il cliente/consumatore corre il pericolo di acquistare un abito di tipo industriale che lo veste in modo grossolano ed approssimativo e non un vestito sartoriale, a misura, tagliato in modo impeccabile e, praticamente, cucito addosso.

Tale circostanza comporta difficoltà perché l'intervista viene formulata per l'uomo medio, criterio non sempre vincente, che porta a trascurare sfumature, dettagli o informazioni personali che, il più delle volte, costituiscono elemento centrale e/o condizionante l'intero percorso di formazione della volontà negoziale, nel processo di investimento e di acquisto di prodotti bancari e finanziari.

Non è remota, difatti, l'ipotesi in cui potrebbero essere necessarie altre informazioni, altre conoscenze, altri particolari, ai fini di un'esatta valutazione dell'adeguatezza, mentre l'impresa o l'intermediario restano fermi nel rigido schema standard, basato sul criterio mediano e non sempre rispondente alla caratteristiche di necessaria diversificazione del singolo consumatore.

Il rischio di un'intervista ingessata è sempre più frequente con la naturale conseguenza di una scarsa adeguatezza dell'operazione.

Più si diversifica l'intervista, maggiore sarà la certezza di successo dell'operazione, perché tra possibilità, probabilità e certezza, in rapporti economici così estremamente delicati, non si può non tendere alla certezza.

Il test di appropriatezza è previsto, invece, per tutti gli altri servizi di investimento e verte su prodotti complessi (opzioni, contratti finanziari per differenza, obbligazioni convertibili, *futures*, *swaps*, derivati in genere).

In questo caso i criteri per la valutazione di investimento appropriato sono le informazioni e le esperienze di cui il cliente dispone riguardo allo specifico prodotto finanziario, al livello generale di cultura finanziaria posseduta ed alla capacità di rischio.

Consegue che, con la fattispecie dell'appropriatezza dell'investimento (per altri servizi che non siano di consulenza e gestione patrimoniale), dall'intervista devono emergere esperienza e conoscenza del cliente

L'adeguatezza è il *genus*; l'appropriatezza la *species*.

In definitiva la verifica di adeguatezza deve consentire di valutare se l'operazione sia " di natura tale per cui il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare qualsiasi rischio connesso all'investimento, compatibilmente con i suoi obiettivi"¹⁰.

" La valutazione di appropriatezza consiste in un concreto asseveramento della conoscenza e dell'esperienza del cliente che richiede l'effettuazione di un'operazione, al fine di garantire che il cliente stesso sia in grado di comprendere i rischi che lo strumento finanziario o il servizio di investimento richiesto comporta"¹¹.

L'adeguatezza presuppone un'indagine più ampia; l'appropriatezza presuppone un'indagine più ristretta e speciosa con presupposti diversi, ma in entrambi i casi la valutazione va fatta in concreto ed ex ante.

Con la mere disposizioni, *execution only*, invece, l'impresa riceve dal cliente/consumatore l'ordine di acquisto di un determinato prodotto finanziario: l'investitore si rivolge ad uno sportello bancario e chiede che venga eseguito una transazione; in questo caso l'intervista è pari allo zero, ma l'intermediario deve garantire comunque il miglior risultato possibile per il cliente e non può prescindere dall'esame della palese inadeguatezza di quanto richiesto.

La *execution only* può riguardare solo strumenti finanziari non complessi e va richiesta, come innanzi detto, espressamente dal cliente.

La giurisprudenza¹² ha comunque affermato che l'obbligo dell'intermediario di fornire informazioni in relazione alla specifica rischiosità dell'operazione, sussiste in relazione a tutti i servizi di investimento, ivi compreso quello di semplice ricezione e trasmissione dati (*execution only*) e che l'intermediario non è esente da responsabilità quando avrebbe potuto e dovuto attivarsi per evitare i danni.

Non va sottovalutato, inoltre, che all'interno dell'impresa d'investimento è prevista l'istituzione della funzione di *compliance*, dedicata anche al controllo degli adempimenti degli obblighi di correttezza e trasparenza.

Tale funzione deve essere indipendente, disporre di risorse e strutture adeguate e deve avere accesso a tutte le attività dell'intermediario.

Ritornando al procedimento di investimento, dunque, conclusa la fase preparatoria con la valutazione della congruità dell'operazione, si passa alla fase della stipula del contratto per poi procedere a quella successiva dell'esecuzione, con l'aggiunta, però, di un ulteriore momento temporale, specifico di questa disciplina di settore.

Difatti, invece di tre fasi –come nel diritto comune– nel procedimento di formazione del contratto bancario di investimento in prodotti finanziari, attesa la particolarità del rischio e del risparmio come valore di interesse pubblico an-

¹⁰ D. SPREAFICO e D. PENNATI, *La MiFID in ITALIA, La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*. L'attuazione della direttiva n. 2004/39. Il D.Lgs. n. 164/2007, I Regolamenti Consob e Banca D'Italia di Attuazione, Il C.D. Terzo Livello (a cura di L. ZITIELLO), Ita Edizioni, 2009, 364.

¹¹ D. SPREAFICO e D. PENNATI, op. cit., 354.

¹² Corte d'Appello di Milano, 15.04. 2009 n. 2451, inedita.

drebbero configurate quattro fasi: a) incontro e contatto tra consumatore ed intermediario finanziario (a richiesta del consumatore o su iniziativa dell'intermediario finanziario, obblighi informativi, verifica dell'adeguatezza/ appropriatezza o mere disposizioni del cliente); b) conclusione del contratto; c) esecuzione e rendicontazione periodica; d) scadenza del contratto di investimento con effetti connessi e fase restitutoria, in ottemperanza a tutti gli obblighi assunti.

La trasparenza, le informazioni, la chiarezza, l'adeguatezza dei prodotti equivalgono agli istituti di buona fede, correttezza, a scambio di documenti ed informazioni, prima di stipulare un contratto nell'ambito del diritto civile (artt. 1337 cc e 1338 cc).

Il legislatore italiano degli anni '40, in vero, aveva già lucidamente predisposto un meccanismo di tutela con l'introduzione di obblighi di buona fede e correttezza nelle trattative negoziali (obblighi che non incidono solo sul momento precontrattuale, ma anche su quello contrattuale e *post* contrattuale); il legislatore europeo, invece, solo negli anni 2004 e 2014, è più stringente nella tutela del consumatore/risparmiatore– nei rapporti con banca ed intermediario finanziario– durante il delicatissimo momento di acquisto di strumenti e prodotti finanziari.

La trasparenza, nel senso inteso, deve declinarsi come disciplina generale nell'ambito di tutte le contrattazioni in sede di diritto degli affari.

L'art. 1175 cc integra e precisa anche le altre disposizioni codicistiche, creando un obbligo *ex lege*; i principi generali di buona fede e correttezza vincolano i soggetti prima della stipula di un contratto ed estendono i loro effetti anche dopo la conclusione dello stesso e durante la sua esecuzione, per cui la loro violazione determina sempre responsabilità¹³.

Il punto è sapere interpretare, in concreto, il momento applicativo della fattispecie.

La correttezza non è concetto vuoto, ma organo respiratore di un sistema che non è più soltanto diritto interno; trattasi di un dovere giuridico autonomo, di regola di comportamento che incide e rileva prima nei rapporti sociali e, poi, in quelli giuridici ed economici.

Per Jhering esiste una vera e propria obbligazione di *diligentia in contrahendo*, individuabile in tutte le forme di negoziazione, a maggior ragione sussistente nell'ambito di quelle finanziarie e bancarie.

L'art. 1175 c.c. da precetto morale e privo di sanzione, va interpretato ed applicato come norma precettiva, specificativa del principio di solidarietà Costitu-

¹³ F. FORTE e M.S. FORTE, *Regole di correttezza e buona fede durante le trattative: natura della responsabilità precontrattuale*, in *Corriere Giuridico speciale* n. 2/2013, 9 ss. Le posizioni soggettive possono essere lese anche con condotte che assumono in alcuni contesti anche rilievo penale (truffa) per cui non vi è solo violazione di obblighi ma anche di doveri vincolati per tutti ed imposti anche nell'interesse pubblico. Obblighi di buona fede e correttezza: artt. 1586 cc (avviso), art. 1663 cc, (appalto) artt. 1686, 1690 cc (trasporto), art. 1710 cc (mandato), art. 1913 cc (assicurazione), art. 1746 cc (agenzia), art. 1759 (mediazione), L. 6 maggio 2004 n. 129 art. 6 (franchising).

zionale (art. 2 Costituzione)¹⁴ ed anzi veicolo di solidarietà nei rapporti contrattuali¹⁵ che vincola le parti.

La correttezza e la buona fede sono regole di reciproca lealtà di condotta che governa tutte le fasi contrattuali.

La buona fede, la correttezza, la trasparenza l'informazione, l'adeguatezza delle pattuizioni, costituiscono contenuto integrativo dell'assetto contrattuale e la violazione dà luogo a vera e propria responsabilità ex art. 1218 cc.

4. Un profilo di indiscussa delicatezza è quello della motivazione perché ci consente di controllare il percorso logico e tecnico volto alla realizzazione della trasparenza bancaria e finanziaria.

Il legislatore europeo del 2004, con la *Markets in Financial Instruments Directive*, non menziona un obbligo di motivazione per l'intermediario finanziario nel mentre sta suggerendo al consumatore— *rectius*: raccomanda— l'acquisto di un prodotto piuttosto che di un altro, attraverso il filtro dell'adeguatezza.

L'assenza di motivazione vizia gravemente il sub-procedimento di formazione negoziale, non consentendo nessun controllo sulla formazione del giudizio di valutazione dell'operatore (parte contrattuale forte): la scelta di proporre un prodotto finanziario non può non essere motivata in modo puntuale ed analitico.

La motivazione è elemento indefettibile e funzionale alla ricostruzione dell'iter logico e tecnico seguito dal consulente ed è necessaria per la individuazione di eventuali responsabilità.

L'assenza della previsione di un obbligo di motivazione, rende decisamente difficile, se non impossibile, il controllo sulla correttezza e sulla trasparenza dell'investimento, svuotando la normativa di effettivo contenuto sostanziale.

La mancanza di una esplicitazione della *voluntas* e la conseguente totale rimessione alla discrezionalità dell'intermediario finanziario nell'individuazione del giusto investimento, rappresenta— senza dubbio— un profilo di palese contraddittorietà all'interno della normazione che invita gli studiosi di diritto bancario e finanziario a riflettere in ordine ad un ulteriore intervento del legislatore sul punto.

Non a caso, infatti, con la MiFID 2¹⁶ si è avuta un'apertura, sia pure sensibilmente lacunosa, sulla tematica della motivazione quando si legge “che le imprese di investimento sono tenute a spiegare ai loro clienti i motivi della consulenza loro fornita”.

Introdotta il correttivo, si evidenzia, però, che trattasi di opportunità e non di obbligo, trattasi di motivi e non di motivazione in senso stretto.

¹⁴ V. CARBONE, *Comportamento secondo correttezza*, in Comm. del Cod. Civ. diretto da Gabrielli, Torino 2012, 76 ss.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano 1965, 162 ss.

¹⁶ Si veda l'art. 72 MiFID 2.

I motivi hanno una valenza interiore, sono elementi legati alla psicologia dell'approccio all'investimento X, piuttosto che all'investimento Y; la motivazione, invece, rappresenta una spiegazione logica, tecnica, economica, giuridica, sociale, nella individuazione di una scelta; essa rappresenta la spiegazione che giustifica un'operazione finanziaria e presuppone un *iter* controllato e controllabile.

Solo con una motivazione scritta, non meramente di stile, ma sostanziale, è possibile individuare il processo logico che ha indotto l'impresa di intermediazione finanziaria ad una scelta adeguata e compatibile con il risparmiatore, nonché l'elemento soggettivo del processo negoziale, (dolo o colpa) ai fini della configurabilità di una eventuale responsabilità dell'operatore.

Ed anche la motivazione dovrà essere adeguata; è qui appena il caso di rilevare che l'elemento dell'adeguatezza, come componente caratterizzante e dovuto in sede di motivazione, è stato introdotto con l'art. 2497 *ter* cod. civile, oggetto, oggi, di ampi dibattiti ed interessanti riflessioni in ambito di diritto commerciale.

Altro profilo di notevole interesse è quello relativo alla fattispecie della consulenza, tema importante della MiFID 2, oggetto di attenti studi nei prossimi tempi, all'esito del percorso di applicazione della proposta.

La MiFID 2, difatti, introduce all'art. 73, in aggiunta ai meccanismi di tutela del risparmio presentati con la MiFID (1), l'istituto della consulenza su base indipendente¹⁷.

Il consulente indipendente è colui il quale, libero da qualsiasi vincolo dall'impresa bancaria o finanziaria (soprattutto di natura economica), presta la sua attività, con remunerazione a parcella a carico del consumatore che ne faccia richiesta, al fine di garantire, in modo pieno ed assoluto, la più totale imparzialità, in difetto di premi o altro da parte di chi potrebbe avere interesse ad immettere sul mercato un determinato prodotto finanziario, con preferenza rispetto ad altri magari più convenienti.

Vero è, però, che l'indipendenza è un concetto fragile; il costo del servizio a carico cliente consumatore non è garanzia della bontà dell'investimento, né della sua adeguatezza.

Non di poco conto, pertanto, si appalesa la tematica relativa al profilo della responsabilità dell'operatore o del consulente.

Uno degli obiettivi della direttiva è proteggere gli investitori¹⁸.

Per l'effetto le misure destinate a proteggere gli investitori dovrebbero essere adeguate alle specificità di ciascuna categoria di investitori (clienti al dettaglio, professionali e controparti).

Tuttavia, al fine di migliorare il quadro regolamentare applicabile alla prestazione di servizi a prescindere dalle categorie di clienti interessate, è opportuno chiarire che alle relazioni con qualsiasi cliente si applicano i principi dell'agire

¹⁷ Si veda art. 73 MiFID 2.

¹⁸ Da un sistema di protezione per gli intermediari e dell'impresa, a scudo di protezione per il risparmiatore.

in modo onesto, equo e professionale e l'obbligo di essere corretti, chiari e non fuorvianti¹⁹.

Senza trascurare la disciplina di settore e i profili ben noti della responsabilità contrattuale, nella fattispecie in esame ben potrebbe configurarsi, sulla falsariga dell'impostazione tedesca, una responsabilità da "contatto" (con sanzioni severe ad hoc), nel senso che tutte le volte che c'è un contatto sociale ci sono obblighi di informazione, di correttezza, buona fede, trasparenza, adeguatezza, fattibilità, etc. In tal caso l'onere probatorio di discolorpa spetterebbe al consulente che si libera provando di aver fatto tutto quanto in suo dovere e potere per evitare qualsivoglia danno al risparmiatore.

Consigliabile, attesa la specificità della materia, è la previsione di una disciplina *ad hoc* in materia di responsabilità, per meglio coglierne l'ambito di operatività, con la previsione di sanzioni interdittive e pecuniarie che possano fungere da fermi deterrenti al compimento di condotte devianti e che investano gli operatori del settore non in caso di realizzato danno, ma anche nella mera ipotesi di violazione senza danno.

Come il consulente nel piano di risanamento dell'impresa in crisi, nell'ambito del diritto fallimentare (art. 67 bis), è tenuto a garantirne la "ragionevolezza" ovvero la fattibilità del piano (*rectius*: contratto), anche il consulente, intermediario finanziario, nel processo di valutazione dell'adeguatezza dell'operazione finanziaria (e, quindi, anche, della fattibilità) dovrebbe assumere una obbligazione di garanzia ad hoc circa l'adeguatezza del contratto di investimento.

È ancora presto, però, per verificare la ricaduta che questo nuovo impianto di regole è destinato ad avere sul mercato e nel mondo dei traffici.

La trasparenza è l'essenza di ogni rapporto negoziale, è struttura dello stesso, è immanenza sul piano contrattuale e lo è ancor di più quando si mescolano interessi pubblici ed interessi privati, istanze dei singoli ed effetti sul piano sociale ed economico, così come l'adeguatezza costituisce un tutt'uno con l'impianto contrattualistico bancario e dei mercati finanziari.

È, dunque, decisamente imbarazzante dover ricorrere ad un complesso apparato di norme e di organizzazioni per affermare concetti, principi, comportamenti che dovrebbero rappresentare un'esigenza indefettibile del vivere civile, un imperativo categorico della coscienza dei *cives*.

Non regole di condotte, ma condotte senza regole improntate a sani principi di etica di mercato, di chiarezza e di tutela dei reciproci interessi contrattuali, rappresentano la vera esigenza di uno Stato di diritto, senza dovere far ricorso a meccanismi di protezioni *ad hoc* per la categoria del cosiddetto contraente debole.

Occorre più che riformare regole, riformare o ricostituire il capitale umano con sanzioni stringenti e severe in un mercato che necessita di una forte opera di

¹⁹ Estratto da MiFID 2.

moralizzazione: la trasparenza, ergo, diventa problema sociale, prima ancora che giuridico.

5. La disciplina MiFid rappresenta, senza dubbio, un micro sistema volto a tutelare il risparmiatore nel suo rapporto con l'impresa bancaria e con gli intermediari, in generale.

Regole di prudenza e di buon senso sono prodromiche al principio di trasparenza ed adeguatezza normativizzate nell'ambito di operazioni bancarie e finanziarie.

Di certo vi sono ancora molti punti di criticità in ordine all'obbligo di motivare le scelte raccomandate ed ai profili di una responsabilità *ad hoc* per gli operatori del settore bancario e finanziario.

Occorre, inoltre, personalizzare il più possibile l'intervista MiFID, con una maggiore aderenza dei modelli teorici alle istanze concrete degli investitori, operando distinguendo e posizioni differenziate.

La valutazione di adeguatezza non deve essere relegata a singole operazioni, ma deve riguardare l'intero portafoglio del cliente che va tutelato in ogni segmento di relazione con l'impresa e deve essere sostenuta da una spiegazione sostanziale.

Innegabile, comunque, è la sussistenza di un vero e proprio *sub* procedimento per la formazione del contratto di investimento, sul modello del diritto civile.



La causa del contratto di rete: funzione economica e profili di tutela

di Francesco Scarongella*

SOMMARIO: 1. Il tema d'indagine. – 2. La causa del contratto nella dinamica del rapporto contrattuale. Cenni ricostruttivi. – 3. La connotazione funzionale del contratto di rete e la sua caratterizzazione tipologica. – 4. La commistione fra interesse collettivo e interesse individuale. – 5. Presupposti causali e irrealizzabilità dell'interesse collettivo. – 6. Patologie della relazione di strumentalità fra scioglimento unilaterale del rapporto. – 7. (segue) Obbligo di rinegoziare e clausole di rinegoziazione.

1. La complessità degli attuali scenari economici e sociali ispira in modo crescente provvedimenti legislativi che introducono nell'ordinamento nuovi tipi negoziali con l'obiettivo di offrire all'autonomia privata forme contrattuali per soddisfare interessi e bisogni emergenti nella società¹.

Emblematica di tale approccio legislativo può considerarsi la disciplina del contratto di rete² che, come rilevato dalla dottrina, è ispirata dalla finalità di sollecitare

* Avvocato e Dottore di ricerca in Dottrine generali del diritto nell'Università di Foggia.

¹ Il fenomeno viene emblematicamente definito da F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 919 ss., con l'espressione "pan-contrattualismo" al fine di sottolineare il progressivo e costante ampliamento dell'area concettuale della categoria del contratto, realizzata anche attraverso la legislazione speciale. Per un'analisi storico-giuridica dell'impatto delle leggi speciali sul sistema del diritto civile generale cfr. F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, p. 189 ss.

² La figura del contratto di rete viene introdotta dall'art. 3, comma 4-ter-4-quinques, del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito e modificato dalla l. 9 aprile 2009, n. 33. A pochi mesi dalla sua introduzione la l. 23 luglio 2009, n. 99 apporta rilevanti modifiche al contenuto del contratto, che risulta maggiormente caratterizzato e definisce il regime giuridico del fondo patrimoniale comune al quale vengono estesi gli artt. 2614 e 2615 c.c. Con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122, viene definito in modo più puntuale l'oggetto del contratto e resa facoltativa l'istituzione dell'organo e del fondo comune. Inoltre, con l'intervento del 2010 il legislatore precisa che al rapporto fra organo comune e partecipanti alla rete si applicano le norme sul mandato e per le ipotesi di scioglimento diverse dal recesso quelle sui contratti plurilaterali con comunione di scopo. Allo scopo di incentivare l'uso di tale tipologia contrattuale con il d.l. 21 giugno 2012, n. 83, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 134, vengono semplificate le procedure di stipulazione ed iscrizione del contratto presso il registro delle imprese. L'ultimo intervento di modifica è quello realizzato con il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con l. 17 dicembre 2012, n. 221, che ha riconosciuto ai partecipanti alle reti dotate di fondo patrimoniale comune la facoltà di far acquisire alla rete la soggettività giuridica. In senso critico, sulla portata dei vari interventi legislativi F. MACARIO, *Il contratto e la rete: brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *Contr.*, 2009, p. 951 ss. Per un'analisi dettagliata della modifiche apportate dai singoli interventi legislativi cfr. P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Padova, 2012, p. 27 ss., nonché G. GUZZARDI, *Note preliminari allo studio del contratto di rete*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 501 ss.

processi virtuosi di aggregazione fra le imprese con lo scopo di stimolare l'economia del paese in un periodo di generale crisi economica³.

Sul piano soggettivo la disciplina legislativa stabilisce che tale strumento negoziale sia utilizzabile solo dagli imprenditori, riconoscendogli la facoltà di articolare il rapporto in modo eterogeneo, essendo le parti libere di costituire: reti semplici, aventi efficacia meramente interna, nelle quali appare prevalente se non esclusiva la dimensione contrattuale⁴; reti senza soggettività ma connotate sul piano organizzativo dalla presenza dell'organo comune, che agisce per i singoli imprenditori, e dal fondo patrimoniale⁵; reti soggetto, dotate di soggettività giuridica, da un fondo patrimoniale comune e un organo comune che agisce in nome e per conto della rete stessa⁶.

L'eterogenea modalità di articolazione del rapporto contrattuale sarebbe riconducibile alla complessità e varietà del fenomeno economico "rete", che secondo una definizione comunemente accettata in dottrina ricomprenderebbe "quell'insieme di relazioni di tipo cooperativo e tendenzialmente stabili tra due o più imprese formalmente e giuridicamente distinte, anche se concorrenti, tra le cui attività esista o si generi una qualche interdipendenza ed emerga un'esigenza di coordinamento [...]"⁷.

³ In un recente dibattito dell'Associazione dei Civilisti Italiani, i cui atti sono raccolti nel volume curato da G. ALPA, E. NAVARRETTA, *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, Milano, 2015, si è posto in evidenza come l'armamentario contrattuale si vada progressivamente arricchendo di nuove figure che rispondono all'esigenza di sviluppo economico (contratto di rete) ovvero a quella di sopperire alla carenza di capitali (*rent to buy* o da ultimo si pensi al prestito vitalizio ipotecario). Con specifico riferimento al ruolo del contratto di rete cfr. il contributo di M. BIANCA, *Il modello competitivo della rete-contratto*, *ivi*, pp. 169 – 178, secondo cui tale forma contrattuale rappresenterebbe un utile strumento di attuazione non solo degli interessi delle imprese aderenti, ma anche del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale. V. inoltre, A. JANNARELLI, *Introduzione*, in A. GENOVESE (a cura di), *Riflessioni sul contratto di rete. Profili privatistici e fiscali*, Bari, 2013, p. 12, secondo cui la disciplina del contratto di rete esprimerebbe in modo emblematico la tendenza del legislatore a sovrapporre il diritto regolativo in senso stretto con il diritto promozionale. Ciò spiega anche la decisione di riconoscere agli imprenditori che aderiscono al contratto di rete misure incentivanti sul piano fiscale cfr. T. TASSANI, *Profili fiscali del contratto di rete tra soggettività giuridica e separazione patrimoniale*, in *Riv. dir. tributario*, 2013, pt. II, 569 ss.

⁴ Sul concetto di rete semplice v. P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, in *Contr.*, 2009, p. 345; C. MARSEGLIA, *Modelli decisionali nel contratto di rete tra disciplina generale del contratto e regime della comunione*, *ivi*, 2013, pp. 822 ss; G. GUZZARDI, *Cooperazione imprenditoriale e contratto di rete*, Padova, 2015, pp. 44 ss.

⁵ V. l'analisi condotta da V. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, in *Contr.*, 2009, p. 1429 ss.; E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, in *Notariato*, 2010, 191 ss.

⁶ S. DELLE MONACHE, *Il contratto di rete*, in *Tratt. Roppo*, vol. III, 1, Milano, 2014, p. 1238.

⁷ P. IAMICELI, *Le reti d'impresa: modelli contrattuali di coordinamento*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali*, Bologna, 2004, p. 125. Sul piano definitorio cfr., inoltre, P. CREA, *Reti contrattuali e organizzazione dell'attività d'impresa*, Napoli, 2008, secondo cui la rete è caratterizzata da "un duplice momento di rilevanza della connessione: una rilevanza interna alla fattispecie contrattuale, postulando una peculiare intensità del coordinamento tra le azioni organizzative imputabili ai soggetti del regolamento d'interessi – una relazione, dunque, collaborativa e non sempre conflittuale tra le situazioni giuridiche soggettive – ; una di rilievo parzialmente esterno in ragione dell'intrinseca inidoneità della interrelazione ad esaurirsi nel contesto soggettivo originariamente delineato, sì da imporre una ponderazione del singolo rapporto non già

L'atto contrattuale rappresenterebbe il momento genetico di un complesso rapporto nel quale l'esigenza di coordinare soggetti indipendenti e quella di favorire la cooperazione tra i medesimi determinerebbero sul piano funzionale una peculiare commistione fra interesse collettivo della rete, intesa in senso meta-individuale o soggettivo, e quello individuale dei singoli aderenti⁸.

Lo stretto legame che viene a generarsi fra interesse collettivo e individuale sembra emergere, in particolare, dall'art. 3, comma 4 – *ter*, d.l. n. 5/2009 s.m.i., che individua lo “scopo fine” del contratto nel miglioramento della capacità innovativa e competitiva degli aderenti, precisando che quest'ultimo debba essere perseguito “*individualmente e collettivamente*”.

Tale finalità connota la fattispecie in tutte le sue varianti strutturali, sia nel caso in cui il rapporto si risolva in una dimensione puramente contrattuale e interna, sia nell'ipotesi di costituzione di reti soggetto che danno vita ad un centro di imputazione distinto da quello dei singoli partecipanti.

Ad una prima impressione pare emergere, dunque, che l'eterogeneità strutturale del modello contrattuale sia correlata all'esigenza di offrire alle parti un ampio ven-

isolatamente, ma quale frammento di una pluralità di rapporti”(spec. p. 127 – 128). Il concetto di rete imporrebbe all'interprete di risolvere rilevanti antinomie concettuali, che possono sinteticamente ricondursi alla contrapposizione fra “*autonomia, interdipendenza e coordinamento, autonomia e cooperazione, stabilità e flessibilità*”, così M. FLICK, *Il contratto nelle reti d'impresa: problemi e prospettive*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 340. Infatti, sul piano giuridico la nozione di rete d'impresa esprimerebbe l'esigenza di considerare e attribuire rilevanza giuridica al contesto di mercato della relazione contrattuale dal momento che se, da un lato, l'indipendenza delle imprese consentirebbe di ricondurre il rapporto nello schema della scambio sinallagmatico, dall'altro, l'interdipendenza e la cooperazione attribuirebbero rilevanza al profilo dell'organizzazione dell'attività, pur in assenza di un soggetto giuridico, cfr. A. NERVI, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011, pp. 135 ss. Nella letteratura nordamericana la rilevanza del fenomeno reticolare viene spiegata mediante l'uso della fattispecie dei *relational contract*, i quali segnano il declino del contratto visto nella prospettiva bilaterale dello scambio e dimostrano l'emersione di fattispecie contrattuali di natura solidale, basate sull'interdipendenza e la fiducia dei singoli partecipanti, cfr. I.R. MACNEIL, *Contracts: adjustment of long-term economics relation under classical, neoclassical and relational contract law*, in *Northwestern Univ. L. Rev.*, 1978, 72, pp. 854 – 906; nonché R.E. SCOTT, *Conflict and cooperation in long-term Contracts*, in *California Law Review*, 75, 2005, pp. 2005 – 2054.

⁸ C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e reticolari*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2005, p. 566 ss. Esprime perplessità sulla possibilità di tradurre in termini giuridici il fenomeno delle reti d'impresa cfr. G. TEUBNER, *Coincidentia oppositorum: Networks and the law Beyond Contract and Organization*, in *Stores Lectures 2003/2004 Yale Law School*, in <http://www.unifr.ch/obligations/conference/documents/Coincidentia.eng.pdf>.

⁹ L'art. 3, comma 4-*ter*, del d.l. n. 5/2009 s.m.i. prevede che “*Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato [...]*”. Il frammento della disposizione appena richiamato individuerrebbe lo “scopo fine” del contratto, cfr. F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Verso il consolidamento*, in F. CAFAGGI, P. IAMICELI, G.D. MOSCO (a cura di), *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, Milano, 2012, p. 123, ovvero la causa cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Dal collegamento negoziale alla causa di coordinamento nel contratto di rete*, in P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, Torino, 2009, p. 75 ss.

taglio di soluzioni negoziali con l'obiettivo di sollecitare l'effettivo perseguimento dello scopo che contraddistingue la fattispecie sul piano legislativo¹⁰.

Ciò induce ad interrogarsi sulla rilevanza che assume lo "scopo fine"¹¹, sia sul piano prettamente ricostruttivo e descrittivo, sia su quello funzionale.

Più precisamente, sul primo versante, è opportuno comprendere quale portata possa assumere la funzione tratteggiata dal legislatore e se di questa possa essere offerta una definizione che consenta di superare le ambivalenze dei concetti di capacità innovativa e competitiva.

Per altro verso, è interessante indagare quale incidenza la funzione del contratto di rete possa avere sulla sorte dell'atto nell'ipotesi in cui il regolamento negoziale selezionato dalle parti non sia in grado di realizzare gli obiettivi che connotano la fattispecie.

Sul piano metodologico si provvederà a sviluppare l'indagine facendo ricorso alla categoria della causa del contratto, che, com'è noto, consente di valorizzare la prospettiva funzionale dell'atto di autonomia privata e l'interesse delle parti rispetto alla programmazione negoziale¹².

2. L'istituto della causa del contratto, sebbene si muova entro le coordinate tracciate dalla dottrina che ben possiamo definire classica, è da tempo al centro di analisi e riflessioni che tendono a valutarne la portata sistematica alla luce della perenne evoluzione dell'ordinamento giuridico¹³.

In tale prospettiva si collocano anche i recenti progetti di armonizzazione del diritto europeo dei contratti, come i PECL e i principi *Unidroit*, che secondo una parte della dottrina dimostrerebbero la sostanziale eclissi dell'elemento causale stan-

¹⁰ La risposta dell'ordinamento alla complessità dei nuovi fenomeni di aggregazione sociale ed economica si rinviene proprio sul piano della capacità della norma di garantire la realizzazione degli interessi e il funzionamento unitario dei sistemi aggregati. L'ordinamento giuridico attuale, infatti, deve confrontarsi con una complessità che tende a rifuggire da ogni tipo di assolutezza ed imperatività, sicché dopo la selezione delle situazioni di interesse rilevanti il compito del diritto è quello di aggiungere "alla già conseguita rilevanza giuridica la capacità di provocare l'insorgere di situazioni giuridiche di azione in grado di assicurarle l'assistenza del diritto fino a realizzazione compiuta. La situazione di interesse, attraverso l'ulteriore intervento del diritto, che si caratterizza per essere ad un tempo valutativo e dispositivo, aggiunge alla già conseguita rilevanza giuridica la dotazione dell'efficacia giuridica [...]" A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, vol. III, Milano, 2010, p. 601.

¹¹ L'espressione viene impiegata per designare il profilo causale del contratto, cfr. in tal senso, G. PALMIERI, *Profili generali del contratto di rete*, in Associazione Italiana Politiche Industriali (a cura di), *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*, Milano, 2011, p. 4.

¹² E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, p. 269 ss.; M. CASSOTTANA, *Causa ed economia del contratto: tendenze dottrinali e modelli di sentenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 832 ss.

¹³ Fra gli altri cfr. M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Vicenza, 2015, con le riflessioni conseguenti di S. MAZZAMUTO, *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, pp. 470 – 491. Fra gli scritti recenti E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014.

te il mancato richiamo di tale figura fra i requisiti essenziali del contratto (né dell'omologa *consideration* dei sistemi di *common law*)¹⁴.

Questa tendenza dimostrerebbe l'inutilità della categoria, la quale, peraltro, sarebbe riconducibile alle costanti ambiguità che ne hanno segnato nel tempo i diversi approcci ricostruttivi con inevitabili conseguenze sull'impiego epistemologico del concetto¹⁵.

Secondo una diversa ipotesi ricostruttiva si è sottolineato come il concetto di causa, lungi dall'essere espunto dai progetti di codificazione europea, parrebbe riemergere in alcune disposizioni che sottopongono l'atto di autonomia privata ad un vaglio di razionalità e ragionevolezza rispetto allo scopo perseguito dai contraenti¹⁶.

È stato rilevato, infatti, che sia nei Principi *Unidroit* che nei PECL vi sarebbero disposizioni che autorizzerebbero un sindacato sull'atto di autonomia privata diretto a verificare la razionalità del programma negoziale rispetto agli scopi perseguiti dai contraenti, sanzionando con l'istituto dell'annullabilità del contratto o di alcune sue parti i casi in cui la regola contrattuale non risulti adeguata rispetto alle finalità perseguite dagli stipulanti¹⁷.

In tal senso, si è osservato che il diritto europeo dei contratti si caratterizzerebbe per l'opzione di impiegare il rimedio dell'annullabilità per vicende patologiche che incidono sul piano della funzione dell'atto di autonomia privata, evidenziando la crisi del rimedio della nullità e non della figura della causa cui comunemente viene accostato il primo¹⁸.

Ciò consentirebbe di affermare la permanente attualità dei meccanismi di valutazione tipici del giudizio causale e la rilevanza che assume il concetto di causa rispetto alle vicende che riguardano la realizzabilità dello scopo dell'atto di autonomia privata¹⁹.

¹⁴ Il punto 2:101 dei PECL prevede che *"A contract is concluded if: the parties intend to be legally bound, and they reach a sufficient agreement without any further requirement"*, stabilendo, in tal modo, che per la conclusione del contratto è sufficiente l'accordo senza ulteriori requisiti. Nei principi *Unidroit* l'art. 3.1.2 dispone che *"Un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti"*. Il filo rosso che lega le disposizioni richiamate consiste nella consacrazione del cd. nudo patto, ovvero fattispecie nelle quali i meccanismi di validità ed efficacia del contratto rinvergono nella volontà il loro principale elemento, con la conseguenza che risulterebbe venuta meno l'area di operatività della causa a favore di rimedi accostabili alla nostra disciplina dell'errore. Sul tema cfr. diffusamente C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa. Prefazione all'edizione italiana dei Principi di diritto europeo dei contratti*, parte I e II, Milano, 2001, XXIV ss.

¹⁵ In tal senso, cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 172.

¹⁶ G.B. FERRI, *L'"invisibile" presenza della causa del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 906 ss.

¹⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in G. VETTORI (a cura di) *Il regolamento*, in *Tratt. Roppo*, vol. II, Milano, 2006, p. 103 – 105. In particolare, si allude al concetto di "eccessivo squilibrio" (art. 3.10 *Unidroit*), ovvero a quello di "ingiusto profitto o vantaggio iniquo" (art. 4:109 PECL), che determinerebbero la riemersione della centralità dello scopo del contratto e, quindi, la rilevanza di profili tipicamente oggetto del giudizio causale, in tal senso attraverso un sindacato sulla congruità dello scambio e sulla razionalità dell'affare, E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2003, p. 994 ss.

¹⁸ E. NAVARRETTA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁹ Ciò dimostra che, nonostante le tendenze ricostruttive che ne decantano l'oramai irreversibile "morte", prevale l'atteggiamento di chi propugna con vigore e forza argomentativa la perdurante utilità della figura,

La centralità del momento valutativo che involge l'idoneità del regolamento contrattuale rispetto alla realizzazione della funzione del contratto è presente, sebbene con diversità di toni e accenti, in tutte le teorie che hanno nel tempo tentato di definire i confini e il ruolo della causa²⁰.

L'approccio ricostruttivo che ravvisa nella causa la funzione economico-sociale del contratto pone in evidenza come l'atto di autonomia privata possa considerarsi realizzabile solo ove le parti diano vita ad un regolamento in grado di attuare la funzione sociale assegnata dall'ordinamento al singolo tipo contrattuale²¹.

Infatti, la scelta del tipo vincolerebbe i contraenti a perseguire la funzione sociale che lo connota, con la conseguenza che l'atto di autonomia privata dovrebbe considerarsi privo di causa nel momento in cui le parti utilizzino lo schema negoziale per un fine diverso da quello che sarebbe destinato a realizzare²².

Con diversità di accenti la teoria della causa intesa come funzione economica-giuridica sostiene che il giudizio concernente la realizzabilità della funzione del contratto riguarderebbe l'idoneità del concreto regolamento contrattuale a perseguire la funzione giuridica che connota lo schema legale astratto, da intendersi quest'ultima come sintesi degli effetti giuridici essenziali. Secondo tale impostazione il contratto dovrebbe considerarsi irrealizzabile tutte le volte in cui venga accertata in concreto l'inidoneità del negozio a perseguire gli scopi che connotano il tipo nell'astratta previsione legislativa²³.

A ben vedere, le autorevoli correnti di pensiero richiamate fondano il giudizio di realizzabilità del contratto sul problematico rapporto fra causa e tipo, ovvero su una relazione di compatibilità fra regolamento contrattuale e funzione economico - sociale che connota la fattispecie negoziale astratta ovvero la sua funzione giuridica essenziale.

In tal senso, il meccanismo causale mirerebbe a verificare se il programma negoziale posto in essere dalle parti risulti idoneo a procurare modificazioni nelle loro sfere giuridiche conformi a quelle che secondo il legislatore il tipo "sociale" ovvero "normativo" sarebbe deputato a produrre.

al punto da discorrere di "resurrezione" della causa, in tal senso, come è noto U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di) *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, p. 241 ss.

²⁰ A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, p. 2. ss.

²¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1960, ed. III, p. 171 ss., il quale pone in evidenza come la causa subisca "in ogni concreto negozio una specificazione concreta" (spec. p. 189) e possa dirsi realizzabile ove il programma negoziale sia in grado di consentire "la concreta raggiungibilità del risultato economico-sociale avuto di mira dalle parti" (p. 399). La suddetta concezione si conforma alla tesi accolta nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, Roma, 1943, pp. 392 - 393 (n. 613), nella quale si afferma che la causa "non è lo scopo soggettivo, qualunque esso sia, perseguito dal contraente nel caso concreto [...] ma è la stessa funzione economico - sociale".

²² E. BETTI, *op. cit.*, p. 400.

²³ S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa nel negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo - teoria - pratica*, Milano, 1951, p. 117 - 119, il quale discorre di "superamento del limite di elasticità" (p. 117) della funzione giuridica del negozio, ovvero di "eccessiva deformazione della causa stessa" (p. 119).

Tale approccio viene sottoposto a revisione e critica dagli autori che sottolineano come l'oggetto principale del giudizio causale sarebbe rappresentato dall'interesse individuale delle parti, con la conseguenza che la realizzabilità del programma negoziale andrebbe valutata tenendo in considerazione esclusivamente siffatto profilo e, dunque, prescindendo dal tipo di *vestmentum* adoperato dalle parti²⁴.

L'interesse realizzabile, infatti, non sarebbe solo quello che coincide con la funzione sociale e/o legale del tipo, ma potrebbe essere caratterizzato da fini ulteriori ed eccedenti rispetto al medesimo tipo²⁵. La realizzabilità della funzione del contratto andrebbe valutata in relazione alla capacità del programma negoziale di soddisfare gli interessi concreti dei contraenti e, quindi, verificando l'attitudine dell'atto di autonomia privata a produrre gli effetti programmati e le modificazioni della realtà giuridica perseguiti dalle parti, che potrebbero essere ricompresi nel tipo astratto ma non dovrebbero necessariamente coincidere con quest'ultimo²⁶.

Ciò porta ad un sostanziale allargamento del giudizio causale, il quale dovrebbe avere ad oggetto non solo la capacità del programma negoziale di consentire il perseguimento della funzione che connota il tipo astratto scelto dalla parti ma, allo stesso tempo, la sua idoneità a soddisfare i loro interessi concreti, così come oggettivati nell'atto²⁷.

Il filo rosso che caratterizza i vari approcci ricostruttivi si rinviene nella comune considerazione che la finalità del giudizio causale consisterebbe nel vaglio circa l'attitudine dell'atto a produrre gli effetti voluti dalle parti e, in una prospettiva più generale, concernerebbe la legittimità o meno dell'irrevocabilità del consenso a seguito della sottoscrizione di un determinato tipo contrattuale²⁸.

In tale prospettiva, il meccanismo causale assumerebbe la funzione di proteggere un contraente dalle pretese dell'altro ove il programma contrattuale risultasse *ab origine* irrealizzabile ovvero lo diventi in un momento successivo per fatti che co-

²⁴ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 355 ss. Ed ancora, V. ROPPO, *Causa tipica, motivo rilevante, contratto illecito*, in *Foro it.*, 1971, I, c. 2380, secondo cui limitare la categoria causale ad un vaglio di compatibilità tra finalità dell'ordinamento e idoneità del regolamento di interessi diviso dalle parti a perseguire quest'ultimi renderebbe "la categoria causale inidonea a coprire tutta un'area di problemi, che avrebbero potuto trovare in essa un valido strumento di soluzione solo nella misura in cui le fossero stati mantenuti i connotati tradizionali".

²⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 251.

²⁶ Ne deriva che la causa rappresenterebbe la funzione economico-individuale del contratto e il giudizio causale avente ad oggetto il profilo della realizzabilità del regolamento contrattuale riguarderebbe i mutamenti voluti dalle parti nelle rispettive sfere individuali e l'idoneità del programma negoziale a consentirli. Si tratta di quello che secondo M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 247, costituisce l'ambito del controllo di attuabilità dell'atto di autonomia privata

²⁷ Sul punto, cfr. le considerazioni svolte da C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, I, pp. 251 ss.

²⁸ In tal senso, l'accordo potrà considerarsi vincolante solo nella misura in cui il contratto sia in grado di produrre gli effetti che hanno indotto le parti ad optare per un determinato tipo e, pertanto, realizzarli lo scopo che lo connota, M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 152.

munque sfuggono al dominio delle parti, tali da non legittimare il sacrificio sopportato da una parte nei confronti dell'altra²⁹.

A ben vedere, tale peculiare caratterizzazione del giudizio causale richiama la (problematica) vicenda del difetto originario o sopravvenuto della causa e le questioni sottese alla selezione del rimedio in concreto esperibile dalla parte che non intenda subire gli effetti pregiudizievoli derivanti da un programma negoziale inidoneo a perseguire la sua funzione.

Per quanto concerne il difetto originario, la dottrina è concorde nel ritenere che in tali casi il programma negoziale si rivelerebbe completamente inidoneo a realizzare lo scopo perseguito dai contraenti con il tipo negoziale prescelto³⁰.

Ne deriva che il difetto assoluto di un elemento essenziale del contratto renderebbe legittima l'applicazione del rimedio della nullità del contratto, giustificata dall'esigenza di tutelare la parte e/o le parti da vincoli non assistiti da un grado minimo di realizzabilità del regolamento contrattuale³¹.

Più complesso e variegato, invece, è il panorama della opzioni dottrinali sulla configurazione e gli effetti del difetto sopravvenuto della causa, tema che stenta ancora a trovare un'organica definizione sul piano sistematico³².

Secondo alcuni autori, il cui approccio trova conferma in alcune pronunce giurisprudenziali, il difetto sopravvenuto della causa sussisterebbe tutte le volte in cui fatti sopravvenuti alla conclusione del contratto siano in grado di determinare un'alterazione dell'economia del contratto così come definita dai contraenti, determinando un ingiusto sacrificio a carico di uno o più parti, di talché ove non si provveda spontaneamente al riequilibrio del contratto parrebbe legittimo l'impiego del rimedio risolutorio³³.

²⁹ La causa assumerebbe la funzione di vagliare l'attitudine dell'atto a realizzazione la sua funzione nella progressione temporale del rapporto, cfr. in tal senso, E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., pp. 94 ss.

³⁰ Cfr. M. GIORGIANNI, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, VI, 1960, p. 547 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, ed. II, 2011, p. 361 ss.;

³¹ L'esigenza di tutela del contraente è alla base di quelle decisioni giurisprudenziali che sanzionano con la nullità il contratto di mutuo nel quale difetta la causa di finanziamento, che ricorre nelle ipotesi in cui l'erogazione della somma avvenga: a) per ripianare una precedente perdita del soggetto finanziato (in tal senso cfr. Trib. Lecce 1.2.2013, in *www.ilcaso.it*); b) per rinegoziare un altro mutuo (Trib. Nola, 5.2.2009, *ivi*). È evidente come in tali casi la "causa offre alle parti una garanzia minima, corrispondente con la stessa razionalità dell'affare in termini di iniziale realizzabilità e di possibilità dell'operazione, come prefigurata nell'autoregolamento degli interessi", così E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 236.

³² Sul tema cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 77. Nel senso che la causa attenga esclusivamente alla dimensione strutturale dell'atto, cfr. M. GIORGIANNI, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 553; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, p. 218 ss.. Sostengono l'utilità del concetto di causa nella prospettiva del rapporto V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 373; C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit., p. 93 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., 360 ss.; E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., pp. 87 ss.

³³ Sul punto, cfr. la ricostruzione di S. PAGLIANTINI, *La c.d. risoluzione per causa concreta irrealizzabile*, in *Riv. notariato*, I, 2010, pp. 1211 ss., nonché E. FERRANTE, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, in *Contratto e impresa*, 2009, pp. 153 ss. In giurisprudenza, Cass. civ., 20.12.2007, n.

Per altro verso, non manca chi sottolinea come il difetto sopravvenuto della causa potrebbe determinare l'invalidità successiva dell'atto, in quanto inciderebbe sull'opportunità della perdurante vincolatività dell'accordo essendo venuto meno l'equilibrio tratteggiato dai contraenti al momento della sua conclusione e, dunque, la ragione sostanziale dell'atto³⁴.

Le coordinate tracciate pongono in evidenza come il giudizio causale avente ad oggetto i profili di realizzabilità del contratto si sostanzia in un vaglio di compatibilità fra la conformazione dell'atto di autonomia privata e l'attitudine di quest'ultimo a realizzare lo scopo che connota un determinato tipo di negozio³⁵.

26958, in *Corriere giur.*, 2008, p. 921, con nota di Rolfi, *Funzione concreta, interesse del creditore e inutilità della prestazione*.

³⁴ Cfr. C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 272. In tal senso, in giurisprudenza cfr. Trib. Trieste, 7.3.2014, in *Giur. it.*, 2014, 1613, secondo cui "In presenza di un patto parasociale originariamente sottoscritto tra due soci con pari partecipazione diretto a regolare la nomina degli organi sociali, la successiva mancata sottoscrizione dell'aumento da parte di uno dei due soci, con conseguente diluizione della di lui partecipazione, facendo venire meno l'interesse dell'altro socio alla prestazione, configura una sopravvenienza rilevante, seppur non imprevedibile, tale da privare l'operazione negoziale del suo senso e del suo scopo e quindi incide sulla causa in concreto del patto rendendolo nullo, con la conseguente estinzione del rapporto parasociale in ragione del sopraggiunto venir meno della sua causa concreta". In sostanza, il difetto sopravvenuto della causa equivarrebbe all'irrealizzabilità originaria della funzione del contratto, in quanto il programma negoziale non sarebbe più in grado di realizzare gli interessi dei contraenti così come oggettivati e definiti al momento della stipulazione del negozio. In tali casi, verrebbe a mancare un presupposto essenziale della relazione contrattuale tale da giustificare l'impiego di rimedi invalidanti; interessanti spunti, in tal senso, provengono dalla dottrina che si è occupata del complesso tema della fattibilità del concordato preventivo, cfr. G. VETTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contratto e impresa*, 2013, p. 1203

³⁵ Tale peculiare caratterizzazione del giudizio causale rimanda al più generale tema dell'idoneità della causa del contratto rispetto al processo di individuazione del tipo contrattuale. Secondo E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, (rist.) 2002, (spec.) p. 185 ss., sussisterebbe un inscindibile nesso fra tipo e causa del contratto. Sebbene con accenti diversi cfr., inoltre, le considerazioni di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 249 – 254 (v. nota 12). Secondo una diversa ipotesi ricostruttiva il tipo contrattuale sarebbe individuato da norme imperative in grado di delineare i tratti essenziali della fattispecie negoziale astratta, in tal senso, A. CAUADDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 193 ss. Tale ultima opzione metodologica trova in parte corrispondenza nel pensoso saggio di R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 786, il quale sottolinea come la ricostruzione del tipo legale debba essere fondata su un giudizio di compatibilità fra figure affini e, quindi, sulla relazione fra disciplina generale del contratto e quella del singolo tipo nominato. L'Autore, partendo da tale premessa, giunge a ritenere che i criteri di individuazione del tipo contrattuale siano eterogenei e non possano individuarsi in un unico criterio selettivo R. SACCO, *op. loc. ult. cit.*, p. 802. La rinuncia ad individuare un unico elemento in grado di esprimere il carattere tipico di una fattispecie contrattuale viene condiviso da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, p. 72 ss., secondo cui "risulta chiara la necessità di abbandonare l'idea di un unico elemento distintivo, e di ammettere invece che i vari criteri utilizzati dal legislatore per individuare i vari tipi contrattuali sono eterogenei" (spec. p. 72) e possono riguardare il contenuto del contratto, la qualità delle parti, la natura del bene oggetto della prestazione, il fattore tempo, il modo di perfezionamento del vincolo contrattuale. In tale scenario, la dottrina recente ribadisce la centralità della causa nell'opera di selezione del tipo contrattuale, E. GABRIELLI, *Operazione economica e teoria del contratto*, Milano, 2013, p. 12, secondo cui le impostazioni metodologiche diverse da quelle che ravvisano nella causa l'elemento in grado di identificare il tipo hanno solo consentito di ampliare il dibattito intorno a tale tema, senza, tuttavia, "modificare l'atteggiamento condiviso da gran parte della dottrina di

In tale ambito, l'accertamento del difetto originario o sopravvenuto della causa del contratto si tradurrebbe in una verifica di coerenza fra interessi oggettivati dalle parti nel regolamento contrattuale ed effetti che lo schema legale prescelto dai contraenti secondo l'ordinamento è deputato a produrre³⁶.

Quanto osservato pone in evidenza come i meccanismi che connotano il giudizio causale consentano di valutare nella dinamica negoziale il concreto modo di atteggiarsi dell'autonomia privata e la sua capacità di far conseguire alle parti quelle utilità che le inducono a scegliere un determinato modello legale.

La ricostruzione appena svolta (seppur caratterizzata dalle inevitabili semplificazioni che caratterizzano temi così complessi e articolati) consente di rilevare come l'analisi delle questioni che involgono la realizzabilità della funzione del contratto di rete debba muoversi dalla preliminare verifica circa l'efficacia connotativa del profilo funzionale sul versante tipologico.

Infatti, nella misura in cui si dimostri il carattere tipico del contratto di rete il giudizio causale verterà sull'idoneità del regolamento contrattuale a realizzare la causa che connota il modello legale astratto³⁷, così rivelando i casi in cui l'atto non sia in grado di produrre effetti coerenti con lo schema scelto dalla parti.

3. L'analisi relativa ai profili funzionali del contratto di rete deve prendere le mosse dalla constatazione che il legislatore offre all'autonomia privata un ampio ventaglio di opzioni per la strutturazione del rapporto contrattuale.

Peculiarità quest'ultima che induce parte della dottrina a ravvisare nel contratto di rete una "fattispecie transtipica"³⁸, nel senso che non si tratterebbe di un vero e

convinta adesione alla teoria tradizionale. Ancora oggi, dunque, sembra doversi ritenere indispensabile il riferimento alla causa per l'individuazione del tipo". Nella medesima prospettiva, C.B.N. CIOFFI, *Classe, concetto e tipo nel percorso di individuazione del diritto applicabile ai contratti atipici*, Torino, 2008, pp. 198 – 207.

³⁶ Funzione astratta del singolo tipo e interesse individuale del singolo oggettivato nel contratto non sono termini opposti, ma sussiste fra loro una "una sovrapposizione, perciò, che si comprende in termini di complementarità e sinergia, al quale né promuove il contraente a mero "funzionario" del mercato, né retrocede il diritto a paternalistico tutore del promittente dissipatore, ma soccorre le diverse istanze dell'uno e dell'altro in modo concorrente così da assicurare che l'una non sopraffaccia l'altra ed entrambe possano trovare comunque soddisfazione", così M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 167,

³⁷ In generale sul tema del vaglio di compatibilità fra regolamento contrattuale divisato dalle parti e schema legale astratto cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1957, ed. V, 165 – 165; G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, p. 189 - 190, secondo cui "La funzione che svolge il concetto di causa è perciò quella già sottolineata di verificare la coincidenza fra modello astratto e modello concreto [...]".

³⁸ F. CAFAGGI, *Reti contrattuali e contratti di rete: ripensando il futuro*, in F. CAFAGGI, P. IAMICELI (a cura di), *Reti di imprese tra crescita e innovazione organizzativa*, Bologna, 2007, p. 432; P. IAMICELI, *Dalle reti d'impresa ai contratti di rete*, in Id. (a cura di), *Le reti d'impresa e i contratti di rete*, cit., p. 27. La transtipicità implicherebbe che "punto di partenza del procedimento cognitivo non deve essere la disciplina; al contrario, bisogna aver prioritariamente riguardo al fatto, alla questione concreta che in sé è nuova e rappresenta, come tutti i problemi giuridici, un momento di continuità ma anche di forte discontinuità. L'analisi del fatto e delle sue peculiarità consente infatti di individuare e contemperare interessi effettivamente meritevoli di tutela ed i valori ai quali, nella

proprio tipo contrattuale ma di una figura in grado di adattarsi a modelli tipici esistenti o capace di dare veste giuridica a fattispecie atipiche attraverso la combinazione dei diversi elementi strutturali³⁹.

L'inquadramento del contratto di rete alla stregua di schema trans-tipico troverebbe il suo principale argomento nel ruolo recessivo del profilo causale, dal momento che quest'ultimo, consistente "nello scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la capacità innovativa degli aderenti (n.d.r.) e la propria competitività sul mercato"(art. 3, comma 4-ter, prima parte, d.l. n. 5/2009, s.m.i.), sarebbe generico e inidoneo a connotare sul versante tipologico la nuova figura contrattuale⁴⁰.

Infatti, si osserva che lo scopo fine delineato dal legislatore sarebbe perseguibile mediante eterogenei schemi negoziali, suscettibili di essere impiegati di volta in volta per dare veste giuridica ad operazioni economiche che in concreto consentirebbero agli imprenditori di migliorare la loro capacità innovativa e competitività sul mercato⁴¹.

Un ulteriore argomento a sostegno dell'attributo della transtipicità sarebbe costituito dalle modalità che il legislatore seleziona per il perseguimento dello scopo fine del contratto, le quali vanno dal mero scambio di "informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica", alla collaborazione "in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese", ed ancora all'esercizio in comune di "una o più attività rientranti nell'oggetto di ciascuna (n.d.r.) [...] impresa" (art. 3, comma 4-ter, prima parte, d.l. n. 5/2009, s.m.i.), ben potendo le parti adottare contestualmente tutti i citati moduli organizzativi o loro combinazioni⁴².

L'ambiguità del profilo causale e l'eterogeneità delle modalità con le quali le imprese aderenti alla rete possono in concreto perseguire l'obiettivo di accrescere la propria capacità innovativa e la competitività sul mercato rappresenterebbero, dunque, l'essenza dell'attributo della cd. transtipicità, in quanto dimostrerebbero l'impossibilità di ravvisare nel contratto di rete un nuovo tipo contrattuale.

In tal senso, con la formula contratto di rete si alluderebbe ad una fattispecie in grado di ricomprendere eterogenee forme di manifestazione dell'agere imprendito-

situazione concreta, si impone di dare preferenza, in una prospettiva teleologica, assiologica e funzionale, orientata a riscoprire la normatività dei fatti, la giuridicità della attualità", P. PERLINGIERI, *Reti e contratti tra imprese tra cooperazione e concorrenza*, in P. IAMICELI (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 399.

³⁹ F. CAFAGGI, *Il contratto di rete nella prassi. Verso il consolidamento*, cit., p. 126. Già in precedenza, F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: "Learning by doing"?*, in *Contr.*, 2010, p. 1144 – 1145.

⁴⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, in *Contr.*, 2009, p. 961 ss.

⁴¹ Tale circostanza induce alcuni autori ad osservare come l'intervento normativo si rivelerebbe superfluo, in quanto lo scopo cristallizzato dal legislatore nell'art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 s.m.i., pt. I, potrebbe essere perseguito dalle imprese mediante la stipulazione di contratti atipici o tipi contrattuali già noti al nostro ordinamento, cfr. A. GENTILI, *Una prospettiva analitica su reti di imprese e contratti di rete*, in *Obbl. contr.*, 2010, 90, nonché M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problema?*, in *Contr.*, 2009, 940. Nella letteratura straniera dubita della valenza giuridica del concetto di rete R.M. BUXBAUMAN, *Is Network a Legal Concept*, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1993, pp. 689 ss.

⁴² Sul punto cfr. le considerazioni di O. DE CICCO, *Organizzazioni imprenditoriali non societarie e responsabilità*, Napoli, 2012, p. 119 ss.

riale, quali l'associazione temporanea di imprese, la *joint venture*, il consorzio con e senza attività esterna, le reti di produzione o di distribuzione (costituite con il contratto di *franchising* o di subfornitura)⁴³.

Ne deriva che la fattispecie sarebbe priva di una propria caratterizzazione causale, sicché l'interprete dovrà ricostruire la causa del contratto dopo aver individuato lo schema negoziale in concreto prescelto dalle parti.

Tuttavia, alcuni autori rilevano che siffatta opzione interpretativa risulterebbe foriera di esiti contrastanti sul piano della certezza del diritto, in quanto sovrapporrebbe al contratto di rete fattispecie connotate da funzioni per alcuni aspetti distanti dal modello designato dal legislatore⁴⁴.

Si pensi, in tal senso, alla circostanza che l'associazione temporanea di imprese, il contratto di subfornitura e quello di *franchising* si caratterizzano per la struttura bilaterale del rapporto e per una causa riconducibile allo schema dello scambio sinallagmatico delle prestazioni, a differenza del contratto di rete connotato dalla tendenziale plurilateralità dei contraenti e dalla comunione di scopo⁴⁵.

Per altro verso, suscita perplessità l'accostamento fra contratto di rete e contratto di consorzio (con o senza attività esterna), in considerazione della circostanza che quest'ultimo dà vita ad un rapporto teso solo a coordinare fasi delle attività di ciascuna impresa aderente, a differenza del primo che, invece, consentirebbe l'esercizio di un'attività ulteriore rispetto a quella dei singoli partecipanti⁴⁶.

⁴³ P. IAMICELI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete*, in Id. (a cura di), *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 27.

⁴⁴ In tal senso, cfr. V. CUFFARO, *Contratti di impresa e contratti tra imprese*, in *Corr. Mer.*, 2010, p. 7. Secondo C. CAMARDI, *Dalle reti di imprese al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *Contr.*, 2009, p. 933, il connotato della trasparenza può essere accolto solo "nella misura in cui intende valorizzare – sul piano metodologico – le potenzialità dei procedimenti di applicazione analogica in questa materia".

⁴⁵ Con specifico riferimento al carattere bilaterale dell'a.t.i. la giurisprudenza ha osservato che la realizzazione dell'interesse della collettività degli aderenti resta affidata "a uno strumento giuridico quale il mandato collettivo che si colloca nell'ambito dei contratti di scambio", cfr. App. Genova, 11.2.1991, in *Nuova giur. comm.*, 1992, pt. I, p. 762; nella medesima prospettiva cfr. Trib. Catanzaro 27.3.2012, in *redazionegiuffrè*, 2012. Per altro verso, si è osservato che a differenza del contratto di rete l'a.t.i. darebbe forma giuridica ad un fenomeno aggregativo di durata limitata, rappresentato dallo specifico scopo di partecipare ad una gara d'appalto, non essendo ravvisabile l'esigenza di stabile coordinamento connaturale al fenomeno delle reti d'impresa, cfr. P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, cit., 32. Per quanto concerne la natura bilaterale del contratto di subfornitura, disciplinato dalla l. n. 192/1998, cfr. A.R. AUDITORI, *Interessi protetti nella subfornitura*, Milano, 2010, p. 29. Rispetto al carattere sinallagmatico del *franchising*, cfr. A. FRIGNANI, *Il contratto di franchising. Orientamenti giurisprudenziali prima e dopo la legge 129 del 2004*, Milano, 2014, p. 28, secondo cui "il contratto di franchising oggetto della l. n. 129/2004 è un contratto bilaterale: le parti sono solo due ed anche se si ricostruisce una rete non esiste un rapporto diretto tra i vari affiliati membri di una stessa rete. È un contratto sinallagmatico nel senso che prevede prestazioni corrispettive: il sinallagma sta appunto ad indicare la corrispettività delle prestazioni oggetto dell'obbligazione assunta". Nella medesima prospettiva, cfr. G. CASSANO, *I contratti di distribuzione. Agenzia, mediazione, promozione finanziaria, concessione di vendita, franchising. Figure classiche e new economy*, Milano, 2006, p. 569.

⁴⁶ Sul punto, cfr. le considerazioni di G.D. MOSCO, *Il contratto di rete dopo la riforma: che tipo!*, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., p. 33 – 34.

Il predicato qualificativo transtipico, dunque, non sarebbe in grado di cogliere la vera essenza della fattispecie, la quale, invece, rappresenterebbe un *unicum* nel panorama giuridico in ragione di peculiarità in grado di connotarla sul piano tipologico.

In tale prospettiva alcuni autori sottolineano che l'elemento di caratterizzazione della fattispecie sarebbe rappresentato dalla causa e, in particolare, dall'espressa volontà del legislatore di consentire agli imprenditori aderenti al contratto "collettivamente e individualmente" (art. 3, comma 4-ter, prima parte, d.l. n./2009 s.m.i.) il perseguimento degli obiettivi di innalzamento della capacità innovativa e competitività sul mercato⁴⁷.

L'efficacia connotativa della causa sarebbe confermata da una serie di indici normativi, fra i quali, *in primis* l'obbligo delle parti di indicare nel contratto gli "obiettivi strategici di innovazione e innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate [...] per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi" (art. 3, comma 4 ter, lett. b, d.l. n. 5/2009 s.m.i.)⁴⁸.

La norma, in tal modo, porrebbe a carico degli aderenti l'onere di oggettivare lo scopo che intendono perseguire, nonché quello di indicare i criteri per misurare l'idoneità della relazione contrattuale a realizzarli.

La fattispecie, dunque, si connoterebbe per una peculiare rilevanza dello schema causale, che lungi dall'assolvere una mera funzione di selezione di interessi meritevoli sul piano tipologico, penetrerebbe nel contenuto necessario del regolamento contrattuale⁴⁹.

Un ulteriore argomento a sostegno del ruolo connotativo della causa potrebbe ricavarsi dall'art. 5 l. n. 180/2011 ove le reti d'impresa vengono qualificate come "aggregazioni funzionali" disciplinate dall'art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 s.m.i.⁵⁰,

⁴⁷ In tale prospettiva G. VILLA, *Il coordinamento interimprenditoriale nella prospettiva del contratto plurilaterale*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 107 ss.

⁴⁸ V. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, in *Contratto e impresa*, 2015, p. 1317.

⁴⁹ Cfr. G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giur. comm.*, 2010, pt. I, p. 845.

⁵⁰ La formula contratto di rete è entrata oramai nel lessico del legislatore in leggi e provvedimenti che riconoscono in favore di tali forme di aggregazione cd. funzionali benefici fiscali ovvero discipline di favore. Cfr. in tal senso, la l. n. 180/2011, recante "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese", che è sostanzialmente una legge principio, in quanto, al fine di dare attuazione alla comunicazione dell'Unione Europea COM (2008) 394 del 25 giugno 2008 cd. "Small bussines act", esplicita una serie di obiettivi che lo Stato si propone di perseguire per la crescita delle forme aggregate d'impresa, mediante facilitazioni nei rapporti con la P.A. e incentivi nell'esercizio dell'attività d'impresa. In tale prospettiva, l'art. 5 della l. n. 180/2011 (cd. Statuto delle Imprese) definisce le reti di impresa come "le aggregazioni funzionali tra le imprese che rientrano nelle definizioni recate dal decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009 n. 33", le quali risultano destinatarie di una serie di interventi e misure di carattere incentivante accanto ad altre forme di esercizio aggregato dell'attività d'impresa. L'art. 34, comma 1, lett. e-bis) del d.lgs. 163/2006, nel selezionare i soggetti legittimati a partecipare alle gare di affidamento di contratti pubblici individua le "aggregazioni fra le imprese aderenti al contratto di rete", estendendo loro la disciplina dettata per i raggruppamenti temporanei di imprese prevista dall'art. 37 d.lgs. n. 163/2006 in quanto compatibile (art. 37, comma 15-bis, d.lgs. 163/2006). L'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 (cd. riforma Biagi) estende alle imprese aderenti ai contratti di rete in agricoltura l'istituto del distacco e della codatorialità. Secondo G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*,

e, dunque, come relazioni contrattuali preordinate a realizzare la funzione indicata in tale previsione legislativa.

I precedenti argomenti, dunque, rendono ragionevole e condivisibile quell'impostazione secondo cui il legislatore avrebbe dato rilevanza giuridica al fenomeno economico delle reti attraverso l'introduzione di un nuovo tipo contrattuale che rinverrebbe il suo principale elemento di caratterizzazione nella causa-funzione⁵¹.

Ciò equivale a dire che ricorrerà il tipo contratto di rete ogniqualvolta le parti intendano perseguire gli obiettivi di crescita innovativa e competitiva e siano tenute ad oggettivarli nel contratto mediante la loro espressa indicazione, unitamente all'individuazione di parametri di valutazione della relazione contrattuale e della sua capacità di realizzarli.

La caratterizzazione in senso tipologico del contratto di rete, riconducibile all'efficacia connotativa della causa, consente di ritenere che il giudizio causale avente ad oggetto i profili di realizzabilità della fattispecie dovrà snodarsi attraverso il vaglio di coerenza fra modello concreto selezionato dall'autonomia privata e funzione delineata dalla previsione legislativa.

Da qui scaturisce l'esigenza di ricostruire gli aspetti fisionomici della causa del contratto di rete e, in particolare, di comprendere cosa implichi sul piano effettuale la peculiare commistione fra interesse collettivo e individuale, strumentale all'accrescimento della capacità innovativa e competitiva dei singoli imprenditori aderenti.

4. L'attitudine del profilo funzionale a connotare in senso tipologico il contratto di rete induce ad affrontare l'analisi delle questioni connesse alla realizzabilità della sua funzione.

L'impostazione che ravvisa nel contratto di rete una fattispecie transtipica implica che il giudizio causale andrebbe mutuato dal tipo contrattuale di volta in volta ricostruito in concreto dall'interprete, relegando lo scopo fine delineato nell'art. 3, comma 4-ter, del d.l. n. 5/2009 s.m.i. esclusivamente sul piano dei motivi⁵².

Viceversa, l'affermata tipicità del modello rete consente di ritenere che la fattispecie si contraddistingua per una sua precipua funzione e, dunque, sia in grado di determinare effetti tipici la cui mancata produzione può evidenziare nella dinamica del rapporto la sussistenza di patologie in grado di riverberarsi sulla sua realizzazione⁵³.

cit., p. 845, a favore del carattere tipico della figura e non transtipico "non può, infatti, essere svalutata la presenza di una definizione legislativa del contratto di rete, secondo uno schema più volte utilizzato nello stesso codice civile per definire contratti (e non categorie contrattuali)".

⁵¹ G.D. MOSCO, *op. ult. cit.*, p. 845. In tal senso, di recente anche A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1305; F. GUERRERA, *Brevi considerazioni sulla governance nei contratti di rete*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 348.

⁵² In tal caso, infatti, il contratto di rete risulterebbe "destinato ad essere impiegato per funzioni diverse, singole o combinate" F. CAFAGGI, *Il contratto di rete e il diritto dei contratti*, in *Contr.*, 2009, p. 919.

⁵³ Per un'analisi delle applicazioni del concetto di causa nelle varie fasi di articolazione del rapporto contrattuale cfr. E. LA ROSA, *Percorsi della causa nel sistema*, cit., pp. 35 ss.

In tale prospettiva metodologica risulta opportuno focalizzare l'attenzione sulla portata del concetto di causa del contratto di rete, al fine di selezionare i suoi tratti qualificanti, per poi verificare quando possano sussistere patologie in grado di incidere negativamente su tale requisito.

L'ambiguità del dato normativo ha dato luogo a differenti ricostruzioni che hanno tentato di individuarne i caratteri con lo scopo di superare il poliformismo dei concetti di capacità innovativa e competitiva⁵⁴, ovvero di spiegare la peculiare commistione fra interesse collettivo e individuale.

Secondo una prima ipotesi ricostruttiva, la formula racchiusa nell'art. 3, comma 4-ter, pt. I, d.l. n. 5/2009 s.m.i., esprimerebbe sul piano funzionale l'esigenza che le imprese partecipanti alla rete siano in grado di perseguire lo scopo comune esplicitato nel contratto, con la conseguenza che l'eventuale accertamento della loro incapacità sarebbe indice dell'insussistenza di "un livello minimo di razionalità dell'affare"⁵⁵ e, pertanto, dell'irrealizzabilità della causa del contratto⁵⁶.

L'attitudine degli aderenti a realizzare gli obiettivi comuni dedotti nel contratto farebbe presumere che l'allocazione dei diritti e degli obblighi fissati nel regolamento contrattuale sarebbe avvenuta in modo tale da garantire la realizzabilità dell'accordo e, dunque, la capacità del negozio di soddisfare gli interessi dei singoli imprenditori.

Nella medesima prospettiva si pone chi sottolinea come la causa del contratto di rete esprimerebbe l'esigenza che l'attività svolta per il perseguimento dello scopo comune sia in grado di procurare a tutti gli aderenti un miglioramento della rispettiva capacità innovativa e della competitività sul mercato⁵⁷.

Tale impostazione pone l'accento sul carattere solidale del rapporto contrattuale che sarebbe sovrapponibile ai modelli di esercizio aggregato dell'attività d'impresa cd. mutualistici⁵⁸, sicché ove l'attività della rete non sia in grado di produrre le me-

⁵⁴ Critico sulla tecnica utilizzata dal legislatore per descrivere lo scopo-fine del contratto M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca di problema*, cit., p. 937, secondo cui si tratterebbe, in realtà, di una formula propagandistica inutile sul piano civilistico.

⁵⁵ C. SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di rete: il problema della causa*, cit., 2009, 965. Condivide tale impostazione F. FESTI, *La nuova legge sul contratto di rete*, in *Leggi civ. comm.*, pt. II, 2011, p. 543, il quale, tuttavia, aggiunge che il contratto di rete sarebbe nullo per mancanza di causa nell'ipotesi di contrarietà al patto leonino, ovvero sia il risultato di una condotta di abuso di dipendenza economica. V., inoltre, E. BRIGANTI, *La nuova legge sui contratti di rete tra le imprese: osservazioni e spunti*, cit., 194 – 195.

⁵⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁷ G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, cit., 2009, p.845 - 846; M. MALTONI, P. SPADA, *Il contratto di rete: dialogo tra un notaio e un professore su una leggina recente*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 505 – 506.

⁵⁸ Una puntuale analisi della portata del concetto di mutualità viene svolta da G. MARASÀ, *Lucro, mutualità e solidarietà nelle imprese. (Riflessioni sul pensiero di Giorgio Oppo)*, in *Giur. comm.*, 2012, pt. I, pp. 204 ss. Secondo E. CUSA, *Le società consortili con personalità giuridica: fattispecie e frammenti di disciplina*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, II, p. 373, nt. 1, il contratto di rete sarebbe caratterizzato dalla mutualità consortile.

desime utilità a tutti i singoli “retisti” sussisterebbe un vizio in grado di incidere sulla perdurante vincolatività dell’accordo⁵⁹.

Un’ulteriore ipotesi ricostruttiva rileva che la causa del contratto di rete implicherebbe sul versante effettuale la creazione di un contesto relazionale in grado di realizzare un tendenziale equilibrio fra il costo sopportato da ciascun aderente per l’ingresso e la permanenza in rete e i benefici conseguiti⁶⁰.

Ne deriverebbe che l’eventuale accertamento di una situazione di squilibrio dimostrerebbe l’inidoneità del rapporto di rete a procurare il miglioramento della capacità innovativa e competitiva dei partecipanti, determinando la nullità dell’atto o delle clausole in grado di impedire il raggiungimento di un livello di proporzionalità⁶¹.

Le ricostruzioni appena illustrate hanno il pregio di aver individuato, seppur con diverse sfumature, nel collegamento fra interesse collettivo (della rete) e interesse individuale dei singoli aderenti il tratto caratterizzante della causa del contratto di rete e in esso l’oggetto del giudizio causale per la valutazione di possibili patologie in grado di riverberarsi, come si è detto, sulla perdurante vincolatività dell’accordo⁶².

Siffatta valutazione, tuttavia, dovrebbe essere fondata su parametri che tengano conto delle peculiarità di ciascun interesse, così come parrebbe dedursi dallo stesso dettato normativo.

Su tale versante, per quanto concerne la dimensione collettiva l’art. 3, comma – 4^{ter}, lett. b), d.l. n. 5/2009 s.m.i., dopo aver previsto l’obbligo delle parti di indicare espressamente gli obiettivi strategici di innovazione e innalzamento della loro capacità innovativa e competitiva, pone a carico dei contraenti l’onere di specificare “*le modalità concordate con gli stessi per misurare l’avanzamento verso tali (n.d.r.) obiettivi*” (art. 3, comma 4-^{ter}, lett. b), d.l. n. 5/2009), nonché quello di esplicitare nel programma di rete “*le modalità di realizzazione dello scopo comune*” (art. 3, comma 4-^{ter}, lett. c), d.l. n. 5/2009).

In tal caso, il giudizio causale sull’idoneità del regolamento contrattuale a perseguire l’interesse collettivo dovrebbe essere fondato sui parametri dettati dalla stessa autonomia privata, sicché i criteri per monitorare la realizzabilità dello scopo comune nella prospettiva diacronica del rapporto potrebbero essere desunti dagli accordi intercorsi fra le parti nella costituzione della rete stessa⁶³.

⁵⁹ M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla l.n. 122/2010*, in *Notariato*, 2011, p. 70, secondo cui “*l’impresa aderente, tramite la partecipazione al contratto di rete, deve poter migliorare le sue performance, la sua capacità individuale di produrre un risultato positivo. [...] Poiché l’attività svolta dalla rete deve essere funzionale, nei termini anzidetti, all’attività delle imprese aderenti, ne deriva il suo carattere ausiliario, che non deve essere inteso come limite, ma come tratto caratterizzante l’istituto in un ordinato contesto normativo*”.

⁶⁰ Cfr., in tal senso, A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, cit., pp. 1317 – 1318.

⁶¹ A. GENTILI, *Il contratto di rete dopo la l. n. 122/2010*, in *Contr.*, 2011, p. 625.

⁶² Cfr. da ultimo la sintesi realizzata da F. CAFAGGI, *Contratto di rete*, in *Enc. dir.*, Ann. IX, Milano, 2016, p. 221.

⁶³ Si tratta di una prospettiva che pone in risalto un peculiare ruolo del giudizio causale, il quale verrebbe a confrontarsi con parametri di attuabilità della relazione contrattuale, cfr. sul punto quanto rilevato di recente da M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., p. 164 – 165. In

Più complessa, invece, appare la valutazione che involge l'idoneità del contratto a far conseguire al singolo aderente lo scopo di migliorare "individualmente" (art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 s.m.i.) la propria capacità innovativa e competitiva, dal momento che, in tal caso, il criterio di valutazione risulterà strettamente connesso al tipo di vantaggio che sarebbe riconducibile alle nozioni di innovatività e competitività.

Trattandosi di concetti che non rinvergono in ambito giuridico una definizione, qualche utile spunto sul versante ricostruttivo potrebbe trarsi dalle scienze economiche e aziendalistiche, le quali hanno chiarito che l'innovatività alluderebbe alla capacità delle singole imprese di produrre nuove marginalità di profitto attraverso un originale impiego dei propri fattori produttivi, dei processi e del capitale umano⁶⁴; la competitività starebbe ad indicare l'attitudine da parte dell'impresa di occupare e mantenere un posizionamento favorevole nei mercati, conseguendo una redditività maggiore a quella media precedente⁶⁵.

Sia l'innovatività, sia la competitività, dunque, starebbero a indicare la capacità dell'impresa di sfruttare determinati fattori al fine di conseguire una migliore marginalità nell'esercizio dell'attività d'impresa con risvolti positivi in termini di redditività.

Nelle reti d'impresa, il fattore che dovrebbe consentire al singolo imprenditore di conseguire il vantaggio competitivo e innovativo nei termini appena indicati sarebbe rappresentato proprio dalla partecipazione al contratto, nel senso che l'esercizio dell'attività collettiva diretta al perseguimento dello scopo comune dovrebbe essere strumentale a far conseguire al singolo aderente una maggiore capacità di generare margini di redditività rispetto a quelli ottenuti prima dell'ingresso nella rete.

Ciò equivarrebbe a dire che sul versante causale il riferimento legislativo all'idoneità del contratto di rete a consentire il miglioramento della capacità innovativa e competitiva del singolo partecipante "individualmente" (art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 s.m.i.) sembra alludere alla circostanza che lo svolgimento dell'attività collettiva si porrebbe in una posizione strumentale rispetto a quella svolta da ciascuna parte.

In tal senso, l'allocazione dei diritti e doveri stabilita dai contraenti per il perseguimento dell'interesse comune dovrebbe consentire al singolo di ottenere vantaggi in grado di incidere sulla sua capacità di ottenere una migliore marginalità e, quindi,

altre parole, siffatta valutazione sarebbe in grado di rivelare la sussistenza di condizioni materiali e/o giuridiche idonee a rivelare l'irrealizzabilità del programma contrattuale, con effetti sul versante delle permanente efficacia del vincolo negoziale, cfr. E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., 986 ss.

⁶⁴ J. SHUMPETER, *Teoria dello sviluppo economico*, Milano, 2013, pp. 68 ss. (ristampa italiana del libro pubblicato dall'autore nel 1912); M. Pianta, M. Tancioni, *Innovations, profits and wages*, in *Journal of Post Keynesian Economics*, 2008, 31, 1, pp. 103-125.

⁶⁵ Riferimenti, in tal senso, in M.E. Porter, *Il vantaggio competitivo*, Torino, 2011; D. Cerrato, *Natura e determinanti del vantaggio competitivo sostenibile nella prospettiva resource-based: alcune riflessioni critiche*, in *Sinergie*, 63, 2004, pp. 11 – 39. Per una differente lettura del rapporto fra vantaggio competitivo e profitto economico, cfr. S. Vernizzi, *Relazione fra vantaggio competitivo e profitto economico*, Torino, 2011.

implementare la sua attitudine a generare maggiori flussi di redditività rispetto a quelli prodotti prima dell'ingresso nella rete.

Ne discenderebbe che, ove l'adesione al contratto di rete dovesse portare al singolo imprenditore perdite e/o costi non sufficienti a generare una marginalità in grado di riverberarsi positivamente nell'esercizio della propria attività d'impresa si potrebbe ragionevole ritenere che l'interesse individuale a conseguire un vantaggio innovativo e competitivo non potrà dirsi raggiunto e, dunque, risulterebbe frustrato un connotato della funzione del contratto di rete⁶⁶.

Un'ipotesi ricostruttiva di questo tipo consentirebbe di evidenziare come la complessa dialettica causale che connota il contratto di rete suggerisca all'interprete di adeguare il giudizio causale al tipo di interesse (collettivo e/o individuale) che il contratto è diretto a soddisfare, partendo dapprima dai profili che involgono la realizzabilità dello scopo comune e, in seguito, concentrandosi su quelli relativi all'attitudine dell'azione comune a soddisfare gli interessi del singolo aderente.

5. L'analisi sin qui condotta consente di rilevare come lo scopo comune che connota il contratto di rete possa ritenersi concretamente realizzabile nella misura in cui il programma negoziale sia in grado di perseguire gli obiettivi oggettivati nel regolamento negoziale⁶⁷.

La valutazione di idoneità sarebbe legata ai parametri convenzionali definiti dall'autonomia privata, atteso che l'art. 3, comma 4-ter, lett. b), d.l. n. 5/2005 s.m.i. impone alle parti di definire *“le modalità concordate [...] per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi”*.

In tale prospettiva, occorre domandarsi cosa accada ove le citate *“modalità concordate”* dimostrino l'inidoneità dell'atto a perseguire lo scopo comune e, soprattutto, quale sia la sorte del contratto in tal caso.

Per dare risposta a tali interrogativi si rende opportuno soffermarsi, in prima battuta, sulla natura delle clausole contrattuali aventi ad oggetto le modalità per misurare l'avanzamento verso gli obiettivi indicati nel contratto e, in seguito, sulla loro incidenza rispetto alla valutazione di realizzabilità dello scopo ivi cristallizzato.

La circostanza che tali pattuizioni debbano avere la finalità di *“misurare l'avanzamento verso”* gli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva, consente di ritenere che le parti debbano indicare nel contratto vicende

⁶⁶ Tale aspetto viene posto in risalto da A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1317, il quale osserva che *“Il vantaggio individuale e collettivo giustifica l'assunzione di obbligazioni, doveri e l'attribuzione di poteri; ma siccome ciascuna impresa è interessata anche al vantaggio collettivo, in quanto in grado di generare anch'esso la crescita della propria capacità competitiva, ed il vantaggio collettivo non è altro che l'insieme di vantaggi individuali realizzati, ciascuno è interessato anche alla crescita altrui”*.

⁶⁷ Sul concetto di interesse nelle collettività v. P.G. JEAGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, 3 ss., secondo cui l'interesse esprime la tendenza a soddisfare il risultato oggettivato nel contratto e che corrisponde alla previsione generale e astratta dello scopo previsto dalla norma, rispetto alla quale può essere condotta la valutazione di idoneità.

e/o situazioni idonee a monitorare l'attitudine della relazione contrattuale a perseguire il fine comune individuato nel regolamento negoziale.

Si tratterebbe, in sostanza, di meccanismi di valutazione il cui fine consisterebbe nel monitorare l'andamento della relazione contrattuale in una prospettiva diacronica e, in particolare, la sua capacità di raggiungere gli obiettivi di crescita innovativa e competitiva stabiliti nel contratto.

Le pattuizioni intercorse fra le parti finiscono in tal modo per rappresentare presupposti negoziali di funzionamento della causa del contratto di rete, dal momento che loro tramite i contraenti sarebbero in grado di verificare la capacità del regolamento contrattuale di perseguire lo scopo comune e, quindi, realizzare il loro interesse collettivo⁶⁸.

Il presupposto causale assumerebbe un ruolo centrale nei meccanismi tesi a verificare l'idoneità del regolamento contrattuale a soddisfare gli interessi delle parti oggettivati nel contratto, a maggior ragione nell'ipotesi in cui siano queste ultime a fissarne il contenuto⁶⁹.

Qualora i presupposti fissati dalle parti per misurare l'avanzamento verso gli obiettivi comuni definiti nel contratto di rete evidenzino l'incapacità del programma negoziale di perseguirli, si dovrebbe valutare se tale accertamento incida sul versante dell'irrealizzabilità originaria dell'atto ovvero sulla mera impossibilità sopravvenuta di esecuzione del rapporto.

Più precisamente, ove si ritenga che il loro piano di operatività riguardi l'originario assetto di interessi definito dai contraenti al momento della stipulazione, l'eventuale dimostrazione dell'impossibilità di perseguire lo scopo comune esporrebbe il contratto alla sanzione della nullità, dal momento che l'atto sin dalla sua genesi sarebbe privo di valida giustificazione causale in quanto incapace di realizzare l'assetto di interessi programmato dalle parti⁷⁰.

In una diversa prospettiva, nel caso in cui si reputi che "le modalità concordate" (art. 3, comma 4-ter, lett. b, d.l. n. 5/2009 s.m.i.) dimostrino l'incapacità del rapporto di procurare i vantaggi perseguiti dai contraenti nella fase attuativa (rispetto ad un contratto perfettamente valido ed astrattamente capace di produrre gli effetti pro-

⁶⁸ In una medesima prospettiva, cfr. A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1314 (spec. nota 95).

⁶⁹ Secondo E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, cit., p. 276 "il ruolo del presupposto causale non è quello di identificare tout court la causa, bensì di svelare se tale elemento sia in grado di funzionare". L'A. afferma che i presupposti causali potrebbero suddividersi in: presupposti causali di tipo oggettivo interni alla struttura dell'atto; presupposti causali esterni alla struttura dell'atto; presupposti causali di tipo soggettivo e interni alla volontà del disponente.

⁷⁰ La nullità risponderebbe all'esigenza di tutelare le parti a fronte di un assetto di interessi *ab origine* irrealizzabile. Cfr. E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi*, cit., p. 992.

grammati) allora sarebbero applicabili i rimedi risolutivi, in quanto la causa diverrebbe irrealizzabile solo in un momento successivo⁷¹.

Delineato il quadro problematico entro cui analizzare il profilo di incidenza di tali clausole rispetto al perseguimento dello scopo comune stabilito nel contratto, l'analisi deve prendere le mosse dalla circostanza che le modalità concordate per misurare l'avanzamento verso l'obiettivo comune stabilito nel regolamento contrattuale vengono definite dai contraenti nella predisposizione dell'atto, rappresentando un requisito necessario del suo contenuto.

In tal senso, depono l'art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 s.m.i. secondo cui "*ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater*", ovvero l'iscrizione del contratto presso il registro delle imprese, le parti devono indicare accanto agli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti anche "*le modalità concordate con gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi*"(art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009, lett. b).⁷²

Si tratta, a ben vedere, di un obbligo di esplicitazione dei presupposti che incidono sulla componente causale, cui la legge subordina la produzione dei suoi effetti giuridici⁷³.

Ne discende che le predette pattuizioni afferirebbero al momento genetico della relazione contrattuale, in quanto tenderebbero a individuare situazioni, eventi e/o circostanze che il legislatore impone alle parti di indicare alla sottoscrizione del contratto, subordinando a tale adempimento la possibilità che il contratto produca i suoi effetti.

In tale prospettiva, ove le suddette clausole accertino l'esistenza di condizioni idonee ad impedire il perseguimento dell'interesse collettivo stabilito nel contratto, ciò spiegherebbe i propri effetti sul versante della realizzabilità originaria dell'atto,

⁷¹ cfr. A. DI MAJO, *Causa del negozio giuridico*, cit., p. 8; A. NICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 860.

⁷² Si tratta, dunque, di clausole che connotano il contenuto necessario del contratto, come emerge, peraltro, dal modello *standard* per la trasmissione del contratto di rete al registro delle imprese, che nella sez. 1, titolata "*Contratto di rete*", contiene i campi obbligatori "*Obiettivi strategici della rete*" e "*Modalità di misurazione dell'avanzamento degli obiettivi strategici*", cfr. G.U. del 25 agosto 2014, Serie Generale n. 196, All. A), art. 1, comma 1, che adotta il "*Regolamento recante la tipizzazione del modello standard per la trasmissione del contratto di rete al registro delle imprese*", spec. p. 39.

⁷³ Sull'efficacia costitutiva dell'iscrizione del contratto nel registro delle imprese, cfr. V. DONATIVI, *Le reti di imprese: natura giuridica e modelli di governance*, cit., p. 1434; M. MALTONI, *Il contratto di rete. Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla l.n. 122/2010*, cit., p. 69, nonché la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 15/E del 14 aprile 2011, la quale stabilisce che "*il regime di pubblicità è dunque prescritto ai fini di efficacia del contratto sia tra le parti, sia verso i terzi, compresa l'Amministrazione finanziaria*". Sull'efficacia meramente dichiarativa dell'iscrizione nel registro delle imprese cfr. A. CAPRARA, *Il contratto di rete e gli adempimenti pubblicitari: le pubblicità del contratto*, in *Giur. comm.*, 2015, pt. I, 113 ss., il quale ritiene che sarebbe eccessivo riconoscere all'iscrizione del contratto efficacia costitutiva, sebbene poi dal ragionamento articolato dall'Autore emerge come la mancata iscrizione escluda la possibilità di ravvisare nell'atto la fattispecie del contratto di rete, di talché con specifico riferimento al problema della responsabilità "*si applicheranno le regole comuni in materia di mandato con rappresentanza, salva la sua qualificazione sub specie di diverso rapporto associativo (per es. associazione non riconosciuta; società di fatto, etc.)*"(spec. p. 130).

che, pertanto, dovrebbe considerarsi inidoneo a realizzare la causa del contratto di rete, con conseguente nullità *ex art.* 1418, 2° comma, c.c.⁷⁴.

L'accertamento dell'eventuale irrealizzabilità originaria della funzione del contratto implicherebbe una serie di effetti, fra i quali, spicca quello restitutorio collegato all'efficacia *ex tunc* della declaratoria di nullità.

Tale effetto può ritenersi sicuramente compatibile con l'ipotesi in cui il contratto di rete abbia un'efficacia meramente obbligatoria e interna, in quanto privo di fondo patrimoniale comune e organo comune.

Occorre, invece, verificare se l'efficacia *ex tunc* della declaratoria di invalidità del contratto sia compatibile con i sottotipi contrattuali connotati da elementi di organizzazione (organo comune e/o fondo patrimoniale) o dalla soggettività giuridica, dal momento che in tali casi l'effetto retroattivo della nullità potrebbe pregiudicare i terzi che hanno intrattenuto rapporti con la rete.

Si tratta, a ben vedere, di una problematica che solleva questioni affini a quelle affrontate dalla scienza commercialistica rispetto al tema della nullità del contratto di società.

Sul piano normativo il punto di riferimento pressoché esclusivo è rappresentato dall'art. 2332 c.c., dettato per le società per azioni, in base al quale la dichiarazione di nullità non pregiudica gli atti compiuti dalla società dopo l'iscrizione del contratto nel registro delle imprese⁷⁵.

Il legislatore, dunque, con riferimento a questo tipo di società deroga alla disciplina generale della nullità, prevedendo l'efficacia *ex nunc* della declaratoria di invalidità dell'atto, sicché, per un verso, i soci saranno tenuti ad eseguire i conferimenti ancora dovuti, per altro verso, gli atti compiuti con i terzi dovranno considerarsi pienamente validi, efficaci e vincolanti per l'ente⁷⁶.

La dottrina maggioritaria e la giurisprudenza ritengono che la disciplina contenuta nell'art. 2332 c.c. non possa essere estesa alle società di persone, in quanto la disposizione troverebbe giustificazione esclusivamente nel contesto normativo delle società di capitali e, pertanto, avrebbe carattere speciale⁷⁷.

⁷⁴ Sulla portata del concetto di irrealizzabilità originaria del contratto cfr. quanto rilevato nel paragrafo 2 e, inoltre, quanto osservato da M. BARCELLONA, *Della causa*, cit., p. 169; nonché C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, cit, p. 175 – 176; C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, cit., p. 267.

⁷⁵ Per una puntuale analisi della problematica cfr. A. BORGIOLO, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 234 ss. G.M. PALMIERI, *La nullità della società per azioni*, in *Tratt. Colombo-Portale*, vol. I, Torino, 2004, p. 451 ss.

⁷⁶ Tale aspetto viene evidenziato da F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, Vol. IV, Padova, 2010, p. 77, il quale osserva che “*Per le società di capitali vige una norma che trasforma le cause di nullità del contratto sociale in altrettante cause di scioglimento della società*”, al fine di salvaguardare coloro che hanno contratto con la società che possono fare affidamento sul patrimonio dell'ente, costituito anche dai conferimenti dovuti dai soci a seguito della declaratoria di invalidità dell'atto.

⁷⁷ In tal senso, ancora F. GALGANO, *Le società in genere – le società di persone*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2007, p. 197. In giurisprudenza, Cass. civ., 2.1.1995, n. 7, in *Soc.*, 1995, p. 774 ss., nonché Trib. Alba,

In particolare, si pone in evidenza come nel fenomeno delle società di persone prevalga ancora una dimensione contrattuale, e, quindi, per gli aspetti non espressamente regolamentati dal legislatore dovrebbero trovare applicazione i principi e le regole dettate nel libro IV del c.c.⁷⁸.

Gli argomenti che escludono l'applicazione dell'art. 2332 c.c. alle società di persone potrebbero essere estesi anche al contratto di rete, il quale, come visto, dà vita ad aggregazioni imprenditoriali che presentano caratteri diversi da quelli ascrivibili al modello della società di capitali.

Ne consegue che al pari di quanto accade in materia di società di persone, l'assenza di una regolamentazione specifica dovrebbe indurre l'interprete a ritenere applicabili ai contratti di rete dotati di elementi di organizzazione ovvero di soggettività giuridica le regole generali in materia di nullità.

In tal senso, l'eventuale accertamento dell'irrealizzabilità della causa determinerebbe la caducazione del vincolo negoziale con efficacia retroattiva, con i connessi effetti restitutori previsti dall'art. 2033 c.c.⁷⁹.

6. L'indagine sinora condotta consente di cogliere solo un peculiare modo di atteggiarsi dei difetti funzionali del contratto di rete, in quanto risulta circoscritta al profilo relativo alla realizzazione dell'interesse collettivo comune alla totalità dei partecipanti.

La dimensione causale, come osservato in precedenza, per espressa indicazione legislativa assume rilevanza non solo nella prospettiva collettiva ma anche individuale, così come previsto dall'art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 s.m.i., il quale prevede che le parti devono perseguire lo scopo di accrescere la propria capacità innovativa e competitività sul mercato *“collettivamente e individualmente”*.

La causa del contratto di rete, infatti, risulterebbe connotata dalla relazione di strumentalità fra perseguimento dello scopo collettivo e soddisfazione dell'interesse del singolo aderente, nel senso che l'attività della rete dovrebbe essere in grado di procurare a ciascun imprenditore vantaggi innovativi e competitivi che si traducano in una maggiore redditività.

Tale peculiare caratterizzazione evidenzerebbe come le prestazioni che la parte esegue per l'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di rete parrebbero porsi in relazione sinallagmatica rispetto ai vantaggi derivanti dalla partecipazione al

22.10.1999, ivi, 2000, 319, secondo cui *“non è applicabile alle società di persone il principio di irretroattività degli effetti della nullità del contratto prevista dall'art. 2332 c.c. per le società di capitali. Di conseguenza, al contratto di società di persone nullo si applica il principio generale quod nullum est nullum producit effectum”*.

⁷⁸ Cfr. B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1973, p. 485, che acutamente osserva come *“il contratto della società di persone, infatti, è rimasto ancora un contratto nel significato classico del termine, con tutto quel che ne consegue dal punto di vista della disciplina e quindi anche per l'invalidità, mentre nella società di capitali il valore del contratto è stato confinato solo all'elemento genetico, senza per nulla influenzare l'autonomia della complessa struttura economica che ne deriva”* (spec. p. 488).

⁷⁹ A ciò deve aggiungersi l'impossibilità dell'organo comune di chiedere i conferimenti ancora dovuti; l'inefficacia degli atti compiuti nell'esecuzione del contratto; l'impossibilità della convalida del contratto.

rapporto, dal momento che seppur convergano verso uno scopo comune risultano controbilanciate dalle utilità che ciascun aderente mira ad ottenere dalla partecipazione al contratto⁸⁰.

La specifica rilevanza dell'interesse individuale porta a domandarsi cosa accada nell'eventualità in cui il legame fra rete e singolo "retista" venga ad essere turbato da fatti e circostanze sopravvenute indipendenti dalla volontà delle parti⁸¹ che alterano la relazione di strumentalità nonostante "le modalità concordate" (art. 3, comma 4-ter, lett. b), d.l. n. 5/2009 s.m.i.) dimostrino la realizzabilità dello scopo comune.

In siffatta ipotesi, la parte pregiudicata dall'evento perturbatore potrebbe essere interessata a sciogliersi dal vincolo che la lega al contratto; dall'altro canto potrebbe sorgere il contrapposto interesse degli altri contraenti a trattenerla qualora la sua partecipazione debba ritenersi, secondo le circostanze, essenziale per il perseguimento dello scopo comune.

Tale situazione di potenziale conflitto induce a considerare, per un verso, il rimedio che la parte potrebbe invocare per sciogliersi dal vincolo contrattuale, per altro verso, i poteri che gli altri contraenti potrebbero esercitare per evitare e/o paralizzare la sua pretesa.

Partendo dall'analisi del dettato normativo si osserva che l'art. 3, comma 4-ter, lett. d), del d.l. n. 5/2009 s.m.i. dispone che al contratto di rete si applicano "le regole generali" in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, sebbene venga riconosciuta ai contraenti la facoltà di prevedere cause facoltative di recesso⁸².

⁸⁰ In tale prospettiva, cfr. A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1322. In materia di società già da tempo la dottrina sostiene come nel rapporto fra singolo socio ed ente "si può intravedere una relazione assai vicina ad uno scambio tra due parti", cfr. G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, Milano, 1999, p. 191. Ciò equivale a dire che la società "non spoglia i soci dei loro diritti contrattuali, ma ne cura l'attuazione, e quindi li afferma. Nulla si oppone tra questi diritti contrattuali, permanga, anche nella fase della esecuzione, quel legame di reciproca dipendenza, che integra appunto l'azione funzionale del sinallagma", in tal senso A. DALMARTELLO, *Società e sinallagma*, in *Riv. dir. civ.*, 1937, 495 ss., ora in Id., *Studi di diritto civile e commerciale*, Milano, 2009, vol. II, p. 386.

⁸¹ I fatti in grado di incidere sull'equilibrio tratteggiato dai contraenti successivi alla conclusione del contratto vengono ricondotti nella nozione di sopravvenienza, la quale "deriva dal verbo *sopravvenire* (*venire sopra*), e indica il fatto che accade in modo inatteso e che modifica la situazione che si era creata. Ne discende, anche da un punto di vista logico, che il fatto inatteso deve accadere dopo e deve modificare una precedente situazione", così M. ZACCHEO, *Sopravvenienza* (voce), in *Diz. Irti*, Milano, 2011, p. 1638. Per una compiuta ricostruzione del concetto di sopravvenienza, anche in un'ottica storico – comparatistica, si rinvia al contributo monografico di M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, pp. 78 ss.

⁸² Prima della riforma operata con il d.l. n. 78/2010, convertito con l.n. 122/2010, era previsto l'obbligo delle parti di indicare nel contratto le ipotesi in cui la parte era legittimata a recedere, cfr. sul punto l'analisi condotta da F. BARTOLINI, *Il recesso nelle reti contrattuali*, in *Le reti di imprese e i contratti di rete*, cit., p. 335 ss. Con il richiamato intervento normativo, il legislatore ha previsto l'inserimento solo eventuale nel regolamento contrattuale di clausole di recesso, disponendo, tuttavia, l'applicazione delle regole generali in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo. È stato osservato

La citata disposizione renderebbe applicabili al contratto di rete tutte le disposizioni della parte generale del contratto in cui il legislatore disciplina il venir meno del vincolo negoziale nei contratti caratterizzati dalla comunione di scopo e, dunque, gli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c.⁸³.

Secondo la dottrina maggioritaria le norme richiamate esprimerebbero un generale principio di conservazione dei contratti con comunione di scopo, dal momento che il legislatore esclude che il venir meno della partecipazione del singolo nell'ipotesi di nullità (art. 1420), annullabilità (art. 1446), risoluzione per inadempimento (art. 1459 c.c.), risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1466 c.c.), ove non debba ritenersi essenziale secondo le circostanze, possa determinare la caducazione dell'intero rapporto negoziale⁸⁴.

Il complesso delle disposizioni appena richiamato costituisce, dunque, la base normativa per disciplinare i casi in cui la relazione di strumentalità che lega il singolo alla rete sia affetta da un vizio che possa determinare la sua nullità o annullabilità, ovvero i casi di risoluzione del contratto per inadempimento o sopravvenuta impossibilità della prestazione del singolo.

Si tratta, tuttavia, di ipotesi che lasciano fuori dal loro campo applicativo l'eventualità in cui il rapporto che lega la parte alla rete venga perturbato e alterato da fatti e circostanze indipendenti dalla volontà dei contraenti in grado di determinare la maggiore onerosità delle prestazioni cui l'aderente è tenuto in virtù del vincolo contrattuale, ovvero l'impossibilità di fruire dei vantaggi derivanti dalla partecipazione al contratto.

Tale situazione parrebbe determinare un difetto della relazione di strumentalità, implicando una disfunzione del sinallagma che lega il singolo alla rete, il quale potrebbe essere posto nella condizione di non poter più fruire dei vantaggi riconducibili all'attività collettiva proprio perché la partecipazione al contratto è divenuta eccessivamente onerosa.

La maggiore onerosità sarebbe riconducibile alla circostanza che la partecipazione al contratto non consentirebbe al contraente di ottenere un miglioramento della

che l'apparato normativo cui allude il legislatore sarebbe costituito dagli artt. 1420, 1446, 1459 e 1466 c.c., cfr., in tal senso, F. CAFAGGI, *Il nuovo contratto di rete: learning by doing*, cit., p. 1152.

⁸³ In tal senso A. CAPRARA, *Le modificazioni soggettive nel contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Contratto e impresa*, 2013, pp. 1385 - 1386, il quale rileva che "L'espressione, che chiude la lett. d dell'art. 3, comma 4 ter, d.l. n. 4/2009, evoca un principio generale, che salvo per il procedimento di formazione, governa i contratti plurilaterali con comunione di scopo, ossia quello per il quale il venir meno di un contraente non determina lo scioglimento dell'intero rapporto, se la sua partecipazione non debba reputarsi essenziale per il raggiungimento dello scopo". Per un'analisi generale delle questioni sottese all'applicazione delle citate disposizioni, cfr. G. VILLA, *Inadempimento contrattuale e contratto plurilaterale*, cit., *passim*; A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 660 ss.

⁸⁴ In tal senso, F. GALGANO, *sub. art. 1420 c.c.*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna - Roma, 1998, p. 147; F. MESSINEO, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, in *Enc. dir.*, Milano, X, 1962, p. 144 ss.; D. CARUSI, *Sub. art. 1459 c.c.*, in E. NAVARRETTA, A. ORESTANO (a cura di) *Dei contratti in generale*, Milano, 2011, in *Comm. Gabrielli*, Milano, 2011, p. 476.

propria capacità innovativa e competitiva nei termini in precedenza descritti, sicché questi potrebbe non avere alcun interesse a ricevere le prestazioni eseguite dalle altre parti per il perseguimento dello scopo collettivo⁸⁵.

In un'ipotesi di questo tipo sussisterebbe una patologia in grado di incidere su un connotato causale del contratto di rete che verificandosi in costanza di rapporto potrebbe legittimare la parte ad impiegare il rimedio risolutivo⁸⁶.

Infatti, l'evento sopravvenuto, incidendo sulla relazione di strumentalità fra rete e partecipazione del singolo "retista" sarebbe in grado di incidere sul versante dell'irrealizzabilità successiva della funzione del contratto di rete che, come visto, non sarebbe rappresentata dal perseguimento dello scopo comune ma anche dall'idoneità dell'attività collettiva a consentire al singolo di ottenere marginalità riconducibili al miglioramento competitivo e innovativo.

Tale situazione, come accennato in precedenza, farebbe sorgere rilevanti problematiche nell'ipotesi in cui la partecipazione della parte che voglia ottenere lo scioglimento dal contratto debba ritenersi essenziale secondo le circostanze per il perseguimento dello scopo comune, dal momento che il suo venir meno sarebbe in grado di determinare la caducazione dell'intero contratto di rete conformemente all'apparato normativo che regola i contratti plurilaterali con comunione di scopo⁸⁷.

La questione, a ben vedere, involge la più generale tematica della gestione dello squilibrio sopravvenuto in grado di generare un'alterazione dell'economia del contratto⁸⁸, la quale secondo la dottrina prevalente rinverrebbe negli artt. 1467 - 1469 c.c. (disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione) l'apparato normativo da cui desumere le regole per la gestione delle sopravvenienze.

In linea generale, infatti, si osserva che con l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità il legislatore avrebbe codificato la regola secondo cui nei contratti di durata un'eventuale alterazione del sinallagma, dovuta ad eventi straordinari ed imprevedibili che non rientrano nella sua alea normale, legittimerebbero chi è tenuto ad eseguire la prestazione divenuta eccessivamente onerosa a chiedere la cessazione

⁸⁵ Tale disfunzione, evidenzerebbe l'impossibilità da parte del singolo di ottenere il miglioramento della propria capacità innovativa e competitiva che, come visto, rappresenta un tratto caratterizzante della fattispecie contrattuale, posto che, diversamente ragionando, non avrebbe alcun senso la puntualizzazione da parte del legislatore che tale finalità debba essere perseguita "individualmente e collettivamente" (art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 s.m.i.).

⁸⁶ In tal senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 6111, secondo cui "occorre tenere presente che l'inefficacia derivante da invalidità successiva è una vicenda risolutiva, poiché trae origine da un fatto successivo al perfezionamento ed efficacia del contratto".

⁸⁷ Sul concetto di essenzialità della partecipazione cfr. A. BELVEDERE, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, cit., p. 691 ss.

⁸⁸ Per una puntuale disamina delle questioni sottese al complesso tema dell'equilibrio del contratto con particolare riferimento ai limiti del sindacato giudiziale cfr. A. GENTILI, *De Jure Belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, pp. 27 ss.

dell'efficacia del vincolo, sebbene l'altra parte possa evitare la risoluzione offrendo di ricondurre ad equità il rapporto⁸⁹.

Tale disciplina, dunque, consentirebbe alla parte di evitare il pregiudizio derivante da eventuali patologie in grado di incidere sulla funzione del contratto e, dunque, sulla capacità del regolamento contrattuale di realizzare l'equilibrio contrattuale definito dai contraenti al momento della stipulazione dell'atto⁹⁰.

Posto che le questioni sottese alla disfunzione sopravvenuta del sinallagma contrattuale, dovuta ad eventi straordinari e imprevedibili, rinviene nella disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità il suo apparato normativo di riferimento, resta da verificare se tale istituto possa essere applicato al contratto di rete.

Come visto in precedenza, infatti, tale fattispecie contrattuale (con l'eccezione delle reti costituite da due soli soggetti) è riconducibile alla classe dei contratti plurilaterali con comunione di scopo, rispetto ai quali secondo parte della dottrina sarebbe esclusa la possibilità di invocare il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità.

Si osserva, infatti, che per tale classe di contratti il legislatore avrebbe disciplinato solo la risoluzione del contratto nel caso di inadempimento (art. 1459 c.c.) o di impossibilità della prestazione (art. 1466 c.c.) senza estendere l'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità⁹¹.

La *ratio* legislativa sarebbe coerente con l'esigenza di assegnare carattere prevalente al perseguimento dello scopo comune, che implicherebbe il sacrificio dell'interesse del singolo contraente cui dovrebbe gravare il rischio della prestazione divenuta eccessivamente onerosa⁹².

Tale impostazione, come rilevato in dottrina, determinerebbe tuttavia un'indebita generalizzazione del concetto di "alea normale" nei contratti caratterizzati dalla comunione di scopo, che non terrebbe conto del piano di incidenza dell'evento straordinario e imprevedibile e del tipo di alterazione procurata nell'economia del contratto⁹³.

⁸⁹ Per alcuni riferimenti sul tema dell'eccessiva onerosità G. AULETTA, *Risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 170 ss.; G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre*, 1988, pp. 54 ss.; E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, Milano, 1999, pp. 1559 ss.

⁹⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 389; F. MACARIO, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (a cura di), *Diritto civile*, Vol. III, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 1195.

⁹¹ B. INZITARI, *Riflessioni sul contratto plurilaterale*, cit., p. 522; A. CARLO, *Il contratto plurilaterale associativo*, Milano, 1967, pp. 249 – 250.

⁹² B. INZITARI, *op. ult. cit.*, pp. 523 – 524, secondo cui "nei contratti in cui è presente la comunione di scopo tra funzione del negozio e interesse delle parti il rapporto non si svolge negli stessi termini, ma, attraverso il diaframma dello scopo comune, l'interesse dei contraenti rimane in una posizione di completa subalternità rispetto a quello più generale rivolto al mantenimento del rapporto e al perseguimento del fine" (spec. p. 524).

⁹³ S. MAIORCA, *Contratto plurilaterale*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, p. 26, il quale osserva che la tesi circa l'esclusione dell'istituto della risoluzione per eccessiva onerosità nei contratti plurilaterali con comunione di scopo dovuta alla sovraordinazione dell'interesse collettivo rispetto a quello individuale "esalta un aspetto,

In tal senso, si è ritenuto che ove l'evento incida sull'insieme delle prestazioni dedotte nel contratto rendendole gravose per la totalità degli stipulanti, l'applicazione del rimedio della risoluzione dell'eccessiva onerosità sopravvenuta dovrebbe essere esclusa in quanto vi sarebbe un'alterazione dell'equilibrio del contratto proporzionata per tutti gli aderenti; viceversa, qualora l'evento straordinario e imprevedibile colpisca la prestazione del singolo aderente determinando un'alterazione del rapporto sinallagmatico che lo lega agli altri partecipanti allora il soggetto pregiudicato potrebbe chiedere la risoluzione del contratto ricorrendo i presupposti richiesti dall'art. 1467 c.c.⁹⁴.

Ammessa, dunque, in linea generale l'applicazione del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità nei contratti plurilaterali con comunione di scopo, occorre ora verificare in che modo l'operatività di tale rimedio possa atteggiarsi rispetto al contratto di rete nell'ipotesi di eventi sopravvenuti che non dipendano dal comportamento delle parti siano idonei a determinare un'alterazione della relazione di strumentalità che lega il singolo alla rete.

Per legittimare la parte a domandare la risoluzione del contratto l'evento sopravvenuto dovrebbe incidere sulla capacità del contratto di fargli conseguire migliori marginalità riconducibili al potenziamento della sua capacità competitiva e innovativa⁹⁵.

In tal senso, il giudice eventualmente chiamato a deliberare sulla legittimità della domanda di risoluzione dovrà verificare se, nonostante l'evento sopravvenuto, il regolamento contrattuale sia comunque in grado di realizzare la predetta funzione in base a criteri quantitativi, qualitativi e temporali⁹⁶, nel senso che dovrà valutare se la partecipazione del singolo sia divenuta effettivamente più onerosa se correlata ai vantaggi conseguiti.

Ove siffatto apprezzamento riveli che l'evento straordinario e imprevedibile⁹⁷, abbia alterato la relazione di strumentalità che lega il singolo alla rete, la domanda di risoluzione potrà verosimilmente essere accolta, in quanto in tal caso si sarebbe in

pur caratteristico, dei contratti plurilaterali, al punto però da tradurre sostanzialmente l'alea normale di questi contratti in una forma generalizzata di autentica aleatorietà".

⁹⁴ In tal senso, Roppo, *Il contratto*, cit., p. 962.

⁹⁵ La relazione di strumentalità che lega il singolo alla rete viene enfatizzata dal legislatore attraverso l'accostamento degli avverbi "individualmente e collettivamente" nella parte in cui individua la funzione del contratto (art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 s.m.i.), cfr. A. BARBA, *Reti di impresa e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 1318.

⁹⁶ E. GABRIELLI, *La risoluzione per eccessiva onerosità*, cit., p. 1575.

⁹⁷ Per un'analisi dei concetti di straordinarietà e imprevedibilità v. F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 360. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., 19.10.2006, n. 22396, in *redazionegiuffrè*, secondo cui "Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza. L'accertamento del giudice di merito circa la sussistenza dei caratteri evidenziati è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione adeguata ed immune da vizi".

presenza di un piano di distribuzione dei rischi inidoneo a far conseguire alla parte che domanda la risoluzione vantaggi che siano capaci di generare migliori *performance* sul versante reddituale.

L'effetto estintivo potrà essere evitato dagli altri partecipanti alla rete, ovvero dalla "rete soggetto", eventualmente convenuti nel giudizio avente ad oggetto la domanda di risoluzione mediante l'esercizio del diritto potestativo di offerta di riconduzione ad equità del rapporto, fermo restando che ove tale facoltà non venga esercitata il rischio di caducazione dell'intero contratto, ove la partecipazione del singolo debba secondo le circostanze considerarsi essenziale, resterà a carico della rete nel suo complesso⁹⁸.

Nell'ipotesi di essenzialità della partecipazione del soggetto svantaggiato è verosimile ritenere che i convenuti nel giudizio di risoluzione, al fine di evitare la caducazione dell'intero contratto, saranno maggiormente disposti a formulare l'offerta di riconduzione ad equità del rapporto, fermo restando che ove quest'ultima non dovesse essere ritenuta adeguata dalla parte colpita dall'evento sopravvenuto sarà il giudice in base a criteri economici oggettivi a valutare se l'offerta risulti idonea a eliminare lo squilibrio⁹⁹.

Nel caso in cui l'offerta venga ritenuta congrua l'autorità giudiziaria non dichiarerà la risoluzione ma pronuncerà l'adeguamento del rapporto, senza che assuma rilievo la differente volontà della parte che ha chiesto la risoluzione; in caso contrario, verrà pronunciata la risoluzione del contratto¹⁰⁰.

È stato rilevato che il congegno previsto dall'art. 1467 c.c. non si porrebbe nella prospettiva conservativa dell'equilibrio del contratto dal momento che rimetterebbe esclusivamente alla parte avvantaggiata la facoltà di proporre una modificazione delle condizioni del contratto¹⁰¹.

Ciò equivarrebbe a dire che nel momento in cui la partecipazione della parte danneggiata non dovesse essere essenziale per la prosecuzione del rapporto, gli altri partecipanti potrebbero non essere disposti a formulare l'offerta di riconduzione ad equità, anche per evitare di sopportare maggiori oneri riconducibili alla modificazione delle pattuizioni contrattuali e ad una differente distribuzione dei diritti e obblighi.

Il soggetto svantaggiato, quindi, si verrebbe a trovare in una posizione di debolezza, posto che avrebbe come unica opzione quella di chiedere la risoluzione al fine di sciogliersi dal vincolo contrattuale.

⁹⁸ In tal senso, cfr. G. VILLA, *Inadempimento e contratto plurilaterale*, cit., p. 173.

⁹⁹ Cass. civ., 8.9.1998, n. 8857, in *Giust. civ. Mass.* 1998, 1865.

¹⁰⁰ A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contratto e impresa* 2003, pp. 708 – 709.

¹⁰¹ È stato osservato, infatti, che la parte colpita dalla sopravvenienza non ha il diritto di chiedere un riequilibrio del rapporto, essendo assoggettata alla posizione di forza della controparte non danneggiata di proporre o meno l'equa modificazione delle condizioni contrattuali, cfr. C. D'ARRIGO, *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine tra eccessiva onerosità e adeguamento del rapporto*, in (a cura di) Tommasini, *Sopravenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuali*, Torino, 2003, pp. 503 ss.

È facile osservare che il meccanismo che connota il rimedio previsto dall'art. 1467 c.c. parrebbe stridere con la funzione del contratto di rete, soprattutto se si considera che tale schema negoziale dà vita a rapporti di durata rispetto ai quali il fine del miglioramento competitivo e innovativo potrebbe richiedere investimenti specifici ed elevati che indurrebbero a preferire strumenti di gestione della crisi del rapporto più flessibili e capaci di preservare la sua stabilità¹⁰².

Tali considerazioni, manifestando alcuni profili problematici legati all'applicazione della disciplina della risoluzione per eccessiva onerosità, fanno emergere la necessità di interrogarsi sull'ammissibilità di strumenti più aderenti ai profili funzionali del contratto di rete e, in particolare, di rimedi manutentivi capaci di imporre alla parte avvantaggiata di cooperare nell'ottica del riequilibrio del contratto, preservando gli interessi del contraente danneggiato.

7. La ricerca di strumenti alternativi al tradizionale meccanismo previsto dall'art. 1467 c.c., come visto, sarebbe legata all'esigenza di riequilibrare la posizione di soggezione della parte danneggiata dall'evento sopravvenuto, evitando di rimettere esclusivamente nelle mani del soggetto avvantaggiato la facoltà di proporre una modifica delle condizioni contrattuali.

Una logica di questo tipo parrebbe conformarsi ai tratti funzionali del contratto di rete in cui il fine del miglioramento competitivo e innovativo potrebbe implicare una duratura ed elevata integrazione delle attività di ciascuna impresa e, dunque, procurare notevoli danni alla parte colpita dall'evento sopravvenuto nell'ipotesi di scioglimento del vincolo.

La circostanza che l'atto negoziale in esame finisce per determinare una programmazione in un arco temporale tendenzialmente medio-lungo dell'attività d'impresa dei singoli aderenti in ragione del perseguimento di un risultato, porrebbe l'esigenza di gestire la sopravvenienza oltre i limiti e i presupposti applicativi dell'art. 1467 c.c.¹⁰³.

In tale prospettiva soccorre la riflessione, sviluppata anche nel solco delle indicazioni provenienti dal formante europeo¹⁰⁴ avente ad oggetto l'individuazione di un obbligo legale di rinegoziare da cui scaturirebbe il dovere delle parti di cooperare al fine di eliminare e/o attenuare lo squilibrio del rapporto dovuto a circostanze so-

¹⁰² F. CAFAGGI, P. IAMICELI, G.D. MOSCO, *Il contratto di rete e le prime pratiche: linee di tendenza, modelli e prospettive di sviluppo*, in *Contr.*, 2013, p. 805.

¹⁰³ In tal senso, cfr. la puntuali considerazioni di F. MACARIO, *Regole e prassi delle rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, pp. 828 ss. Per un'analisi storico comparativa del fattore tempo nei rapporti di durata cfr. M. GRANIERI, *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

¹⁰⁴ Si allude alla figura dell'*Hardship* prevista nei principi *Unidroit* (punto 6.2.3.) e nei P.E.C.L. (art. 6:111). Sul tema cfr. C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*, Kluwer Law International, 2009; Bernardini, *Hardship e force majeure*, in F. BONELLI, F. BONELLI (a cura di), *Contratti commerciali internazionali e principi Unidroit*, Milano, 1997, pp. 193 ss.; C. CASTRONOVO, *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, 361 ss.

pravvenute mediante una riallocazione dei diritti e doveri discendenti dal contratto conforme all'assetto di interessi stabilito al momento della stipulazione¹⁰⁵.

Un approccio di questo tipo si rivelerebbe più attento alla dimensione funzionale del contratto, posto che l'adeguamento del rapporto consentirebbe di garantire la realizzabilità degli interessi delle parti che hanno opzionato per un determinato tipo anche in ragione dello scopo che lo connota¹⁰⁶.

I limiti della presente riflessione non consentono un approfondimento del tema; è noto, tuttavia, che la fonte normativa dell'obbligo legale di rinegoziare viene normalmente individuata facendo ricorso, per un verso, alla figura dell'equità integrativa di cui all'art. 1374 c.c.¹⁰⁷, per altro verso, al canone di buona fede previsto dall'art. 1375 c.c., con riferimento all'esecuzione del contratto, e dall'art. 1366 c.c. in materia di interpretazione degli atti di autonomia privata¹⁰⁸.

All'approccio fondato sulla clausola di buona fede ha fatto eco di recente la giurisprudenza di merito, la quale partendo da *“una valutazione economico-giuridica del criterio di buona fede e degli obblighi di cooperazione fra le parti nella fase di esecuzione del contratto”* è giunta a ritenere che l'obbligo di rinegoziazione *“costituisce ulteriore esplicazione dell'autonomia privata e non sua impropria negazione, in quanto mira al conseguimento del risultato contrattuale perseguito con il ripristino dell'equilibrio dell'intera operazione economica mediante il suo allineamento alle mutate circostanze”*¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Tema rispetto al quale il maggior approfondimento di carattere sistematico si deve a P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, e a F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996. Cfr, inoltre, G. SICCHIERO, *La rinegoziazione*, in *Contratto e impresa*, 2002, pp. 774 – 815; R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto* (diritto privato), in *Enc. dir.*, Milano, XL, 1989, pp. 104 ss.

¹⁰⁶ F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 64. F. GAMBINO, *Revisione del contratto e autonomia privata*, cit., p. 367.

¹⁰⁷ Propende per il riferimento all'art. 1374 c.c. R. SACCO, [G. DE NOVA], *Il contratto*, in (diretto da) R. SACCO, *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, p. 722 ss.

¹⁰⁸ F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., pp. 321 ss; F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziare nei contratti di durata*, in (a cura di) N. LIPARI, *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, Napoli, 1998, p. 194. Critica le citate opzioni ricostruttive, M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, il quale sostiene che rispetto alla fattispecie dei c.d. scambi integrativi *“ossia la cui esecuzione presupponga o comporti una rilevante integrazione delle sfere patrimoniali dei contraenti o un reciproco condizionamento della loro programmazione economica”* (p. 495) la gestione delle sopravvenienze imporrebbe un'operazione interpretativa intesa alla *“generalizzazione del 1664: nel senso che [...] deve essere compreso e fatto operare non come la disciplina speciale delle sopravvenienze nell'appalto, bensì come una disciplina generale del rischio (quantitativo e, in parte, qualitativo) per gli scambi integrativi; sicché l'art. 1664 deve essere direttamente applicato tutte le volte in cui un concreto contratto, quale che sia il tipo nel quale per altri aspetti si possa far rientrare, presenti, dal punto di vista delle sopravvenienze, il tipo di problema proprio degli scambi integrativi”* (p. 497). In termini critici sulla configurazione dell'obbligo legale di rinegoziare A. GENTILI, *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, cit., pp. 706 ss.

¹⁰⁹ Trib. Bologna, 26.4.2013, in *cedampluris*. In termini, inoltre, cfr. Trib. Bari, 14.6.2011, in *Contr.*, 2012, con nota di F.P. PATTI, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, spec. p. 572.

La configurazione giuridica dell'obbligo legale di rinegoziare si riconetterebbe ai tratti tipologici del contratto e, in particolare, alla sua dimensione funzionale, in quanto consentirebbe di preservare le utilità economiche perseguite dalle parti, evitando di esporre il contraente danneggiato dall'evento sopravvenuto a sacrifici che potrebbero essere redistribuiti in modo equo dalle parti tenendo conto della natura dell'affare.

Gli esiti cui perviene la riflessione in tema di rinegoziazione consentirebbero di ritenere compatibile con la figura del contratto di rete la configurazione di una clausola implicita avente ad oggetto il dovere di rinegoziare¹¹⁰.

Infatti, la particolare connotazione funzionale che il legislatore attribuisce a tale figura negoziale suggerisce l'applicazione di meccanismi in grado di agevolare la prosecuzione del rapporto in vista del raggiungimento degli obiettivi di miglioramento competitivo e innovativo, favorendo la realizzazione di un contesto relazionale che proprio in ragione della peculiare natura del rapporto instaurato solleciti la collaborazione e la gestione condivisa delle sopravvenienze.

In tal senso, il singolo "retista" non sarebbe costretto a domandare la risoluzione sperando nell'offerta di riconduzione ad equità degli altri contraenti, ma avrebbe la possibilità di obbligare questi ultimi a rinegoziare i termini dell'accordo conformemente agli obiettivi e all'equilibrio tratteggiato al momento della conclusione del contratto, potendo in caso di rifiuto e/o di comportamento scorretto esperire un'azione di risarcimento per inadempimento contrattuale¹¹¹ o, come ammesso da alcuni autori, avviare un giudizio avente ad oggetto l'esecuzione in forma specifica *ex art. 2932 c.c.* che tenga luogo del contratto rinegoziato¹¹².

L'obbligo legale di rinegoziare, sebbene consenta di supplire ai limiti e alle criticità che connotano la disciplina dell'art. 1467 c.c., lascerebbe esposto, tuttavia, il rapporto contrattuale alla discrezionalità del giudice chiamato a decidere i termini e le condizioni per adeguare il rapporto agli eventi sopravvenuti al fine di restaurare la relazione di strumentalità che lega il singolo alla rete.

Tale circostanza suggerirebbe di inserire nel contratto clausole pattizie di rinegoziazione del rapporto per disciplinare la gestione di eventi potenzialmente idonei a

¹¹⁰ Sulla configurabilità di una clausola implicita di rinegoziazione fondata sull'art. 1366 c.c., cfr. sempre Trib. Bologna, 26.4.2013, cit., secondo cui *"muovendo dall'art. 1366 c.c., in un contratto a lungo termine, deve ritenersi sussistente, quale clausola in bianco, la comune intenzione delle parti di rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione di fatto o di diritto, ove le condizioni pattuite non rispondano più alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto"*

¹¹¹ Sulla questione della tutela risarcitoria rispetto alla violazione dell'obbligo legale a contrarre cfr. A. GENTILI, *La replica alla stipula*, cit., 719;

¹¹² Sul punto, cfr. F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata*, cit., p. 83, nonché V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 973. In giurisprudenza sull'applicazione dell'art. 2932 c.c. cfr. Trib. Bari, ord. 14.6.2011, cit., p. 572, il quale afferma che *"Il rimedio previsto dall'ordinamento per la tutela in forma specifica dell'obbligo di rinegoziare è lo stesso dell'obbligo di negoziare, ricorrendo in entrambi i casi un dovere di contrarre, e cioè l'esecuzione in forma specifica"*. Nella medesima prospettiva, Trib. Bari, ord. 31.7.2012, in *Nuova giur. comm.*, 2013, pt. I, spec. pp. 119 – 120, con nota di F.P. PATTI, *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziare*.

riverberarsi negativamente sull'equilibrio negoziale definito al momento della conclusione del contratto¹¹³.

Si tratterebbe, peraltro, di un'opzione in linea con la previsione legislativa che impone alle parti di stabilire le modalità concordate per misurare l'avanzamento verso gli obiettivi comuni di innalzamento della capacità innovativa e competitività sul mercato, dal momento che consentirebbe di rimettere all'autonomia privata non solo l'individuazione dei presupposti di realizzabilità dello scopo comune, ma anche gli eventi in presenza dei quali il regolamento contrattuale dovrebbe essere adeguato al fine di restaurare la relazione di strumentalità che lega ciascuna parte alla rete.

Le clausole di rinegoziazione dovrebbero essere redatte in modo da individuare in modo specifico i loro presupposti di operatività, nonché i parametri oggettivi in virtù dei quali dovrebbero svolgersi le trattative dirette ad adeguare il contratto perturbato dall'evento sopravvenuto¹¹⁴.

Tali pattuizioni, unitamente a quelle dirette a monitorare il raggiungimento dello scopo collettivo, consentirebbero di rafforzare la gestione flessibile ed efficiente della relazione contrattuale, così favorendo la realizzabilità del risultato economico perseguito da ciascun contraente al momento della sottoscrizione del contratto.

Infatti, la parte potrebbe fare affidamento su uno strumento in grado di consentire una gestione concordata delle sopravvenienze nell'ottica di preservare e raggiungere il risultato avuto di mira, con conseguente attenuazione del rischio di comportamenti opportunistici delle altre parti, le quali, in presenza dell'evento sopravvenuto dedotto nella clausola di rinegoziazione, sarebbero tenute ad assumere obblighi idonei a ristabilire l'equilibrio del rapporto negoziale.

L'eventuale atteggiamento renitente delle parti non danneggiate, infatti, legittimerebbe il soggetto svantaggiato a chiedere l'adeguamento coercitivo del rapporto in base ai criteri oggettivi definiti nella clausola di rinegoziazione, ferma restando la facoltà di chiedere il risarcimento del danno¹¹⁵.

¹¹³ Sul tema delle clausole di rinegoziazione, cfr. V.M. CESARO, *Clausole di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2002, spec. 125 ss.

¹¹⁴ È stato rilevato, infatti, che la previsione di un generale dovere di rinegoziare i termini dell'accordo non avrebbe alcun efficacia vincolante per le parti e si tratterebbe di clausole prive di rilevanza giuridica; sul punto cfr. le osservazioni di P. RESCIGNO, *L'adeguamento del contratto. Considerazioni conclusive*, in Aa. Vv., *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, Milano, 1992, p. 305. Nella medesima prospettiva, A. GENTILI, *La replica alla stipula*, cit., p. 711; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 337.

¹¹⁵ In tal senso, A. GENTILI, *La replica alla stipula*, cit., p. 719, nonché in giurisprudenza Trib. Bari ord., 14.6.2011, cit., p. 572 – 573; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 540 ss. Sul problema della determinazione del danno conseguente all'inadempimento dell'obbligo previsto in una clausola di rinegoziazione cfr. E. DEL PRATO, *Sulle clausole di rinegoziazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, pt. I, 2016, p.808 – 809, il quale ritiene che “Un criterio acconcio di soluzione può essere rintracciato considerando che le rinegoziazione [...] non garantisce un risultato utile, ma solo la sua prospettiva. Ciò induce a far leva sulla perdita di chance commisurata anche alle opportunità che la parte avvantaggiata dalla rinegoziazione ha perduto a causa dell'inadempimento dell'altra”.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2017	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2017	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

info@cacucci.it

www.cacuccieditore.it

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175



ISBN 978-88-6611-603-5



9 788866 116035

€ 38,00