

# *rivista di* diritto privato

4 anno XXI - ottobre/dicembre 2016

## **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**

# *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 Oberto, 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, Attilio 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  
intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti  
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 sog-  
getti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per  
l'invio di materiale amministrativo-contabile, com-  
merciale 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 pre-  
visti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Edi-  
tore 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 refe-  
raggio 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 Redazio-  
ne, 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 sottoposizio-  
ne alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contri-  
buto 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 pubblica-  
zione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o in-  
tegrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio  
di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisio-  
ne 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

---

2016

**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 Misericocchi

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 4/2016

---

### Saggi e pareri

---

#### **Appunti sulle autotutele contrattuali**

*di Enrico Gabrielli*

491

#### **Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa**

*di Filippo Patroni Griffi*

531

#### **Il recesso nella contrattazione turistica: da rimedio solutorio a strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali**

*di Marialuisa Gambini*

541

#### **La Francia e le direttive sulla *privacy* e l'*e-privacy***

*di Flavio Tovani*

579

#### **The creditworthiness in credit agreements for consumers in Italian private law (Art. 124 *bis* T.U.B.): remedies and doubts**

*di Matteo Maria Francisetti Brolin*

587

#### **Lo strumento processuale del procedimento sommario di cognizione e la tutela del credito del professionista legale**

*di Irene Coppola*

611



## *Saggi e pareri*

---





# Appunti sulle autotutele contrattuali\*

di Enrico Gabrielli\*\*

*SOMMARIO: 1. L'autotutela quale "rimedio" nel diritto dei contratti. – 2. L'ambito di applicazione delle eccezioni dilatorie. – 3. L'eccezione di inadempimento. – 4. Eccezione di inadempimento ed eccezione di risoluzione. – 5. L'inadempimento reciproco. – 6. Onere della prova ed eccezione di inadempimento. – 7. Il giudizio di proporzionalità dell'inadempimento – 8. L'eccezione di «insicurezza». – 9. (segue). La prestazione di idonea garanzia. – 10. L'eccezione "solve et repete". – 11. La sospensione degli effetti della clausola. – 12. Il problema della disponibilità dei rimedi sinallagmatici e della loro esclusione e limitazione convenzionale.*

1. Nel nostro diritto dei contratti si parla di fattispecie di autotutela privata, di eccezioni dilatorie, ovvero di rimedi, quando si vogliono indicare quegli istituti predisposti dall'ordinamento a favore del contraente *in bonis* al fine di tutelare in via preventiva la sua posizione all'interno del rapporto contrattuale, rispetto all'inadempimento attuale o prospettico della controparte e quindi al rischio di perdita della propria prestazione<sup>1</sup>.

L'inadempimento, il rifiuto di adempiere, la sospensione del proprio adempimento, possono infatti essere l'effetto di una reazione del contraente all'altrui inadempimento, totale o parziale, ovvero all'altrui ritardo nell'adempimento; oppure,

\* Il testo, che sviluppa precedenti riflessioni, raccoglie e riordina gli appunti predisposti per le lezioni impartite nel mese di aprile 2016 presso la *Maestria de derecho civil* della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica dell'Uruguay.

Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Giovanni Furguele.

\*\* Ordinario di Diritto civile nell'Università di Roma "Tor Vergata".

<sup>1</sup> Cfr. E. GABRIELLI, *Il contratto e i rimedi: la sospensione dell'esecuzione*, in *Riv. dir. priv.*, 2014, 215 ss.; ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, Milano, 2013, 14 ss.; SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, in *Tratt. di dir. civ. del notariato*, dir. da P. Perlingieri, Napoli, 2013, 35 ss.; A. M. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Comm. del cod. civ.* dir. da E. Gabrielli, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, IV, 480 ss.; ID., *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Comm.*, dir. da Busnelli, Milano, 2011, *passim*; CARNEVALI, in U. CARNEVALI – E. GABRIELLI – M. TAMPONI, *Il contratto in generale. L'inadempimento*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2011, 244 ss.; P. GALLO, *Trattato del contratto*, Torino, 2010, vol. 3, 2173; M. TAMPONI, *La risoluzione per inadempimento*, in E. GABRIELLI, *I contratti in generale*, in *Trattato dei contratti*, dir. da Rescigno e Gabrielli, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2006, II, 1777; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, nel *Trattato dei contratti Roppo*, Milano, 2006, V, 413 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. civ.*, VII, Torino, 1991, 331; 222; A. DALMARTELLO, *Eccezione di inadempimento*, in *Noviss. Dig. It.*, VI, Torino, 1960, 354; C. M. BIANCA, *Eccezione d'inadempimento e buona fede*, in AA. VV., *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, 528; MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Napoli, 1990, 9 ss.

come nel cd. “inadempimento reciproco”, può dipendere dalla circostanza che nessuna parte adempie alle obbligazioni sorte da un contratto sinallagmatico<sup>2</sup>.

L'art. 1460, c.c., infatti, consente nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive<sup>3</sup> a ciascun contraente di rifiutare l'adempimento della sua obbligazione<sup>4</sup>, se l'altro non adempie o non offre contemporaneamente di adempiere la propria, salvo che siano stabiliti termini diversi per l'adempimento o che questi risultino dalla natura del contratto. È la cosiddetta eccezione di inadempimento, espressa tradizionalmente nel principio *inadimplenti non est adimplendum*.

Gli effetti dell'eccezione di inadempimento, però, non si limitano alla paralizzazione dell'altrui pretesa nel caso in cui l'altra parte risulti inadempiente<sup>5</sup>, o in ritardo nell'adempimento, ma possono produrre effetti ulteriori nel futuro eventuale giudizio di inadempimento, poiché uno dei caratteri fondamentali su cui si fonda la figura dell'eccezione di inadempimento, è rappresentato dal fatto che il rifiuto da parte del contraente di adempiere la propria obbligazione, quale esercizio di autotutela privata, per essere qualificato legittimo, e quindi non arbitrario e non abusivo, non deve essere contrario a buona fede.

La seconda eccezione tipicamente dilatoria prevista nel codice civile italiano è quella disciplinata dall'art. 1461, c.c., cioè il potere del contraente di «sospendere

<sup>2</sup> CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 112 ss., osserva come la questione può nella realtà presentarsi sotto vari aspetti, poiché potrebbe accadere, ad esempio, che le prestazioni corrispettive debbano essere adempiute contemporaneamente e contestualmente, così che se una parte, dopo aver ricevuta la prestazione dell'altra, la contesta e si rifiuta di eseguire la propria, innescando in tal modo ad opera della parte adempiente la domanda giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento dell'altra, e quest'ultima chieda pure lei, in via riconvenzionale, la risoluzione per inadempimento della prima; oppure che le prestazioni debbano essere eseguite contemporaneamente, ma non contestualmente (cioè in luoghi diversi), e che nessuna di esse venga eseguita.

In alcuni casi l'inadempimento reciproco è ascrivibile alla circostanza che le contrapposte domande di risoluzione seguono temporalmente ad una *exceptio inadimplenti contractus*, poiché il contraente che l'ha sollevata (in via stragiudiziale) può successivamente proporre domanda di risoluzione, con la conseguenza che resta poi preclusa ogni questione relativa all'*exceptio*, in quanto la stessa deve considerarsi assorbita dalla pretesa risolutoria, che è rimedio sinallagmatico di più ampia e definitiva portata.

<sup>3</sup> Per l'esame di alcuni significativi problemi connessi con il rapporto di corrispettività sul quale si innesta il meccanismo dell'autotutela privata, cfr. CARNEVALI, *op. cit.*, 247 ss.

<sup>4</sup> Sottolineano come l'eccezione di inadempimento sia un “mero potere di rifiuto”, PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, Milano, 1998, 337 ss.; PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, 11.

<sup>5</sup> Cfr. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit. 333, secondo la quale nella previsione dell'art. 1460 c.c. l'inadempimento, anziché assumere il ruolo di fatto estintivo dell'obbligazione, come nella risoluzione, diviene «fatto *impeditivo* ad efficacia paralizzante temporanea degli effetti del contratto», così che la temporanea inesigibilità dell'altrui prestazione, che deriva dall'esercizio dell'eccezione, diviene il mezzo per conservare l'equilibrio tra le posizioni di diritto e di obbligo di entrambe le parti del rapporto sostanziale.

Si osserva in dottrina (A. BENEDETTI, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 510) che le parti, nella fissazione dell'assetto contrattuale, possono variamente disciplinare, introducendo limiti, restrizioni, ampliamenti o varianti, il meccanismo dell'*exceptio*, salvo che la legge garantisca una piena utilizzabilità dell'eccezione a garanzia degli interessi di una parte contrattualmente debole, come ad esempio accade per la limitazione o l'esclusione dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore, inclusa nell'elenco delle clausole presunte vessatorie dall'art. 33, lett. r), del codice del consumo.

l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono diventate tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia».

Questa eccezione, a differenza dell'*exceptio inadimpleti*, che come detto costituisce una legittima reazione all'altrui inadempimento, seppure rientra nel novero degli strumenti di autotutela negoziale, se ne differenzia tuttavia per i presupposti e le condizioni di operatività.

L'eccezione di «sospensione», infatti, presuppone non già l'inadempimento, ma l'insicurezza di ricevere l'adempimento (*id est*: il mutamento delle condizioni patrimoniali del debitore), cioè a dire il mero e futuro pericolo dell'inadempimento altrui, per l'evidente timore di non conseguire la controprestazione<sup>6</sup>.

Il rimedio può essere attivato anche dal contraente il cui credito non sia ancora esigibile, ma che abbia fondate ragioni di temere per il conseguimento futuro della controprestazione, una volta che essa sarà divenuta esigibile<sup>7</sup>.

Con la conseguenza che, dopo che sia stata esercitata legittimamente da un contraente la facoltà di sospendere l'adempimento, alla scadenza del termine stabilito per l'esecuzione della prestazione a carico del contraente in situazione patrimoniale difficile, la intervenuta sospensione del rapporto contrattuale troverà la propria soluzione.

<sup>6</sup> Costituisce oggetto di discussione se il mutamento delle condizioni patrimoniali deve essere sopravvenuto alla stipulazione del contratto, ovvero se può essere anche anteriore ad essa, poiché non potrebbe legittimamente esercitare l'*exceptio* colui che *ab origine* fosse stato a conoscenza della grave situazione di difficoltà economica di controparte, anteriore alla stipulazione del contratto, e della consapevolezza in capo a questi di aver negoziato a proprio rischio, se poi egli, al contrario, si servisse dell'eccezione dilatoria, darebbe luogo ad un comportamento contrario a buona fede.

Discorso diverso sarebbe quello in cui, seppur conosciuta dall'altro contraente, l'originaria situazione di difficoltà economica avesse avuto un peggioramento successivamente alla stipulazione del contratto, raggiungendo poi un livello tale da creare l'evidente pericolo di non ricevere la controprestazione.

Il tema, di fronte a queste due ipotesi, si restringe sostanzialmente a valutare il caso in cui la grave situazione economica di un contraente, tale da legittimare il ricorso all'eccezione dilatoria, risultasse anteriore alla stipulazione del contratto, ma l'altro contraente ne fosse venuto a conoscenza solo dopo la stipulazione, poiché in questo caso, nonostante la formula restrittiva della norma (che con il termine «mutamento» parrebbe fare riferimento unicamente al caso in cui la situazione di difficoltà economica fosse venuta ad esistenza dopo la conclusione del contratto), l'orientamento prevalente è nel senso che il contraente adempiente potrebbe legittimamente avvalersi dell'eccezione dilatoria, se egli dimostri di avere ignorato senza colpa la preesistente inaffidabile situazione economica dell'altro contraente (CARNEVALI, *op. cit.*, 257, ed ivi riferimenti).

Sul punto, anche per un raffronto comparatistico, cfr. ADDIS, *Ricerche sull'eccezione di insicurezza*, Milano, 2006, 11 ss.; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 121 ss., il quale fa riferimento alla locuzione «insorgenza del mutamento» per designare «il momento dal quale il divenire della situazione patrimoniale di un contraente acquista rilievo al fine di stabilire la legittimità della sospensione dell'esecuzione della prestazione ad opera della controparte» (*op. ult. cit.*, 199 ss.).

<sup>7</sup> Così Cass., 22 gennaio 1999, n. 602, e Cass., 24 febbraio 1999, n. 1572, in *Giur. It.*, 2000, 736, secondo cui l'eccezione può essere sollevata anche quando l'adempimento di entrambe le parti deve essere contestuale; cfr. anche A. BENEDETTI, *Mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente*, in *Comm. del cod. civ. dir.* da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, IV, 511.

In quel momento infatti si scioglierà l'alternativa tra: l'adempimento del contraente in difficoltà, con la conseguenza che, superata la propria situazione di «pericolo nella capacità ad adempiere», l'esecuzione del rapporto tornerà in una situazione di normalità, e l'eccezione potrà far cessare la sospensione del rapporto e pretendere la prestazione a cui aveva diritto; oppure il contraente in difficoltà non adempie e il contraente non inadempiente agisce per far accertare e dichiarare l'inadempimento.

Al medesimo tempo, una volta che l'eccezione abbia esercitato il diritto alla sospensione della propria prestazione, l'altro non potrà far valere nei suoi confronti l'eccezione di inadempimento.

Gli strumenti di autotutela e rimediali presenti nel diritto comune dei contratti trovano una significativa espressione ed applicazione anche nel diritto della crisi d'impresa (art. 72 ss. l. fall.), ove le regole generali vengono modellate in funzione della particolare situazione nella quale viene a trovarsi il contratto quando, non ancora eseguito, ovvero non completamente eseguito, una delle parti dello stesso viene dichiarata fallita<sup>8</sup>.

Il principio, che si fonda sulla tutela della funzionalità del sinallagma, nonostante un'autorevole voce in senso contrario<sup>9</sup>, è stato infatti costantemente considerato, sia negli orientamenti dei dottori della legge, sia delle Corti, quale regola in grado di giustificare il senso della disciplina<sup>10</sup>, poiché concretizza l'esercizio di un diritto e di un potere sostanziale<sup>11</sup> rivolto, per un verso, a conservare l'originario equilibrio contrattuale nella prospettiva dell'esecuzione del rapporto; per un altro, a paralizzare, mediante lo strumento della sospensione della sua esecuzione, gli effetti che l'insolvenza di una parte produce sulla vita del contratto, in attesa della scelta del curatore in ordine alla prosecuzione, ovvero allo scioglimento, del rapporto.

A tale regola seguono, come corollario, quelle che hanno ad oggetto lo scioglimento ovvero la continuazione del vincolo obbligatorio, sia in generale, sia *ex lege* con riguardo a determinati tipi contrattuali (cfr. art. 72-bis ss. l. fall.), ovvero ai contratti di durata ovvero ad esecuzione continuata o periodica (art. 74 l. fall.).

Le articolazioni di queste regole consentono, secondo una rappresentazione sintetica, di classificare le tipologie contrattuali sulle quali il legislatore è intervenuto, ricomprendendole in tre ambiti tra loro omogenei, a seconda che l'incidenza del fallimento sul contratto produca: lo scioglimento automatico del rapporto; ovvero la sua continuazione; ovvero che tali rapporti abbiano ad oggetto beni del fallito non compresi nel fallimento (cfr. art. 46, l. fall.), con la conseguenza che tali rapporti, in

<sup>8</sup> Sul punto mi permetto di rinviare a E. GABRIELLI, *La disciplina generale dei rapporti pendenti*, in *Tratt. del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, dir. da Vassalli – Luiso – Gabrielli, Torino, 2014, 121 ss.

<sup>9</sup> VASSALLI F., *Diritto fallimentare*, II, Torino, 1997, 153 ss..

<sup>10</sup> Cfr. per tutti GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2011, 122.

<sup>11</sup> PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 333 pone in risalto che l'art. 1460 c.c., fa nascere in capo alla parte il diritto potestativo di provocare unilateralmente l'inesigibilità della prestazione ad essa dovuta, e «che si tratta di un potere *sostanziale*, non di un diritto potestativo che operi attraverso l'intermediazione della sentenza costitutiva del giudice».

quanto non soggetti allo spossessamento fallimentare, non sono inclusi nel patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori del concorso e per essi, non verificandosi nel rapporto la sostituzione del curatore al fallito, si applica il diritto comune dei contratti dato che proseguono, come prima della dichiarazione di fallimento, tra il fallito ed il contraente *in bonis*<sup>12</sup>.

La diversità di disciplina offerta dalla regola generale, rispetto a quella disegnata dalle regole speciali, pone però in evidenza, se non altro sul piano ricostruttivo, il problema del rapporto tra disciplina «di diritto comune» e disciplina «di diritto concorsuale», cioè speciale, del contratto.

Profilo il cui rilievo è dato dalla constatazione, per la verità da qualcuno negata<sup>13</sup>, che la regolazione concorsuale dei rapporti preesistenti al fallimento subisce l'influenza dei principi del diritto generale dei contratti<sup>14</sup>.

In senso contrario appare invece evidente che il fondamento del loro inserimento nel corpo del diritto fallimentare è giustificabile sul tendenziale principio di uniformità del sistema.

L'ordinamento infatti pondera le proprie scelte al fine di rendere il sistema unitario e quindi tende ad applicare, mediante la tecnica della interazione tra discipline, le regole di parte generale del diritto comune dei contratti, anche per la regolazione di profili del diritto speciale, laddove quelle regole trovino coerente e razionale applicazione per la disciplina degli interessi di volta in volta oggetto di tutela secondo i valori dell'ordinamento.

E ciò a maggior ragione quando il rilievo assunto dal sinallagma si manifesti, al di fuori delle fisiologiche situazioni prospettate dal normale diritto degli affari e della circolazione della ricchezza, e si inserisca nell'ambito di un procedimento esecutivo, come quello concorsuale.

Sul punto si è piuttosto, e correttamente, osservato<sup>15</sup> che la facoltà del curatore di scegliere fra subentro e scioglimento del rapporto, nei contratti caratterizzati dalla

<sup>12</sup> MEOLI – SICA, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Tratt. dir. comm.* dir. da Buonocore, Padova, 2010, 397, distinguono invece tra regole speciali e regole eccezionali sui contratti pendenti, inquadrando le relative disposizioni secondo un criterio funzionale, piuttosto che secondo una sistemazione che tenga conto della sorte che tali regole riservano al rapporto pendente.

<sup>13</sup> INZITARI, *Sospensione del contratto per sopravvenuto fallimento e incerti poteri autorizzativi del comitato dei creditori*, in AA. VV., *Contratti in esecuzione e fallimento*, Milano, 2007, 4, secondo il quale il contenuto della disciplina dei rapporti pendenti nel fallimento «non appare segnato da un sicuro rapporto di stretta consequenzialità con i principi civilistici generali in materia di contratto e di autonomia privata».

<sup>14</sup> A. JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. di dir. comm.* dir. da Cottino, Padova, 2009, 470, pone in evidenza che il settore della disciplina dei rapporti pendenti è quello nel quale, più che in ogni altro, «si verificano la compenetrazione e la sovrapposizione dei principi della legge del concorso alle regole civilistiche dei contratti ed ove le soluzioni normative possono mutare a seconda che si privilegino le ragioni della procedura ovvero quelle del contraente adempiente e a seconda che si rimanga ancorati ad una visione più squisitamente liquidatoria o ci si spinga verso una prospettiva di conservazione dell'impresa».

<sup>15</sup> GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, in *Scritti in onore di G. Lo Cascio, La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, Milano, 2006, 150; sul punto cfr. anche ZANICHELLI.,

corrispettività e non ancora eseguiti, trova il proprio fondamento sia nella disciplina di regolazione concorsuale dei crediti, che esclude il diritto del creditore di pretendere il pagamento integrale, sia nella disciplina di diritto privato del sinallagma, che non consente al curatore di far valere le pretese derivanti dai contratti corrispettivi ineseguiti se non si obbliga ad eseguire integralmente la controprestazione.

La regola generale impone dunque al curatore, che voglia sostituirsi al fallito nell'esercizio dei diritti connessi al contratto corrispettivo pendente ed ineseguito, di subentrare nel contratto determinando in tal modo una trasformazione del credito del contraente adempiente da credito concorsuale in credito prededucibile, e quindi suscettibile di essere soddisfatto integralmente, e non in moneta fallimentare.

Il curatore, per altro verso, non avendo il contraente *in bonis* diritto al soddisfacimento integrale della sua pretesa di credito, in ragione della sinallagmaticità del rapporto ineseguito, può rinunciare a far valere la pretesa di adempimento che spettava al fallito, ma per far ciò deve sciogliersi dal contratto<sup>16</sup>.

**2.** L'ambito di applicazione dei "rimedi dilatori", come detto, è quello dei contratti a prestazioni corrispettive, categoria caratterizzata dal principio secondo cui ciascuna prestazione trova la sua giustificazione nell'altra, così che la mancata (o inesatta) esecuzione dell'una prestazione legittima la mancata (anche se non l'inesatta, né la definitiva) esecuzione dell'altra.

Si attua così un principio generale di tutela del contraente adempiente, o comunque pronto ad adempiere, che trova analoghe manifestazioni anche in altri ordinamenti<sup>17</sup>.

L'applicazione delle eccezioni dilatorie alla categoria dei contratti a prestazioni corrispettive non crea problemi particolari se non quando si tratti di quelle ipotesi nelle quali, alla fine del rapporto, è previsto che una parte debba consegnare<sup>18</sup> o restituire all'altra un determinato bene, connesso all'esecuzione del vincolo contrattuale come nel caso dei contratti reali, ovvero di pertinenza del medesimo, come nel

---

*La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lgs. 12.9.2007, n. 169*, Torino, 2008, 156.

<sup>16</sup> GUGLIELMUCCI, *La tutela del contraente in bonis nei rapporti giuridici preesistenti*, cit., 150.

<sup>17</sup> Cfr., ad esempio, la recente *Ordonnance* 2016 – 131 dell'11 febbraio 2016, agli artt. 1219 e 1220, ove viene riprodotta la *ratio legis* dell'eccezione di insicurezza ed introdotta l'*exceptio timoris*, che richiama i Principi europei sul contratto (art. 9: 201), consistente nell'utilizzo in via preventiva dell'eccezione d'inadempimento, per cui quando risulta evidente che uno dei contraenti non eseguirà la prestazione, l'altro può notificare l'intenzione di sospendere la propria.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., 4 novembre 2009, n. 23345, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 466, secondo cui la parte evocata in giudizio, per il pagamento di una prestazione rivela inadeguata, può non solo formulare le domande ad essa consentite dall'ordinamento in relazione al particolare contratto stipulato, ma anche limitarsi ad eccepire - nel legittimo esercizio del potere di autotutela che l'art. 1460 c.c. espressamente attribuisce al fine di paralizzare la pretesa avversaria chiedendone il rigetto - l'inadempimento o l'imperfetto adempimento dell'obbligazione assunta da controparte, in qualunque delle configurazioni che questo può assumere, in esse compreso, quindi, il fatto che il bene consegnato in esecuzione del contratto risulti affetto da vizi o mancante di qualità essenziali.

caso di alcuni tipi contrattuali quali la locazione, il trasporto, il deposito, il mandato, il contratto d'opera, e così via dicendo.

In questi casi infatti, per un verso, la consegna del bene fa parte dell'obbligo connesso al regime di esecuzione del vincolo restitutorio, ovvero di corrispettività delle prestazioni, e quindi, a fronte della mancata riconsegna, del mancato pagamento, della non esecuzione del rapporto, l'eccezione di inadempimento potrebbe condurre alla mancata consegna della cosa; per un altro verso, però, i crediti per le prestazioni e le spese relative alla conservazione e al miglioramento delle cose mobili, nonché i crediti del vettore, del mandatario, del depositario e del sequestratario sono tutelati dal diritto di ritenzione (artt. 2756, comma 3, e 2761, comma 4, cod. civ.). Secondo una parte della dottrina, in questi casi, si potrebbe parlare di ritenzione in senso tecnico solo quando i crediti menzionati dall'art. 2756 cod. civ., e quelli derivanti dai contratti di cui all'art. 2761 cod. civ., non riguardino il corrispettivo contrattualmente previsto, ma unicamente le spese sostenute o i danni patiti in occasione dell'esecuzione del contratto; quando invece tali crediti riguardano il corrispettivo previsto in contratto, il diritto di ritenzione assumerebbe più propriamente la veste di un'eccezione d'inadempimento<sup>19</sup>.

L'eccezione di inadempimento è inoltre ammessa sia nel caso di prestazioni accessorie alle obbligazioni principali, ma nelle quali tale vincolo abbia comunque una particolare rilevanza nell'assetto complessivo di interessi regolato nel contratto, sia nel caso di obbligazioni collaterali di collaborazione e informazione<sup>20</sup>; sia nel caso di contratti di cooperazione o di natura gestoria, ovvero di contratti c.d. bilaterali imperfetti (come il mandato), quando una delle parti abbia diritto ad ottenere dall'altra la corresponsione (anche in forma di anticipazione) dei mezzi necessari per l'esecuzione del contratto, dato che l'opponibilità dell'eccezione di inadempimento è in tali casi ammessa dalla parte che non riceve tale corresponsione.

Nelle ricordate ipotesi, infatti, ci si appella all'idea della "interdipendenza" tra le prestazioni, intesa come espressione di più ampia portata rispetto alla mera nozione di corrispettività in senso tecnico<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> A. BARBA, voce *Ritenzione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, 1989, 1380.

<sup>20</sup> Cfr. Cass., 6 febbraio 2008, n. 2800, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 469, secondo la quale il contenuto delle prestazioni corrispettive da valutarsi comparativamente al fine di stabilire se l'eccezione di inadempimento è stata correttamente fatta valere, è esteso alle c.d. obbligazioni collaterali di protezione, di collaborazione e di informazione, privilegiandone l'apprezzamento quando il loro inadempimento abbia dato causa a quello dell'altra parte.

<sup>21</sup> BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 14. In giurisprudenza cfr. Cass., 6 febbraio 2008, n. 2800, *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 470, secondo cui il principio che sorregge l'eccezione di inadempimento trae fondamento dal nesso di interdipendenza che nei contratti a prestazioni corrispettive lega le opposte obbligazioni e prestazioni nell'ambito di un rapporto sinallagmatico.

La rilevanza dei vincoli di unitarietà, di reciprocità o di dipendenza che possono tenere uniti determinati assetti contrattuali emerge anche in altre ipotesi, come nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, laddove, se un contraente può rifiutarsi di eseguire la propria prestazione, qualora l'altro contraente sia rimasto inadempiente in relazione ad una precedente coppia di prestazioni<sup>22</sup>, tale rifiuto non è consentito (e quindi il contraente deve pagare la prestazione già ricevuta) se l'altra parte rimane inadempiente ad una prestazione successiva<sup>23</sup>.

L'*exceptio inadimpleti contractus* è ammessa ad esempio nel caso di contratti collegati, se il nesso di interdipendenza tra gli stessi è tale che si è in presenza di un'unica ed unitaria operazione economica, la cui realizzazione presuppone l'esecuzione di tutti i contratti tra loro collegati, di modo che l'inadempimento di un contratto possa essere fatto valere dal contraente per rifiutare l'adempimento dell'altro contratto collegato<sup>24</sup>.

È altresì ammessa l'applicabilità dell'*exceptio*, con riferimento alle reciproche prestazioni di natura restitutoria, tra i contraenti che derivino da una sentenza di annullamento o di risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive, che sia già stato eseguito da entrambe le parti, poiché in tal caso le prestazioni restano tra loro connesse da un nesso di interdipendenza, con la conseguenza che l'esecuzione di una di loro non si giustifica senza l'esecuzione dell'altra, e l'applicazione analogica dell'art. 1460 cod. civ. supererebbe il fatto che tali obblighi di restituzione non hanno fonte contrattuale<sup>25</sup>.

Nei contratti plurilaterali con comunione di scopo l'opponibilità dell'*exceptio* è invece dubbia, poiché se, da un lato, la giurisprudenza si mostra contraria (sul presupposto, ad esempio con riferimento al contratto di società, che gli interessi delle parti al raggiungimento dello scopo comune non si pongono in una relazione di corrispettività, né vi sono interessi contrapposti tra il singolo e l'ente sociale che consentirebbero di individuare delle prestazioni corrispettive tra il singolo e l'ente); dall'altro lato, la dottrina afferma invece l'applicabilità analogica dell'art. 1460 cod. civ., in ragione della circostanza che nei contratti plurilaterali alla parte non inadempiente è attribuita la facoltà di far valere la risoluzione per inadempimento (e quindi, se ad esempio un socio non esegue il conferimento da lui dovuto, l'altro socio può legittimamente rifiutarsi di eseguire il conferimento a proprio carico<sup>26</sup>).

<sup>22</sup> Secondo la giurisprudenza infatti (cfr. Cass., 15 maggio 2012, n. 7550, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1411) nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, poiché l'esecuzione avviene mediante coppie di prestazioni in corrispondenza di tempo, il sinallagma, alla cui tutela è predisposto il rimedio ex art. 1460 c.c., va considerato separatamente per ciascuna coppia di prestazioni; ne consegue che in tali contratti l'eccezione d'inadempimento può essere sollevata unicamente con riguardo alla prestazione corrispondente a quella richiesta all'eccepiente, restando escluse, ai sensi dell'art. 1458, 1° comma, c.c., le prestazioni già eseguite.

<sup>23</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 248.

<sup>24</sup> Cass., 5 giugno 1984, n. 3397, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3331; Cass., 11 marzo 1981, n. 1398, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, c. 378, con nota di CIRILLO.

<sup>25</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 250.

<sup>26</sup> Cass., 4 dicembre 1995, n. 12487, ha ammesso l'*exceptio* quando, verificatasi una causa di scioglimento di una società di persone tra due soci, uno dei soci proponga nei confronti dell'altro domanda di adempimento di un'obbligazione avente la sua fonte nel contratto costitutivo della società e l'altro opponga l'eccezione



3. La regola codificata nell'eccezione di inadempimento è antica<sup>27</sup>, e – seppur non contemplata nel precedente codice civile del 1865, se non per il caso del contratto di vendita (art. 1469, c.c.) – era ciononostante applicata ed ammessa anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza dell'epoca<sup>28</sup>.

Il principio assolve una funzione di autotutela del contraente *in bonis* che trova espressione sia nel diritto comune dei contratti (art. 1460 c.c.), sia nel diritto speciale (art. 1822, c.c., dettato in tema di mutuo) poiché indica una regola generale di tutela del contraente, pronto ad adempiere, a presidio delle proprie ragioni sia attuali, sia prospettive (per il diverso caso di cui all'art. 1461 c.c.), per l'ipotesi in cui l'altro contraente non sia in grado di adempiere alla propria prestazione sia nell'immediato, sia in futuro.

L'interpretazione del rimedio è stata variamente configurata nel corso del tempo: alcuni lo intendono come un mezzo di coazione psicologica verso il debitore il quale, volendo ottenere la controprestazione, è consapevole di dover adempiere alla propria per conseguire quella dovuta da controparte<sup>29</sup>; altri lo motivano in ragione dell'esistenza, nel quadro degli strumenti di autotutela negoziale assegnati alle parti dall'autonomia privata<sup>30</sup>, di un diritto potestativo «di provocare la temporanea inesigibilità della prestazione da lui dovuta»<sup>31</sup>; altri ancora lo individuano come uno strumento avente funzione di garanzia contro l'altrui inadempimento, ed in quanto tale diretto ad assicurare la fruttuosità della futura azione esecutiva, conseguente alla risoluzione del contratto<sup>32</sup>; ovvero come strumento di conservazione del rapporto di corrispettività tra le prestazioni<sup>33</sup>.

---

di inadempimento, dal momento che in tale caso le obbligazioni facenti capo ai due soci non devono essere valutate nell'ambito di un rapporto sociale ormai disciolto.

<sup>27</sup> Cfr. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus nel diritto civile italiano*, in *Annali Palermo*, 1921, 74, ed ora P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, 54 ss..

<sup>28</sup> Cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit. 35 ss.

<sup>29</sup> REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 239; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Iudica-Zatti, Milano, 2001, 989; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 272.

<sup>30</sup> Cfr., tra coloro che lo inseriscono nel quadro degli strumenti di autotutela, VECCHI, *L'eccezione di inadempimento*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. MAZZAMUTO, Torino 2002, 378 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, V. La responsabilità*, Milano 1994, 329 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Eccezione d'inadempimento*, cit., 331.

CARNEVALI, *op. cit.*, 244, osserva però che tale prospettiva, in realtà, non sembra che conduca a conseguenze pratiche di rilievo.

<sup>31</sup> BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Milano, 1974, 193 ss.

<sup>32</sup> Cfr. G. AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 300 ss.; in senso critico cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, V, La responsabilità*, cit., 345.

<sup>33</sup> Cfr., fra gli altri, MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 3<sup>a</sup> ed., Milano, 1952, 534; BETTI, voce «Autotutela (dir. priv.)», in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 531, che la considera una clausola funzionale a quella reciprocità su cui i rapporti sinallagmatici sono imperniati; A. DALMARTELLO, voce «Eccezione di inadempimento», cit., 355; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, 3<sup>a</sup> ed., in *Comm. del cod. civ. UTET*, Torino, 1980, 637; C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 344 ss., segnatamente nella prospettiva della tutela della parte a non privarsi della prestazione senza avere il vantaggio

Nella prospettiva rimediabile parte della dottrina lo inquadra come uno «strumento offerto a difesa del debitore» il cui effetto consisterebbe nel giustificare un inadempimento astrattamente in violazione di legge (*contra ius*)<sup>34</sup>; fino a giungere a chi, collocandolo nella più ampia categoria delle eccezioni dilatorie, ritiene che l'*exceptio* possa trovare il suo fondamento in ragioni di economia processuale<sup>35</sup>.

Pur nella diversità delle opinioni<sup>36</sup>, tuttavia, è riscontrabile un dato costante nell'interpretazione della fattispecie: vale a dire che si tratti di un effetto naturale della tutela del sinallagma contrattuale proprio della categoria dei contratti a prestazioni corrispettive<sup>37</sup>.

La norma predispose infatti uno strumento di tutela e di reazione all'altrui inadempimento<sup>38</sup>, in forza di una sostanziale «*legittima difesa*» contrattuale che si fonda sulla circostanza che esso costituisce una reazione (dilatoria e provvisoria) all'altrui inadempimento, o ritardo nell'adempimento, al punto tale che essa giustifica perfino un rifiuto di adempiere (che in sé considerato, e quindi al di fuori del caso della reazione all'altrui inadempimento, darebbe luogo ad un inadempimento rispetto ad un contratto vincolante).

Appare allora evidente che il creditore non inadempiente può, a fronte dell'inadempimento del suo debitore, e pur senza attuare la clausola risolutiva espressa e

---

della controprestazione; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 425, secondo cui è uno strumento predisposto dall'ordinamento e diretto a preservare la corrispondenza tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale.

Cfr. anche, in giurisprudenza, Cass., 17 marzo 2006, n. 5938; Cass., 28 maggio 2003, n. 8467; Cass., 16 novembre 1999, n. 12669; Cass., 5 gennaio 1998, n. 41, che posizionano l'*exceptio* nell'ambito della fase funzionale del rapporto.

<sup>34</sup> B. GRASSO, *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto (Profili generali)*, Napoli, 1973, 90.

<sup>35</sup> ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 417; ID., *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 30, il quale osserva che il vero profilo problematico della tutela in esame «è rappresentato essenzialmente dalla valutazione – operata al momento della stipulazione del contratto – del rischio d'inadempimento da parte del soggetto che pretenda di valersene».

<sup>36</sup> Per un analitico esame critico e ricostruttivo delle tesi prospettate in dottrina cfr. ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 16 ss.

CARNEVALI, *op. cit.*, 244, rileva che in realtà tutte le tesi formulate per dare spiegazione alla fattispecie, sono sostenibili «se si ha riguardo ai motivi che, secondo i casi, spingono l'*excipiens* a rifiutare di adempiere: può darsi che egli tema di non poter recuperare la prestazione eseguita se l'altro contraente rimane inadempiente, oppure che sia convinto di esercitare una forte pressione psicologica sull'altro contraente, oppure che voglia semplicemente attendere per vedere se la situazione si chiarisca, per poi determinarsi di conseguenza».

<sup>37</sup> Per ROPPO, *Il contratto*, cit., 920, l'eccezione di inadempimento, al pari della risoluzione, è un rimedio sinallagmatico.

<sup>38</sup> Si segnala (CARNEVALI, *op. cit.*, 243) che l'*exceptio* non va confusa con il diritto di ritenzione, per quanto all'apparenza le due fattispecie possano presentare dei punti di contatto, dato che così come il debitore della prestazione di riconsegnare un bene lo trattiene presso di sé, in attuazione del diritto di ritenzione, così potrebbe sembrare che il contraente eccipiente trattiene presso di sé la prestazione dovuta all'altro contraente; laddove, invece, «la distinzione tra i due istituti è tutt'altro che netta, perché vi sono alcuni casi in cui il diritto di ritenzione appare assumere la configurazione di un'eccezione d'inadempimento».

quindi dichiarare la risoluzione del contratto, porre in atto quello che autorevole dottrina chiama un «autoesonero temporaneo dall'obbligo di adempiere»<sup>39</sup>.

Lo strumento, proprio perché costituisce una forma di autotutela privata avente una portata generale ed applicabile a tutti i contratti, si configura come un'eccezione sostanziale<sup>40</sup> di carattere essenzialmente «sospensivo», seppure di natura solamente temporanea<sup>41</sup>, la cui funzione è quella di produrre un effetto «immediatamente paralizzante» sul nesso di corrispettività tra le prestazioni.

L'esercizio del diritto potestativo da parte dell'*excipiens* determina che il diritto dell'altro contraente, di chiedere l'adempimento (o in alternativa la risoluzione) e il risarcimento del danno, viene temporaneamente «paralizzato» e quindi sospeso, poiché in siffatta situazione si contrappongono due diversi ed opposti diritti potestativi.

Il contraente *in bonis* infatti, con l'eccezione di inadempimento, fa valere un proprio contro-diritto che, in quanto contrapposto al fatto costitutivo affermato dall'attore, lo paralizza<sup>42</sup>, dato che l'*exceptio*, come sostiene la giurisprudenza, «è invocabile, oltre che per paralizzare la domanda di adempimento, anche al fine di escludere il diritto della controparte di far accertare e richiedere la risoluzione del contratto»<sup>43</sup>.

L'attore (nei cui confronti, con la dichiarazione di non voler adempiere, viene attivato dall'*excipiens* il potere di sospendere l'esecuzione della propria prestazione) per contrapporsi all'esercizio del diritto potestativo dell'*excipiens* a quel punto ha soltanto una alternativa: eseguire la propria prestazione, oppure chiedere una pronuncia di risoluzione del contratto assumendo l'altrui inadempimento<sup>44</sup>.

4. L'eccezione di inadempimento – in quanto dichiarazione di natura negoziale – opera al di fuori del giudizio, poiché configura un legittimo rifiuto di adempiere nelle mani di chi risulti, a sua volta, inadempiente, e quindi non deve essere confusa con la domanda riconvenzionale di risoluzione, che è atto giudiziale in senso stretto, perché proposta in giudizio quando la parte inadempiente si sia rivolta al

<sup>39</sup> SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.*, diretto da SACCO, Torino, 1993, II, 644.

<sup>40</sup> Cfr. per tutti REALMONTE, *op. cit.*, 234; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 1 ss.

<sup>41</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 245.

<sup>42</sup> La giurisprudenza è solita distinguere le eccezioni: a) in mere difese (cioè deduzioni che hanno l'effetto di negazione del fatto costitutivo del diritto preteso dall'attore); b) eccezioni in senso lato (cioè la contrapposizione di un fatto impeditivo o estintivo, tale da escludere gli effetti giuridici del fatto costitutivo affermato); c) eccezioni in senso proprio (cioè la contrapposizione al fatto costitutivo di un contro-diritto), alle quali ultime viene ricondotta l'*exceptio*: cfr. sul tema, fra le tante, Cass., 24 giugno 1998, n. 6272.

<sup>43</sup> Cass., 14 marzo 2011, n. 5933, in *Rep. Foro It.*, 2011, voce *Contratto in genere*, n. 514.

<sup>44</sup> Una volta esercitata l'eccezione di inadempimento, e quindi prodottosi l'effetto sospensivo sull'esecuzione del contratto, può però accadere che non si giunga al giudizio sulla risoluzione, ma che il rapporto successivamente riprenda il suo normale corso. In tal caso si pone il problema di come debba essere regolata la fase di sospensione: ad esempio con riguardo alla disciplina degli interessi e dei frutti prodottisi *medio tempore*, ovvero alle spese nello stesso periodo sopportate dall'*excipiens* (cfr. sul punto, CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 253).

giudice per ottenere la condanna della controparte all'adempimento e la controparte, per sottrarsi all'adempimento, agisca mediante una domanda riconvenzionale (art. 36 cod. proc. civ.) con la quale fa valere l'inadempimento altrui e chiede al giudice che pronunci la risoluzione del contratto<sup>45</sup>.

Né dovrebbe essere confusa con la eccezione di risoluzione, con la quale chi voglia far estinguere l'obbligazione nascente dal contratto potrebbe operare, senza pertanto essere costretto né ad agire con la domanda di risoluzione, né, se convenuto, a proporre una domanda riconvenzionale<sup>46</sup>.

L'autonomia concettuale ed applicativa dell'eccezione di risoluzione, che non è espressamente regolata dal codice, viene sostenuta sul rilievo che il potere sostanziale di rifiutare l'adempimento può implicare un potere di scioglimento, il quale può tradursi in una eccezione che, invece che di inadempimento, è di risoluzione<sup>47</sup>.

Tale eccezione, in quanto contiene un potere di rifiuto diretto all'estinzione degli obblighi reciproci, «costituisce dunque l'anello di congiunzione tra eccezione di inadempimento, diffida ad adempiere e domanda principale o riconvenzionale di risoluzione» e quindi l'eccezione di risoluzione rappresenta un altro e diverso modo, in presenza dell'altrui inadempimento, per provocare l'estinzione dell'obbligazione contrattuale, mediante l'esercizio di un diritto potestativo sostanziale che consente alla parte di produrre lo scioglimento del contratto nel processo<sup>48</sup>.

L'eccezione di inadempimento, invece, è funzionale a produrre la sospensione dell'obbligazione di eseguire la propria prestazione, fino a quando non sia cessato l'inadempimento altrui, e quindi non ha né effetto immediatamente risolutivo del contratto, né definitivamente liberatorio per il debitore<sup>49</sup>, poiché tali effetti derivano unicamente dall'accoglimento della domanda di risoluzione.

<sup>45</sup> Secondo la giurisprudenza, Cass., 29 settembre 2009, n. 20870, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 467, l'eccezione di inadempimento, al pari di ogni altra eccezione, non richiede l'adozione di forme speciali o formule sacramentali, essendo sufficiente che la volontà della parte di sollevarla sia desumibile, in modo non equivoco, dall'insieme delle sue difese, secondo un'interpretazione del giudice di merito che, se ancorata a correnti canoni di ermeneutica processuale, non è censurabile in sede di legittimità (nella specie, la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza di merito che aveva escluso di poter ravvisare l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. nella domanda riconvenzionale diretta alla riduzione del prezzo di una compravendita immobiliare proposta dal promissario acquirente, convenuto dal promittente venditore per la risoluzione del contratto per inadempimento, nonostante detta riconvenzionale fosse corredata da difese volte a contestare l'avversa pretesa sulla scorta di addebiti di varie inadempienze agli assunti impegni di completamento e regolarizzazione urbanistica dei fabbricati accedenti al fondo oggetto del pattuito trasferimento).

<sup>46</sup> PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 335 ss..

<sup>47</sup> PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 341.

<sup>48</sup> PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 341 ss.

Sul punto cfr. ora, anche in senso critico, PAGLIANTINI, *Eccezione (sostanziale) di risoluzione e dintorni*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2016, 12 ss.

<sup>49</sup> Cfr. Cass., 5 maggio 1982, n. 2821, in *Mass. Foro It.*, 1982: l'eccezione di inadempimento «opera nel senso di consentire alla parte adempiente di sospendere la prestazione dovuta finché l'altro contraente non adempia a sua volta, ma non la libera dalla propria obbligazione in via definitiva».

In quanto “eccezione sostanziale” – e quindi strumento di immediata incidenza sul rapporto contrattuale, poiché paralizza il diritto dell’altro contraente di chiedere l’adempimento, la risoluzione, il risarcimento del danno – essa oltre che fatta valere mediante una dichiarazione stragiudiziale, può essere opposta direttamente in giudizio all’altro contraente<sup>50</sup>, ed in tal senso si configura come una eccezione di portata più ampia di una mera eccezione di natura processuale<sup>51</sup>.

Sul piano della dialettica delle contrapposte posizioni dei contraenti, va segnalato che l’eccezione fatta valere stragiudizialmente non impedisce all’*excipiens* di domandare successivamente in giudizio la risoluzione del contratto (eventualmente in via riconvenzionale di fronte ad una domanda di adempimento o di risoluzione dell’al-

---

A sua volta Cass., 28 marzo 2001, n. 4529, in *Mass. Foro It.*, 2001, ha statuito che «l’*exceptio inadimpleti contractus*, di cui all’art. 1460, cod. civ., è invocabile, oltre che al fine di paralizzare la domanda di adempimento, anche nei confronti di una domanda di risoluzione del contratto promossa dalla controparte». Secondo Cass., 16 novembre 2000, n. 14865, in *Corr. Giur.*, 2001, 762, anche la violazione delle obbligazioni collaterali di protezione, di informazione, di collaborazione, derivanti dagli artt. 1337, 1338, 1374, 1375, 1175, che si pongono come precondizioni dell’obbligazione principale, legittima l’eccezione *ex art.* 1460 cod. civ. Per Cass., 15 aprile 2014, n. 8736, in *Giur. It.*, 2014, 1058, «il debitore convenuto che si avvalga dell’eccezione di inadempimento ai sensi dell’art. 1460 c.c., può limitarsi ad allegare l’altrui inadempimento, mentre il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento e ciò anche nel caso in cui si sia eccepito non l’inadempimento dell’obbligazione ma il suo inesatto adempimento, essendo sufficiente che il creditore istante allegghi l’inesattezza dell’inadempimento e gravando ancora una volta sul debitore l’onere di dimostrare l’avvenuto esatto adempimento».

<sup>50</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 246, il quale rileva che in questo secondo caso, sempre che l’eccezione sia legittimamente opposta, essa ha lo scopo di paralizzare una domanda giudiziale di adempimento proposta dall’altro contraente, ma serve anche a paralizzare una domanda giudiziale di risoluzione del contratto per inadempimento dell’eccepiente, una diffida ad adempiere o una dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa (in tal senso, in giurisprudenza, cfr. Cass., 28 marzo 2001, n. 4529; Cass., 4 novembre 2009, n. 23345; Cass., 13 luglio 2005, n. 14737; Cass., 12 febbraio 2002, n. 2706; Cass., 5 agosto 2002, n. 11728; Cass., 4 luglio 2002, n. 9517; Cass., 13 aprile 2000, n. 4122; Cass., 11 agosto 1997, n. 7480).

Nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457, c.c.) a favore dell’altro contraente, l’eccezione impedisce la risoluzione di diritto del contratto alla scadenza del termine stesso perché l’*excipiens* non può essere considerato inadempiente (BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, II, cit., 47 ss.).

Sul punto CARNEVALI, *op. cit.*, 247, segnala che nel caso in cui sia stabilito un termine essenziale (art. 1457, c.c.) a favore di uno dei contraenti, quest’ultimo non ha la possibilità di opporre l’*exceptio*, dato che l’inadempimento dell’altro contraente produce *ipso iure* la risoluzione del contratto stesso: va tuttavia rilevato che non pare precluso al contraente a favore del quale il termine è apposto di dichiarare entro tre giorni (art. 1457, comma 2°, c.c.) di volere ugualmente l’esecuzione del contratto e di essere pronto ad adempiere contestualmente all’altro.

<sup>51</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 246, secondo il quale tale eccezione attribuisce al contraente eccepiente il diritto di sospendere temporaneamente l’esecuzione del contratto, e – trattandosi di un diritto, tipicamente potestativo, al quale l’altro contraente rimane soggetto, a condizione che l’eccezione sia stata legittimamente esercitata – può essere neutralizzato solo con l’esecuzione della prestazione dovuta all’*excipiens*, e quindi l’eccepiente che rifiuta di eseguire la consegna del bene venduto non cade in mora e non è perciò impedito il passaggio del rischio del perimento del bene secondo le regole generali. Se la prestazione dell’eccepiente diventa impossibile per caso fortuito, pur dopo il rifiuto di adempiere, non si applica l’art. 1221, c.c., e l’eccepiente è liberato dalla sua prestazione con le ulteriori conseguenze stabilite dall’art. 1463, c.c.

tro contraente), ovvero di inviare una diffida ad adempiere, oppure di dichiarare di volersi avvalere di una clausola risolutiva espressa, ma nell'immediato rende inesigibile la propria prestazione in attesa dell'adempimento della controparte, ovvero della pronuncia di risoluzione del contratto.

Autorevole dottrina sostiene infatti che ciò «è coerente con l'efficacia della clausola, che serve a "congelare" il rapporto contrattuale (e per questo viene tradizionalmente definita come eccezione "dilatatoria") in attesa di vedere se l'altro contraente si decida ad adempiere: l'*excipiens* può, ad un certo momento, perdere interesse ad un sia pur tardivo adempimento dell'altro contraente e optare per la risoluzione del contratto sia in via diretta, sia in via riconvenzionale»<sup>52</sup>.

Il rifiuto di adempiere, se legittimo *ex art.* 1460, ha inoltre effetto preclusivo dell'accoglimento della domanda dell'altro contraente di risoluzione per inadempimento e di risarcimento del danno<sup>53</sup>, ed impedisce l'operatività della clausola risolutiva espressa<sup>54</sup>.

Il principio di autotutela contenuto nella clausola si esplica dunque in presenza del mero ed oggettivo fatto della mancata esecuzione della controprestazione, che legittima, in capo al contraente *in bonis*, il rifiuto di eseguire la propria prestazione<sup>55</sup>.

Può dunque avvalersi della risoluzione del contratto, giudiziale o stragiudiziale, solo la parte adempiente e non può invocarla il contraente che sia stato, a sua volta, inadempiente<sup>56</sup> ed ha con il proprio inadempimento dato causa al comportamento

---

<sup>52</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 247.

<sup>53</sup> Cfr. Cass., 15 dicembre 1985, n. 6347, in *Mass. Foro It.*, 1985; Cass., 11 ottobre 2012, n. 17353, in *Giust. civ. Mass.*, 2012.

<sup>54</sup> Cfr. Cass., 13 luglio 1982, n. 4122, in *Mass. Foro It.*, 1982; per Cass., 16 settembre 2013, n. 21115 in *Giust. civ. Mass.*, 2013, «anche quando la parte interessata abbia manifestato la volontà di avvalersi della clausola risolutiva espressa, il giudice deve valutare l'eccezione di inadempimento proposta dall'altra parte, attesa la pregiudizialità logica della stessa rispetto all'avverarsi degli effetti risolutivi che normalmente discendono in modo automatico, ai sensi dell'art. 1456 cod. civ., dall'accertamento di un inadempimento colpevole». In dottrina, BIGLIAZZI GERI, *Risoluzione per inadempimento*, cit., 45 ss., dove è formulata una corrispondente soluzione anche per il termine essenziale.

<sup>55</sup> Tale comportamento peraltro rimane legittimo anche se successivamente si accerti che la controprestazione era diventata impossibile per causa non imputabile al debitore, come si desume da Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Mass. Foro It.*, 1984, secondo cui si deve «prescindere dalla colpevolezza dell'inadempimento della parte cui viene opposto il rifiuto».

<sup>56</sup> Cfr. sul punto Cass., 12 novembre 2013, n. 25427, la quale, in tema di contratto preliminare, ha affermato che l'eccezione di inadempimento – basata sulla mancanza del certificato di abitabilità dell'immobile o della presenza di difformità edilizie sanabili – non può essere proposta qualora risulti che il promissario acquirente era a conoscenza di tale situazione. Secondo la Corte infatti il presupposto dell'obbligo che l'art. 1477, ultimo comma, c.c., pone a carico del venditore (e non del promittente venditore) di consegnare i documenti relativi all'uso della cosa venduta, è che tali documenti siano necessari all'uso della medesima e si trovino in possesso del venditore, il quale, in caso negativo, dovrà curarne la formazione al momento della conclusione del contratto. Ne segue che, in caso di preventiva conclusione del contratto preliminare, è necessario che tali documenti siano acquisiti e consegnati al promissario acquirente all'atto della stipula del contratto definitivo di vendita.

oppositivo dell'altra parte, che si è legittimamente astenuta dall'eseguire la propria controprestazione.

Occorre tuttavia segnalare che la protezione offerta dall'eccezione non è illimitata, proprio perché si tratta di un rimedio «conservativo» del contratto, ma viene a cessare quando la controparte ha fatto venire meno il suo stato di inadempimento, facendo mancare il fondamentale presupposto giustificativo dell'eccezione stessa.

Tale situazione si registra, ad esempio, non solo quando il debitore *sic et simpliciter* adempie, ma anche quando egli si offre di adempiere, mettendo a disposizione della controparte la prestazione, con un'offerta che non deve possedere i medesimi requisiti formali di quella prevista per la messa in mora del creditore<sup>57</sup>.

Sicché fino a quando il contraente adempiente non fa valere il proprio potere di caducazione del contratto (mediante la risoluzione sia essa stragiudiziale, sia essa giudiziale), manifestando quindi interesse alla risoluzione, il contraente inadempiente potrebbe sempre adempiere, ovvero offrire di adempiere.

In tal caso – a fronte della sostanziale acquiescenza, fino a quel momento, del creditore adempiente all'altrui inadempimento – l'eventuale rifiuto di accettare l'adempimento tardivo potrebbe configurarsi come contrario al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto e quindi determinare a favore del creditore adempiente un'ipotesi di inadempimento.

**5.** Una volta chiarito quale sia il meccanismo mediante il quale, nei reciproci rapporti sinallagmatici, opera tra i contraenti l'eccezione dilatoria nella fase di esecuzione del contratto, occorre esaminare come essa si sviluppi sia dinamicamente sul piano del binomio prestazione – controprestazione, sia sincronicamente, nelle sequenze di svolgimento cronologico dello stesso, dato che l'ambito di applicazione dell'*exceptio* è quello dei contratti a prestazioni corrispettive e, a volte, ad esecuzione istantanea ovvero differita nel tempo.

È infatti frequente il caso in cui una parte, al fine di non voler adempiere alla propria prestazione, strumentalmente sostenga che la controparte sia inadempiente, ovvero in ritardo nell'adempimento, ovvero che l'adempimento effettuato non sia conforme alla regola negoziale a sua tempo pattuita, e che quindi si versi in un caso di inadempimento che legittimerebbe l'esercizio dell'*exceptio* e quindi il proprio rifiuto di adempiere<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> La giurisprudenza sottolinea che non è sufficiente un'offerta di idonee garanzie, perché l'eccezione è stata in questo caso sollevata di fronte ad un inadempimento, e non di fronte ad un mero pericolo di inadempimento (Cass., 22 marzo 1968, n. 908, in *Rep. Foro It.*, 1968, voce «*Obbligazioni e contratti*», n. 360).

<sup>58</sup> Una parte della dottrina, al riguardo, distingue tra inadempimento giustificante (cioè a dire in che cosa deve consistere l'inadempimento di controparte affinché di fronte ad esso la parte possa sollevare l'eccezione) ed inadempimento giustificato (vale a dire in che senso la parte, in ragione dell'eccezione, è legittimata a non adempiere), fermo restando il rilievo che assume in materia il principio di buona fede, unico a sostenere in questo caso il rifiuto di adempiere (ROPPO, *Il contratto*, cit., 920 ss.; A. M. BENEDETTI, *Sub art. 1460*, in *Comm. del cod. civ. dir.* da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino,

L'ordine cronologico dell'esecuzione delle prestazioni, soprattutto quando esso sia disciplinato in termini di contemporaneità, assume dunque in questa direzione un significativo rilievo.

La regola generale dovrebbe essere quella della successione cronologica dell'ordine delle prestazioni, per cui si dovrebbe in prima battuta ritenere che l'*exceptio* possa anzitutto essere fatta valere dal contraente tenuto ad adempiere per secondo, quando quello obbligato ad adempiere per primo non abbia provveduto; ma l'idea che l'ordine cronologico dettato dalla regola della contemporaneità dell'esecuzione delle prestazioni sia tassativa è stata da tempo abbandonata.

Si ammette pertanto che l'*exceptio* possa essere proposta sia dal contraente che deve adempiere per secondo, quando l'altro contraente obbligato ad adempiere per primo non abbia adempiuto<sup>59</sup>, dato che l'art. 1460 cod. civ. stabilisce che termini diversi per l'adempimento possano essere fissati dalle parti o che possano risultare dalla natura del contratto<sup>60</sup>; sia che l'*exceptio* possa essere attivata anche dal contraente tenuto ad adempiere per primo, nei confronti del contraente tenuto ad adempiere per secondo.

Tale ipotesi, ad esempio, si presenta quando al contraente tenuto ad adempiere per secondo venga notificata la decadenza dal beneficio del termine ex art. 1186 cod. civ., ovvero risulti molto probabile che egli non sia in grado di adempiere alla scadenza, come nel caso in cui il contraente tenuto ad adempiere per secondo abbia dichiarato anticipatamente di non volere adempiere. Tale comportamento infatti viene tradizionalmente equiparato all'inadempimento<sup>61</sup>.

Una seconda possibile sequenza potrebbe rinvenirsi quando il contraente giustifica il rifiuto della propria prestazione con l'inadempimento dell'altro contraente o con la mancata offerta della prestazione da parte di quest'ultimo, laddove non sarebbe necessario che l'inadempimento altrui (fatto valere dall'*excipiens* per giustificare la sospensione del proprio adempimento) sia un inadempimento totale.

In tal caso infatti si sostiene che il contraente può respingere l'adempimento inesatto (sia sotto l'aspetto qualitativo, sia quantitativo) e quindi rifiutare di eseguire la prestazione a proprio carico, entro il limite del principio della buona fede, in

---

2011, 497 ss.; ID., *Le autodifese contrattuali*, in *Il codice civile. Commentario*, dir. da Busnelli, Milano, 2011, 68 ss.

<sup>59</sup> Cfr. REALMONTE, *op. cit.*, 229; BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 24; C. M. BIANCA, *op. cit.*, 334-335. In giurisprudenza cfr. Cass., 19 aprile 1996, n. 3713.

<sup>60</sup> Cfr. Cass., 4 novembre 2010, n. 22464, in *Giust. civ.*, 2011, I, 79, secondo la quale nei contratti a prestazioni corrispettive la possibilità di eccepire, ex art. 1460, 1° comma, c.c., l'inadempimento o l'imperfetto adempimento dell'obbligazione assunta dalla controparte - al fine di paralizzare la pretesa avversaria chiedendone il rigetto - trova un limite nell'ipotesi in cui siano stabiliti termini diversi per l'adempimento in relazione ai diversi contraenti.

<sup>61</sup> Cfr. BIGLIAZZI GERI, *op. ult. cit.*, 28-29; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 424 ss., L'orientamento della giurisprudenza in materia: Cass., 14 marzo 2003, n. 3787, in *Contratti*, 2004, 446 ss., con nota di SARDO; Cass., 28 novembre 1984, n. 6196, è nel senso di equiparare la dichiarazione di non volere adempiere ad un inadempimento.



base all'antica regola dell'*exceptio non rite adimpleti contractus* che equipara l'inesatto adempimento all'inadempimento in senso stretto. Rimane però dubbio se, in presenza di un adempimento inesatto (sotto l'aspetto qualitativo o quantitativo), sia ammissibile un'eccezione parziale d'inadempimento, in ragione della quale il contraente potrebbe operare una riduzione della prestazione da lui dovuta, in misura proporzionale al difetto qualitativo o quantitativo della prestazione ricevuta dall'altro contraente<sup>62</sup>.

L'art. 1460 cod. civ. però consente di esercitare il rifiuto di eseguire la prestazione anche quando l'altro contraente non offre di adempiere contemporaneamente la propria prestazione, ma in tal caso non è richiesta un'offerta formale, ma unicamente un comportamento che (al di fuori del caso in cui l'offerta non sia completa o sia inesatta, per cui se così fosse essa non varrebbe a bloccare l'*exceptio*) consenta all'altro contraente di ricevere la prestazione a lui dovuta, di modo che egli possa in tal modo realizzare l'interesse connesso alla esecuzione in suo favore del rapporto obbligatorio.

**6.** Nel contrasto tra le contrapposte pretese di inadempimento emerge il problema della ripartizione dell'onere della prova tra le parti, poiché ciascuna tenta di far valere il proprio diritto a sospendere l'esecuzione del contratto<sup>63</sup>.

La questione sorge in particolare qualora venga convenuto in giudizio (per l'adempimento o per la risoluzione) il contraente che in via stragiudiziale ha sollevato l'*exceptio*.

Sul punto una parte della dottrina ha sostenuto che il contraente che si avvale dell'eccezione di inadempimento deve dimostrare il fatto su cui l'eccezione si fonda, cioè l'inadempimento dell'altro contraente<sup>64</sup>, ma la tesi è stata criticata in ragione del fatto che si fonderebbe su un'applicazione meccanicistica dell'art. 2697, comma 2, cod. civ.<sup>65</sup>.

La giurisprudenza invece nel corso del tempo ha mutato il proprio orientamento.

Una prima lettura maggioritaria sosteneva che il regime probatorio dovrebbe essere diverso a seconda che il creditore richieda l'adempimento ovvero la risoluzione.

In questa linea di pensiero si affermava che la parte che chiede la risoluzione del contratto per l'inadempimento di un'obbligazione è tenuta a provare il fatto legittimante la risoluzione, ossia l'inadempimento; laddove, una volta fornita tale prova, spetta al convenuto l'onere di dimostrare di essere immune da colpa.

Si sosteneva infatti che ai fini della ripartizione dell'onere della prova dell'inadempimento, si deve avere riguardo all'oggetto specifico della domanda.

A differenza del caso in cui si chiedi l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni, ove è sufficiente che l'attore provi il titolo che costituisce

<sup>62</sup> Ritengono ammissibile una *exceptio* parziale GENTILI, *La risoluzione parziale*, Napoli, 1990, 247 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 351; SACCO, *op. cit.*, 682; TAMPONI, *op. cit.*, 1536.

<sup>63</sup> Cfr., sul punto, PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale*, cit., 320 ss.

<sup>64</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile*, V, cit., 343; TAMPONI, *op. cit.*, 1535.

<sup>65</sup> ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 456.

la fonte del diritto vantato (e cioè l'esistenza del contratto, e, quindi, dell'obbligo che si assume inadempito), nell'ipotesi in cui si domandi la risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'obbligazione l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti, in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza. In tal caso infatti, solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento, spetterebbe al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa<sup>66</sup>.

Un diverso e contrapposto indirizzo, seppur minoritario, tendeva invece a ricondurre ad unità il regime probatorio da applicare in riferimento a tutte le azioni previste dall'art. 1453 c.c., e cioè all'azione di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno da inadempimento richiesto in via autonoma.

In questa linea di pensiero si affermava che l'azione di risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453 c.c. – e quelle di adempimento e di risarcimento dei danni contemplate dalla medesima norma – hanno in comune il titolo ed il vincolo contrattuale di cui si deduce la violazione ad opera dell'altro contraente.

Alla parte che tali azioni propone non può, pertanto, addossarsi altro onere, a norma dell'art. 2697 c.c., che quello di provare l'esistenza di quel titolo e, quindi, l'insorgenza di obbligazioni ad esso connesse.

Alla controparte, invece, spetterebbe l'onere della prova di avere adempiuto, salvo che non proponga un'eccezione di inadempimento, nel qual caso dovrà essere l'altro a neutralizzarla, dimostrando il proprio adempimento o la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione a suo carico<sup>67</sup>.

Altro orientamento si fondava, invece, sul rilievo che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi dell'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità con-

<sup>66</sup> Cfr. in tal senso Cass., 9 gennaio 1997, n. 124, nel caso di specie, ove si trattava di un contratto di cessione di quote sociali, la Corte ha ritenuto che la mancata stipulazione del contratto traslativo costituisse inadempimento dell'obbligo del venditore di fare acquistare al compratore la proprietà della cosa o il diritto ceduto, sicché, quando tale circostanza risulti certa, non spetta al compratore l'onere di dimostrare le cause del suo verificarsi, ma è il venditore che deve vincere la presunzione di responsabilità sancita dall'art. 1218 c.c.

La tesi nel pensiero della Corte trova il proprio sostegno nella valorizzazione della distinzione tra i rimedi congiuntamente previsti dall'art. 1453 c.c., rilevando che si tratta di azioni con le quali vengono proposte domande con diverso oggetto (adempimento, risoluzione, risarcimento del danno).

Si osserva che nell'azione di adempimento il fatto costitutivo è il titolo, costituente la fonte negoziale o legale del diritto di credito, sicché la prova che il creditore deve fornire, ai sensi dell'art. 2697, comma 1, deve avere ad oggetto soltanto tale elemento. Al contrario, nell'azione di risoluzione, la domanda si fonda su due elementi: il titolo, fonte convenzionale o legale dell'obbligazione, e l'inadempimento dell'obbligo, sicché la prova richiesta al creditore deve riguardarli entrambi, trattandosi di fatti costitutivi del diritto fatto valere, ai sensi dell'art. 2697, comma 1.

Si ritiene infatti irrilevante che l'inadempimento, elevato ad oggetto dell'onere probatorio, sia un fatto negativo, opponendosi che, per costante giurisprudenza, anche i fatti negativi possono essere provati fornendo prova dei fatti positivi contrari.

<sup>67</sup> Cass., 5 dicembre 1994, n. 10446.

trattuale è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale; così che in entrambi i casi il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa, cioè l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento<sup>68</sup>.

<sup>68</sup> Cass., 27 marzo 1998, n. 3232, secondo cui nell'azione di adempimento, di risoluzione ed in quella risarcitoria (che hanno in comune l'elemento costitutivo fondamentale del mancato adempimento) il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo, ma non l'inadempimento dell'obligato, dovendo essere quest'ultimo a provare di avere adempiuto, salvo che non opponga un'eccezione di inadempimento, nel qual caso sarà l'altra parte a doverla neutralizzare provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta (nel caso di specie, l'azione era diretta nei confronti di una banca per la mancata consegna di certificati di deposito; la Corte ha stabilito che la prova positiva dell'avvenuta consegna gravava sulla stessa banca debitrice, non potendosi addossare al creditore l'onere della prova negativa del mancato adempimento).

La tesi veniva argomentata sul presupposto che il meccanismo di ripartizione dell'onere della prova ai sensi all'art. 2697 c.c. in materia di responsabilità contrattuale (in conformità a criteri di ragionevolezza per identità di situazioni probatorie, di riferibilità in concreto dell'onere probatorio alla sfera di azione dei singoli soggetti e di distinzione strutturale tra responsabilità contrattuale e da fatto illecito) è identico, sia che il creditore agisca per l'adempimento dell'obbligazione, sia che domandi il risarcimento per l'inadempimento contrattuale.

In entrambi i casi, infatti, il creditore dovrà provare i fatti costitutivi della pretesa (cioè a dire l'esistenza della fonte negoziale o legale del credito e, se previsto, il termine di scadenza, e non anche l'inadempimento, mentre il debitore dovrà eccepire e dimostrare il fatto estintivo dell'adempimento).

Secondo la Corte, quando si verte in tema di responsabilità da inadempimento, l'onere della prova della mancata prestazione da parte del debitore non può far carico al creditore, in virtù della cd. «presunzione di persistenza del diritto in relazione ai normali tempi di adempimento».

Il debitore, del resto, in quanto parte del contratto, nella cui sfera l'inadempimento si produce, possiede gli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore con la precisazione che la presunzione di persistenza del diritto è operante esclusivamente nell'ambito del vincolo obbligatorio rimasto inadempito.

Il creditore che agisce per l'adempimento della prestazione è dunque tenuto unicamente a fornire la prova del rapporto o del titolo dal quale deriva il suo diritto alla prestazione e non anche prova di un fatto negativo qual è il mancato adempimento, poiché quest'ultimo integra il fatto estintivo per eccellenza dell'obbligazione, la cui prova grava sul debitore che l'eccepisce.

Tale regola troverebbe dunque la propria giustificazione nella considerazione che le norme devono essere interpretate secondo un criterio di ragionevolezza (cfr. in tal senso anche Cass., 7 febbraio 1996, n. 973), per cui l'esenzione del creditore dall'onere di provare il fatto negativo dell'inadempimento, in tutte le ipotesi di cui all'art. 1453 c.c., e non soltanto nel caso di domanda di adempimento, con correlativo spostamento sul debitore convenuto dell'onere di fornire la prova del fatto positivo dell'avvenuto adempimento, sarebbe dunque, secondo questo indirizzo, conforme al principio di riferibilità o di vicinanza della prova.

In ragione di tale principio (che muove dalla considerazione che il creditore incontrerebbe difficoltà, spesso insuperabili, se dovesse dimostrare di non aver ricevuto la prestazione) l'onere della prova dovrebbe essere ripartito tenuto conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione. Il ragionamento sarebbe coerente con la regola dettata dall'art. 2697 c.c., che distingue tra fatti costitutivi e fatti estintivi, e quindi si porrebbe in linea con l'assunto secondo cui si debba ritenere che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto azionato dal creditore, spetti al debitore convenuto, che dovrà quindi dare la prova diretta e positiva dell'adempimento, trattandosi di fatto riferibile alla sua sfera di azione.

La Corte di Cassazione, in seguito, con una pronuncia a sezioni unite, ha risolto il ricordato contrasto<sup>69</sup>, affermando la regola secondo cui «in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte; mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento».

Un eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile, secondo la Corte, al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460, in tal caso risultando invertiti i ruoli delle parti in lite.

Il debitore eccipiente infatti si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione, ed anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento<sup>70</sup>.

La Corte di cassazione ha poi espressamente precisato che la regola sul riparto dell'onere della prova vale anche nel caso in cui l'inesatto adempimento sia posto a fondamento dell'eccezione di cui all'art. 1460 cod. civ.<sup>71</sup>.

Il ricordato orientamento sembra trovare ulteriore supporto nella tendenza, espressa successivamente dalla giurisprudenza della Corte di cassazione anche in tema di rilevanza officiosa della nullità del contratto, pur a fronte di una originaria domanda di annullamento ovvero di risoluzione<sup>72</sup>, che tende a valorizzare il principio di prossimità della prova nella scelta dei criteri secondo i quali ripartire il relativo *onus probandi*.

<sup>69</sup> Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Contratti*, 2002, 113, con nota di CARNEVALI.

<sup>70</sup> Nello stesso senso cfr., successivamente, fra le più recenti: Cass., 31 luglio 2015 n. 16214; Cass., 17 giugno 2015, n. 12501; Cass., 20 gennaio 2015 n. 826; Cass., 14 marzo 2014 n. 5952; Cass., 4 luglio 2012, n. 11173; Cass., 15 maggio 2012, n. 7530; Cass., 23 maggio 2011, n. 11290; Cass., 15 luglio 2011 n. 15659; Cass., 28 febbraio 2014 n. 4876.

<sup>71</sup> Cass., 10 aprile 2008, n. 9439, così ragionando, però, secondo una voce critica della dottrina, (CARNEVALI, *La risoluzione per inadempimento*, cit., 253) «chi oppone l'*exceptio* lamentando un adempimento inesatto è il soggetto che si trova nella migliore posizione per dimostrare i difetti dell'adempimento altrui (impiegando una terminologia divenuta corrente, è il più vicino alla prova)».

<sup>72</sup> Cfr. Cass. sez. Un. 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass. sez. Un. 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Giur. It.*, 2014, I, 70, con nota di PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*.

7. Il fondamento, ed al medesimo tempo, il limite di esercizio del diritto potestativo dell'eccepiente è tuttavia segnato dal principio di buona fede.

La formula della norma è del resto assai chiara nel senso che «non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede» in senso oggettivo<sup>73</sup>; la quale in questo caso si caratterizza come legittimo esercizio delle proprie ragioni, cioè, secondo la giurisprudenza, come comportamento che «non sia determinato da motivi non corrispondenti alle finalità per le quali esso è concesso dalla legge»<sup>74</sup>.

Il rimedio dell'eccezione dilatoria infatti si distingue da quello della risoluzione, perché si fonda sull'altrui inadempimento, ma non produce lo scioglimento del contratto e non necessita, per il suo utilizzo, dei medesimi presupposti soggettivi ed oggettivi.

L'interpretazione della regola, e del principio di buona fede applicato alla stessa, ha trovato un particolare risalto nella giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>75</sup>, la quale si è formata prevalentemente con riguardo al tema dell'inadempimento inesatto, piuttosto che a quello dell'inadempimento totale, ed è orientata nel senso che la facoltà del debitore di rifiutare la propria prestazione sia subordinata alla gravità dell'inadempimento altrui.

Tale inadempimento, che secondo la formula legislativa dettata dall'art. 1455, c.c., deve essere di non «scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra parte»<sup>76</sup>, è da valutare sulla base di un criterio di proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti,

<sup>73</sup> Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 468, secondo cui nel caso in cui venga opposta, nei contratti con prestazioni corrispettive, l'eccezione di inadempimento occorre verificare, secondo il principio di buona fede e correttezza sancito dall'art. 1375 c.c., in senso oggettivo, se la condotta della parte inadempiente, avuto riguardo all'incidenza sulla funzione economico-sociale del contratto, abbia influito sull'equilibrio sinallagmatico dello stesso, in rapporto all'interesse perseguito dalla parte, e perciò abbia legittimato, causalmente e proporzionalmente, la sospensione dell'adempimento dell'altra parte.

<sup>74</sup> Cfr. Cass., 3 novembre 2010, n. 22353, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 523; Cass., 21 maggio 2012, n. 8002.

<sup>75</sup> Un'autorevole dottrina, GALGANO, *Trattato di diritto civile*, vol. II, Padova, 2 ed., 2010, 515, che ha attentamente esaminato gli orientamenti della giurisprudenza, ha osservato che negli stessi è possibile scorgere alcune linee di tendenza, in ragione delle quali le Corti fanno impiego di criteri generici, come quello secondo il quale «la parte che oppone l'eccezione può considerarsi in buona fede, secondo la previsione di cui all'art. 1460 c.c., solo se il rifiuto di esecuzione del contratto si traduca in un comportamento che risulti oggettivamente ragionevole e logico, nel senso che trovi concreta giustificazione nel rapporto tra prestazioni ineseguite e prestazioni rifiutate, in relazione ai canoni legali di corrispettività e contemporaneità delle medesime» (Cass., 29 aprile 1982, n. 2708, in *Mass. Foro It.*, 1982; Cass., 27 marzo 2013, n. 7759 in *Giust. civ.*, 2013, I, 968); oppure quello, di matrice più restrittiva (Cass., 8 settembre 1986, n. 5459, in *Mass. Foro It.*, 1986), per cui «il giudice deve valutare il comportamento della parte contraente per stabilire quando il rifiuto di adempiere, in relazione alla disciplina delle obbligazioni e dei contratti (artt. 1175, 1366, 1375 cod. civ.), sia strumento per la tutela del proprio diritto ovvero mezzo per mascherare la propria inadempienza»; sul punto cfr. anche P. GALLO, *Trattato del contratto*, cit., vol. 3, 2123.

<sup>76</sup> Cass., 4 febbraio 2009, n. 2720, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce *Contratto in genere*, n. 468; Cass., 3 luglio 2000, n. 8880, in *Riv. not.*, 2001, 242; Cass., 5 marzo 1984, n. 1530; Cass., 8 luglio 1981, n. 4486; nel senso della necessaria gravità dell'inadempimento quale presupposto per la valida opposizione dell'eccezione pre-

commisurato «non in rapporto alla rappresentazione soggettiva che le parti se ne facciano, ma in relazione alla oggettiva proporzione degli inadempimenti stessi, riguardata con riferimento all'intero equilibrio del contratto ed alla buona fede»<sup>77</sup>.

Qualora nei contratti con prestazioni corrispettive le parti si imputino reciproche violazioni delle regole contrattuali, il giudice, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento, è tenuto a formulare un giudizio di comparazione in merito al comportamento complessivo delle parti, al fine di stabilire se – e quale di esse – si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti, da ascriversi a causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale.

Il giudice, in tal senso, non può isolare singole condotte di una delle parti per stabilire se costituiscano o meno motivo di risoluzione, a prescindere da ogni altra ragione di doglianza della controparte, ma deve, invece, procedere alla valutazione sinergica del comportamento di entrambi i contraenti, attraverso un'indagine globale ed unitaria dell'intero loro agire, perché l'unitarietà del rapporto obbligatorio a cui ineriscono tutte le prestazioni inadempite non tollera una valutazione frammentaria e settoriale della condotta dei singoli contraenti, ma esige un apprezzamento complessivo, anche in difetto di una formale eccezione ai sensi dell'articolo 1460 cod. civ.<sup>78</sup>.

La giurisprudenza, infatti, enuclea il principio di proporzionalità affermando la regola secondo cui, nel caso in cui venga sollevata l'eccezione di inadempimento, il giudice è chiamato a svolgere una valutazione comparativa degli opposti inadempimenti, avendo riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse<sup>79</sup>.

---

vista dall'art. 1460, comma 2°, c.c., cfr. anche Cass., 7 maggio 1982, n. 2843; Cass., 24 febbraio 1982, n. 1182; Cass., 4 dicembre 1981, n. 6441; Cass., 21 febbraio 1979, n. 1123.

<sup>77</sup> Cass., 8 gennaio 2010, n. 74, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 525.

<sup>78</sup> Cass., 4 maggio 2016, n. 8912; Cass. 15 giugno 2015, n. 12410; Cass. 15 giugno 2016, n. 12410; Cass. 9 gennaio 2013, n. 336; Cass. 5 giugno 2012, n. 9046; Cass. 7 marzo 2001, n. 3341.

<sup>79</sup> Cfr. Cass. 9 giugno 2010, n. 13840, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Contratto in generale*, n. 504, (in un caso in cui il giudice del merito aveva dichiarato risolto per inadempienze reciproche, repute equivalenti, il contratto di locazione di un bar, con annesso laboratorio di pasticceria, rispetto al quale, nello svolgimento del relativo rapporto, il conduttore lamentava l'inidoneità dei locali e delle macchine all'uso pattuito ed il locatore la morosità nel pagamento dei canoni, chiedendo entrambe le parti la risoluzione del contratto medesimo) ha stabilito il principio secondo cui «nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di inadempienze reciproche, il giudice di merito è tenuto a formulare un giudizio - incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato - di comparazione in merito al comportamento complessivo delle parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi ed all'oggettiva entità degli inadempimenti (tenuto conto non solo dell'elemento cronologico, ma anche e soprattutto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite e della incidenza di queste sulla funzione economico-sociale del contratto), si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale; in difetto di prova sulla causa effettiva e determinante della risoluzione, il giu-

In tal modo priorità cronologica, causalità (nel senso di successione causale tra inadempimenti) e proporzionalità (cioè obiettiva consistenza dell'inadempimento in relazione all'incidenza sull'equilibrio sinallagmatico), divengono i principali parametri mediante i quali deve essere valutato l'inadempimento prevalente.

Il giudice, pertanto, qualora rilevi che l'inadempimento della parte, nei cui confronti è opposta l'eccezione, non sia grave ovvero sia di scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c., deve ritenere che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia in buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c.<sup>80</sup>.

La nozione di buona fede sembrerebbe quindi servire per dare ingresso ad una valutazione di proporzionalità tra l'inadempimento e l'eccezione, al fine di valutare la sostanziale comparabilità delle prestazioni ineseguite e di quelle rifiutate in via di eccezione, dando così luogo a quello che la giurisprudenza chiama il «giudizio di proporzionalità dell'inadempimento»<sup>81</sup>.

In questa prospettiva diventa rilevante l'intervento del giudice<sup>82</sup>, poiché egli è chiamato a svolgere un controllo ed una valutazione di tipo «comparativo» degli opposti inadempimenti, nell'ambito della quale deve avere riguardo, non soltanto all'elemento cronologico dei rispettivi inadempimenti, ma, come detto, al fondamentale criterio di proporzionalità degli stessi rispetto alla causa in concreto del contratto.

In tal senso il giudice deve ponderare quale sia stata, tenuto conto degli apporti di causalità e proporzionalità esistenti tra le prestazioni inadempite, della durata

---

dice non potrà dichiarare risolto il vincolo contrattuale per inadempienze equivalenti delle parti, ma dovrà limitarsi al rigetto di entrambe le domande per l'insussistenza dei fatti giustificativi posti a sostegno di esse».

<sup>80</sup> Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Rep. Foro It.*, la quale ha affermato il principio con riguardo ad un caso di vendita di un immobile e di modifica di un muro perimetrale della cantina e dell'autorimessa tali da far divergere il disegno finale dalla planimetria catastale allegata al preliminare. In tal caso la Corte ha escluso la gravità dell'inadempimento tale da giustificare l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c.

<sup>81</sup> Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. civ.*, 2013, I, 968, secondo la quale la verifica sulla configurabilità della buona fede ex art. 1460, comma 2°, c.c., va effettuata sull'esistenza del grave inadempimento della controparte e sulla conseguente necessaria comparazione tra gli opposti inadempimenti, avuto riguardo per lo più alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto

<sup>82</sup> Cfr. ad esempio Cass., 23 marzo 2012, n. 4709, in *Rep. Foro It.*, 2012, voce *Contratto in genere*, n. 612, la quale ha sostenuto che la valutazione della gravità dell'inadempimento contrattuale è sempre rimessa all'esame del giudice di merito ed è incensurabile in Cassazione se la relativa motivazione risulti immune da vizi logici o giuridici (nel caso di specie la sentenza impugnata, confermata dalla Corte di cassazione, ha ritenuto giustificata l'eccezione d'inadempimento sollevata dal lavoratore che, pur contestando il trasferimento di cui era stato fatto oggetto in ragione della natura deteriorata delle mansioni affidategli, aveva ugualmente lavorato nella nuova sede per oltre un mese, fino a che, per la ritenuta e poi giudizialmente accertata insussistenza delle ragioni poste a base del trasferimento stesso, si era rifiutato di eseguire la prestazione nella nuova sede e nelle nuove funzioni, mettendosi a disposizione del datore); Cass., 8 gennaio 2010, n. 74, in *Rep. Foro It.*, 2010, voce *Contratto in genere*, n. 525, secondo cui l'eccezione di inadempimento postula la proporzionalità tra i rispettivi inadempimenti, la cui valutazione rientra nei compiti del giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se assistita da motivazione sufficiente e non contraddittoria.

del loro protrarsi nel tempo, l'oggettiva e rispettiva entità degli inadempimenti sull'equilibrio tra le contrapposte prestazioni in relazione ai singoli e concreti interessi di ciascuna parte, e quindi con riguardo alla concreta funzione di scambio rimasta inattuata.

Con la conseguenza che, all'esito di tale giudizio – in presenza di una valutazione del giudice che ritenga che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave, ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 c.c. – deve ritenersi che il rifiuto di adempimento, di colui che ha mosso l'eccezione, non sia conforme a buona fede e, quindi, non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460 c.c., comma 2°. L'eccepiente, pertanto, risulterà soccombente nel giudizio di risoluzione con le relative conseguenze<sup>83</sup>.

Questo orientamento, oramai costante e consolidato, viene però in parte criticato da chi ritiene che debbano essere tenuti distinti il piano della gravità dell'inadempimento da quello dell'eccezione di inadempimento, poiché, anche secondo l'opinione di una parte seppur minoritaria della giurisprudenza<sup>84</sup>, la gravità dell'inadempimento funge da limite alla domanda di risoluzione del contratto, mentre il rifiuto di adempiere *ex art. 1460 c.c.* tende, all'opposto, a salvaguardare l'interesse all'adempimento del contratto, con la conseguenza che scarsa importanza dell'inadempimento e contrarietà a buona fede non sono concetti tra loro identificabili in termini assoluti.

<sup>83</sup> Cass., 27 marzo 2013, n. 7759, in *Giust. civ.*, 2013, I, 968; nello stesso senso cfr.: Cass., 6 luglio 2009, n. 15769; Cass., 16 maggio 2006, n. 11430; Cass., 3 luglio 2000, n. 8880; Cass., 3 febbraio 2000, n. 1168; Cass., 27 settembre 1999, n. 10668; Cass., 22 gennaio 1985 n. 250; Cass., 5 marzo 1984 n. 1530; Cass., 7 maggio 1982 n. 2843; Cass., 8 luglio 1981 n. 4486.

<sup>84</sup> Cass., 13 febbraio 2008, n. 3472, secondo cui il «grave inadempimento» che giustifica la risoluzione si distinguerebbe dalla buona fede, prevista in relazione all'eccezione di inadempimento, perché il primo e più rigoroso requisito si lega alla natura radicale e definitiva della risoluzione, mentre la seconda, determinando soltanto la sospensione temporanea dell'esecuzione del contratto e tendendo a salvaguardare l'interesse positivo all'esatto adempimento, si riferirebbe esclusivamente al mero pretesto o all'abuso. Secondo la Corte l'interesse all'esatto adempimento sarebbe tutelato, *ex art. 1372, c.c.*, in maniera più intensa rispetto all'interesse alla risoluzione del contratto, e per tale ragione non sarebbe soggetto al limite rigoroso della non scarsa importanza, quanto piuttosto al limite della buona fede in senso oggettivo, con la conseguenza che – fermo restando il rilievo della non scarsa importanza dell'inadempimento al fine di valutare la rispondenza a buona fede del rifiuto della prestazione – si deve in ogni caso ritenere che il concetto di buona fede e quello di non scarsa importanza non sono coincidenti, né è possibile istituire tra essi un rapporto di implicazione, in ragione del quale la buona fede implicherebbe la scarsa importanza dell'inadempimento; nello stesso senso Cass., 26 gennaio 2006, n. 1690.

In dottrina si osserva che la gravità dell'inadempimento non costituisce un presupposto necessario dell'eccezione di inadempimento ma, esclusivamente, una delle possibili circostanze da valutarsi ai fini del giudizio di conformità a buona fede (cfr. BIGLIAZZI GERI, voce *Eccezione di inadempimento*, cit., 342), e si sostiene che è contrario a buona fede il rifiuto dell'adempimento quando ciò comporta per l'altro contraente conseguenze eccessivamente gravose o può pregiudicare interessi inerenti alla persona dell'altro contraente e perciò di rango superiore all'interesse economico (così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 349), oppure quando l'inadempimento dell'altro contraente sia imputabile a ragioni scusabili ovvero il creditore vi abbia in ogni caso prestato acquiescenza (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 4<sup>a</sup> ed., II, Padova, 2000, 574).



La valutazione comparativa potrebbe però condurre ad un esito diverso da quello che addebita ad una parte la responsabilità per l'inadempimento e la conseguente risoluzione, poiché nel bilanciamento degli interessi in conflitto, il giudice potrebbe reputare equivalenti gli inadempimenti reciproci, con il risultato di rigettare entrambe le domande (principale di risoluzione per inadempimento dell'attore e riconvenzionale, del pari di risoluzione, del convenuto), dichiarando così risolto il contratto.

In questo caso, secondo una giurisprudenza consolidata, il giudice, pur escludendo che si tratti di una ipotesi di risoluzione consensuale del contratto, respinge sia la domanda di risoluzione dell'attore, sia quella analoga proposta in via riconvenzionale dal convenuto e risolve il contratto per impossibilità di esecuzione sul presupposto che entrambe le parti hanno deciso di non darvi esecuzione<sup>85</sup>.

Può inoltre presentarsi il caso in cui, in presenza di reciproche domande di risoluzione, il giudice ritenga che nessuna delle violazioni nell'esecuzione del contratto, dedotte come fattispecie di inadempimento, dia luogo a tale ipotesi. Egli allora, non potendo pronunciare la risoluzione per colpa di una delle parti, dovrebbe secondo un orientamento escludere la pronuncia di risoluzione del contratto, limitandosi a dare atto dell'impossibilità di esecuzione del contratto per effetto della scelta (*ex art. 1453 2° comma*) di entrambi i contraenti di non eseguirlo, e decidere di conseguenza quanto agli effetti risolutivi di cui all'art. 1458 c.c.<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Cass. 19 dicembre 2014, n. 26907, in *Contratti*, 2015, 569, con nota di IORIO secondo la quale qualora un contraente richieda la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte, ed il contraente asseritamente inadempiente richieda anch'esso una pronuncia di risoluzione - pur attribuendo l'inadempimento all'altra parte - si verifica la risoluzione del contratto, poiché le due contrapposte manifestazioni di volontà, pur non determinando un accordo negoziale di natura risolutoria, come invece accade nell'ipotesi del mutuo consenso, in quanto muovono da premesse contrastanti - sono tuttavia dirette all'identico scopo dello scioglimento del contratto del quale il giudice non può non prendere atto; Cass. 26 luglio 2011, n. 16317, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Contratto in genere*, n. 431, che - in un caso in cui il contraente aveva comunicato la propria dichiarazione di recesso, con contestuale richiesta di restituzione della somma versata a titolo di anticipo, ovvero di caparra, e di rimborso delle spese sostenute, ed il contraente asseritamente inadempiente, a sua volta, aveva comunicato anch'esso la volontà di recedere, pur attribuendo l'inadempimento all'altra parte, e la disponibilità alla restituzione delle somme richieste - ha reputato che si verificasse la risoluzione del contratto. Secondo la Corte infatti le due dichiarazioni di recesso, pur non dando luogo ad una ipotesi di risoluzione consensuale, sono tuttavia dirette all'identico scopo dello scioglimento del contratto e della restituzione delle somme versate, con la conseguenza che resta preclusa la domanda di adempimento successivamente proposta da uno dei contraenti; Cass. 9 giugno 2010, n. 13840, cit.

In senso critico verso questo orientamento v. CATAUDELLA, *I contratti*, Torino, 2014, 4<sup>a</sup> ed., 245, nota 312.

<sup>86</sup> Cass. 18 maggio 2005, n. 10389, in *Rep. Foro It.*, 2005, voce *Contratto in genere*, n. 612, ha affermato il richiamato principio in un caso di contratto di locazione, nel quale il giudice del merito aveva escluso tanto la colpa del locatore nel difetto di manutenzione della cosa locata, perché i danni alla cosa provenivano da proprietà di terzi, quanto la colpa del conduttore, che aveva sospeso il pagamento dei canoni a causa della denunciata inidoneità sopravvenuta dell'immobile; Cass. 24 novembre 2000, n. 15167, *ivi*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 579; Cass. 4 aprile 2000, n. 4089, *ivi*, 2000, voce *cit.*, n. 580.

Con riguardo a questo orientamento si è osservato (CARNEVALI, *op. cit.*, 118) - che se l'orientamento che fa capo alla "manifestazione di volontà di entrambe le parti di non eseguirlo", per un verso, sembra indice del

8. Il «mutamento delle condizioni patrimoniali» di cui all'art. 1461, c.c., ricorre quando, per la parte che deve ancora adempiere, si presenta il rischio oggettivo e concreto che, una volta effettuata la propria prestazione, essa non abbia poi a ricevere quella della controparte.

Tale situazione è però qualcosa di diverso dal concetto di «insolvenza» (di cui fa invece menzione sul piano del diritto civile l'art. 1186, c.c., e sul piano del diritto fallimentare l'art. 5, l. fall., r.d. 16 marzo 1942, n. 267), a conferma della circostanza che l'ordinamento ha predisposto due differenti rimedi a fronte di due differenti situazioni da disciplinare. L'*insolvenza* di cui all'art. 1186, c.c. produce la immediata esigibilità della controprestazione (e quindi il contraente creditore può subito servirsi, in caso di mancata esecuzione, dei rimedi sinallagmatici).

Il peggioramento della *condizione economica dell'altro contraente* (art. 1461, c.c.) deve avere come conseguenza il pericolo oggettivo (secondo la formula legislativa «evidente»), concreto, presente ed attuale di perdere la controprestazione e prescindere dalla sua imputabilità o meno alla parte, e non può essere attuato se dipende dalla mera cattiva volontà dell'obbligato, o da condizioni patrimoniali dello stesso esistenti già al momento della conclusione del contratto<sup>87</sup>.

La ricostruzione dei contenuti del criterio di riferimento impiegato dalla norma, che si presenta incerto e sfumato, è stato tentato dalla giurisprudenza, la quale tuttavia non è riuscita ad individuare linee interpretative certe, così che l'orientamento della stessa appare più affidato alla casistica che a criteri di giudizio generali ed astratti.

Le Corti pertanto si sono limitate a stabilire, ad esempio, che per la sussistenza della situazione di pericolo non è sufficiente né un mero timore soggettivo che la controparte non possa eseguire la sua prestazione<sup>88</sup>, né che la controparte abbia de-

---

fatto che i giudici vedono nelle contrapposte domande di risoluzione un *contrarius consensus* che porta allo scioglimento del contratto (art. 1372, comma 2, cod. civ.), per un altro, che esso è spinto dall'intento di non mantenere in essere un contratto di cui ambedue le parti domandano la risoluzione – ciò nonostante considerare la domanda di risoluzione per inadempimento una manifestazione di consenso allo scioglimento del contratto è tuttavia una forzatura.

Forzatura la quale rinviene ulteriore fondamento nella circostanza, che in ragione del principio processuale della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, nel momento in cui le parti allegano inadempimenti reciproci e li pongono a fondamento delle loro contrapposte domande di risoluzione, il giudice non può pronunciare la risoluzione del contratto per un *contrarius consensus* o fondandola sulla impossibilità della sua esecuzione, perché in tal modo supererebbe violando il suddetto principio di corrispondenza, così che, in presenza di inadempimenti insussistenti o in ogni caso privi del requisito della gravità, le contrapposte domande di risoluzione per inadempimento dovrebbero essere rigettate in quanto infondate.

<sup>87</sup> ROPPO, *Il contratto*, cit., 925 osserva che il mutamento delle condizioni patrimoniali rileva nella sua oggettività sia o non sia essa imputabile alla parte, e che il mutamento a rigore deve essere sopravvenuto dopo la conclusione del contratto, poiché se esso fosse anteriore (e la parte che la ignorava ne fosse venuta a conoscenza solo dopo la conclusione) il rimedio esperibile sarebbe quello dell'annullabilità per errore, laddove la giurisprudenza, al contrario, per poter accordare alla parte una tutela più immediata ed agevole, riconosce il rimedio anche in tale caso; sul punto cfr. anche CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 247, nota 314.

<sup>88</sup> Cass., 3 dicembre 1993, n. 12011.

biti verso terzi non soddisfatti alla scadenza<sup>89</sup>; laddove il pericolo di non ricevere la controprestazione sarebbe rinvenibile, oltre che nella esistenza di protesti cambiari e di procedure esecutive in capo alla controparte<sup>90</sup>, anche nella possibilità che la controparte possa fallire<sup>91</sup>, ovvero che il bene promesso in vendita possa essere rivendicato da parte di terzi<sup>92</sup>, oppure nella dichiarazione anticipata di non volere adempiere<sup>93</sup>, oppure nel subentro in un contratto per persona da nominare di una persona che risulti poco attendibile dal punto di vista patrimoniale<sup>94</sup>.

Con la conseguenza che, come ha rilevato autorevole dottrina, «se proprio si vuole proporre un criterio di carattere generale e astratto, da valere in linea di massima, pare condivisibile quella tesi – accolta anche da due sentenze di legittimità – che richiama il sopravvenire di circostanze incidenti sulla consistenza sia quantitativa, sia qualitativa del patrimonio dell'altro contraente, tali da creare una situazione di pericolo avente punti di contatto con quell'*eventus damni* che consente il ricorso alle azioni conservative della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. È superfluo precisare che tale mutamento delle condizioni patrimoniali rileva nella sua oggettività, senza necessità che sia dovuto ad una colpa del contraente che lo subisce»<sup>95</sup>.

La funzione del rimedio consiste dunque nel prevenire possibili adempimenti dannosi per la parte non inadempiente, in presenza del rischio di inadempimento della propria controparte e determina solo una sospensione dell'esecuzione del contratto, con la conseguente paralisi del rapporto obbligatorio sottostante.

Il rimedio infatti è diretto a preservare la parte eccipiente da un'esecuzione che potrebbe rivelarsi rischiosa, alla luce delle condizioni patrimoniali in cui versa la controparte al momento in cui l'eccipiente dovrebbe eseguire la propria prestazione, per il pericolo di non ricevere la controprestazione.

L'eccezione, al pari di quella di inadempimento, rappresenta un rimedio disponibile ad opera della parte, esperibile sia in via giudiziale, sia stragiudiziale, ma non rilevabile d'ufficio, e quindi la parte che se ne avvale deve provare tutti gli elementi di fatto che ne costituiscono il fondamento, poiché diversamente dal rimedio della decadenza del debitore dal beneficio del termine (disciplinato dall'art. 1186, c.c.) che presuppone l'insolvenza della controparte, l'eccezione dilatoria può essere fatta valere qualora sussista «l'evidente pericolo» del conseguimento della controprestazione.

Tant'è che diverso è l'effetto dell'uno e dell'altro strumento: nell'art. 1186, c.c. il fine perseguito dalla norma è quello di ottenere l'immediata esigibilità della contro-

<sup>89</sup> Cass., 4 agosto 1988, n. 4835.

<sup>90</sup> Cass., 15 maggio 2002, n. 7060, in *Arch. civ.*, 2003, 349, in caso di pubblicazione nel bollettino dei protesti del nome del contraente in difficoltà economica.

<sup>91</sup> Cass., 22 giugno 1994, n. 5979; Cass., 18 maggio 1982, n. 3072, in *Dir. fall.*, 1982, II, 905.

<sup>92</sup> Cass., 26 gennaio 1985, n. 402; Cass., 18 maggio 1982, cit.

<sup>93</sup> Cass., 19 aprile 1996, n. 3713, in *Foro It.*, 1996, I, 2389.

<sup>94</sup> Cass., 24 febbraio 1999, n. 1574, in *Giur. It.*, 2000, 736.

<sup>95</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 257.

prestazione<sup>96</sup>; nell'eccezione dilatoria è quello di produrre una «sospensione dell'adempimento da parte del creditore», in attesa che venga meno il pericolo causato dal deterioramento delle condizioni economiche del debitore<sup>97</sup>.

L'eccezione di inadempimento è dunque classificabile come rimedio successivo all'inadempimento.

L'eccezione di insicurezza, invece, è inquadrabile come rimedio preventivo dell'eccezione che tema, una volta adempiuto, di non ricevere in seguito la controprestazione dalla controparte.

L'eccezione di insicurezza giustifica, una volta fatta valere, la sospensione dell'adempimento, e l'eccezione non è tenuto ad eseguire la propria prestazione, eliminando, così, il rischio di vedersi considerare inadempiente, anche ai fini di eventuali richieste di controparte. Inoltre secondo l'opinione della più recente giurisprudenza, fortemente osteggiata dalla dottrina<sup>98</sup>, il creditore che intenda avvalersi del rimedio «non ha l'onere di avvisare la controparte»<sup>99</sup>.

Il contratto però non può essere risolto fino a quando l'inadempimento di controparte, al momento di attivazione dell'eccezione solo possibile seppure molto probabile, non sia divenuto definitivo, importante e imputabile alla controparte.

La sospensione della prestazione è di regola totale, ed è destinata a rientrare quando viene meno il pericolo dell'inadempimento di controparte; può essere compatibile, tuttavia, con l'esecuzione di quelle prestazioni accessorie o secondarie che non sono poste in rapporto di reciprocità rispetto alla «controprestazione» di controparte, o che, comunque, possono rivelarsi funzionali a far sì che il contratto – dopo la parentesi sospensiva – possa proseguire normalmente nella sua esecuzione.

La fattispecie, come risulta dal sintetico quadro delineato, ha funzione cautelare e sospensiva del proprio adempimento, e quindi dell'esecuzione, da parte di colui

<sup>96</sup> Chiedendo l'immediata esecuzione della prestazione, il creditore può subito cancellare il rischio di insolvenza, fermo restando che se il debitore non esegue subito il creditore potrà eccepire l'inadempimento ex 1460 c.c. o agire in risoluzione: sull'art. 1186 si veda per tutti BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, 144 ss. (che colloca tale rimedio tra i mezzi di difesa preventivi del pericolo di insolvenza) e DI MAJO, *Dell'adempimento in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1994, 224 ss.

<sup>97</sup> Cfr. CARNEVALI, *op. cit.*, 256; la natura tipicamente sospensiva del rimedio è sottolineata anche da ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*, cit., 33.

<sup>98</sup> SACCO, *Obbligazioni e contratti*, X, in *Tratt. dir. priv.* dir. da Rescigno, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1995, 620; CARNEVALI, *op. cit.*, 260, per il quale le regole della correttezza (art. 1175, c.c.) impongono di tenere conto anche degli interessi del contraente nei cui confronti viene fatta valere l'eccezione dilatoria, e poiché non vi è nessun obbligo per il contraente adempiente di fare ricorso a questa eccezione, sarebbe giusto che l'altro contraente sia messo in grado di conoscere quali sono le determinazioni del primo, e ciò sia allo scopo di dimostrare l'inesistenza di una presunta situazione di difficoltà finanziaria o il superamento di essa, sia per predisporre le opportune garanzie a favore dell'eccezione, sia per sapersi regolare nell'assumere con i terzi eventuali impegni connessi all'esecuzione del contratto sospeso. Ne segue, secondo questa ricostruzione, che l'omissione di qualsiasi preventiva notizia non renderà illegittima l'eccezione del contraente adempiente, ma potrà avere conseguenze di carattere risarcitorio.

<sup>99</sup> Cass., 10 agosto 2007, n. 17632.

che eccepisce il mutamento delle condizioni patrimoniali dell'altro contraente e pertanto vuole che l'esecuzione del contratto, da parte sua, venga sospesa.

Contratto che pertanto rimane in vita fino a quando dall'interessato non venga fatto valere il diritto alla sua risoluzione.

Va infatti ancora segnalato che, come osserva autorevole dottrina, «se, dopo un periodo di eclisse, le condizioni del debitore ritornano buone, la sospensione della controprestazione non ha più ragion d'essere, e deve cessare»<sup>100</sup>.

La differenza tra le due figure è dunque netta: l'eccezione di inadempimento spetta al contraente che non sia chiamato ad adempiere per primo (per contrastare con la mancanza del proprio adempimento l'altrui inadempimento); la sospensione dilatoria è accordata al contraente che debba adempiere per primo (al fine di evitare di non ricevere l'altrui controprestazione).

Sicché i due rimedi «non possono competere contemporaneamente allo stesso contraente»<sup>101</sup>, solo la risoluzione infatti determina la caducazione degli effetti del contratto con efficacia retroattiva (art. 1458, c.c.), e quindi solo questa può consentire alla parte di considerare definitivamente estinte le proprie obbligazioni.

**9.** L'eccezione di insicurezza può essere paralizzata, oltre che mediante l'adempimento perfino anticipato della propria prestazione, anche, secondo quanto prevede l'art. 1461 c.c., mediante la prestazione di una "idonea garanzia", la quale non deve rispondere a particolari requisiti formali o sostanziali, purché, ovviamente, produca l'effetto tipico richiesto dalla norma: assicuri il futuro adempimento dell'obbligazione assunta.

In tal senso si ritiene sufficiente che la garanzia sia idonea allo scopo – indipendentemente dalla natura reale o personale del vincolo, ovvero del tipo contrattuale del quale la parte intende servirsi, o della formula impiegata per assicurarla.

Il debitore deve pertanto, in concreto, prestare assicurazioni tali che il mutamento delle sue condizioni patrimoniali non metterà in ogni caso in pericolo per la controparte il futuro adempimento della sua obbligazione.

L'offerta di idonea garanzia, poiché è un comportamento necessitato per la realizzazione dell'interesse dell'offerente, può ritenersi assimilabile al disposto dell'art. 1179 c.c., nella parte in cui stabilisce che, chi è tenuto a prestare una idonea garanzia, può sceglierne una reale o personale, ovvero un'"altra sufficiente cautela" purché essa sia in grado di neutralizzare il pericolo prodotto dal mutamento delle altrui condizioni patrimoniali.

Il principio di tutela espresso dalla formula "idonea garanzia" si esplica però non solo sul piano della oggettiva efficacia degli strumenti posti a presidio del futuro conseguimento della prestazione, ma anche sul diverso, ma concorrente e speculare, piano "dell'evidente pericolo di conseguimento della controprestazione".

<sup>100</sup> SACCO, in SACCO – DE NOVA, *Il contratto*, cit., II, 683.

<sup>101</sup> SACCO, *Obbligazioni e contratti*, cit., 617.

In tal senso possono valere gli stessi criteri che da tempo sono posti a tutela della posizione del presunto insolvente nella disciplina della crisi d'impresa, e quindi il debitore potrà paralizzare l'eccezione di insicurezza dando prova che non versa in una situazione patrimoniale deteriore rispetto a quella esistente all'atto della conclusione del contratto, e che quindi non versa né in una situazione di insolvenza, né di difficoltà attuale o prospettica (e quindi con riferimento all'eventuale momento in cui egli avrebbe dovuto effettuare la prestazione) di impossibilità o mera difficoltà ad adempiere.

Allo stesso tempo il parametro di riferimento e di valutazione che fa leva sull'originaria consistenza patrimoniale del contraente potrà servire quale metro di misura dell'esistenza o meno di un mutamento *medio tempore* intervenuto, poiché se, all'atto della conclusione del contratto, il debitore aveva già offerto, ovvero prestato, idonea garanzia del suo adempimento, il successivo deterioramento delle sue condizioni dovrà essere ritenuto inidoneo a giustificare una proposizione dell'eccezione sospensiva, a meno che la garanzia a suo tempo offerta, o prestata, risulti venuta meno, elisa, ovvero divenuta insufficiente, ma allora per evitare il prodursi dell'effetto sospensivo, potrà essere sostituita ovvero reintegrata, e unicamente in mancanza di tale integrazione o sostituzione potrebbe ritenersi avverato il presupposto per l'operare dell'eccezione di sospensione.

La prestazione di idonea garanzia acquista dunque valore e funzione paralizzante dell'eccezione di sospensione, il cui effetto legale tipico viene meno, e la parte deve procedere con il proprio adempimento, a meno che non assuma l'inidoneità della garanzia medesima e quindi insista nel fare valere il proprio diritto alla sospensione dell'esecuzione della prestazione.

È evidente che, in tale situazione, se nessuna delle parti in conflitto recede dall'esercizio dei rispettivi poteri interdittivi, che le singole norme le riconoscono nella dialettica delle contrapposte pretese, vengono a configgerne due diverse eccezioni, e quindi la parte che deve ricevere la prestazione ad opera dell'*excipiens* potrà invocare a sua volta l'eccezione di inadempimento per contrastare la persistenza dell'effetto sospensivo che potrà sostenere essere privo di un giusto titolo, ovvero potrà direttamente agire con la domanda di risoluzione del contratto, con il riproporsi del tema, di cui si è già sopra discusso, della valutazione proporzionale, ad opera del giudice, degli inadempimenti reciprocamente asseriti e fatti valere dalle parti.

**10.** L'art. 1462 c.c. stabilisce il principio secondo cui una delle parti del contratto non può opporre all'altra eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta: è la cd. clausola "*solve et repete*", che viene tradizionalmente inclusa tra gli strumenti di autotutela privata<sup>102</sup>.

<sup>102</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 262, osserva che l'inserimento nel quadro degli strumenti di autotutela contrattuale deriva da un passo della Relazione di accompagnamento al codice civile italiano (cfr. Relazione al libro delle obbligazioni, n. 130).

La regola non contemplata nel precedente codice civile del 1865, ma già all'epoca ampiamente diffusa nella pratica commerciale soprattutto nei contratti di locazione immobiliare e di somministrazione, è stata introdotta dal legislatore italiano nel codice civile italiano del 1942, superando le antiche dispute<sup>103</sup> tra coloro che ne affermavano natura ed efficacia sostanziale (quale forma di rinuncia convenzionale ad opporre eccezioni) e quelli che ne sostenevano, di contro, quella meramente processuale (come possibile condanna con riserva di successivo esame delle eccezioni)<sup>104</sup>.

La natura sostanziale della clausola è oggi riconosciuta<sup>105</sup> ed affermata anche dalla giurisprudenza, secondo la quale la disciplina del *solve et repete*, se ha indubbe conseguenze nel campo del processo, ha, però, un contenuto fondamentale di diritto sostanziale, come è reso manifesto non solo dalla collocazione della norma nel codice civile, ma soprattutto dagli interessi che essa tutela (cioè assicurare al creditore il soddisfacimento della sua pretesa, senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore)<sup>106</sup>.

Con la formula "*solve et repete*", e la regola che la contiene, si vuole dunque indicare che il contraente non può opporre alcun tipo di eccezioni al fine di non eseguire, ovvero di ritardare, la propria prestazione, poiché deve prima adempiere (sia spontaneamente, sia per l'esistenza di un titolo giudiziale) e poi opporre le proprie contro-pretese (per paralizzare o vanificare la pretesa altrui) ed eventualmente, anche mediante l'esercizio della domanda riconvenzionale, ottenere una sentenza definitiva che stabilisca la restituzione di quanto pagato o di quanto prestato.

---

La *ratio* unitaria delle tre ipotesi di esclusione di efficacia della clausola (nullità, annullabilità, rescissione) andrebbe rinvenuta secondo la Relazione al codice civile (n. 662) nella circostanza che la produzione dei loro effetti inciderebbe sia sul contratto, sia sulla clausola, determinandone la caducazione (cfr. però le critiche sul punto di BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit., 90, nota 2, e di MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 1257-1258); sul punto cfr. anche LECCESE, *Clausola del solve et repete*, Milano, 1998.

<sup>103</sup> Per l'esame delle varie posizioni cfr. A. DALMARTELLO, voce "*Solve et repete (patto o clausola del)*", in *Nov. Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, 854-855; POLETTI, *Sub art. 1462*, in *Comm del cod. civ. dir.* da E. GABRIELLI, in *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta e Orestano, Torino, 2011, IV, 524.

<sup>104</sup> La giurisprudenza (Cass., 14 dicembre 1994, n. 10697, in *Rep. Foro It.*, 1994, voce *Contratto in genere*, n. 497), riconosce che la clausola "*solve et repete*", ha un contenuto fondamentalmente di diritto sostanziale. Si osserva infatti che, in relazione alla collocazione della disposizione citata e, soprattutto, agli interessi tutelati (garantire al creditore di una prestazione il soddisfacimento del suo diritto senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore), essa realizza la sua funzione anche se l'adempimento avviene nel corso del giudizio e per effetto di un provvedimento giurisdizionale non definitivo (nella specie, decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo); conseguentemente, il preventivo adempimento non è qualificabile come presupposto processuale e l'eccezione o la domanda riconvenzionale potenzialmente colpite dall'operare della clausola possono essere esaminate quando, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento del diritto.

<sup>105</sup> Cfr. POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., 527.

<sup>106</sup> Cass., 27 febbraio 1995, n. 2227

Il limite inderogabile di efficacia della clausola è però stabilito dalle eccezioni di nullità, annullabilità e di rescissione del contratto, per le quali, come dispone la norma, essa “non ha effetto”<sup>107</sup>, laddove, nei casi in cui è efficace, il giudice, se ritiene che vi siano gravi motivi, può sospendere la condanna, imponendo eventualmente una cauzione<sup>108</sup>.

L’ambito di efficacia della clausola risulta quindi non facile da delineare in ragione dell’apparente contraddizione, insita nello stesso precetto legislativo, secondo cui l’opponibilità dell’eccezione è ammessa quando si deduca una nullità, annullabilità, rescindibilità del titolo, ma non è ammessa quando il contratto sia valido ed efficace.

La difficoltà nel circoscrivere il perimetro di operatività della clausola pertanto dipende, sia dalla circostanza che è arduo individuare una spiegazione unitaria per le tre ipotesi, sia dal fatto che non è chiaro quali sarebbero, oltre a quelle indicate dall’art. 1462, c.c., le altre possibili eccezioni del convenuto idonee a superare l’efficacia paralizzante della clausola “*solve et repete*”, dovendosi escludere la natura tassativa dell’elencazione di cui all’art. 1462, c.c.

Appare evidente che sulla soluzione del problema incide la natura sinallagmatica del rapporto sul quale l’efficacia della clausola debba produrre i suoi effetti, con la conseguente esclusione dell’efficacia paralizzante della clausola, anzitutto, con riguardo alle eccezioni di natura meramente processuale<sup>109</sup>.

Ne consegue, in linea generale, che tale efficacia finisce per operare tendenzialmente con riguardo unicamente alle eccezioni che attengono allo svolgimento del nesso di reciprocità funzionale del rapporto di corrispettività, a meno che le parti nel predisporre il concreto contenuto della clausola non ne abbiano diversamente disegnato l’ambito di operatività.

La dottrina, per risolvere la questione della definizione del suo ambito, sostiene che il riferimento, il quale troverebbe la sua base testuale nella formula impiegata dal legislatore nell’art. 1462, c.c., per sciogliere il nodo interpretativo debba essere al concetto di “*prestazione dovuta*”, così che ne risulterebbero escluse dall’ambito della sua efficacia tutte le eccezioni che sono dirette a far valere un fatto estintivo del credito<sup>110</sup>.

I fautori di questa tesi affermano pertanto che debbano reputarsi non paralizzate (e quindi non colpite dalla clausola) tutte le eccezioni del convenuto dirette a far valere un fatto estintivo del credito, e quindi, oltre all’eccezione di pagamento, le eccezioni di novazione, compensazione, remissione, impossibilità sopravvenuta (ri-

<sup>107</sup> La Corte Costituzionale con sentenza del 12 novembre 1974, n. 256, in *Giur. It.*, 1975, I, 1, 1178 ss. ha respinto la questione di legittimità costituzionale della clausola sotto il profilo della violazione degli artt. 3 e 24 Cost.; sul punto cfr. anche POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., 523.

<sup>108</sup> Sul tema dei gravi motivi cfr. ora, fra gli altri, ROPPO, *Il contratto*, cit., 927; POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., 536; A. M. BENEDETTI, *Le autodifese contrattuali*, cit., 138.

<sup>109</sup> Sui problemi che solleva l’inserimento della disciplina della clausola nell’ambito della regolazione dei contratti a prestazioni corrispettive cfr. POLETTI, *Sub art. 1462*, cit., 528.

<sup>110</sup> AULETTA G., *La risoluzione*, cit., 352; ID., *Valore ed efficacia della clausola “solve et repete” nei suoi vari tipi*, in *Giur. It.*, 1947, I, 1, 423 ss.; CARNEVALI, *op. cit.*, 263.



ferita all'obbligazione del convenuto), confusione; nonché sia le eccezioni di avveramento della condizione risolutiva, di prescrizione, di giudicato e di transazione, sia tutte quelle situazioni nelle quali il convenuto eccepisce che il termine per l'adempimento non è scaduto o la condizione sospensiva non si è ancora verificata. In questi ultimi casi, infatti, si deve ritenere che la sua prestazione non sia allo stato "dovuta"<sup>111</sup>.

I dubbi in materia non sono risolti neppure per altri tipi di eccezioni, quali le eccezioni riconvenzionali di carattere sinallagmatico (eccezioni di intervenuta risoluzione di diritto del contratto per diffida ad adempiere, per la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa e per la scadenza del termine essenziale), le quali poiché producono la loro efficacia sul piano dell'adempimento dell'obbligazione, vengono attratte dal nesso di reciprocità funzionale dei contratti a prestazioni corrispettive, e quindi subirebbero, al pari dell'eccezione di inadempimento, gli effetti paralizzanti della clausola del "solve et repete"<sup>112</sup>.

Le domande riconvenzionali di carattere sinallagmatico, come le sopra menzionate eccezioni, suscitano analoghe incertezze applicative, poiché al di fuori della domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta dall'attore – che può considerarsi indifferibile (dato che l'impossibilità della prestazione estingue l'obbligazione dell'attore e di riflesso, proprio in ragione della natura sinallagmatica del rapporto, anche l'obbligazione corrispettiva del convenuto) – devono considerarsi "paralizzate" dalla clausola sia la domanda riconvenzionale di risoluzione per un pregresso inadempimento dell'attore (se così non fosse, infatti, si darebbe luogo ad un mezzo elusivo della indubbia differibilità dell'eccezione di inadempimento)<sup>113</sup>; sia la domanda riconvenzionale di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta<sup>114</sup>.

Rimane invece dubbio se la parte gravata dai possibili effetti della attivazione della clausola, prima ancora che il soggetto favorito dalla clausola la convenga in giudizio per l'adempimento, possa promuovere in via autonoma azioni (ad esempio di risoluzione, di adempimento, di risarcimento danni) dirette a prevenirne l'operatività<sup>115</sup>.

Sempre sul piano degli effetti paralizzanti che attengono al profilo delle eccezioni dilatorie, si discute in ordine all'efficacia paralizzante sia dell'eccezione di inadempimento

<sup>111</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 264.

<sup>112</sup> In questo senso cfr. DALMARTELLO, *op. cit.*, 850; CARNEVALI, *op. cit.*, 264.

In senso contrario, cfr. BIGLIAZZI GERI, *op. cit.*, 91-92, e MIRAGLIA, voce *Solve et repete*, cit., 1260.

<sup>113</sup> Cfr. per tutti DALMARTELLO A., *op. cit.*, 851; CARNEVALI, *op. cit.*, 264.

<sup>114</sup> LUCCHI, voce *Solve et repete (patto o clausola del)*, in *Digesto IV, Diritto civile*, XVIII, Torino, 1998, 592.

<sup>115</sup> In senso contrario DALMARTELLO A., *op. cit.*, 857; MIRAGLIA, *op. cit.*, 1264-1265; POLETTI, voce *Solve et repete (clausola del)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, 1999, 9.

In senso favorevole all'operatività della clausola cfr. Cass., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro It.*, 1976, I, 2621 ss.

mento (art. 1460 c.c.)<sup>116</sup>, sia di quella di insicurezza (art. 1461 c.c.)<sup>117</sup>, sia di quella “*solve et repete*”.

Si osserva al riguardo che quest'ultima, nei confronti del convenuto che oppone ad esempio *l'exceptio non rite*, deve essere fatta valere dall'attore nei termini stabiliti dall'art. 183, 6° comma, n.1, cod. proc. civ., a pena di preclusione; mentre la domanda di risoluzione proposta dal contraente favorito dalla clausola comporta una rinuncia ad avvalersi della clausola stessa, attesa l'inammissibilità di mutare la domanda di risoluzione in quella di adempimento (art. 1453, 2° comma, cod.civ.), con la conseguenza che il convenuto in risoluzione sarà libero di difendersi come crede, opponendo se del caso anche l'eccezione d'inadempimento<sup>118</sup>.

**11.** Il secondo comma dell'art. 1462 c.c. stabilisce che il giudice può, se ricorrono gravi motivi, sospendere la condanna imponendo, se del caso, una cauzione.

Nell'interpretazione della norma si tratta anzitutto di chiarire il significato normativo delle locuzioni impiegate dal legislatore: “sospensione”, “gravi motivi”, “cauzione”.

---

<sup>116</sup> Sul punto cfr. CARNEVALI, *op. cit.*, 265.

<sup>117</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 265, sostiene che il tema dell'efficacia paralizzante dell'eccezione di inadempimento va esaminato distinguendo il caso in cui siano stati stabiliti termini diversi per le prestazioni, nel quale la clausola non potrebbe modificare l'ordine cronologico delle prestazioni stabilito dalle parti, così che se il contraente favorito dalla clausola deve adempiere per primo e l'altro solo in un secondo momento, allora il primo non potrebbe, adempiendo, pretendere contestualmente dall'altro la controprestazione; laddove il secondo potrebbe, invece, legittimamente rifiutarsi di eseguire una prestazione non ancora scaduta e quindi, allo stato, non “*dovuta*”. Se, al contrario, il contraente favorito dalla clausola deve adempiere per secondo, l'altro non potrebbe rifiutarsi di adempiere opponendo l'eccezione di inadempimento perché non vi è allo stato un inadempimento del secondo e quindi tale soluzione sarebbe giustificata su quest'ultimo profilo piuttosto che per il meccanismo del “*solve et repete*”.

Nel caso in cui, invece, il contraente favorito dalla clausola deve adempiere per primo e non esegue la propria prestazione, pur pretendendo l'adempimento altrui, allora si pone il dubbio se l'altro contraente, di fronte alla richiesta di adempimento, possa opporre *l'exceptio inadimpleti*, oppure debba sottostare alla operatività della clausola.

Si afferma che la clausola potrebbe paralizzare solo *l'exceptio non rite adimpleti contractus*, laddove se l'inadempimento fosse totale, allora, l'eccezione di inadempimento non verrebbe paralizzata, a meno che ovviamente la clausola non disponga diversamente, perché non sarebbe meritevole di tutela l'interesse del contraente che pretende la controprestazione senza avere eseguito quella da lui dovuta.

Nel caso invece in cui le prestazioni debbano essere contestualmente adempiute, potrebbe verificarsi il caso in cui il contraente favorito dalla clausola non offra la prestazione e però chieda all'altro la controprestazione. In questo caso il contraente destinatario degli effetti della clausola (e quindi della richiesta di adempimento) conserverebbe la possibilità di opporre *l'exceptio*.

Se invece il contraente favorito dalla clausola offra alla controparte la propria prestazione, ovvero l'adempia, l'altro contraente sarebbe impedito, proprio in ragione dell'esistenza della clausola, dall'opporre l'eccezione di non esatto adempimento nella misura in cui contesti l'esattezza della prestazione offerta ovvero di quella eseguita.

<sup>118</sup> CARNEVALI, *op. cit.*, 267.

Il termine sospensione deve intendersi nel senso che il giudice ha il potere di non applicare la clausola<sup>119</sup> e quindi non può disporre una pronuncia, neppure provvisoria, di condanna del destinatario degli effetti della clausola all'adempimento, ma muove subito nel corso del processo ad esaminare il contenuto di merito delle eccezioni sollevate da quest'ultimo, senza ovviamente che la disapplicazione della clausola comporti sospensione, ovvero interruzione del giudizio, che prosegue<sup>120</sup>.

Con la formula "*gravi motivi*" il legislatore – sul presupposto che salvo il caso del rilievo officioso della nullità del contratto, la nullità della clausola non è rilevabile d'ufficio – ha probabilmente voluto accordare al giudice ampi poteri, che si esplicano su una pluralità autonoma, ma al medesimo tempo concorrente, di piani di valutazione sia soggettivi sia oggettivi.

Sul primo piano si può rilevare che essi operano in ordine alla valutazione che il giudice deve svolgere sui comportamenti del contraente a cui favore opera la clausola (ed è opportuno in tal senso ricordare che la stessa, se è inserita nelle condizioni generali di contratto predisposte da una delle parti, deve essere specificamente approvata per iscritto: art. 1341, 2° comma, cod. civ.; laddove la clausola, nel diritto dei consumatori, rientra tra quelle che si presumono vessatorie fino a prova contraria: art. 33, 2° comma, lett. *r* e lett. *t*, cod. cons.), al fine di evitare che egli ne abusi, ovvero se ne serva in violazione del dovere di buona fede.

Sul secondo piano, il rilievo deve avere riguardo alla circostanza se le eccezioni del convenuto presentino sufficienti elementi di fondatezza e siano di pronta e faci-

<sup>119</sup> Cass., 26 gennaio 1994, n. 759, secondo cui la clausola ha la sua fonte in un contratto e non costituisce ostacolo all'instaurarsi del rapporto processuale, avendo soltanto l'effetto di consentire la pronta soddisfazione della pretesa creditoria della controparte, senza far luogo all'esame dell'eccezione del debitore, le cui ragioni possono essere fatte valere anche nello stesso giudizio dopo l'adempimento, salvo il potere del giudice, a norma dell'art. 1462, 2° comma c.c., di sospendere la condanna, ove ricorrano gravi motivi, imponendo se del caso una cauzione.

<sup>120</sup> Cfr. Cass., 27 febbraio 1995, n. 2227, secondo cui il preventivo adempimento «non può essere considerato come un presupposto processuale la cui mancanza impedisca l'instaurazione di un regolare rapporto processuale e non possa essere rimossa nel corso del processo stesso. La clausola limitativa prevista dall'art. 1462 c.c., pertanto, è destinata ad operare solo sul piano dell'adempimento, cosicché non può rinvenirsi alcun ostacolo all'esame dell'eccezione o della domanda riconvenzionale quando, seppure in corso di giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento della prestazione»; nello stesso senso Cass., 14 dicembre 1994, n. 10697, secondo cui «la clausola "*solve et repete*", prevista dall'art. 1462 c.c., avendo un contenuto fondamentalmente di diritto sostanziale, in relazione alla collocazione della disposizione citata e, soprattutto, agli interessi tutelati (garantire al creditore di una prestazione il soddisfacimento del suo diritto senza il ritardo imposto dall'esame delle eccezioni del debitore), realizza la sua funzione anche se l'adempimento avviene nel corso del giudizio e per effetto di un provvedimento giurisdizionale non definitivo (nella specie, decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo); conseguentemente, il preventivo adempimento non è qualificabile come presupposto processuale e l'eccezione o la domanda riconvenzionale potenzialmente colpite dall'operare della clausola possono essere esaminate quando, sia pure nel corso del giudizio, sia avvenuto il soddisfacimento del diritto».

le soluzione<sup>121</sup>, poiché il carattere oggettivo dei gravi motivi comporta che il giudice possa apprezzare anche, in caso di mutamento delle condizioni patrimoniali del contraente favorito dalla clausola, il rischio dell'impossibilità di recuperare quanto prestato dall'altro contraente in esecuzione del precetto di pagamento immediato.

**12.** Una delle questioni più attuali che il tema delle eccezioni dilatorie suscita è quello della loro disponibilità convenzionale ed anticipata, rispetto al momento in cui si verificano i presupposti per la loro attivazione, sul presupposto che, trattandosi di rimedi posti nell'interesse esclusivo della parte, sia concesso all'autonomia privata di intervenire sulla loro regolazione negoziale, mediante una disciplina *ad hoc* dei loro limiti, dei presupposti e delle modalità di attivazione, anche esplicitamente dichiarandone la natura derogatoria rispetto alla disciplina di diritto comune dei contratti, fino al punto da stabilirne la non applicabilità ad un singolo e determinato contratto.

Se infatti non può dare luogo a dubbi la circostanza che esse siano rinunciabili, dopo che siano state fatte valere nel giudizio, non altrettanto è a dirsi per quanto attiene sia alla preventiva dichiarazione di non volersene avvalere, sia al fatto che le parti possano *ab origine* nel contratto stabilirne l'esclusione convenzionale, in ragione della presenza nel nostro ordinamento di un generale divieto di preventiva rinuncia ad opporre eccezioni.

Gli orientamenti presenti in dottrina sono contrastanti<sup>122</sup>.

Alcuno, prendendo spunto dalle norme che limitano la possibilità di escludere pattiziamente le garanzie nella vendita, esclude l'ammissibilità di patti contenenti rinunce preventive, a meno che l'abbandono del rimedio non fosse circoscritto nei soli limiti in cui il fatto idoneo ad attivarlo non sia un fatto imputabile alla stessa controparte che di quella rinuncia verrebbe a beneficiare<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Cfr. BIGLIAZZI GERI, *Della risoluzione per inadempimento*, cit. 101 ss.

<sup>122</sup> Cfr., in senso tendenzialmente sfavorevole, già SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ. dir.* da Vassalli, Torino, 1975, 936; in senso favorevole, invece, già DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, 37 (ora anche in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011, 243), secondo il quale la libertà delle parti incontra un limite nel principio di buona fede, così che se «all'esclusione del rimedio della risoluzione si contrappone il permanere dell'azione di adempimento e di risarcimento, non pare vi sia fondamento normativo per sancire la nullità della clausola»; nello stesso senso DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano, 1998, 28, sostiene che nell'ordinamento non sarebbe rintracciabile un principio di intangibilità pattizia in via preventiva del rimedio risolutorio, come risulterebbe dalla presenza dell'art. 1456 c.c. che deroga al 1455 c.c. e dalla regola espressa di cui all'art. 1462 c.c.

Per una sintesi del problema e delle posizioni assunte in dottrina cfr., da ultimo, AMADIO, *Inattuazione e risoluzione*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo, vol. V -2, Milano, 2006, 26; ADDIS, *Le eccezioni dilatorie*, cit., 489; SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., 31; DELFINI, *Autonomia privata e contratto*, Torino, 2015, 185 ss.; GALLARATI, *Il contratto irrisolvibile o quasi. Profili di sostenibilità della clausola «exclusive remedy» nell'economia delle parti*, in *Contr. impr.*, 2016, 1022 ss., ed ivi ulteriori riferimenti.

<sup>123</sup> ROPPO, *Il contratto*, cit., 882, per il quale la conclusione negativa sarebbe rafforzata dal più generale principio di sfavore verso la soggezione alle altrui decisioni meramente potestative. Per quanto attiene invece ai

Altri, anche tenendo nella dovuta considerazione l'evolversi del diritto dei contratti in altre esperienze giuridiche e nel sistema del commercio internazionale, ammettono la derogabilità e l'esclusione convenzionale dei rimedi in autotutela, argomentando da una lettura rovesciata proprio dell'art. 1462 c.c., dalla quale si dedurrebbe «che non si può escludere la proponibilità di certe eccezioni, e implicitamente, che si può validamente escludere contrattualmente la proponibilità di altre», e che la norma esclude solo le eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione, ma non altre eccezioni, quale quella di inadempimento<sup>124</sup>.

Il fondamento dell'ammissibilità di clausole che consentano all'autonomia privata di intervenire sulla disciplina legale della risolubilità del contratto e di gestione dei rimedi alla stessa connessi, quali le clausole di irresolubilità espressa, si rinviene, così, in una pluralità di ragioni legate alle singole e concrete negoziazioni, come ad esempio nella opportunità di inserire nel contratto clausole che possano servire a soddisfare interessi di terze parti contrattuali, quali sono ad esempio, in particolari tipi di contratti, le banche finanziatrici di determinate operazioni di acquisizione di partecipazioni, ovvero di progetti di finanza<sup>125</sup>.

Recenti fonti persuasive, peraltro, inducono a concludere nella stessa direzione: i Principi di diritto europeo dei contratti all'art. 8:109, sotto la rubrica "*Clausole di esclusione o di limitazione delle tutele*" creano infatti la regola secondo la quale le tutele per l'inadempimento possono essere escluse o limitate, a meno che tali limitazioni o esclusioni risultino contrarie ai principi di buona fede e di correttezza.

Le clausole quindi possono trovare accoglimento, a condizione che la parte che rinuncia all'operatività dell'eccezione dilatoria abbia comunque la possibilità di attivare altri rimedi, alternativi a quelli demolitori, per tutelare i propri interessi e la propria posizione economica, come l'esecuzione in forma specifica o il risarcimento del danno<sup>126</sup>, ovvero l'indennizzo per la perdita contrattuale, o per la violazione di garanzie connesse all'irrealizzabilità dell'operazione economica<sup>127</sup>.

Una conferma in tal senso sembra potersi trarre dalla lettura delle Sezioni unite della Corte di cassazione in tema di mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione. Laddove la giustificazione dello *jus variandi* si fonda sul rilie-

---

“fattori di risoluzione non imputabili” e ai casi in cui la rinuncia alla risoluzione per “fatti non imputabili alla controparte sia bilaterale”, cioè operata reciprocamente da entrambi i contraenti, varrebbero altri tipi di considerazioni, tutte in ogni caso dirette ad escludere l'ammissibilità di tali pattuizioni.

<sup>124</sup> DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, 217, in particolare per quanto riguarda la possibilità di escludere l'eccezione di inadempimento; e già prima ID., *Nuove tutele e nuovi rimedi in materia contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 20023, 453 ss. (ora anche in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., 93).

<sup>125</sup> Cfr. in tal senso, DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 220; SICCHIERO, *Risoluzione dei contratti*, cit., 32.

<sup>126</sup> DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, cit. 37 – 38 (ora anche in ID., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, cit., 243); ID., *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 220 – 221.

<sup>127</sup> DE NOVA, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, cit., 220 – 221.

vo che, nei contratti a prestazioni corrispettive, le due azioni costituiscono due diversi rimedi giuridici a tutela del diritto che dal rapporto sottostante deriva al contraente in regola con l'adempimento; ragione per cui in occasione del mutamento della domanda deve essere ammessa l'introduzione della domanda di restituzione e di risarcimento del danno «data la funzione complementare che l'una e l'altra svolgono rispetto al rimedio diretto ad ottenere la rimozione degli effetti del sinallagma»<sup>128</sup>.

La diversità di contenuto e di effetti dei rimedi diretti a produrre lo scioglimento del contratto è dunque indice della possibilità per una parte di rinunciare ad un rimedio, senza per questo essersi preclusa il ricorso ad un altro, e quindi senza che, così operando, essa rinunci alla tutela in concreto del proprio interesse. E ciò, secondo questa giurisprudenza, proprio perché la domanda di risarcimento anche se non è accessoria a quella di risoluzione, alla quale non è legata da un rapporto di consequenzialità logico-giuridica, «concorre nondimeno ad integrare e a completare le difese del contraente in regola, costituendo un coelemento, un tassello di un sistema complessivo di tutela».

La discrezionalità che le parti hanno di attivare l'uno o l'altro degli strumenti di tutela (azione di risoluzione, ovvero mera azione di risarcimento) in caso di violazione delle regole contrattuali, potendo così scegliere all'interno del sistema dei rimedi quale degli stessi attivare, conferma la tesi secondo cui i contraenti possono anche stabilirne la loro preventiva esclusione, purché nella fissazione delle rispettive forme di regolazione di tali patti vengano rispettati i limiti segnati dai principi di buona fede, di ragionevolezza e di proporzionalità, trattandosi di limitazioni del diritto e del potere di azione.

Del resto anche la recente introduzione dell'art. 48-bis TUB, che prevede la c.d. condizione di inadempimento<sup>129</sup>, è indice della tendenza di un *favor legis* verso una maggiore duttilità nella predisposizione ad opera delle parti di strumenti negoziali di preventiva gestione e soluzione della fase patologica del contratto, al fine di dare maggiore stabilità alle negoziazioni, e di evitare di doverle sottoporre all'inefficienza dei tempi della giustizia ordinaria, ed alle incertezze alla stessa connesse, nel risolvere i conflitti tra privati.

La derogabilità e disponibilità dei rimedi sinallagmatici sembra rinvenire, sul piano teorico, una propria giustificazione anche sotto un altro e differente punto di vi-

<sup>128</sup> Cass. Sez. un. 11 aprile 2014, n. 8510, in *I contratti*, 2014, 794, con nota di DELLACASA, *Jus variandi e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*.

<sup>129</sup> La norma infatti prevede l'inserimento, all'interno del contratto di finanziamento concluso tra un imprenditore e una banca o altro soggetto autorizzato a concedere finanziamenti nei confronti del pubblico ai sensi dell'art. 106 TUB, di una pattuizione che, a garanzia dell'adempimento, contempli il trasferimento della proprietà di un immobile o di un altro diritto immobiliare dell'imprenditore o di un terzo, in favore del creditore o di una società dallo stesso controllata o al medesimo collegata ai sensi delle vigenti disposizioni di legge e autorizzata ad acquistare, detenere, gestire e trasferire diritti reali immobiliari, in caso di inadempimento al pagamento di alcune rate del rimborso del finanziamento.

sta, che fa capo all'analisi della struttura del contratto e in particolare dei singoli tipi ed al loro eventuale combinarsi per dar luogo ad operazioni economiche complesse.

Se infatti si condivide l'idea che ogni tipo contrattuale (ed a maggior ragione la regolamentazione dell'affare attuata secondo modelli atipici o complessi) abbia una propria elasticità, che varia da tipo a tipo in ragione della concreta funzione che le parti gli hanno assegnato<sup>130</sup>, ci si persuade che mediante la predisposizione di apposite clausole è possibile, nei contratti a prestazioni corrispettive, introdurre patti di *single remedy*, o di *exclusive remedy*.

Tali clausole non alterano il nesso di corrispettività del contratto, privandolo della propria causa ovvero incidendo sulla stessa oltre i limiti di elasticità del tipo, ma, per mezzo della elisione ovvero riduzione *ab origine* della possibilità di esperire i rimedi manutentivi o sospensivi, assolvono il diverso e limitato compito di modificare per via convenzionale le modalità mediante le quali possono realizzarsi i concreti effetti negoziali e regolare in tal modo anche il manifestarsi della misura della funzione di scambio e la sua disciplina concreta.

Nei contratti a prestazioni corrispettive, infatti, la funzione di scambio è parametrata sulla base dell'intento delle parti di realizzare l'assetto di interessi attraverso lo scambio tra le prestazioni, che trovano così ciascuna la propria ragione di essere nell'altra<sup>131</sup>.

Risulta allora evidente che – se a fondamento della categoria si accoglie non il principio della proporzione oggettiva tra i sacrifici affrontati dai contraenti, né quello dell'equivalenza soggettiva delle prestazioni scambiate, ma quello della libera determinazione da parte degli stessi della fissazione della misura dello scambio – le parti possono organizzare e modulare l'assetto dei loro interessi al fine di realizzare una distribuzione, all'interno dell'economia del contratto, del rischio dell'inadempimento coerente con le ragioni che ciascuna di loro pone a base della corrispettività delle prestazioni, indipendentemente da ogni altra valutazione<sup>132</sup>.

Le parti possono così prevedere che la fissazione del metro di scambio possa subire una differente misura per l'una rispetto all'altra parte, e che quindi una di loro possa limitare le azioni contrattuali a propria disposizione, in ragione della circostanza che tale restrizione è, sul piano della corrispettività dello scambio, bilanciata da una differente disciplina dell'altrui pretesa fondata sul contratto, ovvero da una

<sup>130</sup> E. GABRIELLI, voce *Tipo contrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1999, 9.

<sup>131</sup> CATAUDELLA, *I contratti*, cit., 212; ID., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 626, ed *ivi* ulteriori argomentazioni a sostegno dell'inidoneità della tesi dell'equivalenza oggettiva tra le prestazioni; E. GABRIELLI, *L'eccessiva onerosità*, in *Tratt. dir. priv.*, dir. da M. Bessone, Torino, 2011, 383 ss.; ID., *Dell'eccessiva onerosità*, in *Comm. del cod. civ.*, dir. da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e A. Orestano, Torino, 2011, vol. 4, 625.

<sup>132</sup> Ricorda ATIYAH, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979, 3, che «*contracts and promises are essentially risk-allocation devices, like simple bets. The nature of this device is such that the transaction must generally remain executory prior to the occurrence of this risk, and the whole point of the transaction would be lost if the arrangement could not be made binding for the future.*».

particolare misura dell'indennizzo che, a fronte di tale rinuncia o di tale limitazione, la parte che la subisce avrà diritto di ricevere.

Si tratta dunque di limitazioni, esclusioni, modificazioni, della disciplina delle azioni e dei rimedi sinallagmatici che, in quanto rientrano nel potere delle parti di regolare a proprio piacimento il rischio contrattuale e l'economia di ogni singolo contratto, assumono valore dispositivo.

Tali regole – se non risultano il frutto di un abuso del diritto, di una situazione di dipendenza economica e non oltrepassano i limiti e confini imposti dalle norme imperative – possono dunque entrare nel contenuto del contratto che ciascuna parte, di volta in volta e a seconda delle concrete articolazioni dell'affare, valuta come più conveniente o preferibile al fine di realizzare il suo interesse sostanziale, in alternativa all'esercizio del potere di autotutela contrattuale.

E' questa una scelta che esprime, seppur sotto un particolare punto di vista, una manifestazione di autonomia privata e quindi di libertà contrattuale.



# Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa\*

di Filippo Patroni Griffi\*\*

*SOMMARIO: 1. Una premessa: il diritto come dominio del futuro. – 2. Il dilemma tra interpretazione e produzione della norma: il ruolo del giudice e la “prevedibilità” delle sue decisioni. – 3. Il metodo di decisione del giudice amministrativo. – 4. Verso la convergenza dei sistemi europei e il ruolo delle Corti: tra clausole generali, principi e valori. – 5. Valutazioni finali – La prevedibilità delle decisioni amministrative e la centralità delle “tutele” nel sistema. – 6. Conclusioni.*

1. “Il diritto ha la pretesa di dominare l'im-prevedibile”, il futuro, l'avvenire – ammonisce Natalino Irti<sup>1</sup>. Regolare un caso *ex post* è facile; ma determina l'assoluta incertezza della decisione e, di conseguenza, l'incertezza della condotta *ex ante*. Probabilmente l'affermazione è influenzata dalla confessata propensione del Giurista per Emanuele Severino<sup>2</sup>, secondo cui il divenire, che non può essere negato (al contrario di quel che pensava Parmenide) e che è alla fonte del dolore, va necessariamente dominato.

E' una pretesa che viene comunemente ricondotta all'idea illuminista, al positivismo giuridico, al parlamentarismo istituzionale: è questo il ruolo assegnato alla legge. Ma, come vedremo, esiste anche nei sistemi in cui più è marcata l'influenza del diritto giurisprudenziale: penso all'editto del *praetor* romano o alla regola dello *stare decisis*.

La teoria positivista è costretta a ricorrere a una “finezza”: non esistono lacune nell'ordinamento perché ogni fatto deve essere sussumibile nella fattispecie posta dalla legge. Il metodo sillogistico, adottato nell'ermeneusi, consiste nell'individuare a quale pre-visione normativa, a quale fattispecie astratta, è riconducibile un caso concreto; perché non può essere che così: un caso che si verifichi nella realtà concreta *deve* trovare la sua disciplina in una previsione esistente; e l'operazione per ricondurre il caso alla fattispecie è un'operazione logica condotta con metodo sillogistico-deduttivo. A quest'operazione, e solo a questo, è chiamato l'interprete e, soprattutto, il giudice.

\* Intervento svolto al convegno “Calcolabilità giuridica”, Accademia dei lincei, 23 giugno 2016.

\*\* Presidente aggiunto del Consiglio di Stato.

<sup>1</sup> N.Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv.dir.proc.* n.1/2014, ora anche in *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 19

<sup>2</sup> E.Severino, *La filosofia dai greci al nostro tempo*, Milano 1996, vol.I, 38 ss.. Il dialogare tra il Giurista e il Filosofo si rinviene in *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari 2001

In realtà, già in questa concezione –che si è esposta in modo schematico ed estremizzato– le cose non stanno del tutto così: quando dico che il fatto non è previsto dalla legge come reato o che difetta una situazione soggettiva tutelabile dico, in astratto, o più probabilmente in relazione a un dato soggetto, che quella vicenda non assume rilevanza giuridica. Il che richiede all'interprete di ipotizzare vicende estranee al sistema giuridico positivo, al quale lui, per definizione, non è interessato. Per l'interprete positivo, infatti, è un'operazione, e una conclusione, tutta interna al sistema giuridico; egli non entra in contatto con la realtà esterna, perché per definizione questa non ha rilevanza per il diritto. Non vi è quindi nessuna operazione volta consapevolmente a ricondurre una realtà non regolata a un paradigma normativo, perché l'unica operazione ammessa è la *ricognizione* non la individuazione, all'esterno del sistema, di nuove situazioni tutelabili dal sistema medesimo.

Alla Scuola positivista si contrappone –come è noto– la Scuola storicistica, di cui convinto e autorevole interprete è in Italia Paolo Grossi<sup>3</sup>. L'approccio storicistico critica il “riduzionismo giuridico” dei positivisti, accusati di ridimensionare il ruolo dell'interprete e del giudice sull'assunto che “il giudice non deve mescolarsi coi fatti”, di esclusiva competenza del legislatore. Nel Novecento, secolo “lungo” che vive ancora, si ha un recupero della storicità e della “elasticità” del diritto, inteso –secondo l'accezione di Santi Romano (1908)– come ordinamento del corpo sociale che di questo deve seguire i mutamenti: nel che consiste la fattualità del diritto.

Il dibattito non è estraneo, sin dalle sue origini, alla stessa Scuola tedesca, nella nota contrapposizione tra la sistematica di Savigny (che comunque supera la frattura tra teoria e prassi propugnata da Windscheid) e l'adesione alla scuola storica riscontrata da alcuni autori nell'ultimo Jhering, lo Jhering, per intenderci, oppositore della *Begriffsjurisprudenz*.

2. E' così che nasce il dilemma tra interpretazione e produzione della norma. Le due Scuole sopra riportate costituiscono ciascuna un approccio radicale al problema del metodo giuridico, dell'ermeneusi e del ruolo del giudice in relazione alla legge. Non è mia intenzione esprimere un'argomentata adesione all'uno o all'altro indirizzo. Probabilmente non ne sarei capace; ma nemmeno so se sia possibile e utile “prendere posizione”: la presa di posizione, quale che sia, ha in sé qualcosa di radicale, e di dogmatico, e, in ultima analisi, di fondamentalista.

Riflettiamo solo su alcuni aspetti, in ordine sparso, della tematica.

- La tradizione giuridica italiana a cavallo tra i due secoli, su impulso della Scuola giuridica napoletana (Gianturco, Antonio Scialoja, Manna, Mancini, Pisanelli), pur nel recepimento dei dettami della Scuola pandettistica, è impegnata in un'opera di adattamento che, per dirla con il programma della *Rivista*

<sup>3</sup> Di cui, per un approccio in chiave storica, vd. *L'Europa del diritto*, Bari 2007; ma anche le belle pagine nei Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto ed economia dell'Università Federico II, *Crisi della legge e processi di globalizzazione*, Napoli 2004

*di diritto civile* del 1909, sappia liberarsi dal metodo esegetico francese ma anche dal dogmatismo e dall'astrattezza della pandettistica tedesca, in vista di un connubio tra scienza e prassi, tra diritto teorico e pratico, che, come scrive Giovanni Cazzetta<sup>4</sup> costituisce "il segno di un diritto veramente italiano". Nella scienza amministrativistica italiana questo percorso è particolarmente vero e attuale. Essa è portata a privilegiare l'aspetto pragmatico su quello dogmatico nello studio dei fenomeni amministrativi. Non rifugge in sé la sistematica, ma si tratta di una sistematica di tipo ordinante e non dogmatico, che consente di far leva sul sapere problematico e di utilizzare la struttura topica del pensiero giuridico, indirizzata ai problemi, per arricchire la capacità di analisi della realtà, senza rinunciare all'effetto ordinante del sapere sistematico. Di una sistematica che, con Savigny, sappia coniugare teoria e prassi sul modello del diritto romano come esposto da Orestano<sup>5</sup>; cioè una sistematica "aperta", ben diversa da quella dogmatica che ha portato la scienza amministrativistica italiana, quanto meno a partire da Benvenuti e Gianini, a fuggire dal sistema, in quanto forma, piuttosto che a criticare l'astratto metodo dogmatico in quanto tale<sup>6</sup>. La storia della riflessione sul procedimento amministrativo e, soprattutto, la legislazione positiva (legge 241, soprattutto nel suo impianto originario) sono, al riguardo, esemplari.

- Si è detto che, nell'impostazione positivistica, il caso, se non è sussumibile nel modello normativo, non riceve "riconoscimento" giuridico. Ma *come* sono, o possono essere, i modelli normativi? Direi che possono esistere modelli normativi "aperti", in cui la determinatezza della fattispecie va riempita *aliunde*. Alcuni esempi nel diritto civile. La storia dell'illecito civile è esemplare di come un modello normativo aperto, quello dell'illecito aquiliano, consenta l'emersione "perenne" di nuove fattispecie ad opera esclusiva dell'interprete e del giudice (basti ricordare la diversa conclusione, in tema di tutela esterna del credito nel sistema di responsabilità aquiliana, cui pervenne la giurisprudenza nei due casi che videro protagonista la società sportiva del Torino: Superga e Meroni). Ancora, il ricorso in numerose disposizioni codicistiche a buona fede, correttezza, volontà effettiva delle parti richiede che il

<sup>4</sup> in *Quad.fior.*2011, n.40

<sup>5</sup> Per un approfondimento di questa problematica, cfr., anche per ampi riferimenti, M. Ramajoli, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347; per S. Cassese, *Lo stato presente del diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 389 ss., spec. 399, "il positivismo normativistico...-come quello scientifico-, fiducioso nell'assolutezza delle proprie proposizioni, corre continuamente il rischio di trasformare la scienza in metafisica: ha la pretesa di applicare al pensiero scientifico una categoria caratteristica della metafisica, l'assoluta sistematicità e coerenza logica"

<sup>6</sup> Osserva G. Morbidelli, (*Aldo M. Sandulli e il suo contributo alla certezza del diritto e alla unificazione nazionale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) n.24/2010) che "la sistematica non è incasellamento forzoso della realtà, ma è rispetto della complessità di questa, che va ad organizzare e pertanto a salvaguardare nella sua naturale pluralità e diversità"

giudice, di volta in volta, e con la sola prevedibilità connessa ai canoni di interpretazione giurisprudenziale, giudichi di un caso concreto senza poter disporre del metodo sillogistico ma, a ben guardare, nemmeno di una fattispecie. Infine, definire con metodo sillogistico o rincorrere la fattispecie nell'abuso di posizione dominante o nella definizione di mercato rilevante è ovviamente impossibile. Del diritto amministrativo diremo tra poco.

- A questo punto dobbiamo riflettere sulla “discrezionalità” del giudice. E rassegnarci a una buona dose di essa. Un autorevole giudice, Aharon Barak, la definisce come “potere di scelta tra due o più alternative, ciascuna legittima”<sup>7</sup> mentre un noto studioso della Stanford Law School, John Henry Merryman, proprio con riferimento ai giudici italiani, parla al riguardo di un “potere di scelta controllata”. L'attribuzione di un elevato grado di discrezionalità al giudice, specie in settori di grande rilevanza economica, deve anzi indurre il giudice ad adattare quello che la scuola realista americana definisce il *judicial behaviour* alla logica della realtà economica, naturalmente nell'ambito delle regole positive e delle coordinate di sistema, in modo da evitare che il rispetto di una logica meramente formale, unitamente alla lentezza con cui vengono assunte le decisioni, facciano sì che “il giudice sia espulso da quel mondo che è chiamato a regolare” (Rordorf). Ascarelli osservava che “il giudice è il ponte tra la realtà mutevole e *il corpus iuris* e per questo egli deve conoscere e comprendere quella realtà. Tale comprensione non si richiama a interessi che il giudice inventa, bensì a interessi che esistono” nell'ordinamento e che il giudice *invenit*, nel senso letterale latino del termine.

3. I modelli normativi “aperti” sono assolutamente prevalenti nel diritto amministrativo. Forse nella maggior parte dei casi è improprio anche parlare di modelli normativi, se per normativi si intende “posti per legge”.

Questo è dovuto in primo luogo a una ragione storica<sup>8</sup>. Le vicende storiche legate alla formazione della giustizia amministrativa –giurisdizione unica nel 1865 e poi ritorno a un sistema duale nel 1889 per colmare le lacune di un sistema che non riconosceva tutela alle situazioni soggettive diverse dal diritto soggettivo- hanno determinato una “inversione logica” nel sistema di tutele avverso il potere pubblico: prima è nata la tutela davanti al giudice e poi la situazione soggettiva tutelata. E'

<sup>7</sup> A.Barak, *La discrezionalità del giudice*, 1989, trad. it. Milano 1995. Egli continua: “Laddove la discrezionalità esiste, è come se il diritto dicesse: ho determinato il contenuto di una norma giuridica fino a questo punto. Da qui innanzi, spetta a te, giudice, stabilirlo, perché io, ordinamento giuridico, non sono in grado di dirti quale soluzione scegliere...quale strada percorrere”. Barak è stato Presidente della Corte Suprema di Israele. Fu allievo di Guido Tedeschi, il quale fu a sua volta allievo di Filippo Vassalli e quindi proveniente dalla scuola civilista di Scialoja: una tradizione di *civil law* che si innesta nel sistema giudiziario di *common law* trapiantato in Palestina durante il mandato britannico.

<sup>8</sup> Per una sintetica ricostruzione storica, anche per le citazioni, si rinvia a F.Patroni Griffi, *Una giustizia (amministrativa) in perenne trasformazione: profili storici e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2016, n. 1, 115

questo il carattere saliente, sul versante storico, dell'interesse legittimo, di cui ha risentito inevitabilmente la struttura della figura. E ancora negli anni 70, Mario Nigro parla di un processo di progressiva emersione dall'indistinto giuridico, ad opera della giurisprudenza, di interessi giuridicamente tutelati e di posizioni legittimanti. In questo processo c'è poco spazio per metodo sillogistico e fattispecie. Molto spazio per quello che Grossi definirebbe un giudice non creatore, ma "inventore" –nel senso dianzi precisato- del diritto.

Il secondo profilo riguarda proprio la tecnica di sindacato del giudice amministrativo. Il giudice amministrativo si è, sin dalle origini, trovato a dover coniugare principio di legalità e sindacato effettivo del potere. Il principio di legalità, soprattutto *sub specie* di tipicità dei provvedimenti, richiede che l'atto corrisponda al paradigma normativo. Ma il paradigma normativo raramente è predeterminato in ogni suo aspetto; e, soprattutto, il potere amministrativo è espressione di una vicenda diacronica, non una posizione statica. Limitare il sindacato alla mera violazione della legge attraverso una verifica della sua corretta applicazione vuol dire vanificare la tutela. Questa considerazione è all'origine dell'eccesso di potere, sia sotto il profilo dello sviamento dalla causa tipica, sia soprattutto attraverso la tecnica del sindacato per figure sintomatiche. Le figure sintomatiche di eccesso di potere –travisamento di fatto, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, discriminazione tra situazioni identiche, mancato bilanciamento di interessi, fino alle sue declinazioni più moderne della ragionevolezza, proporzionalità e correttezza- sono clausole generali, alcune delle quali corrispondenti a principi generali positivamente posti, che costituiscono da sempre l'ordinaria tecnica di sindacato sul potere pubblico. Questo dato –comune a tutte le Corti amministrative di derivazione dal modello francese- costituisce invero il punto di comunanza tra giudici amministrativi continentali e giudici di *common law* (i quali ultimi di queste clausole fanno costante uso) e si pongono nella scia di una tradizione risalente al diritto romano classico e al diritto comune. In questo i giudici amministrativi italiani ragionano più come un giudice inglese che come un giudice civile italiano. E' significativo per contro rilevare che il giudice amministrativo tedesco ragiona in modo parzialmente diverso; in quel sistema vi è a monte una differenza strutturale: il diritto soggettivo pubblico opera come limite esterno al potere, sicché ogni interferenza tra le due situazioni non è prevista e il giudice dovrà limitarsi a verificare se il confine tra esse, stabilito per legge, sia stato violato<sup>9</sup>; nel nostro ordinamento, invece, vi è una conformazione del potere dal suo interno, ad opera della legge e del giudice, nel suo concreto dispiegarsi a fronte di situazioni soggettive del privato.

<sup>9</sup> Naturalmente la cosa non è così semplice in concreto e anche nell'ordinamento tedesco si pone il problema della discrezionalità amministrativa, ma l'assetto del sistema è quello che si è brevemente delineato e conseguentemente il giudice sarà più fedele a una interpretazione della norma in chiave sillogistico-deduttiva.

In definitiva, si può dire, con le imprecisioni che le generalizzazioni comportano<sup>10</sup>, che la storia del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo siano la metafora, sul piano delle tutele, rispettivamente del metodo sillogistico e di una tecnica per clausole generali.

4. L'esame della giurisprudenza europea conforta l'impressione che la convergenza tra i sistemi giuridici avviene ad opera soprattutto delle Corti: giudici nazionali e Corti sovranazionali. In un momento di crisi europea e di forte disaggregazione dei valori originariamente condivisi dell'Unione europea, in un contesto politico istituzionale paurosamente debole dovuto all'illusione di creare un'Unione sulla sola base di istanze economiche e finanziarie senza preoccuparsi di fornire al processo di unione una solida legittimazione politica e democratica, il "dialogo tra le Corti" sta progressivamente dando corpo a un sempre più solido e condiviso sistema giuridico; evenienza non tanto paradossale se si pensa che è proprio nell'assenza di un legislatore comune che trova spazio un giudice, nemmeno semplice "inventore" ma creatore di regole, di principi, di diritto.

Questo giudice –il riferimento è in primo luogo a quelli sovranazionali- guarda *negli* ordinamenti nazionali, seleziona principi più o meno comuni agli stessi, li riversa negli ordinamenti nazionali tutti, come principi dell'ordinamento europeo, favorendone così l'ulteriore diffusione e applicazione ad opera delle Corti nazionali. E per far ciò adopera una tecnica per clausole generali in cui il confine tra principi e clausole, concettualmente netto, tende a sfumare. La giurisprudenza europea ha da tempo abbandonato, o probabilmente non ha mai utilizzato, il metodo sillogistico. Su queste basi, si sta realizzando una convergenza dei sistemi, soprattutto nell'area "pubblicistica", che il processo di integrazione non è riuscito e stenta sempre più a realizzare sul piano legislativo.

5. Quanto sin qui detto sta a registrare un processo che, specificamente nell'area del diritto pubblico, mi sembra ineludibile. Ma anche positivo. Positivo perché credo che, assunto come centrale nel diritto e nel processo amministrativo il problema della tutela, come garanzia dell'individuo ma anche come garanzia di legalità dei pubblici poteri e della loro autonomia da interessi organizzati "forti", le azioni non possono che essere configurate come modelli di tutela pratica (Di Majo), la quale richiede un sindacato "aperto" e flessibile finalizzato a soddisfare la pretesa del cittadino nei confronti dei poteri pubblici.

Questo modello di tutela aumenta il rischio di imprevedibilità delle decisioni. Eppure la prevedibilità delle decisioni, in generale ma di quelle giudiziarie in particolare, è un bene in sé, perché consente di indirizzare *ex ante* i comportamenti dei cittadini e dei poteri pubblici. Ci troviamo di fronte a un apparente paradosso. Da

---

<sup>10</sup> Come si è detto prima, anche nel diritto civile ci sono settori in cui il ricorso al metodo sillogistico può rivelarsi inappagante

un lato, occorre aumentare la prevedibilità delle decisioni: gli operatori economici e i semplici cittadini vogliono certezze; e tanto più vogliono certezze proprio perché il legislatore è in grado di darne sempre meno, con una legislazione confusa e incerta, scritta male non solo per ragioni di tecnica legislativa mediocre ma anche per la precisa volontà di scaricare sul momento applicativo la responsabilità di una decisione, e di una mediazione, che non si è riusciti a raggiungere a livello legislativo. Dall'altro, una dose di imprevedibilità è connaturata alla sentenza amministrativa; direi per due ordini di ragioni: a) perché è poco "prevedibile" il potere pubblico nel suo concreto estrinsecarsi: il principio di legalità, o quel che ne resta, non è stato mai considerato idoneo a "coprire" nei dettagli ogni manifestazione di potere; b) perché, pure nello Stato di diritto, la tipizzazione dei modi di agire -in cui si concreta la costruzione della fattispecie- difficilmente può essere affidata per intero alla pre-visione normativa, anche perché non ogni azione dei pubblici poteri è pre-determinabile nei contenuti; sicché il ricorso a concetti giuridici indeterminati, e conseguentemente al sindacato sul potere per clausole generali, è inevitabile.

Rassegnarsi all'arbitrio del giudice non è evidentemente possibile. Si è disposti a tollerare l'alea di un processo, ma quest'alea deve essere in qualche modo prevenibile, "calcolabile".

Come fare? Pensare a un ritorno al metodo sillogistico, che nella giurisprudenza amministrativa nemmeno è mai esistito, è fuori dalla realtà del diritto amministrativo moderno. L'area della discrezionalità, specie tecnica (si pensi esemplificativamente, a vincoli paesistici, concorsi, ordinanze contingibili e urgenti, provvedimenti delle autorità di regolazione, e così via) è in costante espansione e il processo è destinato ad aumentare. La tutela in realtà non può che essere rimessa a un giudice che sappia fare buon uso della *propria* discrezionalità.

Il giudice per primo deve "crearsi delle fattispecie": in questo senso il giudice può e deve essere un giudice legislatore in modo da rendere prevedibile il suo giudizio. E' la funzione propria dell'editto pretorile nel diritto romano classico.

Un rilievo centrale in questo processo credo vada attribuito all'effetto conformativo della sentenza amministrativa. L'effetto conformativo può essere interno alla sentenza e rileva ai fini della sua esecuzione. Ma esiste un effetto conformativo esterno legato a quella che Gorla definiva la "funzione extraprocessuale della sentenza": il giudice, nel decidere un caso, pone all'amministrazione una regola (più o meno stringente) di comportamento che vale per quel caso ma che può e deve valere per futuri casi simili. E' un processo simile alla costruzione della fattispecie, ovviamente con i limiti (ma anche i vantaggi di concretezza) che tale processo assume in via giurisprudenziale. E talvolta le "fattispecie giurisprudenziali" diventano legge: si pensi alla legge del 1990 sul procedimento o al codice del processo amministrativo, in cui fattispecie legali, cioè poste dal legislatore, sono tratte ampiamente dalla costruzione giurisprudenziale.

Un altro modo per aumentare la prevedibilità delle decisioni è lo *stare decisis*, che però, come è noto, è estraneo al nostro ordinamento.

Eppure va diffondendosi, nella giurisprudenza e nella legislazione, la consapevolezza che la stabilità della giurisprudenza sia un bene da salvaguardare. Mi ha colpito una pronuncia della Cassazione<sup>11</sup>, che richiede la sussistenza di “ottime ragioni” per giustificare un mutamento di giurisprudenza nel settore processuale, che incide sull’affidamento dei cittadini in ordine alla portata delle “regole del gioco” e depontenzia la funzione nomofilattica delle Corti supreme.

Ora è vero –come ammoniva Giuliano Amato al convegno di Varenna del 2015– ed è osservazione riferibile peraltro anche ai sistemi anglosassoni, che, se il giudice deve porre a fondamento della decisione il fatto, che attiene a quel caso concreto, il valore del precedente inevitabilmente si attenua. Ma è anche vero che, nel decidere il caso con riferimento al fatto, il giudice applica una regola di diritto. Quella regola, quel principio può essere suscettibile di essere applicato a casi futuri. Ed è da quel principio, che assume il valore del precedente, che i giudici devono e possono discostarsi ma “consapevolmente”. Vanno in tal senso le disposizioni volte a rafforzare la funzione nomofilattica, ciascuna all’interno del proprio plesso giurisdizionale, delle Sezioni unite della Cassazione e dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: la prevedibilità delle decisioni deve essere assicurata al vertice e le Sezioni semplici, se vogliono mutare un orientamento espresso da Sezioni unite e Plenaria, devono passare nuovamente per quella porta. Del resto anche negli ordinamenti che non conoscono formalmente il valore vincolante del precedente (Corte di giustizia dell’unione europea e Corte europea dei diritti dell’uomo) il mutamento di giurisprudenza è ridotto al minimo e sempre ampiamente motivato<sup>12</sup>.

**6.** La sentenza amministrativa segna un percorso in cui Scuola positiva e Scuola storicistica, metodo sillogistico e clausole generali, giudice bocca della legge e giudice inventore del diritto devono imparare a convivere. Il giudice amministrativo non può fare a meno degli strumenti della logica e del ragionamento affinati dal metodo sillogistico. Nemmeno però può fare a meno della fattualità del diritto, modellando il sindacato sul concreto dispiegarsi del potere pubblico. Ricorrere a clausole generali sul piano pratico e a valori e principi sul piano teorico è inevitabile. I rischi ci sono, ma nemmeno mi spaventerei tanto. Valori e principi, se ancorati al sistema ordinamentale complessivo e *in primis* alla Costituzione, consentono di orientare il giudice verso un allargamento dell’area di tutela. Il dato storico ci dice che le clausole generali, tratte da principi, sono servite ad accrescere la tutela nei confronti dei poteri pubblici e a traghettare –come ricordano gli inglesi– i poteri pubblici dall’area dei “privilegi della Corona” al *judicial review*.

<sup>11</sup> ord. Sezioni unite, 6 novembre 2014 n. 23675

<sup>12</sup> Prevedibilità delle decisioni non può significare immutabilità degli orientamenti giurisprudenziali. A. Barak, *cit.*, p.232 scrive: “Il fine ultimo [del diritto] consiste nell’ottenere il cambiamento attraverso la stabilità. Usando le ben note parole del professor Pound diremo che <il diritto deve essere stabile e tuttavia non deve rimanere immobile>”



In realtà, è difficile valutare un sistema giudiziario e delineare un ruolo del giudice nella produzione di diritto indipendentemente dall'assetto costituzionale dei pubblici poteri in un sistema democratico. Questo si fonda – come mi sembra ormai comunemente acquisito – più che sulla separazione sul bilanciamento dei poteri. I valori, una giurisprudenza dei valori, se mal utilizzata e decontestualizzata, crea il rischio del soggettivismo giudiziario e dell'arbitrio al servizio di uno “Stato etico”. Ma anche il metodo sillogistico e una “giurisprudenza dei concetti”, se inseriti in un contesto “illiberale”, forniranno un metodo giusto all'applicazione di scelte ingiuste e il giudice sarà la “bocca della legge” di uno Stato autoritario e antidemocratico. Forse sta in questo la neutralità del diritto (nel senso marxista del termine, come sovrastruttura) e dei giuristi (nel senso crociano); ma forse in questo sta anche l'idea del diritto come garanzia della legalità *sostanziale* negli Stati democratici.

Credo che ciò valga ancor più nella prospettiva del processo di integrazione europea: un noto storico belga del diritto, van Caenegem, afferma che “la formazione di un diritto europeo... dipenderà da quali saranno i *creatori del diritto* nell'Europa del XXI secolo – i tribunali, le facoltà di giurisprudenza o le assemblee elette”<sup>13</sup>. E “poiché nessuna di queste è la strada verso la salvezza” – come ci ammonisce ancora lo storico – credo sia ineludibile che giudici, giuristi e legislatori sappiano concorrere alla creazione di un diritto “omogeneo” (non amo il diritto “uniforme”) che sappia risolvere nella *prevedibilità* il dilemma tra certezza e fattualità.

<sup>13</sup> R.C. van Caenegem, *I sistemi giuridici europei*, Bologna 2003, 148.



# Il recesso nella contrattazione turistica: da rimedio solutorio a strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali\*

di Marialuisa Gambini\*\*

*SOMMARIO: 1. I diritti di recesso riconosciuti al turista tra vecchie e nuove regole nazionali e sovranazionali. – 2. Il recesso ad nutum del viaggiatore e le penali che ne accompagnano l'esercizio. – 3. Il recesso per revisione del prezzo e delle altre condizioni contrattuali di viaggio. – 4. Il recesso di protezione del turista nei contratti stipulati fuori dai locali commerciali o a distanza. – 5. Funzioni del recesso nella disciplina del turismo tra scioglimento e riequilibrio dei rapporti contrattuali di viaggio.*

1. Il fenomeno, di indiscussa rilevanza economico-sociale, dei viaggi e del turismo organizzato ed i relativi contratti hanno formato oggetto di articolati interventi normativi - sia nazionali che sovranazionali - più marcati in questo che in altri settori del mercato dei servizi. L'attenzione del legislatore interno - nel 1977 l'Italia, con la ratifica (l. 27.12.1977, n. 1084) della Convenzione di Bruxelles sul contratto di viaggio (CCV predisposta dall'UNIDROIT) del 23.4.1970, entrata in vigore il 4.10.1979<sup>1</sup>, si è dotata di una disciplina legale - è

\* Lo scritto è destinato agli Studi in onore di Vito Rizzo.

\*\* Professore Ordinario di Diritto privato dell'Università "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara.

<sup>1</sup> Per un commento alla CCV, v., *ex multis*, V. ROPPO, *Convenzione internazionale relativa al contratto di viaggio (CCV)*, in *Leggi civ. comm.*, 1978, 1757 ss.; MEOTTI, *Convenzione (C.C.V.) di Bruxelles del 23 aprile 1970 sul contratto di viaggio*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di Alpa, Zatti, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1995, 923 ss. La CCV ha avuto scarsa fortuna, incontrando, in primo luogo, i limiti di operatività connessi alla scarsa adesione degli Stati, in specie europei (soltanto l'Italia e il Belgio figurano tra i Paesi ratificanti). A ciò si aggiunga che, nel recepire la Convenzione, il governo italiano, in sede di riserva, ha circoscritto l'ambito di applicazione della CCV ai contratti di viaggio da eseguire totalmente o parzialmente in uno Stato diverso da quello dove il contratto è stato stipulato o da dove il viaggiatore è partito (art. 40, lett. a). Successivamente, la direttiva 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso, ha posto rimedio alla scarsa protezione offerta dalla CCV ai cittadini dell'Unione europea, estendendo l'ambito di applicazione delle garanzie allo spazio comunitario e realizzando un innalzamento del grado di tutela dell'utente dei servizi di viaggio "tutto compreso", sul piano dei diritti e degli obblighi contrattuali. Nel recepire nel nostro ordinamento detta direttiva, con il d.lg. 17.3.1995, n. 111, il Governo italiano ha completamente disatteso il principio direttivo contenuto nell'art. 2, lett. c, della legge comunitaria per il 1993, che raccomandava di procedere, contestualmente all'attuazione, alle modifiche e integrazioni della disciplina previgente rese necessarie dall'interferenza, anche se non perfetta coincidenza, degli ambiti di applicazione delle due discipline di settore. Per l'esame dei rispettivi ambiti di operatività, sia consentito il rinvio a GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli 2000, 265 ss. Individua

coincisa con l'intensificarsi del processo di massificazione del turismo e con la conseguente espansione dell'industria turistica, che hanno reso necessaria la predisposizione di una regolamentazione uniforme dei rapporti contrattuali tra produttore e consumatore dei servizi turistici, allo scopo di riequilibrare le posizioni delle parti sul mercato turistico e ad un tempo promuovere lo sviluppo del settore.

L'incremento subito dal fenomeno del turismo di massa, oltre a comportare il mutamento del ruolo dell'agente di viaggio - che da semplice intermediario è divenuto organizzatore del servizio di viaggio - ha segnato il progressivo affermarsi nella pratica di un nuovo strumento contrattuale, che ha preso il nome di contratto del turismo organizzato<sup>2</sup>, che è stato oggetto di una disciplina speciale, di fonte comu-

---

nella mancanza di coordinamento con la CCV - limite generale del decreto V. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, in *Diritto privato comunitario* - Atti del Convegno di Camerino, 25-28.9.1995, I, Napoli, 1997, 304 ss., ora, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 357 ss. Le disposizioni del d.lg. n. 111 del 1995 sono state poi trasfuse, con conseguente loro abrogazione, nel d.lg. 6.9.2005, n. 206 (c. cons.). La successiva entrata in vigore del d.lg. 23.5.2011, n. 79, allegato n. 1 (c. tur.) dovrebbe far venir meno definitivamente la difficile convivenza tra la normativa di derivazione europea e quella internazionale uniforme: l'art. 3, 2° co., del d.lg. n. 79 del 2011, infatti, dispone l'abrogazione, tra le altre, della l. n. 1084 del 1977, esecutiva della CCV, a decorrere dal momento in cui diviene efficace la denuncia dello Stato italiano della Convenzione internazionale, in conformità a quanto disposto dall'art. 37 della legge medesima. Tuttavia, al momento, non risulta che ciò sia avvenuto.

<sup>2</sup> In generale, sui caratteri del contratto di viaggio, cfr. MONTICELLI, *Il contratto di viaggio*, in CIURNELLI, MONTICELLI, ZUDDAS, *Il contratto d'albergo, il contratto di viaggio, i contratti del tempo libero*, Milano, 1994, 129 ss.; CARRASSI, *Il contratto di viaggio*, in *I contratti del commercio dell'industria e del mercato finanziario*, 2, in *Tratt. Galgano*, II, Torino, 1995, 1765 ss. Quanto al dibattito sulla natura del contratto del turismo organizzato, esso vede il contrapporsi di una pluralità di ricostruzioni. Cfr. E. ROPPO, *Contratti turistici e clausole vessatorie*, in *Foro it.*, 1992, I, 1572; più di recente, V. ROPPO, *o.u.c.*, 304, che, iscritti i contratti turistici nella famiglia dei contratti del terziario, osserva che se nel settore terziario dell'economia l'autonomia privata gioca un ruolo fondamentale nella determinazione della disciplina dei singoli rapporti contrattuali, a compensare gli scarsi interventi normativi, nei contratti del turismo organizzato, invece, a fronte di una produzione legislativa imponente e pervasiva ai differenti livelli individuati, lo spazio riservato all'autonomia negoziale delle parti appare se non residuale, sicuramente circoscritto entro confini ristretti. Chi ha inteso il viaggio come un vero e proprio bene ha proposto un'assimilazione della figura in esame al contratto di compravendita: così, LAMBERTI, *Il contratto di crociera turistica*, in *Nuovo dir.*, 1973, 617 ss., nota a P. Roma, 13.3.1973 ed a P. Roma, 31.3.1973; altri hanno individuato nel trasporto l'elemento prevalente del tipo contrattuale, facendo ricorso al criterio dell'assorbimento: in tal senso la giurisprudenza di legittimità risalente: Cass., 5.5.1961, n. 1041, in *Monitor tribunali*, 1963, 1033; Cass., 26.6.1964, n. 1706, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, 438; in posizione isolata vi è chi ha sostenuto la tesi della mediazione: v. Trib. Firenze, 20.1.1954, *ivi*, 1954, I, 2, 481; DE MARTINI, *Le attività preparatorie di ricerca di contratti nell'ordinamento italiano*, in *Temi romana*, 1971, 18; mentre taluno ha proposto la configurazione come contratto misto a prestazioni corrispettive, frutto della combinazione di più contratti tipici (appalto, trasporto di persone, mandato): MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1948, 221; ROMANELLI, *Il contenuto del contratto di organizzazione di viaggio e la sua integrazione*, in *Dir. trasporti*, 1990, II, 44 ss. In giurisprudenza, v. P. Roma 31.3.1973, cit.; altri ancora hanno ricondotto il rapporto tra viaggiatore ed organizzatore alla promessa del fatto del terzo: SILINGARDI, MORANDI, *La «vendita di pacchetti turistici»*. La direttiva 13 giugno 1990, n. 90(314)/CEE, ed il d.lg. 17 marzo 1995, n. 111, 2ª ed., Torino, 1998, 21; SILINGARDI, *Contratti di viaggi organizzati*, in *Enc. Giur.*, IX, Roma, 1998, 4, secondo

nitaria, dettata dalla direttiva 90/314/CEE del Consiglio del 13.6.1990, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti “tutto compreso”<sup>3</sup>, recepita nell’ordinamento italiano con il d.lg. 17.3.1995 n. 111<sup>4</sup>.

Tale normativa realizza un innalzamento del grado di tutela dell’utente dei servizi di viaggio “tutto compreso”, sul piano dei diritti e degli obblighi contrattuali; e, in una prospettiva più generale, assicura l’armonizzazione in ambito europeo delle varie legislazioni nel settore turistico, in funzione del completamento del Mercato unico, del quale il settore turistico rappresenta una componente fondamentale, in considerazione del fatto che le molteplici differenze di disciplina e di tutela del viaggiatore costituiscono un rilevante ostacolo alla libera prestazione dei servizi turistici, nonché alla circolazione delle persone nel territorio europeo.

Nell’uniformare a livello comunitario i principi di tutela dell’utente-viaggiatore, il legislatore europeo pone l’istituto del recesso tra gli strumenti giuridici di prote-

---

cui tale costruzione consentirebbe una più efficace tutela dell’utente, conferendogli un’azione diretta sia nei confronti dell’organizzatore che del fornitore di servizi; FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999, 68 ss., dove la promessa del fatto del fornitore andrebbe più precisamente inquadrata nell’ambito del mandato. Il d.lg. n. 111 del 1995, individuando la prestazione tipica del *tour operator* in un *facere*, costituito dalla combinazione dei singoli servizi turistici componenti il pacchetto turistico, sembra avvalorare la tesi della riconducibilità del contratto del turismo organizzato al tipo contrattuale della *locatio operis*: v. G. MINERVINI, *Il contratto turistico*, in *Riv. dir. comm.*, 1974, I, 279 e, più precisamente, al sottotipo dell’appalto di servizi: in tal senso, in giurisprudenza si veda Cass., 28.5.1977, n. 2202, in *Foro it.*, 1977, I, 2701; Cass., 6.1.1982, n. 7, in *Riv. giur. circolazione*, 1982, 524; App. Milano, 20.10.1978, *Arch. civ.*, 1979, 653; Trib. Roma, 17.1.1989, in *Giur. it.*, 1991, I, 66; in dottrina, CIURNELLI, *Il contratto di organizzazione e di intermediazione di viaggio*, in *Riv. giur. circolazione*, 1989, 680; DEIANA, *Il contratto di turismo organizzato*, in *Dai tipi legali ai modelli sociali nella contrattualistica della navigazione, dei trasporti e del turismo - Atti del convegno di Modena*, 31.3-1.4.1995, Milano, 1996, 579; ZUNARELLI, *La direttiva CEE n. 90/314 del 13 giugno 1990 concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»*, in *La tutela del turista*, a cura di Silingardi, Zeno-Zencovich, Napoli, 1993, 27 ss.; TASSONI, *Il contratto di viaggio*, Milano, 1998, 141 ss., parla di figura autonoma di *locatio operis*, affine ma non del tutto riconducibile all’appalto di servizi, mancando il controllo da parte del committente sull’attività dell’appaltatore diretta al risultato. In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass., 24.4.2008, n. 10651, in *Foro it.*, 2009, I, 213, con nota di BITETTO, *In tema di contratto di viaggio*, per la quale “il viaggio tutto compreso costituisce un nuovo tipo contrattuale nel quale “la finalità turistica”, o in generale lo scopo di piacere, non è un motivo irrilevante ma si sostanzia nell’interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e determinando, perciò, l’essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali alla realizzazione del preminente fine del godimento della vacanza per come essa viene proposta dall’organizzatore del viaggio e accettata dall’utente”.

<sup>3</sup> Su cui v. DEMARCHI, *La direttiva sui viaggi «tutto compreso»*, in *Resp. civ. e prev.*, 1992, 518 ss.; ZUNARELLI, *La direttiva CEE n. 90/314 del 13 giugno 1990 concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso»*, in *La tutela del turista*, cit., 27 ss.; SILINGARDI, MORANDI, *La «vendita di pacchetti turistici»*, cit., *passim*; FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, cit., *passim*; CIURNELLI, *Il contratto di viaggio e la vendita di «pacchetti turistici»*, in V. FRANCESCHELLI, SILINGARDI, *Manuale di diritto del turismo*, coordinato da Morandi, Tassoni, Torino, 1999, 487 ss.

<sup>4</sup> Su cui, per tutti, cfr. V. ROPPO (a cura di), *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso. Commentario*, in *Leggi civili comm.*, 1997, 1 ss.

zione degli interessi della parte debole del rapporto contrattuale di viaggio, dettandone la relativa disciplina<sup>5</sup>, che è stata riprodotta, con poche variazioni, negli artt. da 90 a 93 del d.lg. 6.9.2005, n. 206 (il codice del consumo, d'ora in poi c. cons.) e oggi accolta, con alcune aggiunte e modifiche importanti, negli artt. da 40 a 42, Allegato I, d.lg. 23.5.2011, n. 79 (codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo o codice del turismo, d'ora in poi c. tur.)<sup>6</sup>.

Ove si guardi alla regolamentazione del singolo rapporto negoziale, il recesso rende più penetrante la tutela del viaggiatore che acquista un pacchetto turistico<sup>7</sup>, al

<sup>5</sup> Cfr. V. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, cit., 306, per il quale il regime dei pagamenti dovuti dal turista e la disciplina del recesso unilaterale dal contratto con la cancellazione della prenotazione da parte del turista o con l'annullamento del pacchetto da parte dell'operatore - ricevono ora una compiuta disciplina nelle norme del d.lg. n. 111 del 1995.

<sup>6</sup> ALVISI, sub Artt. 82-100, in *Codice ipertestuale del consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione* a cura di Franzoni, Milano, 2008, 368 ss.; LONGOBUCCO, sub Artt. 82-93, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Capobianco, G. Perlingieri, Napoli, 2009, 514 ss.; D'ANDRIA, sub Artt. 94-100, *ivi*, 575 ss.; DE CRISTOFARO, *La disciplina dei contratti aventi ad oggetto «pacchetti turistici» nel «codice del turismo» (d. legisl. 23 maggio 2011, n. 79): profili di novità e questioni problematiche (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2011, 1148 s. Per SANTAGATA, *Diritto del turismo*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, XX, il codice del turismo isola una serie di regole e ne rivendica la specialità rispetto alla disciplina generale a tutela del consumatore. Critica lo spostamento degli articoli dal codice del consumo nel nuovo codice del turismo, CUFFARO, *Un codice «consumato» (codice del consumo, credito ai consumatori e codice del turismo)*, in *Corriere giur.*, 2011, 1189 ss.

<sup>7</sup> Al riguardo, ai sensi dell'art. 34 c. tur., il pacchetto turistico consiste nella «combinazione», non più però «prefissata», di due degli elementi che la stessa disposizione indica: trasporto, alloggio, servizi turistici ad essi non accessori «che costituiscono, per la soddisfazione delle esigenze ricreative del turista, parte significativa del pacchetto turistico», venduti o offerti in vendita ad un prezzo forfetario. Pertanto, l'ambito di applicazione della disciplina speciale contenuta nel nuovo codice di settore non comprende i c.dd. «servizi turistici disaggregati», sottoposti alle regole del codice civile e del codice del consumo, ma si estende ai pacchetti turistici c.d. «su misura», cioè formulati dall'organizzatore sulla base dei desideri e delle finalità richiestigli dal cliente-turista e ai c.dd. «pacchetti dinamici», ove il turista, prima assembla i diversi elementi del suo viaggio e poi lo acquista, ad esempio, utilizzando il proprio computer tramite il sito Internet dell'operatore turistico. Anche queste fattispecie, infatti, sono caratterizzate dal profilo organizzativo che costituisce l'essenza stessa del viaggio tutto compreso. Infine, l'eliminazione del limite temporale, precedentemente indicato, secondo il quale per l'applicazione normativa in esame era necessario che il pacchetto turistico tutto compreso avesse una durata superiore alle ventiquattro ore ovvero comprendesse almeno una notte, consente di ricomprendere nell'ambito di applicazione della disciplina considerata anche i c.dd. «mini-pacchetti», come ad esempio le escursioni giornaliere.

Ai sensi dell'art. 3 della direttiva 2015/2302/UE, invece, il pacchetto turistico è la combinazione di almeno due tipi diversi di servizi turistici ai fini dello stesso viaggio o della stessa vacanza; e sono servizi turistici, da combinarsi al fine di realizzare un pacchetto turistico: a) il trasporto dei passeggeri; b) l'alloggio ai fini non residenziali; c) il noleggio di auto o di motocicli; d) ovvero altri servizi turistici non facenti intrinsecamente parte di un servizio turistico ai sensi delle lettere a, b e c (ad esempio, come chiarisce il XVIII considerando può trattarsi dell'accesso ai concerti, eventi sportivi, escursioni, o siti per eventi, visite guidate, *skipass* e noleggio di attrezzature sportive o trattamenti benessere). La combinazione di tali servizi con un solo altro tipo di servizi turistici, di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 3, 1° co., realizza un pacchetto turistico soltanto se essi rappresentano una parte sostanziale (il 25% o più) del prezzo complessivo del pacchetto turistico o comunque sono pubblicizzati come o rappresentano altrimenti un elemento essenziale del viaggio o della vacanza. La nuova normativa, reintroducendo il requisito

quale offre il diritto di sciogliersi unilateralmente dal contratto in un tempo successivo alla sua conclusione, per un verso, accentuandone la libertà contrattuale e, per l'altro, così componendo gli squilibri esistenti tra la posizione contrattuale dell'operatore turistico e quella del fruitore dei servizi turistici.

In una prospettiva allargata, poi, il recesso contribuisce alla sicurezza, alla funzionalità del settore economico del turismo organizzato, promuovendo il giusto equili-

---

temporale della durata minima per la configurazione del pacchetto turistico - eliminato nell'attuale formulazione dell'art. 34 c. tur. - esclude poi dal suo ambito di applicazione i pacchetti turistici di durata inferiore alle 24 ore, salvo che sia incluso un pernottamento. Sono altresì esclusi le vendite senza scopo di lucro di pacchetti turistici ad un gruppo limitato di viaggiatori e solo occasionalmente (per il XIX considerando, ad esempio, i viaggi organizzati non più di un paio di volte l'anno da associazioni ricreative, associazioni sportive o scuole); e i pacchetti turistici relativi ai viaggi d'affari, che siano acquistati sulla base di un accordo scritto generale tra un organizzatore e un soggetto, persona fisica o giuridica, che agisca ai fini della propria attività commerciale imprenditoriale, artigianale o professionale. In relazione alle modalità di acquisto, inoltre, l'art. 3 distingue i pacchetti turistici combinati da un unico professionista, anche su richiesta di un viaggiatore o conformemente ad una sua selezione (come avviene nelle vendite tramite siti e-commerce), prima che sia concluso un unico contratto per tutti i servizi; da quelli risultanti dalla conclusione di separati contratti con i fornitori dei servizi turistici qualora: i) i pacchetti turistici siano acquistati da un unico punto vendita e selezionati prima che il viaggiatore acconsenta al pagamento; ii) siano offerti, venduti o fatturati ad un prezzo forfettario o globale; iii) siano pubblicizzati o venduti sotto la denominazione "pacchetto" o denominazione analoga; iv) siano combinati dopo la conclusione di un contratto con cui il professionista autorizza il viaggiatore a scegliere tra una selezione di tipi diversi di servizi turistici; v) e, infine, siano acquistati presso professionisti distinti attraverso processi collegati di prenotazione *on-line*, ove il nome del viaggiatore, gli estremi del pagamento e l'indirizzo di posta elettronica siano trasmessi dal professionista con cui è concluso il primo contratto a uno o più altri professionisti e il contratto concluso con quest'ultimo o quest'ultimi sia concluso al più tardi 24 ore dopo la conferma del primo servizio turistico. La nuova direttiva, infine, estende il suo ambito di applicazione anche al modello commerciale dei servizi turistici collegati, vale a dire ai casi in cui, al di fuori delle ipotesi di integrazione di un pacchetto, almeno due tipi diversi di servizi turistici acquistati ai fini dello stesso viaggio o della stessa vacanza comportino la conclusione di contratti distinti con i singoli fornitori di servizi, quando un professionista agevoli e assista il consumatore, consentendogli: a) al momento di un'unica visita o di un unico contatto con il punto vendita, la selezione distinta e il pagamento distinto di ogni servizio turistico; b) l'acquisto mirato di almeno un servizio turistico aggiuntivo presso un altro professionista, quando un contratto con quest'altro professionista è concluso al più tardi 24 ore dopo la conferma della prenotazione del primo servizio turistico.

In dottrina, v. ROSSI CARLEO, *La vendita di pacchetti turistici*, in ROSSI CARLEO, DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, in *Tratt. CNP Perlingieri*, Napoli, 2010, 47, osserva, a tal proposito, che «il "pacchetto" non costituisce un aggregato "naturale", ma rappresenta una nuova ed autonoma unità rispetto al quale il profilo dell'attività organizzativa assume rilievo determinante, realizzando un tipico prodotto della società postindustriale, caratterizzato dalla valorizzazione dei servizi e degli elementi non tangibili». In tal senso, cfr. anche SILINGARDI, MORANDI, *La «vendita di pacchetti turistici»*, cit. 21; CIURNELLI, *Il contratto di organizzazione e di intermediazione di viaggio*, cit., 683, secondo il quale «l'organizzatore offre un insieme di servizi turistici funzionalizzati in un prodotto unico che oggettivamente è qualcosa di diverso e di più complesso della semplice somma degli elementi che lo compongono, in quanto l'organizzatore inserisce la sua attività con la quale coordina diversi elementi in vista della creazione di un viaggio "tutto compreso" e della migliore fruizione di esso da parte del turista». In giurisprudenza, v. C. Giust. Ce, 30.4.2002, c. 400/00, *Club Tour Viagens SA c. Lobo Goncalves Garrido*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, 39, con nota di GUERINONI; in *Danno e resp.*, 2003, 148, con nota di CARRASSI; in *Dir. tur.*, 2003, 241, con nota di VENCHIARUTTI.

brio tra un elevato livello di tutela dei turisti e la competitività delle imprese di settore<sup>8</sup>. Con ciò, peraltro, favorendo il generale sviluppo e il migliore funzionamento del mercato interno, nel cui ambito il turismo svolge un ruolo importante, rappresentandone una porzione significativa<sup>9</sup>.

Nella duplice prospettiva descritta, il recesso del viaggiatore costituisce l'oggetto di una disciplina diversificata, dettata all'interno dell'intensa produzione normativa nazionale e sovranazionale non solo di settore, la quale concorre, in alternativa o meglio in combinazione<sup>10</sup>, a definire i caratteri e le funzioni delle singole figure, volta a volta, regolate. Peraltro, anche il codice del turismo di recente emanazione<sup>11</sup> - che pure oggi rappresenta la fonte normativa principale di settore, in quanto prevede, accanto alle disposizioni di natura pubblicistica attinenti l'ordinamento e l'organizzazione del settore stesso, la disciplina dei contratti aventi ad oggetto i pacchetti turistici, tesa ad attribuire maggiore tutela al viaggiatore, in virtù della «specificità» della sua condizione<sup>12</sup> - nonostante la sua pretesa esaustività e onnicomprensività, manifesta la necessità di un'attenta attività di coordinamento e integrazione. In primo luogo, con le altre fonti normative interne, nazionali<sup>13</sup> e regionali<sup>14</sup>: il riferimento è, in particolare, alle

<sup>8</sup> In tale duplice direzione, la direttiva 90/314/CEE, ponendo rimedio alla scarsa protezione offerta dalla CCV ai cittadini dell'Unione europea, da un lato, estende l'ambito di applicazione delle garanzie allo spazio comunitario, realizzando un innalzamento del grado di tutela dell'utente dei servizi di viaggio "tutto compreso", sul piano dei diritti e degli obblighi contrattuali. Dall'altro, assicura l'armonizzazione delle varie legislazioni nel settore turistico, in funzione del completamento del Mercato unico, del quale il settore turistico rappresenta una componente fondamentale, in considerazione del fatto che le molteplici differenze di disciplina e di tutela del viaggiatore costituiscono un rilevante ostacolo alla libera prestazione dei servizi turistici, nonché alla circolazione delle persone nel territorio europeo.

<sup>9</sup> Cfr. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, 576 ss.; CAVAGLIO, *La formazione del contratto. normative di protezione ed efficienza economica*, Milano, 2006, 208, per il quale la finalità delle normative di protezione nella fase di formazione del contratto, tra le quali colloca il diritto di ripensamento, "non è la tutela del consumatore in sé e neppure la creazione di un diritto comune europeo, bensì la posizione di regole competitive". L'imposizione di uno *standard* minimo di protezione degli interessi del fruitore di servizi turistici costituisce, infatti, per un verso, un indubbio indice dell'efficienza e competenza richiesta ai *tour operators* e vale, per l'altro, a scongiurare comportamenti scorretti e sleali da parte degli stessi.

<sup>10</sup> Peraltro, la Corte costituzionale aveva affermato a più riprese - C. Cost., 1.6.2006, n. 214; C. Cost., 16.3.2007, n. 88, consultabili entrambe in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org); C. Cost., 20.3.2009, n. 76, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) - la necessità di un intervento unitario del legislatore statale al fine di «valorizzare al meglio l'attività turistica sul piano economico interno ed internazionale, attraverso misure di varia e complessa natura».

<sup>11</sup> Sul codice del turismo, si vedano TRIPODI, CARDOSI, *Il Codice del turismo. Guida alla nuova disciplina dopo il D.Lgs. n. 79/2011*, Rimini, 2011, *passim*; MALAGOLI, *Il nuovo codice del turismo: contenuti e garanzie*, in *Contratto e impresa Europa*, 2011, 813 ss.

<sup>12</sup> SANTAGATA, *Diritto del turismo*, cit., XX ss.

<sup>13</sup> Su cui v., diffusamente, nel testo.

<sup>14</sup> P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in *Turismo y derecho del consumo*, a cura di Llamas Pombo, Mezzasoma, Jaramillo Jaramillo, Bernal, Bogotá, 2015, 131, evidenzia come l'unità del sistema nel settore turistico possa essere compromessa dal fenomeno della regionalizzazione, attesa la competenza delle Regioni in tale materia. Cfr. C. Cost., 5.4.2012, n. 80, consultabile nel sito ufficiale della Corte costituzionale,



disposizioni generali contenute nel codice civile<sup>15</sup> e alle norme speciali del codice del consumo, che si applicano a qualunque contratto coinvolgente un professionista e un consumatore, ai sensi dell'art. 3, lett. *a* e *c*, c. cons. In secondo luogo, emergono forti esigenze di integrazione e uniformazione a livello extrastatale comunitario<sup>16</sup> e inter-

---

*www.cortecostituzionale.it*, e in *Defure on line*, che ha ritenuto che il legislatore delegato, attraverso il codice, possa riordinare le norme statali incidenti sulla materia del turismo negli ambiti di propria competenza, per la tutela di interessi di sicuro rilievo nazionale, ma non disciplinare *ex novo* i rapporti con le Regioni nella medesima materia e ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 1 (in parte), 2, 3, 8, 9, 10, 11, 1° co., 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 2° co., 21, 23, 1° e 2° co., 30, 1° co., 68 e 69 c. tur.

<sup>15</sup> In riferimento al rapporto tra codice del consumo e codice civile, l'art. 38 c. cons. fa salve, per quanto non espressamente previsto dal codice di settore, le disposizioni del codice civile, cui riconosce una funzione integrativa e suppletiva; l'art. 142 c. cons., invece, stabilisce che le disposizioni del solo titolo II del libro IV del codice civile (ovvero degli artt. 1321-1469 c.c.) trovino applicazione ai contratti del consumatore, ove non siano derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli per il consumatore. Sulla diversa portata delle due norme, cfr. ALPA, *I contratti dei consumatori e la disciplina generale dei contratti e del rapporto obbligatorio*, in *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale* - Atti del Convegno di Treviso 23-25.3.2006 per il cinquantenario della Rivista di diritto civile, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 351 ss.; DE CRISTOFARO, *Le disposizioni «generali» e «finali» del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa Europa*, 2006, 59 ss.; ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbl. contr.*, 2007, 872 ss.; E. MINERVINI, *Codice del consumo*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, I, Torino, 2007, 188 s.

<sup>16</sup> Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea del 7.2.1992, reso esecutivo in Italia con l. 3.11.1992, n. 454, che modificando il testo dell'art. 3 del Trattato istitutivo della Comunità europea, alla lettera *t*), ha menzionato il turismo tra gli ulteriori settori di intervento comunitario. Fondamentale per cogliere le linee guida della politica comunitaria in materia di turismo è la decisione del Consiglio della CE del 13.7.1992, che, sulla base della qualificazione del turista come consumatore a tutti gli effetti, precisa che l'azione della Comunità è intesa a sostenere le iniziative che migliorano l'informazione e la protezione dei turisti in taluni settori strategici tra cui vanno segnalati, per quanto interessa in questa sede, la prenotazione in eccesso e le procedure di ricorso. L'art. 169 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (il trattato) stabilisce che l'Unione deve contribuire ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'art. 114 del trattato. In via generale, gli interventi comunitari di settore si ispirano ad un duplice obiettivo: per un verso mirano alla creazione di un mercato interno anche per il settore turistico; per l'altro tendono alla predisposizione di uniformi meccanismi di protezione dell'utente dei servizi turistici. In questa prospettiva, accanto alla direttiva 90/314/CEE, si segnalano la direttiva 75/368/CEE relativa alle attività di accompagnatore turistico e di interprete turistico, attuata con d.lg. 23.11.1991, n. 391 e la direttiva 82/470/CEE relativa alla professione di agente di viaggio e turismo, attuata con d.lg. 23.11.1991, n. 392. Tra le fonti direttamente vincolanti, rilevano, principalmente, il regolamento n. 91/295/CEE, che disciplina il fenomeno della prenotazione in eccesso, c.d. *overbooking*; i regolamenti (CE) nel settore dei diritti dei passeggeri: n. 261/2004, n. 1371/2007, n. 1177/2010 e n. 181/2011. Peraltro, l'Unione europea ha intrapreso un percorso di riforma dell'intera disciplina di settore, principalmente a causa dell'inadeguatezza della direttiva 90/314/Cee a far fronte ai cambiamenti della struttura del mercato turistico. In tale direzione, cfr., da ultimo, la direttiva 2015/2302/UE, la quale intende, appunto, contribuire al corretto funzionamento del mercato interno ed al conseguimento di un livello elevato, il più uniforme possibile, di protezione dei consumatori, in materia di contratti di vendita di pacchetti turistici e "servizi turistici collegati" conclusi tra viaggiatori e professionisti. Per una disamina della proposta di direttiva v. VENCHIARUTTI, *I contratti del turismo organizzato nel codice del consumo*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Alpa, Milano, 2014, 1178 ss. Più in generale, sulla problematica del turismo dal punto di vista del diritto comunitario cfr., per tutti, in dottrina SILINGARDI, *La politica*

nazionale<sup>17</sup>, presentando la materia del turismo una naturale propensione alla transnazionalità, in virtù della dimensione ormai necessariamente internazionale ed aperta dell'economia di settore.

Da questa breve ricostruzione emerge che il quadro normativo di riferimento, nella definizione degli attuali caratteri e delle funzioni assolte dai diritti di recesso riconosciuti al turista, si presenta alquanto complesso<sup>18</sup>, frastagliato e disomogeneo e caratterizzato dalla convivenza di fonti normative diverse, secondo schemi ed articolazioni ora di tipo orizzontale (si pensi al diritto comune dei contratti di cui al codice civile), ora di tipo verticale (si pensi alle discipline di settore e, in particolare, alla normativa speciale del codice del turismo di recente emanazione, ma anche alle disposizioni speciali del codice del consumo, con particolare riguardo alla disciplina generale sul recesso di protezione del consumatore nei contratti stipulati fuori dai locali commerciali o a distanza e alle norme sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori), che disegnano un'articolata rete di norme, peraltro, non priva di contraddizioni<sup>19</sup>.

Risulta quindi decisivo il ruolo dell'interprete<sup>20</sup>, che è chiamato ad individuare la disciplina del caso concreto alla luce del complesso sistema ordinamentale entro il quale si colloca il codice del turismo, superando le disarmonie e risolvendo gli even-

---

*comunitaria in materia di turismo e la figura dell'agente di viaggio*, in *Trasporti*, 1993, 3 ss.; VACCÀ, *La revisione della disciplina europea dei contratti "turistici"*, in *Contr.*, 2010, 639 ss.; FRAGOLA, *Viaggi, vacanze, pacchetti "tutto compreso" e tutela del consumatore*, in *Giur. comun.*, 1998, 421 ss., il quale, peraltro, esclude che gli atti comunitari a valenza turistica possano rappresentare un vero e proprio diritto comunitario del turismo.

<sup>17</sup> Tra gli accordi internazionali turistici si segnalano, oltre alla Convenzione internazionale sul contratto turistico (CCV), tuttora in vigore, dal momento che l'abrogazione della l. n. 1084 del 1977 esecutiva della CCV, disposta dall'art. 3, 2° co., d.lg. n. 79 del 2011 opererà solo dal momento in cui diverrà esecutiva la denuncia dello Stato italiano della Convenzione internazionale, ovvero, ex art. 37 CCV, un anno dopo la data di ricevimento della notifica di denuncia da parte del Governo belga, allo stato non ancora fatta; la Convenzione di Parigi del 1962 sulla responsabilità degli albergatori per le cose portate dai clienti in albergo; la convenzione di Montreal del 1999 per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo; la convenzione del 1980 relativa ai trasporti internazionali per ferrovia (COTIF) e la convenzione di Atene del 1974 relativa al trasporto via mare.

<sup>18</sup> Sottolineano la complessità del quadro normativo di riferimento E. ROPPO, *Contratti turistici e clausole vessatorie*, cit., 1573; V. ROPPO (a cura di), *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso. Commentario*, cit., 1.

<sup>19</sup> Sul punto si rinvia all'esame della disciplina delle figure di recesso del turista di cui ai successivi §§. In una prospettiva generale, cfr., in dottrina, E. ROPPO, *o.u.c.*; cfr., altresì, V. ROPPO, *o.u.c.*; Id., *I contratti del turismo organizzato*, cit., 304 ss., secondo cui, nell'intensa produzione normativa del settore turistico, è mancata l'opera di armonizzazione tra la nuova disciplina di volta in volta dettata e quella previgente che sarebbe stata, invece, necessaria.

<sup>20</sup> Così, per tutti, CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corriere giur.*, 2014, 751, il quale esclude che "alla disciplina del contratto dettata nel codice del consumo possa attribuirsi il significato di regolamentazione di settore quando, al contrario, la stessa è ormai integrata nell'ordinamento: compito dell'interprete è delineare i tratti ed i caratteri di un sistema unitario". Evidenzia il rischio di disorientamento dell'interprete di fronte al panorama normativo vigente ROSSI CARLEO, *Profili generali*, in ROSSI CARLEO, DONA, *Il contratto di viaggio turistico*, cit., 3.

tuali contrasti tra le disposizioni normative vigenti<sup>21</sup>, attraverso un'opera di raccordo e coordinamento sistematico tra le norme; e che ha, altresì, il compito di chiarire le incertezze derivanti, in fase applicativa, dal dettato, talvolta ambiguo, di tali discipline, in funzione dell'attuazione dei valori individuati come prevalenti a livello costituzionale e comunitario<sup>22</sup> e, in particolare, del principio di massimizzazione della tutela del turista-consumatore, che si ritiene debba ispirare l'intera normazione in materia<sup>23</sup>.

Peraltro, si evidenzia fin d'ora come, in alcuni casi, sia proprio il richiamo al diritto comune dei contratti ovvero alla disciplina consumeristica a garantire una protezione per così dire rafforzata al viaggiatore, a fronte delle imperfezioni della normativa di settore sul recesso dal rapporto contrattuale di viaggio.

Quanto al ruolo integrativo svolto dalla disciplina generale del contratto, che postula l'assenza di norme di settore o consumeristiche in deroga, si consideri, a titolo esemplificativo la funzione correttiva riconosciuta ai principi di correttezza e buona fede *in executivis* (artt. 1175 e 1375 c.c.), operanti quali limiti agli atti di esercizio del diritto potestativo di modifica unilaterale del prezzo e delle altre condizioni contrattuali di viaggio<sup>24</sup>, cui fa da contraltare il recesso del turista.

<sup>21</sup> Per una tendenziale prevalenza delle disposizioni di origine comunitaria del d.lg. n. 111 del 1995 sulla CCV, in caso di effettivo contrasto dei rispettivi disposti si esprime IUDICA, *La disciplina delle clausole abusive nel contratto di viaggio*, in *Responsabilità comunicazione e impresa*, 1997, 65, "per la ragione che la legge temporalmente successiva paralizza il vigore della precedente". Dubbi circa l'applicazione del criterio cronologico, resa, peraltro, difficile dalla non perfetta coincidenza tra le aree di applicazione delle due fonti normative, vengono avanzati da POLLASTRELLI, *Le clausole vessatorie nei contratti di viaggi turistici*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469-bis - 1469-sexies del Codice civile*, a cura di Alpa, Patti, II, Milano, 1997, 837, che sostiene la prevalenza della l. n. 1084 del 1977, in quanto legge sovraordinata gerarchicamente, perché formatasi nell'ambito di una comunità internazionale più vasta della Comunità europea (ora UE).

<sup>22</sup> Sulla necessità di un'interpretazione sistematica ed assiologica, cioè finalizzata all'attuazione dei valori costituzionalmente garantiti, P. PERLINGIERI, *Appunti di teoria dell'interpretazione*, Camerino, 1970, *passim*; Id., *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 990 ss.; Id., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, *ivi*, 2005, 188 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, 212.

<sup>23</sup> Al riguardo, cfr., in ambito comunitario, l'art. 8 della direttiva 90/314/CEE, che, nell'introdurre nel diritto interno degli Stati membri una tutela minima del turista-consumatore, lascia salve eventuali norme nazionali più rigorose ai fini della protezione del consumatore; e l'art. 24, lett. a, della legge comunitaria per il 1993 (l. 22.2.1994, n. 146), che statuisce che l'offerta del servizio "tutto compreso" ed il relativo contratto devono essere disciplinati tenendo conto delle disposizioni più favorevoli dettate in tema di contratto di organizzazione di viaggio dalla l. n. 1084 del 1977. E, da ultimo, la direttiva 2015/2302/UE, che, a fronte dell'esigenza di adeguare il quadro legislativo ai profondi mutamenti subiti dal settore turistico - connessi, in particolare, all'utilizzo di Internet quale mezzo di offerta e vendita dei servizi turistici - intende promuovere un livello elevato e quanto più uniforme possibile di protezione dei turisti-consumatori, come previsto dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

<sup>24</sup> Su cui v., diffusamente, §§ 3, 4 e 5.

Riguardo, invece, alla funzione integrativa assoluta dalla normativa consumeristica, rilevano le ipotesi, che, peraltro, costituiscono la quasi totalità, nelle quali al turista-contraente possa attribuirsi la qualità di consumatore di cui all'art. 3, 1° co., lett. a, c. cons., in quanto "persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale, o professionale eventualmente svolta"<sup>25</sup>, considerato che l'organizzatore turistico e il venditore appartengono con sicurezza alla categoria dei soggetti che operano nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale, anche alla luce del regi-

<sup>25</sup> La maggior parte dei viaggiatori che acquistano pacchetti turistici sono consumatori ai sensi del diritto del consumo dell'Unione europea. La nozione di «turista», di cui all'art. 33, 1° co., lett. c, c. tur., ha sostituito, pur mantenendone inalterata l'essenza, quella di «consumatore» dell'art. 5 del d.lg. n. 111 del 1995 – che è, peraltro, più ampia di quella codificata dalla disciplina consumeristica – e ricomprende, a differenza della CCV, «l'acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da nominare, purché soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio, per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare senza remunerazione un pacchetto turistico». Da tale definizione discende che il viaggiatore può coincidere con il contraente, ma non necessariamente, potendo il contraente originario essere persona che svolge attività di intermediazione per conto del turista-consumatore, purché caratterizzata dalla necessaria gratuità. Tuttavia, essa lascia aperta la questione se la tutela prevista dalla normativa possa essere estesa ai rappresentanti di piccole imprese o liberi professionisti, che spesso prenotano viaggi legati alla loro attività commerciale o professionale tramite gli stessi canali usati dai consumatori, perciò necessitando di un livello di tutela analogo. Diversamente, invece, le imprese o società più grandi che, di norma, definiscono le modalità di viaggio per i loro dipendenti in base ad un contratto quadro con società specializzate nell'organizzazione di viaggi di natura professionale, non sembrano richiedere il livello di protezione stabilito per i consumatori.

Da ultimo, il considerando 7 e l'art. 2 della direttiva 2015/2302/UE, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici assistiti, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE e che abroga la direttiva 90/314/CEE, chiariscono come non sia sempre agevole distinguere tra consumatori e rappresentanti di piccole imprese o liberi professionisti che prenotano viaggi legati alla loro attività commerciale o professionale tramite gli stessi canali usati dai consumatori; riconoscono che questo tipo di viaggiatori spesso necessita di un livello di tutela analogo a quello stabilito per i consumatori e, conseguentemente, estendono la nuova disciplina a coloro che viaggiano per scopi professionali, compresi i liberi professionisti, o ai lavoratori autonomi o ad altre persone fisiche, qualora non definiscano le modalità di viaggio in base a un accordo generale. Infine, al fine di evitare confusione con la definizione di «consumatore» usata in altra legislazione dell'Unione, affermano l'opportunità di definire le persone protette dalla nuova direttiva come «viaggiatori».

In dottrina, cfr. ROSSI CARLEO, *Il turista come consumatore "speciale"*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469-bis – 1469-sexies del Codice civile*, II, cit., 815, 831, che considera il turista quale «consumatore di tipo speciale»; v. anche la Relazione al codice del turismo, che, nell'illustrare il contenuto del titolo VI sulla disciplina a carattere privatistico in ambito turistico, dichiara il viaggiatore «non attrezzato a risolvere i problemi che si pongono durante la vacanza in un luogo lontano dalla sua dimora abituale e generalmente incline a subire il disservizio pur di non perdere il poco tempo a disposizione per rilassarsi»; sulla frantumazione della nozione di consumatore in una pluralità di figure che ne offuscano l'identità e impongono la ricerca di criteri atti ad individuare i rapporti tra le diverse discipline. Cfr., altresì, Id., *Consumatore, consumatore medio, investitore e cliente: frazionamento e sintesi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 686 ss.; FRAGOLA, *L'azione comunitaria in materia di turismo*, in V. FRANCESCHELLI, SILINGARDI, *Manuale di diritto del turismo*, cit., 49.

me autorizzatorio cui l'esercizio della stessa è sottoposto<sup>26</sup>. Si consideri, esemplificativamente, la disciplina del diritto di recesso di cui agli artt. 52-59 c. cons., che delineano il quadro normativo generale della tutela del consumatore di fronte a contratti negoziati o conclusi al di fuori dei locali commerciali o a distanza.

La prospettiva indicata consente, altresì, di individuare la soluzione degli eventuali conflitti emergenti tra i diversi livelli di disciplina concorrenti: per un verso, superando il tradizionale rapporto tra disciplina generale del codice civile e disciplina speciale del turismo, in favore di una complementarità tra le stesse; per altro verso, risolvendo le antinomie tra norme di settore e codice del consumo, abbandonando un'ottica ferma a considerare la specialità del fenomeno turistico - che segnerebbe la prevalenza della legislazione turistica sul dettato del codice del consumo (in quanto normativa speciale successiva)<sup>27</sup> - in favore di un'accorta combinazione di entrambe le discipline che consenta di assicurare il più elevato livello di tutela sostanziale delle ragioni del turista-consumatore<sup>28</sup>.

**2. La normativa a tutela del viaggiatore che acquista un pacchetto turistico prevede espressamente in suo favore figure di recesso di diversa natura e intensità<sup>29</sup>, che**

<sup>26</sup> Ai sensi dell'art. 3, n. 7), della direttiva 2015/2302/UE, è «professionista», qualsiasi persona fisica o giuridica che agisca nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, in veste di organizzatore, venditore, professionista che agevola servizi turistici collegati o di fornitore di servizi turistici. Il requisito soggettivo di applicabilità degli artt. 33 ss. c. cons. inerente al professionista sembra essere soddisfatto anche dalle associazioni non aventi scopo di lucro, esercenti attività di intermediazione ed organizzazione di viaggi e soggiorni, in ragione della natura sostanzialmente imprenditoriale delle attività svolte. In tal senso cfr. TASSONI, *Il contratto di viaggio*, cit., 315.

<sup>27</sup> Per la supremazia della novella si esprime IUDICA, *La disciplina delle clausole abusive nel contratto di viaggio*, cit., 73 ss.; Per SILINGARDI, MORANDI, *La «vendita di pacchetti turistici»*, cit., 14, la soluzione di eventuali antinomie «dipenderebbe esclusivamente dalla valutazione che l'interprete dia circa la prevalenza della natura «turistica» del contratto ovvero del rapporto con il consumatore, con conseguente priorità dell'una o dell'altra tra le due fonti concorrenti».

<sup>28</sup> In dottrina, nella direzione dell'armonizzazione delle diverse tutele, nella prospettiva della centralità costituzionale della persona, cfr. V. RIZZO, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Studi in memoria di Canelmo*, a cura di R. Favale e B. Marucci, II, Napoli, 2003, 631 ss. Cfr., altresì, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Riv. giur. Mol. e Sannio*, 1995, 3, 99; ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, 307; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 510, nt. 167, per il quale la qualità di consumatore «è soltanto un aspetto della persona, un aspetto parziale di una realtà complessa, ove gli individui non possono essere distinti esclusivamente tra produttori e consumatori, giacché sono innanzitutto uomini»; PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, 265, il quale afferma la necessità di riconoscere alla «persona – consumatore» il primato del quale la persona *tout court* già gode sul piano dei valori e dei principi che informano il vigente ordinamento italo – comunitario».

<sup>29</sup> Sul recesso del turista, cfr. ALVISI, *Recesso e disdette turistiche*, in *Dir. tur.*, 2005, 213 ss.; CARRASSI, *Il recesso unilaterale nel contratto di viaggio e l'imbarbarimento dell'offerta turistica (nota a Trib. Genova 12 maggio 1994)*, in *Giur. it.*, 1995, I, 213. Per la tradizionale classificazione del diritto di recesso in base alle

rivestono un'importanza centrale nel quadro generale degli strumenti di tutela che assistono la parte debole nella contrattazione turistica<sup>30</sup>.

Al turista viene, in primo luogo, attribuito, nell'ambito della disciplina delle vicende modificative dei contratti del turismo organizzato<sup>31</sup>, un diritto di recesso per modificazione dei presupposti<sup>32</sup>, nelle situazioni normativamente previste dell'aumento del prezzo del pacchetto turistico (*ex art.* 40) e della modifica di uno o più elementi essenziali del contratto (*ex art.* 41). In tali ipotesi, l'istituto si configura quale strumento di reazione contro lo *ius variandi* attribuito all'organizzatore o intermediario di viaggio.

Un'ulteriore ipotesi riconducibile alla categoria del recesso per mutamento dei presupposti è poi contemplata dall'art. 42, 1° co., c. tur., che ricollega alla cancellazione del pacchetto turistico prima della partenza ad opera dell'organizzatore o intermediario, il diritto del viaggiatore di ottenere un pacchetto sostitutivo ovvero di recedere dal contratto<sup>33</sup>.

Assolve, invece, ad una funzione più propriamente di autotutela il recesso del turista giustificato dal "grave inadempimento della controparte"<sup>34</sup>, implicitamente considerato dall'art. 36, 1° co., lett. *d*, c. tur., in cui si escludono gli effetti disciplinati dall'art. 1385 c.c. in tema di caparra confirmatoria e si prevede che l'anticipo da versarsi all'atto della prenotazione<sup>35</sup> non possa, comunque, superare il 25 % del prezzo complessivo. Peraltro, si ritiene che, in tal caso, l'esclusione del costo del recesso rappresenti una soluzione normativa ragionevole: il recesso del viaggiatore che

---

sue differenti funzioni, cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985; DE NOVA, *Recesso*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino, 1997, 316 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3, Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, 316, 742.

<sup>30</sup> Sulla relatività della nozione di contraente debole, v. V. RIZZO, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, cit., 631 e le notazioni critiche di E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in *Contratto e contratti. Scritti*, Milano, 2011, 430 ss.

<sup>31</sup> La disciplina delle vicende modificative costituisce una rilevante novità del d.lg. n. 111 del 1995 rispetto alla Convenzione di Bruxelles sul contratto di viaggio (CCV predisposta dall'UNIDROIT) del 23.4.1970, in cui le eventuali modifiche non potevano che dar luogo ad una comune ipotesi di inadempimento contrattuale (artt. 12-15 CCV), laddove avessero integrato un'ipotesi di mancata o inesatta esecuzione di una delle prestazioni originariamente concordate.

<sup>32</sup> Su cui v., diffusamente, § 3.

<sup>33</sup> Su cui v., *infra*, § 5.

<sup>34</sup> Per ALVISI, *Recesso e disdette turistiche*, 218 s. la previsione desta qualche perplessità, dal momento che sembra introdurre una disciplina peggiorativa, per il consumatore-turista, rispetto a quanto disposto dall'art. 1385 c.c., in quanto gli consentirebbe di ripetere unicamente la somma pagata a titolo di caparra confirmatoria e non il diritto di esigere il doppio di quanto pagato.

<sup>35</sup> Quanto, alla natura dell'importo versato all'atto della prenotazione, di là dal richiamo all'art. 1385 c.c., propendono per la sua qualificazione nei termini di caparra penitenziale PIERALLINI, *Sub art. 10-13 (d. lgs. 111/95)*, in *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso. Commentario*, cit., 39; FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, cit., 127; MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 416 s.; AMBROSINI, *Il recesso del turista*, in *Riv. dir. navigazione*, 2014, 259 ss.

trovi la sua giustificazione nel grave inadempimento della controparte ovvero nel fatto sopraggiunto non imputabile<sup>36</sup>, non può, infatti, che essere gratuito e comportare la restituzione di quanto versato.

Discussa è, poi, la possibilità di consentire al turista-consumatore di pacchetti turistici uno *ius poenitendi* (diversamente indicato anche come recesso di protezione o diritto di ripensamento), in ragione delle particolari tecniche di contrattazione impiegate riconducibili alle negoziazioni concluse fuori dei locali commerciali o a distanza<sup>37</sup>.

Infine, la direttiva 90/314/CEE e la normativa interna di recepimento non annoverano tra i diritti riconosciuti al viaggiatore prima dell'inizio del viaggio il recesso *ad nutum* dal contratto, qualora egli semplicemente cambi idea e/o non intenda più partire per qualche ragione a lui imputabile<sup>38</sup>. Tuttavia, innovando significativamente il precedente orientamento normativo (comunitario ed interno) sul punto<sup>39</sup>, l'art. 12 – Risoluzione del contratto e diritto di recesso prima dell'inizio di esecuzione, della direttiva 2015/2302/UE, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici assistiti, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE e che abroga la direttiva 90/314/CEE, di recente emanazione - cui gli Stati membri dovranno conformarsi entro il 1.1.2018 - contempla espressamente, al 1° co., il riconoscimento di un tale diritto in favore del turista, sia pure a fronte del pagamento di “spese di risoluzione adeguate e giustificabili”.

Il nuovo recesso *ad nutum* consente, opportunamente, di soddisfare, in larga misura, esigenze di rimozione del vincolo contrattuale relative ad impedimenti sopravvenuti, connessi alla sfera soggettiva del viaggiatore e a lui non imputabili, prima generalmente disattese<sup>40</sup>. Almeno a prima vista, però, la nuova direttiva,

<sup>36</sup> Su tali figure di recesso legate a fatti sopraggiunti, v. ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1209 ss.; ALVISI, *Recesso e disdette turistiche*, cit., 214, parla al riguardo di recesso per giusta causa.

<sup>37</sup> Su cui v., *infra*, § 4.

<sup>38</sup> L'art. 32, 2° co., c. tur. tiene, tuttavia, ferme le disposizioni previste negli artt. da 64 a 67 del c. cons., sul diritto di recesso, nel caso di pacchetti turistici negoziati al di fuori dei locali commerciali o a distanza. Sugli effetti di tale rinvio, v., *infra*, § 4.

<sup>39</sup> Peraltro, anche l'art. 9 CCV riconosceva al viaggiatore il diritto di annullare il contratto, totalmente o parzialmente, a condizione di indennizzare l'organizzatore di viaggi, conformemente alla legislazione nazionale o secondo le disposizioni del contratto. Il rinvio operato dalla CCV alle disposizioni sul contratto in generale contenute nei diritti nazionali, lungi dal riconoscere una qualche forma di tutela al turista oggettivamente impossibilitato a partire, finiva per far gravare interamente su di lui il rischio dei fatti sopraggiunti non imputabili ed impeditivi della partenza; quest'ultimo, infatti, anche in presenza di una grave malattia o infortunio che gli avesse reso oggettivamente impossibile la partenza avrebbe comunque perduto la caparra confirmatoria, ex art. 1385, 2° co., c.c.

<sup>40</sup> V., *infra*, nt. 49.

sembra, altresì, offrire copertura normativa alla prassi commerciale<sup>41</sup> invalsa tra gli operatori turistici di imporre al turista clausole che gli riconoscono convenzionalmente il recesso dal viaggio, dietro il pagamento di consistenti caparre penitenziali, il cui ammontare varia in base ai tempi del recesso ed in misura direttamente proporzionale all'avvicinarsi della partenza, fino a prevedere che il viaggiatore recedente non possa ottenere in restituzione neppure una piccola parte della somma versata a titolo di corrispettivo del viaggio. E ciò, in genere, quale che sia il motivo del recesso, e dunque anche nei casi in cui esso risulti giustificato da un'oggettiva impossibilità sopravvenuta di ricevere la prestazione, determinata da impedimento grave (ad es., malattia o incidente stradale che costringe all'immobilità) ovvero dalla ricorrenza di circostanze eccezionali e inevitabili (ad es., conflitto armato o calamità naturale).

In realtà, nel vigore dell'attuale normativa, clausole del genere appaiono impugnabili sotto una pluralità di profili: il turista, infatti, potrebbe farne valere la nullità, *ex art. 1418, 1° co., c.c.*, per contrasto con il disposto dell'*art. 36, 1° co., lett. d, c. tur.*; oppure chiederne la riduzione, applicando analogicamente l'*art. 1384 c.c.*<sup>42</sup>; ancora, domandarne l'espunzione dal contratto, facendone valere il carattere abusivo, *ex art. 33, 2° co., lett. g, c. cons.* - in quanto caparra che non prevede condizioni di reciprocità tra consumatore e professionista - o *ex art. 33, 2° co., lett. f, c. cons.* - in quanto penale manifestamente eccessiva - o ancora *ex art. 33, 2° co., lett. e, c. cons.* - in quanto clausola che consente all'operatore di trattenerne una somma di denaro qualora il consumatore receda dal contratto, senza prevedere il diritto di quest'ultimo di esigere il doppio della somma versata se è l'operatore a recedere -. A fronte delle imperfezioni della normativa di settore, risulta, pertanto, evidente come il richiamo ai generali rimedi del codice civile e alla

<sup>41</sup> A titolo esemplificativo, per la clausola 7.2 del contratto tipo della Fiavet le somme possono sfiorare il 100% in caso di recesso all'ultimo momento. Per ovviare a tale situazione, solitamente, vengono stipulati specifici contratti di assicurazione, a copertura delle spese sostenute dal turista per l'annullamento del viaggio, spesso ricompresi nel pacchetto stesso assemblato dal *tour operator*. La crescente rilevanza del fenomeno, è testimoniata dal fatto che gli estremi delle polizze assicurative eventualmente convenute con il turista costituiscono uno degli elementi del contratto di vendita dei pacchetti turistici, *ex art. 36, lett. e, c. tur.*; nonché un elemento del contenuto necessario dell'opuscolo informativo, *ex dell'art. 38, 1° co., lett. i, c. tur.*; e che la facoltà di sottoscrivere un contratto di assicurazione a copertura delle spese sostenute dal turista per l'annullamento del contratto o per il rimpatrio in caso di incidente o malattia rientra tra le informazioni che devono essere comunicate al turista prima della partenza, *ex art. 37, 2° co., lett. e, c. tur.*

<sup>42</sup> Secondo la Suprema Corte (cfr., *ex multis*, Cass., S.U., 13.9.2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, 2985, l'*art. 1384 c.c.*) il potere conferito al giudice dall'*art. 1384 c.c.* di ridurre la penale manifestamente eccessiva è fondato sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata mediante l'esercizio di un potere equitativo che ristabilisca un congruo contemperamento degli interessi contrapposti. In dottrina, nel senso dell'applicazione dei principi di proporzionalità e adeguatezza a tutte le valutazioni sulle dinamiche da comporre nell'ambito dei rapporti privatistici, cfr. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*, in *Riv. arbitrato*, 2006, 387 ss.



disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore<sup>43</sup> consenta di porre il turista-consumatore al riparo da potenziali abusi a suo danno, nei casi in cui il recesso convenzionalmente riconosciutogli finisca col comportare un costo eccessivo a suo carico.

Guardando, poi, alla direttiva 2015/2302/UE, l'art. 12, 1° co., fa seguire al generale riconoscimento di un diritto di recesso *ad nutum* in favore del turista la determinazione delle condizioni di validità delle clausole che ne subordinano eventualmente l'esercizio al pagamento di una caparra penitenziale, la quale, ove prevista, va conformata ai principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza<sup>44</sup>. La norma, infatti, dopo aver disposto che le spese di risoluzione devono essere "adeguate e giustificabili"; esplicita i criteri per pervenire alla loro quantificazione: stabilendo che il contratto possa specificare spese di risoluzione *standard* ragionevoli, calcolate in base al momento della risoluzione e ai risparmi e agli introiti che, di norma, de-

<sup>43</sup> In dottrina, sostengono l'inefficacia delle c.d. penali per il recesso: DE NOVA, *La novella al codice civile in tema di clausole vessatorie ed i contratti turistici*, in *Dir. trasporti*, 1997, 8, IUDICA, *La disciplina delle clausole abusive nel contratto di viaggio*, cit., 69. Per AMBROSINI, *Il recesso del turista*, cit., 270, il problema non può ridursi alla secca alternativa fra nullità o validità delle clausole, ma "debba coinvolgere anche la valutazione del loro contenuto, ossia del *quantum* che il turista è tenuto a versare (o comunque perde) per poter recedere". In giurisprudenza, si pronunciano per la vessatorietà: Trib. Genova, 12.5.1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, 214; Trib. Palermo, ord., 24.1.1997, in *Foro it.*, I, 1997, 2292; Trib. Palermo, 2.6.1998, n. 1941, *ivi*, I, 358; Trib. Palermo, 11.7.2000, n. 3788, in *Arch. civ.*, 2000, 1375; Trib. Pescara, 30.8.2011, n. 1073, in *PQM*, 2011, 2-3, 118. Cass., 20.12.2007, n. 26958, in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, 531, con nota di NARDI, *Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta*; in *Contr.*, 2008, 786, con nota di BARBIERA, *Risoluzione per impossibilità sopravvenuta e causa concreta del contratto a confronto* riconosce la gratuità del recesso del coniuge superstite del turista defunto il giorno precedente la partenza e condanna l'albergatore alla restituzione dell'intero corrispettivo già incassato per il soggiorno della coppia. Per Trib. Lanciano, 1.7.2002, in *Dir. tur.*, 2003, 343, con nota di F. MICHETTI, in presenza di recesso per fatto sopraggiunto non imputabile (ad es., malattia), il turista ha diritto alla restituzione del saldo versato; Trib. Milano, 19.4.2002, in *Dir. tur.*, 2003, 157, con nota di CIURNELLI riconosce una impossibilità sopravvenuta a fruire della prestazione nell'attacco di panico conseguente all'atto terroristico dell'11.9.2001 con conseguente diritto alla restituzione dell'intero prezzo già pagato. *Contra*, Trib. Napoli, 23.7.1984, in *Dir. e giur.* 1985, 763 ss.; App. Milano, 1.3.1996, in *Contr.*, 1997, 4, 386, che hanno escluso la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta in caso di improvviso impegno di lavoro.

<sup>44</sup> Per P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 379 ss., il principio di proporzionalità è entrato a far parte del nostro ordinamento soprattutto ad opera dell'elaborazione da parte della Corte di giustizia; trova applicazione ben oltre le materie disciplinate dal diritto comunitario, tra elementi di raffronto omogenei e ha valenza sul piano quantitativo. «Viceversa, quando il collegamento è tra elementi disomogenei, non comparabili, che coinvolgono interessi non quantificabili, ad esempio, non patrimoniali, ne consegue un bilanciamento tra questi che [...] esige necessariamente una valutazione qualitativa. In tali ipotesi entrano in funzione sia il principio della ragionevolezza sia il principio dell'adeguatezza», utilizzati spesso in combinazione con il principio di proporzionalità. Sulla funzione selettiva e di indirizzo del principio di ragionevolezza nelle operazioni di bilanciamento degli interessi, v. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, 158 ss. e 516 ss.

rivano dalla rivendita dei servizi turistici a terzi (*last minute* o *last second*)<sup>45</sup>; e precisando, ulteriormente, che, in assenza di spese di risoluzione *standard*, il loro importo corrisponda, in ogni caso, al prezzo del pacchetto turistico diminuito delle spese risparmiate e degli introiti dell'organizzatore<sup>46</sup>.

Nell'attesa di verificare le scelte che opererà il legislatore interno, in sede di recepimento della direttiva, spetta al giudice valutare, caso per caso, la validità o invalidità delle c.d. penali per il recesso e, in particolare, verificare la proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza delle spese fissate come corrispettivo dello stesso, *ex art.* 1386 c.c. Il relativo giudizio, peraltro, non potrà essere effettuato in astratto, ma dovrà coinvolgere il contenuto concreto della singola clausola, alla luce del complessivo assetto degli interessi delle parti diviso nel contratto e dovrà tener conto delle concrete ragioni che spingono il turista a recedere, per stabilire se il corrispettivo pattuito appaia effettivamente giustificato, anche alla luce del momento in cui nello specifico il recesso si è verificato e delle circostanze che ne hanno accompagnato l'esercizio.

In riferimento alle ragioni del recesso, l'art. 12, 2° co., consente al viaggiatore di recedere dal contratto senza dover pagare spese ove ricorrano circostanze inevitabili e straordinarie<sup>47</sup>, verificatesi nel luogo di destinazione o nelle sue immediate vicinanze e che abbiano un'incidenza sostanziale sul pacchetto o sul trasporto di passeggeri verso la destinazione (ad esempio, conflitti armati, terrorismo). In tali casi di recesso, è previsto il rimborso integrale, entro quattordici giorni, dei pagamenti effettuati dal viaggiatore, senza indennizzi supplementari.

Pur in assenza di un'espressa previsione legislativa, si ritiene di poter ulteriormente riconoscere un recesso gratuito al viaggiatore, vittima di accertati impedimenti sopravvenuti, connessi alla sua sfera soggettiva e a lui non imputabili, alla luce dei richiamati principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza, rinvenendone la regolamentazione, in via indiretta, nella disciplina di cui all'art. 36, 1° co., lett. *d*,

---

<sup>45</sup> Su cui v., *infra*, § 4.

<sup>46</sup> Peraltro, ai sensi degli artt. 5-7 della direttiva 2015/2302/UE, le informazioni sulla facoltà di risolvere, *rectius*, recedere dal contratto in qualunque momento prima dell'inizio dell'esecuzione, a fronte del pagamento di penali e di spese amministrative ragionevoli, rientrano tra le informazioni precontrattuali di cui deve essere reso edotto il viaggiatore, prima che concluda il contratto del pacchetto turistico o sottoscriva una offerta vincolante. Esse formano, altresì, parte integrante del contratto di pacchetto turistico e non possono essere modificate salvo accordo esplicito delle parti contraenti.

<sup>47</sup> Nel considerando XXXI viene esplicitata la nozione di "circostanza inevitabile e straordinaria", che "può riguardare, ad esempio, conflitti armati, altri gravi problemi di sicurezza quali terrorismo, rischi significativi per la salute umana quali il focolaio di una grave malattia nel luogo di destinazione del viaggio o calamità naturali come inondazioni, terremoti o condizioni metereologiche che impediscono di viaggiare in modo sicuro verso la destinazione come stabilito nel contratto". In via generale, pertanto, dovrebbero considerarsi circostanze inevitabili e straordinarie le situazioni fuori dal controllo del professionista, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate nemmeno prendendo tutte le ragionevoli misure e dovrebbero, invece, escludersi le situazioni che semplicemente producono paure o timori sotto l'aspetto psicologico e soggettivo, non aventi un'incidenza sostanziale sulla esecuzione del viaggio.

c. tur., la quale dispone che il turista che recede non perde la somma eventualmente versata a titolo di caparra nell'ipotesi in cui il recesso sia giustificato da un fatto sopraggiunto non imputabile<sup>48</sup>. Per questa via, conferendo tutela al viaggiatore per i casi di grave malattia o infortunio, suoi o di suoi congiunti, nei quali, invece, la giurisprudenza risalente aveva generalmente accolto la pretesa dell'operatore turistico di trattenere la caparra ricevuta, quando non l'intero corrispettivo versato prima della partenza, stante la difficoltà di far rientrare tali casi, in senso stretto, nella nozione di impossibilità sopravvenuta della prestazione<sup>49</sup>.

3. Le norme che offrono una compiuta regolamentazione giuridica delle fattispecie modificative del contratto del turismo organizzato (artt. 39-42 c. tur.) contemplano più di una disposizione in cui lo *ius variandi* dell'organizzatore o dell'intermediario di viaggio, vale a dire il potere che gli viene riconosciuto di modificare *ex uno latere* il contenuto del contratto<sup>50</sup>, senza alterarne l'identità<sup>51</sup>, si accompagna al riconoscimento di un diritto di recesso al turista, come strumento suo antagonista<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> In dottrina, CUFFARO, *Contratto turistico*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, 298, GIGLIOTTI, *Soppravvenienze contrattuali e gestione del rapporto: l'ipotesi del viaggio turistico*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, 290. *Contra* STUCCHI, *In tema di viaggio "tutto compreso" e di recesso del contratto*, in *Dir. marittimo*, 2012, 219 per il quale le norme sulla distribuzione del rischio prevedono la sola facoltà del turista – che si trovi nell'impossibilità di ricevere la prestazione – di cedere il contratto a terzi.

<sup>49</sup> La giurisprudenza aveva generalmente negato l'equiparazione della malattia o dell'oggettivo impedimento del turista alla impossibilità sopravvenuta della prestazione *ex art.* 1463 c.c.: cfr. Trib. Napoli, 23.7.1984, cit.; Cfr. App. Milano, 1.3.1996, cit. *Contra*, la più recente giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Milano 19.4.2002, cit.; Trib. Lanciano, 1.7.2002, cit.; Trib. Torino, 19.1.2005, n. 344, in *Dir. tur.*, 2006, 140; Cass., 24.7.2007, n. 16315, in *Foro it.*, 2009, I, 214, per la quale se la finalità di vacanza non può realizzarsi – anche in caso di malattia o infortunio del viaggiatore – si verifica un'impossibilità della prestazione cui consegue l'estinzione dell'obbligazione.

<sup>50</sup> La nozione di contenuto del contratto è alquanto dibattuta in dottrina: alla posizione di quanti ritengono che il contenuto comprenda le sole determinazioni poste in essere dalle parti per regolare i propri interessi (così, CATAUDELLA, *Il contenuto del contratto*, Milano, 1966, 18 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*. 3, *Il contratto*, cit., 316; CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, t. 1, Milano, 1987, 212) si contrappone quella di coloro per i quali il contenuto del contratto è il risultato dell'operatività di fonti diverse, oltre che della volontà delle parti (in tal senso, cfr. RODOTA', *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 80 s.; E. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. civ.*, III, Torino, 1989, 110 s.).

<sup>51</sup> L'esercizio dello *ius variandi* non può determinare la novazione dell'originario regolamento di interessi, ma può costituirne la specificazione o l'adeguamento in relazione alle sopravvenienze esterne e alle mutate esigenze di una parte, assumendo una peculiare connotazione (di protezione), nei casi in cui persegua un disegno di riequilibrio dei poteri delle parti. Le considerazioni che precedono sono espone più ampiamente in GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., 771 ss. e 85 ss., cui si rinvia anche (151 ss.) per la formalizzazione concettuale dello *ius variandi* come potere conformativo.

<sup>52</sup> Per l'esame dei recenti interventi normativi che hanno posto una stretta correlazione tra *ius variandi* e diritto di recesso sia consentito il rinvio a GAMBINI, *Tolleranza e reazione rispetto alle modifiche unilaterali del contenuto del contratto*, in *Studi in onore di Antonino Cataudella*, a cura di del Prato, Napoli, 2013, 981 ss. Tra le fattispecie di recesso con funzione di impugnativa per modifica unilaterale, RAVERA, *Clausola di recesso*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XXV, a cura di

In primo luogo, si consideri l'art. 40 c. tur., in materia di revisione del prezzo globale di vendita del pacchetto turistico, che sancisce la validità delle clausole contrattuali che rimettono al venditore la variazione del prezzo di vendita originariamente convenuto, a condizione che anche le modalità di calcolo risultino definite nel contratto<sup>53</sup>; che la revisione del prezzo sia giustificata dall'incremento di determinate voci del costo, espressamente indicate nell'art. 40 medesimo<sup>54</sup>; e che, infine, l'aumento globale<sup>55</sup> sia contenuto entro il 10% del prezzo nel suo originario ammontare ed entro individuati limiti temporali (venti giorni prima della partenza)<sup>56</sup>.

Se la revisione del prezzo realizzata eccede il limite legislativamente imposto del 10% del prezzo inizialmente fissato, l'ordinamento non interviene a sanzionare con l'inefficacia o l'invalidità la modifica stessa, che anzi sembra spiegare i suoi effetti, salvo il diritto di recesso riconosciuto all'acquirente dal 3° co. dello stesso art. 40<sup>57</sup>.

---

Cendon, Padova, 2004, 52, indica anche le ipotesi codicistiche di cui agli artt. 2437 e 2307, 3° co., c.c., nelle quali in diritto di recesso viene concesso al socio dissenziente rispetto alla modifica dell'oggetto sociale, del tipo di società, al trasferimento della sede sociale all'estero e alla proroga tacita della società.

<sup>53</sup> Le puntuali menzioni obbligatorie previste dall'art. 40 c. tur., al di là della mera funzione informativa, che pure assolvono, rispondono alla ben più rilevante funzione di limite all'esercizio dello *ius variandi*, a garanzia della posizione contrattuale del turista. Ad analoghe funzioni assolve, in relazione alle modifiche contrattuali anteriori alla partenza, l'obbligo di rendere talune informazioni (in particolare, in merito al tipo di modifica e alla conseguente variazione del prezzo) previsto dall'art. 41 c. tur.

<sup>54</sup> Trattasi delle variazioni riguardanti "il costo del trasporto, del carburante, dei diritti e delle tasse quali quelle di atterraggio, di sbarco o imbarco nei porti e negli aeroporti, del tasso di cambio applicato", elementi soggetti a frequenti fluttuazioni di mercato, configuranti eventi eccezionali che rappresentano cause di forza maggiore per l'organizzatore.

<sup>55</sup> La norma in esame non prevede un obbligo di riduzione del costo del viaggio in conseguenza di variazioni decrescenti dei costi, dei diritti, delle tasse o dei cambi applicati. Il che comporta che nel caso in cui si verificano dette circostanze oggettive favorevoli al turista, questi non possa far valere alcun diritto alla modifica *in melius*. *Contra* cfr. TASSONI, *Il contratto di viaggio*, cit., 231.

<sup>56</sup> Il testo dell'art. 10 – Revisione del prezzo, della direttiva 2015/2302/UE riproduce il vigente art. 40 c. tur., ad eccezione di due importanti novità: 1) L'aumento del prezzo nei venti giorni precedenti l'inizio dell'esecuzione del contratto non deve eccedere l'8 % del prezzo del pacchetto turistico, anziché il 10 % attualmente previsto; 2) la revisione in aumento è valida solo in condizioni di reciprocità, vale a dire se il contratto precisi che il viaggiatore ha diritto ad una riduzione del prezzo qualora, dopo la conclusione del contratto prima dell'inizio del pacchetto, diminuiscano le voci di costo al cui incremento consegue lo *ius variandi* dell'organizzatore. La disposizione, peraltro, non esplicita che la revisione al ribasso debba avvenire nella stessa percentuale massima dell'8 % prevista per l'aumento e riconosce, in ogni caso, all'organizzatore il diritto a detrarre dal rimborso dovuto al viaggiatore le spese amministrative effettive.

<sup>57</sup> Se, invece, risultano inosservate le ulteriori condizioni e modalità imposte dalla normativa all'esercizio dello *ius variandi* sul prezzo (ad esempio, si pensi a revisioni del prezzo nei venti giorni precedenti la partenza, ovvero in difetto di un'espressa previsione contrattuale di legittimazione all'esercizio, ovvero ancora a seguito di una variazione di costi diversi da quelli considerati dalla norma, in una parola eccedendo i limiti entro i quali il relativo potere è conferito e giustificato), la sanzione applicabile, nel silenzio del legislatore, sembra essere rappresentata dall'inefficacia del mutamento di prezzo realizzato, con conseguente diritto del viaggiatore ad usufruire del pacchetto turistico alle condizioni economiche originariamente pattuite e a

Da tale disposizione sembra doversi ricavare, *a contrario*, che l'esercizio del potere unilaterale di revisione del prezzo da parte dell'operatore turistico, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 40 c. tur. - con particolare riferimento all'aumento fino al 10% del prezzo originario - non comporti in nessun caso il riconoscimento al turista di un diritto di recesso. Tuttavia, occorrerà verificare la legittimità di tale tipo di variazioni in relazione al disposto dell'art. 33, 2° co., lett. o), c. cons., che detta una presunzione di vessatorietà delle clausole che hanno per effetto di consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto. In un'ottica di rafforzamento della tutela del viaggiatore-consumatore, si tratterà, pertanto, di valutare, caso per caso, se l'incremento inferiore al 10% del prezzo originario, non comporti comunque un prezzo finale "eccessivamente elevato" rispetto a quello inizialmente pattuito, con conseguente riconoscimento, nell'affermativa, del carattere vessatorio della clausola sulla revisione del prezzo<sup>58</sup>.

Per escludere l'abusività della pattuizione sulla modifica del prezzo, non sembra, peraltro, possibile invocare<sup>59</sup> la riproduzione di una disposizione di legge, in virtù del disposto di cui all'art. 34, 3° co., c. cons., in quanto, a ben vedere, l'art. 40 c. tur. si limita a consentire e a disciplinare il contenuto di una clausola patizia e non a porre una clausola *ex lege*, la cui riproduzione escluderebbe la vessatorietà<sup>60</sup>.

Di più, la normativa sulla revisione del prezzo, ove fosse ritenuta meramente riproduttiva di norma di legge e come tale sottratta al giudizio di vessatorietà, consentirebbe di vanificare la generale presunzione di abusività delle clausole di revisione del prezzo, *ex art. 33, 2° co., lett. o), c. cons.* L'organizzatore o intermediario potrebbe, infatti, indicare inizialmente un prezzo di vendita, riservarsi contrattualmente il potere di modificarlo in seguito e, poi, procedere ad un aumento inferiore al 10% del prezzo originario o, comunque, in misura non eccessiva, privando in tal modo il consumatore di viaggi di qualunque tutela, non potendo questi in alcun caso recedere, né far valere la vessatorietà della clausola.

---

vedere rimossi gli eventuali effetti modificativi già prodotti. In tal senso, cfr. PIERALLINI, *Sub art. 10-13 (d. lgs. 111/95)*, in *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso. Commentario*, cit., 35.

<sup>58</sup> *Contra* IUDICA, *La disciplina delle clausole abusive nel contratto di viaggio*, cit., 71 ss., per il quale, nei casi di variazione del prezzo, la novella n. 52/96 non sembra offrire al consumatore una tutela rafforzata, rientrando la possibilità per il consumatore di recedere se l'aumento del prezzo è eccessivamente elevato rispetto a quello iniziale *ex art. 1469-bis, 3° co., n. 13, c.c.* nella previsione di cui all'art. 11, che riconosce al cliente il diritto di recesso se l'aumento del prezzo supera il 10% del prezzo originario.

<sup>59</sup> Così, invece, FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, cit., 132 e, *ivi*, nt. 260, il quale ritiene che una eventuale clausola nel senso del testo sia meramente riproduttiva della disposizione di legge.

<sup>60</sup> In tal senso, v. DE NOVA, *La novella*, cit., 5.

La dottrina che propone una ricostruzione in termini di bilateralità<sup>61</sup> della vicenda modificativa del rapporto contrattuale nelle ipotesi – quali quella contemplata dall'art. 40 c. tur. – in cui all'iniziativa di modifica di una parte segua il mancato esercizio del diritto di recesso della controparte<sup>62</sup>, riconosce particolare significato alla formulazione letterale dell'art. 41 c. tur., che detta la regolamentazione specifica delle modifiche delle condizioni dei contratti del turismo organizzato.

Ai sensi di tale disposizione, in presenza della necessità di variare in modo significativo<sup>63</sup> l'originario programma contrattuale prima della partenza, la norma impone all'organizzatore o intermediario (art. 41, 1° co., c. tur.), che ha il maggior controllo sulle modificazioni della situazione di fatto destinate ad incidere sul rapporto,

<sup>61</sup> In tal senso, FICI, *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005, 197; IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008, 236. Per una ricostruzione in termini di unilaterale strutturale delle modifiche apportate dall'operatore al programma di viaggio prima della partenza, cfr. SILINGARDI, MORANDI, *La «vendita di pacchetti turistici»*, cit., 103 ss; TASSONI, *Il contratto di viaggio*, cit., 233.

<sup>62</sup> Neppure si ritiene possibile proporre una ricostruzione della fattispecie modificativa attuata attraverso il meccanismo modifica-recesso secondo lo schema del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (art. 1333 c.c.), vale a dire nei termini di una proposta irrevocabile di modifica che il destinatario può rifiutare, determinando il mancato rifiuto la conclusione del contratto modificativo. Così considerando la variazione contrattuale realizzatasi nella specie un *aliquid medii* tra la modificazione consensuale e la modificazione unilaterale. Com'è noto, infatti, il dibattito dottrinario in merito alla struttura della fattispecie di cui all'art. 1333 c.c. vede contrapporsi autori che ricorrono alla categoria del contratto (*ex multis*, v. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, 341 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passatelli*, IV, 2, Milano, 1966, 164; GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 798; SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, VI, 2, Torino, 1975, 17 ss., che ricorre alla figura del contratto a formazione unilaterale) ad altri che, invece, si richiamano alla categoria dell'atto unilaterale (per tutti, v. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, art. 1333 c.c., Milano, 1969, 191, che parla di negozio unilaterale a rilievo bilaterale). Tutte le ricostruzioni concordano, tuttavia, nel riconoscere che gli effetti che si producono nella sfera giuridica dell'oblatore debbano essere incrementativi e comunque rifiutabili.

Le difficoltà ricostruttive poste da tale soluzione interpretativa attengono al fatto che il legislatore ha riservato la figura dell'art. 1333 c.c. al solo contratto che produca effetti incrementativi, rifiutabili, nella sfera giuridica dell'oblatore: se, dunque, l'applicazione dello schema contrattuale considerato non porrebbe problemi nei limitati casi in cui la proposta di modifica si traducesse esclusivamente in un vantaggio per la controparte (premi, sconti, ecc.); se ne dovrebbe sostenere l'inammissibilità nella maggioranza dei casi, in quanto, essendo la scelta di avanzare la proposta di variazione rimessa ad una delle parti, secondo la sua convenienza e le sue esigenze, essa finisce, di norma, col sostanzarsi in un vantaggio per la parte proponente e in uno svantaggio per la controparte.

<sup>63</sup> Sul giudizio di significatività, cfr. BUONOCORE, *I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Tratt. Buonocore*, Sez. II, t. 3., V, Torino, 2003, 322; SILINGARDI, MORANDI, *La «vendita di pacchetti turistici»*, cit., 105 ss.; MORANDI, *I contratti di viaggio*, in *I contratti turistici*, a cura di Morandi, Comerale Pinto, La Torre, Milano, 2004, 69 s. Al riguardo, il considerando XXXIII della direttiva 2015/2302/UE chiarisce che si ha una modifica significativa se, ad esempio, diminuisce la qualità o il valore dei servizi turistici (così, i cambiamenti degli orari di partenza o arrivo indicati nel contratto di pacchetto turistico dovrebbero essere considerati sostanziali, qualora causino al viaggiatore disagi o spese aggiuntive notevoli, riorganizzazioni del trasporto o dell'alloggio...).

l'obbligo di darne immediato avviso in forma scritta al turista, indicando il tipo di modifica da apportare e la variazione del prezzo che ne consegue; quanto, poi, alla posizione del turista, la norma (art. 41, 2° e 3° co., c. tur.) prosegue imponendogli l'obbligo di comunicare all'organizzatore o intermediario, nel breve termine di due giorni dal momento in cui ha ricevuto l'avviso, la propria scelta tra due alternative possibili: o accetta la proposta di modifica e il contratto viene correlativamente modificato, ovvero recede dal contratto, senza pagamento di penali, determinandone, così, l'unilaterale scioglimento<sup>64</sup>.

La norma nulla dispone per il caso in cui il viaggiatore ometta di comunicare entro il termine assegnatogli la propria scelta alla controparte. Al riguardo, in dottrina<sup>65</sup>, si è sostenuta la configurabilità di un'ipotesi di accettazione tacita delle modifiche proposte dall'organizzatore o intermediario o di comportamento legalmente tipizzato nel mancato recesso del turista.

In primo luogo, però, tale interpretazione, irrigidendo la disposizione di legge - che non impone espressamente un dovere di comunicazione e non utilizza l'espressione entro e non oltre in riferimento al termine stabilito - finirebbe con l'introdurre un nuovo termine di decadenza in danno al turista<sup>66</sup>.

Inoltre, la descritta ricostruzione, forzando la lettera della disposizione attributiva dello *ius variandi*, verrebbe a riconoscere al mancato esercizio del diritto di reces-

<sup>64</sup> L'art. 11 - Modifica di altre condizioni contrattuali prima dell'inizio di esecuzione del contratto, della direttiva 2015/2302/UE prevede la possibilità per l'organizzatore di modificare in maniera unilaterale le condizioni contrattuali diverse dal prezzo a condizione che: a) l'organizzatore si sia riservato tale diritto nel contratto; b) la modifica sia di scarsa importanza; c) l'organizzatore dia notizia della modifica al viaggiatore in modo chiaro comprensibile ed evidente. Gli ulteriori commi dell'articolo (2, 3, 4 e 5) richiamano sostanzialmente le disposizioni dell'attuale art. 41 c. tur. - riproponendo le difficoltà ricostruttive della fattispecie modificativa descritta illustrate nel testo - laddove dispongono che l'organizzatore che sia costretto a modificare in modo significativo una o più caratteristiche principali dei servizi turistici del pacchetto, ivi incluse le variazioni del prezzo oltre l'8%, avvisi il viaggiatore entro un termine ragionevole specificato dall'organizzatore stesso (l'art. 41 c. tur. prevede attualmente l'immediato avviso in forma scritta al turista), invitandolo ad accettare la modifica proposta, oppure a risolvere (*rectius*, recedere da) il contratto senza oneri, eventualmente accettando un pacchetto sostitutivo, di qualità equivalente o superiore eventualmente offerto, in luogo del rimborso del prezzo, fermo il diritto al risarcimento del danno. Le novità sono date dal fatto che, nell'eventualità in cui il turista-consumatore non voglia accettare il pacchetto alternativo, la restituzione del prezzo deve avvenire senza indebito ritardo e in ogni caso entro quattordici giorni dalla risoluzione (l'art. 42 c. tur. prevede attualmente sette giorni lavorativi); e dalla mancata riproduzione del breve termine di due giorni dato al turista per comunicare la propria decisione all'organizzatore, sostituito dal richiamo ad un periodo di tempo ragionevole.

<sup>65</sup> Così PIERALLINI, *Sub art. 10-13 (d. lgs. 111/95)*, in *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso. Commentario*, cit., 36, sulla base della considerazione che in caso contrario si renderebbe oggettivamente incerto il destino del contratto sino al momento dell'inizio del viaggio.

<sup>66</sup> Peraltro, il richiamo operato dall'art. 41, 1° co., c. tur. alla disciplina prevista dall'art. 40 dello stesso codice per la revisione del prezzo che consegna alla modifica delle condizioni contrattuali, potrebbe condurre, sia pure in riferimento al solo caso di aumento superiore al 10% del prezzo originario, al riconoscimento di un diritto di recesso al viaggiatore non sottoposto al breve termine fissato per la scelta dall'art. 41, 3° co., c. tur.

so da parte del turista un valore legale tipico<sup>67</sup> non esplicitamente conferitogli dalla norma. Di più, essa verrebbe ad attribuire al meccanismo modificativo una struttura bilaterale difficilmente configurabile, nella specie, dal momento che, sul piano delle regole strutturali del contratto, riconoscere all'inerzia della parte che non si avvale della facoltà di recesso, o forse meglio alla sua tolleranza<sup>68</sup> nei confronti dell'iniziativa modificativa dell'altra, il valore di manifestazione tacita di una volontà modificativa dell'originario regolamento di interessi - come pure è stato proposto in dottrina<sup>69</sup> - significa riconoscere che l'accettazione possa identificarsi con una mera condotta di astensione della parte, in contrasto con la regola secondo cui l'accettazione si connette pur sempre ad un comportamento commissivo (dichiarazione o esecuzione) della stessa.

Peraltro, una tale ricostruzione non sembra corrispondere pienamente all'effettivo atteggiarsi della fattispecie normativa, la quale presenta taluni tratti peculiari dati dal riconoscimento al solo organizzatore o intermediario del potere di avviare le trattative per la modificazione delle condizioni del rapporto e dalla sostanziale negazione al turista della facoltà di trattare le modificazioni proposte, che egli può soltanto rifiutare, una volta che si sono realizzate, attraverso l'esercizio del diritto di

<sup>67</sup> In tal senso, in dottrina, con particolare riferimento allo *ius variandi* delle banche, v. 36 Per SANTONI, *Lo ius variandi delle banche nella disciplina della l. n. 248 del 2006*, in *Banca borsa*, 2007, 258 s., per il quale la norma considerata è una di quelle che attribuisce rilevanza al silenzio, introdotta dal legislatore "per salvaguardare, in qualche misura, la coerenza delle variazioni con la disciplina dei contratti in generale, e per superare la precedente aberrazione delle modifiche "unilaterali" dei contratti bancari". Sui c.d. comportamenti legalmente tipizzati, v. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, cit., 798.

<sup>68</sup> PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, Napoli, 1978, 76, 94.

<sup>69</sup> Così, FICLI, *Il contratto "incompleto"*, cit., 59 ss.; 258; FARNETI, *Ius variandi, recesso, spese di chiusura conto e condizioni economiche nei contratti bancari del consumatore: dalla giurisprudenza alle nuove regole del t.u.b.*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 872; IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, cit., 236 ss., con riguardo alla fattispecie di cui all'art. 91 c. cons. (oggi 41 c. tur.), ma non per l'esercizio dello *ius variandi* della banca, ai sensi dell'art. 10 del d.l. 4.7.2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.8.2006, n. 248, sebbene il legislatore si esprima in termini di proposta di modifica unilaterale del contratto. Per R. LENER, *Clausola modificativa delle provvigioni per i promotori*, in *Contr.*, 1998, 263, la clausola che attribuisce al preponente il potere di modificare le provvigioni, ma, nello stesso tempo, riconosce all'agente il diritto di recesso, non conferisce in realtà un potere di modifica unilaterale, ma pone "una condizione risolutiva, non retroattiva, meramente potestativa, con la quale le parti si riservano la facoltà di recedere in caso di mancata accettazione da parte dell'agente del nuovo regime provvigionale". Già PORZIO, *I contratti bancari*, in *Tratt. Rescigno*, 12, Torino, 1985, 845, intendeva la clausola delle N.U.B., con cui la banca si riserva il potere di modificare unilateralmente tassi e condizioni dei contratti di conto corrente, come attribuzione alla banca della potestà di comunicare al cliente la proposta di modifica del contratto, da ritenersi accettata tacitamente, in caso di silenzio di questi. In tal senso, in giurisprudenza, Trib. Milano, 18.4.1985, in *Banca borsa*, 1987, II, 94 ss., con nota di RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro*, che, in presenza di una clausola attributiva dello *ius variandi* (ex art. 16 N.U.B.) considera accettazione tacita della modifica il comportamento del cliente che, venutone a conoscenza nelle modalità previste, continui il rapporto e non si adoperi per la chiusura del conto, esercitando il diritto di recesso. *Contra*, cfr. le osservazioni critiche di SIRENA, *Il ius variandi della banca dopo il c.d. decreto-legge sulla competitività (n. 223 del 2006)*, *ivi*, 2007, 281.



recesso. Il suo eventuale mancato esercizio dovendosi, pertanto, meglio configurare quale comportamento omissivo, con valore meramente ricognitivo di una variazione da altri realizzata e subita al fine esclusivo della prosecuzione del rapporto.

In realtà, la ricostruzione in termini di bilateralità del meccanismo modifica-recesso accolto dall'art. 41 c. tur., rappresenta il tentativo artificioso di salvare il modello contrattuale, al fine di garantire una giustificazione formale ad un regolamento di interessi che, a ben vedere, risulta essere imposto, nella sua versione modificata, dall'organizzatore o intermediario legittimati alla "proposta di modifica", peraltro, coincidenti, in un rapporto contrattuale caratterizzato da una significativa asimmetria tra le parti contraenti, con la parte negozialmente ed economicamente forte<sup>70</sup>.

E sono manifesti i rischi di eccessi od abusi insiti nelle proposte interpretative che ricostruiscono in termini di bilateralità la vicenda modificativa connessa al descritto meccanismo modifica-recesso<sup>71</sup>. In nome dell'accordo e della libertà contrattuale si finisce, infatti, col consentire all'operatore turistico qualunque tipo di variazione del contenuto del contratto, anche quelle che eventualmente aggravino arbitrariamente e ingiustificatamente le condizioni contrattuali originariamente convenute in danno del turista, in quanto assistite dal consenso di quest'ultimo.

Infine, la previsione dell'art. 35 c. tur., che richiede la redazione in forma scritta del contratto di vendita di pacchetti turistici, imporrebbe di costruire la descritta conversione dello *ius variandi* dell'operatore turistico in un contratto modificativo - concependo il mancato esercizio del diritto di recesso da parte del turista come consenso tacito - quale deroga al principio secondo il quale il negozio modificativo di un contratto formale non può perfezionarsi per fatti concludenti<sup>72</sup>, dovendo seguire alla proposta scritta un'accettazione allo stesso modo scritta<sup>73</sup>.

Tutto ciò induce a ritenere che, sebbene l'uso dell'espressione "proposta di modifica" di cui all'art. 41 c. tur. faccia pensare all'avvio di un procedimento di formazio-

<sup>70</sup> PATTI, *Profili della tolleranza nel diritto privato*, cit., 79 e 173 ss., evidenzia come lo "strumento del comportamento concludente, specialmente nel campo del diritto del lavoro, sia servito alla giurisprudenza per avallare decisioni prese unilateralmente da un soggetto forte e che avrebbero avuto bisogno del consenso della controparte". In riferimento ai contratti del turismo organizzato, evidenzia i possibili abusi da parte dell'operatore e i seri inconvenienti a danno del turista insiti in una simile ricostruzione V. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, cit., 313.

<sup>71</sup> Ciò, al di là degli evidenti punti di contatto di una vicenda di rinegoziazione, che si perfezioni attraverso forme di accettazione (tacita o legalmente tipica) conseguenti al mancato esercizio del diritto di recesso e che, comunque, non preveda la possibilità di trattare i contenuti della rideterminazione, con il potere unilaterale di modifica, essendo difficile negare che in entrambi i casi una parte si trovi in uno stato di soggezione di fronte all'altra - specie ove si consideri che, per le condizioni di mercato o a causa di investimenti specifici, potrebbe non essere, di fatto, in grado di esercitare il diritto di recesso.

<sup>72</sup> Lo stesso dicasi, peraltro, per il contegno legalmente tipico che vale come accettazione, su cui v., *supra*, nel testo.

<sup>73</sup> Peraltro, ai sensi degli artt. 35 e 41 c. tur., la necessità del rispetto di un requisito di forma scritta, oltre a riguardare i contratti del turismo organizzato, è estesa alla clausola attributiva dello *ius variandi* e agli atti di esercizio dello stesso.

ne di un accordo modificativo, la norma disciplini, in realtà, un vero e proprio potere di modifica unilaterale del rapporto contrattuale riconosciuto *ex lege* all'organizzatore o intermediario, con conseguente obbligo di avvalersene nel pieno rispetto dei limiti imposti al suo esercizio e ciò del tutto a prescindere dal correttivo introdotto dalla legge, sotto forma di riconoscimento al turista del potere di sciogliersi unilateralmente dal rapporto contrattuale di viaggio.

Sotto il più rilevante profilo della tutela accordata al turista, inoltre, la ricostruzione in termini di unilateralità delle modifiche attuate nella fattispecie in esame consente di valutare la legittimità della variazione unilaterale delle condizioni contrattuali prospettata dalla parte professionale al viaggiatore-consumatore in relazione alla disciplina del codice del consumo e, in particolare, alla regola del giustificato motivo come requisito di validità della clausola sullo *ius variandi* espressa dall'art. 33, 2° co., lett. m), c. cons., considerata quale disciplina trasversale e perciò applicabile alle diverse tipologie contrattuali aventi come protagonisti un professionista e un consumatore e comunque estensibile ai contratti caratterizzati da un'analogia asimmetria tra le parti contraenti<sup>74</sup>.

Per questa via, pertanto, sebbene venga riservata all'operatore turistico, cui è riconosciuto lo *ius variandi*, la determinazione del motivo della variazione, trattandosi pur sempre di un diritto potestativo, il cui esercizio è libero per sua stessa natura; si riconosce al turista-consumatore, almeno in astratto, la possibilità di negoziare il contenuto del contratto, se non anche quella di non addivenire alla stipula, qualora non ritenga la clausola attributiva dello *ius variandi*, così come conformata, corrispondente ai suoi interessi.

Inoltre, il richiamo al presupposto del giustificato motivo apre la strada ad un controllo giudiziale, per così dire causale<sup>75</sup>, sulle ragioni del singolo atto di esercizio del potere unilaterale di modifica spettante all'organizzatore o intermediario<sup>76</sup>: trat-

<sup>74</sup> Così, SIRENA, *Il ius variandi della banca*, cit., 266; DI MARZIO, *Clausole abusive nei contratti bancari, Recesso, ius variandi e limitazioni di responsabilità*, in *Il diritto dei consumi*, a cura di P. Perlingieri, Caterini, Rende, 2004, 316; Id. *Clausola sullo ius variandi*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XXIV, cit., 165 s.

Peraltro, ulteriori indicazioni normative in questa direzione possono trarsi dalla previsione del nuovo art. 118 t.u. l. banc., che rende necessario che la modifica unilaterale proposta dalla banca sia sempre sorretta da un giustificato motivo, ora richiesto in relazione a tutti i contratti bancari di durata; e dall'art. 2103, 1° co., c.c., ai sensi del quale il lavoratore, oltre a non poter essere adibito a mansioni inferiori, non possa "essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive".

<sup>75</sup> SIRENA, *op. cit.*, 276, evidenzia che quella del giustificato motivo è nozione elastica e quindi variabile, in relazione alle circostanze del caso di specie, da definirsi in rapporto alla ragione sostanziale che, secondo i dati del diritto positivo, giustifica, di volta in volta, l'istituto dello *ius variandi*.

<sup>76</sup> Ora, sebbene sia indubbio che il condizionamento dell'esercizio dello *ius variandi* a un giustificato motivo finisca col produrre degli effetti analoghi a quelli realizzati dal controllo giudiziale *ex fide bona* sull'esercizio del potere stesso, in termini di compressione e limitazione della sua componente discrezionale; costituisce un sicuro vantaggio sul piano processuale per la parte destinata a subire la modifica, il fatto che l'onere di

tandosi, in particolare, di verificare, in concreto, la coincidenza del presupposto della mera necessità di cui all'art. 41, 1° co., c. tur., con quello del giustificato motivo<sup>77</sup>. E ciò tanto più rileva ove si consideri che, al contrario, la normativa sui servizi turistici non impone all'operatore turistico di manifestare la ragioni che lo inducono a modificare il programma, né sembra riconoscere al viaggiatore una qualche forma di controllo in ordine alla sussistenza o meno della necessità delle variazioni prospettate.

Non può, tuttavia, sottacersi che la restrizione del potere unilaterale di modifica così realizzata non sia, in realtà, in grado di offrire piena risposta alle esigenze di tutela sostanziale del turista, assoggettato all'esercizio dello *ius variandi*: in primo luogo, perché lascia, di fatto, all'organizzatore o intermediario la possibilità di aggirare con una certa facilità l'ostacolo del presupposto formale del giustificato motivo; e perché che la presenza di un giustificato motivo finisce, di fatto, con l'autorizzare una qualsiasi modificazione dell'originario regolamento contrattuale.

Ciò spiega la ragione per la quale, nell'ipotesi regolata dall'art. 40 c. tur., in cui si manifestano più intense le istanze di protezione del turista assoggettato al potere del venditore di sottoporre a revisione unilaterale il prezzo di vendita, sia la legge a stabilire i motivi che giustificano la variazione e i criteri per determinarla, sottoponendo, in tal modo, lo *ius variandi* a vincoli qualitativi e quantitativi, che ne definiscono l'ambito di operatività, riducendo fortemente la discrezionalità del titolare del relativo potere.

4. In concomitanza con lo sviluppo del commercio elettronico, il mercato del turismo è stato segnato da profondi cambiamenti, legati, in particolare, all'affermarsi di Internet quale nuovo canale di distribuzione dei pacchetti turistici<sup>78</sup>, nella for-

---

provare la ricorrenza di un giustificato motivo che legittimi la variazione sfavorevole gravi sulla parte che esercita lo *ius variandi*, laddove, invece, l'abuso del potere unilaterale di modifica deve essere provato da chi lamenta di averlo subito.

<sup>77</sup> IUDICA, *La disciplina delle clausole abusive nel contratto di viaggio*, cit., 72, sottolinea come l'applicazione dell'art. 1469-bis, 3° co., n. 11, c.c. alla modifica dei programmi di viaggio segni il passaggio da una tutela del consumatore *ex post*, ossia successiva alla modifica, ad una tutela *ex ante*, realizzata attraverso l'imposizione della previa specificazione nel contratto dei motivi per i quali l'organizzatore può modificare i programmi. Più in generale, cfr. le osservazioni di PAGLIANTINI, *Indeterminabilità dell'oggetto, giudizio di nullità e contratto di agenzia: verso l'inefficacia delle clausole di modificazione unilaterale del contratto?*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2889, per il quale il giustificato motivo rappresenta la forma manifestativa del limite generale della buona fede oggettiva cui soggiace lo *ius variandi*.

<sup>78</sup> I pacchetti turistici vanno, peraltro, tenuti distinti dai servizi turistici assistiti *on-line*, in cui l'operatore assiste i viaggiatori nella combinazione di servizi turistici, portandoli a concludere contratti con diversi fornitori. Tuttavia, la direttiva 2015/2302/UE, nel delimitare le ipotesi di servizi turistici collegati cui estende il suo ambito di applicazione, al XIII considerando, chiarisce che rientra in tale categoria l'attività dei venditori *on-line* che, mediante processi collegati di prenotazione *on-line*, agevolano l'acquisto mirato di servizi turistici aggiuntivi presso un altro professionista, specificando che, ad esempio, ricorre tale ipotesi quando un viaggiatore, in sede di conferma di prenotazione di un primo servizio turistico, come un volo aereo o un viaggio in treno, riceve un invito a prenotare un servizio turistico aggiuntivo disponibile alla

ma dell'offerta al pubblico *tout court* e della vendita all'asta<sup>79</sup>. Il fenomeno ruota principalmente intorno ai contratti c.d. *last minute*, aventi ad oggetto la vendita di pacchetti turistici rimasti ancora non collocati pochi giorni prima della partenza e, per questa ragione, offerti in vendita ad un prezzo estremamente vantaggioso e, da ultimo, ai contratti c.d. *last second*, caratterizzati da prezzi ancora più contenuti, "a fronte di un immediato vincolo del consumatore a rendersi disponibile per la partenza, inserendo il proprio nominativo in una lista di attesa ed attendendo una conferma della partenza 24 ore prima del giorno fissato"<sup>80</sup>.

In tali casi, le particolari tecniche di contrattazione impiegate – riconducibili alle negoziazioni concluse fuori dei locali commerciali o a distanza – fanno sì che il recesso del turista-consumatore di pacchetti turistici risulti oggetto di una disciplina complessa, frutto del coordinamento di disposizioni poste da più fonti normative diverse, di cui dovrà anche verificarsi la compatibilità e dunque l'estensibilità ai modelli contrattuali c.d. *last minute* o *last second*.

Fino all'entrata in vigore del codice del turismo, l'art. 82, 2° co., c. cons. stabilendo che le previsioni sui contratti relativi ai servizi turistici si applicano altresì "ai pacchetti turistici negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza, ferme restando le disposizioni previste negli articoli da 64 a 67", disponeva un rinvio sia a tutta la

---

destinazione scelta (quale l'alloggio in albergo) con un *link* verso il sito *web* di prenotazione di un altro fornitore di servizi o intermediario; in questo caso, ove il turista-consumatore, utilizzando quel *link*, concluda un ulteriore contratto non oltre le 24 ore dopo la conferma della prenotazione del primo servizio turistico, si avrà la fattispecie dei servizi turistici collegati, con applicazione della relativa disciplina. Il XII considerando chiarisce ulteriormente che non costituiscono servizi turistici collegati *on-line*, ai sensi della normativa comunitaria, i siti *web* collegati che non hanno come finalità la conclusione di un contratto con il viaggiatore; i *link* che si limitano a informare in modo generico i viaggiatori di altri servizi turistici, come l'albergo o l'organizzatore di un dato evento che include sul proprio sito, indipendentemente da qualsiasi prenotazione, un elenco di tutti gli operatori di servizi di trasporto verso la sua sede; e i casi in cui siano usati *cookies* o metadati per inserire annunci pubblicitari sui siti *web*.

<sup>79</sup> Sulle aste di viaggi *on-line* sono necessarie alcune precisazioni: le modalità di svolgimento prevedono la pubblicazione di un elenco dei viaggi, con date fisse di partenza e di ritorno, proposti con un certo anticipo rispetto alla data dell'asta (circa tre giorni), ad un prezzo base d'asta calcolato con uno sconto notevole (fino al 75% del prezzo da catalogo; le aste si svolgono in tempo reale tra gli iscritti, con offerte anche successive nell'ambito di una stessa sessione, con un rialzo minimo prefissato e si concludono all'orario previsto con l'aggiudicazione del viaggio, in maniera del tutto automatica, al miglior offerente. Unico mezzo di pagamento consentito è la carta di credito, con addebito su di essa dell'ammontare del prezzo del viaggio a seguito dell'aggiudicazione e del messaggio automatico di conferma della vincita (via *e-mail*). In deroga alla normativa sui contratti del turismo organizzato, le regole di iscrizione alle aste *on-line* vietano, successivamente all'aggiudicazione, la sostituzione del viaggiatore, l'annullamento del viaggio dietro rimborso, la modifica delle date o degli orari dei voli o di altre condizioni del programma di viaggio, neppure dietro pagamento di un corrispettivo. Sulla natura giuridica dell'asta (o incanto), com'è noto la dottrina è divisa tra chi ritiene che si tratti di un'offerta al pubblico (in tal senso cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., 254) e chi la considera un invito ad offrire (cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XXI, 1, Milano, 1968, 325).

<sup>80</sup> Così, DELFINI, *Vendita via internet di pacchetti turistici last minute e recesso del consumatore*, in *Dir. turism.*, 2003, 121 s., cui si rinvia per un esame della disciplina predisposta dai relativi modelli contrattuali.

normativa specifica in materia – incluse le norme sul recesso del turista – sia alla disciplina generale sullo *ius poenitendi* dettata in riferimento alle due indicate tecniche di contrattazione<sup>81</sup>.

In riferimento ai contratti a distanza, poi, un'ulteriore disposizione del codice del consumo, l'art. 55, lett. *b* – peraltro non espressamente richiamato dall'art. 82 c. tur. – escludeva il diritto di ripensamento previsto dall'art. 64 ss. c. cons. e gli obblighi informativi preventivi di cui agli artt. 52 e 53 c. cons. per i contratti di “fornitura di servizi relativi all'alloggio, ai trasporti, alla ristorazione, al tempo libero”, dunque, a taluni servizi tipici dei pacchetti turistici, che il professionista si impegna a fornire ad una data determinata o in un periodo prestabilito. Ponendosi con ciò, per ipotesi specifiche di contratti del turismo organizzato, la necessità di procedere ad una interpretazione coordinata di disposizioni confliggenti tra loro.

Analogo rinvio residuale alle disposizioni sullo *ius poenitendi* di cui agli artt. 64-67 c. cons. (da intendersi ora agli artt. 52-59 c. cons., da ultimo modificati dal d.lg. 21.2.2014, n. 21, attuativo della direttiva 2011/81/UE sui diritti dei consumatori) effettua oggi l'art. 32, 2° co., c. tur. Tale norma dopo aver disposto che le previsioni specialistiche della sezione relativa ai pacchetti turistici – incluse le prescrizioni inerenti al recesso del turista – si applicano anche ai pacchetti turistici negoziati fuori dai locali commerciali *del tour operator ed a distanza* (dunque, a casa del turista, per strada o presso fiere, per telefono, via Internet, etc.), tiene espressamente ferma la disciplina sul diritto di ripensamento di cui al codice del consumo. Ciò, evidentemente, a dimostrazione del fatto che il recesso speciale di cui alla disciplina sui pacchetti turistici si aggiunge e non sostituisce alla disciplina generale sul recesso di protezione, trattandosi di figure diverse, non sovrapponibili.

<sup>81</sup> Prima disciplinate, rispettivamente, dai d.lg. 15.1.1992, n. 50, in attuazione della direttiva 85/577/CEE, e d.lg. 22.5.1999, n. 185, in attuazione della direttiva 97/2/CE, ora assorbiti ed abrogati dalla disciplina collocata nella parte terza, titolo III, capo I, sezione IV, rubricata appunto “Diritto di recesso”, d.lg. n. 206 del 2005, “finalizzata all'omogeneizzazione delle molteplici disposizioni inerenti il c.d. recesso di protezione”: così, ZORZI GALGANO, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, LXII, Padova, 2012, 376. Sulla natura giuridica del recesso in esame, definito, di volta in volta, recesso di protezione, recesso di pentimento, recesso di ripensamento, diritto di ripensamento o *ius poenitendi*, cfr., *ex multis*, PADOVINI, G. GABRIELLI, *Recesso*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 27 ss.; VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996; Id., *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. Rescigno-Gabrielli*, a cura di E. Gabrielli, E. Minervini, 2, Torino, 2005, 659 ss.; DE NOVA, *Recesso*, cit., p. 314; FALCONIO, *Il recesso del consumatore*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, I, Torino 2003, 271 ss.; GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, cit., 576 ss.; Id., *Ius poenitendi e tutela del consumatore*, in *Il contratto telematico*, a cura di Ricciuto, Zorzi, in *Tratt. Galgano*, XXVII, Padova, 2002, 163; CHERUBINI, *Tutela del “contraente debole” nella formazione del consenso*, Torino, 2005; GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Riv. not.*, 2007, 79 ss.; PILIA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano 2008; FERRARI, *Ipotesi di qualificazione per il “recesso” del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 1 ss.; A.M. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 956 ss.; Id., *La difesa del consumatore dal contratto: la natura “ambigua” dei recessi di pentimento*, in *Annuario del contratto 2011*, D'Angelo, V. Roppo, Torino, 2012, 26 ss.

La norma prosegue contemplando espressamente la possibilità per il professionista (cioè l'organizzatore o intermediario) di escludere in questo ambito settoriale il riconoscimento del diritto di recesso al turista-consumatore, attraverso una comunicazione scritta<sup>82</sup> - che la precedente disposizione non menzionava -; e subito dopo stabilisce che l'omessa comunicazione in merito all'inesistenza del diritto di recesso determina l'applicabilità degli artt. 64-67 c. cons. L'obbligo informativo e il rigore formale introdotti si giustificano in ragione della rilevanza riconosciuta alla comunicazione di cui si discorre, che viene a privare il viaggiatore-consumatore di un diritto di cui questi potrebbe ragionevolmente ritenere di essere titolare, sulla base di precedenti esperienze fatte nella contrattazione a distanza o fuori dai locali commerciali<sup>83</sup>.

Il nuovo testo dell'art. 59, 1° co., lett. n), c. cons. continua poi a prevedere tra le eccezioni al diritto di recesso per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali i casi già sostanzialmente considerati dalla precedente disciplina di origine comunitaria: la fornitura di alloggi per fini non residenziali, il trasporto di beni, i servizi di noleggio di autovetture, di *catering* o i servizi riguardanti le attività di tempo libero, qualora il contratto preveda una data o un periodo di esecuzione specifici. Rispetto ad essi, pertanto, il recesso continua ad essere escluso e, per di più, inderogabilmente, avendo la novella abrogato la previsione che faceva salvo il diverso accordo delle parti al riguardo.

Riemerge, pertanto, nuovamente, la questione interpretativa già rilevata e ora posta dalla necessità di coordinare la disciplina del recesso di cui all'art. 32 c. tur. con l'esclusione sancita dall'art. 59, lett. n), c. cons., che è norma autonoma del codice del consumo rispetto a quelle espressamente tenute ferme dal codice del turismo. La questione non sembra trovare un'univoca soluzione normativa: se, infatti, l'art. 32 c. tur. appare riconoscere l'operatività dello *ius poenitendi* in riferimento ai

<sup>82</sup> Al riguardo, si esprime nel senso di un formalismo di protezione imposto a carico del professionista, ZORZI GALGANO, *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, cit., 1217. Più in generale, v. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; PAGLIANTINI, *La forma nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti: textform, forme di protezione, e struttura del contratto*, in *I «Principi» del diritto comunitario dei contratti*. Acquis Communautaire e diritto privato europeo, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, 95 ss.

Peraltro, analogamente dispone l'art. 49, 1° co., lett. m), c. cons., che, estendendo espressamente gli obblighi informativi del professionista all'informazione che il consumatore non beneficerà del diritto di recesso, ai sensi dell'art. 59 c. cons., o, se del caso, alle circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso, ricomprende l'esclusione dello *ius poenitendi* tra le informazioni che il professionista ha l'obbligo di fornire al consumatore in maniera chiara e comprensibile, prima che questi sia vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali. Per l'applicazione del concetto di chiarezza alla tematica specifica dei pacchetti turistici, V. Roppo, *I contratti del turismo organizzato*, cit., 309. In generale, sull'incidenza del principio di trasparenza nello contesto della tutela del contraente debole, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, *passim* e spec. 24 ss.

<sup>83</sup> Per ZORZI GALGANO, *o.l.u.c.*, si tratta di un'ingiustificata discriminazione in danno del turista-consumatore "censurabile sotto il profilo del principio di uguaglianza, ex art. 3 cost."

pacchetti turistici negoziati fuori dai locali commerciali o a distanza, attraverso il duplice espresso richiamo agli artt. 64 ss. c. cons.; e tale operatività risulta confermata dall'art. 38, 1° co., lett. h) c. tur., ai sensi del quale nell'opuscolo informativo devono essere indicati in modo chiaro e preciso i termini, le modalità e il soggetto nei cui riguardi deve esercitarsi il diritto di recesso, ex artt. 64 ss. c. cons.; la disciplina sulle esclusioni del recesso di cui all'art. 59, 1° co., lett. n), c. cons., risulta oggi ulteriormente estesa dall'art. 47, 1° co., lett. g), c. cons. – anch'esso non specificamente richiamato dal codice del turismo – che, nell'attuale formulazione, esclude espressamente l'applicazione a tutti i contratti del turismo organizzato, tra le altre, delle disposizioni relative al diritto di recesso nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali.

In favore della soluzione interpretativa negativa militano le peculiarità dei pacchetti turistici costituenti l'oggetto del contratto, composti da una pluralità di servizi collegati, spesso prestati da più soggetti, con prefissati tempi di esecuzione, e rilevano le stesse condizioni di funzionamento del mercato turistico, da cui discenderebbe l'insostenibilità sul piano economico di un recesso di pentimento del turista esercitato dopo la stipula del contratto (si considerino, a titolo esemplificativo, l'estrema difficoltà, quando non impossibilità per l'organizzatore o intermediario di viaggio di dare diversa collocazione ai pacchetti turistici, sovente costruiti sulle specifiche esigenze dell'acquirente ovvero di mantenere le condizioni di vendita stabilite in un'offerta di viaggio *last minute*, successivamente all'esercizio del recesso). Questi elementi hanno indotto parte della dottrina<sup>84</sup> a negare la configurabilità di uno *ius poenitendi* nel settore dei contratti telematici del turismo e ad interpretare estensivamente la relativa esclusione. Ciò, in quanto, in tale ambito, l'istituto non opererebbe quale strumento di riequilibrio delle posizioni delle parti contrattuali, ma, finirebbe, piuttosto, con il rappresentare un mezzo di prevaricazione in danno di una di esse.

In favore del riconoscimento di un recesso di protezione nello specifico settore dei contratti del turismo organizzato conclusi al di fuori dei locali commerciali o a distanza militano, al contrario, la peculiare collocazione della disposizione ad esso

<sup>84</sup> Così DELFINI, *Vendita via internet di pacchetti turistici*, cit., 121 ss., per il quale un argomento decisivo per escludere la possibilità di consentire al consumatore un recesso di pentimento dai contratti turistici *last minute* e *last second* sta “nel congegno causale di codesti tipi contrattuali”, nati dalla prassi, “nella cui causa in concreto entra strutturalmente la concessione, da parte del professionista, di una riduzione sostanziale dell'ordinario corrispettivo (a fronte di una stipulazione del contratto in prossimità del giorno di esecuzione del pacchetto turistico rimasto sino ad allora invenduto) e la correlativa assunzione, in capo al consumatore, del rischio di sopravvenuta impossibilità a ricevere la prestazione e di altri impedimenti attinenti comunque alla propria sfera”; SIMONINI, *La compravendita di pacchetti turistici on line e l'esclusione del diritto di recesso da parte del turista*, in *Dir. tur.* 2007, 2. Sul conflitto di norme in materia di recesso nei contratti del turismo organizzato a distanza, cfr., altresì, GENTILI, *Il codice del consumo e i rapporti on-line*, in *Dir. Internet*, 2005, 545 ss.; ALVISI, *Recesso e disdette turistiche*, cit., 213 ss.; in riferimento al quadro normativo di cui al codice del turismo, v. ZORZI GALGANO, *o.u.c.*, 1213 ss.

relativa all'inizio della disciplina particolare di questa speciale tipologia contrattuale (art. 32 c. tur.), nonché le disposizioni della novella del 2014<sup>85</sup>, le quali confermano, in via generale, il ruolo riconosciuto allo *ius poenitendi* di strumento principe di protezione del consumatore, nonché di composizione degli squilibri di posizione tra professionista e consumatore, legati all'utilizzo di tecniche aggressive di negoziazione.

In tale direzione, sembra, altresì, muovere il disposto dell'art. 32, 2° co., c. tur., che, dopo aver previsto l'obbligo a carico del professionista di comunicare l'esclusione del diritto di recesso per iscritto, stabilisce che l'omessa comunicazione in merito all'inesistenza del diritto di recesso determina l'applicabilità degli artt. 64-67 c. cons., così sembrando considerare, in riferimento alle tecniche di contrattazione indicate, il riconoscimento al consumatore di un diritto di pentimento la regola e la sua esclusione l'eccezione.

Un ulteriore argomento normativo a favore della configurabilità di uno *ius poenitendi* in favore del turista parrebbe, da ultimo, potersi trarre dalla disciplina di settore di più recente emanazione: la direttiva 2015/2302/UE, infatti, all'art. 12, 1° co., assicura, ora, espressamente al viaggiatore una generale facoltà di recesso *ad nutum*, prima dell'inizio di esecuzione del pacchetto, non limitandosi a contemplare, come in passato, limitate e specifiche ipotesi di recesso, ora, comunque, regolate negli artt. 10 e 11 e 12, 2° co., in dipendenza, rispettivamente, della revisione del prezzo, della modifica di altre condizioni del contratto di pacchetto turistico e della ricorrenza di circostanze inevitabili e straordinarie.

Inoltre, ancor più significativamente, in riferimento ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, lo stesso art. 12, 5° co., stabilisce espressamente che “Gli Stati membri possono prevedere nella legislazione nazionale, che il viaggiatore ha il diritto di recedere dal contratto entro un periodo di quattordici giorni senza fornire alcuna motivazione”, non ripetendo la scelta in precedenza compiuta dal legislatore europeo di escludere il recesso di pentimento nei contratti turistici che prevedono una data o un periodo di esecuzione specifici. Con ciò riconoscendo, quanto meno in riferimento alla contrattazione fuori dai locali commerciali, che non sussistono, in realtà, ragioni ostative al riconoscimento al viaggiatore dello *ius poenitendi* normalmente attribuito al consumatore in questo tipo di negoziazioni, al fine di rendere più penetrante il controllo sull'equilibrio dei contratti del turismo organizzato, nei casi di utilizzo di tecniche aggressive di conclusione dell'accordo.

<sup>85</sup> Su cui v. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, cit., 745 ss.; FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dei locali commerciali e a distanza*, in *Leggi civ. comm.*, 2014, 595 ss.; PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contr.*, 2014, 811 ss.; Id., *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 275 ss.; D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al d.lgs. n. 21/2014*, Padova, 2015; GUERINONI, *Artt. 52-59*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, IV ed., Milano, 2015, 432 ss.



Di là dall'auspicio che il legislatore nazionale, nel recepire la nuova direttiva, compia una scelta inequivoca e definitiva in merito alla configurabilità di un recesso di protezione a vantaggio del viaggiatore, sciogliendo i dubbi interpretativi alimentati dalla convivenza di fonti normative concorrenti, che disegnano un'articolata rete di norme in parte confliggenti tra loro, aderendo alla seconda ricostruzione proposta, si ritiene che, in via generale, il turista-consumatore abbia il diritto di recedere dal contratto concluso a distanza o fuori dei locali commerciali, senza alcuna penalità e senza specificarne il motivo, entro il termine di quattordici giorni, *ex art. 52 c. cons.* Ciò, fatta salva l'esclusione dello *ius poenitendi*, che il professionista ha l'obbligo di comunicare al viaggiatore per iscritto, *ex art. 32, 2° co., c. tur.*

Il potere di recesso viene esercitato dal turista-consumatore tramite presentazione di una qualsiasi dichiarazione esplicita della sua decisione, in alternativa all'utilizzo di un modulo tipo di recesso, che il professionista può consentire di compilare e inviare anche in formato elettronico; in tal caso, comunicando, senza indugio, conferma di ricevimento del recesso esercitato, *ex art. 54 c. cons.*

In mancanza di informazioni in merito all'esistenza dello *ius poenitendi*, *ex art. 49, 1° co., lett. h, c. cons.*, o di comunicazione sull'esclusione dello stesso, *ex art. 32, 2° co., c. tur.*, si ritiene, inoltre, di dover riconoscere al viaggiatore la facoltà di esercitare il suo diritto di ripensamento entro il termine di dodici mesi dalla fine del periodo di recesso inizialmente dato, *ex art. 53 c. cons.*<sup>86</sup>, dovendosi, tuttavia, individuare nella data fissata per l'inizio del viaggio il momento oltre il quale il suo diritto non potrà più essere esercitato ragionevolmente<sup>87</sup>, in applicazione della clausola generale di buona fede, di modo che il suo esercizio oltre detto termine dovrà considerarsi scorretto e, quindi, inefficace<sup>88</sup>.

Infine, se lo *ius poenitendi* viene correttamente esercitato, al turista-consumatore deve essere rimborsato quanto già pagato – ivi comprese le spese di consegna – senza indebito ritardo e comunque entro gli ulteriori quattordici giorni, in assenza di qualunque tipo di addebito, ai sensi dell'art. 56 c. cons.

<sup>86</sup> In senso critico rispetto ad un diritto di recesso che scade in caso di inadempimento informativo, v. GRANDI, *Lo ius poenitendi nella Direttiva 2011/83/UE*, in *Contratto e impresa Europa*, 2013, 64 ss.; CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in *Corriere giur.*, 2014, 21 ss.

<sup>87</sup> TOMMASINI, *Ius poenitendi, tra continuità e discontinuità nei più recenti orientamenti*, in Id., *Autonomia privata e rimedi di trasformazione*, Torino, 2013, 41, individua il termine ultimo per recedere nell'integrale adempimento soddisfacente della *lex contractus*.

<sup>88</sup> Appare, invece, dubbia la configurabilità di un diritto di ripensamento in favore dell'acquirente su Internet di un viaggio organizzato del tipo *last minute*, esercitabile entro il termine della partenza, potendosi considerare che "nella causa in concreto di tali contratti entri strutturalmente la concessione, da parte del professionista, di una riduzione sostanziale dell'ordinario corrispettivo ... e la correlativa assunzione, in capo al consumatore, del rischio di sopravvenuta impossibilità a ricevere la prestazione e di altri impedimenti attinenti comunque alla propria sfera". Così, testualmente, DELFINI, *Vendita via internet di pacchetti turistici*, cit., 125.

5. L'indagine condotta ha mostrato come lo *ius poenitendi* del viaggiatore per i pacchetti turistici acquistati a distanza o fuori dai locali commerciali – ove se ne riconosca la configurabilità – risulti governato da regole che si pongono in linea di continuità con quelle dettate dalla normativa sul recesso di protezione in generale, quanto ai termini, alle modalità e alla discrezionalità degli atti di esercizio, che il viaggiatore-consumatore non è tenuto in alcun modo a giustificare; nonché per quel che attiene agli effetti e alla funzione cui l'istituto assolve di strumento principe di protezione del turista-consumatore, nonché di composizione degli squilibri tra la posizione contrattuale dell'organizzatore o intermediario di viaggio e quella del fruitore dei servizi turistici, legati all'utilizzo di tecniche aggressive di negoziazione<sup>89</sup>.

Al contrario, le figure tipiche di recesso del settore turistico, oggi regolate dagli artt. 40-42 c. tur., costituiscono ipotesi di recesso giustificate dalla ricorrenza di presupposti predeterminati per legge; quanto alla *ratio* giustificatrice, nelle fattispecie modificative contemplate dalla normativa di settore, il diritto di recesso riconosciuto al turista rappresenta lo strumento di reazione all'esercizio dello *ius variandi* dell'organizzatore o dell'intermediario di viaggio, al quale offre la possibilità di non subire incondizionatamente le variazioni contrattuali imposte *ex uno latere*. In riferimento a tali ipotesi, occorre, in particolare, valutare se il rimedio in esame sia effettivamente idoneo a controbilanciare e correggere l'esercizio del potere di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale di viaggio riconosciuto all'operatore turistico. E ciò a prescindere da qualsiasi valutazione in merito alla natura legittima o illegittima delle variazioni realizzate *ex uno latere*.

Sebbene, infatti, il recesso possa rappresentare un utile strumento contro gli eccessi o gli abusi del titolare dello *ius variandi*, il suo esercizio non è condizionato al cattivo utilizzo, ma al semplice fatto dell'utilizzo (eventualmente anche legittimo) del potere modificativo. E, anzi, è proprio nei casi di corretto esercizio dello *ius variandi* - nei quali cioè l'operatore turistico risulti aver rispettato i limiti normativamente o convenzionalmente previsti, nonché derivanti dai principi generali di correttezza e buona fede<sup>90</sup> - che il recesso si offre al turista come l'unico rimedio per svincolarsi da un contratto considerato non più conveniente o inadeguato.

Non possono, tuttavia, sottacersi i limiti insiti in tale strumento di autotutela privata: in primo luogo, esso non può impedire il prodursi della modifica realizzata *ex uno latere*, garantendo la conservazione o il ripristino della situazione precedente, ma opera *ex post*, vale a dire a seguito del prodursi della modifica unilaterale, la quale spiega immediatamente la sua efficacia che non risulta subordinata al decorso del termine assegnato al turista ai fini dell'esercizio del diritto di recesso.

<sup>89</sup> DE CRISTOFARO, *La disciplina unitaria del «diritto di recesso»: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in I «Principi» del diritto comunitario dei contratti. Acquis Communautaire e diritto privato europeo, cit., 374.

<sup>90</sup> Su cui v., *infra*, diffusamente, nel testo.

In molti casi, poi, l'esercizio del diritto di recesso potrebbe risultare difficile per il turista, sul piano pratico<sup>91</sup>, ovvero non corrispondere, in concreto, al suo effettivo interesse: si consideri, a tale ultimo riguardo, che questi, dovendo scegliere tra partire alle nuove condizioni unilateralmente imposte o rinunciare alla partenza, potrebbe trovarsi a subire la variazione – del prezzo di vendita o delle condizioni contrattuali originariamente pattuite – pur di realizzare comunque il suo interesse al viaggio<sup>92</sup>.

Se così è, suscita non poche perplessità il sovradimensionamento, recentemente proposto, della funzione del recesso<sup>93</sup>: sebbene, infatti, esso rappresenti indubbiamente una forma di garanzia per la parte che subisce l'esercizio dello *ius variandi*,

<sup>91</sup> In tal senso, MONTECCHIARI, *I negozi unilaterali a contenuto negativo*, Milano, 1996, 99. Per PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari, prime note critiche*, in *Contratti*, 2011, 192, l'ammissione di un recesso *ex lege* precarizza troppo il rapporto contrattuale (nella specie bancario) "senza per di più davvero implementare la tutela del cliente mutuatario: non certo incentivato a recedere *ante tempus se*, respinta la proposta di modifica sfavorevole, il debito residuo dovrà essere restituito tempestivamente ed in una sola *tranche*, per di più con l'aggiunta degli interessi maturati fino a quel momento".

<sup>92</sup> Cfr. V. FRANCESCHELLI, MORANDI (a cura di), *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 2013, 12 s., che individuano il fondamento costituzionale della vacanza nel combinato disposto degli artt. 2, 32 e 36, 3° co., Cost., collegandosi, peraltro, ad essa anche il diritto all'istruzione (art. 34 Cost.) e la libertà di circolazione (art. 16 Cost.). Per BUONOCORE, *Introduzione, I contratti di trasporto e di viaggio*, in *Tratt. Buonocore*, cit., il viaggio ha una importantissima «funzione strumentale [...] per l'arricchimento del nostro bagaglio culturale». Per la Suprema Corte (v., *ex multis*, Cass., 24.7.2007, n. 16315, cit.; Cass., 24.4.2008, n. 10651, cit., la causa del contratto di vendita di pacchetti turistici è funzionale al soddisfacimento di un interesse non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.), essendo legata ai profili di *relax*, svago, ricreativi, ludici, culturali, escursionistici, ecc. nei quali si sostanzia la «finalità turistica» o lo «scopo di piacere» che è tipico della vacanza; e non può sottovalutarsi «il rilievo causale che assume il bene immateriale della vacanza definita dall'insieme degli elementi che consentono all'utente di godere di un periodo di riposo e di svago orientato su una precisa formula proposta dall'organizzatore di viaggio.

<sup>93</sup> Non sembra possibile enfatizzare il ruolo del recesso quale condizione di validità della clausola attributiva dello *ius variandi*, dovendosi escludere che la contestuale attribuzione ai contraenti, a parti invertite, del potere modificativo e del potere di scioglimento del rapporto possa determinare l'intrinseca validità della pattuizione di conferimento, oltre a soddisfare un disegno di riequilibrio dei poteri delle parti del rapporto. Così, IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, cit., 235 ss., per il quale la previsione di un diritto di recesso non basta a rendere lecita una pattuizione sullo *ius variandi* che non contenga alcuna limitazione dei poteri del suo titolare. *Contra*, cfr. le osservazioni di COSTANZA, *Clausole di rinegoziazione e determinazione unilaterale del prezzo*, in *Inadempimento, adattamento, arbitrato*, a cura di Draetta, Vaccà, Milano, 1992, 319, la quale sostiene la necessità, in presenza di clausole di modificazione o di determinazione unilaterale del corrispettivo, di attribuire al contraente che deve subire la determinazione della controparte di una facoltà di recesso. "La possibilità di uscire dal contratto costituisce, in sostanza, una prerogativa atta e riequilibrare le posizioni contrattuali dei contraenti". Per Cass., 8.11.1997, n. 11003, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2889, la previsione di un diritto di recesso in favore dell'agente non basta ad escludere la nullità della clausola (per indeterminabilità dell'oggetto) di un contratto di agenzia che riservi al proponente il diritto di modificare unilateralmente le tariffe provvigionali, in caso di mancata accettazione di tale modifica dell'originaria pattuizione negoziale.

tuttavia, non può in alcun modo considerarsi un correttivo da sé solo sufficiente e sostituirsi alla tutela discendente dal presupposto del giustificato motivo (se del caso specificamente indicato nel contratto)<sup>94</sup> ed ai limiti derivanti dai principi di correttezza e buona fede *in executivis* (artt. 1175 e 1375 c.c.)<sup>95</sup>, ai quali deve essere conformato, anche nell'ambito dei contratti del turismo organizzato, l'esercizio del potere di modifica unilaterale<sup>96</sup>. Diversamente, si verrebbero a ridurre le tecniche rimediali

<sup>94</sup> Su cui v., diffusamente, *supra*, § 3.

<sup>95</sup> Si aderisce all'impostazione che individua nella regola di correttezza il criterio di valutazione degli interessi in gioco e della condotta delle parti. Per tutti cfr. MESSINEO, *Contratto (dir. civ.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1961, 956; SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Torino, 1949, 16; DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, 367 ss, 405; BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pisa, 1970, 14; NATOLI, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.)*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 125 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 18.9.2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con nota di PALMIERI, PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Corriere giur.*, 2009, 1577, con nota di MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*; in *Contr.*, 2010, 5 ss., con nota di D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, ha evidenziato la derivazione costituzionale della clausola generale di buona fede oggettiva. In dottrina, per l'individuazione dei parametri del giudizio di correttezza nei principi ordinanti il nostro sistema giuridico, v. RODOTA', *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca borsa*, 1965, I, 158 ss.; LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale*, Milano, 1971, 14.

<sup>96</sup> In riferimento allo *ius variandi*, v. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione (ius variandi) del rapporto contrattuale*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 18 ss.; GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, cit., 203 ss.; GORGONI, *Il ventaglio delle opzioni a protezione del correntista che subisce l'esercizio dello ius variandi riservato alla banca*, in *Giur. di Merito*, 2010, 2106 ss.; NIVARRA, *Ius variandi del finanziatore e strumenti civilistici di controllo*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 471, per il quale "il problema vero rimane quello di una ragionevole determinazione contenutistica della clausola di buona fede", ritenendo che il relativo controllo sull'esercizio dello *ius variandi* "debba mantenersi entro il quadro di compatibilità descritto dalla specifica ragion d'essere dell'istituto". Più in generale, per un'applicazione dei principi di correttezza e buona fede *in executivis* quale limite agli atti di esercizio dei diritti potestativi v. CARPINO, *Diritti potestativi*, in *Enc. Giur.*, XI; Roma, 1988, 10; ai poteri privati v. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, spec. 158 ss. e, più in generale, all'esercizio dei diritti v. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 348. In riferimento allo *ius variandi* bancario, cfr. BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il ius variandi*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, I, 468 ss.; Id., *La disciplina del ius variandi nei contratti finanziari secondo la novella codicistica sulle clausole vessatorie*, *ivi*, 2005, 32; PIETRUNTI, "Ius variandi" e "trasparenza" nella prassi bancaria dopo il riconoscimento legislativo, in *Contratto e impresa*, 1996, 205; DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza delle nelle operazioni bancarie, chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca borsa*, 1992, I, 390, nt. 44; SARTI, *Osservazioni su norme bancarie uniformi, diritto antitrust e clausole di modifica unilaterale del rapporto*, nota a Trib. Genova, ord., 21.5.1996, *ivi*, 1998, II, 118 ss. Per le aperture della giurisprudenza della Suprema Corte in favore della sindacabilità alla luce dei principi di correttezza e buona fede, di atti esercitabili *ad nutum*, cfr., in materia di promozioni, Cass., S. U., 2.11.1979, n. 5688, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 440, con nota di A. DI MAJO, *Le forme di tutela contro i cosiddetti "poteri privati"*; in tema di esercizio del diritto di recesso, Cass., 21.5.1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, 2479 e, da ultimo, Cass., 18.9.2009, n. 20106, cit.

a garanzia del turista, destinato a subire la variazione realizzata dall'operatore turistico, compromettendo quell'effettività di tutela, dalla quale si è inteso far dipendere la stessa generale ammissibilità dello *ius variandi*<sup>97</sup>.

Peraltro, proprio la disciplina dei contratti del turismo organizzato riconosce al turista, a fronte dell'aumento oltre il 10% del prezzo globale di vendita dei servizi turistici (*ex art. 40 c. tur.*) o di una modifica significativa delle condizioni contrattuali originariamente pattuite, prima della partenza (*ex art. 41 c. tur.*), una figura di recesso assistita da una particolare forma di garanzia, che realizza un sicuro rafforzamento della posizione del viaggiatore che recede dal contratto. L'art. 42 c. tur. gli riconosce, infatti, il diritto alla fruizione di un pacchetto turistico alternativo (di qualità equivalente o superiore, a parità di prezzo o di qualità inferiore, con restituzione della differenza) o alla restituzione di tutto quanto già versato all'operatore<sup>98</sup>. Fermo restando in entrambi i casi il diritto al risarcimento dei danni ulteriori<sup>99</sup>.

In tal modo, il viaggiatore ha la facoltà di imporre *ex uno latere* una contro-modificazione dell'originario regolamento di interessi che gli consente di realizzare il proprio interesse al viaggio, usufruendo di una prestazione di qualità equivalente o superiore, senza supplemento di prezzo, o inferiore, con restituzione corrispondente della differenza, vale a dire attraverso la parziale ritrasformazione del regolamento contrattuale originariamente predisposto, garantendo, per questa via, altresì, la prosecuzione e, dunque, la conservazione del rapporto di viaggio<sup>100</sup>.

Inoltre, offrendosi detto rimedio al viaggiatore anche nelle ipotesi di annullamento o di cancellazione del viaggio<sup>101</sup> da parte dell'organizzatore, prima della par-

<sup>97</sup> Sia consentito il rinvio a GAMBINI, *o.u.c.*, 195 ss.

<sup>98</sup> Quanto all'individuazione della parte contrattuale legittimata alla scelta tra le diverse soluzioni alternative, con particolare riferimento all'ipotesi del pacchetto sostitutivo di valore superiore a parità di prezzo, alcuni (V. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, cit., 313 ss.) ritengono che l'opzione spetti al turista, in un'ottica di prevalenza dell'interesse del consumatore; altri (PIERALLINI, *Sub art. 10-13 (d. lgs. 111/95)*, in *Viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso. Commentario*, cit., 39), invece, riservano la scelta all'operatore turistico, in quanto questi sarebbe l'unico a trovarsi nella condizione di poter valutare l'esatta consistenza dei pacchetti disponibili. Quale che sia la soluzione accolta, appare indubbio che entrambe le parti contraenti, nel valutare le alternative praticabili, dovranno improntare il proprio comportamento ai principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto (artt. 1175 e 1375 c.c.) Così, SILINGARDI, MORANDI, *La «vendita di pacchetti turistici»*, cit., 85.

<sup>99</sup> Tale diritto è escluso per il solo caso in cui l'annullamento del viaggio dipenda da forza maggiore (si pensi ad avvenimenti quali una calamità naturale o un'insurrezione armata nel paese di destinazione, o ancora allo sciopero totale dei mezzi di trasporto) ovvero dal mancato raggiungimento del numero minimo di partecipanti e sempre che siano osservati, in tale ultima ipotesi, i termini di comunicazione normativamente previsti.

<sup>100</sup> Cfr. Cass., 24.4.2008, n. 10651, cit., che considera il diritto alla fruizione di un pacchetto turistico alternativo uno "strumento di riequilibrio della sinallagmaticità del contratto e di tutela dell'effettività di una prestazione avente un rilevante valore immateriale per il consumatore". MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 424, parla al riguardo di garanzia in forma specifica dell'interesse al viaggio del turista.

<sup>101</sup> Ai sensi dell'art. 12, 3° e 4° co., della direttiva 2015/2302/UE, l'organizzatore può recedere dal contratto prima dell'inizio della sua esecuzione, senza pagare alcun indennizzo al viaggiatore se: (a) il numero di

tenza<sup>102</sup>, che non dipendano da colpa del turista, in alternativa al diritto alla restituzione, entro sette giorni lavorativi, di quanto già versato (art. 42 c. tur.)<sup>103</sup>, il potere di modifica unilaterale riconosciuto al turista si configura, in tali casi, come uno strumento di reazione al recesso della controparte, in maniera del tutto speculare, rispetto alle ipotesi disciplinate dagli artt. 40 e 41 dello stesso codice, in cui è lo *ius poenitendi* a costituire la risposta “estrema” alle modifiche apportate *ex uno latere* dall’operatore turistico.

Dall’analisi svolta appare evidente come il principio di massimizzazione della tutela del turista-consumatore e i valori di equilibrio e ragionevolezza, individuati come prevalenti a livello costituzionale e comunitario, non solo abbiano ispirato l’intera normazione speciale in ambito turistico<sup>104</sup> – che dunque rappresenta l’espressione settoriale di quei principi e valori – ma debbano anche guidare gli operatori del diritto nella corretta interpretazione delle discipline e degli istituti di settore.

---

persone registrate per il pacchetto turistico è inferiore al minimo previsto dal contratto e l’organizzatore comunica il recesso al viaggiatore entro il termine fissato dal contratto e comunque normativamente previsto, oppure (b) l’organizzatore non è in grado di eseguire il contratto a causa di circostanze inevitabili e straordinarie e comunica il recesso al viaggiatore senza indebito ritardo prima dell’inizio dell’esecuzione. In tali casi, l’organizzatore procede a rimborsare al viaggiatore tutti i pagamenti effettuati in relazione al pacchetto senza indebito ritardo e comunque entro quattordici giorni dalla risoluzione del contratto di pacchetto turistico.

<sup>102</sup> SILINGARDI, MORANDI, *La «vendita di pacchetti turistici»*, cit., 80 ss., ricomprendono le ipotesi di “annullamento” del viaggio organizzato o di “cancellazione” del pacchetto turistico prima della partenza tra le fattispecie di modificazione unilaterale del rapporto contrattuale che dipendono dal *tour operator*, mostrando di intendere lo scioglimento quale forma estrema di mutamento. Cfr. MANCINI, *Prime osservazioni sul recesso straordinario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, 86, con riguardo al recesso che importa una vera e propria alterazione dell’originario contenuto del vincolo contrattuale; DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali. La patologia dei contratti*, Padova, 1988, 124 ss., il quale individua nella clausola con la quale il committente si riserva, nei contratti a lunga durata, di porre fine unilateralmente al rapporto contrattuale (c.d. *termination without fault*) “un caso di modifica unilaterale della prestazione, invalso nella prassi dei contratti internazionali”.

<sup>103</sup> Resta fermo, in entrambe le ipotesi, il diritto al risarcimento di ogni ulteriore danno dipendente dalla mancata esecuzione del contratto, tranne nei casi di impossibilità a raggiungere il numero minimo di partecipanti, a condizione che il consumatore ne sia informato per iscritto almeno venti giorni prima della partenza, nonché nei casi di forza maggiore, alla quale non può comunque essere equiparato l’eccesso di prenotazioni. L’art. 42, 3° co., c. tur., ripete, sia pur sinteticamente, il contenuto dell’art. 10 della CCV, che individua i casi in cui l’organizzatore di viaggi ha la possibilità di recedere dal contratto senza corrispondere alcuna indennità nel sopravvenire di circostanze di carattere eccezionale, tali che se l’organizzatore le avesse conosciute non avrebbe stipulato il contratto, e nella mancata adesione al viaggio del numero minimo di partecipanti, a condizione che i partecipanti siano informati della circostanza almeno quindici giorni prima della partenza, senza, peraltro, prevedere analoghi diritti e facoltà per il turista. SILINGARDI, MORANDI, *o.u.c.*, 84 ss., sostengono che l’art. 13 d.lg. n. 111 del 1995, pur realizzando un significativo rafforzamento degli strumenti a garanzia del viaggiatore, mostra di tenere presente l’interesse economico del *tour operator*, laddove gli riconosce un sostanziale potere unilaterale di recesso dal contratto per qualsiasi motivo, salvo l’obbligo di tenere indenne il consumatore per l’eventuale pregiudizio subito nei modi stabiliti per legge.

<sup>104</sup> E ciò trova ulteriore conferma nell’ultimo intervento normativo dell’Unione europea: la direttiva 2015/2302/UE.

In tale prospettiva, le diverse figure di recesso del turista esaminate, oltre a rendere più penetrante la tutela del viaggiatore-consumatore che acquista un pacchetto turistico, assolvono la funzione di promuovere l'equilibrio contrattuale in un settore, quale quello turistico, caratterizzato dalla presenza di un genetico squilibrio di posizioni tra i contraenti: l'organizzatore o intermediario di viaggio, da un lato, e il fruitore dei servizi turistici, dall'altro<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> Sul punto, v. SANTAGATA, *La nuova disciplina dei contratti del turismo organizzato nel codice del turismo «dimidiato»*, in *Leggi civ. comm.*, 2012, 1110 ss.





# La Francia e le direttive sulla *privacy* e l'*e-privacy*

di Flavio Tovani\*

*SOMMARIO: 1. Introduzione, campo d'applicazione e definizioni (artt. 1-3 della legge n° 78-17<sup>1</sup>). – 2. Condizioni di liceità del trattamento (artt. 6-9 della legge n° 78-17). – 3. Condizioni procedurali (artt. 22 e 24-27 della legge n° 78-17). – 4. Diritti dell'interessato: informazione e accesso (artt. 32, 39, 41 e 42 della legge n° 78-17), opposizione (art. 38), rettifica (art. 40). – 5. Controlli e sanzioni (artt. 44-46 della legge n° 78-17). – 6. Disposizioni penali (artt. 226-16 ss. del codice penale). – 7. Privacy e servizi di comunicazione elettronica (artt. 32 e 34-bis della legge n° 78-17). – 8. Conclusione: la trasposizione della direttiva e il rispetto della vita privata.*

1. La Francia è stata uno dei primi Stati europei a dotarsi di una legge in materia di trattamento dei dati personali, ma l'ultimo a recepire la direttiva europea in materia<sup>2</sup>, che pure proprio dalla normativa francese è stata ispirata<sup>3</sup>.

In effetti, la creazione di un sistema di obbligazioni e controlli per i gestori di dati personali, finalizzato essenzialmente ad assicurare il rispetto della vita privata<sup>4</sup>, risale addirittura alla legge n° 78-17 del 6 gennaio 1978 relativa all'informatica, agli schedari e alle libertà; tuttavia, è solo con la legge n° 2004-801 del 6 agosto 2004 relativa alla protezione delle persone fisiche rispetto ai trattamenti di dati di carattere personale che è stata finalmente recepita la direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995, mentre con l'ordinanza n° 2011-1012 del 24 agosto 2011 relativa alle comunicazioni elettroniche è stata recepita la direttiva 2009/136/CE del 25 novembre 2009.

La legge del 1978 è stata altresì modificata dalla legge n° 2006-64 del 23 gennaio 2006 relativa alla lotta contro il terrorismo e contenente disposizioni diverse relative alla sicurezza e ai controlli alle frontiere, dalla legge n° 2008-696 del 15 luglio 2008 relativa agli archivi, dalla legge n° 2009-526 del 12 maggio 2009 di semplificazione

\* Avvocato e Dottore di Ricerca in Persona e Tutele Giuridiche - Persona Umana, Responsabilità e Contratti.

<sup>1</sup> Ove non diversamente specificato, i riferimenti normativi si intendono alla versione attualmente in vigore e, con con il termine "direttiva", ci si riferisce alla dir. 95/46/CE

<sup>2</sup> v. Vulliet-Tavernier, *Après la loi du 6 août 2004: nouvelle loi "informatique et libertés", nouvel CNIL?*, in *Droit social*, 2004, 1055 ss.

<sup>3</sup> v. Maitrot de la Motte, *La réforme de la loi informatique et libertés et le droit au respect de la vie privé*, in *Actualité juridique droit administratif*, 2004, 2269 ss.

<sup>4</sup> v. Maitrot de la Motte, cit., 2269 ss.

e chiarificazione del diritto e di riduzione delle procedure, dalla legge n° 2011-334 del 29 marzo 2011 relativa al Difensore dei diritti, dall'ordinanza, e, da ultimo, dalla legge n° 2013-907 dell'11 ottobre 2013 relativa alla trasparenza nella vita pubblica.

Dunque, la Francia ha simbolicamente scelto di mantenere la legge del 1978, pur rivedendola profondamente: in particolare, è stato mantenuto inalterato l'art 1, secondo cui "l'informatica deve essere al servizio di ogni cittadino" e non attentare "né all'identità umana, né ai diritti dell'uomo, né alla vita privata, né alle libertà individuali o pubbliche", mentre le varie procedure sono state notevolmente semplificate<sup>5</sup>.

La legge si applica sia ai trattamenti automatici che manuali, eccettuati quelli effettuati per fini esclusivamente personali (art. 2, comma 1), e ha dunque un campo d'applicazione più ampio rispetto alla dir. 95/46/CE, che esplicitamente escludeva il trattamento effettuato per l'esercizio di attività non rientranti nel campo d'applicazione del diritto comunitario e comunque aventi ad oggetto la pubblica sicurezza, la difesa, la sicurezza dello Stato e le attività dello Stato in ambito penale (art. 3.2)<sup>6</sup>.

Per quanto riguarda, in particolare, la definizione di "dato personale", ripresa, anche se non integralmente<sup>7</sup>, dall'art. 2, lett. a), della direttiva, esso consiste in "ogni informazione relativa ad una persona fisica identificata o che può essere identificata, direttamente o indirettamente, attraverso il riferimento ad un numero d'identificazione o a uno o più elementi che le sono propri" (art. 2). La definizione di "trattamento di dati personali", invece, deriva dall'art. 5 e fa riferimento ad "ogni operazione o insieme di operazioni riguardante tali dati, qualunque sia il procedimento utilizzato, e precisamente la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'utilizzazione, la comunicazione per trasmissione, diffusione od ogni altra forma di messa a disposizione, l'accostamento o l'interconnessione, così come il blocco, la cancellazione o la distruzione" (art. 2)<sup>8</sup>. Il "responsabile del trattamento", infine, è definito, riprendendo l'art. 2, lett. d), della direttiva, come "la persona, l'autorità pubblica, il servizio o l'organismo che determina le sue finalità e i suoi mezzi" (art. 3-1).

**2.** La nuova legge pone quindi le condizioni di liceità del trattamento. In particolare, i dati (adeguati, pertinenti, proporzionati rispetto ai fini della raccolta e del trattamento, esatti, completi e aggiornati) devono essere raccolti e conservati in maniera leale e lecita, trattati in conformità ai fini predeterminati e, infine, conservati per una durata non superiore a quella necessaria per i fini per cui sono stati raccolti e conservati (art. 6, che riprende l'art. 6 della dir. 95/46/CE): si tratta di

<sup>5</sup> v. Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

<sup>6</sup> v. Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

<sup>7</sup> v. Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

<sup>8</sup> v. Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

principi in larga parte analoghi a quelli previsti dalla legge del 1978, fatta eccezione per il principio di proporzionalità. Inoltre, conformemente all'art. 6.1, lett. b), della direttiva, viene stabilito l'innovativo divieto di utilizzazione futura dei dati in maniera incompatibile rispetto ai fini predeterminati, fatta eccezione per i fini statistici e di ricerca scientifica e storica (art. 6, n° 2)<sup>9</sup>.

Inoltre, il trattamento deve avvenire con il consenso dell'interessato, eccetto il caso in cui il trattamento sia necessario per assicurare il rispetto di un obbligo di legge, per salvare la vita di una persona, per eseguire una missione di servizio pubblico, per eseguire un contratto di cui è parte la persona a cui si riferiscono i dati, per realizzare l'interesse legittimo del responsabile o del destinatario del trattamento, a condizione di non violare l'interesse o i diritti fondamentali della persona a cui si riferiscono i dati (art. 7, che riprende l'art. 7 della direttiva).

Tuttavia, è vietata e punita penalmente<sup>10</sup> la raccolta e la conservazione dei dati cc.dd. "sensibili", quelli cioè in grado di rivelare "le origini razziali o etniche<sup>11</sup>, le opinioni politiche, filosofiche o religiose o l'appartenenza sindacale della persona, o che sono relativi alla salute o alla vita sessuale di quest'ultima", salvo che in presenza del consenso espresso dell'interessato (a meno che la legge non escluda la possibilità di derogare al divieto attraverso il consenso) o per l'esigenza di salvaguardare la vita umana (qualora l'interessato, per incapacità giuridica o materiale, non possa prestare il proprio consenso) o, ancora, per trattamenti riguardanti dati resi pubblici dall'interessato o dati necessari o per l'esercizio del diritto di azione e difesa in giudizio, o per cure, trattamenti, servizi e ricerche in ambito sanitario o, ancora, trattamenti statistici effettuati da certi enti pubblici (art. 8, che riprende l'art. 8 della direttiva). Una significativa eccezione, ripresa dall'art. 8.2, lett. d), della direttiva, è poi posta a vantaggio di associazioni e altri enti non a scopo di lucro e di carattere religioso, filosofico, politico e sindacale, purché i dati corrispondano all'oggetto dell'associazione o dell'ente, riguardino solamente i membri e non siano trasmessi a terzi (art. 8-II, n° 3). Viceversa, la legge non riprende l'eccezione, prevista dall'art. 8.2, lett. b), della direttiva, riguardante il caso in cui il trattamento sia necessario per assolvere ad obblighi e diritti specifici del responsabile del trattamento in materia lavoristica.

Per quanto riguarda, poi, l'uso dei dati personali nell'amministrazione della giustizia, il trattamento di dati personali riguardanti infrazioni, condanne e misure di sicurezza non può essere effettuato che dai giudici, dalle persone giuridiche che gestiscono un servizio pubblico, nell'ambito delle loro attribuzioni e dai funzionari di tribunale (art. 9, in esecuzione dell'art. 8.5 della direttiva).

<sup>9</sup> v. Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

<sup>10</sup> v. Teyssié, *Droit civil. Les personnes*, XIV edizione, LexisNexis, Parigi, 2012, 107

<sup>11</sup> E' tuttavia consentito (e necessario), in base alla raccomandazione del CNIL del 20 dicembre 2011, richiedere il dato relativo alla nazionalità al locatore (v. Gareau, *Mise en conformité des fichiers immobiliers*, in *Actualité juridique droit immobilier*, 2004, 784 ss.)

3. Per quanto riguarda, poi, gli aspetti procedurali, la legge, in esecuzione dell'art. 18.1 della direttiva, e fatti salvi alcuni casi particolari (ad esempio, qualora sia stato individuato un incaricato della protezione dei dati), impone di effettuare una dichiarazione alla Commissione nazionale dell'informatica e delle libertà prima di ogni trattamento automatizzato di dati personali (art. 22-I), salvo che sia stato individuato un corrispondente per la protezione dei dati personali, che ha il compito di assicurare, in maniera indipendente, il rispetto delle condizioni di legge in materia e di conservare, in maniera accessibile a chiunque ne faccia richiesta, la lista dei trattamenti effettuati (art. 22-III)<sup>12</sup>. Tuttavia, con riferimento a categorie di dati non suscettibili di recare pregiudizio alla vita privata e alle libertà fondamentali, la Commissione pubblica ogni anno delle norme destinate a semplificare gli obblighi dichiarativi (art. 24-I) o, addirittura, può escludere tali obblighi per certi trattamenti o permettere delle dichiarazioni uniche concernenti un insieme di trattamenti con finalità identiche o correlate fra loro (art. 24-II), il che dovrebbe consentire alla Commissione di dedicarsi alle attività considerate prioritarie, limitandosi, negli altri casi, ad un controllo *a posteriori*<sup>13</sup>.

Tuttavia, qualora il trattamento riguardi categorie di dati particolarmente "a rischio" (come, ad esempio, i dati genetici o giudiziari), è necessario richiedere un'autorizzazione alla Commissione di cui sopra (art. 25) o, addirittura, un provvedimento del ministro competente o un decreto del Consiglio di Stato, che decidono sentito il parere della Commissione (artt. 26-27).

4. Inoltre, la legge pone un obbligo informativo nei confronti dell'interessato, concernente, fra l'altro, l'identità del responsabile del trattamento, le finalità dello stesso, il carattere obbligatorio o facoltativo delle risposte e le conseguenze della mancata risposta, i destinatari dei dati e i diritti dell'interessato (art. 32-I, che riprende l'art. 10 della direttiva).

Se i dati non sono stati raccolti presso l'interessato, il responsabile del trattamento dovrà comunque informarlo della registrazione dei dati e dei suoi diritti, salvo che l'interessato sia già informato o tale comunicazione si riveli impossibile o eccessivamente onerosa, e comunque nei casi in cui il trattamento avvenga per fini storici, statistici o scientifici (art. 32-III, che riprende l'art. 11 della direttiva). Delle limitazioni all'applicabilità di queste regole concernono i dati relativi alla sicurezza dello Stato, alla difesa, alla sicurezza pubblica o aventi per oggetto l'esecuzione di condanne penali o di misure di sicurezza o la prevenzione, la ricerca o l'accertamento di reati penali (art. 32-V e VI, in esercizio della facoltà di deroga prevista dall'art. 13.1 della direttiva).

Inoltre, il responsabile del trattamento è tenuto a informare chiunque ne faccia richiesta e dimostri la sua identità sull'esistenza di dati personali che lo riguardino e

<sup>12</sup> Su questa figura, v. Métallinos, *Maîtriser le risque Informatique et Libertés*, in *Droit social*, 2006, 378 ss.

<sup>13</sup> v. Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

a comunicarglieli (art. 39-I, che riprende l'art. 12, lett. a), della direttiva), nonché, sempre a richiesta, a correggerli, completarli, aggiornarli o cancellarli (art. 40, che riprende l'art. 12, lett. b), della direttiva). Tali diritti sono però sottoposti a particolari condizioni qualora il trattamento riguardi la sicurezza dello Stato, la difesa e la sicurezza pubblica (art. 41) o sia posto in essere da amministrazioni pubbliche o incaricati di pubblico servizio per prevenire, ricercare o accertare delle infrazioni, per esempio fiscali<sup>14</sup> (art. 42).

L'interessato può inoltre opporsi, per motivi legittimi, al trattamento dei propri dati personali (e gratuitamente nel caso in cui il trattamento avvenga per finalità commerciali), a meno che esso non sia effettuato per adempiere ad un obbligo di legge (art. 38, in esecuzione dell'art. 14 della direttiva).

Regole particolari sono poi previste per alcuni trattamenti particolari in relazione alla loro finalità, e precisamente la ricerca sanitaria (artt. 53-61), la valutazione e l'analisi di attività di cura e prevenzione (artt. 62-66) e il giornalismo e la ricerca letteraria e artistica (art. 67).

5. Se già la versione originaria della legge prevedeva la possibilità di effettuare dei controlli, tale facoltà era stata utilizzata in un numero relativamente ristretto di casi; la riforma, viceversa, dedica maggiore spazio a questa attività, che viene così a costituire la parte più importante del lavoro della Commissione<sup>15</sup>. Così, gli agenti della stessa (in esecuzione dell'art. 28.3 della direttiva) hanno accesso, dalle ore 6 alle ore 21, ai locali utilizzati per il trattamento dei dati, previa informazione al procuratore della Repubblica (art. 44-I). In caso di opposizione da parte del responsabile dei locali, la visita deve essere autorizzata dal giudice delle libertà e della detenzione del tribunale e si svolge sotto il suo controllo (art. 44-II). I membri della Commissione e gli agenti possono richiedere ed estrarre copia ogni documento necessario allo svolgimento dei loro compiti, raccogliere informazioni e accedere ai programmi informatici (art. 44-III).

Per quanto riguarda i poteri sanzionatori, che la direttiva lascia alla determinazione degli Stati membri (art. 24), la Commissione, se in passato poteva effettuare soltanto degli avvertimenti, ha oggi poteri molto più significativi<sup>16</sup>: in particolare, potrà infliggere una sanzione pecuniaria, vietare il trattamento (che rilevi del regime dichiarativo) o ritirare l'autorizzazione (ove prevista), nonché, in caso d'urgenza e di violazione dei diritti e delle libertà, imporre l'interruzione temporanea (fino a tre mesi) del trattamento o il blocco dei dati o informare il Primo ministro perché adotti i provvedimenti necessari (art. 45-I e II). Inoltre, il presidente della Commissione potrà richiedere al giudice di pronunciare ogni misura di sicurezza necessaria alla salvaguardia dei diritti e delle libertà (art. 45-III). Di regola, tali sanzioni sono pro-

<sup>14</sup> v. Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

<sup>15</sup> v. Maitrot de la Motte, cit., 2269 ss.; Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

<sup>16</sup> v. Maitrot de la Motte, cit., 2269 ss.; Vulliet-Tavernier, cit., 1055 ss.

nunciata da una formazione ristretta della Commissione all'esito di una procedura contraddittoria (art. 46).

**6.** La violazione, anche colposa, delle norme in materia di trattamento dei dati personali è inoltre sanzionata penalmente dagli artt. 226-16 e seguenti del codice penale, come introdotti dalla legge n° 2004-801, che hanno un campo di applicazione più ampio rispetto agli articoli che sostituiscono (facendo riferimento ai “dati di carattere personale” anziché ai “dati nominativi”), inaspriscono le pene, che arrivano a 5 anni di reclusione e 300.000 euro d'ammenda e prevedono l'estensione della responsabilità alle persone giuridiche<sup>17</sup>.

**7.** Nel 2011, poi, la legge n° 78-17 ha conosciuto ulteriori modifiche ad opera dell'ordinanza n° 2011-1012 del 24 agosto 2011 (cd. “Pacchetto Télécom”), con la quale sono stati recepiti nell'ordinamento francese il regolamento europeo relativo alle comunicazioni elettroniche e due direttive, una delle quali (la dir. 2009/136/CE) modifica la dir. 2002/58/CE, relativa proprio al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. L'art. 32-II della legge n° 78-17, così, se prima prevedeva soltanto che i siti dovessero informare l'internauta che un *cookie* era installato sul loro *computer* e dei mezzi per opporsi, oggi, in attuazione di quanto previsto dall'art. 5.3 della dir. 2002/58/CE, come sostituito dall'art. 2 della dir. 2009/136/CE, invece, il consenso dell'utente deve essere richiesto espressamente e previamente rispetto al deposito del *cookie* stesso, a meno che quest'ultimo non serva esclusivamente a facilitare le comunicazioni per via elettronica o sia strettamente necessario per fornire un servizio in linea richiesto dall'utente. Inoltre, è previsto che, in caso di violazione dei dati di carattere personale, il fornitore dei servizi di comunicazione avverta senza ritardo la CNIL e, se la violazione comporta un rischio per i dati personali o per la vita privata di una persona fisica, anche l'interessato (art. 34 bis-II, che riprende l'art. 4.3 della dir. 2002/58/CE, come aggiunto dall'art. 2 della dir. 2009/136/CE).

**8.** Ci si può chiedere, a questo punto, se la legge francese, così come risultante dalle modifiche sopra esaminate, risulti in grado di assicurare il rispetto della vita privata. Il Consiglio costituzionale ha censurato una sola disposizione della nuova legge: tuttavia, lo stesso organo, oltre a rifiutarsi di considerare incostituzionali quelle disposizioni che costituiscono la necessaria trasposizione delle norme della direttiva, ha affermato che il legislatore può modificare o abrogare una legge a condizione di non privare di garanzie legali i diritti costituzionalmente sanciti. Di conseguenza,

<sup>17</sup> v. Seuvic, *Atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, article 226-16 à 226-24 du code pénal*, in *Revue de science criminelle*, 2004, 916 ss.. Sul nuovo reato di trasferimento di dati personali verso uno Stato non appartenente alla Comunità Europea, previsto dall'art. 226-22-1 c.p., v. Mole, *Le nouveau droit des flux transfrontières des données personnelles*, in *Droit social*, 2004, 1072 ss.

la non censura da parte del giudice delle leggi non è certo necessariamente un indice di un progresso nella tutela della *privacy*: anzi, quando si passa da un regime autorizzativo ad un regime dichiarativo, ci troviamo in presenza di una regressione del livello di protezione della vita privata<sup>18</sup>.

In ogni caso, non bisogna dimenticare che i dati personali non costituiscono che un aspetto della vita privata, e dunque il rispetto di quest'ultima dipende anche dalla protezione dei dati personali, ma non si esaurisce in essa<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> v. Maitrot de la Motte, cit., 2269 ss.

<sup>19</sup> v. Maitrot de la Motte, cit. 2269 ss.





# The creditworthiness in credit agreements for consumers in Italian private law: remedies and doubts

di Matteo Maria Francisetti Brolin\*

*SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Distinctions and frontiers between “liability rules” and “rules on invalidity”. – 3. Creditworthiness control and liability for culpa in contrahendo. – 4. Two interesting issues: some clarifications. – 5. The burden of proof. – 6. Reversal of the burden of proving with a standard term. – 7. Concluding remarks.*

1. The obligation established by art. 124 *bis* t.u. l. banc. (Testo Unico Bancario) is regarding credit agreements for consumers, to implement directive 2008/48/EC (art. 8) in Italy: namely – before the conclusion of the credit agreement – the creditor has to assess the consumer’s creditworthiness, “on the basis of sufficient information, where appropriate obtained from the consumer and, where necessary, on the basis of a consultation of the relevant database”<sup>1</sup>.

In other words, the creditor has a special and circumstanced duty to check the potential solvency of the debtor<sup>2</sup>: it is the kind of control that creditors normally do;

\* Dottore di ricerca. Docente presso l’Università della Valle D’Aosta.

<sup>1</sup> In Italian literature see and compare: Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio del consumatore nella direttiva 2008/48/CE*, in G. De Cristofaro (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo*, Torino, 2000, p. 183 ss.; Mazzeo, *La verifica del merito di credito*, in *Obb. e contr.* 2010, p. 861 ss.; Falcone, *L’indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative: tra misure di sostegno e liberazione dai debiti*, in Falcone and Bonfatti (a cura di), *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2011, p. 191; Caterini, *Controllo del credito, tutela del risparmio e adeguatezza nel finanziamento «finalizzato»*, in V. Rizzo, Caterini, Di Nella and Mezzasoma (a cura di), *La tutela del consumatore nelle posizioni di debito e credito*, Napoli, 2010, p. 49 ss.; E. Minervini, *Il sovraindebitamento del consumatore e la direttiva 2008/48/CE*, *ibidem*, p. 65 ss.; S. La Rocca, *L’obbligo di verifica del merito creditizio*, *ibidem*, p. 233 ss.; Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, p. 233 ss.; Ead., *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, in *Contratto e impresa*, 2012, p. 492 ss.; R. Natoli, *Il contratto «adeguato». La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012, p. 141 ss.; Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa*, 2013, p. 38 ss.; Iurilli, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo: profili di responsabilità civile*, in *Studium iuris*, 2014, p. 419 ss. and p. 546 ss.; Modica, *Il credito al consumo*, in F. Piraino and Cherti (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 292 ss.

<sup>2</sup> In this sense, see for instance Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio*, cit., p. 184; Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*,

or, at least, one that creditors should be interested to consider before the conclusion of a credit agreement<sup>3</sup>.

This obligation, by the way, may well be placed in a larger picture of European law policy, which - following the intensification of the economic crisis - intends to achieve the objective of “responsible lending”, and to reduce the risk of “over-indebtedness”, regarding consumers and, more generally, non-professional investors<sup>4</sup>. In confirmation of this tendency note the directive 2014/17/EU, regarding “credit agreements for consumers relating to residential immovable property”. This kind of lending, in Italian law, is now excluded by the provisions of art. 124 *bis* t.u. l. banc., as we deduce from art. 122, subpar 1, lett. e) t.u. l. banc. In any case, this new European directive provides stricter rules regarding creditworthiness control (art. 18),

---

in *Resp. civ. e prev.*, 2011, p. 765; Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 829

<sup>3</sup> Falcone, *Prestito responsabile e sovraindebitamento del consumatore*, in *Dir. fall.*, 2010, p. 642. But, for some different clarifications, see Poncibò, *Credito al consumo e collegamento negoziale*, in Calliano (a cura di), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e rimedi del diritto privato europeo*, Torino, 2013, p. 182: we must also consider that sometimes, in practice, the creditor could be guaranteed for the sum given to the consumer (with pawn, mortgage, or with a suretyship contract from a third party); or the credit could be immediately sold to a third party: in these cases, obviously, the creditor has no incentive to check the consumer's creditworthiness. The same idea is also expressed by Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio*, cit., p. 186 s.; Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 765; see also Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 41 s., who notices that consumer credit agreements are normally qualified by little sums given to the debtor: consequently the cost of checking creditworthiness is usually higher than every single instalment of the debt.

<sup>4</sup> See for instance Falcone, *L'indebitamento delle famiglie e le soluzioni normative*, cit., p. 191; R. Natoli, *Il contratto «adeguato»* cit., p. 139. In confirmation of this choice of European law policy it may be useful to consult the *Whereas* n. 26 of 2008/48/EC: “Member States should take appropriate measures to promote responsible practices during all phases of the credit relationship, taking into account the specific features of their credit market. Those measures may include, for instance, the provision of information to, and the education of, consumers, including warnings about the risks attaching to default on payment and to over-indebtedness. In the expanding credit market, in particular, it is important that creditors should not engage in irresponsible lending or give out credit without prior assessment of creditworthiness, and the Member States should carry out the necessary supervision to avoid such behaviour and should determine the necessary means to sanction creditors in the event of their doing so”. A part of Italian literature hardly criticized the obligation to control the creditworthiness: in this sense see Carriero, *Disciplina comunitaria del credito al consumo*, in Id., *Scritti di diritto dell'economia*, Milano, 2010, p. 156, who thinks that the text of the norm is too vague. Another critique comes from Cosma and Cotterli, *La direttiva sul credito ai consumatori: alcune implicazioni giuridiche e economiche*, in *Banca impresa*, 2008, p. 291 ss.; Mazzeo, *La verifica del merito di credito*, cit., p. 864: namely, the duty to check the creditworthiness could reduce the consumer's possibilities to obtain micro-credits in legal ways. Some other critics, especially in German literature, have already come under the previous 2002 *Proposal of directive*, where was at first introduced this concept of “responsible lending” (art.9). See Rohe, *Privatautonomie im Verbraucher kreditrecht wohin? Zum Richtlinien vorschlag zur Harmonisierung der Rechtsund Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucher kredit*, in *Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht*, 2003, p. 267 s. and spec. p. 271; Riesenhuber, *Information-Beratung-Fürsorge, Kritische Bemerkungen zum Vorschlag einer neuen Verbraucher kreditrichtlinie*, in *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2003, p. 325 ss. and spec. p. 330

in the special case that consumers ask a sum (generally high) to buy these kinds of goods<sup>5</sup>.

Returning to art. 124 *bis* t.u. l. banc., the provision is not explainable only in the sense of a public law measure<sup>6</sup>: in the sense that any non-compliance of the obligation can involve administrative sanctions against the creditor. The point is heavily discussed: from one side it is noted that art. 124 *bis* t.u. l. banc. does not have a specific administrative sanction: the provision is in fact not included among those, whose non-compliance could lead to an administrative penalty from Bank of Italy against the creditor<sup>7</sup>. From the other side, it has been said that non-compliance of the duty consists of “unfair business-to-consumer commercial practice”, given that a missing (or incorrect) creditworthiness check reveals an inclination “to materially distort or is likely to materially distort the economic behaviour” of consumer (art. 5, 1° co., directive 2005/29/EC, as well as art. 20, 2° co., c.cons.)<sup>8</sup>. Consequently every “unfair business-to-consumer commercial practice” can be sanctioned in Italy (not by the Bank of Italy, but) by the Antitrust Authority.

<sup>5</sup> Regarding directive 2014/17/EU, see in Italian literature: Pellecchia, *L'obbligo di verifica del merito creditizio dei consumatori: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla contrattazione con l'insolvente*, in *Leggi civ. comm.*, 2014, p. 1088 ss.; Pagliantini, *Statuto dell'informazione e prestito responsabile nella direttiva 17/2014/UE (sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali)*, in *Contratto impresa Europa*, 2014, p. 537 ss.; Calvo, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giur.*, 2015, p. 823 ss. e spec. p. 826; Rumi, *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativa agli immobili residenziali*, in *Contr.*, 2015, p. 70 ss. and p. 80 ss.; Pellecchia, *La direttiva 2014/17 sui contratti di credito ai consumatori*, in *Banca borsa*, 2016, p. 215 s. For some outlines see also Ferretti, *Contratti di credito ai consumatori relativi a beni mobili residenziali: prime osservazioni sulla direttiva 2014/17/UE*, in *Contratto impresa Europa*, 2014, p. 863 ss. In german literature see Rott, *Die neue Immobiliarkredit-Richtlinie 2014/17/EU und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, in *Zeitschrift für bank- und kapitalmarktrecht*, 2015, p. 8 ss.

<sup>6</sup> See R. Natoli, *Il contratto «adeguato»* cit., p. 141; Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 55 s.

<sup>7</sup> In this sense see G. De Cristofaro, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *Contr.*, 2010, p. 1052; R. Natoli, *Il contratto «adeguato»*, cit., p. 141; Modica, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., p. 496; Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p., 61. Dissenting opinion seems to be led by De Poli, *Gli obblighi gravanti sui «creditori» nella fase anteriore e posteriore al contratto e le conseguenze della loro violazione*, in G. De Cristofaro (a cura di), *La nuova disciplina europea del credito al consumo* cit., p. 70; Mirone, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca Borsa*, 2010, p. 592: they both think that Bank of Italy can impose an administrative sanction.

<sup>8</sup> In this sense G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione completa delle disposizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» dei contratti di credito dei consumatori*, in *Scritti in onore di Marco Conforti*, I, Milano, 2008, p. 910. A dissenting opinion comes from De Poli, *Gli obblighi gravanti sui «creditori» nella fase anteriore e posteriore*, cit., p. 70: he thinks that no one could know the repayment ability of the consumer better than the consumers themselves; hence, even if the credit rating was not rated, or incorrectly rated, the inappropriateness of distorting the consumer's economic behaviour would be excluded. See also some doubts expressed by Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte)*, cit., p. 769

That said on the public aspect of the argument, the most interesting topic concerns civil law. The questions are: *a)* Does the breach of this duty, before the conclusion of the contract, have any influence on the loan agreement? *b)* Can the scholar imagine some remedies for this breach? *c)* What remedies are we talking about?

The original text of art. 8 of 2008/48/EC does not offer any answers. By the way it is unclear whether the Member States duty, to introduce penalties “which are effective proportionate and dissuasive” (art. 23 directive), aims only at administrative sanctions or also at civil remedies; hence Italian doctrine hoped that the problem was going to be solved when Italian legislators had to adopt and publish the provisions necessary to comply with this directive<sup>9</sup>.

This suggestion, unfortunately, was not followed by Italian legislators, which have simply used a technique of “copying out” of the European directive; however a similar law-making technique was also used by many other legislators of Member States, reproducing the same text of art. 8 without expressing which remedies would favour consumers: for instance, German and Austrian law have omitted any express reference to civil remedies, so that literature is still debating, in the same way of Italian one<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> See G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo. La direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione completa delle disposizioni nazionali*, cit., p. 910.

<sup>10</sup> For interesting European comparative details see R. Natoli, *Il contratto «adeguato»* cit., p. 143 s.; Atamer, *Duty of responsible Lending. Should the European Union take action?* in Atamer and S. Grundmann (a cura di), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law* Alpen, 2011, p. 179 ss., and p. 196 ss.

In Germany see provision under § 18(2) of *Kreditwesengesetz*, where there is no remedy for the case of omitting such check. The legislator only states in the explanatory notes that the Federal Banking Supervisory Office will be in charge of monitoring. In regard of civil remedies, German literature is debating in a similar way than the Italian one. Some scholars are rejecting any such remedy: see Vorwerk, *Schutz in der Finanzmarktkrise. Welche Rechte hat der Verbraucher?*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2009, p. 1781 s.; Herresthal, *Die Verpflichtung zur Bewertung der Kreditwürdigkeit und zur angemessenen Erläuterung nach der neuen Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG*, in *Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht*, 2009, p. 1176 ss. Some other scholars, instead, are suggesting a damages claim, based on violation of a (pre)contractual duty. See in this sense Rott, *Die neue Verbraucherkredit-Richtlinie 2008/48/EG und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht*, in *Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht*, 2008, p. 1104 ss., and spec. p. 1110; Hoffmann, *Pflicht zur Bewertung der Kreditwürdigkeit*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2010, p. 1786. For more references about German debate see also Zimmerer and Schönle, *Kreditwesengesetz: Systematische Einführung und Kommentar*, Wiesbaden, 2013, p. 180.

In Austria see provision under § 7 of *Verbraucherkreditgesetz* (Consumer credit Act), amended in 2010: also the Austrian law has omitted any express reference to civil remedies. However the main thesis suggests a damages claim, on the basis of violation of an accessory duty. A part of literature gives also to consumer the right to reject, at least, payment of default interests. Cfr. Zöchling-Jud, *Die neue Verbraucherkreditrichtlinie*, in *Oesterreichische Juristenzeitung*, 2009, p. 887 ss. and spec. p. 891; Ead., *Prüfung der Kreditwürdigkeit des Verbrauchers*, in *Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht Ecolex*, 2010, p. 528; Stabenheimer, *Das Verbraucherkreditgesetz. Gestaltungsrechte und Informationspflichten während des Kreditverhältnisses; verbundene Verträge*, in *Oesterreichische Juristenzeitung*, 2010, p. 531 ss.; Dehn, *Das neue Darlehens- und Verbraucherkreditrecht*, in *Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht Ecolex*, 2010, p. 516 ss. See also Lenz and

A particular solution is provided in French law: if the creditor has not complied with the obligation of creditworthiness checks (art. L. 311-9, *code de consommation*), the rule contained in art. L. 311-48, *code de consommation*, specifically provides that “*il est déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge*”<sup>11</sup>. We hold that this French remedy is a true and proper “punitive function”, leaving aside the necessity to prove that real damage has been suffered by the consumer: obviously, in French provision, this function does not work with the mechanism (proper of common law) of “punitive or exemplary damages”, namely with the condemnation of another sum in addition to actual damages; but with the reduction of the total amount due by the consumer.

Regarding French law, has also to be noted a judgement from the (Fourth Chamber of) Court of Justice of the European Union, which was called upon to assess a systemic problem, originating from general French legislation relating to statutory rate: the European judgement stated that – after deletion of contractual interests – the consumer cannot be forced to pay any interest at a statutory rate: namely, interest that would normally be payable from the date of delivery of a court decision, ordering the borrower to pay the outstanding sums; nor can a specific rule be applied on the increase of such legal interest, a rule which is provided under art. 313-3 *Code monétaire et financier*<sup>12</sup>.

---

Rericha, *Das neue österreichische Verbraucherkreditrecht*, in *Zeitschrift für Finanzmarktrecht*, 2010, p. 114: “Sowohl die Bonitätsprüfpflicht als auch die Warnpflicht sind gesetzlich vorgesehene Nebenpflichten des KG, die sich aus dessen vorvertraglicher Kontaktaufnahme mit dem Verbraucher ergeben. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen kann die Verletzung solcher Nebenpflichten ua Schadenersatzansprüche des Verbrauchers begründen oder Grundlage irrtumsrechtlicher Anfechtungen sein”.

For some referees to other legislators (not only of Member States) see Kalamees, Lilleholt and Sein, *Responsible Lending in Estonian and Norwegian Law*, in *European Consumer Market Law*, 2015, p. 29 ss.

<sup>11</sup> Cfr. Piedelièvre, *La réforme du crédit à la consommation*, in *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1952; Flores, *La réforme et la prévention du surendettement*, in *AJ Famille*, 2011, p. 18; Legrand, *Proposition de loi tendant à prévenir le surendettement: du devoir de refuser un crédit excessif au droit de ne pas payer ses dettes*, in *Recueil Dalloz*, 2012, p. 2901 ss.; Benedict, *Responsible Lending. Das europäische Vertragsrecht zwischen caveat emptor und caveat creditor*, in *Zeitschrift für Europäisches Recht*, 2008, p. 403 s.; Modica, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., p. 507. Cfr also Atamer, *Duty of responsible Lending. Should the European Union take action?*, cit., p. 195 ss. and spec. p. 198, where this rule is easily linked with a previous french case law: “A clear cut civil law penalty can be found in french provision [...] the judge may waive the right for interest in total or partially This seems to take account of the previous court decisions, where a claim of the bank for interest was refused when ever the contractual duty of care was breached”. Namely this court decision is Cour de cassation, Civ. 1ère, 12 Juillet 2005, in *Jurisdata* 2005-029447. By the way, before the 2008/48/EC directive, the Court of Cassation in a series of decisions questioned whether the credit grantor breaches its contractual duty of care if he does not verify the financial capacity of the borrower and warn him in case of excessive borrowing. The Court came to the conclusion that banks are to be held liable whenever the borrower is a consumer: see Cour de Cassation, 1re civ, 21 Fevrier 2006, *Juris-Data* 2006-032291; Cour de Cassation, 1re civ, 12 July 2005, *Juris-Data* 2005-029442. A similar remedy can also be found in Belgian law: see for details Meucci, *La destinazione di beni tra atto e rimedi*, Milano, 2009, p. 398.

<sup>12</sup> See C. Giust. CE, 27 march 2014, Case C-565/2012 ECLI:EU:C:2014:190 – LCL Le Crédit Lyonnais SA v. Fesih Kalhan (European Court of Justice, Fourt Chambre); published in Italy in *Corriere giur.*, 2014, p.

In UK see provision under § 55B of *Consumer Credit Act*, where there are no remedies provided: but, concerning English law, a part of literature has suggested that § 140B (*Unfair relationship between creditors and debtors*) and § 140B (*Powers of courts in relation to unfair relationship*) can be applied. These two provisions give great power to judge, who can change the content of the contract, forcing the creditor to repay the instalments received, or even reduce (or exclude) interest. If this solution is right, we can imagine in UK a very similar rule to the French one<sup>13</sup>

2. Examining Italian law, we have already said that the legislator, providing art. 124 *bis* t.u. l. banc., has preferred to be silent, making no choice about remedies and giving no textual clues. In order to find an answer, a serious investigation of civil remedies has to begin moving from general contract-law categories.

In this field, provision under art. 124 *bis* t.u. l. banc. is easily linked with a well-known scholarly debate, about distinctions and frontiers between “liability rules” and “rules on invalidity”. The traditional opinion explains that there are two different groups of rules, both concerning – using a figurative language – a sort of “disease” of contractual relationship: some of these rules involve “contractual liability” for the debtor, but the contract is still valid; some other rules involve “voiding” or “avoidance” of contract. But the two groups would have no relevant interferences:

---

860. The judgement may be read in English at this Internet address: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0565>. This is the official “operative part” of the judgement: “Article 23 of Directive 2008/48/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2008 on credit agreements for consumers and repealing Council Directive 87/102/EEC must be interpreted as precluding the application of a national system of penalties under which, in the event of failure on the part of the creditor to comply with its obligation, prior to conclusion of an agreement, to assess the borrower’s creditworthiness by consulting the relevant database, that creditor forfeits its entitlement to contractual interest but is automatically entitled to interest at the statutory rate, payable from the date of delivery of a court decision ordering that borrower to pay the outstanding sums, which is further increased by five percentage points if, on expiry of a period of two months following that decision, the borrower has not repaid his debt in full, where the referring court finds that — in a case such as that in the main proceedings, in which the outstanding amount of the principal of the loan is immediately payable as a result of the borrower’s default — the amounts which the creditor is in fact likely to receive following the application of the penalty of forfeiture of entitlement to contractual interest are not significantly lower than those which it could have received had it complied with its obligation to assess the borrower’s creditworthiness”. For some notes relating to the decision, in European literature, see Lasserre Capdeville, *Difficultés juridiques posées par la sanction de la déchéance du droit aux intérêts*, in *Gazette du Palais*, 2014, n. 155, p. 11 ss.; Poissonnier, *Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation*, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1307 ss.; Bartlitz, *Sanktionen bei mangelnder Bonitätsprüfung durch den Kreditgeber bei Verbraucherkrediten*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2014, p. 1944 s.

<sup>13</sup> Cfr. Philpott and J. Smith, *Fairness*, in Philpott (a cura di), *The law of consumer and credit hire*, Oxford, 2009, p. 535 ss.; Atamer, *Duty of responsible Lending. Should the European Union take action?* cit., p. 198; Ramsay, *Consumer Law and Policy: Text and Materials on Regulating Consumer Markets*, Oxford, 3rd ed., 2012, p. 559 ss.; Hill Smith, *Consumer Credit: Law and Practice*, London, 2nd ed, 2015, p. 126 ss.; Fairweather, *The development of responsible lending in UK*, in Devenney and Kenny (a cura di), *Consumer Credit, Debt and Investment in Europe*, Cambridge, 2012, p. 84 ss., p. 94 ss. and p. 101 ss.

in this sense, for example, duty of good faith or fairness (art. 1175 and art. 1375 c.c) indicates how much can be asked from debtor and the extent to which he must exert himself in performance, to prevent non-execution of contract: but a behaviour against good faith or fairness, following the classic teaching, could never involve “voiding” the contract<sup>14</sup>.

However, some signals to the contrary have come from case law: first of all, in a few very curious judgements, Italian judges have held that behaviour against good faith (or fairness) could, sometimes, potentially be able to involve “voiding” the contract. Using these arguments: *a*) good faith is not only a simple general rule, but it is also a strong principle, that cannot be subject to contrary agreement; *b*) therefore, good faith could sometimes be assessed as a kind of “mandatory rule”; *c*) so that the contract could be void under the provision of art. 1418, 1° co., c.c.<sup>15</sup>.

This complex theme now has a new angle in studies, engaging law scholars in the field of litigation between investors and financial intermediaries: in order to find the right civil remedy for infringement of duty contained in art. 21 T.U.F. (Testo Unico Finanza)<sup>16</sup>: this provision requires a number of important binding disclosure and

<sup>14</sup> See in this sense, in traditional Italian literature, F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, reprinted, Napoli, 9th ed, 1997, p. 171; Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Bari 1948 (reprinted Napoli, 2011), p. 28 ss.; Di Majo, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 381; Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Rivista critica dir. priv.*, 1984, p. 9; Pietrobon, *Errore, volontà, affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104 ss. For more references see the book of G. D'Amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione dei contratti*, Napoli, 1996, p. 44 ss.; Id., *Nullità virtuale - nullità di protezione: variazioni sulla nullità*, in Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 1 ss., and spec. p. 8, where traditional opinion is confirmed: a behaviour against good faith or fairness can never involve “voiding” the contract; Festi, *Il divieto di «venire contro il fatto proprio»*, Milano, 2007, p. 166 ss.

<sup>15</sup> See Cass., 26 October 1995, n. 11151, in *Giur. comm.* 1996, p. 329, concerning shareholder resolutions. This decision was looked upon favourably by Galgano, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 423 s. See also Cass. 2 November 1998, n. 10926, in *Foro it.* 1998, I, c. 3081, concerning a leasing contract. The decision has a positive comment from A. Riccio, *La clausola di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1999, p. 21 ss. But, for some critics of both judgements, see Nanni, *La clausola generale di buona fede*, Padova, 1998, p. 333 ss; Vettori, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 63; A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 346 ss. Regarding this theme, the comparison with § 1:102 PECL (Principles of European contract law) is very interesting: the provision states that: “Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles”. The text, in fact, seems to find a relevant link between “good faith” and “mandatory rules”, because both are intended as limits of freedom of contract. But, to find another sense of this provision, see especially Castronovo, *Il contratto nei Principi di diritto europeo*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele*, Torino, 2002, p. 49 s.; Di Majo, *Buona fede e nullità*, in *Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 2003, p. 457 ss. and spec. p. 461. Both scholars, following classic teaching, think that behaviour against good faith can never lead the contract to be void.

<sup>16</sup> See Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento danno (ovvero l'ambaradan dei rimedi)*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 896 ss. and spec. p. 903.

behavioural duties for intermediaries, but it also specifies that these duties take place for the protection of public interest in “market integrity”. A part of the doctrine has considered this final formula as a clue of relevance of the principle of “public order” (art. 1343 c.c.): it is suggested that breach of these rules leads the contract to be void, also finding a potential link between this provision and art. 47 of the Italian Constitution (where the protection of “popular savings” is declared)<sup>17</sup>.

But the “void thesis” has recently been abandoned by the Italian Supreme Court: the Court of Cassation – in two famous leading cases in 2007 – has distinguished the moment when the intermediary breaks the rule contained in art. 21 T.U.F.: *a*) if the breach happens before conclusion of contract, there is a “pre-contractual liability” (called *culpa in contrahendo*), even if the contract is been still valid; *b*) if breach of this rule happens during performance (for example in execution of single orders of investment), there is a normal intermediary “contractual liability”. So, in both cases, the contract is still considered valid and the investor has a recovery of damages; but, over all, the highlighted point is that traditional teaching seems to be strongly confirmed: “duties of careful behaviour” – or expressly written in rules (art. 21 T.U.F), or descending from general clause of good faith – can never lead a contract to be void<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> The remedy of voiding was primarily held by some judgements coming from regional courts: for all the references of this case law, see for instance Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 947 s. In Italian literature the thesis of voiding was held at first by Maffeis, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, pp. 489-491, especially in case of breach of the rule which avoids conflicts of interests coming from intermediaries; in the same sense see F. Sartori, *Il conflitto di interessi fra intermediari e clienti*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 210; but also see Id., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, p. 371, where another solution is described. Concerning the general breach of art. 21 T.U.F, the remedy of voiding is held in literature by Gentili, *Disinformazione ed invalidità, i contratti di intermediazione dopo le Sezioni unite*, in *Contr.*, 2008, p. 393; Maffeis, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contr.*, 2008, p. 405 (specially in relation to ‘inadequate’ operations and conflicts of interest); and especially, with very strong arguments, see Calvo, *Il risparmiatore disinformato fra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 20 ss.; Id., *Il fondamento etico della nullità*, in Pagliantini (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede dei contratti*, Torino, 2010, p. 228 ss.; in newer text see also G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 33 ss., 63 ss., in the sense of voiding; for more references about this debate see Di Donna, *I rimedi nella fase precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 1068; Valongo, *Profili di tutela individuale dell'investitore tra nullità e responsabilità civile*, Milano, 2012, p. 85 ss.

<sup>18</sup> See Cass., Sez. un., 19 December 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, c. 784 with comments by Scoditti, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*; the judgement is also edited in *Danno e resp.*, 2008, p. 525, with comments by Roppo, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rodorf*; in *Nuova giur. comm.*, 2008, p. 432, with comments by Salanitro, *Violazione della disciplina dell'intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*; see also Cass., Sez. un., 19 December 2007, n. 26725, in *Giur. it.*, 2008, p. 347, with comments by G. Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*; the judgement is also edited in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 547, with comments by F. Greco, *Intermediazione finanziaria, violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*. See



3. The same coordinates are supposed to be useful when scholars have to choose the right remedy in case of a breach of the (other) provision contained in art. 124 *bis* t.u. l. banc.: the obligation to assess the consumer's creditworthiness is expressly provided "before the conclusion of the credit agreement"; therefore, the majority in literature think that this duty is a sort of specification of general obligation that binds parties to conduct negotiation in good faith, namely during the "pre-contractual phase" (art. 1337 c.c.): consequently this rule is considered a "behavioural duty", whose infringement involves liability of the creditor to pay damages<sup>19</sup>. The opposite opinion is entirely in the minority, which considers this provision as a "mandatory rule", whose violation involves the credit contract being made void<sup>20</sup>.

In particular, the lack of creditworthiness checks (or the incorrect assessment) allocates a "pre-contractual liability" (so called *culpa in contrahendo*) on the creditor, even though the credit contract is still (and entirely) valid<sup>21</sup>; it has to be mentioned that the largest part of Italian literature thinks that *culpa in contrahendo* is conceivable non only in the typical case of contract invalidity (as textually provided by art. 1338 c.c.), but also when a contract is still valid, arguing on the basis of the general provision of good faith under art. 1337 c.c.<sup>22</sup>: which is just like the case at issue here.

---

also comments by Galgano, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 1 ss.; V. Mariconda, *L'insegnamento delle sezioni unite sulla rilevanza della distinzione fra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere giur.*, 2008, 230 ss.; G. Vettori, *Regole di validità e responsabilità di fronte alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss. The same idea was already held by Cass., 29 September 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 with comments by Roppo and G. Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. See also Cass., ord., 16 February 2007, n. 3683, in *Nuova giur. comm.*, 2007, p. 999, with comments by Salanitro, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*; Cas., 25 June 2008, n. 17340, in *Foro it.*, 2009, I, c. 189, with comments by Scoditti, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*.

<sup>19</sup> See in this sense Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio*, cit., p. 192; S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, p. 397 and p. 402 s.; (also cfr. the new edition: S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, 2nd ed, p. 447); R. Natoli, *Il contratto «adeguato»* cit., p. 148 s.; Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 62 s.; Modica, *Il credito al consumo*, cit., p. 296

<sup>20</sup> In all Italian literature that we have found, the thesis of voiding seems to be expressly held only by Iurilli, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo*, cit., p. 546 ss.; Id., *Il credito ai consumatori*, in Fiorucci (a cura di), *La disciplina dei rapporti bancari*, Padova, 2012, p. 431 ss. For some references (but also doubts) see Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento* cit., p. 252 (the scholar, at the end, follows another solution).

<sup>21</sup> See R. Natoli, *Il contratto «adeguato»*, cit., p. 151; S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* cit., p. 397; Modica, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., p., 516; Ead, *Il credito al consumo*, cit., p. 296.

<sup>22</sup> In this sense (regarding the *culpa in contrahendo* in case of a valid contract), see for example: Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1956, p. 370; F(rancesco) Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963 (reprinted Napoli, 2012), p. 13; Ravazzoni, *La formazione del contratto*, II, *Le regole di comportamento*, Milano, 1974, p. 14; Pietrobon, *Errore, volontà*,

This solution means that the creditor has to pay damages to the consumer<sup>23</sup>; considering that the loan contract keeps his effects, we think that this sum can be offset with the other sum due from the debtor, the duty to pay back the amount (and the interest) of the lending.

On the other hand, if scholars choose the other hypothesis of voiding the loan contract (arguing the violation of a “mandatory rule” contained in art. 124 *bis* t.u. l. banc.), the first consequence is that the debtor is forced to immediately return the amount of the loan; and that, surely, is not positive for the consumer<sup>24</sup>; but, secondly, it is very doubtful that damages would be compensable to the consumer, again for *culpa in contrahendo*. The answer to this last question seems to be negative in the field of the so-called “law in action”, but the reason for this limit is quite hard to find in theory (in the so-called “law in books”)<sup>25</sup>. Let us focus on this issue.

The provision under art. 1338 c.c. – a special, already described, kind of *culpa in contrahendo* – states that: “a party who knows, or ought to know, of any impediment which would make the contract void, and does not inform the other party, is liable to pay damages for loss incurred by another party who through no fault of his own has put trust in the validity of contract”<sup>26</sup>. At the first read, it seems that in every void contract case, the party with no fault in causing the contract to be void has to

---

*affidamento nel negozio giuridico* cit., p. 105; P. Rescigno, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 198; S. Patti and G. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standards*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1993, p. 99; M. Mantovani, «*Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*», Torino, 1995, p. 135 ss., p. 155 ss., p. 160; G. Perlingieri, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 c.c. del codice civile*, Napoli, 2003, p. 58 ss.; R. Sacco, in R. Sacco and G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. Sacco*, 3rd ed., Torino, 2004, p. 625; Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale fra regole di validità e regole di correttezza*, cit., p. 956; Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. Iudiza-Zatti*, 2nd ed., Milano, 2001, p. 176. The opposite (older) thesis thinks that – when a valid contract is concluded – any violation of good faith during the “pre-contractual phase” (art. 1337 c.c.) has to be “absorbed” into the contract: so there is no *culpa in contrahendo*, but, at least, there could only be contractual liability, if the debtor does not execute his obligations: see A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, 1937 (reprinted Napoli, 2010), p. 336 ss.; V. Franceschelli, *Pubblicità ingannevole e culpa in contrahendo*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, p. 275 ss. G. D’Amico, *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 351 ss.; Id., *Regole di responsabilità e regole di validità nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 41; F. Greco, *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina della intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, p. 90.

<sup>23</sup> The measure (and kind) of damages is very doubtful: Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 64 ss., thinks that a sort of “damage by chance lost” has to be payable, considering the other possible consumer credit agreement on the market; R. Natoli, *Il contratto «adeguato»*, cit., p. 152 ss., thinks instead, that there should be more compensation, namely that every indirect economic loss should also be payable, arising from over-indebtedness of the consumer. For instance, the distraint and foreclosure of the house inhabited by the consumer and the being reported as a bad payer to the Banking Central.

<sup>24</sup> See in this sense Calvo, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti*, cit., p. 827.

<sup>25</sup> See the well-known essay of Roscoe Pound, *Law in books and law in action*, in *44 American Law Review*, 1910, p. 12 ss.

<sup>26</sup> For this English translation of art. 1338 c.c., see Alpa and Zeno-Zencovich, *Italian private law*, 2007, London, p. 218.

be compensated by the party which instead is with fault. But, what about the allocation of fault between parties in this described situation, when the reason of voiding consists of infringement of a “mandatory rule”, under provision of art. 1418, 1°co., c.c.?

Case law does not agree with the almost uncontested opinion of literature (that so we believe to share), which is open-minded to normally admit the compensation of damages to a party without fault; the majority of judgements (perhaps all decisions) states instead that both parties of the agreement ought to know the existence of any “mandatory rule”, because this kind of rule cannot be ignored: so, if a contract is void for infringement of “mandatory rule”, the result is that both parties are assessed to be with fault (the oldest Latin maxim says *ignorantia legis non excusat*): consequently there is no *culpa in contrahendo* of anybody<sup>27</sup>.

4. So, the major idea is that an infringement of art. 124 *bis* t.u. l. banc. does not lead credit agreements to be void, despite creditors having to pay damages to consumers, under the general provision contained on art. 1337 c.c..

But this is not all: after establishing that first fixed point of research, the scholar can still make some other clarifications: an interesting issue, well examined in literature, is when the creditor has rightly and adequately assessed the creditworthiness, but, by doing so, it indicates that the consumer would not be reasonably solvent, in proportion to the sum of money that he has asked to borrow. The questions are easy to propose; namely: *a*) can the consumer credit agreement still be concluded? *b*) Therefore, is the only consequence that the creditor consciously accepts a wider risk<sup>28</sup>, because the debtor will probably not be able to pay back the entire sum of money due?

<sup>27</sup> See for instance in case law Cass., 11 February 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1081; Cass., 6 March 1998, n. 2519, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1242; Cass., 6 April 2001, n. 5114, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2185; Cass., 2 March 2006, n. 4635, in *Foro amm. (Cds)*, 2006, p. 1723; Cass., 27 March 2007, n. 7481, *Riv. giur. edilizia*, 2007, I, p. 1280; Cass., 8 July 2010, n. 16149, in *Resp. civ. e prev.*, 2001, p. 1065. In Italian literature, for the same thesis, see only Carresi, *Il contratto*, II, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, p. 716 s. The opposite thesis states that it is not fair to use a sort of automatism on arguing, because the *status* of parties and the good faith principles are relevant: so, there are a lot of mandatory rules that a party (especially a weak party, as a consumer) is not aware of: see Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1271; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2nd ed., Milano, 2000, p. 170 ss.; S. Patti and G. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti* standards, cit., pp. 171-172. For a focus on both theories see Rovelli, *Contratto concluso e violazione della buona fede precontrattuale*, in *Il contratto in generale*, in *Tratt. Bessone*, XIII, t. II, Torino, 2000, p. 308 ss.; Meruzzi, *La trattativa maliziosa*, Padova, 2002, p. 192 ss. A very interesting approach comes from La Spina, *Destruzzurazione della nullità e inefficacia adeguata* Milano, 2012, p. 179 ss.: is well highlighted from the scholar a long list of provisions which involve voidness of contract (surely) for infringement of a mandatory rule; but the same legislator also expressly provides compensation of damages to the weak party: for example see art. 100 *bis*, 3° co. t.u. l. banc. and 67 *septiesdecies*, 4° and 5° co., c.cons. (codice del consumo).

<sup>28</sup> See De Poli, *Gli obblighi gravanti sui «creditori» nella fase anteriore e posteriore al contratto e le conseguenze della loro violazione*, cit., p. 70; Modica, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina*

Looking for answers, the first thesis, arguing on the basis of art. 124, 5° co. t.u. l. banc., is reaching a solution quite similar to a rule which is specially remarkable in French literature and case law: the consumer credit agreement can still be concluded and, in any case, it is not void; but, before the conclusion of agreement, it is also required that the creditor clearly alerts the consumer of the failure of its audit and expressly warns him of risk of over-indebtedness (so called “*mise en garde*” duty). Conversely, if that information is not given, the contract is still valid, but the creditor must pay damages for *culpa in contrahendo*: thus liability depends on a breach of a “disclosure obligation”, considering in joint the general provision of good faith contained in art. 1337 c.c. and the special provision contained in art. 124, 5° co., t.u. l. banc.<sup>29</sup>

Following this idea, a part of literature has tried to give a particular qualification of payable damages: namely, in favour of the debtor, the well-known category of “pure economic losses” for false information has been evoked<sup>30</sup>. This is a very miscellaneous concept, that surely comes from the world of common law and that has

---

*comunitaria*, cit., p. 830.

<sup>29</sup> In this sense see R. Natoli, *Il contratto «adeguato»*, cit., pp. 149-150; Modica, *Profili giuridici del sovraindebitamento* cit., p. 254 ss.; Piepoli, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, cit., p. 58 s.; Calvo, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti*, cit., p. 827. The same rule is easily findable in French case law: pursuant to the “*devoir de mise en garde*”, the lender has to warn against the taking out a loan that involves a risk of the borrower becoming over-indebted. However this duty of “*mise en garde*” applies only an unsophisticated borrower (*personne non avertie*) and only if the risk of over-indebtedness is effective. This rules are also discoverable in previous court decisions (leading case comes from 1995): see Cour de Cassation, civ 1re. 27 juin 1995, n 92-19.212, (1995), in *Bull. civ.* 1995 I 200; Cour de Cassation, Civ. 1ère, 12 juillet 2005, in *Jurisdata* 2005-029447; Cour de Cassation, Ch. mixte, 29 juin 2007, in *Jurisdata* 2007-039908; Cour de Cassation, Civ. 1ère, 19 novembre 2009, in *Jurisdata* 2009-050334; Cour de Cassation, Comm. 31 mai 2011, in *Jurisdata* 2011-010665. In literature cfr. Boucard, *Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution: présentation didactique*, in *Revue de Droit bancaire et financier*, 2007, n 5 (sept.), p. 24 ss.; Bourdalle and Lassere Capdeville, *Le Développement jurisprudentiel de l'obligation de mise en garde du Banquier*, in *Revue Banque et Droit*, 2006, n. 107, p. 17 ss.; Lassere Capdeville, *Devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit*, in *Recueil Dalloz*, 2009, p. 1179 ss. After the new directive 2014/17/EU, see also Ferial, *L'évolution européenne du devoir de mise en garde du banquier*, in *Recueil Dalloz Sirey*, 2014, p. 877 s. In Austria the provision under § 7 (2) of *Verbraucherkreditgesetz*, provides that creditor has an express duty to warn the consumer in case the assesment shows that the consumer is going to encounter problems paying the loan back. Cfr. Atamer, *Duty of responsible Lending. Should the European Union take action?*, cit., p., 197. See also Köndgen, *Policy responses to credit crises: does the law of contract provide an answer?*, in Atamer and Grundmann (a cura di), *Financial Services, Financial Crisis and General European Contract Law* cit., p. 52: “the Netherlands recognizes a duty to warn in self regulatory code of best practice that is generally followed, the Gedrascode Hypothecaire Financiering (art.6)”.

<sup>30</sup> In this sense see Modica, *Concessione «abusiva» di credito ai consumatori*, cit., p. 512. In french case law a decision have held the reduction of 5% of the total amount due by the consumer: see Cour d'appel de Grenoble, 2 juillet 2013, n°11/01558, in *Jurisdata* 2013-014188. Some other decisions, instead, have held that any infringement of *mise en garde* duty simply erases rates (and any other penalty) of the loan contract: see Cour d'appel Orléans, 25 Juin 2009, in *Jurisdata* 2009-379146.

a particular interest for scholars of comparative law<sup>31</sup>; but this notion is also strongly examined by Italian private law literature, which has debated the theme in relation to various forms and areas of liability. Focuses are: *a*) some think that this kind of loss is restorable only in case of contractual liability or, at least, in all the cases (in the same way miscellaneous), where the German figure of the so-called “reliance liability” (*Vertrauenshaftung*) works; *b*) on the other hand some other scholars think that “pure economic losses” are recoverable only in case of tort, namely for “extra-contractual liability”<sup>32</sup>.

Therefore, switching back to our theme (of creditworthiness in credit agreement), we obviously have to imagine a hypothesis of “pure economic loss”, that is linked to the “pre-contractual liability” of the creditor<sup>33</sup>. By the way, this clarification seems to be easily reconcilable with the strong general debate regarding the nature of *culpa in contrahendo*. Here, you can note that the literature majority – although not indisputable – believes that this liability is contractual<sup>34</sup>, from the same

<sup>31</sup> See, for instance, Lawson and Markesinis, *Tortious liability for unintentional harm in the common law and in the civil law*, I, Cambridge, 1982, p. 80 ss.; Miranda, The negligence saga: *irragionevolezza ed ingiustizia del danno nelle pure economic losses*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 406 ss.; Palmer and Bussani, *The notion of pure economic loss and its setting*, in Palmer and M. Bussani (a cura di), *Pure economic loss in Europe*, Cambridge, 2003, p. 3 ss. (but see also the other essays of rest of the book); Palmer and Bussani, *Pure economic loss. New horizons in comparative law*, London, 2009, p. 9 ss.

<sup>32</sup> In Italian literature cfr. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, in *Riv. critica dir. Priv.*, 1983, p. 333, who thinks that liability has to only be extra-contractual (using the German category of *Verkehrspflichten*); Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, 3rd ed., Milano, 2006, p. 108 ss., 110, 316 s. who thinks that liability has to be contractual (using the opposite German category of *Schutzpflichten*). For a focus on both theories see Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milano, 2003, p. 88 ss., p. 276 ss., examining *Verkehrspflichten*, namely the one that scholars prefer, as the best model to restore “pure economic losses”.

<sup>33</sup> In comparative law, especially in Germany, this clarification does not seem to cause any particular doubt: for some cases in Germany, where “pure economic loss” are linked to the pre-contractual liability, see Markesinis, Unberath and Johnston, *The German Law of Contract: a Comparative Treatise*, 2nd ed., Oxford, 2006, p. 96 ss.

<sup>34</sup> For the thesis that *culpa in contrahendo* is a special kind of contractual liability, see for instance: Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 369; F(rancesco) Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, cit., p. 126 ss.; Id., *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 303 ss.; G. Stolfi, *Sulla responsabilità precontrattuale del minore*, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1968, I, p. 271; Grisi, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 74; Turco, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p. 245; G. Stella Richter, *La responsabilità precontrattuale*, Torino, 1996, p. 124 ss.; Valentino, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 41 ss.; G. D'Amico, *La responsabilità precontrattuale*, in *Tratt. Roppo*, V, 2, Milano, 2006, p. 1107 ss.; Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 462. For the opposing thesis that *culpa in contrahendo* is a form of tort, namely a “non-contractual liability”, see for instance Betti, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, *Prolegomeni, funzione economico sociale dei rapporti d'obbligazione*, Milano, 1953, p. 80 ss.; Branca, *Istituzioni di diritto privato*, 2nd ed., Bologna, 1956, p. 446; Carresi, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 463 ss.; Id., *Il contratto*, II, cit., p. 734 ss.; Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale* cit., p. 215 ss. Another part of literature thinks that *culpa in contrahendo* is a *tertius genus*, not even a kind of “contractual liability”, not even a tort: see in this sense: Sacco, *Culpa*

time of its old foundation by Rudolf von Jhering<sup>35</sup>, or at least that *culpa in contrahendo* is the archetype of the German category of “reliance liability” (*Vertrauenshaftung*)<sup>36</sup>; conversely, Italian case law mainly favours the opposite idea, namely that it is a kind of “non-contractual” liability<sup>37</sup>.

That said, this proposed solution is not, however, the only one that has been hypothesized in the scope of literature: some scholars have remarked that European legislators – in issuing this statute of creditworthiness’s check (art. 8, directive 2008/48/EC) – had a clear and self-evident object in view (the so called *ratio legis*): namely to avoid the over-indebtedness of the consumer. Consequently, they have suggested that, under provision of art. 124 *bis* t.u. l. banc., the lender has an absolute duty to refuse the credit agreement every time he has evaluated the possible insolvency of the consumer; therefore, by this opinion, the weaker tool of “consumer protection” just described would not be enough, consisting of a simple alert regarding the “inadequacy” of the loan contract and warning about the risk of over-indebtedness. In other words, an outright legal prohibition to conclude the credit

---

in contrahendo e culpa aquiliana, culpa in eligendo e apparenza, in *Riv. dir. comm. e obbligazioni*, 1961, II, p. 86; Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 100 ss.; Cuffaro, *Responsabilità precontrattuale*, cit., p. 1270; Luminoso, *La lesione dell’interesse contrattuale negativo*, in *Contratto e impresa*, 1988, p. 792; G. Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, 2008, p. 8.

<sup>35</sup> See the famous essay of Rudolph Von Jhering, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangte Verträgen*, in R. Von Jhering, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, IV, Jena, 1861, pp. 1-112.

<sup>36</sup> See Mengoni, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, cit., p. 364; Castronovo, *La responsabilità precontrattuale*, in Castronovo and S. Mazzamuto (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, p. 334 ss. and spec. p. 336; Id., *La nuova responsabilità civile*, cit., p. 466 ss. and spec. p. 468; but for some critics in Italian literature see A. Checchini, *Rapporti non vincolanti e regole di correttezza*, Padova, 1977, p. 268; Maggiolo, *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., p. 190 ss. and spec. p. 192. In German literature, regarding the link between *culpa in contrahendo* and *Vertrauenshaftung*, see at first Herholz, *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1923 (130), p. 260 s.; after see Hans Dölle, *Außergesetzliche Schuldpflichten*, in *Zeitschrift für Staatswissenschaft*, 1943, p. 68 ss., p. 80; Ballerstedt, *Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsschluss durch Stellvertreter*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1951, p. 506; Canaris *Ansprüche wegen «positiver Vertragsverletzung» und «Schutzwirkung für Dritte» bei nichtigen Verträgen*, in *JuristenZeitung*, 1965, p. 475 ss.; Id., *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München, 1971, p. 532, p. 539 ss.; Gernhuber, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen, 1989, p. 177 ss.

<sup>37</sup> See: Cass., 18 June 1987, n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, c. 181; Cass., 11 May 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1990, I, p. 184; Cass., 29 April 1999, n. 4299, in *Giur. it.*, 2000, p. 932; Cass., 4 March 2000, n. 3103, in *Corriere giur.*, 2002, p. 909; Cass., 5 August 2004, n. 15040, in *Giust. civ.*, 2005, p. 669; Cass., 23 December 2004, n. 23925, in *Giust. civ.*, 2005, p. 669; Cass., 20 March 2012, n. 4382, in *Danno e resp.*, 2012, p. 1103; Cass., 10 January 2013, n. 477, in *Danno e resp.*, 2013, p. 754. Concerning the theme of title of liability for *culpa in contrahendo*, some other references to Italian literature and to case law are available in Francisetti Brolin, *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche «patrimonialistiche» e valori della persona*; Napoli, 2014, pp. 476-477 (nt. 25 and nt. 26).

agreement and to grant the borrowed sum would exist; if the agreement was nevertheless concluded, then the remedy would be to void the contractual relationship<sup>38</sup>.

So, we think that this strict opinion could gain a little (weak) confirmation into the provision contained in art. 18, 5° co., lett. a), of the new European directive 2014/17/EU, highlighting a small fragment of the text<sup>39</sup>. But we are talking about the (completely) different field of “credit agreements relating to residential immovable property”, where the borrowed sums are normally at their highest.

Conversely, as we consider the only provision under art. 124 *bis* t.u. l. banc. (on consumer credits agreements), at first this thesis of voiding seems to be quite weak: in fact there is no express prohibition to conclude that kind of loan contract: so we cannot imagine that voiding the contract would depend on the infringement of a “mandatory rule” which has expressly prescribed this remedy (so called “textual voiding”, under art. 1418, 3° co., c.c.); neither can we imagine that voiding the contract would depend on the infringement of a rule which is still a “mandatory rule”, despite it not expressly prescribing this remedy (so called “virtual voiding”, under art. 1418, 1° co., c.c.)<sup>40</sup>.

However this is not all, because some issues are still remaining: in fact, following a “pure theory”, there could be a few other reasons (or legal provisions), that would likewise lead the credit agreement to be void. For instance, provision under art. 1322 c.c. states that parties are free to conclude contracts, provided they are “in

<sup>38</sup> See G. De Cristofaro, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo*, cit., pp. 909-910, nt 61, who finds an argument of this thesis in a little part of *Whereas* n. 26 of directive 2008/48/EC, where it is written that “it is important that creditors *should not engage* in irresponsible lending”. By the way, the same problem – that a simple alert may be a “tool of consumer protection” too weak – it is well examined also in France: see Crédot and Samin, *L'obligation de mise en garde est-elle compatible avec le concept de crédit responsable?*, in *Revue de droit bancaire et financier*, 2010, fasc. VI, p. 82 ss.. This thesis is criticized by Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte)*, cit., pp. 768-769, who thinks that a legal prohibition to conclude the credit agreement would have a double negative impact: first of all, there is a risk of an excessive lack of responsibility of debtor; secondly there would be a rise of costs of credit, for all consumers that are instead creditworthy. In a similar sense, before directive 2008/48/EC, see L. Stanghellini, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati*, in *Soc.*, 2007, p. 395 ss. and spec. p., 402

<sup>39</sup> Namely Art. 18, subpar 5, of the new European directive 2014/17/EU, provides that Member States shall ensure that “the creditor *only* makes the credit available to the consumer *where* the result of the creditworthiness assessment indicates that the obligations resulting from the credit agreement are likely to be met in the manner required under that agreement”. So we can suggest that the expression “*only*” indicates *a contrario* that, when the creditworthiness assessment is negative, the credit shall not be available to consumer. In the same sense see also the *Whereas* n 57 of this directive: “The creditor’s decision as to whether to grant the credit should be consistent with the outcome of the assessment of creditworthiness. For example, the capacity for the creditor to transfer part of the credit risk to a third party should not lead him to ignore the conclusions of the creditworthiness assessment by making a credit agreement available to a consumer who is likely not to be able to repay it”. But, for an opposite opinion, see Pagliantini, *Statuto dell’informazione e prestito responsabile*, cit., p. 537 ss.; Pellecchia, *L’obbligo di verifica del merito creditizio dei consumatori: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla contrattazione con l’insolvente*, cit., p. 1110 ss.

<sup>40</sup> But, in this sense, see Gorgoni, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte)*, cit., p. 769, with some doubts.

pursuit of interests that deserve protection”: so, whenever the lender makes the credit available despite a negative assessment of debtor’s creditworthiness, are we sure that these kinds of interests are “deserving protection” under art. 1322 c.c., considering “the interest of the consumer to be over-indebted”<sup>41</sup>? Or, what about the possible voiding for infringement of a fundamental principle as well known as the “public order of economic protection” (art. 1343 c.c.)<sup>42</sup>, arguing also on the basis of art. 47 of the Italian Constitution? These questions are both very doubtful, so we think that Italian literature would have more to debate.

That said, we should discuss another issue, that consists of the opposite situation of the aforementioned one: what happens when creditworthiness assessment has been carried out incorrectly and, for this reason, the lender decides not to conclude the contract, because he has mistakenly considered the consumer’s low solvency? The lender never has an obligation to conclude the credit contract and grant the sum (after all, this obligation does not exist in either case of a positive valuation of solvency): so, the only remedies for the consumer seem to consist of the creditor’s liability and recovery of damages: in particular, this liability has to be considered as a “pre-contractual” one, arguing (once again) on the basis of Art. 1337 c.c. and on the basis of the general duty of good faith during negotiations<sup>43</sup>.

5. In order to give some recapitulations, the focus is that the various provision infringements under art. 124 bis t.u. l. banc. generally involve the creditor’s liability, consisting in the obligation to pay damages. Considering this choice of legal remedy, we think that there is another important issue, which has to be deeply examined. The question is: which party of the credit agreement must prove in the proceeding that the creditworthiness check has been truly and correctly done?

<sup>41</sup> See for a negative answer Iurilli, *Merito creditizio, causa in concreto e nullità del contratto di mutuo*, cit., p. 549 ss. and spec. pp. 551-552, who coherently chooses the remedy of voidness. But for the opposite opinion, see Calvo, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti*, cit., p. 827.

<sup>42</sup> The category of “public order of economic protection” was born in France, as a sub-partition of the general concept of *ordre public*: see G. Ripert, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Recueil d'études sur les sources du droit à l'honneur de François Geny*, II, Paris, 1934, p. 347 ss.; Id., *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, 1946, p. 238 ss.; Farjat, *L'ordre public économique*, Paris, 1963, p. 78 ss. In Italian literature, see for instance: G.B. Ferri, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Rivista dir. comm. e obbligazioni*, 1963, reprinted in G.B. Ferri, *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, p. 341 ss.; Bigliuzzi Geri, Breccia, Busnelli, and U. Natoli, *Diritto civile*, I, 2, *Fatti e atti giuridici*, Torino, 1986, p. 720; G. Panza, *Ordine pubblico*, I, *Teoria generale*, in *Enc. Giur.*, XXII, Roma, 1990, p. 5; Ang. Federico, *L'ordine pubblico economico e il contratto* in Di Marzio (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 61 ss.; P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 19th ed., Milano, 2011, p. 203; V. Roppo, *Il contratto*, cit., pp. 385-386; G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in G. D'Amico and Pagliantini (a cura di), *Nullità per abuso e integrazione del contratto*. *Saggi*, Torino, 2013, p. 36 ss.

<sup>43</sup> See in this sense De Poli, *Gli obblighi gravanti sui «creditori» nella fase anteriore e posteriore*, cit., p. 70; Simionato, *Prime note in tema di valutazione del merito creditizio*, cit., p. 190.



We can find a good answer in a new European judgement, coming again from the (Fourth Chamber of) Court of Justice of the European Union. The Court rules that the provisions of directive 2008/48/EC “preclude national rules according to which the burden of proving the non-performance of the obligations laid down in artt. 5 and 8 of directive 2008/48/EC lies with the consumer”<sup>44</sup>.

So, the creditor is the party that must prove that all his behaviours during negotiations have been in accordance with the good faith principle, as provided under art. 1337 c.c. Namely: *a*) first of all, the creditor has to prove that he has provided the consumer with all the pre-contractual information required by law (art. 124 t.u. l. banc.)<sup>45</sup>; *b*) however, the creditor also has to prove that, before the conclusion, he has correctly assessed the consumer’s creditworthiness (124 *bis* t.u. l. banc.).

We think that the justifications of these rules are so interesting, that they should be expressly mentioned: the Court aims at the existence of a “principle of effectiveness” in proceedings on trial: a principle that cannot be infringed with a national procedural provision that “makes in practice *impossible or excessively difficult to exercise rights* conferred by the EU legal order”<sup>46</sup>. Therefore, considering the lender’s burden of proof, the Court states that this increase is justified “*without disproportionately interfering with the creditor’s right to a fair trial*”<sup>47</sup>.

That said, the rule of the Court – at first sight – seems to outline a relevant link between this regulation and the special provision under art. 23, 6° co., T.U.F., re-

<sup>44</sup> C. Giust. CE, 18 December 2014, Fourth Chambre, Case C-449/13 ECLI:EU:C:2014:2464 – CA Consumer Finance SA *v.* Ingrid Bakkaus, Charline Bonato and Florian Bonato. For a first brief comment, see Franciseti Brolin, *Ancora sul c.d. merito creditizio nel credito al consumo. Chiose a margine di una recente decisione comunitaria*, in *Contratto e impresa Europa*, 2015, p. 357 ss. For some notes relating to this decision, in german literature, see also Rott, *Verbraucherrecht: Vorvertragliche Informationspflichten– Pflicht zur Kreditwürdigkeitsprüfung bei Verbraucher kreditverträgen*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, p. 192 s. Similar rules are easily findable in French case law: *a*) the lender has to prove that he has correctly assessed the consumer’s creditworthiness; *b*) the lender has also to prove that, in case of negative valuation of creditworthiness, he has warned the borrower of the risk of over-indebtedness (duty of “*mise en garde*”); *c*) or, however, the lender has at least to prove that the borrower is not unsophisticated (so that there is no duty of “*mise en garde*”): see Cass. Comm. 22 mars 2011, n°10-13.727; Cour de cassation, Civ. 1ère, 9 juillet 2013, in Jurisdata 2013-014719; Cour de cassation, Civ. 1ère, 9 juillet 2013, in Jurisdata 2013-014687. In literature see Köndgen, *Policy responses to credit crises*, cit., p. 52; but for some critics see also Piedelièvre, *La réforme du crédit à la consommation*, cit., p. 1952 s.: “Conformément à la solution existant pour l’obligation d’information, il appartiendra au prêteur de démontrer avoir bien exécuté son obligation. Le système est malgré tout pernicieux, dans la mesure où, dès qu’il y aura une difficulté financière, on présumera que le prêteur n’a pas correctement exécuté son obligation. Il lui appartiendra alors de démontrer que le contrat de crédit est devenu inadapté postérieurement à sa conclusion, en raison d’un événement qu’il ne pouvait connaître ou qui lui avait été caché par l’emprunteur”.

<sup>45</sup> The justification of this principle is very interesting: “a diligent creditor must be aware of the need to gather and retain evidence that its obligations to provide information and explanations have been fulfilled” (§ 28 of Judgement’s ground).

<sup>46</sup> See §§ 23-25 of grounds of Judgement.

<sup>47</sup> See again, § 28 of grounds of Judgement.

garding securities brokerage and burden of proof. But the most important aspects are certainly related to some debated issues, which concern Italian general theory regarding *onus probandi*.

In Italian law, the burden of proof is governed by art. 2697 c.c., according to which a person wishing to assert a right in trial must prove the facts upon which that right is based; on the contrary, any person who challenges the relevance of the facts, must prove the facts on which the exception is based. A large part of Italian literature has described this provision using a famous idiomatic expression, which can be only literally translated as “white norm”, or (better) yet “white rule” (*norma in bianco*)<sup>48</sup>: thus it means that this provision is undetermined (like a white page, with no writings), because it does not clearly explain which facts are in burden of proof for the plaintiff, and which are in burden of proof for the defendant<sup>49</sup>. That said – as we have already suggested<sup>50</sup> – we think that the provision contained in art. 2697 c.c. has to be considered under a well-known perspective of literature, which encourages the reading of civil law precepts in the light of the Constitution, as well as the complete fulfilment of constitutional legality: this is, by the way, a general thinking pattern that is now very accredited<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> In the sense that art. 2697 c.c. would be a “white rule” (*norma in bianco*), see at first Andrioli, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 293, also reprinted in Andrioli, *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, p. 1 ss., and spec. p. 89. See also Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, 2nd ed., Torino, 2012, p. 139; S. Patti, *Le prove*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 2010, p. 95, p. 141; Calvo, *Il contratto di assicurazione. Fattispecie ed effetti*, in *Tratt. resp. civ. Franzoni*, Milano, 2012, p. 99.

<sup>49</sup> See for instance Sacco, *Presunzioni, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 420; Micheli, *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, in *Giur. it.*, 1960, I, c. 1420; Id., *L'onere della prova*, Padova, 1966 (reprinted) p. 457; Finzi, *Il possesso dei diritti*, Roma, 1915 (reprinted Milano, 1968), p. 30 ss.; Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974 (reprinted Napoli, 2013), p. 157; Taruffo, *Onere della prova*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 68.

<sup>50</sup> I've already discussed this theme: see Francisetti Brolin, *L'indisponibilità e l'inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, Napoli, 2012, p. 26 ss.; Id., *Fondo patrimoniale e onere della prova ex art. 170 c.c.: note critiche e proposta (alternativa) per un'interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Giur. it.*, 2013, p. 2506 ss.

<sup>51</sup> The debate about apply of Constitutional norms in private law comes from Germany. Some German scholars thought that constitutional norms ought to be applied only indirectly, via statutory rules, whether they are expressed by way of general clauses: see Dürig, *Grundrecht und Zivilrechtssprechung*, in *Festschrift für H. Nawiasky zum 75. Geburtstag*, München, 1956, p. 157 ss.; Kobel, *Grundrechte und Privatrecht*, in *JuristenZeitung*, 1961, p. 250 ss. But the opposite theory wants to use constitutional norms extensively, applying them directly in private relationship (*Drittwirkung*): see Nipperdey, *Grundgedanken des bürgerlichen Rechts, Geist des Privatrechts. Privatrecht und Verfassung*, in Ennecerus and Nipperdey, *Allgemeiner teil des bürgerlichen Rechts*, I, 14th ed., Tübingen, 1952, p. 51 ss.; Id., *Grundrechte und Privatrecht*, in *Festschrift für E. Molitor zum 75. Geburtstag*, München-Berlin, 1962, p. 17 ss.; Leisner, *Grundrechte und Privatrechte*, München-Berlin, 1960, p. 113 ss., 287 ss.

In the Sixties, also Italian legal scholars started to debate about the re-reading of the civil code and statutes in the light of the Republican Constitution. See at first Nicolò, *Diritto civile*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 907 ss.; P. Rescigno, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, IV, 1968, p. 224; Giorgianni, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.

Using this method, we can deduce two inferences:

- a) the burden of proof provided by art. 2697 c.c. must be balanced with the constitutional right to proceed (art. 24 Cost) and with the principles of “fair trial”, “protection of adversarial process” and of “equality of arms in trial” (provided in art. 111 Cost)<sup>52</sup>. Therefore the burden of proof does not have to be “excessive” or “impossible”; so that this burden must be equally distributed among contending parties and it has to be linked to principles of “proportionality” and “reasonableness”<sup>53</sup>;
- b) we have to agree with another famous theory coming from Germany<sup>54</sup>, because this theory seems to be in great accordance with the point just expressed in point a). Namely, the burden of proving a certain fact must be referred to the party that has more “proximity” to it (*Beweisnähe*), because this fact is in his “sphere of responsibility” or, at least, this fact ought to be better known by him<sup>55</sup>.

---

The method of Constitution directly apply in private law relationships (*Drittwirkung*) has been particularly elaborated and developed by P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica, una frattura da evitare*, in *Riv. diritto comm. e obbligazioni*, 1969, I, p. 475 ss.; Id., *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, p. 131 ss.; Id., *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 438-439; Id., *Norme costituzionali e rapporti civilistici*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 95 ss.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 3rd ed., Napoli, 2006, p. 35 ss.; Id., *Constitutional Norms and Civil Law Relationships*, in *The Italian Law Journal*, 2015, I, 17 ss. (available also in <http://www.theitalianlawjournal.it>). This point of view thinks the Constitution is an integral part of the law controlling private relationships, making them functional to the general values that mould the whole legal system: in this sense, there is a critical account of the views according to which constitutional norms have a merely programmatic nature. See for an opposite idea A. Trabucchi, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, p. 8 ss. and spec. p. 15; N. Irti, *Leggi speciali (Dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 150, who thinks that constitutional norms would simply set a programme. For interesting point of views about this debate see also C. Salvi, *Norme costituzionali e diritto privato. Attualità di un insegnamento*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2004, p. 235 ss.; Pennasilico, *Legalità costituzionale e diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 840 ss.

<sup>52</sup> For this reason, if a provision of law rules a burden of proof too strong or excessively difficult, this provision is suspected to not be compatible with the Constitution, for infringements of art. 24 and 111 Cost. See, in Italian constitutional court, C. Cost., 22 December 1989, n. 568, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 605.

<sup>53</sup> In literature, for a call to “reasonableness” with regard to distribution of the burden of proof, see Verde, *L'onere della prova nel processo civile*, cit., p. 142; S. Patti, *Le prove*, cit., p. 139; Ciatti, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, Padova, 2002, p. 167 ss. Toppetti, *La responsabilità presunta “fino prova contraria”*, Milano, 2008, p. 4 ss. Comoglio, *Le prove civili* Torino, 2010, p. 284; Calvo, *L'equità nel diritto privato: individualità, valori, regole*, Milano, 2010, p. 60, p. 157 ss. See also Italian Constitutional court: C. Cost., 9 July 2002, n. 332, in *Giust. civ.*, 2002, p. 3043.

<sup>54</sup> See L. Raape, *Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1941, p. 217 ss.; Prölss, *Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen*, in *Versicherungsrecht*, 1964, p. 901 ss.; Hans Stoll, *Die Beweislast bei positiven Vertragsverletzungen*, in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1967, p. 517 ss.; for more references see S. Patti, *Le prove*, cit., p. 185. For an apply of *Beweisnähe* rule see Bundesgerichtshof, 30 June 2004, VIII ZR 321/03, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2004, p. 788.

<sup>55</sup> In this sense see Calvo, *L'equità nel diritto privato: individualità, valori, regole* cit., p. 157 ss.; Ciatti, *Responsabilità medica e decisione sul fatto incerto*, cit., p. 192; Calvo, *Contratti e mercato*, 2nd ed., Torino,

So, we have to note that both these points – sub *a*) and sub *b*) – find a strong confirmation in this judgement of the European Court of Justice: the Court, in fact, refers to a principle of proportionality; but, even more, the burden of proof is distributed between lender and consumer, because the consumer “does not have the means at his disposal to enable him to prove that the creditor, first, did not provide him with the information required under art. 5 of that directive and, secondly, did not check his creditworthiness”<sup>56</sup>. Obviously, this is nothing more than the right application of the “proximity principle” of proof.

**6.** In the same direction, another rule stated by the Court should be appreciated: there is no effectiveness of any standard contract term, in which the consumer acknowledges that the creditor’s pre-contractual obligations have been fully and correctly performed. This kind of standard term – as the Court remarks well – would provide a dangerous reversal of burden of proving the performance of those obligations, such as to undermine the effectiveness of the rights conferred to the consumer by directive 2008/48/EC, thus making the practise of the consumer’s right to proceed on trial difficult and “non-proportional”<sup>57</sup>.

At the same time, we think that this kind of standard term seems to be void, just by arguing on the basis of Italian private law. In particular, we can imagine two reasons.

First of all, under the provisions contained in art. 2698 c.c., parties can reverse or change the burden of proof with an express agreement, but only when the reversal or the modification does not make the exercise of the right “exceedingly difficult”<sup>58</sup>. In case of “exceeding difficulty”, the reversal or modification clause is void.

---

2011, p. 276. The “proximity principle” has found application in many situations. The clearest reference is obviously a well-known judgement, concerning burden of proof in contractual liability: see Cass., Sez. Un., 30 October 2011, n. 13533, in *Corriere giur.*, 2001, p. 1565, with comments by V. Mariconda, *Inadempimento e onere della prova. Le sezioni unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*. This judgement is also published in *Contr.*, 2002, p. 113, with comment by Carnevali, *Inadempimento e onere della prova*. See also Villa, *Onere della prova, inadempimento e criteri di razionalità economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 707 ss.; Visintini, *La suprema corte interviene a dirimere un contrasto fra massime (in materia di onere probatorio a carico del creditore vittima dell’inadempimento)*, in *Contratto e impresa*, 2002, p. 903; Riva, *Le sezioni unite in materia di prova dell’inadempimento*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 323 ss.; Maggiolo, *Inadempimento e oneri probatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 165 ss. However, a similar argument emerges in the folds of the case law, in other (and varied) situations: see for instance Cass., 11 May 2009, n. 10744, in *Vita notarile*, 2009, p. 1457. For more details see Francisetti Brolin, *L’indisponibilità e l’inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, cit., p. 41.

<sup>56</sup> See § 27 of grounds of Judgement.

<sup>57</sup> See Calvo, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti*, cit., pp. 825-826, nt. 14.

<sup>58</sup> We think that this provision could be inspired by a duplicity of reasons: first of all, there is a clear purpose of protection of the weaker party, against abuse of the economically stronger party, which imposes a modification or reversal of the burden of proof in his favour. See, in the preparatory work of Italian Civil Code, *Relazione al Re*, n. 39. In the same sense, in literature see for instance Andrioli, *Studi sulle prove civili*, cit., p., 82; Lombardo, *La prova giudiziale, contributo alla teoria del giudizio*

That said, we have already stated that this standard term in consumer credit agreements, empirically, makes the exercise of consumer's right to proceed difficult and "non-proportional": so, it is possible to imagine voiding the term, under provision of art. 2698 c.c.

Secondly, it should also be considered that, in loan contracts, the debtor is obviously a "consumer", as specifically provided for in art. 121, 1° co, lett. b) t.u. l. banc. Therefore, all the other laws designed to protect consumers apply in his favour<sup>59</sup>: so this term is subject to the rules of "unfair terms in consumer contracts" (see directive 93/13/ECC and, in Italy, provisions under artt. 33 ss. c.cons.). That said, we can easily suppose that this term is "unfair", on the basis of the provision of art. 33, lett. t), c.cons. Following this idea, the term is void, unless the creditor proves that it has been individually negotiated.

7. This essay is about creditworthiness in credit agreements for consumers, in order to find remedies against infringement of the provision in art. 124 *bis* t.u. l. banc.. This is a very mysterious provision, because it provides a very specific obligation without any textual sanction for breach.

We also have to admit that, following general theory, a provision of law can be imagined without consequences in case of infringement, because existence of sanctions cannot be considered as an essential character of law<sup>60</sup>; the same idea, by the way, is easily noted just thinking about old Roman tradition, where scholars talk about the so-called group of *leges imperfectae*<sup>61</sup>. But, on the contrary, we also have to assess that European legislators, providing directive 48/2008/EC, had a clear and self-evident object in view, which consists of a high level of consumer protection. This underlying objective (*ratio legis*) would surely be disregarded, if any infringement of duty of creditworthiness control had no relevant consequences. Then we tried to give some answers and find remedies, moving from general categories of contract-law.

So we have to conclude that the majority of infringements of art. 124 *bis* t.u. l. banc. does not render the loan contract void, but only involves the creditor's pre-con-

---

*di fatto nel processo*, Milano, 1999, p. 313 ss.; Comoglio, *Le prove civili*, cit., p. 409 ss.; S. Patti, *Le prove*, cit., p. 257, p. 279. But we also think that this prohibition contained in art. 2698 c.c. can be easily connected to the interpretation constitutionally oriented of the provision of art. 2697 c.c., namely in the same sense which has just been described: for this idea see Franciseti Brolin, *L'indisponibilità e l'inespropriabilità (limitata) del fondo patrimoniale*, cit., p. 35.

<sup>59</sup> See in this sense Cass., 6 September 2007, n. 18743, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1164.

<sup>60</sup> See in this sense N. Bobbio, *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1963, p. 539.

<sup>61</sup> See for instance Selb, *Gedanken zur römischen lex imperfecta und zu modernen Normvorstellungen in der Rechtsgeschichte*, in *Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1984, p. 253 ss.; Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 699 ss.; Atria, *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, 2001, p. 53 s.; Mousourakis, *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Heidelberg-New York-London, 2015, p. 39 s.

tractual liability, consisting of a duty to pay damages under provision of art. 1337 c.c. Only in one particular situation, have we advanced the doubt that the more compatible remedy with general categories would be to void the contract, arguing on the basis of art. 1322 or of art. 1343 c.c. But this is just a question which we turn to literature, in order to start debating.

However, we also have to consider that a part of Italian literature has recently developed a very interesting method of research, the so-called “fair remedy” theory (*giusto rimedio*, in Italian): considering art. 24 Cost., this point of view rejects the finding of general remedies, because the first step has to be the identification of concrete interests that must be protected or put into balance. So, the remedy chosen by scholars is not the simple one that comes from a strict application of general categories, but the one more suitable to protect interests which have to be protected: in other words, interests which are protected do not depend on the remedy, but the remedy depends on the protected interests<sup>62</sup>.

Considering this approach in credit agreements, we think that the remedy of *culpa in contrahendo*, without voiding the loan contract, seems to be the “fair” one, because it is the most suitable to the protection of consumer interest. Conversely, the tool of voiding has a negative impact on the consumer’s position – as we have already described – so that this kind of remedy could not be assessed as the “fair” one: first of all, the debtor has to immediately repay the whole borrowed sum<sup>63</sup>; secondly, it is very doubtful that damages could be payable to the consumer, under provision of art. 1338 c.c.

It should also be added that a large part of loan contracts are normally qualified as “linked credit agreement”, namely as loan contracts that “serve exclusively to finance an agreement for the supply of specific goods or the provision of a specific service”, under the provisions of art. 3, lett. n) directive 2008/48/EC and of art. 121, subpar 1, lett. d) t.u. l. banc.<sup>64</sup> In this special case, the borrowed sum is gener-

<sup>62</sup> See P. Perlingieri, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011, p. 1 ss., p. 3 ss.; G. Perlingieri, *Alla ricerca del «giusto rimedio» in materia di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 661 ss. and spec. p. 663-664; Lepore, *Prescrizione decadenza e «giusto rimedio»*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 667 ss.; Angelone, *La conversione d'ufficio del contratto nullo tra (interpretazione di) buona fede e «giusto rimedio»*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 1008; Lepore, *Prescrizione e decadenza, Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli, 2012, p. 178 ss., p. 193 ss, p. 198 ss.; Carapezza Figlia, *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013, p. 218 s.; Capobianco, *Integrazione e correzione del contratto tra regole e principi*, in *Annuario del contratto 2015*, Torino, 2016, p. 81.

<sup>63</sup> Calvo, *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti*, cit., p. 827.

<sup>64</sup> Provision of art. 3, lett n) directive 2008/48/EC also states that the concept of “linked credit agreement” means a credit agreement where: “those two agreements form, from an objective point of view, a commercial unit; a commercial unit shall be deemed to exist where the supplier or service provider himself finances the credit for the consumer or, if it is financed by a third party, where the creditor uses the services of the supplier or service provider in connection with the conclusion or preparation of the credit agreement, or where the specific goods or the provision of a specific service are explicitly specified in the credit agreement”. The Italian provision, under art. 121, 1° co, lett. d) t.u. l. banc., has copied this

ally delivered with only one money transfer, directly from the creditor to the supplier or service provider.

Concerning the statute of “linked credit agreement”, the European directive 2008/48/EC has ruled two hypotheses under art. 15: a) case when the “consumer has exercised a right of withdrawal concerning the contract for the supply of goods or services”<sup>65</sup>; b) case when “the goods or services covered by a linked credit agreement are not supplied, or are supplied only in part, or are not in conformity with the contract for the supply thereof” (see also art. 125 t.u. l. banc.)<sup>66</sup>.

So, let us now imagine an infringement of art. 124 *bis* t.u. l. banc., in the special case of a “linked credit agreement”: what happens to the (linked) sale contract if the loan contract is considered to be void? This case is not specifically ruled. However, we think that this (supposed) voiding of the loan contract does not involve voiding the other linked contract of sale, so that, anyway, the sale is still valid and effective<sup>67</sup>. But the bad consequence for the consumer is that every borrowed sum has to be immediately repaid to the lender: then, if this sum was delivered directly to the seller, this party is bound to return the money to the consumer’s creditor.

The final result is that the consumer has to re-find the money, in order to pay the price of the sale. If he doesn’t, there is a non-performance of the most important buyer obligation, hence the remedy is obviously the termination of the sale contract for fundamental breach (under provisions of artt. 1218, 1453 and 1455 c.c.) and the consumer has to return the supplied goods. That is not a great achievement, if

---

formula, but not completely: Italian legislators have deleted every reference to the concept of “commercial unit”. Comparing the Italian text with the (more detailed) European one, Italian literature is debating if this concept of “linked credit agreement” would be the same, or if the European notion has to be considered wider than the national one. See G. De Cristofaro, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, cit., p. 1044; S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo* cit., p. 406 ss.; D’Adda, *Collegamento negoziale e inadempimento del venditore nei contratti di credito al consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 744 ss.; Maugeri, *Le definizioni*, in Maugeri and Pagliantini, *Il credito ai consumatori*, Milano, 2013, p. ss.; Palumbo, *Profili problematici nella nuova disciplina del collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Studium iuris*, 2014, p. 1 ss.

<sup>65</sup> See Calvo, *Recesso del creditore, mutuo di scopo e collegamento negoziale*, in *Giur. it.*, 2010, p. 238 ss.

<sup>66</sup> See all references under n 64 above. Add also Macario, *Inadempimento del fornitore e tutela del debitore nel credito al consumo*, in *Contr.*, 2009, p. 653 ss.; Francisetti Brolin, *La corte di giustizia e il collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Contratto e impresa Europa*, 2009, p. 1047 ss.; Battiloro, *Collegamento negoziale e inadempimento del fornitore: la nuova disciplina del credito al consumo alla luce di una recente giurisprudenza comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 779; G. Rossi, *Il collegamento contrattuale nel credito al consumo alla luce del nuovo d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141*, in *Contratto e impresa*, 2010, p. 1432 ss.; G. D’Amico, *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali (considerazioni inattuali su collegamento negoziale e buona fede)*, in *Contr.* 2013, p. 712 ss.; Palumbo, *Relazioni biunivoche tra le interpretazioni della vecchia e nuova disciplina del collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Nuova giur. comm.*, 2015, p. 215 ss.

<sup>67</sup> But, in the opposite situation, we think that any default, termination, or withdrawal, concerning the sale contract involves a lack of effectiveness of the linked loan contract.

we only think that, because of infringement of art. 124 *bis* t.u. l. banc., the most damaged party is the consumer, namely the weaker party for whose protection this rule has been theoretically provided.

Therefore, in conclusion, this last clarification seems to be another (stronger) confirmation that “voiding” is not the most suitable remedy for consumer protection, even more so when we are talking about “linked credit agreements”.



# Lo strumento processuale del procedimento sommario di cognizione e la tutela del credito del professionista legale

di Irene Coppola\*

*SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ambito di applicazione. – 3. Gli atti introduttivi. – 4. Il procedimento. – 5. L'ordinanza conclusiva. – 6. L'art. 183-bis. – 7. La nuova disciplina in materia di credito derivante dalla richiesta di pagamento degli onorari di avvocato.*

1. Il procedimento sommario di cognizione<sup>1</sup> in Italia, è disciplinato dagli articoli 702-*bis* e ss. del codice di procedura civile, introdotti dalla legge n. 69 del 2009, la quale ha inserito nel codice di procedura civile, al libro IV, il capo III-*bis* rubricato “Del procedimento sommario di cognizione”. Pur essendo inserito nel libro IV del codice di procedura in cui sono disciplinati i procedimenti sommari e, precisamente, subito dopo i procedimenti cautelari, questo nuovo procedimento non risponde a nessuna delle esigenze che la tutela sommaria è stata chiamata a soddisfare, ma piuttosto a generiche esigenze di semplicità nella trattazione e nell’istruzione<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> Sul procedimento sommario di cognizione vedi: M. Bove, *Il procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702 bis ss. c.p.c.*, in *www.judicium.it*; R. Caponi, *Un nuovo modello di trattazione a cognizione piena: il procedimento sommario ex art. 702-bis c.p.c.*, in *www.judicium.it*; L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1582; C. Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 92 ss.; G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, in Aa. Vv., *Le norme del processo civile nella legge per lo sviluppo economico, la semplificazione e la competitività (legge 18 giugno 2009, n. 69)*, Napoli, 2009, 81 ss.; A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, Bologna, 2013.

<sup>2</sup> La tutela sommaria, infatti, è chiamata a soddisfare esigenze specifiche ed ulteriori rispetto ad un accertamento del diritto dedotto in giudizio semplicemente accelerato rispetto al corso del processo ordinario. Com'è ben noto la tutela sommaria risponde a tre distinte esigenze: 1) evitare il costo del processo a cognizione piena se manca una contestazione effettiva da parte del debitore ed il diritto da attuare sia disponibile; 2) evitare l'abuso del diritto di difesa del convenuto al fine di contrastare attività poste in essere a scopo meramente dilatorio; 3) assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale evitando che la durata fisiologica del processo a cognizione piena arrechi un pregiudizio irreparabile o comunque grave al diritto dedotto in giudizio.

Queste esigenze, sottese al ricorso alla tutela sommaria, conformano i presupposti del rilascio del provvedimento sommario, diversamente non si capirebbe il requisito della prova scritta del fatto costitutivo nel procedimento monitorio se non sotto il riflesso della economia dei giudizi; non si capirebbe la delibazione di manifesta infondatezza delle difese del convenuto, se non sotto il riflesso della neutralizzazione dell'abuso del diritto di difesa; non si capirebbe il *fumus boni iuris* se non sotto il riflesso della urgenza del provvedere. Niente di tutto questo nel procedimento sommario di cognizione: esso prescinde dalla prognosi di difetto di contestazione da parte del convenuto, dalla valutazione di manifesta infondatezza delle eccezioni del

Si tratta di un procedimento atipico nella finalità, improntato alla riduzione ed alla semplificazione dei procedimenti civili. L'obiettivo è quello di offrire alla parte che agisce in giudizio uno strumento in grado di farle ottenere in tempi rapidi rispetto a quelli necessari per la cognizione ordinaria una decisione che, come si vedrà, ha gli stessi effetti della sentenza emessa a seguito di un procedimento ordinario. Costituisce un modello di trattazione semplificato, alternativo al modello di trattazione ordinaria, ma a cognizione piena.

Questo nuovo istituto ben può essere ricompreso tra quei poteri discrezionali del giudice che gli consentono di adattare le forme procedurali alle esigenze specifiche ed alle peculiarità della controversia sottoposta alla sua attenzione. Il giudice non si trova più a dirigere un procedimento preconfezionato, in cui ogni atto processuale ed ogni attività sono minuziosamente predeterminate dalla legge, ma è chiamato a decidere sul successivo svolgimento del processo, individuando quali atti e quali attività appaiono funzionali e necessarie per la decisione. La legge attribuisce al giudice un potere discrezionale volto ad individuare quali siano le opportune modalità procedurali da adottare per la decisione della controversia. L'istituto in questione si avvicina, dunque, alla tecnica di differenziazione dei riti ordinari in ragione della complessità della lite, ma differisce dai modelli adottati negli altri ordinamenti per il fatto che al giudice non è attribuito alcun potere d'ufficio e per il fatto che il legislatore non indica i criteri utili ad orientare la discrezionalità del giudice<sup>3</sup>.

**2.** Il procedimento sommario di cognizione costituisce, dunque, l'ennesimo tentativo per ridurre i tempi della giustizia italiana; ad oggi è un dei tre riti alternativi previsti dal decreto legislativo n. 150 del 2011, c.d. di "*Semplificazione dei riti*", che ne ha reso obbligatoria l'adozione per alcune tipologie di controversie, quali, tra le più importanti, quelle in materia di liquidazione dei compensi degli avvocati e di discriminazione. Appare, dunque, opportuno interrogarsi sull'effettivo ambito di applicazione di questo istituto.

Con l'art. 702-*bis* c.p.c. l'attore può decidere di ricorrere al procedimento sommario di cognizione in tutte le cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica. Sono, quindi, escluse le cause di competenza del Tribunale in composizione collegiale *ex* art. 50-*bis* c.p.c., quelle di competenza del Giudice di pace, quelle attribuite in unico grado alla Corte di appello ed anche quelle attribuite in grado d'appello al Tribunale, in quanto, pur rientrando nella competenza monocratica, ad esse devono applicarsi le norme del procedimento d'appello, incompatibili con quelle del procedimento in esame. Dubbi sorgono in merito alla compatibilità con il rito del lavoro, ovvero se sia possibile utilizzare il procedimento

---

convenuto, dalla qualità del diritto fatto valere e/o dal *periculum in mora* che grava su di esso. (Cfr. R. Caponi, *Sulla distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria (in margine al nuovo procedimento ex art. 702-bis ss. c.p.c.)*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 1115 ss.).

<sup>3</sup> M. Bina, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 119 ss.

sommario di cognizione per le cause soggette al rito del lavoro, trattandosi pur sempre di cause in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica. L'opinione maggioritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza, ritiene incompatibile questo procedimento con il rito del lavoro. Diversi sono, infatti, gli argomenti a sostegno di questa tesi.

In primo luogo, il riferimento espresso all'art. 183 c.p.c. è indice della volontà del legislatore di limitare l'applicabilità del procedimento sommario alle controversie che possono essere promosse con il rito ordinario a cognizione piena; in secondo luogo si osserva che il contenuto degli atti introduttivi del procedimento sommario è pressoché identico a quello dei corrispondenti atti del rito ordinario di cui agli artt. 163 e 167 c.p.c., con notevoli profili di diversità rispetto al ricorso introduttivo del processo del lavoro ed alla memoria difensiva. Si pensi, ad esempio, al fatto che la mancata indicazione specifica dei mezzi di prova di cui le parti intendano avvalersi e dei documenti che intendono produrre non comporta alcuna decadenza o preclusione, diversamente da quanto previsto nel rito del lavoro. Ancora, a differenza di quanto previsto dall'art. 415 c.p.c., non sono previsti termini entro i quali debba essere fissata l'udienza di comparizione dalla data del ricorso, né i termini per la notifica del ricorso e del pedissequo decreto. Si aggiunge, inoltre, che l'art. 54 della legge n. 69 del 2009, nel fissare i principi guida per il legislatore delegato alla semplificazione dei riti, configura una netta alternativa funzionale tra rito sommario e rito del lavoro. Tra i vari modelli sembra sussistere una sorta di impermeabilità, dovuta al fatto che le cause rientranti in un modello non possono essere assoggettate ad un diverso rito<sup>4</sup>.

A sostegno di questa posizione si evidenzia che il rito del lavoro è già un rito differenziato rispetto al processo di cognizione ordinario; l'uso di uno strumento di accelerazione della soluzione delle liti, ad istruttoria semplice, ben si pone come alternativa ad un processo a cognizione piena, ove l'accertamento si consegue nel rispetto di una sequenza procedimentale articolata, quale quello di cognizione ordinaria, mal si pone, invece, come via facoltativa ed alternativa ad un rito a cognizione piena già improntato sui canoni della concentrazione, immediatezza ed oralità del procedimento, quale appunto quello di lavoro<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> G. Arieta, *Il rito «semplificato» di cognizione*, in *www.judicium.it*; G. Balena, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 325; A. Carratta, *Le «condizioni di ammissibilità» del nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. it.*, 2010, 727; D. Dalfino, *Sull'inapplicabilità del nuovo procedimento sommario di cognizione alle cause di lavoro*, in *Foro it.*, 2009, V, 392 ss.; L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 1586; M.A. Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, in *www.judicium.it*; S. Menchini, *L'ultima idea del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. giur.*, 2009, 1027.

In giurisprudenza v. Trib. Roma, 31 maggio 2013, in *Lavoro nella Giur.*, 2013, 7, 702; Trib. Mantova, 7 giugno 2012, in *Giur. it.*, 2013, 420; Trib. Modena, 18 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, I, 1015.

<sup>5</sup> R. Lombardi, *Il procedimento sommario di cognizione generale*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 475 ss.

Di contrario avviso un'altra autorevole dottrina<sup>6</sup>, secondo la quale non si dovrebbe dubitare della compatibilità del procedimento sommario con il rito del lavoro. Si è sostenuto, infatti, che il rinvio compiuto agli artt. 163 e 183 c.p.c. non può ritenersi decisivo, trattandosi di un mero rinvio materiale e, ben potendo, l'interprete sostituire le norme con quelle contenute negli artt. 414 e 420 c.p.c.<sup>7</sup>. Un altro elemento a favore della compatibilità tra i due riti lo si ritrova nel fatto che la trattazione delle controversie di lavoro è attribuita dall'art. 50 *ter* c.p.c. al Tribunale in composizione monocratica, considerato che l'art. 413 c.p.c. afferma che le controversie previste dall'art. 409 c.p.c. sono in primo grado di competenza del Tribunale in funzione del giudice del lavoro e, pertanto, ben potrebbero rientrare nell'ambito di applicazione del procedimento sommario di cognizione.

Altro punto controverso riguarda poi l'utilizzazione del rito sommario di cognizione per le cause di opposizione a decreto ingiuntivo. La soluzione negativa si basa sulla considerazione delle caratteristiche peculiari di tali giudizi e sulla difficile compatibilità delle disposizioni ad essi relative con il procedimento sommario<sup>8</sup>. Tali dubbi vengono meno se si parte dalla premessa che il procedimento sommario di cognizione sia un procedimento a cognizione piena ed esauriente, sebbene in forme più snelle e rapide rispetto a quello ordinario<sup>9</sup>. Non sembra corretto far leva sulle disposizioni speciali di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. per desumere l'incompatibilità del rito sommario di cognizione, in quanto si può escluderne l'applicabilità o ancora può affermarsi che l'opposto potrà chiedere la concessione della provvisoria esecutorietà all'udienza di prima comparizione *ex art. 702 ter* e l'opponente nella medesima udienza potrà chiedere la sospensione dell'esecutorietà concessa *ex art. 642 c.p.c.* Anzi, la scelta dell'opponente per il rito sommario sarà, normalmente, indice delle sue buone ragioni. Inoltre, il procedimento sommario di cognizione sembra ben prestarsi alle esigenze dell'opponente che intende neutralizzare nel più breve tempo possibile gli effetti di un decreto ingiuntivo concesso provvisoriamente esecutivo, posto che la tutela offerta dall'art. 649 c.p.c., in attesa della definizione del giudizio di opposizione, non sempre soddisfa la posizione dell'ingiunto, come accade qualora sia stata iscritta ipoteca giudiziale sulla base del decreto ingiuntivo, a

<sup>6</sup> B. Capponi, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, in *www.judicium.it*; C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.*, 2009, 882; G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 84.

In giurisprudenza v. Trib. Brescia, 15 ottobre 2014, n. 1676, in *www.iusexplorer.it*; Trib. Sulmona, 3 marzo 2011, in *Giust. civ.*, 2011, 2719; Trib. Napoli, 25 gennaio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 941 ss.

<sup>7</sup> Condivide la soluzione prospettata E. Benanti, *Pretese limitazioni all'applicabilità del procedimento sommario introdotto con il nuovo art. 702 bis*, in *Il giusto processo civile*, 2011, 505 ss.

<sup>8</sup> G. Arieta, *Il rito «semplificato» di cognizione*, cit.; B. Capponi, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, cit.

<sup>9</sup> A. Didone, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: collocazione sistematica, disciplina e prime applicazioni pretorie*, in *Giur. mer.*, 2010, 414; L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 1586, il quale osserva che i termini di comparizione non potranno essere abbreviati sino alla metà come previsto dall'art. 645 c.p.c. considerato il già esiguo termine concesso al convenuto per la sua costituzione.

causa dell'orientamento restrittivo della Corte costituzionale, che ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 nella parte in cui non prevede che il giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo possa revocare e non solo sospendere la provvisoria esecuzione del decreto<sup>10</sup>. Tantomeno, pare incompatibile la circostanza, che *ex art. 653 c.p.c.*, l'opposizione a decreto ingiuntivo si concluda esclusivamente con una sentenza, dato che l'ordinanza definitiva del procedimento sommario è pienamente equiparata negli effetti alla sentenza, come prevedono gli artt. 702 *ter* e *quater*<sup>11</sup>.

Stesso discorso può farsi per le cause di opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi. La soluzione negativa<sup>12</sup> si basa sempre sulla considerazione delle caratteristiche peculiari di tali giudizi e sulla difficile compatibilità delle disposizioni ad essi relative con il procedimento sommario, mentre la soluzione positiva può essere sostenuta sulla base delle stesse considerazioni svolte con riferimento al giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo<sup>13</sup>. Le opposizioni a precetto possono essere direttamente proposte con il rito sommario e l'eventuale istanza di sospensione potrà essere adottata dal giudice nella prima udienza. Le opposizioni esecutive potranno essere trattate con il rito sommario una volta conclusa la fase c.d. camerale-cautelare; infatti, una volta chiusa la fase sommaria destinata all'adozione dell'eventuale provvedimento di sospensione dell'esecuzione ed alla fissazione del termine per la riassunzione o prosecuzione del giudizio di merito, la parte interessata ad evitare l'estinzione dell'opposizione, ben potrà depositare, entro il termine fissato, il ricorso *ex art. 702 bis* in alternativa al rito ordinario<sup>14</sup>. La previsione di non impugnabilità del provvedimento conclusivo dell'opposizione agli atti esecutivi ha portato, invece, gran parte della dottrina<sup>15</sup> a ritenere non applicabile in queste cause il rito sommario; tuttavia si obietta che il D. Lgs. n. 150/2011 ha imposto il rito sommario ad alcune cause per le quali è prevista la non appellabilità del provvedimento senza che ciò comporti l'esclusione della possibilità di proporre contro detti provvedimenti il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*, così come accade per la decisione conclusiva del giudizio di opposizione agli atti esecutivi. Deve, invece, escludersi l'applicabilità del rito sommario laddove le contestazioni dei soggetti coinvolti nell'esecuzione diano luogo ad un semplice accertamento di natura sommaria compiuto *incidenter tantum* dal giudice dell'esecuzione; si pensi alle contestazioni in

<sup>10</sup> Corte cost., 17 giugno 1996, n. 200, in *Foro it.*, 1997, I, 389.

<sup>11</sup> P. Lanni, *Commento all'art. 702 bis*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, Milano, 2013, 778.

<sup>12</sup> C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., 883.

<sup>13</sup> A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 220 ss.

<sup>14</sup> G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 85.

<sup>15</sup> M. Bina, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 122; A. Didone, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione: collocazione sistematica, disciplina e prime applicazioni pretorie*, cit., 415; P. Porreca, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2010, 829; A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 222.

sede di distribuzione del ricavato *ex art.* 512 c.p.c. o alle contestazioni in merito alla dichiarazione resa dal terzo nell'espropriazione presso terzi *ex art.* 549 c.p.c.<sup>16</sup>. Nessun problema sembra porsi, invece, per la possibilità di introdurre con procedimento sommario le cause di merito collegate ad un provvedimento cautelare<sup>17</sup>, attesa l'idoneità al giudicato sostanziale dell'ordinanza che lo conclude, la piena alternatività di esso al rito ordinario e la circostanza che la cognizione semplificata, e perciò più celere, non dipende da ragioni d'urgenza ma dalla valutazione delle caratteristiche della controversia<sup>18</sup>.

Infine, si evidenzia che il procedimento sommario di cognizione è destinato allo svolgimento della tutela dichiarativa dei diritti ed è atipico quanto ai diritti sostanziali che possono essere fatti valere, quanto alle domande ed alle azioni proponibili, essendo utilizzabile per ogni tipologia di diritti e di domande, non solo quelle di condanna, ma anche di mero accertamento o costitutive<sup>19</sup>. Nessun argomento a sostegno dell'opposta tesi può essere, infatti, rinvenuto nel testo della norma, che non contiene alcuna limitazione circa la tipologia di azione esperibile; inoltre, proprio il riferimento contenuto nel sesto comma della norma, nella parte in cui prevede che l'ordinanza conclusiva del giudizio sia idonea alla trascrizione nei pubblici registri immobiliari, rappresenta un forte indice dell'idoneità del rito sommario ad accogliere domande di mero accertamento e costitutive<sup>20</sup>. A sostegno della tesi estensiva si aggiunge che quando il legislatore ha voluto limitare con riferimento al profilo oggettivo il ricorso ad alcuni procedimenti, lo ha fatto espressamente; si

<sup>16</sup> A. Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 218 ss.

<sup>17</sup> C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., 883; L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 1586; G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 86; P. Porreca, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, cit., 831.

*Contra*, B. Capponi, *Note sul procedimento sommario di cognizione (art. 702-bis e segg. c.p.c.)*, cit.; A. Carrata, *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell'istruzione sommaria: prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2010, 904.

In giurisprudenza v. Trib. Napoli, decr. 2 luglio 2015; Trib. Modena, schema 21 dicembre 2009, in *Foro it.*, 2010, V, 49.

*Contra*, Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2013, in *Foro it.*, Rep. 2014, voce *Provvedimenti di urgenza*, n. 18; Trib. Nola, ord. 7 maggio 2012, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 24; Trib. Nola, ord. 14 aprile 2011, *id.*, Rep. 2011, voce cit., n. 32; Trib. Nola, ord. 8 aprile 2010, *id.*, Rep. 2012, voce cit., n. 235.

<sup>18</sup> S. Izzo, *Sulla compatibilità tra tutela cautelare in corso di causa e procedimento sommario di cognizione*, in *www.judicium.it*.

<sup>19</sup> Sul punto la dottrina è unanime: v. per tutti R. Caponi, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.*, 2009, V, 334; F.P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. It.*, 2009, 1568; S. Menchini, *Il rito semplificato a cognizione sommaria*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 1104; G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 84; P. Porreca, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, cit., 824 ss.

In giurisprudenza v. Trib. Verona, 5 febbraio 2010, in *Giur. mer.*, 2010, 2166; Trib. Carini, 19 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*, 2011.

<sup>20</sup> A. Ronco, *Il procedimento sommario di cognizione nel prisma dell'incompetenza, dell'inammissibilità della domanda (e del mutamento del rito)*, in *Giur. it.*, 2012, 2107.

pensi al procedimento monitorio o alle ordinanze anticipatorie di condanna; ancora, si pensi all'art. 282 c.p.c., che disciplina l'esecutorietà delle sole sentenze di condanna e nonostante ciò nessuno ha mai posto in dubbio che il giudizio ordinario possa condurre solo a decisioni aventi tale natura.

3. L'atto introduttivo del procedimento può essere definito un ibrido; si tratta, infatti, di un ricorso che contiene gli elementi propri della citazione, ad eccezione, ovviamente, della *vocatio in ius* e, con la precisazione, che l'avvertimento di cui al n. 7 dell'art. 163 c.p.c. andrà adattato ai termini di costituzione previsti dal rito in questione ed all'udienza fissata dal giudice con il decreto<sup>21</sup>. La scelta della forma del ricorso, che viene prima depositato e poi notificato, determina una contestualità tra proposizione della domanda e costituzione dell'attore e permette al giudice di distribuire adeguatamente le cause evitando rinvii e giungendo in udienza preparato sulla lite e pronto a verificare se la via prescelta dall'attore sia da prediligere. Si ritiene che il richiamo agli elementi del 163 c.p.c. sia dovuto al fatto che al momento della proposizione della domanda si manifesta solo la richiesta dell'attore ed in quel momento non si è ancora in grado di sapere se il processo andrà sul binario della cognizione ordinaria (terminando con una sentenza) o resterà su quello del rito sommario che si concluderà con ordinanza. Detto richiamo comporta anche l'applicabilità dell'art. 164 c.p.c. in tema di nullità dell'atto di citazione<sup>22</sup>.

Depositato il ricorso, il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio che viene presentato al Presidente del Tribunale, il quale designa il magistrato cui è affidata la trattazione del procedimento; quest'ultimo provvederà con decreto alla fissazione dell'udienza, assegnando il termine per la costituzione del convenuto non oltre dieci giorni prima dell'udienza fissata. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato al convenuto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione, vale a dire almeno quaranta giorni prima dell'udienza (questo è l'intervallo minimo di tempo che deve intercorrere tra la notifica del ricorso e l'udienza). Non è previsto, invece, alcun termine per la pronuncia del decreto da parte del giudice, né è previsto un termine massimo entro cui fissare la data dell'udienza, per la notificazione del ricorso e del decreto è previsto solo il rispetto del termine a difesa.

Il convenuto deve costituirsi depositando in cancelleria, almeno dieci giorni prima dell'udienza, la propria comparsa di risposta il cui contenuto è pressoché identico a quello previsto nel rito ordinario. Infatti, deve proporre le sue difese, prendere posizione sui fatti posti a fondamento della domanda dal ricorrente, indicare i mezzi di prova ed i documenti che intende offrire in comunicazione, formulare le con-

<sup>21</sup> R. Lombardi, *Il procedimento sommario di cognizione generale*, cit., 478; C. Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 96.

<sup>22</sup> C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., 882; G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 87.

clusioni. A pena di decadenza, come nell'art. 167 c.p.c., deve proporre le eventuali domande riconvenzionali, le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio e, se intende chiamare in causa un terzo, deve anche chiedere lo spostamento dell'udienza. Il giudice vi provvede con decreto che viene comunicato alle parti costituite dalla cancelleria e nel quale il giudice oltre a fissare la nuova udienza deve assegnare al convenuto un termine perentorio per la notificazione della citazione al terzo. Nel silenzio della legge circa il termine minimo tra la notificazione dell'atto di citazione e la nuova udienza, si ritiene che anche al terzo debba essere concesso un tempo non inferiore a quello assicurato al convenuto e pari a trenta giorni prima della sua costituzione; così come si ritiene che anche la costituzione del terzo debba avvenire non oltre i dieci giorni prima della nuova udienza<sup>23</sup>. La limitazione alla sola chiamata in garanzia è apparsa fin da subito priva di giustificazione, tant'è che la dottrina concorda nel ritenere ammissibile la chiamata in causa del terzo in tutte le ipotesi concesse dall'art. 106 c.p.c.<sup>24</sup>. Nulla è detto rispetto all'intervento volontario di cui all'art. 105 c.p.c.; tuttavia non vi sono ragioni per escluderne l'ammissibilità; può ritenersi pacifica anche l'ammissibilità della chiamata in causa su ordine del giudice e quella su richiesta dell'attore ove l'esigenza sia sorta dalle difese del convenuto<sup>25</sup>.

La presa di posizione sui fatti costitutivi della domanda e l'indicazione dei mezzi di prova non sono previste a pena di decadenza, potendo dunque essere integrate successivamente nel corso del procedimento proprio come nel rito ordinario; in ogni caso pare opportuno che il convenuto articoli fin dall'inizio una difesa completa, non conoscendo la sorte della causa.

4. All'udienza di prima comparizione il giudice procede agli opportuni controlli, egli, infatti, deve compiere innanzi tutto le verifiche preliminari sulla regolarità del contraddittorio, quali ad esempio quelle relative all'esistenza di vizi da sanare come la nullità della notificazione del ricorso o il difetto di rappresentanza o la nullità della domanda. Se vi è irregolarità della notificazione, in caso di mancata costituzione del convenuto, occorrerà provvedere alla rinnovazione della stessa *ex art.* 291 c.p.c.; tuttavia, laddove si tratti di omessa notificazione o di notificazione inesistente il giudice non potrà procedere in tal senso dovendo dichiarare l'improcedibilità del ricorso. Nel caso di vizi della rappresentanza dovrà essere applicato l'art. 182 c.p.c., mentre in caso di nullità della domanda o di violazione del termine a comparire troverà applicazione l'art. 164 c.p.c.<sup>26</sup>. In tutti i casi in cui la sanatoria non dovesse essere possibile, il giudice dovrà rimettere la causa in decisione e pronunciare

<sup>23</sup> A.A. Romano, *Appunti sul nuovo procedimento sommario*, in *Il giusto processo civile*, 2010, 177 ss.

<sup>24</sup> G. Arieta, *Il rito «semplificato» di cognizione*, cit.; P. Lanni, *Commento all'art. 702 bis*, cit., 780; G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 89.

<sup>25</sup> C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., 884. In giurisprudenza v. Trib. Bari, 14 marzo 2014, in *www.iusexplorer.it*.

<sup>26</sup> G. Arieta, *Il rito «semplificato» di cognizione*, cit.



un'ordinanza di rigetto in rito della domanda, avverso la quale sarà possibile fare appello per far valere eventuali vizi e/o errori commessi dal giudice.

Dopo le verifiche preliminari, il giudice dovrà accertare la riconducibilità della controversia nell'ambito di applicazione del rito sommario, laddove accerti l'insistenza di tale presupposto deve dichiarare la domanda inammissibile con ordinanza non impugnabile; si tratta, dunque, di un vizio insanabile. Dubbio è se la previsione della non impugnabilità, che comporta la non modificabilità e revocabilità dell'ordinanza *ex art. 177 c.p.c.*, escluda anche la ricorribilità in cassazione *ex art. 111 Cost.*. La tesi negativa si basa sulla negazione del contenuto decisorio del provvedimento, con la conseguente possibilità di riproposizione della domanda e sull'esclusione della configurabilità di un autonomo diritto alla tutela giurisdizionale con il rito speciale e ritenendo riproponibile la domanda in via ordinaria<sup>27</sup>. La tesi positiva, invece, muove dal rilievo della mancanza di un'espressa previsione di riproponibilità della domanda e di conservazione degli effetti sostanziali e processuali ed evidenzia che si tratta di un provvedimento definitivo di un processo che verte su diritti<sup>28</sup>. Se il giudice sbaglia nel ritenere la controversia assogettabile al rito sommario tale errore potrà essere fatto valere in appello ed, in tal caso, secondo alcuni, la Corte di appello dovrà limitarsi a chiudere il processo in rito<sup>29</sup>, secondo altri, dovrebbe invece decidere nel merito, previa rinnovazione degli atti istruttori<sup>30</sup>, non rientrando nelle ipotesi di rimessione della causa in primo grado disciplinate dagli artt. 353 e 354 c.p.c..

La pronuncia di inammissibilità può essere adottata anche limitatamente alla domanda riconvenzionale. Il fine perseguito sembra quello di evitare che la domanda riconvenzionale sia proposta dal convenuto in modo strumentale, al solo fine di ottenere la conversione del rito. La soluzione prescelta, tuttavia, può comportare alcuni inconvenienti nell'ipotesi in cui la causa riconvenzionale sia legata a quella principale da un vincolo di continenza o di pregiudizialità. In questo caso, infatti, è ipotizzabile un pregiudizio per il diritto di difesa del convenuto; si pensi al caso in cui la domanda riconvenzionale dichiarata inammissibile sia riproposta nelle forme ordinarie determinando così la sospensione del procedimento sommario con la frustrazione delle esigenze acceleratorie ad esso sottese o, ove la sospensione non sia possibile, al rischio di contrasto tra giudicati.

Per evitare tali rischi sembra preferibile propendere per un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione in base alla quale nei casi di c.d. connes-

<sup>27</sup> F.P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 1568.

In giurisprudenza v. Cass., 25 giugno 2013, n. 15860, in *www.iusexplorer.it*, secondo cui "la declaratoria di inammissibilità del procedimento sommario di cognizione *ex art. 702 ter c.p.c.*, comma 2, ha natura meramente processuale, non impedisce alla parte interessata di riproporre la domanda nelle forme ordinarie e non modifica in alcun modo la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio".

<sup>28</sup> G. Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *Il giusto processo civile*, 2009.

<sup>29</sup> F.P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 1568.

<sup>30</sup> G. Arieta, *Il rito «semplificato» di cognizione*, cit.

sione forte le domande riconvenzionali del convenuto vengono ricondotte tra le difese che rendono incompatibile anche la causa principale con la trattazione secondo il rito sommario determinando così la conversione di entrambe le domande secondo il rito ordinario<sup>31</sup>.

Il giudice dovrà, poi, accertare la sussistenza dei presupposti processuali generali e anche se la disposizione normativa contempla solo l'ipotesi dell'incompetenza, la natura del procedimento a cognizione piena comporta la necessità dell'accertamento anche degli altri presupposti processuali propri del processo dichiarativo, quali la giurisdizione, la legittimazione ad agire, etc. In caso di carenza insanabile di uno di tali presupposti il giudice procederà ad emettere un provvedimento di rigetto in rito. I provvedimenti definitivi del procedimento sommario che dichiarano l'insussistenza dei presupposti processuali sono impugnabili con l'appello, salvo quello con cui il giudice ritiene di essere incompetente che sarà impugnabile con il regolamento necessario di competenza<sup>32</sup>.

Dopo aver effettuato i predetti accertamenti il giudice dovrà procedere ad accertare la sussistenza del secondo presupposto processuale atipico dopo quello relativo alla riconducibilità della causa nell'ambito delle controversie in cui il Tribunale giudica in composizione monocratica, ovvero la compatibilità della causa con un'istruzione sommaria. Per poter effettuare questa valutazione, che dovrebbe avvenire alla prima udienza, occorre che il *thema decidendum et probandum* sia definito e ciò non sempre avviene. Basti pensare che l'attore può ampliare il *thema decidendum* già alla prima udienza nell'esercizio del diritto di replica alle difese del convenuto con la proposizione di domande riconvenzionali, eccezioni o chiamata in causa di terzi che siano conseguenti alle difese del convenuto. Ancora, entrambe le parti, per tutta la durata del procedimento fino al trattenimento della causa in decisione, possono svolgere nuove attività, quali la precisazione di domande ed eccezioni, le allegazioni di fatti, la formulazione di richieste istruttorie e la produzione di documenti. Per evitare che l'esercizio di tali facoltà delle parti possa frustrare le esigenze acceleratorie proprie del procedimento, il giudice potrebbe sollecitare la definizione del *thema decidendum et probandum* assegnando a tal fine alle parti un termine all'esito della prima udienza per il deposito di una memoria difensiva, per poi provvedere, fuori udienza, sulle istanze delle parti con la fissazione di un'apposita udienza o per l'assunzione delle prove costituenti o per la decisione. La possibile variabilità del *thema decidendum et probandum* comporta, quindi, che l'accertamento della compatibilità della causa con le forme semplificate debba essere effettuato alla prima udienza e rinnovato ogni volta che le parti svolgono nuove attività<sup>33</sup>.

Il giudice, dunque, se ritiene che la causa non sia compatibile con un'istruzione sommaria procederà a fissare l'udienza *ex art. 183 c.p.c.* con ordinanza non impu-

<sup>31</sup> M.A. Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, cit.

<sup>32</sup> P. Lanni, *Commento all'art. 702 bis*, cit., 781.

<sup>33</sup> F.P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 1568.

gnabile, disponendo la c.d. conversione del rito, visto che la causa proseguirà con le forme del rito ordinario. Avverso l'ordinanza in questione non è previsto alcun rimedio; essa infatti non è né revocabile né modificabile e nemmeno impugnabile, non esistendo alcun diritto alla tutela giurisdizionale con il rito speciale<sup>34</sup>.

Se, a non essere compatibile con l'istruzione sommaria non è la domanda principale formulata dal ricorrente, ma la domanda riconvenzionale proposta dal convenuto, il giudice dispone la separazione delle cause e fissa, per la sola domanda riconvenzionale, l'udienza *ex art.* 183 c.p.c. per la prosecuzione con le forme del rito ordinario. Come accennato poc'anzi per la domanda riconvenzionale dichiarata inammissibile perché di competenza del Tribunale in composizione collegiale, anche in questo caso vi è una deroga ai principi del cumulo processuale previsti dall'art. 40 c.p.c., al fine di evitare che la domanda riconvenzionale sia proposta dal convenuto al solo scopo di ottenere la conversione del rito. Tuttavia, in caso di connessione forte tra la causa principale e quella riconvenzionale, applicare la norma alla lettera porterebbe ad una serie di inconvenienti, quali ad esempio il rischio di contrasto tra giudicati; per cui, in casi del genere, ove vi sia tra le cause una connessione forte, sembra sostenibile un'interpretazione costituzionalmente orientata che induce a ritenere applicabile l'art. 40 c.p.c., con la conseguente conversione di entrambe le domande secondo il rito ordinario in modo da realizzare così il *simultaneus processus*, e ad applicare, invece, la deroga stabilita dalla norma solo alle ipotesi di connessione debole<sup>35</sup>.

In tutti i casi in cui il giudice ritiene la causa non compatibile con il rito sommario dispone la conversione della stessa nel rito ordinario e fissa l'udienza *ex art.* 183 c.p.c. La prima conseguenza di tale previsione è che nella fase della cognizione ordinaria si trascinano per il convenuto tutte le scadenze maturate; non è previsto, infatti, un termine per il deposito di una nuova comparsa prima della nuova udienza di trattazione; non è nemmeno ammissibile un'automatica rimessione in termini. Tutte le attività già espletate non dovranno essere reiterate, per cui le parti in sostanza a tale seconda "prima udienza" si limiteranno a chiedere la c.d. appendice scritta di cui al sesto comma dell'art. 183 c.p.c.<sup>36</sup>.

Il legislatore non definisce, a priori, la tipologia di controversie in relazioni alle quali il procedimento sommario va impiegato, ma chiede al giudice di verificare caso per caso; ci si chiede allora in cosa consiste l'istruttoria sommaria. Va precisato che ad essere sommaria è l'istruzione e non la cognizione che, invece, come ribadito più volte, è piena. Il concetto di istruttoria sommaria va tarato sulla complessità degli accertamenti di cui l'istruzione deve farsi carico, che è cosa diversa dalla com-

<sup>34</sup> C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., 884.

<sup>35</sup> G. Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.; L. Dittrich, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 1593; F.P. Luiso, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 1568.

<sup>36</sup> M.A. Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, cit.; P. Porreca, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, cit., 851.

plexità della decisione relativa alla lite<sup>37</sup>. L'attenzione del giudice deve cadere solo sulla quantità e qualità delle questioni da trattare; esse non devono richiedere un'istruzione articolata e complessa. Si deve escludere che il presupposto dell'istruzione sommaria sia l'oggetto della controversia e che, dunque, ai fini dell'applicazione del nuovo rito, si debba distinguere tra cause complesse e cause semplici, escludendone l'applicabilità per le prime ed ammettendola solo per le seconde. L'attenzione va rivolta piuttosto alla natura, semplice o complessa, dell'istruzione necessaria per la decisione nel merito. Ne discende che il nuovo rito sarà sicuramente applicabile nelle cause non bisognose di attività istruttoria, come ad esempio quelle basate esclusivamente su prove documentali o di puro diritto o fondate su fatti pacifici o notori. Sarà, altresì, applicabile anche nelle cause in cui un'istruttoria, seppur minima, deve essere effettuata, la quale verrà però svolta in modo deformalizzato<sup>38</sup>. L'art. 702-ter al quinto comma prevede che *“il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto”*; la formulazione riproduce con adattamenti il modello previsto dall'art. 669-sexies c.p.c. per i procedimenti cautelari. Le differenze tra le due disposizioni, però, non sono solo terminologiche: gli atti di istruzione del procedimento sommario sono individuati

<sup>37</sup> Sul punto offrono alcune indicazioni le ordinanze del Trib. Mondovì, 5 novembre 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 3505 e Trib. Varese, 18 novembre 2009, in *Guida al dir.*, 2009, n. 50. Ad avviso del primo la non sommarietà dell'istruzione deve «valutarsi non tanto con riferimento all'oggetto della domanda, quanto, piuttosto, in relazione alle prove necessarie per la decisione, sulla base delle difese assunte dalle parti. Questa affermazione si giustifica con la considerazione che ai fini del rito in esame le cause non devono essere divise tra cause oggettivamente complesse e cause semplici, ma tra cause in cui l'istruttoria può essere complessa e lunga ed altre cause in cui l'istruttoria può essere condotta in modo de formalizzato e con rapidità. La differenza tra le due tipologie può dipendere dalla natura della lite (che non richiede accertamenti in fatto, o li richiede in misura limitata), ovvero, spesso, dalle posizioni assunte dalle parti, dal momento che esse determinano la quantità e la qualità di domande ed eccezioni (che vanno ad integrare il *thema decidendum*) e, soprattutto, la quantità di istruttoria necessaria, attraverso le contestazioni o meno dei fatti allegati dalla controparte. Poiché nel giudizio civile opera il principio di disponibilità della prova, è attraverso le difese delle parti che si può accrescere o diminuire il carico istruttorio della causa, cosicché anche una causa teoricamente complessa può essere decisa senza fare luogo ad un'istruttoria lunga e “formale”». Secondo l'altro poi «il parametro valutativo da assumere quale primario riferimento per il giudizio di “decidibilità” nelle forme del sommario è, dunque, sicuramente l’“oggetto” della causa ed il complesso articolato di difese ed eccezioni introitate nel giudizio, passando, anche, per le richieste istruttorie articolate dalle parti e le eventuali istanze per la estensione del contraddittorio ad altri soggetti. Non è un caso che l'art. 702-ter, comma III, c.p.c. richiami espressamente “le difese svolte dalle parti”, ai fini della eventuale conversione. All'esito delle valutazioni che precedono, il giudice, tenuto conto della complessità oggettiva e soggettiva della causa, deve prefigurarsi il percorso che, a suo giudizio, si prospetta per la decisione e, dunque, verificarne la sua compatibilità con le forme semplificate. La compatibilità va esclusa ove venga meno uno degli assi portanti del giudizio sommario e, cioè: I) celerità dei tempi e II) snellezza delle forme».

<sup>38</sup> A. Carratta, *Le “condizioni di ammissibilità” del nuovo procedimento sommario di cognizione*, cit., 728 ss.; ID., *Nuovo procedimento sommario di cognizione e presupposto dell’istruzione sommaria: prime applicazioni*, cit., 902 ss.

In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 4 aprile 2014, in [www.iusexplorat.it](http://www.iusexplorat.it).

facendo riferimento alla loro rilevanza in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto, mentre per i procedimenti cautelari sono individuati facendo riferimento alla loro indispensabilità in relazione ai presupposti ed ai fini della tutela cautelare. Pertanto, l'istruttoria esperibile nel procedimento sommario è ben più ampia di quella esperibile nel procedimento cautelare ed incontra il solo limite della compatibilità con le forme semplificate. Ciò denota la volontà del legislatore di consentire, nel procedimento sommario, un'istruttoria completa, anche se semplificata, adeguata alla cognizione piena che lo caratterizza<sup>39</sup>.

Gli atti istruttori sono, dunque, compiuti in modo deformalizzato al fine di realizzare le esigenze di speditezza e semplificazione che caratterizzano il procedimento. L'unico limite a questa deformalizzazione ed al potere discrezionale del giudice nel determinare le modalità, i contenuti ed i tempi dell'istruttoria è rappresentato dai principi costituzionali del contraddittorio e del giusto processo. Si deve escludere che siano superati o attenuati il principio dell'onere della prova o il principio dispositivo; lo standard probatorio a carico delle parti è, infatti, quello ordinario, dovendosi pure escludere che il giudice goda di accresciuti poteri inquisitori<sup>40</sup>. Si ritiene che l'assunzione delle prove possa avvenire senza il rispetto di molte delle formalità previste per il rito ordinario; ad esempio si ritiene ammissibile l'interrogatorio delle parti senza la formulazione di capitoli, l'assunzione di testimonianze con tempi ridotti e modalità semplificate, evitando l'intimazione, la capitolazione specifica delle domande, l'espletamento di una consulenza tecnica, senza la formulazione di veri e propri quesiti<sup>41</sup>.

5. Il procedimento sommario si conclude con ordinanza non impugnabile in rito qualora venga accertata l'assenza di uno dei presupposti specifici e necessari per la scelta del rito, oppure con ordinanza che decide il merito della causa. Le ipotesi di chiusura in rito del procedimento sono state già affrontate in precedenza, occorre, quindi, analizzare la decisione nel merito, che potrà essere di accoglimento o di rigetto. In entrambi i casi si ritiene che essa sia idonea al giudicato. L'ordinanza di accoglimento, se di condanna, è titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale; se di accertamento o costitutiva costituisce titolo per la trascrizione o l'annotazione. L'ordinanza contiene anche la condanna alle spese. Non è prevista, invece, la possibilità di una pronuncia non definitiva, del resto il frazionamento della decisione appare poco coerente con la semplificazione che deve caratterizzare il procedimento. Per quanto concerne l'efficacia, essa è equivalente a quella di una sentenza

<sup>39</sup> G. Balena, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, cit.

<sup>40</sup> M.A. Lupoi, *Sommario (ma non troppo)*, cit.

<sup>41</sup> C. Consolo, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, cit., 885; P. Porreca, *Il procedimento sommario di cognizione: un rito flessibile*, cit., 845.

visto che l'art. 702-*quater* c.p.c. prevede espressamente che produce gli effetti di cui all'art. 2909 c.c. se non è appellata, per cui avrà efficacia di giudicato<sup>42</sup>.

Il rimedio previsto avverso l'ordinanza è l'appello, che dovrà essere posto in essere entro il termine perentorio di trenta giorni dalla comunicazione, se anteriore, o dalla notificazione della stessa. In mancanza di entrambe opererà il termine lungo di cui all'art. 327 c.p.c. decorrente dal deposito dell'ordinanza. L'espressa impugnabilità dell'ordinanza con l'appello non esclude la possibilità di esperire gli altri mezzi di impugnazione previsti dall'art. 323 c.p.c. Le ordinanze saranno pertanto impugnabili con la revocazione, sia ordinaria che straordinaria, e con l'opposizione di terzo, ordinaria o revocatoria<sup>43</sup>.

Salvo quanto espressamente previsto dall'art. 702-*quater* c.p.c., l'appello si svolge con le forme del rito ordinario, per cui si applicano tutte le norme che disciplinano le impugnazioni in generale con la possibilità per l'appellante di avanzare istanza di sospensione dell'esecutività o dell'esecuzione dell'ordinanza appellata. La particolarità dell'appello nel rito sommario di cognizione era data dall'ammissibilità di nuovi mezzi di prova e nuovi documenti, se ritenuti rilevanti, ma tale disposizione è stata modificata nel 2012 con la legge n. 134, la quale ha eliminato il requisito dell'indispensabilità della prova richiesto dall'art. 345 c.p.c. nel rito ordinario e lo ha inserito invece nel rito sommario di cognizione al posto del requisito della rilevanza eliminando eventuali dubbi circa il significato da attribuire al termine rilevanti, per cui oggi, nell'appello secondo il rito sommario di cognizione, sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti solo se ritenuti indispensabili, come prevedeva il vecchio art. 345 c.p.c. per l'appello nel rito ordinario.

**6.** La legge n. 162 del 2014 ha introdotto nel codice di rito l'art. 183-*bis* il quale è rubricato "passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione"; tale norma introduce, quindi, la possibilità di mutare il rito anche nella situazione opposta, ovvero non più solo dal rito sommario al rito ordinario ma anche dal rito ordinario al rito sommario. Il rito sommario di cognizione, infatti, è un rito opzionale, ma a scelta del solo attore; solo colui che agisce in giudizio può scegliere di proporre la domanda con questo rito più snello, mentre al giudice residua la sola possibilità di disporre il mutamento del rito a favore di quello ordinario. Il legislatore nel 2014 ha ritenuto di rendere "bilaterale" la possibilità di mutamento del rito ad opera del giudice, consentendogli così di disporre, a prescindere dalla volontà delle parti, che la trattazione e l'istruzione avvengano nei modi più spediti e deformalizzati che sono propri del rito sommario. La norma si inserisce all'interno degli interventi per la

<sup>42</sup> M. Bina, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 131; G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 94.

<sup>43</sup> C. Ferri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 100; G. Olivieri, *Il procedimento sommario di cognizione*, cit., 95 ss.

definizione dell'arretrato in materia di processo civile, perseguendo proprio lo scopo di consentire la definizione dell'arretrato.

La norma prevede che, nelle cause di competenza del Tribunale in composizione monocratica, che sono ovviamente quelle in cui è possibile optare per il rito sommario, il giudice all'udienza di trattazione valuti la complessità della lite e dell'istruzione probatoria per poi disporre nel caso il passaggio al rito sommario. Il giudice deve, quindi, valutare i mezzi di prova dedotti dalle parti e quelli che in relazione al tipo di controversia potrebbero essere assunti; dovrebbe valutare, dunque, quella che potrebbe essere l'istruzione probatoria per verificare se, in relazione ai diritti fatti valere dalle parti ed alle rispettive allegazioni difensive, le prove da assumere possono essere oggetto di una istruttoria deformalizzata. Il criterio utilizzato dal giudice nel compiere questa valutazione consisterà nel rapportare la situazione concreta a ciò che accade o che potrebbe accadere nella maggioranza dei casi simili a quello oggetto di causa<sup>44</sup>.

Prima di disporre il passaggio al rito sommario che avviene con ordinanza non impugnabile, il giudice deve però consentire la realizzazione del contraddittorio tra le parti, anche mediante trattazione scritta. Sembra logico che le parti discutano in ordine alla valutazione del giudice circa l'eventuale passaggio all'udienza di trattazione e che solo in casi eccezionali (in cui la causa sia particolarmente complessa) debbano invece procedere mediante atto scritto, al fine di articolare meglio le proprie richieste e formulare le proprie eccezioni. Vero è che la previsione di un atto scritto potrebbe comportare un aggravio procedimentale in capo alle parti, anche se se ne ribadisce il carattere eventuale, ma la necessità di un contraddittorio preventivo quale condizione essenziale ed indefettibile per il passaggio dal rito ordinario a quello sommario, è indice di un diritto delle parti se non nell'adozione del rito ordinario, quantomeno ad esprimersi intorno alla qualità del tipo di cognizione ed alla sua adozione nel giudizio.

Una volta pronunciata l'ordinanza di passaggio del rito il giudice invita le parti ad indicare a pena di decadenza nella stessa udienza i mezzi di prova, compresi i documenti, di cui intendono avvalersi e la relativa prova contraria. Tuttavia, se le parti lo richiedono, potrà fissare una nuova udienza indicando un termine perentorio non superiore a quindici giorni per l'indicazione dei mezzi di prova e per la produzione dei documenti ed un ulteriore termine perentorio di dieci giorni per la prova contraria. Non vi sono dubbi che quest'ultima sarà la soluzione prescelta dalle parti nella stragrande maggioranza dei casi. Si evidenzia, tuttavia, che il testo legislativo non chiarisce se la concessione delle memorie è necessariamente legata alla fissazione di una nuova udienza, oppure se debba avvenire anche a valle della stessa udienza di trattazione in cui viene disposto il mutamento di rito, né a quali incombenenti sarebbe esattamente destinata la nuova udienza. A ciò si aggiunge che il meccanismo così apprestato dal legislatore sembra costringere i difensori "prudenti" a

<sup>44</sup> P. Della Vedova, *Alcune riflessioni intorno all'art. 183 bis del codice di rito civile ed al giudizio sommario di cognizione*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

presentarsi all'udienza di trattazione già muniti delle istanze di prova costituenda e dei documenti necessari all'istruzione della causa, visto che il giudice potrebbe chiedere ai difensori di indicare i mezzi di prova già nel corso della stessa udienza, in un momento in cui al difensore potrebbe non essere ancora ben chiaro quali prove si rendano necessarie e quali abbia in concreto a disposizione. Anche per il giudice non sarà semplice la scelta, per cui ciò porterà lo stesso ad optare nel dubbio per il rito ordinario. Appaiono, dunque, evidenti le complicazioni e la scarsa utilità di questa nuova disposizione<sup>45</sup>.

Per altro verso, sembra possibile auspicare che questa nuova disposizione induca le parti a formulare i propri atti introduttivi in maniera tendenzialmente più completa; l'eventualità, infatti, che il giudice già alla prima udienza possa ordinare il mutamento di rito dovrebbe consigliare alle parti di formulare gli atti introduttivi in maniera completa ed esaustiva. Una compiuta definizione sotto il profilo fattuale delle rispettive pretese potrebbe consentire al convenuto di dedurre tutti i mezzi di prova necessari nella comparsa di risposta e per l'attore di giungere all'udienza conoscendo i nuovi ambiti fattuali introdotti dal convenuto sui quali ritiene necessario e possibile articolare nuovi mezzi di prova non indicati negli atti introduttivi, rendendo con ciò possibile la deduzione degli ulteriori mezzi di prova oralmente in udienza. La previsione di queste nuove facoltà poste in capo al giudice dovrebbero, inoltre, portare quest'ultimo ad affrontare l'udienza in modo diverso da quanto fatto finora, ovvero non più come mera premessa per giungere all'ulteriore trattazione scritta della causa, ma come luogo per un confronto effettivo con le parti fondato sulla piena conoscenza del materiale di causa<sup>46</sup>.

7. Come si è già accennato in precedenza, l'art. 54 della legge n. 69 del 2009 delega il Governo alla emanazione di decreti legislativi in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione. In attuazione della legge delega, è stato emanato il D. Lgs. n. 150 del 2011 con il quale è avvenuta la riduzione dei riti ridotti a tre tipologie: il rito ordinario di cognizione, il rito del lavoro ed il rito sommario di cognizione. A quest'ultimo sono state ricondotte, tra le altre, le controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato. Si ritiene, però, che la nuova disciplina si applichi solo nei casi in cui le controversie abbiano ad oggetto l'esatta determinazione degli onorari derivanti da prestazioni giudiziali, ovvero il *quantum*, con esclusione di quelle riguardanti i presupposti del diritto al compenso o i limiti del mandato o la sussistenza di cause estintive, ovvero l'*an*, dovendosi in tal caso procedere nelle forme ordinarie<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino, 2014, 347 ss.

<sup>46</sup> V. Ansanelli, *Flessibilità, proporzionalità ed efficienza. Il nuovo art. 183-bis c.p.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 363 ss.

<sup>47</sup> Cass., 27 giugno 2013, n. 16202; Cass., 3 febbraio 2012, n. 1666; Trib. Torino, ord. 21 gennaio 2015; Trib. Torino, ord. 18 luglio 2014.



Dubbi vi erano, invece, sull'utilizzabilità di questo strumento per la liquidazione dei compensi relativi all'attività stragiudiziale dell'avvocato, essendo l'ambito di applicazione del procedimento espressamente limitato alle prestazioni giudiziali civili. Al riguardo è intervenuta la Corte di Cassazione a chiarire il dubbio, affermando che la speciale procedura di liquidazione dei compensi degli avvocati, seppur dettata solo per le prestazioni giudiziali civili, è ammessa anche per le prestazioni stragiudiziali ad esse strumentali e complementari<sup>48</sup>.

La competenza ai sensi dell'art. 14 del D. Lgs. n. 150/2011 spetta all'ufficio giudiziario di merito adito per il processo nel quale l'avvocato ha prestato la propria opera; può, perciò, trattarsi, a seconda dei casi, del Tribunale o della Corte di appello. Ciò al fine di assegnare ai contendenti un giudice che, per quanto possibile, si trovi nella condizione di valutare, in base a concreti elementi, le prestazioni effettivamente eseguite, considerato anche che si tratta di cause eccezionalmente sottratte alla garanzia del doppio grado di merito. Sembra doversi escludere la competenza del Giudice di pace, infatti, secondo anche l'orientamento della Corte di cassazione, quando si procede nel merito per la liquidazione degli onorari di importo fino a cinquemila euro la competenza resterà del Giudice di pace ed in tal caso non si può utilizzare il rito sommario di cognizione, dovendosi necessariamente procedere nelle forme ordinarie<sup>49</sup>.

La norma in questione prevede, altresì, che il Tribunale decida in composizione collegiale, a differenza del rito sommario di cognizione disciplinato dagli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c., che, come ribadito, più volte si applica solo per le controversie che rientrano nella competenza del Tribunale in composizione monocratica. Si aggiunge, poi, che non è necessaria la difesa tecnica, potendo le parti stare in giudizio personalmente. Il procedimento si conclude sempre con ordinanza, ma non appellabile; questa è un'ulteriore differenza con il rito sommario di cognizione di cui agli artt. 702-*bis* e ss. c.p.c. L'unico rimedio possibile resta il ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111 Cost.

Inoltre, non è ammessa la conversione del rito da sommario ad ordinario a prescindere dalla eventuale complessità dell'istruzione. L'art. 3 del D. Lgs. n. 150/2011 prevede, infatti, che alle controversie soggette a tale rito non si applichino i commi secondo e terzo dell'art. 702-*ter* c.p.c. e che disciplinano appunto la conversione del rito; si ritiene che questa previsione tragga fondamento dalla necessaria semplificazione del procedimento per la liquidazione degli onorari dell'avvocato. Il mutamento di rito è, invece, previsto nel caso in cui una controversia venga erroneamente introdotta applicando un rito differente rispetto a quello previsto dalla legge, intendendosi tale quello speciale già previsto per determinate materie<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Cass., 16 ottobre 2014, n. 21954.

<sup>49</sup> Cass., 11 novembre 2011, n. 23691.

<sup>50</sup> A. Bulgarelli, *Il procedimento di liquidazione degli onorari dei diritti degli avvocati dopo il decreto legislativo sulla semplificazione dei riti*, in *Giust. civ.*, 2011, 439 ss.; F. Cossignani, *Il nuovo procedimento per la liquida-*

L'art. 14 del D. Lgs. n. 150/2011 statuisce anche che, se l'avvocato ha optato per il procedimento di ingiunzione *ex artt. 633 e ss. c.p.c.*, la relativa opposizione dovrà seguire sempre il rito sommario di cognizione, per cui dovrà essere proposta con ricorso e non con citazione. Ci si è allora interrogati sulle conseguenze di un eventuale errore nella formulazione dell'atto, ovvero se l'opposizione viene proposta con citazione in luogo del ricorso. Secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza per valutare la tempestività dell'opposizione occorre guardare se la stessa è stata depositata nel termine di quaranta giorni decorrente dalla notifica del decreto ingiuntivo, in mancanza sarà considerata tardiva, con il conseguente consolidamento degli effetti del decreto ingiuntivo<sup>51</sup>.

---

*zione del compenso dell'avvocato, in La previdenza forense, 2, 2012, 181 ss.; P.G. Vinella, Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di recupero degli onorari dell'avvocato ex d. lgs. 150/2011, in La nuova procedura civile, 2, 2014.*

<sup>51</sup> Cass., sez. un., 23 settembre 2013, n. 21675; Cass., 15 gennaio 2013, n. 797; Cass., 28 febbraio 2012, n. 3002.

# *Indice Generale 2016*

---



## Indice delle rubriche

### SAGGI E PARERI

#### **Giovanni D'Amico**

L'Atto di destinazione (a dieci anni dall'introduzione dell'art. 2645 ter) 1, 7

#### **Enrico Minervini**

I contratti di destinazione patrimoniale (a proposito di un libro recente) 1, 33

#### **Achille Antonio Carrabba**

Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni 1, 35

#### **Vincenzo Barba**

Negozi *post mortem* ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimarî: la riduzione delle liberalità indirette 1, 49

#### **Roberto Calvo**

Fiducia, situazioni gestorie e opponibilità. Contributo allo studio della proprietà destinata 1, 85

#### **Raffaele Lenzi**

Deposito fiduciario e funzione di garanzia 1, 95

#### **Valerio Tavormina**

Il credito bancario dal punto di vista della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo 1, 117

#### **Nicola Colaianni**

Il giusto processo di delibazione e le "nuove" sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale 1, 131

#### **Aurelio Gentili**

L'interpretazione del contratto alieno 2, 239

#### **Cristina Campiglio**

Il matrimonio tra internazionalizzazione dei diritti e circolazione dei modelli familiari 2, 253

<b>Francesco Delfini</b> Cause and Consideration in Canadian Contract Law: a Civil Lawyer's Perspective	2, 273
<b>Daniela Valentino</b> Crisi economica e tipologie contrattuali	3, 327
<b>Camillo Verde</b> Il testamento epistolare	3, 363
<b>Benedetta Sirgiovanni</b> Clausole ricognitive dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate	3, 401
<b>Giovanni Schiavone</b> Collazione, divisione del testatore e preterizione	3, 411
<b>Antonio Davola</b> Circolazione dei crediti risarcitori tra interesse speculativo ed esigenze di sistema	3, 441
<b>Enrico Gabrielli</b> Appunti sulle autotutele contrattuali	4, 491
<b>Filippo Patroni Griffi</b> Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa	4, 531
<b>Marialuisa Gambini</b> Il recesso nella contrattazione turistica: da rimedio solutorio a strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali	4, 541
<b>Flavio Tovani</b> La Francia e le direttive sulla privacy e l'e-privacy	4, 579
<b>Matteo Maria Francisetti Brolin</b> <i>The creditworthiness in credit agreements for consumers in Italian private law (Art. 124 bis T.U.B.): remedies and doubts</i>	4, 587
<b>Irene Coppola</b> Lo strumento processuale del procedimento sommario di cognizione e la tutela del credito del professionista legale	4, 611

**ATTI DI CONVEGNI**

**Convegno “Le nullità e l’attuale dimensione dell’autonomia privata” organizzata per la presentazione degli studi in onore di Giorgio De Nova “Prospettive e limiti dell’autonomia privata”, svoltosi presso l’Università di Milano il 16 novembre 2015.**

**Gregorio Gitti**

Giorgio De Nova e la scuola lombarda del diritto civile 2, 167

**Natalino Irti**

Il ‘pathos della distanza’ (per Giorgio De Nova) 2, 173

**Umberto Breccia**

Autonomia e diritto Intuizioni e *dicta* di un giovane-(subito) maestro che si è mutato in un maestro-(sempre) giovane 2, 179

**Claudio Consolo**

Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice “omniinspiciente”: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truth-telling processual-civilistico) 2, 193

**Enrico Gabrielli**

Giorgio De Nova e lo studio della nullità contrattuale 2, 209

**Paolo Spada**

“Nulla e avvenuto”: le nullità nel diritto commerciale 2, 219

**Giorgio De Nova**

Qualche parola di ringraziamento 2, 235

**DIFESE E DECISIONI****Nicoletta de Mucci**

L’ “esauribilità” del *making available right* e le sue implicazioni sulla (il)legittimità delle “*link taxes*” europee 2, 283

**Paolo Pardolesi**

DNA polifunzionale della responsabilità civile: recenti apporti della Cassazione 3, 461

## Indice analitico

### AUTONOMIA PRIVATA

**Gregorio Gitti**

Giorgio De Nova e la scuola lombarda del diritto civile 2, 167

**Giorgio De Nova**

Qualche parola di ringraziamento 2, 235

**Umberto Breccia**

Autonomia e diritto Intuizioni e *dicta* di un giovane-(subito)  
maestro che si è mutato in un maestro-(sempre) giovane 2, 179

### CONSUMATORI

**Matteo Maria Francisetti Brolin**

*The creditworthiness in credit agreements for consumers in Italian private law* (Art. 124 bis T.U.B.): *remedies and doubts* 4, 587

### CONTENZIOSO AMMINISTRATIVO

**Filippo Patroni Griffi**

Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa 4, 531

### CONTRATTI

**Daniela Valentino**

Crisi economica e tipologie contrattuali 3, 327

**Marialuisa Gambini**

Il recesso nella contrattazione turistica: da rimedio solutorio a strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali 4, 541



## CONTRATTO

### **Natalino Irti**

Il ‘pathos della distanza’ (per Giorgio De Nova) 2, 173

### **Enrico Gabrielli**

Giorgio De Nova e lo studio della nullità contrattuale 2, 209

### **Aurelio Gentili**

L’interpretazione del contratto alieno 2, 239

### **Francesco Delfini**

Cause and Consideration in Canadian Contract Law: a Civil Lawyer’s Perspective 2, 273

### **Benedetta Sirgiovanni**

Clausole ricognitive dell’intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate 3, 401

### **Enrico Gabrielli**

Appunti sulle autotutele contrattuali 4, 491

## DIRITTO BANCARIO

### **Valerio Tavormina**

Il credito bancario dal punto di vista della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo 1, 117

## DIRITTO D’AUTORE

### **Nicoletta de Mucci**

L’ “esauribilità” del *making available right* e le sue implicazioni sulla (il)legittimità delle “*link taxes*” europee 2, 283

**DIRITTO SOCIETARIO****Paolo Spada**

“Nullò e avvenuto”: le nullità nel diritto commerciale 2, 219

**MATRIMONIO****Nicola Colaianni**

Il giusto processo di delibazione e le “nuove” sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale 1, 131

**Cristina Campiglio**

Il matrimonio tra internazionalizzazione dei diritti e circolazione dei modelli familiari 2, 253

**NEGOZI FIDUCIARI E ATTI DI DESTINAZIONE****Giovanni D’Amico**

L’Atto di destinazione (a dieci anni dall’introduzione dell’art. 2645 ter) 1, 7

**Enrico Minervini**

I contratti di destinazione patrimoniale (a proposito di un libro recente) 1, 33

**Achille Antonio Carrabba**

Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni 1, 35

**Vincenzo Barba**

Negozi *post mortem* ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei legittimari: la riduzione delle liberalità indirette 1, 49

**Roberto Calvo**

Fiducia, situazioni gestorie e opponibilità. Contributo allo studio della proprietà destinata 1, 85

**Raffaele Lenzi**

Deposito fiduciario e funzione di garanzia 1, 95

**OBBLIGAZIONI****Antonio Davola**

Circolazione dei crediti risarcitori tra interesse speculativo ed esigenze di sistema 3,441

**PRIVACY****Flavio Tovani**

La Francia e le direttive sulla privacy e l'e-privacy 4, 579

**PROCESSO CIVILE****Claudio Consolo**

Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice "omniinspiciente": pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truth-telling processual-civilistico) 2, 193

**Irene Coppola**

Lo strumento processuale del procedimento sommario di cognizione e la tutela del credito del professionista legale 4, 611

**RESPONSABILITÀ CIVILE****Paolo Pardolesi**

DNA polifunzionale della responsabilità civile: recenti apporti della Cassazione 3, 461

**TESTAMENTO****Giovanni Schiavone**

Collazione, divisione del testatore e preterizione 3, 411

**Camillo Verde**

Il testamento epistolare 3, 363

## Indice degli autori

### **Vincenzo Barba**

Negozi *post mortem* ed effetti di destinazione. Interferenze con la disciplina dei gittimarî: la riduzione delle liberalità indirette 1, 49

### **Umberto Breccia**

Autonomia e diritto Intuizioni e dicta di un giovane-(subito) maestro che si è mutato in un maestro-(sempre) giovane 2, 179

### **Roberto Calvo**

Fiducia, situazioni gestorie e opponibilità. Contributo allo studio della proprietà destinata 1, 85

### **Cristina Campiglio**

Il matrimonio tra internazionalizzazione dei diritti e circolazione dei modelli familiari 2, 253

### **Nicola Colaianni**

Il giusto processo di delibazione e le “nuove” sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale 1, 131

### **Achille Antonio Carrabba**

Destinazione, scopo e autonomia privata nelle fondazioni 1, 35

### **Claudio Consolo**

Il giudizio sulle nullità (anche inessenziali) e il Giudice “omniinspicente”: pensieri operazionali e verificabili (nuove prove di truth-telling processual-civilistico) 2, 193

### **Irene Coppola**

Lo strumento processuale del procedimento sommario di cognizione e la tutela del credito del professionista legale 4, 611

### **Giovanni D’Amico**

L’Atto di destinazione (a dieci anni dall’introduzione dell’art. 2645 ter) 1, 7

<b>Antonio Davola</b> Circolazione dei crediti risarcitori tra interesse speculativo ed esigenze di sistema	3, 441
<b>Francesco Delfini</b> Cause and Consideration in Canadian Contract Law: a Civil Lawyer's Perspective	2, 273
<b>Nicoletta de Mucci</b> L' "esauribilità" del <i>making available right</i> e le sue implicazioni sulla (il)legittimità delle "link taxes" europee	2, 283
<b>Giorgio De Nova</b> Qualche parola di ringraziamento	2, 235
<b>Matteo Maria Francisetti Brolin</b> <i>The creditworthiness in credit agreements for consumers in Italian private law</i> (Art. 124 bis T.U.B.): <i>remedies and doubts</i>	4, 587
<b>Enrico Gabrielli</b> Giorgio De Nova e lo studio della nullità contrattuale	2, 209
<b>Enrico Gabrielli</b> Appunti sulle autotutele contrattuali	4, 491
<b>Marialuisa Gambini</b> Il recesso nella contrattazione turistica: da rimedio solutorio a strumento di riequilibrio delle posizioni contrattuali	4, 541
<b>Aurelio Gentili</b> L'interpretazione del contratto alieno	2, 239
<b>Gregorio Gitti</b> Giorgio De Nova e la scuola lombarda del diritto civile	2, 167
<b>Natalino Irti</b> Il 'pathos della distanza' (per Giorgio De Nova)	2, 173

<b>Raffaele Lenzi</b> Deposito fiduciario e funzione di garanzia	1, 95
<b>Enrico Minervini</b> I contratti di destinazione patrimoniale (a proposito di un libro recente)	1, 33
<b>Paolo Pardolesi</b> DNA polifunzionale della responsabilità civile: recenti apporti della Cassazione	3, 461
<b>Filippo Patroni Griffi</b> Tecniche di decisione e prevedibilità nella sentenza amministrativa	4, 531
<b>Giovanni Schiavone</b> Collazione, divisione del testatore e preterizione	3, 411
<b>Benedetta Sirgiovanni</b> Clausole ricognitive dell'intervenuta negoziazione tra le parti delle clausole concordate	3, 401
<b>Paolo Spada</b> "Nulla e avvenuto": le nullità nel diritto commerciale	2, 219
<b>Valerio Tavormina</b> Il credito bancario dal punto di vista della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo	1, 117
<b>Flavio Tovani</b> La Francia e le direttive sulla privacy e l'e-privacy	4, 579
<b>Daniela Valentino</b> Crisi economica e tipologie contrattuali	3, 327
<b>Camillo Verde</b> Il testamento epistolare	3, 363



# CACUCCI EDITORE BARI

Fondata nel 1929

Amministrazione e redazione

Via D. Nicolai 39

70122 Bari

Tel. 080 5214220

Fax 080 5234777

[info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

[www.cacuccieditore.it](http://www.cacuccieditore.it)

Librerie

Via B. Cairoli 140 - 70122 Bari

Tel. 080 5212550

Via S. Matarrese 2/d - 70124 Bari

Tel. 080 5617175





# *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](mailto: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](mailto: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

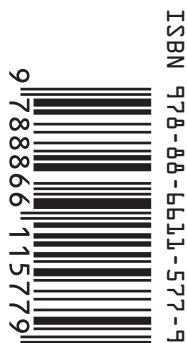
FIRMA



# UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

**UBI**  **Banca Carime**